



Quel juge pour quelle société ?

ACTES DU CONGRÈS
DE LA MAGISTRATURE 2008



À la mémoire de Monsieur David Ostiguy

Monsieur David Ostiguy, gestionnaire de programmes à l'Institut national de la magistrature du Canada est décédé le 4 avril 2009.

Par son travail et son implication dans l'organisation et lors de la tenue du Congrès de la magistrature 2008, il a contribué au succès de l'événement.

Un hommage lui est rendu.

*Bienvenue dans
mon château*





Table des matières

Message des juges en chef	11
Message des coprésidentes	13
Allocution lors des cérémonies d'ouverture	15
La Très Honorable Beverley McLachlin, C.P. Juge en chef du Canada	
Allocutions d'ouverture du Congrès	21
L'honorable J. J. Michel Robert	21
Juge en chef du Québec	
L'honorable Guy Gagnon	25
Juge en chef de la Cour du Québec et Président du Conseil de la magistrature	
L'honorable François Rolland	29
Juge en chef de la Cour supérieure du Québec	
Lancement du volume « La déontologie judiciaire appliquée »	33
M ^e André Ouimet	33
Secrétaire du Conseil de la magistrature	
M ^e Pierre Noreau	35
Professeur titulaire au Centre de recherche en droit public Université de Montréal, Québec	
L'histoire juridique et judiciaire de la ville de Québec	39
L'honorable Paul-Arthur Gendreau Juge à la Cour d'appel du Québec	
Quel juge pour quelle société?	53
M ^e Roderick A. Macdonald Titulaire de la Chaire F.R. Scott en droit public et constitutionnel Université McGill, Montréal	
La mobilisation politique du droit	73
L'honorable J. J. Michel Robert Juge en chef du Québec	
Les groupes de pression (accent sur les questions touchant la consommation)	77
M ^e Daniel Jutras Professeur titulaire Université McGill, Montréal	
Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites bâillons	79
M ^e Sean T. McAllister Directeur exécutif SLAPP Resource Center Université de Denver, Colorado	



Table des matières

Le droit comme moyen de pression politique : le cas des rapports collectifs de travail.....	87	
M ^e Christian Brunelle Professeur agrégé Université Laval, Québec		
THÈME : LA JUSTICE DANS L'ESPACE PUBLIC	99	
L'image publique du juge	99	
M ^e Pierre Noreau Professeur titulaire au Centre de recherche en droit public Université de Montréal, Québec		
Médias et exercice de la fonction judiciaire	107	
M. Florian Sauvageau Professeur titulaire au département d'information et de communication Université Laval, Québec		
Le jugement comme outil de communication	113	
L'honorable Louise Mailhot Fasken Martineau, Montréal Juge retraitée de la Cour d'appel du Québec		
THÈME : MAGISTRATURE ET MÉDIAS	119	
« Quelques expériences canadiennes » et présentation du guide à l'intention des juges de la Cour du Québec.....	119	
L'honorable René de la Sablonnière Juge en chef associé à la Cour du Québec		
L'impact des médias sur l'exercice de la fonction de juge	123	
L'honorable John H. Gomery Juge retraité de la Cour supérieure du Québec		
THÈME : LA CONNAISSANCE DU MONDE ET L'ACTE DE JUGER	129	
M. Guy Canivet		129
Membre du Conseil constitutionnel de France		
Le Très Honorable Lord Justice Robin Jacob		135
Cour d'appel du Royaume-Uni		
L'honorable Louis LeBel		139
Juge à la Cour suprême du Canada		
Remerciements	145	



DE GAUCHE À DROITE

L'honorable
J. J. Michel Robert
Juge en chef du Québec

La Très Honorable
Beverley McLauchlin, C.P.
Juge en chef du Canada

L'honorable
François Rolland
Juge en chef de la Cour
supérieure du Québec

L'honorable
Guy Gagnon
Juge en chef de
la Cour du Québec

MESSAGE DES

Juges en chef du Québec



Le Congrès de la magistrature 2008 qui s'est tenu du 5 au 7 novembre 2008 a permis, pour la première fois, à des juges de tout le Canada et de toutes les juridictions de se réunir pour discuter autour d'un thème commun.

Quel juge pour quelle société? Voilà le thème de la réflexion proposée aux participants qui se sont rencontrés dans la Ville de Québec, qui revêtait encore les couleurs de son 400^e anniversaire, sous les chauds rayons de soleil de l'été indien.



Réunie sous le parapluie d'un comité organisateur, une petite équipe, habilement dirigée par l'honorable France Thibault, juge à la Cour d'appel, par l'honorable Paule Gaumond, juge en chef adjointe à la Cour du Québec, et par M^e André Ouimet, secrétaire du Conseil de la magistrature du Québec, a travaillé sans relâche pour attirer plus de 500 juges.

Aucun effort n'a donc été ménagé pour assurer le succès du congrès. Résultats encourageants pour les organisateurs, la participation a été exemplaire et les conférences ont été suivies assidument. Il faut dire que les propos qui ont été tenus par les conférenciers valaient le déplacement. Ils sont publiés afin de rester gravés dans notre mémoire. Jumelés aux photos qui apparaissent dans cet ouvrage, ils rappelleront d'excellents souvenirs aux participants qui, de plus, à la faveur des événements organisés en marge du congrès, ont échangé et partagé sur des sujets d'intérêt commun.



Pour ceux qui n'ont pu malheureusement y participer, ils provoqueront, nous le souhaitons, la réflexion qui s'est déjà bien engagée en ce début novembre 2008.

Bonne lecture



J. J. Michel Robert
Juge en chef du Québec

François Rolland
Juge en chef
Cour supérieure
du Québec

Guy Gagnon
Juge en chef
Cour du Québec

MESSAGE DES

Coprésidentes



En 2008, tous les yeux étaient tournés vers la Vieille Capitale. La multitude de manifestations célébrant les 400 ans de la ville et qui se sont tenues au cours de l'année a laissé des souvenirs mémorables.

Le monde juridique a profité de l'occasion pour organiser des rencontres d'envergure à Québec. La magistrature n'est pas demeurée en reste et a marqué de belle façon l'anniversaire d'une ville où cohabitent deux systèmes de droit, le droit civil et la *common law*.

Cela mérite d'être dit et répété, le *Congrès de la magistrature 2008* regroupait, pour la première fois, des juges de tout le Canada et de toutes les juridictions. Et, ce n'est pas tout. Pour l'occasion, des collègues de la France, du Royaume-Uni et des États-Unis se sont joints aux 500 juges canadiens. Cela sans compter les anciens juges et les nombreux universitaires qui ont contribué à susciter la réflexion sur des thèmes reliés à l'exercice de la fonction de juge et à son avenir.

Au terme du congrès, une phrase résonnait comme un leitmotiv : cette première ne doit pas rester sans suite. La publication des *Actes du Congrès de la magistrature 2008* vise à répondre à ce désir maintes fois exprimé.

Le projet qui a germé au début du nouveau millénaire n'aurait pu se réaliser sans l'apport soutenu et sans la participation active de plusieurs organisations et de plusieurs personnes. C'est ainsi que l'Association canadienne des juges de cours provinciales, la Conférence des juges du Québec, le Conseil de la magistrature du Québec, la Cour d'appel du Québec, la Cour supérieure du Québec, la Cour du Québec et l'Institut national de la magistrature ont conjugué leurs efforts pour réaliser ce congrès. Il faut mentionner aussi la contribution financière du ministère de la Justice du Québec et de celui du Canada.

Nous remercions toutes les personnes qui ont contribué au succès du Congrès. L'espace disponible nous empêche de les nommer. La liste serait trop longue. Ces personnes se reconnaissent. Qu'elles sachent que nous leur en sommes reconnaissantes.

Par la publication des *Actes du Congrès de la magistrature 2008*, nous inscrivons un point final au mandat que nous avons reçu et exécuté avec beaucoup de plaisir.

France Thibault

France Thibault

Cour d'appel du Québec
Coprésidente du congrès

Paule Gaumond

Paule Gaumond

Cour du Québec
Coprésidente du congrès



Allocution d'ouverture du Congrès de la magistrature 2008

La juge en chef du Canada,
La Très Honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P.

L'AVENIR DES TRIBUNAUX DANS UN MONDE EN MUTATION



Le juge et le changement

Mesdames et Messieurs, chers collègues juges et magistrats. C'est pour moi un honneur et un privilège de vous accueillir ce soir au Congrès de la magistrature de 2008. Le thème de ce congrès – *Quel juge pour quelle société?* – nous rappelle que nous

vivons dans un monde en constante mutation. Une vérité déjà connue au cinquième siècle avant J.-C., puisque Héraclite proclamait que «rien n'est permanent, sauf le changement»¹.

Pour bien des gens, pourtant, le mot «progrès» n'est pas souvent associé à notre système de justice. Quelqu'un a dit que, [TRADUCTION] «à regarder les juges et les juristes, on pourrait penser que les archéologues s'intéressent à l'avenir»². Si les juges ont la réputation d'être enlisés dans le passé, c'est peut-être parce que le droit est à la recherche de la constance et de la prévisibilité. Ou parce que les juges consacrent la plus grande partie de leur temps à examiner le passé : les juges de première instance se penchent sur des faits passés dans le cadre de l'affaire dont ils sont saisis, les juges d'appel scrutent les décisions rendues par les juges de première instance. C'est peut-être aussi que le droit accorde une grande

importance à la jurisprudence – à ce qui a été décidé par des tribunaux dans le passé. Ou encore, que le droit a pour rôle d'assurer la cohérence et la prévisibilité. En vérité, les juges, tout comme le système judiciaire au sein duquel ils œuvrent, regardent en arrière de bien des façons. Même les salles dans lesquelles nous siégeons sont enracinées dans la tradition. Si Samuel de Champlain entraît aujourd'hui dans une salle d'audience, il reconnaîtrait tout de suite ce qui s'y dit et ce qui s'y fait : l'aménagement des salles d'audience n'a pas beaucoup changé, non plus que les règles de preuve et le processus décisionnel.

Mais même lorsque nous regardons en arrière, il reste que nous agissons dans le présent et influençons l'avenir. Le présent et le futur, Héraclite l'avait compris, sont inhérents au passé. Comme son fleuve métaphorique, le passé coule dans le présent et deviendra le futur. Il en va de même du droit. Les règles du passé, auxquelles des juges du présent donnent forme, deviendront inévitablement l'avenir. Le regard des juges a beau être fixé sur le passé, il se transforme lui-même et devient l'avenir.

Si ce que nous faisons aujourd'hui devient inévitablement l'avenir, il s'ensuit qu'en tant que juges nous devons veiller non seulement à ce que nos décisions soient fermement ancrées dans le passé, mais à ce qu'elles reflètent les réalités du présent et soient de bon

1. Diogène Laërce. *Vies et doctrines des philosophes illustres* (Paris : La Pochothèque, 1999).

2. John Foreman. «The Future of the Courts in Champaign County : Summary of a Conference at the Champaign County Courthouse» (8 février 2003), en ligne : <<http://www.co.champaign.il.us/circt/courtfut.pdf>> p. 3.

augure pour l'avenir. La justice est un fleuve dans lequel nous plongeons les pieds lorsque nous rendons une décision. Nous pouvons modifier le courant, orienter l'eau dans une nouvelle direction – la direction de l'avenir. Par ailleurs, nos décisions ne sont pas immuables. Elles entrent dans un fleuve où elles seront ballottées, modifiées par d'autres courants, d'autres interventions. Et c'est ainsi que le droit évolue. Néanmoins, quand les juges plongent leurs pieds dans le fleuve et en modifient le courant, ils doivent savoir d'où vient le cours d'eau, à quel endroit ils se trouvent actuellement, et où le changement qu'ils effectuent conduira probablement le courant à l'avenir.

Le thème de ce congrès fait écho à cette conception dynamique du travail du juge. La question *Quel juge pour quelle société?* pré-suppose qu'il n'existe pas un modèle de justice unique ou universel. La justice doit adapter les principes du passé au contexte contemporain, tout en pensant à l'avenir. Nous ne sommes pas au service de quelque idéal passé, mais bien de la société dans laquelle nous vivons actuellement.

Ces préoccupations ont une double incidence sur les systèmes judiciaires : tout d'abord quant à la façon dont les juges rendent leurs décisions dans les affaires dont ils sont saisis, et ensuite quant à la façon dont les juges et ceux qui les assistent gèrent les processus du système judiciaire.

Lorsqu'ils tranchent les affaires dont ils sont saisis, les juges doivent tenir compte des réalités actuelles des sociétés au service desquelles ils travaillent, et non des préjugés du passé. Cette obligation est apparue très clairement dans une affaire que les Canadiens appellent « l'affaire des "personnes" », dans laquelle le vicomte Sankey a exprimé la nécessité de l'adaptation aux réalités changeantes en assimilant le droit à un « arbre vivant »³. C'était en 1930. La question à trancher était celle de savoir si les femmes pouvaient accéder à des charges publiques, par exemple devenir juges ou membres du Sénat canadien. Selon le texte de la constitution canadienne, seules des « personnes » pouvaient exercer de telles fonctions. Or pendant des siècles, les tribunaux avaient statué que le mot « personnes » visait les hommes, à l'exclusion des femmes. Mais cette conception ne convenait plus dans une société où les femmes travaillaient à l'extérieur du domicile, avaient obtenu le droit de vote et jouaient un rôle de plus en plus important en politique. Plutôt que de porter son regard en arrière, sur les principes déjà établis, le Comité judiciaire du Conseil privé, soit la juridiction d'appel ultime du Canada à l'époque, a considéré la réalité du moment et, le regard tourné également vers l'avenir, a déclaré

que les femmes étaient bel et bien des personnes, ce qui a eu pour effet de modifier le droit au Canada et dans le Commonwealth.

Il est maintenant bien établi que « les tribunaux peuvent et doivent modifier peu à peu la common law de façon à l'adapter aux changements sociaux »⁴. Recourant à une autre métaphore pour exprimer la nature dynamique et réactive du droit, la Cour suprême du Canada a maintes fois réitéré le principe que les concepts juridiques ne sont pas « figés »⁵ et qu'ils doivent être adaptés aux réalités changeantes. Cette approche domine l'interprétation, par exemple, des traités conclus il y a bien longtemps entre les Premières Nations et la Couronne. Les promesses faites aux 18^e et 19^e siècles, dans lesquelles il était question de traite de fourrure, de droits de chasse et de paiements effectués sous la forme de couvertures, ne signifient sans doute plus grand-chose dans le monde d'aujourd'hui. Pour avoir une véritable signification, les obligations anciennes doivent être transposées dans la monnaie d'échange des temps modernes⁶.

Les changements qui se produisent dans la société ont inévitablement une incidence sur le travail du juge. Comme l'a signalé Alexis de Tocqueville en 1835, toute question sociale finit par devenir un enjeu judiciaire⁷. Plus récemment, Frances Zemans, vice-présidente et directrice de l'American Judicature Society, faisait remarquer : [TRADUCTION] « On attend encore des tribunaux qu'ils résolvent les problèmes de toute nature et de toute dimension qui surgissent dans notre société, ou du moins qu'ils se prononcent. Quand personne d'autre ne veut prendre de décision, cela devient le rôle des tribunaux »⁸. C'est aux juges qu'il incombe de résoudre ces questions – souvent très épineuses – avec prudence, d'une façon à la fois adaptée au présent et sage au regard de l'avenir.

Le caractère dynamique et réactif du droit devrait imprégner, non seulement la prise de décisions par les juges, mais aussi l'administration de la justice. Nous ne pouvons pas nous contenter des processus du passé lorsque de meilleures façons de rendre la justice pour les citoyens sont à notre disposition. Il faut savoir s'approprier les outils que nous offre le présent et scruter l'horizon à la recherche des innovations futures.

Bref, une justice dynamique et réactive ne détruit pas la valeur du passé, ni l'importance de la jurisprudence comme assise de nos décisions. Elle requiert cependant des juges qui, même s'ils sont ancrés dans les principes du passé, comprennent la réalité du présent – de la société dans laquelle ils vivent – tout en pensant aux possibles implications futures de leurs décisions. Cela ne vaut pas uniquement pour les décisions judiciaires rendues sur telle ou telle

3. *Edwards c. Canada (Attorney General)*, [1930] A.C. 124.

4. *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654.

5. *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 22.

6. *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, par. 25; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 13; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 172; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1093.

7. Alexis de Tocqueville. *De la démocratie en Amérique* (Paris, GF Flammarion, 1981).

8. Ira Pilchen. « The Future and the Courts : A Perspective from Illinois » (1992-1993), 76 *Judicature* 137, p. 137.

affaire, mais aussi pour l'administration du système de justice dans son ensemble.

Sur cette toile de fond, je voudrais maintenant aborder trois changements sociaux actuellement en cours dans le monde, pour me demander quelle est leur incidence sur les décisions judiciaires et l'administration des tribunaux. Le monde dans lequel nous vivons fait face à bon nombre de nouvelles réalités. Je ne suis pas prophète, et je suis bien consciente que des changements imprévus viennent souvent réorienter du tout au tout le cours de l'histoire. Mais ayant fait cette mise en garde, j'aimerais vous parler de ce qui me semble constituer les trois phénomènes actuels les plus fondamentaux dans nos sociétés, phénomènes auxquels nous, les juges, nous faisons face – le défi du développement technologique et scientifique, le défi de l'environnement et le défi de la gestion de la diversité.

Le défi du changement technologique

Le premier bouleversement que nous vivons dans nos pays respectifs et partout dans le monde, c'est la transformation qu'entraînent depuis des décennies les progrès technologiques et scientifiques. Au cours des cent dernières années, nous sommes passés du cheval à la voiture automobile puis au vaisseau spatial; de l'écriture script à la machine à écrire puis à la communication numérique; de la physique primitive aux quarks puis à la nanoscience. Téléphones portables, ordinateurs et Internet facilitent, voire définissent nos interactions quotidiennes. Commodité, communication, autant d'avantages certes; mais tout cela a un prix – en effet, tous ces progrès favorisent de nouvelles formes de fraude, de vol, d'atteinte à la vie privée, de discours haineux, de cybercriminalité, etc. Et ce qui n'arrange rien, on nous explique que le rythme du changement technologique et des découvertes scientifiques croît d'une façon exponentielle.

Étant donné l'importance des changements technologiques et scientifiques, les tribunaux se verront de plus en plus souvent confrontés au problème auquel faisait face le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire des «personnes» il y a presque sept décennies: comment adapter à une société en mutation les règles de droit héritées du passé. Dans bien des cas, les règles dont nous disposons ne nous donnent tout simplement pas la réponse aux questions soulevées par les nouvelles réalisations et percées de la science. Notre Cour a vécu cela bien des fois durant les dernières décennies; je n'évoquerai ce soir qu'un exemple, l'affaire de la «souris de Harvard»⁹. Nous devons décider si la *Loi sur les brevets* canadienne, qui prévoit d'une manière générale la délivrance de brevets pour des inventions, permet la délivrance d'un brevet pour une forme de vie – plus particulièrement un type de souris qu'on avait génétiquement produit de façon à lui donner des qualités

en faisant un meilleur instrument dans la recherche sur le cancer. La majorité de notre Cour a statué que la souris de Harvard n'était pas brevetable au Canada, pour le motif que, si le Parlement avait voulu que les formes de vie puissent faire l'objet de brevets, il l'aurait dit. Pour les juges dissidents, il fallait au contraire conclure que, considérés dans le contexte de la société canadienne actuelle, les termes généraux employés par le Parlement s'appliquaient à toutes les inventions, y compris les formes de vie.

Des questions de ce genre, la science et la technologie en placent une multitude au programme des tribunaux. Quelles sont les conditions de formation d'un contrat sur Internet¹⁰? Comment résoudre les problèmes soulevés par les nouvelles formes de commerce électronique, la recherche génétique, la transmission électronique des idées à l'ère des iPods et des pirates informatiques, les effets des aliments génétiquement modifiés et des ondes produites par la téléphonie cellulaire? Et que dire de la recherche sur les cellules souches, des nouvelles méthodes de partage de fichiers, des logiciels espions et des parties du corps humain créées artificiellement? Toutes ces nouveautés technologiques recèlent de multiples problèmes juridiques potentiels.

En tant que société, notre première réponse à ces développements technologiques devrait consister à les réglementer à l'échelle nationale et internationale. Mais, bien souvent, le changement engendrant le changement, les législateurs et les autorités de réglementation sont tout simplement incapables de suivre la cadence. Résultat: on demande aux tribunaux d'appliquer les anciennes règles de droit à de nouveaux types de différends. Pour s'acquitter de façon responsable de cette fonction, les juges doivent comprendre, non seulement les principes du passé, mais aussi la réalité du présent et les possibilités de l'avenir. Ils doivent être au courant des découvertes scientifiques et des innovations technologiques, et comprendre leur incidence sur la société. C'est à cette condition que pourront être maintenues la crédibilité du système de justice et la primauté du droit.

J'ai parlé de l'incidence de l'évolution de la technologie sur les questions d'ordre juridique que les juges sont appelés à trancher. Mais ces changements technologiques transforment également l'accès à la justice et la façon dont celle-ci est administrée.

Je disais tout à l'heure que si Samuel de Champlain entraît aujourd'hui dans une de nos salles d'audience, il ne se sentirait peut-être pas chez lui, mais il reconnaîtrait tout de même ce qui s'y passe. Il y verrait un juge installé sur son siège, des recueils de jurisprudence, des ouvrages de doctrine, ainsi que des avocats débattant des points de droit et brandissant des documents importants. Champlain remarquerait sûrement l'absence de plumes d'oie et de crachoirs, il s'étonnerait de la présence de femmes dans la salle. Pour l'essentiel, cependant, les choses lui paraîtraient sans doute assez semblables

9. *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45.

10. *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801.

à ce qu'elles étaient à son époque. Mais tout cela est en train de changer. Dans la salle d'audience où je siège, chaque juge et chaque avocat disposent d'un ordinateur, et des caméras vidéo transmettent des images de loin. En outre, Champlain ne comprendrait rien au filage électronique, ni à la tribune qui s'élève ou s'abaisse selon la taille et les besoins de l'avocat ou de l'avocate qui plaide !

Ne vous y trompez pas : la révolution technologique en cours dans le monde transformera favorablement l'administration de la justice et rendra l'accès à la justice plus aisé et moins coûteux. Les sites web des tribunaux donnent accès aux dossiers et aux formulaires. Des systèmes de vidéoconférence permettent aux parties de plaider leur cause à distance, ce qui réduit ou rend inutiles les déplacements et diminue les frais judiciaires. Grâce aux procès par Internet et par téléphone, des femmes et des hommes peuvent résoudre des différends touchant l'emploi ou la consommation d'une façon juste et efficace, en échappant au cérémonial coûteux des procès traditionnels. Et ce n'est que le début. Nous verrons les progrès technologiques s'insinuer dans tous les aspects du processus judiciaire, de la présentation de la preuve jusqu'au verdict final¹¹.

Cela dit, tout n'est pas rose pour autant. Tout en profitant des bienfaits de la technologie au chapitre de l'accès à la justice, nous devons absolument tenir compte des risques qu'elle présente. Par exemple, bien que les mesures de dépôt électronique améliorent l'accès aux documents judiciaires et la gestion de ceux-ci, elles soulèvent des interrogations quant au maintien de l'équilibre souhaitable entre la protection de la vie privée et l'accès du public à ces documents. La nouvelle technologie aura inévitablement des effets sur le combat en cours entre les institutions qui s'efforcent d'assurer la protection des renseignements confidentiels et l'ingéniosité de ceux qui cherchent à s'emparer de données sensibles pour des motifs condamnables. Même s'ils sont tenus de veiller au caractère public des dossiers, les tribunaux devront se soucier de plus en plus de la protection des renseignements sensibles.

Le défi de l'environnement

Le deuxième grand changement sociétal ayant une incidence sur la justice d'aujourd'hui et de demain, c'est le souci de l'environnement et des effets de notre mode de vie sur notre planète. Nous vivons dans un monde tributaire des ressources de celle-ci – le pétrole et mille autres produits. La compétition pour l'obtention de ces ressources est extrêmement vive et nous en consommons une énorme quantité, ce qui a pour conséquence une pollution terrible du sol, de l'eau et de l'atmosphère. Dans l'océan Pacifique, d'immenses bandes sont parsemées de débris produits par l'homme. La couche d'ozone s'amincit. Les glaces polaires fondent à une vitesse jamais vue. Dans de nombreuses parties du monde, l'eau

devient rare. Telle est la réalité à laquelle nous faisons face. De plus, bien que les responsables politiques commencent à envisager des mesures correctrices, cette réalité demeurera sans doute la nôtre pendant assez longtemps.

Chacun des phénomènes environnementaux auxquels je viens de faire allusion – compétition accrue pour les ressources, consommation excessive de celles-ci sous des formes nouvelles et innombrables, pollution produite par l'extraction et la consommation de ces ressources – engendre de nouveaux problèmes et conflits sociaux. Comme l'avait prédit Tocqueville il y a bien longtemps, les juges seront de ce fait saisis d'une foule de nouvelles questions à trancher. La compétition pour des ressources de plus en plus rares engendrera des différends commerciaux à l'intérieur des frontières nationales et des tensions déstabilisantes entre les nations ; là où la législation et l'action des responsables politiques laissent des brèches, les systèmes de justice – nationaux et internationaux – devront arbitrer les litiges. Et même lorsqu'il existe des mécanismes permettant la résolution de ces tensions, les tribunaux se verront demander d'interpréter et de définir les limites constitutionnelles. La Cour suprême a par exemple dû décider si le mécanisme de réglementation suivi pour l'approbation du barrage construit sur la rivière Oldman était conforme aux exigences constitutionnelles¹².

Les tribunaux ne peuvent s'acquitter de leur rôle sur le plan environnemental que si les juges saisissent la réalité écologique et sociale du monde dans lequel ils vivent. Considéré isolément, le passé ne saurait apporter toutes les réponses. Il peut certes nous indiquer les principes et valeurs susceptibles de nous guider de façon générale. Mais pour appliquer ces principes intelligemment, les juges doivent les appréhender dans leur réalité actuelle et prendre en considération les effets à plus long terme des choix qu'ils effectuent.

Sur le front de l'administration de la justice, le mouvement en faveur d'une planète « plus verte » suppose aussi une réflexion tournée vers l'avenir. Il faut se demander ce qui peut être fait pour atténuer la ponction de ressources mondiales lorsque nous rendons la justice. Ne pourrait-on pas réduire l'utilisation de papier par le recours au dépôt électronique de documents, ce que font déjà du reste de nombreuses juridictions, y compris la Cour suprême du Canada ? Recycler les produits jetables et le papier ? Supprimer ou diminuer les déplacements en ayant recours aux communications électroniques, à la vidéo, au règlement des différends par courrier électronique ou par téléphone, à des politiques de travail flexible ? Diminuer l'utilisation de combustible sans nuire au confort en construisant des palais de justice « verts » ? En posant de telles questions et en y trouvant des réponses sensées et adaptées, les administrateurs des tribunaux seront en mesure de répondre aux changements environnementaux qui sont (que cela nous plaise ou non) notre réalité actuelle et future.

11. Hugh A. Cannell. « The Convergence of Technology and the Law » (1999), 48 *U.N.B.L.J.* 301.

12. *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3

Le défi de la gestion de la diversité

Le troisième phénomène social qui change les enjeux dont les juges sont saisis et la façon dont les tribunaux administrent la justice, c'est la diversité de plus en plus grande de nos sociétés et le défi que constitue la gestion de cette diversité. En 1962, un penseur canadien visionnaire du nom de Marshall McLuhan a popularisé le terme «village global» pour décrire le monde du futur¹³. Il avait vu juste, et ce futur, c'est maintenant. Les populations des pays du monde sont de plus en plus diverses, de plus en plus complexes. Où que nous travaillions, quoi que nous fassions, nous sommes en contact avec des gens qui paraissent différents, ces personnes que Jean-Paul Sartre appelait «les autres».

«Les autres», ou la présence de minorités parmi nous, cela n'a rien de nouveau. Les guerres de religion qui ont dévasté l'Europe du 17^e siècle avaient pour objectif l'élimination de minorités. Bon nombre des guerres civiles et des exterminations qui ont eu lieu pendant les siècles suivants ont eu pour point de départ la haine de «l'autre»; l'Holocauste de la Deuxième Guerre mondiale, les guerres des Balkans dans l'ex-Yougoslavie, le génocide au Rwanda ne sont que trois exemples parmi bien d'autres.

Dans les sociétés pré-démocratiques, le problème de la diversité était habituellement résolu par l'exclusion ou l'élimination. Mais de telles solutions sont devenues impossibles en raison de deux phénomènes qui ont radicalement transformé notre façon d'aborder la diversité.

Tout d'abord, le caractère même de la diversité démographique a changé. Avec l'avènement du «village global», on a vu tomber les frontières entre les personnes de races et d'origines ethniques différentes. Les gens se déplacent et se mêlent les uns aux autres bien davantage qu'auparavant, et souvent ces mélanges deviennent permanents. Il n'y a pas si longtemps, la très grande majorité des hommes et des femmes finissaient leurs jours là où ils étaient nés. Tel n'est plus le cas. Partout dans notre monde globalisé, les gens se déplacent. Et avec l'accélération des changements démographiques, nombreux sont ceux qui vivent dans des pays et des collectivités tout à fait différents de l'endroit de leur naissance.

Pour ces raisons, l'État-nation ethnique traditionnel est en train de devenir l'État-nation *multi-ethnique*. Cela se constate de plus en plus en Europe, et c'est certainement le cas au Canada, pays qui, contrairement à de nombreux États européens, s'est construit sur le concept de la diversité. Les premiers «citoyens» du Canada appartenaient aux peuples que nous appelons maintenant les Premières Nations. Vinrent ensuite des colons en provenance de France, du Royaume-Uni, des États-Unis actuels – et plus récemment, des gens de toutes races et de toutes les parties du monde. Selon

le recensement de 2006, un Canadien sur cinq est né dans un autre pays¹⁴ et près de la moitié de la population de centres urbains comme Toronto et Vancouver est formée de personnes qui ont immigré au Canada¹⁵. Cette «diversité profonde», éliminant toute possibilité d'exclusion, nous force à trouver des façons de vivre ensemble en harmonie.

Le second changement dans notre manière d'aborder la diversité tient au fait que la plupart d'entre nous vivons dans des pays qui adhèrent aux valeurs énoncées dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*. Cela veut dire que les solutions traditionnellement employées pour écarter ou éliminer la diversité ne sont plus envisageables. Certes, il y a encore des génocides et de l'exclusion, et c'est tragique. Mais de plus en plus, de tels actes sont jugés inacceptables et condamnés. Peu à peu, les réponses faciles à la diversité démographique sont en train de disparaître.

Le passage à une diversité «profonde», conjugué à la défaveur croissante des solutions consistant dans le nettoyage ethnique, la guerre et les déplacements de populations, ne laisse pas d'autre choix que celui de vivre ensemble. Une population diverse peut vivre ensemble de deux façons différentes – soit dans l'isolement mutuel, soit dans l'interaction constructive. Les groupes qui constituent une nation peuvent soit vivre ensemble simplement «pour la forme», comme un couple «séparé» vivant toujours sous le même toit mais dans des pièces différentes. C'est la voie des tensions, des sentiments d'injustice et, à la fin, de la fracture sociale et de la violence. Ou bien encore, ces groupes peuvent édifier une société qui leur permettra de travailler et de grandir ensemble dans un cadre d'interaction constructive. C'est ce modèle que le Canada a choisi.

La gestion de la diversité par l'interaction constructive soulève des différends qui aboutissent inévitablement devant les tribunaux. Cela oblige les membres des groupes majoritaires et minoritaires à chercher les uns avec les autres des compromis ou des «accommodements» raisonnables sur des questions comme la langue, les pratiques religieuses, les traditions culturelles. Les limites doivent être établies au cas par cas, et il s'avère souvent difficile de déterminer ce qui est raisonnable dans une situation donnée. De la Malaisie à l'Afrique du Sud, de la Turquie au Canada, les tribunaux sont appelés à statuer sur ce genre de questions.

Il n'existe pas de travail judiciaire plus délicat ou plus important que celui-là : la coexistence pacifique des citoyens en dépend. Tout comme dans le cas des questions liées aux changements technologiques et environnementaux, les juges – dont c'est d'ailleurs le devoir de trancher ces questions – ne peuvent se contenter d'aborder les choses avec un regard passéiste, ni se laisser aveugler

13. Marshall McLuhan. *La galaxie Gutenberg : la genèse de l'homme typographique* (Montréal : Éditions HMH, 1962).

14. Susan Crompton. «Aperçu du recensement - Immigration au Canada : un portrait de la population née à l'étranger, Recensement de 2006» (Été 2008) Tendances sociales canadiennes 85, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/11-008-x/2008001/article/10556-fra.htm>>.

15. Ibid.

par des visions sentimentales d'une société qui leur semblait plus simple et meilleure que celle à laquelle ils font face maintenant. Ils doivent accepter et comprendre la réalité actuelle de la diversité de leurs collectivités et de leurs pays, et rendre des décisions justes, dans le contexte de cette réalité. Ils doivent chercher l'équité pour tous, même ceux qui sont arrivés récemment ou qui sont différents par la race, le groupe ethnique ou la religion. Ils doivent juger dans le présent, en pensant à la paix future du pays.

Afin d'encourager cela, la formation des juges au Canada insiste sur le fait qu'on ne saurait rendre de bons jugements sans comprendre le contexte social dans lequel est né le litige, ainsi que les différents points de vue des personnes qui se présentent devant le tribunal. Nous devons tendre à une justice impartiale, libre de préjugés et de fausses suppositions au sujet des différences culturelles. Dans un monde marqué au coin du pluralisme et de la diversité culturelle, le juge est l'interprète des différences, celui qui écoute chaque voix, la comprend. Nous ne sommes pas les juges d'une communauté ou d'une autre, mais les juges de chaque membre de la société, quel que soit son rang social, sa situation financière. Nous ne sommes derrière personne, ni à la solde de quiconque. Nous sommes indépendants et, de ce fait, impartiaux.

L'objectif de respect de la diversité – la réalité moderne du juge – comporte aussi une facette administrative. Il faut non seulement que justice soit rendue, mais également qu'elle soit perçue comme l'ayant été telle. Cela signifie que nos institutions judiciaires – tribunaux, greffes, professions juridiques – doivent refléter la diversité de la société qu'elles servent. On devrait y retrouver des femmes et des membres des groupes minoritaires et des groupes ethniques. La réalisation de cet objectif pourrait demander du temps, mais il est indispensable de s'y attaquer avec détermination, sous peine de voir les citoyens perdre confiance dans nos systèmes de justice.

À l'époque où j'exerçais depuis peu la fonction de juge de première instance, je me suis retrouvée à présider un procès portant sur la répartition des biens matrimoniaux d'un couple. Le mari était assis, seul, d'un côté de la salle; toutes les autres personnes présentes étaient, comme moi, des femmes: l'épouse et son avocate, la greffière, la sténographe. Après avoir pris connaissance du point

de vue de l'épouse, je me suis tournée vers le mari et l'ai invité à m'exposer le sien. Il semblait hésiter à se lever. Je lui ait dit, le plus aimablement possible, que le fait de ne pas être représenté par un avocat ne devait pas l'inquiéter, et qu'il me fallait simplement entendre sa version dans ses propres mots. Quand il a fini par se lever, il m'a dit, sur un ton quelque peu mécontent: «Franchement, votre honneur, j'ai un peu l'impression d'être en infériorité numérique.» Je l'ai assuré que le fait de se trouver devant un juge du sexe féminin et d'être le seul homme dans la salle d'audience ne lui nuirait aucunement. Au terme du procès, j'ai ordonné la répartition des biens à parts égales, comme on le fait le plus souvent. En regagnant mon bureau et en repensant à ce qui s'était passé, j'ai été frappée par la signification de ce que cet homme avait ressenti. Combien de femmes au cours des siècles, me suis-je demandé, se sont retrouvées seules dans des salles d'audience où il n'y avait que des hommes – lorsque par malchance ou en raison de leur audace elles ont dû affronter la justice – et se sont senties en infériorité numérique? Et ne pourrait-on pas dire la même chose au sujet des gens appartenant à une race ou à un groupe ethnique minoritaire qui se retrouvent devant un tribunal intégralement blanc et chrétien? Depuis, j'ai adhéré à un idéal: le visage de notre système de justice devrait refléter la diversité de la population qu'il sert.

Conclusion

En terminant, j'aimerais revenir au thème de ce congrès: *Quel juge pour quelle société?* Ma réponse est bien simple: «Un juge contemporain pour une société contemporaine». Il faut certes un juge solidement rattaché aux principes juridiques et éthiques qui ont été élaborés au fil des siècles, et dans le terreau desquels la justice plonge ses racines. Mais également un juge qui comprend que les décisions judiciaires et l'administration de la justice doivent refléter les réalités contemporaines et contribuer à un avenir de paix et de prospérité, où les droits et la primauté du droit sont respectés. Un juge et un système judiciaire qui ne regardent pas en arrière en résistant au changement, mais qui au contraire comprennent la société telle qu'elle existe et entrevoient la direction à suivre pour un avenir de prospérité et de paix. Car, comme a écrit John Galsworthy: [TRADUCTION] «Celui qui ne pense pas à l'avenir risque de ne pas en avoir»¹⁶.

16. John Galsworthy. *Swan Song* (London: Ballantine Books, 1978).

Allocution

Juge en chef du Québec
L'honorable J. J. MICHEL ROBERT



Permettez-moi ce matin de vous parler essentiellement de l'apport du droit français en Amérique du Nord et de notre double héritage juridique.

Nous célébrons cette année le 400^e anniversaire de la fondation de Québec par Samuel de Champlain, plus exactement le 3 juillet de l'année 1608

où il a établi dans un endroit qu'on appelait Québec ou qui veut dire, en amérindien, là où le fleuve se rétrécit, un établissement permanent qui a été nommé l'Habitation. Je crois que le moment est bien choisi pour rappeler l'influence importante qu'a eue la civilisation française en Amérique du Nord et plus particulièrement au Québec et au Canada.

Et vous voyez que si aujourd'hui nous avons un Canada fédéral, bilingue, bijuridique, multiculturel et comportant un important héritage autochtone, c'est le résultat, évidemment, de notre double histoire coloniale et de notre histoire comme pays indépendant depuis 1867.

Mon propos mettra l'accent sur les plans juridiques et judiciaires. Je dirai un mot aussi, évidemment, de l'influence anglaise qui a contribué à nous donner un système de justice hybride, à la fois bilingue et bijuridique. Le Canada et le Québec sont, à cet égard, uniques parmi les pays développés, car si 1608 est le moment de la fondation de la Ville de Québec, c'est aussi le début de la civilisation française en Amérique du Nord. Pendant plus de 150 ans, cette civilisation, qui provient à l'époque du plus important pays européen en termes de population et d'économie, s'étendra dans un immense arc de cercle couvrant presque la moitié du territoire Nord-américain, d'abord, l'Acadie, ensuite la Vallée du St-Laurent, le pays des Illinois, la Vallée du Mississippi et, finalement, la Grande-Louisiane jusqu'aux portes du Golf du Mexique, la Nouvelle-Orléans.

Contrairement à l'Angleterre qui adopte une politique coloniale de peuplement fondée sur l'agriculture, la France adopte une politique coloniale fondée sur la création de routes commerciales parsemées de forteresses et de garnisons reposant sur des alliances sans cesse renouvelées avec les nations autochtones. Vous voyez sur cette carte un très grand nombre de nations autochtones avec lesquelles les Français ont noué des alliances. Il y en a plus de 30, que ce soit les Micmacs qui sont tout à fait à l'est jusqu'aux Atacapas qui

sont très près de la Nouvelle-Orléans actuelle.



Le démantèlement de cet empire français se fera en trois périodes.

D'abord, la période de 1603 à 1713 qui sera conclue par le traité d'Utrecht.

Finalement, la période de 1713 jusqu'à 1763 qui sera conclue par le Traité de Paris.

Et, dernière étape, vente de la Grande-Louisiane aux É.-U. par Napoléon en 1803.

Plusieurs historiens ont démontré que ces deux politiques coloniales devaient, un jour ou l'autre, entrer en conflit. C'est ce qui s'est produit ici, en 1759, par la défaite des Plaines d'Abraham subie par le marquis de Montcalm. Le jeune général anglais, James Wolfe, n'a jamais su qu'il avait gagné puisqu'il est mort au combat.

Évidemment, ce qui se passait de ce côté-ci de l'Atlantique était plus ou moins le résultat de guerres qui sévissaient en Europe, que ce soit la Guerre de Sept ans, ou la Guerre de la ligue d'Augsbourg, ou de la Guerre de la Succession d'Espagne.

Mes amis acadiens me reprocheront de ne pas mentionner la fondation de Port-Royal en 1604 dans l'actuelle Nouvelle-Écosse. J'ajouterai qu'une première tentative d'établissement permanent

a eu lieu à Tadoussac en 1603 par des protestants de Larochelle, Pierre Du Gua de Monts et Roberval, mais cette tentative a échoué. Henri IV, cinq ans plus tard, après sa conversion au catholicisme, parce qu'il était né protestant, et son fameux : «Paris vaut bien une messe», charge un bon catholique de Brouage, du nom de Samuel de Champlain, de fonder l'Habitation en 1608, qui a survécu sous le nom de Québec, comme je l'ai expliqué.

Malgré le mystère qui entoure le personnage de Champlain, certains le disent fils naturel de Henri IV. Il était probablement aussi un protestant converti au catholicisme, à peu près à la même époque que son présumé père naturel. Henri IV aurait reconnu onze bâtards royaux, comme on les appelait à l'époque, peut être en avait-il oublié un douzième ou peut être n'était il pas absolument certain de sa paternité.

La période coloniale française nous a apporté la Coutume de Paris et d'Orléans ainsi que les institutions de justice de l'époque. La défaite des Plaines d'Abraham, en 1759, et la capitulation de Montréal, en 1760, marquent le début de la période coloniale anglaise qui nous apporte essentiellement le droit criminel et le droit public anglais.

À l'Acte de la capitulation de Montréal en 1760, les Canadiens de l'époque, les «Français» comme on les appelle et les Acadiens, demandent un certain nombre de choses.

«Les Français, Canadiens et Acadiens qui resteront dans la colonie, de quelqu'état et condition qu'ils soient, ne seront ni ne pourront être forcés à prendre les armes contre Sa Majesté très chrétienne (c'est ainsi qu'on appelle alors le roi de France) ni ses alliés directement ni indirectement, dans quelque occasion que ce soit. Le gouvernement britannique ne pourra exiger d'eux qu'une exacte neutralité».

La réponse des généraux de l'époque est ambiguë, elle se lit : «Ils deviennent sujets du roi.» Mais cette réponse sera clarifiée plusieurs années après avec l'Acte de Québec de 1774, comme nous le verrons.

Et l'article 42 des demandes de la capitulation de Montréal de 1760 est au même effet. «Les Français et Canadiens continueront d'être gouvernés suivant la Coutume de Paris et les lois et usages établis pour ce pays et ils ne pourront être assujettis à d'autres impôts qu'à ceux qui estoient établis sous la domination française».

Encore là, on donne la même réponse ambiguë : «Ils deviennent sujets du roi.»

Un peu plus tard, en 1803, et c'est la troisième étape du démantèlement de l'Amérique française par la vente de la Grande-Louisiane par Napoléon aux États-Unis d'Amérique. La vente de la Grande-Louisiane, qu'il ne faille pas confondre avec la Louisiane actuelle parce que c'est beaucoup plus grand, en anglais qu'on appelle la «Louisiana Purchase», est la cession par la France

de plus de 2 244 476 kilomètres carrés ou 529 911 680 acres de territoires aux États-Unis au prix de trois cents par acre, soit plus de 15 000 000 \$ ou 80 000 000 millions de francs au total, mais ce qui équivaut, consolez-vous bien, à peu près 390 000 000 000 \$ en 2003, en extrapolant les termes de pourcentage de produits intérieurs bruts, à peu près le coût d'un an de guerre en Irak. Et vous remarquerez que le territoire recoupe plus de 14 États actuels des États-Unis d'Amérique.



En rouge, territoire de la Louisiane française en 1803
(Le territoire vendu dépasse les 2 millions de km²)

Après une période de flottement d'une quinzaine d'années, l'Acte de Québec de 1774 sanctionne le compromis intervenu entre les «Français», les Canadiens et les Acadiens. L'Acte de Québec maintient le droit civil français pour la propriété et droit civil, expression d'ailleurs que l'on retrouvera beaucoup plus tard dans l'Acte constitutionnel de 1867 ; le maintien de la Common Law pour le droit public et le droit criminel, d'où notre système hybride, certains diront : «Le meilleur des deux mondes.»

Ce qu'on oublie de mentionner, c'est que l'influence de la Common Law ne s'arrête pas aux droits publics et criminels, les tribunaux créés après la conquête adoptent le modèle britannique ou l'oralité joue un rôle prépondérant face à la procédure écrite, contrairement à la situation qu'on retrouve même aujourd'hui en Europe.

En matière criminelle, la procédure, l'acte accusatoire remplace la procédure inquisitoire, les règles de preuve et de procédure sont en substance d'inspiration britannique. D'ailleurs, dans l'Acte de Québec, on mentionne que les Canadiens, les «Français» et les Acadiens ont apprécié la douceur du droit criminel anglais, surtout si on le comparait au supplice de la roue qui était pratiqué généreusement sous le régime français.

Au cours du XIX^e siècle, l'application de la Coutume de Paris et d'Orléans devient de plus en plus problématique puisque, comme vous le savez, elle n'a plus cours en France, vu la codification du Code des Français, appelé plus tard Code de Napoléon, en 1804.

À la veille de la création du Canada en 1866, l'Assemblée législative adopte le Code civil du Bas-Canada retrouvant ainsi le filon français, mais cette fois par le truchement du droit civil codifié de 1804. Parfois, l'élève dépasse le maître, cela dit sans reproche à nos amis français puisqu'en 1994, le gouvernement du Québec met en vigueur un Code civil du Québec entièrement révisé en profondeur. D'ailleurs, notre droit civil y fait des emprunts importants à la *Common Law* comme, évidemment, la liberté de tester qui avait été empruntée bien avant, mais aussi y ajoute une institution comme la fiducie.

Ajoutez à cela des emprunts au droit américain en matière d'injonction, un bilinguisme pragmatique et fonctionnel au choix de chaque partie, un poids plus grand du « stare decisis » qu'en droit français, mais moins grand qu'en *Common Law* classique, une grande liberté pour les juges de créer de nouvelles solutions à cause de leurs pouvoirs inhérents et du poids moins lourd de la doctrine, et vous aurez alors un système de justice souple, efficace, à la mode québécois. Lorsque j'ai demandé à mon recherchiste, M^e Sébastien Lafrance, de me trouver une image pour exprimer cette réalité, il m'a suggéré le pâté chinois !

Alors, le pâté chinois comprend trois éléments, d'abord des pommes de terre en purée, vous connaissez ou vous vous rappelez de monsieur Parmentier, je crois qu'il était français, il a popularisé l'usage des pommes de terre pour consommation humaine. Au bas le bœuf haché de Lord Sandwich qui a inventé ce que nous consommons tous les jours et qui porte son nom. Et, entre les deux, il y a un élément proprement américain, c'est le maïs qui est la contribution autochtone à notre système juridique et qui cimente à la fois la partie française et la partie anglaise. Afin que nos amis français ne soient pas totalement perdus par le pâté chinois, parce que le nom n'est pas courant en France, j'ai reproduit un élément que l'on retrouve plutôt en France, qui s'appelle le hachis parmentier, qui est très semblable au pâté chinois, mais vous remarquerez que dans le hachis parmentier, il n'y a pas de maïs.

Alors, il faut mentionner aussi l'apport acadien et, notamment, celui de l'Université de Moncton qui a permis de développer un droit commun en français, de sorte que le système juridique canadien se décline non pas en deux versions, mais en quatre versions, le droit civil français, le droit civil anglais, le droit commun anglais et le droit commun français. C'est unique dans, je crois, le monde actuellement.

À l'heure du développement des institutions internationales et de la globalisation des marchés, ce système juridique unique et hybride nous confère des avantages compétitifs considérables que trop souvent nous n'utilisons pas de façon complète. Encore là, il nous fait faire connaître les avantages d'un tel système et en faire la promotion en dehors de nos frontières. D'autres tribunaux aux prises avec des problèmes semblables voudront peut-être s'en inspirer, évidemment l'exemple de la Belgique me vient immédiatement en mémoire.

Il faut aussi se rappeler de l'apport français dans notre droit civil qui nous a permis de construire un code complet, exprimé en termes généraux et accessibles, qui contient des règles de droit formulées comme des principes. Ces derniers peuvent alors être appliqués aux diverses situations factuelles par les tribunaux tout en assurant la sécurité et la stabilité judiciaire des rapports sociaux.

D'ailleurs, nos chartes, y compris la *Charte canadienne des droits et libertés*, ont emprunté, si je peux dire, ce style juridique reposant sur l'expression de principes généraux. Évidemment, nous avons une dette envers notre ami Napoléon qui a revêtu son costume de tous les jours, et qui, en fait, est son costume de couronnement.

Alors que nos collègues de *Common Law* sont encore à définir les différents « torts », nous pouvons déjà, depuis plus de cent ans, nous reposer sur le principe général de la responsabilité extracontractuelle contenue à l'article 1457 du nouveau code.

Nos collègues de la *Common Law* ont dû attendre la malencontreuse présence d'un escargot dans une bouteille de Ginger beer pour commencer à définir un principe général de proximité qui sous-tend la responsabilité civile en *Common Law*. D'ailleurs, la culture du droit civil et de la codification ont eu une influence dans le monde de la *Common Law*, notamment par la codification de notre droit criminel en 1955. Mais l'apport de la *Common Law* est considérable, il consiste essentiellement dans la souplesse, dans l'interprétation, la créativité dans la recherche des solutions à cause du caractère prétorien de la *Common Law*, et des pouvoirs inhérents des cours supérieures dont nous avons hérité des tribunaux anglais.

Ainsi, notre double héritage juridique se définit en trois parties. À nos ancêtres français nous devons le maintien de la langue et de la culture française en Amérique. Nous devons également le développement de la culture juridique française comportant, notamment, un style de rédaction législative axé sur des principes et des critères généraux, une méthode de raisonnement déductive en posant un principe d'abord et en l'appliquant ensuite aux faits de l'espèce à décider, enfin, un code civil formant un tout cohérent, complet, organisé et logique.

À nos ancêtres britanniques, nous devons l'influence de la tradition de la *Common Law* comportant notamment un style de rédaction législative détaillé, incluant souvent des définitions précises, une méthode de raisonnement inductif, qui permet à l'examen de l'ensemble des précédents de dégager des règles qu'on applique à l'instance à décider, et des tribunaux ayant des pouvoirs inhérents qui leur permettent de créer des solutions nouvelles pour répondre aux besoins changeants de la société.

Sur ce, je vous souhaite un très bon colloque.

Merci.



Allocution

*Juge en chef de la Cour du Québec,
Président du Conseil de la magistrature*
L'honorable GUY GAGNON



Le juge en chef du Québec, l'honorable Michel Robert, féru d'histoire, vient de nous dresser un historique de cette ville combien extraordinaire qu'est Québec, ville quatre fois centenaire.

J'aimerais quant à moi vous convier à une lecture des événements un peu plus rapprochée démontrant jusqu'à quel point la ville de Québec a été le centre d'attraction de plusieurs événements qui ont marqué la destinée tant du Québec que celle du Canada, et ce, tant du point de vue culturel, social que politique. Soit dit en passant, c'est d'ailleurs au moment où les citoyens de la ville de Québec commençaient à réfléchir à la façon de souligner le 400^e anniversaire de cette ville fortifiée qu'est née l'idée d'organiser une rencontre des juges de toutes juridictions et en provenance de tous les coins du Canada afin de mettre en place un forum où nous pourrions réfléchir sur la fonction judiciaire. Votre présence ici est la consécration de ce projet.

L'établissement dans lequel nous nous trouvons ici aujourd'hui, témoin privilégié de l'histoire de la ville de Québec, a vu au cours des derniers mois déferler dans ses corridors, salles de rencontres et ses chambres, différentes célébrités, que ce soit Céline Dion, Paul McCartney, voire même le président de la République française, Nicolas Sarkozy. Or vous et moi aujourd'hui occupons les mêmes lieux, remplis d'une si grande histoire. C'est également ici, lors de la Seconde Guerre mondiale, que s'est tenue la Conférence de Québec alors que les délégations dirigées par Winston Churchill, Franklin D. Roosevelt et William Lyon Mackenzie King ont séjourné afin d'élaborer la stratégie de l'offensive qui allait être lancée en Europe et qui concernait, plus particulièrement pour les Canadiens, le plan de débarquement des alliés en Normandie.

Ainsi donc, le fait que nous ayons choisi le Château Frontenac pour tenir ce congrès n'est pas étranger à l'histoire de Québec et regrouper des gens de toutes les cours de justice ainsi que tous ceux qui de près ou de loin s'intéressent à ce merveilleux monde qu'est celui de la magistrature, était à mon avis un objectif ambitieux, mais qui s'inscrit dans la vision et les valeurs de ceux qui nous ont précédés, c'est-à-dire de mettre en place un contexte sur lequel nous pourrions tous bâtir pour l'avenir.

Ainsi donc, dans la foulée des propos du juge en chef du Québec, je voudrais d'abord vous rappeler l'origine de notre rencontre d'aujourd'hui, et vous préciser comment l'événement a pris forme et vous faire part des objectifs que nous visons par cette rencontre historique.

Origine de la rencontre

L'origine de la rencontre tout d'abord : j'y ai fait brièvement allusion dans mes remarques introductives et en ma qualité de résident de la ville de Québec, je peux témoigner que tout au long de cette année historique qui se terminera bientôt, les quatre cents ans de la présence française en Amérique du Nord ont été célébrés de différentes façons et à des niveaux différents. J'ai fait allusion tout à l'heure au contexte artistique, voire même à un contexte politique, mais à ces événements je rajouterai à tout ce qui précède que citoyens et visiteurs de Québec ont été ravis par les activités hautement artistiques du Cirque du Soleil ou du metteur en scène Robert Lepage, alors que même les événements religieux n'ont pas été en reste, puisque Québec a été l'hôte d'un congrès eucharistique qui a regroupé plusieurs milliers de personnes et qui s'est tenu sous la responsabilité de l'archevêque de Québec et primat du Canada, le cardinal Marc Ouellet ; tout cela pour dire que les différentes facettes des réalités sociales, culturelles, religieuses et politiques qui caractérisent notre société ont été en grande partie couvertes par les activités du 400^e anniversaire de Québec.

Quant au monde juridique, il y a bien eu le congrès du Barreau du Québec regroupant tous les avocats du Québec, congrès qui s'est tenu ici en juin dernier et sans oublier l'imposant congrès de l'Association du Barreau canadien qui lui s'est tenu en août, sous les auspices du président sortant, un Québécois, M^e Bernard Amyot.

Certes, ces événements restent gravés dans le monde du milieu judiciaire canadien et québécois, mais il fallait également ajouter une initiative qui toucherait davantage le monde de la magistrature.

Nous avons pensé que le rappel des quatre cents ans de Québec ne serait donc pas complet sans qu'on y célèbre aussi sur le plan judiciaire. C'est ainsi qu'est née l'idée d'organiser une rencontre des juges de tout le Canada, toutes juridictions confondues.

Comme un heureux événement n'arrive jamais seul, il faut dire que cette année nous célébrons également le trentième anniversaire du

Conseil de la magistrature du Québec, organisme voué à la déontologie et à la formation des juges de nomination provinciale. À cela s'ajoute un autre anniversaire, et je suis très fier de vous en faire part en ma qualité de juge en chef de la Cour du Québec, soit le vingtième anniversaire de la création de cette Cour maintenant bien connue à travers tout le Canada. Ces deux organisations que sont le Conseil de la magistrature du Québec et la Cour du Québec ont d'ailleurs leur siège social dans la ville de Québec.

À ces deux anniversaires s'ajoute un autre des plus importants, et c'est mon ami l'honorable Brian Lennox qui me le rappelait tout récemment, en l'occurrence le vingtième anniversaire de la création de l'Institut national de la magistrature, organisme réputé mondialement, et bien connu de nous tous. Voilà donc pour les anniversaires.

Vous le savez maintenant, cette rencontre est donc une première. C'est une première parce que, au Canada, nous n'avons aucun précédent où les juges de toutes les juridictions et de toute la fédération canadienne se sont rencontrés pour discuter et échanger. La ville de Québec sera désormais l'endroit où nous pourrions maintenant dire qu'une telle première a eu lieu. Nos échanges seront animés par des juges de la Cour suprême du Canada, de la Cour d'appel du Québec, de la Cour supérieure du Québec et de la Cour du Québec, d'avocats réputés et de juristes de renom tant en provenance de l'intérieur que de l'extérieur du Canada. À l'avance, je remercie les animatrices, les conférenciers, les universitaires et les juristes de haut calibre ainsi que nos collègues qui témoigneront au cours des prochaines heures de leurs recherches, de leurs travaux, de leur engagement ainsi que de leurs expériences.

J'émetts donc le souhait que ce type de congrès, aussi exigeant soit-il à préparer et à mettre en place, ne soit pas la dernière expérience que nous connaîtrons du genre. Nous avons tant à apprendre des différentes cours de justice qui composent le système judiciaire canadien, que ce serait une perte pour tous les intervenants du milieu judiciaire ainsi que pour les justiciables si nous ne saisissons pas les opportunités que peuvent nous donner de telles rencontres d'où l'importance de répéter l'expérience dans un futur rapproché.

Mise sur pied d'une organisation

Laissez-moi vous parler brièvement de l'organisation de ce congrès. Jamais n'avons-nous vu dans le passé une telle collaboration que je qualifierais d'inter institutionnelle. Ainsi, l'Association canadienne des juges des cours provinciales a décidé de s'unir à l'Institut national de la magistrature, au Conseil de la magistrature du Québec, à la Cour d'appel du Québec, à la Cour supérieure du Québec, à la Cour du Québec et à la Conférence des juges du Québec, pour organiser une rencontre regroupant à la fois les juges des différentes juridictions provenant de tous les horizons du Canada.

Prétextant les caractéristiques tout à fait particulières de ce congrès, j'ai décidé d'inviter mes collègues, en l'occurrence les juges en chef

de toutes les cours provinciales du Canada et de faire coïncider notre rencontre annuelle automnale avec le présent Congrès.

J'ai été particulièrement heureux d'accueillir, en début de semaine, tous mes collègues juges en chef canadiens ici à Québec et de leur faire découvrir les charmes de la vieille ville fortifiée. Je tiens également à profiter de cette occasion pour remercier le gouvernement du Québec qui, lundi dernier, recevait le Conseil canadien des juges en chef dans le cadre d'un dîner officiel où la très honorable Beverley M. McLachlin, juge en chef du Canada, était la conférencière invitée. Dans ce même esprit, le Conseil canadien de la magistrature a convenu lui aussi d'y tenir une réunion de ses membres. Cette dernière s'est déroulée en début de semaine, sous le patronage de la juge en chef du Canada et où tous les juges en chef canadiens ont d'ailleurs été conviés à un dîner à l'Assemblée nationale, présidé par madame la juge en chef McLachlin. Je voudrais donc saluer et remercier sincèrement madame la juge en chef pour son appui et sa grande disponibilité.

Mais réunir tous les juges de toutes les juridictions, alors que toutes ces personnes ont des agendas des plus chargés, présentait, vous l'imaginez facilement, un défi considérable.

Il est important, dès le début de notre rencontre, de saluer les femmes et les hommes qui, outre leur travail quotidien, ont ajouté à leurs tâches pour faire de ce congrès un événement qui marquera vos souvenirs je l'espère à tout jamais.

Je souhaiterais particulièrement saluer le travail des deux coprésidentes qui font que la semaine que nous vivons en sera une des plus mémorables et, pour en avoir été témoin, je puis vous dire que ces deux personnes ont travaillé de façon inlassable à faire en sorte que cette activité soit un véritable succès. C'est en unissant leur effort et en y consacrant une énergie exceptionnelle que madame la juge France Thibault de la Cour d'appel du Québec et madame la juge en chef adjointe Paule Gaumond de la Cour du Québec ont réussi le tour de force en étant à la tête d'une équipe des plus réduites, à donner forme à ce que nous connaissons maintenant. Merci à vous deux pour votre extraordinaire travail !

Par ailleurs, je dois vous dire que, depuis quelques années, une coutume s'est instaurée lors des congrès de la magistrature du Québec. Un collègue, le juge Jean La Rue, un grand juriste mais aussi un grand artiste, produit, à chaque année, une œuvre originale que l'inspire le thème du congrès. À la demande des organisateurs du congrès de cette année, le juge La Rue a produit une œuvre inédite. Vous l'avez vue sur le site internet, elle apparaît sur le programme des activités et sur les bannières. Merci monsieur le juge La Rue pour cette œuvre fantastique.

Dans les prochaines semaines, nous vous transmettrons une copie signée par l'artiste lui-même. Cette œuvre d'art constituera pour vous, j'en suis sûr, un agréable souvenir de votre séjour à Québec.

C'est donc ainsi que le programme que nous vous suggérons et qui sera précisé par le juge en chef de la Cour supérieure du Québec, l'honorable François Rolland, a pris naissance.

Mais ce congrès n'est pas axé particulièrement sur les rencontres sociales quoique des moments vous sont réservés afin d'échanger entre vous en dehors d'un cadre formel. À cet effet, nous avons d'ailleurs convenu d'organiser des événements et des activités sociales devant justement permettre de tels échanges.

Les objectifs du Congrès de la magistrature 2008

Mais nos objectifs principaux sont hautement scientifiques. En effet, les organisateurs du congrès ont vite convenu que notre société présente des défis aussi multiples que variés. Le rôle du juge, autrefois perçu comme au sommet de la pyramide et statique, a grandement évolué au cours de la dernière décennie et ce rôle est appelé à changer de façon marquée au cours des prochaines années, de sorte à s'adapter aux besoins des justiciables. À n'en point douter, nous sommes dans une ère de changement, où les communications sont maintenant quasi instantanées et où les attentes à l'égard de la magistrature sont sans cesse croissantes. Commentateurs, observateurs et acteurs de la scène judiciaire font état régulièrement des bénéfices d'une magistrature indépendante et impartiale, mais du même souffle mettent en évidence les principaux défis de la Justice moderne. De ces défis, une constance s'en dégage : nos tribunaux doivent viser plus que jamais l'amélioration de l'accès à la justice par l'ensemble de nos concitoyens.

Comme juges qui, pour plusieurs d'entre nous du reste, œuvrent dans les deux systèmes juridiques, le droit civil et la *common law*, il importe donc de s'interroger en toute indépendance d'esprit sur la façon d'assumer notre rôle dans cette société en mutation et notre attitude face à ces défis, d'où la question *Quel juge pour quelle société?*

En effet, les juges sont maintenant confrontés à des réalités de plus en plus marquantes, telles :

- *une charge de travail plus lourde;*
- *une contestation plus ouverte de leurs décisions;*
- *une publicité plus agressive sur le travail des juges;*
- *un œil médiatique plus attentif aux activités quotidiennes des tribunaux;*
- *une évolution rapide de la jurisprudence qui maintenant est influencée par les quatre coins de la planète, sans compter le rôle sans cesse croissant des technologies dans l'activité quotidienne des cours de justice.*

Tous les domaines du droit sont maintenant l'objet d'une spécialité, sans compter que le juge doit plus que jamais s'adapter aux réalités sociales et culturelles d'un monde en constante évolution.

Cette simple énumération, loin d'être exhaustive, constitue une démonstration bien incomplète de certains des défis auxquels doit faire face la magistrature canadienne. Or, libre à nous de considérer ces défis comme étant une opportunité, soit celle de se réaliser dans le cadre d'une profession exaltante. En effet, nous avons l'opportunité de devenir de meilleurs juges et l'opportunité fondamentale de mieux servir nos concitoyens en permettant que les conflits, malheureusement inévitables, se règlent de la manière la plus civilisée et de la meilleure façon, c'est-à-dire dans le meilleur intérêt des justiciables.

L'objectif que s'est imposé le comité organisateur est donc de proposer un temps d'arrêt : un temps d'arrêt pour écouter, un temps d'arrêt pour réfléchir et échanger. Les conférences que nous entendrons et que vous précisera monsieur le juge en chef François Rolland et les échanges que nous aurons par la suite, je l'espère, permettront en partie de répondre à la question : *Quel juge pour quelle société?*





Allocution

Juge en chef de la Cour supérieure du Québec,
L'honorable FRANÇOIS ROLLAND



L'indépendance judiciaire et l'accès à la justice

À mon tour, j'aimerais souligner le travail remarquable des deux coprésidentes de ce congrès et des membres de leur comité.

Elles n'ont ménagé aucun effort pour faire de cette réunion un immense

succès qui, incidemment, coïncide non seulement avec l'élection d'un nouveau président américain - fait marquant de l'histoire - mais aussi avec le déclenchement d'une élection au Québec. On peut dire qu'elles ont de l'intuition ! On se souviendra longtemps de cet événement qui fera partie des annales judiciaires.

Un merci bien spécial aux honorables France Thibault et Paule Gaumond.

Je suis très heureux d'être parmi vous aujourd'hui.

L'honorable Michel Robert, juge en chef du Québec, vient de vous faire état de la richesse de notre patrimoine juridique, issu à la fois des traditions française et britannique.

L'indépendance judiciaire, qui nous vient d'Angleterre, est l'un des legs inestimables que nous a livrés l'Histoire à ce chapitre. Elle constitue en quelque sorte la pierre d'assise de notre système judiciaire qui trouve sa légitimité, est-il besoin de le rappeler, dans la seule confiance des citoyens à son égard.

Je me propose de faire avec vous aujourd'hui un bref rappel de cette règle et de la situer dans le contexte actuel d'accès à la justice au Québec.

D'abord quelques mots sur l'indépendance judiciaire, ce qu'elle représente pour le Québec et le Canada, ses garanties, son histoire et son évolution la plus récente.

Dans l'arrêt *Beauregard*¹, le juge en chef Dickson définit ainsi l'indépendance judiciaire :

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises : personne

de l'extérieur que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge, ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision.

Quelques années plus tard, en 1997 dans le Renvoi sur les juges², le juge Lamer ajoute que « l'indépendance de la magistrature protège également les tribunaux contre l'ingérence des parties aux litiges dont ils sont saisis et du public en général. »

L'indépendance judiciaire vise donc à assurer et garantir l'impartialité du juge, laquelle est au cœur même de l'exercice de ses fonctions. Car si l'impartialité réfère à l'état d'esprit du décideur, l'indépendance va bien au-delà et concerne plutôt son statut qui doit lui garantir une totale indépendance à l'égard de toute influence ou ingérence extérieure.

Cette indépendance ne poursuit qu'un seul but : assurer la confiance des citoyens dans le système judiciaire en créant des conditions objectives visant à garantir que justice soit rendue et apparaisse être rendue selon le principe de la primauté du droit, conformément aux lois applicables et aux faits mis en preuve devant le tribunal.

Dans la société canadienne, trois moyens sont mis en œuvre pour garantir l'indépendance du juge : d'abord son inamovibilité, le juge étant nommé durant bonne conduite ; ensuite sa sécurité financière, le juge se voyant garantir un revenu suffisant pour le mettre à l'abri de toute influence financière ; enfin ce que l'on appelle l'indépendance institutionnelle puisque le juge fait partie d'une institution dont le fonctionnement doit être totalement à l'abri de l'exécutif et du législatif. Au sein même de l'institution judiciaire, en sa capacité de décideur, le juge ne peut faire l'objet d'aucune forme de pression.

Toutes ces conditions placent le juge dans un environnement démontrant non seulement qu'il jouit d'une garantie de totale liberté, mais qu'il est également perçu comme étant totalement libre. Tout cela en vue d'assurer la confiance du public en l'institution, confiance qui est à la base de son respect et de son acceptation.

Au Canada, les articles 96, 99 et 100 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* garantissent formellement cette indépendance aux juges de nomination fédérale. En outre, le préambule de notre Loi constitutionnelle de 1982 est parfois invoqué pour renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire, le juge en chef Dickson ayant noté

1. The Queen v. Beauregard, [1986] 2 S.C.R. 56, par.21.

2. Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (I.-P.-É.), [1997], 3 R.C.S. 3, par.130.

dans l'arrêt *Beauregard*³ que : « puisque l'indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été importé au Canada par le texte constitutionnel du préambule. »

Bien que les juges de nomination provinciale ne soient pas couverts par les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique*, le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Valente*⁴ établit clairement que l'indépendance, et plus particulièrement l'inamovibilité des juges de nomination provinciale est à peu près la même que celle des juges des cours supérieures.

Les motifs du juge Dickson dans l'affaire *Beauregard* font référence à l'histoire comme source de droit. L'indépendance judiciaire est une puissante illustration de la marche de l'homme vers la liberté et la démocratie.

D'où vient ce principe ?

Il tire ses origines du 17^e siècle en Angleterre. À cette époque, les tribunaux sont des cours royales où les juges peuvent être révoqués sans motif par le roi. C'est dans ce contexte que survient la crise entre Sir Francis Bacon, ministre de la Justice de l'Angleterre, et le juge en chef Coke de la Cour du Banc du Roi. Pour Sir Bacon, les juges sont des lions soumis au trône et ne doivent donc jamais s'opposer au roi. Le juge en chef Coke, outré par cette position, déclare que c'est plutôt le roi qui est soumis à Dieu et à la Loi ! Cet affrontement se solde par la démission du juge en chef à la demande du roi James, en 1616, pour avoir contrecarré sa volonté.

Si l'homme a été évincé, ses idées, elles, ont fait leur chemin. Grâce à l'appui de nombreux autres notables de l'époque, la *Charte des droits de l'Angleterre* de 1689 et l'*Act of Settlement* de 1701 affirmeront plus tard l'indépendance des tribunaux en établissant deux éléments importants de l'indépendance judiciaire :

- l'inamovibilité des juges durant bonne conduite; et
- la protection de leurs salaires qui seraient dorénavant établis par le Parlement et non de façon arbitraire par le roi.

Fait à noter, l'*Act of Settlement* de 1701 s'inspire des idées de John Locke, père de la doctrine de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Ce n'est qu'en 1834, soit 133 ans après l'*Act of Settlement*, que la première loi portant sur l'inamovibilité des fonctions judiciaires en Amérique du Nord Britannique s'applique à la Cour du Banc du Roi du Haut-Canada. La même loi n'est adoptée pour le Bas-Canada et pour les autres cours du Haut-Canada qu'en 1843, soit après l'unification.

Lors de la création de la Confédération en 1867, les dispositions de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* enchâssent les protections de l'*Act of Settlement* de 1701 quant à l'inamovibilité et la protection du salaire des juges.

Cette protection constitutionnelle garantissant l'indépendance judiciaire est étendue aux juges de nomination provinciale par l'arrêt *Valente*.

Plus tard, à l'occasion de contestations judiciaires émanant des juges de nomination provinciale, certaines décisions marquantes sont rendues quant à l'indépendance judiciaire et la sécurité financière des juges.

C'est ainsi qu'au début des années 1990, une série de litiges sont entrepris à la suite de conflits entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, notamment dans les provinces d'Île-du-Prince-Édouard, d'Alberta et du Manitoba, en réaction à la réduction du traitement des juges par l'exécutif, et ce, sans consultation préalable. Ce qui conduit le regretté juge Lamer⁵, au nom de la majorité, à établir les trois principes fondamentaux suivants :

- premièrement, les traitements des juges peuvent être réduits, baussés ou bloqués, mais pour ce faire, il est nécessaire d'avoir recours à une commission indépendante, efficace et objective;
- deuxièmement, les négociations relatives aux traitements des juges sont interdites entre la magistrature d'une part et l'exécutif et le législatif d'autre part;
- enfin, le traitement des juges ne peut être diminué en deçà d'un niveau minimal.

La Cour a déclaré que la tenue d'une audience par une commission indépendante est une condition préalable en vertu de la Constitution pour modifier la rémunération des juges – que les recommandations de cette commission soient acceptées ou non.

Depuis ce jugement, le processus pour examiner et modifier les traitements des juges au Canada est de faire appel à des commissions de rémunération indépendantes.

D'ailleurs, la Cour supérieure du Québec s'est prononcée à plusieurs reprises sur des questions découlant des recommandations des différentes commissions triennales.⁶

Il demeure que l'indépendance judiciaire est un concept fragile et nous devons demeurer vigilants pour en assurer le respect.

Si nous jouissons d'une magistrature indépendante, c'est pour lui permettre d'exercer pleinement la mission que lui ont confiée les citoyens. Mais encore faut-il que le tribunal puisse être saisi de ces

3. Précité note 1, par.29.

4. *Valente c. La Reine*, [1985], 2 R.C.S. 673

5. Précité note 2, par 132-135.

6. Voir notamment : *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*, [2007] R.J.Q. 1556 (C.S.); *Québec (Procureur général) c. Conférence des juges du Québec*, [2006] R.J.Q. 2733 (C.S.), appel accueilli en partie, [2007] R.J.Q. 2295 (C.A.); *Québec (Procureur général) c. Conférence des juges du Québec*, [2003] R.J.Q. 1488 (C.S.), appel rejeté, [2004] R.J.Q. 1450 (C.A.), appel rejeté à la Cour suprême, *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*; *Assoc. des juges de l'Ontario c. Ontario (Conseil de gestion)*; *Bodner c. Alberta*; *Conférence des juges du Québec c. Québec (Procureur général)*; *Minc c. Québec (Procureur général)*, [2005] 2 R.C.S. 286.

litiges, que les citoyens soient en mesure de lui référer leurs différends et de faire appel à ses services.

Qu'en est-il de l'accès à la justice, notamment au Québec?

Si je me fie à mes lectures et à mon expérience, cet accès demeure un problème majeur dans un grand nombre de provinces qui ne diffèrent en rien à cet égard de plusieurs sociétés occidentales. Si nous n'avons pas encore réussi à résoudre le problème de façon satisfaisante, ce n'est pas faute d'en avoir largement discuté ni d'avoir développé un certain nombre de stratégies en vue d'y arriver.

Au Québec, dans les faits, les tribunaux de justice civile continuent à être désertés. Le citoyen, qui finance largement par ses impôts le fonctionnement de notre appareil de justice civile, n'a toujours pas les moyens de s'en prévaloir. Et la pensée populaire demeure imprégnée, à tort je crois, du cliché voulant que tout recours à la justice soit un rendez-vous avec l'éternité.

De fait, en 1998, les autorités du Québec ont décidé de réagir à la perte de crédibilité croissante du système de justice civile en raison des coûts, des lenteurs et d'autres problèmes perçus. Elles ont créé un comité composé d'avocats de pratique privée ou du secteur public, de professeurs de droit et de juges, à qui mandat a été donné d'étudier la question et de proposer des solutions. Le comité a commencé ses travaux par une vaste consultation au sein de la profession juridique. Trois ans plus tard, en juillet 2001, il déposait son rapport⁷ avec un titre bien approprié pour dépeindre l'ampleur du projet : *Une nouvelle culture judiciaire*.

La majorité des recommandations du rapport sont devenues loi le 1^{er} janvier 2003. Dans l'ensemble, le comité préconise :

- Une simplification des procédures
- Une réduction des délais
- Le contrôle des coûts.

La réforme proposée est tout à fait ambitieuse : implanter un système de justice plus rapide, plus efficace et moins coûteux, qui améliorera l'accès à la justice et accroîtra la confiance du public.

Cette nouvelle culture judiciaire, qui doit constituer le fondement de l'utilisation du système de justice civile, est basée sur quatre principes :

- la bonne foi;
- la proportionnalité des moyens mis en œuvre par rapport aux objectifs poursuivis;
- le pouvoir et le devoir de la Cour d'intervenir afin d'assurer une saine gestion du dossier, le bon déroulement de l'instance et le respect de la règle de la proportionnalité; et enfin
- la conciliation judiciaire.

L'application systématique de la règle de proportionnalité demeure, à mon avis, la clé du succès de notre réforme. Et c'est sans doute notre réserve à l'égard de cette obligation qui explique dans une grande mesure le peu de progrès accompli depuis son implantation, il y a maintenant près de six ans. L'accès à la justice coûte encore très cher aux justiciables, au point d'être inaccessible pour la plupart, sauf les plus démunis et les plus fortunés.

Notre réforme de 2003 mettait également en place un système de conciliation présidé par un juge, sur demande des parties, sous forme de conférences de règlement à l'amiable.

La médiation judiciaire a connu énormément de succès auprès de ceux qui font appel à la Cour. Sa popularité ne se dément pas depuis 2003 et ceux qui s'en prévalent en tirent beaucoup de satisfaction.

Malheureusement, cela semble avoir peu d'effet sur les coûts de justice, ces conférences n'intervenant dans la plupart des cas que quelques mois ou même quelques semaines avant l'audition, soit après que tous les frais de préparation du dossier aient été encourus.

Que nous réserve l'avenir? Je crois que le problème d'accès à la justice n'est pas insurmontable et que nous pouvons faire beaucoup mieux que par le passé.

Comment? En étant plus efficace, en faisant plus avec moins, en ayant plus de résultats avec moins de procédures, de temps de préparation et de temps d'audition. En étant plus frugal pour faire en sorte que la justice redevienne abordable en termes économiques. Car c'est là que le bât blesse d'abord et avant tout, et c'est à l'égard de ce problème capital que nous sommes le moins intervenus jusqu'à maintenant. Il nous faut à toutes les étapes être conscients de la règle de la proportionnalité et l'appliquer avec rigueur et constance. Il nous faut informer le justiciable, l'informer directement si nécessaire. Et nous disposons des moyens pour le faire. Reste à le faire.

Le rapport des commissaires à l'origine de la réforme portait un titre évocateur pour ne pas dire prémonitoire : *Une nouvelle culture judiciaire*.

Or, un changement de culture, de vision et de méthodes produit de la résistance et demande de la ténacité. La nouvelle culture judiciaire nécessite un changement de perspective pour donner des résultats. Ce changement de culture s'avère difficile. La profession juridique et la magistrature tardent à emboîter le pas – les juges ayant désormais un important rôle à jouer dans la gestion de l'instance, les changements doivent s'opérer à ce niveau également.

En dépit de tout cela, je demeure résolument optimiste. Les choses bougent; plus lentement qu'on ne le souhaiterait, mais elles bougent. Modifier une culture s'avère une entreprise longue et ardue.

7. La révision de la procédure civile : Une nouvelle culture judiciaire, Rapport du Comité de révision de la procédure civile, Gouvernement du Québec, juillet 2001.

Pour notre part, nous sommes résolus à garder le cap, bon an mal an. Les périodes les plus difficiles à passer sont justement ces périodes transitoires, ces périodes d'adaptation. C'est ce que nous vivons actuellement. Mais nous sommes convaincus que nous y arriverons.

Permettez-moi de conclure en soulignant qu'il y a eu beaucoup de chemin de parcouru depuis 2003, et qu'un changement d'attitude se fait jour chez les personnes engagées dans le système, y compris les avocats et les juges. Je pense que nous réalisons maintenant que le changement de culture était, et demeure, nécessaire et inévitable. Le système judiciaire appartient à tous les citoyens et il s'ensuit qu'il doit leur être accessible.

Les citoyens ont mis à la disposition du juge ce formidable instrument de liberté qu'est l'indépendance judiciaire pour accomplir son mandat. Ils demandent maintenant aux juges de remettre à leur disposition, à la fois en termes de délais et de coûts, l'indispensable instrument de justice qu'est le tribunal afin de faire prévaloir la règle de droit à la base même de notre mode de fonctionnement démocratique. C'est notre devoir de répondre à leur appel.

Merci. Je vous souhaite une excellente conférence.



Allocution

Secrétaire du Conseil de la magistrature
M^e ANDRÉ OUMET

LANCEMENT DU VOLUME LA DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE APPLIQUÉE



Kenesaw Mountain Landis était un juge fédéral américain au début du siècle dernier. En même temps, il occupait le poste de Commissaire du baseball majeur. Réalisant que son poste de juge ne lui laissait pas assez de temps pour ses autres occupations, monsieur Landis a démissionné. Il faut dire que

des voix s'étaient élevées pour le faire réfléchir.

Que de chemin parcouru depuis. Par exemple, des décisions des tribunaux et des auteurs ont rappelé que déontologie judiciaire et indépendance judiciaire sont interdépendantes. Ils ont le même objectif : le maintien de la confiance du public dans les institutions judiciaires.

Et si certaines situations peuvent amener des citoyens à porter plainte contre les juges, c'est alors le rôle de ce Conseil d'examiner ces plaintes et d'y apporter réponse.

Dans toute la fédération canadienne, le public dispose d'organismes indépendants qui examinent et apprécient la justesse des reproches formulés à l'égard des membres de la magistrature. Dans la réalisation de son mandat, un conseil de la magistrature est un organisme qui participe au maintien de la confiance du public.

Au Québec, le Conseil de la magistrature est chargé de la documentation juridique, de la formation permanente des juges et de veiller au respect de la déontologie judiciaire.

Depuis 1978, année de sa création, le Conseil de la magistrature du Québec, qui célèbre ses trente ans, a été appelé à se prononcer sur un peu plus de 1 500 plaintes à l'égard des juges. La très grande majorité de celles-ci ont été rejetées parce que non fondées. Néanmoins, leur analyse et les conclusions du Conseil, de ses comités d'enquête ou des tribunaux auront permis de développer une jurisprudence qui peut se révéler fort utile en ce qu'elle permet de dégager des orientations, voire des règles.

En vue de les faire connaître, le Conseil dépose dans son site web depuis quelques années, ses décisions et les rapports des comités d'enquête. Ces documents sont aussi déposés dans les banques de données de la Société québécoise d'information juridique et de l'Institut canadien d'information juridique.

De plus, le Conseil publie annuellement, dans son rapport d'activité, un résumé de ses décisions et de celles qui sont rendues par les comités d'enquête.

Une autre étape a été franchie en 2005 avec la publication de l'ouvrage : *La déontologie judiciaire appliquée*.

C'est à l'occasion du Congrès de la magistrature 2008 qu'est lancée la mise à jour de ce recueil, qui, dans les faits, comme l'indiquera M^e Noreau, est beaucoup plus qu'une simple mise à jour. Ce nouveau recueil, qui sera bientôt disponible, permettra au public, à la communauté juridique et à la magistrature d'apprécier de quelle façon le Conseil, les comités d'enquête et les tribunaux ont appliqué la Loi et les codes. Il constitue un outil d'éducation et s'inscrit dans la préoccupation du Conseil d'assurer une large communication de ses décisions. Les décisions répertoriées sauront intéresser tout autant le lecteur francophone qu'anglophone. Le volume est donc publié dans ces deux langues.

Création d'un nouvel outil en matière de déontologie judiciaire

Par ailleurs, constatant la difficulté d'accès aux lois, aux codes de déontologie, aux règlements et à la jurisprudence régissant le comportement des juges dans notre vaste monde, un outil a été développé. Il contribuera au partage d'informations entre les organismes chargés de la déontologie judiciaire, permettra aux juges et aux citoyens de bénéficier d'un outil moderne et aux chercheurs d'avoir accès à une banque de données à jour et conviviale qui facilitera l'accès à des textes internationaux ou encore à des textes de doctrine.

Promu et encouragé par le Conseil de la magistrature du Québec et éventuellement par d'autres partenaires, le Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal, sous la gouverne de M^e Noreau, a créé un site web. M^e Noreau vous en précisera les paramètres et vous indiquera comment accéder à ce site web.

Il faut saluer cette initiative qui fera mieux connaître d'abord les principes de déontologie judiciaire reconnus internationalement, qui mettra en lumière les travaux des différents conseils de la magistrature de la planète, quelles sont les lois habilitantes, le rôle de ces organismes et la façon dont ils s'y prennent pour appliquer les codes de déontologie.

Je comprends que le site web dévoilé ce matin sera évolutif. C'est un commencement, un premier pas. Il sera toujours en construction, en perpétuelle modification puisque la législation, la réglementation et la jurisprudence évoluent. Des articles de doctrine,

ils s'en rajoutent de nouveau régulièrement. Manifestement, l'Internet favorise ce genre de développement.

Il faut ajouter qu'il est aussi prévu qu'au noyau de départ, soit le Centre de recherche en droit public, le Conseil de la magistrature du Québec et l'Institut des Hautes Études sur la Justice de France, d'autres organismes se joindront de façon à alimenter plus facilement la banque de données. C'est une initiative heureuse.

C'est donc avec fierté que le Conseil de la magistrature s'associe au professeur Noreau pour le lancement du volume *La déontologie judiciaire appliquée* et du site internet sur la déontologie judiciaire.



Allocution

*Professeur titulaire au Centre de recherche
en droit public à l'Université de Montréal*
M^e PIERRE NOREAU

LE MOUVEMENT CONTINU DE LA DÉONTOLOGIE JUDICIAIRE



C'est avec beaucoup de plaisir et une certaine satisfaction que nous pouvons procéder aujourd'hui au lancement de la nouvelle édition du livre *La déontologie judiciaire appliquée*. Cet ouvrage est le fruit de plusieurs années de travail et le produit d'une lecture exhaustive des décisions prises

depuis 1978 par le Conseil de la magistrature du Québec. La mise à jour de cet ouvrage a notamment permis d'en améliorer la forme de manière à en faciliter la consultation : il s'agit d'abord et avant tout d'un outil de référence.

Le premier objectif que nous poursuivions visait l'exploration systématique des règles applicables en matière de procédure d'examen et d'enquête. On cherchait ainsi à établir une mesure d'équité dans l'appréciation des plaintes reçues par le Conseil. Les décisions récentes des différentes juridictions de révision et d'appel rendaient possible cette précision des paramètres procéduraux applicables. Ce faisant, on a pu préciser également la trajectoire menant de la plainte à la décision, de même que les termes de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* qui fonde l'encadrement juridique des activités déontologiques du Conseil de la magistrature. Le produit de cette évolution fait l'objet de la première partie de l'ouvrage que nous proposons aujourd'hui. Celle-ci se trouve ainsi considérablement enrichie.

La seconde partie de l'ouvrage est consacrée à la définition des différents devoirs déontologiques prévus au Code de déontologie judiciaire adopté en 1980. Le principal objet de cet ouvrage est en effet d'établir le plus précisément possible la définition et la portée de ces devoirs. On entend ainsi préciser les obligations qui s'imposent au juge, tant « sur le banc » qu'en société. Plus particulièrement encore, la déontologie judiciaire établit les devoirs applicables au juge tant en regard de ses comportements que de ses déclarations, au tribunal et à l'extérieur du tribunal.

L'analyse des décisions du Conseil et leur publication ne visent évidemment pas seulement à informer la communauté juridique des exigences rattachées à la fonction judiciaire. Elles favorisent également la diffusion de ces décisions (et des principes que ces décisions établissent) auprès du grand public. Le Conseil affirme

ainsi que la confiance que le public investit dans la magistrature est la condition de sa légitimité en tant qu'institution sociale. Or, dans les sociétés démocratiques qui sont les nôtres, la légitimité de ceux auxquels on confie la responsabilité d'exercer une forme ou une autre d'autorité réside essentiellement dans la confiance de ceux qui sont l'objet de cette autorité. Cette confiance suppose, aujourd'hui, une certaine transparence. Il s'agit de valeurs très largement relayées par les autres institutions publiques. Au sein des sociétés modernes, les diverses expressions de l'autorité publique ne se suffisent plus à elles-mêmes. Les institutions se maintiennent dans la mesure où leur activité est comprise et appréciée par la société civile. Cette réalité explique le poids que les attentes du public font peser sur les institutions publiques. Elle suppose une extraordinaire capacité des titulaires de l'autorité publique de contrôler l'exercice de leur propre activité. Or, cette capacité réflexive et autorégulatrice est la condition même de l'indépendance judiciaire. Dans ce sens, l'exigence déontologique joint à la fois les conditions de l'exercice démocratique et celles de la décision judiciaire elle-même.

La déontologie judiciaire reste néanmoins un champ de droit nouveau. Elle vise à s'assurer que les juges connaissent les exigences de leur propre pratique ; elle fait naître et entretient la confiance du public sans laquelle la contribution de la magistrature à la définition du bien commun serait constamment remise en cause par ceux-là mêmes que ce bien commun entend servir.

Cet ouvrage répond à certaines caractéristiques. On a d'abord cherché à ce que son usage soit d'une grande simplicité. Le droit déontologique est un droit *sui generis*. Il s'agit d'un droit très « empirique », construit au cas par cas à partir de situations très concrètes, dénoncées ou plus simplement soumises au Conseil de la magistrature.

Cette approche est également celle de la plupart des instances déontologiques œuvrant au sein de la majorité des sociétés occidentales. Toutes ont la responsabilité d'administrer des règles déontologiques apparentées à celles qu'on rencontre dans le *Code de déontologie judiciaire du Québec*, dans les principes de déontologie judiciaire établis par le Conseil canadien de la magistrature ou dans les principes internationaux de Bangalore. Dans tous les cas, l'interprétation de ces devoirs est précisée au fur et à mesure de décisions qui sont prises à la faveur de cas concrets, ce qui pose

inévitablement, tôt ou tard, le problème de leur cohérence normative. Ce problème est plus évident encore lorsqu'on compare des décisions prises sur une très longue période. La publication de l'ouvrage *La Déontologie judiciaire appliquée* vise également à répondre aux impératifs de cette concordance normative et interprétative.

Une lecture longitudinale des décisions permet par ailleurs de rendre compte d'une certaine évolution des normes et des valeurs de référence. Cette évolution tend à montrer que le droit déontologique sert de chambre de compensation (de caisse de résonance) entre l'évolution des mœurs et la définition que la magistrature fait des conditions de la pratique judiciaire. Du coup, on comprend l'importance que revêt la mise à jour continue de l'ouvrage que nous offrons aujourd'hui à la communauté juridique.

Sur le plan de l'institution judiciaire, le questionnement déontologique peut facilement constituer un mécanisme de régulation interne de l'activité judiciaire. La supervision déontologique de l'activité judiciaire favorise la mise en cohérence interne du comportement des juges. Il s'agit, dans ce sens, pour la magistrature, d'une activité extrêmement structurante.

Le fait de travailler sur le thème de la déontologie judiciaire présente aussi un avantage complémentaire. Ce travail d'investigation favorise le développement d'une synthèse analytique des devoirs déontologiques. Ainsi, bien que le *Code de déontologie judiciaire* énumère plus d'une quinzaine de devoirs différents, une étude exhaustive des décisions rendues par le Conseil de la magistrature révèle que trois devoirs ressortent plus systématiquement. Ces devoirs sont **l'indépendance**, **l'impartialité** et **l'intégrité** du juge. C'est la règle des trois « I ». Quels que soient la juridiction déontologique, l'instance ou le pays de référence, ces trois pouvoirs constituent le cœur de ce qui fonde la référence déontologique en matière de pratique judiciaire.

La lecture systématique des codes et des déclarations déontologiques produits par les différentes juridictions déontologiques révèle, par ailleurs, que l'activité déontologique emprunte des perspectives très différentes selon le cas. Aux États-Unis, par exemple, on entretient une conception surtout « disciplinaire » de la déontologie judiciaire. Or, à cette conception disciplinaire s'opposent d'autres approches de la déontologie judiciaire. Dans une autre plus personnalisée, l'activité des juges peut être évaluée dans le cadre d'un dialogue de nature éthique ou morale, alors qu'au sein d'autres juridictions, on favorise une perspective plus « sociopolitique » ou « institutionnelle » de l'activité déontologique. C'est plus particulièrement l'orientation empruntée par la déontologie judiciaire au Québec. Le questionnement déontologique est alors plutôt l'occasion, pour la magistrature, d'évaluer sa pratique en tant que corps social particulier et de réfléchir sur les correctifs susceptibles de favoriser l'accroissement de la confiance que le public investit dans

la figure du juge. L'activité judiciaire est alors conçue comme une activité institutionnelle continue, plutôt que comme la sanction d'un comportement spécifique. Elle ne vise pas strictement le contrôle d'un juge particulier, encore que la réprimande et la destitution fassent partie des conditions qui permettent la mise en œuvre de la normativité déontologique. Elle favorise surtout l'ajustement permanent de l'activité judiciaire aux exigences de la fonction et au contexte social dans lequel cette fonction est remplie.

Explorant tout ce qui a trait à la déontologie judiciaire, on constate facilement que, depuis vingt ans, se sont multipliés, dans la plupart des pays occidentaux, les textes de référence et les déclarations, les « outils » et les énoncés de principes en matière de déontologie judiciaire. L'inventaire de ces documents nationaux et internationaux méritait d'être fait. Nous les avons regroupés sur un nouveau site Internet, accessible en français et en anglais¹. On y fournit les coordonnées des autres autorités nationales, chargées d'évaluer l'activité des juges au regard des normes déontologiques applicables dans leur juridiction, aux États-Unis, en Asie, en Amérique Latine, en Amérique du Sud.

Cette investigation nous a permis de mettre en évidence l'importance que prend actuellement la question de la déontologie judiciaire dans le monde. Du coup, on constate aussi la grande diversité des institutions chargées de mettre en application les principes déontologiques. Dans certains pays, c'est le chef de l'État, le président de la République, qui assument la responsabilité d'appliquer les règles de déontologie judiciaire imposées aux juges. Dans le cadre de la tradition britannique, il s'agit généralement d'instances que la magistrature établit elle-même, souvent sur la base d'une législation. Au Québec, il s'agit, par exemple, de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. Sur le plan des contenus, on constate une certaine convergence dans la définition des devoirs déontologiques. Des différences apparaissent également, qui mettent en évidence des tonalités différentes selon les États ou les ordres juridiques.

Par exemple, le *Code de déontologie* des juges chinois est assez différent du *Code de déontologie* des juges israéliens. On constate également que d'un État américain à l'autre, même si on retrouve un grand nombre de références communes, certains devoirs particuliers sont parfois plus valorisés que d'autres. C'est encore plus vrai dans le cadre d'une comparaison internationale des différents outils de référence établis en matière de déontologie judiciaire. Ainsi, si dans certaines juridictions, le devoir de courtoisie ou de délicatesse prend une grande importance, le problème de la célérité est considéré comme une priorité au sein de d'autres juridictions.

Ce site m'apparaît d'une grande utilité aujourd'hui. C'est une source documentaire utile pour la communauté juridique, pour le public, pour la communauté scientifique et pour les chercheurs qui s'intéressent à la question de la déontologie judiciaire. Sur le plan inter-

1. <http://www.deontologie-judiciaire.umontreal.ca/>

national, nous sommes de plus en plus nombreux à travailler à cet aspect de l'activité judiciaire. Le site est établi avec la complicité de l'Institut français des hautes études de la magistrature, avec le Centre de recherche en droit public et avec le Conseil de la magistrature, qui sont partenaires dans cette aventure. Il rend compte de la diversité des modalités de la fonction judiciaire en même temps qu'il permet de restituer la spécificité de la magistrature dans l'espace canadien et dans l'espace québécois. C'est là l'avantage du travail comparatif. Un site de ce genre est par définition en perpétuelle reconstruction. Mais à sa façon, il constitue la contribution particu-

lière de la magistrature québécoise et canadienne au développement de la déontologie sur le plan international.

Je crois qu'il s'agit là d'un exemple intéressant de ce qui peut naître d'une collaboration active entre le milieu de la magistrature et celui de la recherche universitaire. Elle démontre également l'intérêt d'une perspective interdisciplinaire sur le droit et sur son évolution. Il faut espérer qu'une telle collaboration ouvre la porte à d'autres initiatives, dont bénéficieront tout à la fois la communauté juridique et l'ensemble des citoyens de nos collectivités.





Allocution

Juge à la Cour d'appel du Québec
L'honorable PAUL-ARTHUR GENDREAU

DE QUELQUES GRANDES AFFAIRES JUDICIAIRES DE LA VILLE DE QUÉBEC ET LEUR INFLUENCE



Sylvio Normand*

Le système judiciaire d'une nation est profondément ancré dans sa culture au point où il est difficilement exportable. Les jugements de cour révèlent les valeurs de la société à laquelle ils sont destinés. En réalité, les juges

sont non seulement les gardiens de la norme, mais aussi parfois deviennent les promoteurs ou plus exactement les animateurs prudents de l'évolution des valeurs sociales. C'est pourquoi, pour réponse à la question du colloque *Quel juge pour quelle société?* un regard en arrière peut s'avérer utile.

Ce retour dans le passé nous l'avons envisagé par le rappel de cinq affaires qui s'étalent du XVIII^e et XIX^e siècle. Elles ont toutes été marquantes à leur époque et évoquent des incidents ou des événements qui ont enflammé voire divisé les esprits. Elles ont aussi inspiré d'autres jugements ou arrêts, même récents. Cela montre l'importance de leur influence. Ces procès visent essentiellement des débats de droit public mettant quelquefois en cause des libertés fondamentales.

Le plus ancien se situe à l'époque révolutionnaire en France et est relatif à l'accusation d'un américain de haute trahison. Le deuxième montre l'influence indue de l'Église catholique dans la vie politique québécoise, le troisième est en quelque sorte en relation avec le précédent et relate la montée de l'antisémitisme. Le quatrième met en cause la liberté d'expression et l'immunité parlementaire et enfin le dernier met l'accent sur la protection de la liberté religieuse.

Toutes ces affaires ont été jugées dans la ville de Québec, une façon de souligner le 400^e anniversaire de la capitale et berceau de l'Amérique française.

* * * * *

L'affaire David McLane, une condamnation à mort pour haute trahison

Le 7 juillet 1797, malgré la chaleur suffocante de l'été, une foule nombreuse s'entasse dans le palais de justice de Québec pour suivre le procès le plus retentissant de l'époque, celui de David McLane, un citoyen américain accusé de haute trahison. On reproche à ce commerçant du Rhode Island d'être à la solde des révolutionnaires français et, à ce titre, d'avoir tenté d'organiser un soulèvement dans la population contre le gouvernement anglais et préparé l'arrivée de la flotte française alors ancrée dans les Caraïbes, à St-Domingue. À la fin de cette journée du 7 juillet, les 12 jurés, après une demi-heure de délibération, trouvent McLane coupable des accusations portées contre lui. Au nom de la Cour, le juge en chef s'adresse à McLane et formule la peine en ces termes :

That you, David McLane, be taken to the place from whence you came, and from thence you are to be drawn to the place of execution, where you must be hanged by the neck, but not till you are dead; for, you must be cut down alive and your bowels taken out and burnt before your face; then your head must be severed from your body, which must be divided into four parts, and your head and quarters be at the king's disposal; and the Lord have mercy on your soul.

McLane sera exécuté en public sur une hauteur située à peu de distance de la porte St-Jean, le 21 juillet 1797. Toutefois, ce n'est pas sans difficulté que le shérif réussit à convaincre un mercenaire d'agir comme bourreau. Celui-ci exigea en effet un paiement préalable comptant de 600 \$, ce qui n'était pas rien à l'époque. McLane fut donc pendu et il était mort lorsque le bourreau l'éviscéra, une opération que le bourreau exécuta non sans avoir soutiré 300 \$ additionnels du shérif.

- *Quelle est donc cette affaire qui justifie une telle peine?*
- *Quelles sont les questions juridiques qui ont été soulevées à l'époque?*

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Certains extraits de cet article ont déjà été publiés dans les publications suivantes : Sylvio Normand, « L'affaire Plamondon : un cas d'antisémitisme à Québec au début du XX^e siècle », (2007) 48 *Les Cahiers de Droit* 477-504 et Sylvio Normand, *Le droit comme discipline universitaire : une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval*. Québec : Les Presses de l'Université Laval, 2005. xviii, 265 p.

La Révolution française a fait grand bruit au Bas-Canada comme ailleurs dans le monde. Elle fut célébrée par les Canadiens et les Anglais jusqu'au jour où la Révolution et l'Angleterre entrent en guerre. Cette situation politique en Europe inquiète les autorités civiles du Bas-Canada qui craignent que la France ne songe à transporter le conflit en Amérique et reprendre la colonie perdue. Chaque année, on appréhende l'arrivée de la flotte française. Par ailleurs, la conjoncture politique et sociale au Bas-Canada est difficile. On note des incidents provoqués à la suite de l'adoption de la *Loi sur la voirie* qui oblige les habitants à payer de leur personne, de leurs attelages et de leurs outils pour la construction des routes à une époque où les récoltes sont mauvaises. De là à craindre que des commissaires étrangers et spécialement français soient à pied d'œuvre et manipulent la population, il n'y avait qu'un pas que les autorités franchissent aisément bien que les enquêtes entreprises ne démontrent aucune tentative en ce sens. La tension est telle chez les dirigeants que, le 3 mai 1797, l'Assemblée suspend l'habeas corpus et ordonne aux étrangers de quitter la colonie.

Ces appréhensions des autorités n'étaient pas, semble-t-il, sans un certain fondement. Selon le professeur F. Murray Greenwood¹, la France révolutionnaire avait des visées sur la colonie britannique. En effet, Greenwood affirme que les livres de comptes du citoyen Adet, ambassadeur de France aux États-Unis, révèlent que David McLane avait été recruté comme agent de Paris et chargé d'une mission d'infiltration et d'intelligence au Canada. À ce titre, il explique que McLane fit un premier voyage dans le Bas-Canada, se rendant à Montréal en novembre 1796. Le gouvernement en fut informé mais McLane quitta la colonie avant que l'on ne réussisse à l'appréhender².

Le professeur Greenwood raconte qu'en mars 1797, lors d'une rencontre tenue à Philadelphie³, McLane reçut de nouvelles instructions de l'ambassadeur Adet. Il revient donc dans la colonie où il recrute un certain Charles Frichette qui accepte de devenir son guide à travers la province. C'est ainsi qu'il se rend à Québec et dissimule son projet en se présentant comme commerçant de bois. Il ne révèle pas non plus sa véritable identité et prend le nom de son associé américain.

Le 10 mai 1797, il rencontre John Black dans un boisé à l'extérieur de la ville. Croyant son interlocuteur sûr et favorable à sa cause, il dévoile rapidement le véritable but de son voyage au Canada. Celui-ci voit dans ces confidences une façon de se refaire une réputation auprès des autorités. Il tend donc un piège à McLane.

Après avoir convaincu l'Américain de passer la nuit à Québec dans un endroit choisi et qu'il assurerait être sécuritaire, Black dénonce

McLane qui est arrêté quelques heures plus tard. Frichette sera aussi appréhendé comme le frère de David McLane, Daniel, et un certain Butterfield.

McLane sera alors accusé de haute trahison.

Selon le professeur Greenwood, la haute trahison consiste à comploter la mort du souverain («compassing the death "of our Lord the king, our Lady the queen, or their eldest sons and heir"») ou à se joindre aux ennemis de la Couronne en les supportant et en leur apportant aide et information («adhering "to the kings enemies in [or out of] his realm, giving them aid and comfort in the realm or elsewhere"»)⁴.

Les autorités entendaient faire un exemple de cette arrestation. Aussi, elles mirent tout en œuvre pour éviter que McLane ne se tire d'affaire. Ainsi, la mise en accusation fut ordonnée par un grand jury présidé par le juge en chef et composé de personnalités de la colonie dont la loyauté était acquise aux autorités britanniques. Si les prescriptions légales furent observées, les décisions discrétionnaires ont toutes été prises en faveur de la poursuite. Ce qui fait dire au professeur Greenwood :

*The crown observed the outward forms of law. The special rights guaranteed to the accused under the statutes of William III and Anne, for example, were fully complied with and Osgoode enunciated the reasonable doubt principle. But at almost every point where discretion was available to the prosecution or the Bench, it was exercised, often crudely, for the purpose of foreclosing any chance McLane might have had.*⁵

Le procès, pour sa part, s'est déroulé devant un petit jury composé que d'anglophones aussi favorables aux autorités. En effet, le tableau des candidats jurés comptait 36 Anglais et 35 Français. Or contrairement à la coutume qui voulait que l'on appelle alternativement un juré anglais et un juré français, les 14 premiers candidats étaient tous anglais et sur les 18 suivants, seulement 4 étaient français. Ainsi, le jury fut-il composé que d'Anglais et plus encore la moitié des jurés avaient agi dans le cadre du grand jury qui avait ordonné la mise en accusation de McLane : «Clearly this divergence [dans la procédure suivie à l'occasion de la sélection des jurés], écrit Greenwood, might have afforded grounds for a challenge to the panel as a whole⁶.»

Quoiqu'il en soit, les jurés assermentés, l'acte d'accusation est lu. Pour étayer l'accusation de haute trahison tant sous le volet d'un complot en vue de détrôner le souverain qu'au regard de l'adhésion à l'ennemie, on reproche à McLane 14 faits ou événements. La preuve

1. F. Murray Greenwood, *Legacies of Fear, Law and Politics in Quebec in the Era of the French Revolution*, p. 140.

2. *Ibid.*, p. 141-142.

3. *Ibid.*, p. 144.

4. *Ibid.*, p. 149.

5. *Ibid.*, p. 148.

6. *Ibid.*, p. 157.

du ministère public tient dans le témoignage de six personnes qui avaient rencontré l'accusé et reçu ses confidences. Deux d'entre eux avaient toutefois obtenu, avant le procès, l'assurance de la concession d'une terre dans les Cantons de l'Est. Témoignent aussi Frichette et Butterfield, coaccusés de McLane. Ils admettent le complot en vue d'une insurrection. Ils furent plus tard jugés mais n'ont purgé aucune autre peine significative.

McLane ne fit entendre aucun témoin. Il offrit sa version qui, par moments, était, semble-t-il, discordante et souvent évasive. Il était représenté par deux jeunes avocats, nommés par la Cour. Ceux-ci, explique Greenwood, étaient peu intéressés à manifester diligence et combativité, plus préoccupés qu'ils étaient par leur future carrière. L'un d'eux, avait 22 ans et était sous la protection du juge en chef Monk de Montréal. L'autre avait été le stagiaire du procureur général Sewell chez qui il habitait toujours ; plus encore, il avait, un mois avant le début des assises, écrit une lettre dans laquelle il réclamait au nom de son client Cushing, qui sera témoin au procès, la mise en possession immédiate de la terre qu'on lui avait promise en échange de son témoignage⁷.

Dans un tel contexte, il était quasi inévitable que McLane soit trouvé coupable et condamné à mort, la peine prévue pour haute trahison.

Cela dit McLane avait-il une défense à offrir ?

Pour l'historien Galarneau, McLane «était davantage un pauvre fou qu'un conspirateur» et «son projet comportait de nombreuses invraisemblances⁸». Greenwood, au contraire, s'appuyant sur les documents d'Adet croit que McLane était un agent de l'ambassadeur de la Révolution et partant un comploter.

Quoiqu'il en soit, Greenwood estime que McLane avait une défense sérieuse à offrir aux accusations telles que portées. D'abord, il pouvait invoquer son statut d'étranger puisque la trahison était un crime qui visait les citoyens du pays et non les combattants étrangers. Or, McLane était américain et pouvait prétendre qu'il agissait sous le commandement d'Adet dont le pays était en guerre contre l'Angleterre. On ne pouvait donc pas lui reprocher d'avoir joint l'ennemi pour combattre la Couronne britannique, un des éléments du crime de haute trahison. Dès lors, peut-être aurait-on pu l'accuser d'autres délits comme l'espionnage ou le détenir comme prisonnier de guerre, mais certainement pas l'inculper de haute trahison et encore moins le déclarer coupable de ce crime.⁹

Quant au second volet qui constitue la haute trahison, celui de comploter en vue de détrôner le Roi d'Angleterre ou d'attenter à sa vie, McLane pouvait certainement alléguer que, même s'il eut réussi son complot, il n'aurait pas privé le monarque de son trône et n'au-

rait certainement pas été en mesure de l'assassiner à 5 000 kilomètres de son château¹⁰.

Enfin, Greenwood démontre que «The Treason Act of 1795 did not form part of the Criminal Law of Lower Canada».¹¹

Sur le plan des garanties procédurales, McLane aurait pu contester la procédure de sélection des jurés et attaquer la décision qui désignait ses défenseurs. Enfin, il pouvait demander la récusation du président du tribunal pour défaut d'impartialité puisque celui-ci avait agi comme membre de l'exécutif avant de présider le procès. À ce propos, il est vrai que, selon la loi anglaise, le juge en chef, lorsque les crimes reprochés visaient la sécurité de l'État, présidait les audiences du Conseil privé qui entendait les témoins en vue de décider s'il y avait matière à procès et définir le crime qui serait reproché. Toutefois, dans le cas de McLane, le juge en chef Osgoode avait largement dépassé ces limites. En effet, il avait agi non seulement comme premier ministre mais aussi «as the political head of security in Lower Canada» écrit Greenwood¹². À ce titre, il avait eu accès à beaucoup sinon à toutes les informations extrajudiciaires et connaissait la perception qu'en avait le gouverneur, le procureur général et les autres membres du Conseil exécutif. Plus encore, il avait reçu les dépositions préliminaires de deux témoins importants, MM. Cushing et Brassard avec lesquels il avait personnellement conclu l'entente dont ceux-ci bénéficièrent¹³.

McLane aurait donc eu, même dans le contexte de l'époque, de sérieux moyens de droit à faire valoir pour faire réviser son procès par une cour d'appel. S'il ne l'a pas fait, c'est qu'aux XVIII^e et XIX^e siècles, la loi ne prévoyait aucun mécanisme pour se pourvoir, même pour des motifs de droit, du verdict prononcé par un jury. Ce ne sera qu'en 1906 que les Communes de Londres adoptèrent une législation qui ouvrait la porte à l'appel. Cette loi est d'ailleurs très largement due aux efforts d'un écrivain encore célèbre, Sir Conan Doyle. En effet, Doyle avait mené une vigoureuse campagne de presse en vue de réhabiliter l'avocat anglo-indien George Edalji, condamné à tort à la prison pour menaces à personne et mutilation d'animaux.

Si, à l'opposé des autres affaires que nous évoquerons, le procès McLane n'a pas eu de répercussions sur des décisions judiciaires plus récentes, il fut cependant largement commenté au XIX^e siècle. Sur le plan politique, la condamnation et l'exécution de McLane ont frappé l'imaginaire populaire et assuré la soumission de la population, d'autant que le gouvernement fit imprimer et distribuer 2000 exemplaires des minutes du procès. «Ce supplice inouï dans le pays, y fit une vive impression ; on n'entendit plus d'émissaires ensuite pour soulever le peuple», écrivit Joseph-François Perrault, homme

7. *Ibid.*, p. 155.

8. Claude Galarneau, «McLane (McLean, M' Lane) David», *Dictionnaire biographique du Canada*, [En ligne] <http://www.biographi.ca/FR/ShowBiPrintable.asp?Biold=36185>.

9. *Ibid.*, p. 149 à 151.

10. *Ibid.*, p. 149 à 153.

11. *Ibid.*, p. 152.

12. F. Murray Greenwood, *op. cit.*, note 1, p. 167.

13. *Ibid.*, p. 166 à 168.

de culture, journaliste, politicien et surtout protonotaire au palais de justice de Québec, à l'époque du procès de McLane. L'historien Claude Galarneau souligne que « [les Canadiens] surent [...] faire preuve de courage et d'humanité à l'égard du prisonnier, en l'entourant de soins avant le procès et en lui rendant les devoirs de la sépulture le soir même du supplice.¹⁴ » En effet, quatre citoyens de Québec inhumèrent McLane sur les lieux de la pendaison ce qui permit, 30 ans plus tard, d'y conduire la fille du pendu.

L'affaire Langevin ou de l'influence indue de l'Église catholique dans la vie politique

Au milieu du XIX^e siècle, l'Église québécoise n'hésite pas à s'opposer au programme des libéraux aussi qualifiés de « Rouges » et à dénoncer un libéralisme qu'elle estime dangereux. Même si le programme des « Rouges » est grandement atténué, une frange du clergé continue, en effet, même après la Confédération, de combattre le libéralisme et de l'assimiler à un mouvement anticlérical et anticatholique. En fait, des membres du clergé confondent les libéraux de la province et ceux du courant du catholicisme libéral français condamnés par Rome. Des évêques favorisent alors la création d'un parti catholique. La visée ultime de ce mouvement est de soumettre le pouvoir civil à l'autorité de l'Église. Les tenants d'une telle orientation – les ultramontains – s'ils regroupent une partie du clergé, ne font pas l'unanimité. Une partie de l'Église québécoise se désolidarise d'une telle orientation et refuse de considérer le libéralisme canadien comme un courant anticlérical. Ainsi, à Québec, l'archevêque Elzéar-Alexandre Taschereau, qui est issu d'une famille libérale, fait preuve de modération à l'égard du libéralisme.

Dans un tel contexte, les interventions de membres du clergé dans le processus électoral sont fréquentes. Autour des années 1870, les curés n'hésitent pas à condamner les politiciens libéraux et conservateurs qui résistent à appuyer leur orientation. Las d'un tel comportement, la Chambre des communes fait voter, en 1874, une loi pour empêcher l'influence indue, soit les manœuvres qui cherchent à intimider les électeurs afin les éloigner de candidats jugés indésirables par le clergé¹⁵.

C'est ici que se situe notre affaire.

Lors de l'élection fédérale de 1876, le candidat du parti conservateur dans la circonscription de Charlevoix, sir Hector-Louis Langevin, remporte l'élection. Des électeurs du comté demandent alors l'annulation du scrutin au motif notamment que des curés de plusieurs

paroisses de la circonscription auraient fait preuve d'influence indue en discréditant le candidat du parti libéral et en incitant leurs paroissiens à voter pour le candidat conservateur¹⁶. Certains curés avaient été jusqu'à affirmer que voter pour le candidat libéral était « un péché grave, un cas de conscience » et même « un péché mortel¹⁷ ». Un abbé, du haut de sa chaire, prévient ses ouailles « que celui qui voterait pour M. Tremblay (l'adversaire de Langevin) serait coupable d'un péché grave, et que s'il mourait après avoir ainsi voté, il n'aurait pas droit aux services d'un prêtre »¹⁸.

François Langelier accepte de défendre les intérêts des pétitionnaires. Langelier est alors un avocat actif à Québec et professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. Il a commencé une carrière politique en 1871 en se faisant élire député provincial. Libéral, il s'attire les foudres des ultramontains. À plusieurs reprises, il tente des recours pour faire annuler des élections pour influence indue. Il n'est donc guère étonnant qu'il accepte de s'occuper de cette affaire. Le juge Adolphe-Basile Routhier, chargé d'entendre la cause, est, pour sa part, un fervent tenant de l'ultramontanisme. Langelier ne ménage pas ses effets lors de sa plaidoirie¹⁹. Il dresse un tableau saisissant et accablant de l'action d'un clergé hostile au candidat libéral.

Le juge Routhier a conscience de l'importance de l'affaire qu'il est appelé à trancher. D'emblée, il le reconnaît : « La cause que je suis appelé à décider en ce moment est peut-être la plus importante qui ait jamais été soumise à un tribunal canadien.²⁰ » L'importance de la cause explique que l'enquête ait duré 35 jours et que 135 témoins aient été entendus²¹. La demande en annulation de l'élection était fondée sur plusieurs moyens même si l'influence indue du clergé était au cœur du litige.

Dans un jugement antérieur – l'affaire *Derouin c. Archambault*²² – le juge Routhier avait soutenu qu'un prêtre qui prononçait des propos diffamatoires du haut de sa chaire était à l'abri de poursuites civiles et son action ne relevait que des autorités ecclésiastiques.

Dans la présente affaire, il reprend le même raisonnement. Le prêtre qui s'en prend au libéralisme et condamne ceux qui le soutiennent se prononce, à son avis, sur une question qui relève de l'enseignement doctrinal. Ceci amène le juge à rejeter la demande d'annulation, au motif que les tribunaux civils ne possèdent pas le pouvoir d'exercer un contrôle sur l'ordre spirituel : « Ce prêtre a pu errer, mais il est resté dans les limites de sa juridiction, je ne puis pas intervenir. Plaignez-vous à son juge naturel qui est l'évêque.²³ »

14. Claude Galarneau, *La France devant l'opinion canadienne (1760-1815)*, Les Presses de l'Université Laval, Québec, 1970, p. 259.

15. Art. 95, *The Dominion Controverted Elections Act, 1874*.

16. *Brassard c. Langevin*, (1876) 2 Q.L.R. 323 (C.S.); (1876-1877) 1 R.C.S. 145.

17. *Brassard c. Langevin*, (1876-1877) 1 R.C.S. 145, 204-205 (le juge Taschereau).

18. *Ibid.*, p. 206.

19. *In the Supreme Court of Canada: "The Dominion Controverted Elections Act, 1874": appeal from the Superior Court for the Province of Quebec, sitting at Murray Bay, between O. Brassard et al., petitioners in court below (appellants), and Hon. H.L. Langevin, respondent in court below (respondent): appellants' factum: Langelier & Langelier for appellants*, Québec, s.éd., 1877. (ICMH collection de microfiches; no 01092.

20. *Brassard c. Langevin*, (1876) 2 Q.L.R. 323 (C.S.).

21. *Ibid.*, p. 324.

22. 5 *Revue légale* 308.

23. *Brassard c. Langevin*, (1876) 2 Q.L.R. 323, 358 (C.S.).

L'affaire est ensuite portée devant la Cour suprême qui réformera ce jugement²⁴. Parmi les juges chargés d'entendre l'appel se trouve Jean-Thomas Taschereau, le frère de l'archevêque de Québec. Dans ses motifs, le juge Taschereau se montre particulièrement incisif. Il revient même sur le jugement précédemment rendu par le juge Routhier dans l'affaire *Derouin c. Archambault*. Ce rappel lui permet de tracer la ligne où le prêtre devient justiciable de ses propos devant un tribunal civil :

*Le principe qui doit dominer dans les causes de cette nature est celui-ci: que le prêtre qui s'oublie dans la chaire jusqu'à injurier ou diffamer quelqu'un, ne parle pas de religion, ne définit pas la doctrine ni la discipline, mais sort de son caractère sacré, et est censé, comme tout autre homme, satisfaire une vengeance personnelle ou agir par intérêt, et conséquemment n'est pas dans l'exercice de ses fonctions spirituelles.*²⁵

Après avoir considéré la preuve, le juge Taschereau, comme ses collègues, en vient à la conclusion qu'il y a bel et bien eu influence indue de la part des curés de cinq paroisses de la circonscription de Charlevoix. La Cour annule l'élection, sans aller toutefois jusqu'à rendre le défendeur inéligible. Quelques semaines plus tard, une nouvelle élection était tenue dans Charlevoix et Hector-Louis Langevin est réélu député!

L'affaire ne se termine pas avec le jugement de la Cour suprême. Les ultramontains, furieux du dénouement, fustigent François Langelier. Israël Tarte, alors conservateur et fervent ultramontain, dénonce la présence d'un « rouge » au sein de l'Université Laval. Il voit sa présence dans cette institution catholique comme un danger pour les étudiants :

[...] comment les pères de familles ne pouvaient-ils pas hésiter à confier leurs enfants à un homme comme M. Langelier, qui attaque ouvertement les libertés de l'Église et lui nie ses droits? Si dans son enseignement il n'est rien de répréhensible, son exemple, ses discours, ses écrits en dehors de l'Université ne sont-ils pas le plus vivant enseignement?

Et cet enseignement de l'exemple ne devient-il pas terriblement dangereux quand la presse libérale, à la connaissance et sous les yeux de l'Université, affirme que l'Université approuve la conduite de M. Langelier?²⁶

À l'époque où se déroulent ces événements, Langelier jouit déjà d'une stature sociale qui le préserve vraisemblablement des conséquences

d'une telle attaque. Il explique, tout de même, son comportement aux autorités religieuses et obtient finalement le soutien de l'évêque. Pour sa part, le juge Routhier, qui avait rendu la décision en première instance, joint les rangs de la Faculté de droit de l'Université Laval en 1883 et contrebalance peut-être l'influence idéologique de Langelier. Les deux protagonistes ne croisent pas le fer, d'autant que le devoir de réserve du juge le force à conserver un profil bas.

Au-delà des protagonistes, l'affaire a des suites dans les relations entre l'Église et l'État. En 1877, la division de l'épiscopat québécois amène Rome à dépêcher un enquêteur au Canada, l'évêque irlandais, M^{gr} George Conroy. Il a pour mission de rencontrer les évêques et d'atténuer leurs dissensions, notamment sur la question politique. Durant son séjour, l'évêque s'efforce d'expliquer les limites de la condamnation de Rome à l'égard du catholicisme libéral et de montrer qu'elle ne frappe pas indistinctement tous les libéraux. De plus, il obtient des évêques qu'ils mettent en garde les membres du clergé d'une intervention trop marquée dans la vie politique. Ce n'est pas le fruit du hasard si Wilfrid Laurier – futur premier ministre du Canada – profite du passage de M^{gr} Conroy au Québec pour définir le libéralisme tel qu'il se pratique au pays. Il le lie au libéralisme britannique et le distingue du libéralisme continental, condamné par Rome.

Malgré le jugement de la Cour suprême et les efforts de Rome pour mieux clarifier les relations entre l'Église et l'État, le clergé accepte difficilement sa mise à l'écart de la vie politique. Ses interventions si elles sont moins directes que la tentative de créer un parti politique demeurent importantes au cours des décennies qui suivent.

L'affaire Plamondon ou le droit de l'individu de réclamer des dommages lorsque l'ensemble de sa communauté est diffamé

Au tournant du siècle, l'antisémitisme se manifeste dans plusieurs pays occidentaux. Le développement d'une littérature pamphlétaire et la survenance de procès retentissants, telles les affaires Dreyfus en France, Beilis en Russie et Frank aux États-Unis²⁷, témoignent de cette montée de la haine à l'égard des Juifs. C'est dans ce contexte que prend place notre affaire²⁸. Elle débute par la conférence prononcée à Québec, par le notaire Jacques-Édouard Plamondon, le soir du 30 mars 1910. La conférence est donnée au collège des frères des Écoles chrétiennes dans la paroisse Saint-Roch de Québec où est établie une partie importante de la petite communauté juive de la ville.

24. *Brassard c. Langevin*, (1876-1877) 1 R.C.S. 145.

25. *Ibid.*, p. 212.

26. *Autour d'une carrière politique: Joseph Israël Tarte, 1880-1897, dix-sept ans de contradiction*, s.l., s.éd., 1897, p. 56-57.

27. Sur ces trois affaires, qui ont donné lieu à une abondante bibliographie, voir: Albert S. Lindemann, *The Jew Accused. Three Anti-Semitic Affairs (Dreyfus, Beilis, Frank) 1894-1915*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 301 p. Par ailleurs, l'antisémitisme au Canada et au Québec a donné lieu à de nombreuses publications. Parmi celles-ci, il est intéressant de signaler des travaux qui prennent en compte les aspects juridiques: James W. St. G. Walter, *Race, Rights and the Law in the Supreme Court of Canada, Historical Case Studies*, Toronto/Waterloo, Osgoode Society for Canadian Legal History / Wilfrid Laurier University Press, 1997, p. 182-245 et Philip Girard, Bora Laskin, *Bringing Law to Life*, Toronto, Osgoode Society, 2005, 646 p. et Mario Nigro et Clare Mauro, «The Jewish Immigrant Experience and the Practice of Law in Montreal, 1830-1990», (1999) 44 R.D. McGill 999-1046.

28. David Rome a constitué un important dossier sur cette affaire: *The Plamondon Case and S.W. Jacobs*, Montréal, Canadian Jewish Congress, 1982, 2 tomes (Coll. Canadian Jewish Archives, nos 26 et 27).

L'essentiel des propos de Plamondon est puisé chez des auteurs de langue française. En fait, son apport personnel se limite à des transitions permettant d'introduire des extraits puisés dans des ouvrages à caractère antisémite. Une bonne part de son allocution est consacrée à la dénonciation de passages du Talmud²⁹. Il reproche également aux Juifs de ne pas se plier à l'observance du dimanche. En conclusion, il exhorte son auditoire à cesser d'encourager les commerces des Juifs, à leur louer ou à leur vendre des maisons, estimant que, ce faisant, il y aurait danger qu'ils asservissent la population.

À la suite de cette conférence et de sa publication, des Juifs de la ville sont pris à partie. Au début de juin, en effet, des jeunes gens insultent des Juifs en reprenant les accusations portées contre eux par Plamondon lors de sa conférence. Certains Juifs sont attaqués dans les rues, un enfant est molesté et des pierres sont lancées contre les carreaux de la maison de la famille Ortenberg et ceux de la synagogue de Québec.

Amener cette affaire devant les tribunaux n'allait pas de soi. Autant une victoire pouvait s'avérer significative, autant une défaite était susceptible d'entraîner un déferlement de propos haineux et rendre la vie difficile aux Juifs établis en dehors des grandes villes. Finalement, la communauté, après avoir évalué le pour et le contre, opte pour la bataille judiciaire. Des actions en dommages-intérêts pour libelle diffamatoire sont intentées contre Jacques-Édouard Plamondon, à titre de conférencier, et René Leduc, comme imprimeur de la brochure, par deux Juifs de la ville de Québec : Benjamin Ortenberg³⁰, commerçant, et Louis Lazarovitz³¹, président de la Quebec Jewish Society.

Ortenberg allègue dans sa déclaration que Plamondon a agi avec malice dans le but de lui causer personnellement du tort, ainsi qu'à ses coreligionnaires et compatriotes. La somme de 500 \$ est réclamée à titre de dédommagements pour atteinte à son honneur et perte d'une partie de sa clientèle.

Les demandeurs poursuivent aussi un autre objectif que celui de simplement obtenir une indemnité en compensation pour le préjudice subi. Il est, en effet, manifeste que la communauté juive veut empêcher que soient tenues d'autres conférences de ce genre dans une ville où les Juifs ne constituent qu'une petite minorité, soit autour de 75 familles. Une fois enclenché le processus judiciaire, il semble que les invectives et les intimidations contre les Juifs aient rapidement cessé.

Pour des raisons qui nous échappent, l'enquête et l'audition de la cause seront retardées jusqu'au printemps de 1913. Même si les

événements à la base de cette affaire datent déjà de plusieurs mois, le procès, qui se tient du 19 au 23 mai, suscite un réel engouement. La foule, nombreuse, entrave même le travail des journalistes dépêchés sur les lieux³².

Le juge Albert Malouin de la Cour supérieure déboute les demandeurs. Contrairement à leur souhait, il n'a pas considéré la véracité ou la fausseté des extraits prétendument tirés du Talmud par Plamondon. Il tranche le litige au seul motif que le défendeur n'avait pas porté atteinte aux droits d'une personne en particulier, ses propos visant la communauté juive en général :

Considérant que le notaire Plamondon, dans sa conférence, n'incrimine que la race juive, ses doctrines, ses pratiques religieuses et sociales, sans s'attaquer au demandeur en particulier ni lui attribuer aucun fait précis;

Considérant qu'il est de doctrine qu'il ne peut y avoir diffamation si l'écrit incriminé ne contient aucune allégation ou imputation diffamatoires à l'égard des personnes, mais renferme seulement une discussion plus ou moins violente et passionnée d'opinions philosophiques, sociales ou religieuses attribuées à une corporation, à une secte religieuse ou à une association;

*Considérant que le demandeur n'étant ni nommé ni spécialement visé dans ladite conférence du défendeur, n'a pas de recours civil contre lui.*³³

Cette décision est conforme à la jurisprudence. La liberté de parole est une valeur fondamentale qui ne saurait être aisément limitée. Une personne est, en principe, libre d'exprimer ses vues et même de prononcer des paroles ou de publier des textes à caractère vindicatif, intolérant, outrancier ou raciste contre des groupes ethniques ou religieux sans que ces groupes ou leurs membres ne puissent intenter une action en dommages-intérêts sur la base des propos diffamatoires prononcés à leur égard. Seule la personne qui, tout en étant membre d'un groupe, peut prouver qu'elle a été personnellement la cible de la diffamation et qu'elle a subi un préjudice peut, en son nom personnel, intenter une action en dommages-intérêts. Le tribunal n'estime pas être un lieu propice pour dénouer les tensions sociales de cette nature, ce rôle revient manifestement à l'opinion publique.

Le jugement est aussitôt porté en appel par Ortenberg³⁴. La formation de la cour chargée d'entendre l'appel est alors formée du juge en chef Horace Archambeault et des juges Norman W. Trenholme, Alexander George Cross, Henry George Carroll et Louis-Rodolphe

29. Sur le Talmud, voir : Charles Touati, « Talmud », dans *Encyclopædia Universalis*, tome 22, Paris, Encyclopædia Universalis, 1995, p. 21-24.

30. Bref d'assignation, 16 mai 1910. Le dossier judiciaire (1910-778), qui comprend plusieurs pièces, est conservé aux Archives nationales du Québec à Québec, Fonds des archives judiciaires de la Cour supérieure, district judiciaire de Québec, TP11, S1, SS2, SSS1, article 563.

31. Bref d'assignation, 9 mai 1910. Le dossier 1910-650 est conservé aux Archives nationales du Québec à Québec, Fonds des archives judiciaires de la Cour supérieure, district judiciaire de Québec : TP11, S1, SS2, SSS1, article 491.

32. « Les arguments puisés dans le Talmud », *Le Soleil*, 22 mai 1913, p. 12.

33. *Ortenberg c. Plamondon*, Registre des jugements, 1913, tome 3, p. 759 (Fonds des archives judiciaires de la Cour supérieure, Registre des jugements (TP11, S1, SS2, SSS4, article 4087), le jugement fut publié, en traduction anglaise, dans (1913) 14 D.L.R. 549, 551 (C.S.).

34. Les dossiers en appel sont conservés aux Archives nationales du Québec à Québec : *Ortenberg c. Plamondon*, B.R. 1914-940 et *Ortenberg c. Leduc*, B.R. 1914-941 (Fonds des archives judiciaires de la Cour d'appel, district judiciaire de Québec : TP9, S1, SS5, SSS1, article 157).

Roy qui siège à titre de juge *ad hoc*. La Cour du Banc du Roi, par la voix du juge Carroll, affirme d'abord rester fidèle à la jurisprudence applicable en la matière. Toute personne demeure donc libre d'exprimer ses opinions sur des questions philosophiques, sociales ou religieuses et de s'en prendre ouvertement à une collectivité, et ce, même en usant de propos violents sans risquer un recours d'un tel groupe, sauf si une personne, membre du groupe, est visée précisément. Malgré cette position de principe, le tribunal entre-ouvre la porte au droit à un recours lorsqu'une collectivité compte peu de membres. Dans un tel cas, les propos sont considérés atteindre personnellement les membres de la collectivité, même si aucun n'a pas été désigné nommément :

[...] l'intimé n'est pas condamné parce qu'il a attaqué la race ou la religion juive, ni pour avoir répété les accusations que les historiens ou des pamphlétaires ont portées contre les Juifs en général, ni parce qu'il a dénoncé avec raison le travail du dimanche, mais il est condamné pour avoir pris à partie les 75 chefs de familles juives de Québec et pour avoir attribué à tous et à chacun de ces derniers la volonté de commettre les crimes abominables dont on accuse leur race, quand ils seront assez forts pour les commettre ici.

C'est là de la diffamation personnelle³⁵.

Le nombre limité de membres de la communauté juive de la ville de Québec explique la décision de la Cour. Une conférence prononcée dans une ville où la communauté aurait été plus populeuse n'aurait vraisemblablement pas été jugée diffamatoire. Le raisonnement demeure fidèle à l'interprétation traditionnelle du libelle, si ce n'est les considérations sur l'incidence de la taille de la communauté.

Il est indéniable que l'affaire Plamondon est longtemps demeurée présente dans les esprits. Pour la communauté juive du Québec, le procès est demeuré un moment fort de son histoire. À l'époque de l'affaire, des comptes rendus paraissent dans la presse de la communauté juive et Jacobs, conseil des avocats de l'appelant Ortenburg, fait publier sa plaidoirie, sous forme de brochure, par The Jewish Times Publishing Company. L'initiative permet de rendre compte des arguments avancés par l'avocat. De plus, si le jugement rendu en appel est perçu comme une victoire du droit sur l'intimidation, il en a aussi montré les limites.

Au-delà de l'usage que la communauté a pu faire de ce procès, il est devenu un moment historique souvent rappelé. La diffusion d'une partie des archives liées au dossier a favorisé le maintien de l'affaire dans les esprits. En outre, des études ou des synthèses consacrées à l'histoire de la communauté en ont souvent fait état. L'affaire est restée dans la mémoire comme une illustration de l'anti-sémitisme et de l'avantage que permet l'intervention judiciaire. Elle constitue un jalon dans la « grande cause » de la lutte à l'anti-sémitisme.

La survivance du procès est également attestée dans le droit. En effet, l'arrêt rendu par la Cour d'appel a été décrit comme « the most controversial and well-publicized libel trial in the province³⁶ » ou encore comme « internationalement célèbre³⁷ ». Il a exercé une influence sur la jurisprudence en consacrant la possibilité pour une communauté d'intenter un recours en dommages-intérêts pour propos diffamatoire lorsque le nombre de ses membres est peu élevé et, qu'en conséquence, les paroles atteignent directement chaque individu. Certains y ont vu le fondement de la reconnaissance de la diffamation collective au Québec.

L'arrêt a donc été cité et commenté. La doctrine qui traite de la responsabilité civile, sans en faire nécessairement une analyse approfondie, le mentionne pour illustrer le cas du préjudice collectif³⁸. La jurisprudence s'est aussi appuyée sur l'arrêt³⁹. Dans la célèbre décision *Regent Taxi*, un juge de la Cour suprême le mentionne pour souligner la portée étendue du régime de la responsabilité civile au Québec : « the wide scope of art. 1053 C.C. ⁴⁰ ». Par ailleurs, cet arrêt, comme d'autres, a permis d'avancer que le Code civil fut un outil de protection des libertés fondamentales avant la venue des instruments modernes que sont les chartes. Il constitue, en somme, un témoignage « des virtualités du régime de responsabilité civile traditionnel comme instrument de protection des droits fondamentaux »⁴¹.

Au-delà de son influence sur le droit québécois de la responsabilité, l'arrêt a aussi été cité par la jurisprudence étrangère⁴² et a donné lieu à des commentaires par des auteurs de common law qui y voient encore aujourd'hui comme une illustration pertinente du droit d'action reconnu à des collectivités restreintes⁴³. La décision de la Cour d'appel demeure un des arrêts du corpus jurisprudentiel québécois parmi les plus connus à l'étranger.

35. *Ortenberg c. Plamondon*, (1915) 24 B.R. 69, 77.

36. Joseph Kary, « The Constitutionalization of Quebec Libel Law, 1848-2004 », (2004) 42 Osgoode Hall L.J. 229, 258.

37. Denis Buron, « Liberté d'expression et diffamation de collectivités : quand le droit à l'égalité s'exprime », (1988) 29 C. de D. 491, 497.

38. George V.V. Nicholls, *The responsibility for offences and quasi-offences under the law of Quebec*, Toronto, Carswell, 1938, p. 102 ; M.H. Myerson, « Group Libel Law Recommended », (1953) 13 R. du B. 218 ; Mortimer Gerard Freiheit, « Free Speech and Defamation of Groups by Reason of Color or Religion », (1966) 1 R.J.T. 129, 132 ; André Nadeau et Richard Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Wilson et Lafleur Itée, 1971, p. 266, Maurice Tancelin, *Théorie du droit des obligations*, Québec, P.U.L., 1975, p. 279 et Joseph Kary, *loc. cit.*, note 90, p. 258-259 et Denis Buron, *ibid.*, p. 496-499.

39. Raymond c. Abel, [1946] C.S. 251 ; Commission scolaire régionale Blainville-Deux-Montagnes c. DesGroseilliers (C.Q.) EYB 1986-79598 ; Trahan c. Imprimerie Gagné Itée, [1987] A.Q. 1710, par. 58-60 ; Alfert c. Dugas (C.S.) EYB 1991-83949 et Djoufo c. Mailloux, 2005 CanLII 49442 (QC C.S.).

40. *Regent Taxi and Transport Co. c. Congrégation des Petits Frères de Marie*, [1929] R.C.S. 650, 670 (le juge Anglin).

41. Louis LeBel, « La protection des droits fondamentaux et la responsabilité civile », (2004) 49 R.D. *McGill* 231, 237 et Madeleine Caron, « Le Code civil québécois, instrument de protection des droits et libertés de la personne ? », (1978) 56 *Rev. du B. can.* 197, 205.

42. *Fawcett Publications, inc. c. Morris*, 1962 OK 183 ; 377 P2d 42 (Supreme Court of Oklahoma) ; *Dhami c. Southam Inc.*, 2002 BCSC 464 (CanLII).

43. Clement Gatley, *Law and practice of libel and slander in a civil action with precedents of pleadings, etc. and Canadian, Australasian, and American cases on the subject*, Londres, Sweet & Maxwell ; Toronto, Carswell Company, 1924, p. 112 ; David Riesman, « Democracy and Defamation : Control of Group Libel », (1942) 42 *Colum. L. Rev.* 727, 766-767 ; Raymond E. Brown, *The law of defamation in Canada*, Toronto, Carswell, 1987, p. 239 ; Arthur B. Hanson, *Libel and related torts*, New York, American Newspaper Publishers Association Foundation, 1969, p. 37 et Laurence H. Eldredge, *The law of defamation*, New York, Indianapolis, 1978, p. 58.

Encore aujourd'hui, l'on débat du nécessaire mais difficile équilibre à maintenir entre la garantie du droit à la libre expression et la sanction des propos diffamatoires visant un groupe d'individus ou une association. L'arrêt récent de la Cour d'appel *Diffusion Métromédia CMR inc. et André Arthur c. Fares Abou Malhab*⁴⁴, en est une parfaite illustration. Dans cette affaire, la Cour est unanime sur les principes, mais se divise dans leur application. En effet, elle reconnaît que l'action en diffamation peut faire l'objet d'un recours collectif. Les juges s'accordent également sur la règle qui veut qu'en matière de diffamation l'évaluation du préjudice procède d'une norme objective. Ils acceptent enfin l'importance du droit à la liberté d'expression, de pensée et de croyance dans notre société et l'impérieuse nécessité d'en assurer la protection à moins que le discours ne soit diffamatoire et ne cause un préjudice individuel et personnalisé. Les juges reconnaissent donc tous que si des propos libelleux visent une association, l'action ne sera accueillie que si la preuve démontre un préjudice personnalisé soit parce que le groupe est suffisamment restreint pour que les paroles en atteignent chaque membre ou que le discours, sous le couvert de termes généraux, désigne certains individus.

Toutefois l'application concrète de ces règles a divisé la Cour dans *Diffusion Métromédia*. En effet, les juges majoritaires, tout en reconnaissant le caractère odieux et provocateur des propos racistes tenus en onde par un commentateur bien connu à l'endroit des chauffeurs de taxi arabes et noirs de la ville de Montréal, ont conclu que le discours s'adressait à un large groupe (environ 1 100 personnes) et « n'était pas de nature à déconsidérer la réputation des chauffeurs de taxi en cause et à faire en sorte que le public entretienne une opinion moins favorable de ceux-ci individuellement considérés ». Le juge minoritaire a, quant à lui, principalement exprimé l'avis que la diffamation visait au contraire un groupe restreint de personnes aisément identifiables et non une association. Il ajoute que les propos du commentateur s'adressaient à des personnes non à cause de leurs activités ou de leur appartenance à une association mais en raison de ce qu'elles sont. En somme, pour ce juge, la diffamation n'est pas « collective » mais vise des individus. Ainsi, près d'un siècle après le discours du notaire Plamondon, la portée et les limites de la liberté de parole suscitent encore de la controverse.

Lavergne c. Le Club de la Garnison de Québec ou l'immunité parlementaire

La résolution des membres du Club de la Garnison de Québec pour en destituer Armand Lavergne avocat, membre de la milice et député de Montmagny, fut l'occasion d'un âpre débat judiciaire qui a marqué une époque et soulevé les passions tant en raison de la personnalité des antagonistes, l'élite de la société québécoise, que pour l'objet du procès, ici, l'étendue de l'immunité parlementaire, la liberté de

parole et, mais de façon moins spectaculaire, la relation juridique entre un membre et une association.

Nous sommes en janvier 1916, au milieu de la Grande Guerre. Les Anglais viennent de se retirer des Dardanelles après l'échec de Gallipoli. Le Canada participe aux hostilités par la volonté de l'Angleterre. En effet, à cette époque, le Canada, bien que largement autonome et gouverné par un régime parlementaire, est partie de l'Empire et Londres dirige sa politique étrangère. Ce ne sera qu'à la fin du conflit que le pays, grâce aux efforts du premier ministre Robert Borden, se verra reconnaître un début de personnalité internationale par la signature du Traité de Versailles et l'octroi d'un siège à la Société des Nations.

Armand Lavergne est né à Arthabaska. Il est, comme tous les autres membres de sa famille, un proche de Wilfrid Laurier, ancien premier ministre du Canada. Après des études postuniversitaires à Paris, il entreprend une carrière d'avocat, de journaliste et de politicien. Orateur réputé et lieutenant-colonel dans la milice canadienne, il siège à titre de député tantôt à Ottawa, tantôt à Québec, collabore au journal *Le Devoir* de son ami Henri-Bourassa et pratique le droit en cabinet privé à Québec. Son combat visait l'égalité du français dans l'administration fédérale et la complète indépendance du Canada vis-à-vis la Grande-Bretagne ; pour y parvenir, il fondera avec d'autres, le parti nationaliste.

Lavergne fait donc partie de l'élite canadienne française. Il a son franc-parler et on l'écoute. Il ne pouvait donc pas, à cause de son statut professionnel et familial, ne pas être membre du Club de la Garnison de Québec.

Le Club de la Garnison, aujourd'hui le Cercle de la Garnison, fut fondé en 1879 par des officiers anglais. D'abord réservé aux militaires, il admet des civils depuis 1891. Cet établissement « est un club social. Il doit être considéré, écrit le juge de la Cour supérieure, comme une société d'un caractère différent des autres sociétés, composée de gentilshommes, ayant pour objet de se rencontrer pour la conversation, le jeu et les autres plaisirs sociaux⁴⁵ ». Dans cet esprit, le règlement du Club bannit toutes questions politiques ou religieuses, de quelque nature qu'elles soient, « from the object of the club⁴⁶ ».

Or, le 15 janvier 1916, Lavergne prononce un discours virulent et musclé à l'Assemblée législative de Québec. Reprenant son programme politique, il affirme que « le Canada, comme colonie de l'Empire britannique, ne devait participer à aucune de ses guerres soit par l'envoi de troupe, la création d'une marine de guerre ou autrement ». Cette charge contre la Grande-Bretagne, en pleine guerre, aura l'effet d'un coup de canon dans l'atmosphère feutrée du Club de la Garnison. Aussi, à peine trois semaines plus tard, le 4 février, le Comité administratif du Club chargé, entre autres, de

44. [2008] J.Q. 10048 (C.A.).

45. *Lavergne c. Le Club de la Garnison de Québec*, [1917] 51 C.S., 349.

46. *Ibid.*, 350.

l'admission, de la suspension et de l'exclusion d'un membre, convoque Lavergne pour répondre à des plaintes visant les propos prononcés en Chambre et réclamant une sanction. Le Comité, bien que condamnant fortement le discours de Lavergne, estime « that the best interest of Canada and the Empire will be more effectively served by not taking any further action ».

Cette défaite des adversaires de Lavergne n'a pas clos l'affaire. Une pétition fut lancée et une assemblée générale spéciale du Club convoquée. À cette occasion, une majorité de près des deux tiers des membres adopta une résolution réclamant du Comité administratif la révision de sa décision antérieure et l'exclusion d'Armand Lavergne du Club de la Garrison.

Lavergne répliqua par une action en annulation de la résolution de l'assemblée générale à laquelle il a couplé une requête en ordonnance d'injonction interlocutoire pour suspendre le processus de destitution pendant l'audition du procès ; il joint à sa procédure une demande en dommage-intérêts.

Au procès, Lavergne se représentait lui-même accompagné de son associé Alleyn Taschereau alors que le Club avait confié son dossier au réputé cabinet de Montréal Brown, Montgomery et McMichael auquel s'était joint à titre d'avocat-conseil Louis St-Laurent qui deviendra, plus tard, premier ministre du Canada.

L'arrêt de la Cour d'appel⁴⁷, à l'époque la Cour du Banc du Roi, confirmant en cela le jugement de la Cour supérieure, a fait droit aux prétentions du député et lieutenant-colonel Lavergne⁴⁸. Elle a annulé la résolution de destitution et condamné le Club à payer 100\$ à Lavergne à titre de dommages en plus des frais. Les motifs de la Cour sont ceux du juge en chef, Sir Horace Archambeault, ancien Procureur général du Québec, professeur à la faculté de droit de l'Université de Montréal et plus tard doyen de la faculté. Le juge en chef, au nom de ses cinq collègues, affirme deux règles : la première veut que, même en l'absence d'une disposition législative, les députés bénéficient d'une complète immunité contre toute sanction civile pour les propos tenus à l'intérieur de la Chambre, sauf celle imposée par l'assemblée elle-même. Il s'exprime ainsi :

Le privilège de la liberté de parole d'un membre du parlement n'est pas limité aux cas mentionnés dans cet article. Il n'était pas, d'ailleurs, nécessaire qu'une loi fût édictée pour l'établir. Son existence est essentielle à toute législature indépendante. Non seulement un membre du parlement ne peut pas être poursuivi, ni arrêté, ni encore moins emprisonné, mais il ne peut être inquiété en aucune manière, par qui que ce soit, en dehors du parlement. Le parlement seul a droit de censurer l'un de ses membres pour conduite ou paroles

*dérogatoires, ou censurables à quelque titre que ce soit. Le souverain lui-même ne pourrait intervenir sous prétexte qu'un député aurait prononcé des paroles séditieuses, ou aurait proposé une mesure entachée de trahison.*⁴⁹

La deuxième règle que l'on peut dégager de l'arrêt vise la nature de la relation juridique entre une association et son membre. Cette relation est contractuelle.

Il est sans doute à propos de noter que le juge de première instance, Louis-Rodolphe Roy de la Cour supérieure du district de Rimouski, lui-même ancien ministre dans le cabinet provincial, était allé un peu plus loin que la Cour d'Appel. Dans un *obiter dictum*, il a souligné l'importance du respect de la liberté de parole en rappelant les propos de Lord Asquith qui, dans sa condamnation de l'action de manifestants dirigée contre Lloyd George qui dénonçait la guerre menée par l'Angleterre en Afrique du Sud, déclarait :

*Ce serait un triste jour que celui où dans ce pays les opinions ne pourraient plus s'exprimer librement; il n'y a pas de bien qu'un Anglais estime plus haut que le droit inestimable et inaliénable de la liberté de parole; qu'il y ait guerre ou non, rien au monde ne peut priver un sujet britannique du droit d'exprimer librement sa pensée, quelles que soient les exigences du gouvernement, de l'armée et de la nation.*⁵⁰

Cette ouverture à la reconnaissance du discours libre du juge Roy était cependant précédée d'une profession de foi en faveur de la Grande-Bretagne et de l'Empire et des obligations du Canada lorsque la métropole était en guerre :

*[...] je crois cependant de mon devoir de répéter, comme le déclarait dernièrement le juge en chef de notre Cour supérieure dans une cause d'habeas corpus, ainsi que plusieurs de nos hommes politiques, que lorsque l'Angleterre est en guerre, les colonies le sont également, et d'ajouter que la guerre actuelle nous intéresse non seulement comme citoyens de l'Empire britannique, mais encore comme chrétiens, puisque nos mères-patries, l'Angleterre et la France et leurs alliés, luttent aujourd'hui pour défendre la civilisation contre la barbarie, et faire prévaloir les principes du christianisme contre ceux du paganisme.*⁵¹

Étonnamment cet arrêt qui était tombé en oubli, sauf pour les historiens, a connu récemment des rebondissements inattendus. En effet, en 1980, la Cour suprême du Canada y référerait au regard de la nature contractuelle des relations entre un membre et une association dans la décision fameuse de *Senez c. Chambre des immeubles de Montréal*⁵².

47. *Le Club de la Garrison c. Lavergne*, [1918] 27 B.R. 37.

48. Le juge Cross était dissident sur les motifs, mais d'accord avec le résultat.

49. *Le Club de la Garrison c. Lavergne*, [1918] 27 B.R. 37, 38.

50. *Lavergne c. Le Club de la Garrison de Québec*, [1917] 51 C.S., 349, 354.

51. *Ibid.*, p. 353.

52. [1980] 2 R.C.S. 555.

Plus spectaculaire cependant est la référence faite à l'arrêt de la Cour d'appel de Québec par la Court of Appeal de Wellington en Nouvelle-Zélande en 2002, dans le cadre d'un pourvoi où celle-ci devait décider si certains propos diffamants prononcés par le député Jennings à l'endroit de l'administrateur Buchanan du New Zealand Wool Board⁵³ étaient protégés par l'immunité parlementaire.

Quant à Lavergne, il a continué son combat. Il fut, après quelques défaites électorales, élu sous la bannière du parti conservateur en 1930 et sera, à la suggestion du premier ministre Richard Bennett, désigné vice-président de la Chambre des communes. Il est décédé cinq ans plus tard.

L'affaire Saumur ou la protection de la liberté religieuse avant l'adoption de la Charte

L'affaire Saumur s'inscrit dans le combat que le premier ministre Maurice Duplessis mène contre des groupes qu'il estime pernicieux pour la société québécoise et, aux premiers rangs, les communistes et les témoins de Jéhovah. Le mouvement des témoins de Jéhovah, fondé en 1878 aux États-Unis, s'étend par la suite au Canada. Sa présence est attestée à Montréal, durant la Première Guerre mondiale. Des poursuites judiciaires sont intentées contre les dirigeants ou des membres, à cause de leur opposition à la guerre. D'ailleurs, le mouvement est interdit au Canada au début de la Seconde Guerre mondiale. L'interdit est cependant rapidement levé.

Tôt, les témoins de Jéhovah se caractérisent par leur prosélytisme. Le message du mouvement est diffusé au moyen de brochures que des membres distribuent aux passants dans les rues ou encore de maison en maison. Le contenu des opuscules est souvent vu avec suspicion par les autres mouvements religieux qui n'apprécient guère les propos et le ton adopté. C'est dans ce contexte que prend place l'affaire Saumur.

En octobre 1933, des membres des témoins de Jéhovah distribuent des imprimés dans les rues de Québec. Le conseil municipal réagit aussitôt et vote un règlement qui interdit la distribution de brochures dans les rues de la ville sans avoir obtenu, au préalable, une autorisation écrite du chef de la police⁵⁴. Les contrevenants sont passibles d'une amende et, en cas de non-paiement, d'un emprisonnement. Ce type de règlements se rencontre alors dans plusieurs villes, il ne caractérise pas que la ville de Québec. Il demeure qu'à Québec, des centaines de poursuites, intentées en vertu de ce règlement, entraînent l'arrestation de plusieurs membres des témoins de Jéhovah et la saisie de leur documentation.

Laurier Saumur, un membre des témoins de Jéhovah, a, à lui seul, été arrêté plus de cent fois pour violation de ce règlement. Las de

telles poursuites, il intente une action, en 1949, afin de demander l'annulation du règlement. Il prétend qu'en tant que citoyen canadien il a droit d'exprimer librement ses opinions en diffusant ses idées oralement ou par la distribution de publications. Ce droit, soutient-il, serait fondé sur des sources juridiques britanniques, canadiennes et québécoises.

La Cour supérieure rejette l'action et maintient la validité du règlement. La Cour d'appel fait de même⁵⁵, un juge inscrit cependant sa dissidence. Toutefois, en 1953, la Cour suprême infirme les deux premières décisions dans un arrêt où elle se divise cinq à quatre.

Cette affaire présentait deux difficultés particulières : la première était relative au mode d'examen et d'interprétation du règlement et la seconde relevait de sa validité constitutionnelle. Sur cette dernière question, il convient de rappeler qu'à l'époque, en l'absence d'une charte des droits, le débat constitutionnel se limitait à définir si l'acte législatif ou réglementaire relevait de la compétence de l'ordre de gouvernement qui l'avait adopté.

En l'espèce, selon les juges Cartwright et Rinfret, tous deux rédacteurs d'une opinion minoritaire auxquels ont respectivement adhéré les juges Fauteux et Taschereau, la lecture du règlement attaqué ne permet pas d'autre conclusion que celle d'y trouver un texte neutre qui s'applique à tous peu importe «leur nationalité, leur doctrine ou leur religion⁵⁶». En somme, la ville de Québec ne réglemente que l'usage des rues. Les juges Rinfret et Cartwright se refusent donc à aller au-delà du sens premier des mots et rechercher l'objectif visé par le Conseil municipal. Le juge Rinfret écrit :

La seule question que les tribunaux ont à examiner est celle de savoir si la Cité de Québec avait le pouvoir d'adopter ce règlement. Nous n'avons pas à chercher derrière le texte qu'elle a adopté pour voir quel a pu être son but en ce faisant⁵⁷.

Il ne craint d'ailleurs pas d'ajouter : «Un règlement peut être valide même si le but du conseil municipal est mauvais⁵⁸». Le refus d'aller au-delà du texte étant affirmé, les juges minoritaires constatent que la ville avait le pouvoir de voter un tel règlement selon la compétence législative provinciale au titre de la voirie et de la «propriété et des droits civils».

Le juge Rinfret revient certes sur certains arguments avancés par l'appelant, notamment celui selon lequel le règlement constituerait une entrave au droit de Saumur d'exercer sa religion. Il rejette cependant cette prétention au motif que le règlement n'en est pas un qui prohibe, mais plutôt qui permet de distribuer des brochures, à certaines conditions⁵⁹. Il consacre un long développement au rejet

53. *Buchanan c. Jennings* [2002] 3NZLR 145, confirmé par le conseil privé 2004, *Times*, 19 July.

54. *Règlement 24*, Cité de Québec, 27 octobre 1933.

55. *Saumur c. Cité de Québec*, (C.A. Qué) n° 4427, [1952] B. R. 475.

56. *Saumur c. Cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299, 309 (le juge Taschereau).

57. *Ibid.*, p. 311 (le juge Rinfret).

58. *Ibid.*, p. 310 (le juge Rinfret).

59. *Ibid.*, p. 313 (le juge Rinfret).

des arguments sur l'existence de principes de droits constitutionnels qui permettraient de protéger le droit de Saumur à l'exercice d'une religion et conclut même que cette matière relève de l'autorité de la province.

Chaque juge de la majorité a écrit ses propres motifs. Bien que ceux-ci se recoupent largement, chacun apporte ses propres nuances. Ils conviennent tous que le règlement de la ville de Québec ne doit pas être analysé à la lumière de son seul texte, mais en fonction de sa portée, de ses effets et de son objet véritable. À leur avis, le Conseil municipal ne voulait pas uniquement réglementer la simple remise d'un document d'un citoyen à un autre, mais visait et s'intéressait au contenu du document distribué. Le juge Kellock, pour un, interprète ainsi l'objet du règlement :

*Being perfectly general in its terms and setting no standard by which the official it names is to be governed in granting or refusing licences, the by-law can be used, as it has been, to deny distribution of its literature to one religious denomination, while granting that liberty to another or others. The by-law is equally capable of being applied so as to permit distribution of the literature of one political party while denying that right to all others, or so as to refuse to allow the selling in the streets of some newspapers while permitting others. In any or all of these cases, the same physical acts would be involved occasioning the same degree of obstruction, if obstruction there would be. Nothing more is needed to demonstrate, in my opinion, that such a by-law was not enacted "in relation to" streets but in relation to the minds of the users of the streets.*⁶⁰

Cette première constatation faite, les juges majoritaires ont conclu que le règlement de Québec était invalide parce que la législature provinciale ne pouvait, en application de sa compétence exclusive en matière de « propriété et de droit civil », limiter les libertés religieuses ou d'expression. Pour affirmer ce principe, la Cour invoque les textes législatifs antérieurs à la Confédération émanant des Communes de Londres et visant le régime politique applicable au Canada et les lois adoptées par le Parlement du Canada avant 1867 et toujours en vigueur d'une part et d'autre part, le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord, aujourd'hui nommé la Loi constitutionnelle de 1867⁶¹.

L'opinion du juge Rand est peut-être la plus éclairante. Il affirme au regard de la liberté de culte :

From 1760 [...] to the present moment religious freedom has, in our legal system, been recognized as a principle of fun-

*damental character; and although we have nothing in the nature of an established church, that the untrammelled affirmations of religious belief and its propagation, personal or institutional, remain as of the greatest constitutional significance throughout the Dominion is unquestionable.*⁶²

Il appuie son affirmation sur l'Acte de Capitulation, le Traité de Paris de 1763 et l'article 15 de l'Acte de Québec⁶³ qui ont posé les premiers jalons, et sur l'article 42 de la Loi constitutionnelle de 1791⁶⁴ et le préambule de la Loi canadienne de 1852⁶⁵. Ces législations constitutionnelles, estime le juge Rand, fondent la garantie de la liberté de culte au Canada. Le magistrat souligne enfin que ce principe est repris par l'Assemblée législative du Québec et se retrouve à la Loi concernant la liberté des cultes et du bon ordre dans les églises⁶⁶. Dès lors, conclut le juge Rand, les législatures ne peuvent pas se référer à leur compétence sur la propriété et le droit civil pour porter atteinte aux libertés de culte et d'expression. Tous les juges de la majorité suivent sensiblement le même chemin que le juge Rand et concluent comme lui.

Au-delà de la liberté de religion, le juge Rand estime aussi fondamentale la liberté d'expression au Canada. À son avis, ce droit trouve son fondement dans l'acte confédératif suivant lequel la constitution canadienne est similaire en principe à celle de la Grande-Bretagne :

*So is it with freedom of speech. The Confederation Act recites the desire of the three provinces to be federally united into one Dominion "with a constitution similar in principle to that of the United Kingdom". Under that constitution, government is by parliamentary institutions, including popular assemblies elected by the people at large in both provinces and Dominion: government resting ultimately on public opinion reached by discussion and the interplay of ideas. If that discussion is placed under license, its basic condition is destroyed: the government, as licensor, becomes disjoined from the citizenry. The only security is steadily advancing enlightenment, for which the widest range of controversy is the sine qua non.*⁶⁷

L'affaire Saumur ne se termine pas avec la décision de la Cour suprême de 1953. En réaction au jugement, le premier ministre Duplessis propose à l'Assemblée législative un projet de loi – le bill 38 – qui a pour but de modifier la Loi [québécoise] de la liberté des cultes et le bon ordre afin d'en restreindre la portée. La loi modifiée prohibe la distribution d'une documentation ou le prononcé d'un discours et sa diffusion qui comprend des « attaques outrageantes ou injurieuses » contre une religion⁶⁸.

60. *Ibid.*, p. 338 (le juge Kellock).

61. 30 & 31 Victoria c. 3.

62. *Saumur c. Cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299, 327 (le juge Rand).

63. 14 Geo. III c. 83.

64. 31 Geo. III c. 31.

65. 14-15 Vict. C. 175.

66. S.R.Q. (1941), c. 307, art. 2.

67. *Saumur c. Cité de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299, 330 (le juge Rand).

68. S.Q. 1953-1954, c. 15.

Cette loi ne passe pas inaperçue. Laurier Saumur et les témoins de Jéhovah réagissent aussitôt à ce qu'ils considèrent comme une attaque à leur égard. Ils intentent un recours afin que la loi soit déclarée inconstitutionnelle. La Cour suprême rejette l'action au motif qu'à cette époque le droit québécois ne connaît pas le recours déclaratoire⁶⁹.

L'affaire Saumur s'inscrit dans la quête des témoins de Jéhovah pour faire triompher leur liberté de conscience. Les années 1940 ont été particulièrement difficiles pour le mouvement qui est alors la cible de plusieurs attaques. Vers la fin de la décennie, l'organisation prend la décision de répliquer aux intimidations et n'hésite à s'en remettre aux tribunaux pour tenter d'obtenir la reconnaissance de ses droits. À peu près au même moment où l'affaire Saumur est engagée, plusieurs autres causes se retrouvent devant diverses instances judiciaires. Parmi celles-ci, les affaires Chaput et Roncarelli sont, sans doute, les plus célèbres et méritent d'être rappelées. Dans le premier arrêt⁷⁰, la Cour suprême octroie à Chaput des dommages-intérêts pour atteinte à ses droits extrapatrimoniaux en raison de l'irruption inopinée et sans droit des policiers dans une résidence privée où se tenait une réunion des témoins de Jéhovah, pour en expulser l'assistance et le ministre du culte. Dans l'autre affaire⁷¹, le restaurateur Roncarelli qui s'était fait retirer son permis d'alcool à cause du soutien qu'il accordait à ses coreligionnaires a gain de cause et obtient des dommages-intérêts. La Cour estime que le fonctionnaire qui lui a retiré son permis a excédé la discrétion qui lui conférait la loi, et ce, d'autant plus qu'il avait agi sous la dictée du premier ministre.

L'activisme des témoins de Jéhovah ne se limite pas au forum judiciaire. Ils sont de ceux qui, assez tôt, estiment que l'élaboration d'un instrument législatif permettrait de mieux défendre les libertés fondamentales au Canada. Glen How, un des avocats de Saumur, s'en fait un ardent défenseur dans un article qu'il fait paraître dans la *Revue du Barreau canadien*, en 1948.

Les nombreuses affaires liées aux témoins de Jéhovah constituent un apport important au droit canadien. Elles permettent aux tribunaux d'aller au-delà de la lettre de la loi pour considérer les valeurs qui fondent le droit constitutionnel canadien. Plus encore, en l'absence d'un instrument de protection des libertés fondamentales, elles contribuent à la reconnaissance de la liberté de religion.

Conclusion

Quelle conclusion dégager de cette courte revue de quelques grandes affaires. Certes celles-ci ont-elles en commun d'avoir été jugées à Québec dont nous célébrons le 400^e anniversaire de fondation et, à cet égard, on peut leur reconnaître une valeur anecdotique ou historique. Mais, il y a plus, croyons-nous.

Les grands procès doivent leur retentissement aux enjeux qu'ils impliquent. Ils sont une représentation des préoccupations sociales conflictuelles de leur époque. Les citoyens prennent généralement partie en faveur de l'une ou l'autre des thèses défendues. Les protagonistes deviennent parfois des héros auxquels on identifie la cause qu'ils soutiennent. Le docteur Morgentaler dont nous n'avons pas parlé parce que son procès s'est tenu à Montréal est, au regard du droit à l'avortement, le meilleur exemple de cela.

Toutefois, avec le temps, les choses s'estompent, les préoccupations changent. Les débats d'autrefois peuvent sembler plus tard surannés et dépassés au point de n'être plus devenus qu'une illustration de travers sociaux dont nous nous serions définitivement affranchis. Cela est certes vrai dans certains cas mais beaucoup moins dans d'autres. Ainsi, la société québécoise n'accepte plus les châtiments cruels et l'affaire MacLane n'a plus aujourd'hui que valeur historique. De même, il ne se trouve plus aucun curé de paroisse pour, du haut de la chaire des églises, menacer des feux de l'enfer ses ouailles qui refuseraient de voter suivant les convictions personnelles de l'ecclésiastique comme dans l'affaire Langevin. On adopterait plus de loi ou règlement visant à interdire la diffusion d'une doctrine religieuse. La société a donc connu de réels progrès dans l'avancement des valeurs humaines et les relations entre le citoyen et l'État. Or, les décisions de justice ne sont pas étrangères à cette évolution, comme l'illustrent les quelques affaires évoquées plus tôt. En effet, le maintien de l'égalité entre les individus et les groupes sociaux, de l'équité et de la légalité de l'action de l'administration publique et la promotion des garanties procédurales en faveur des justiciables étaient et sont toujours au centre des préoccupations du droit et, conséquemment des cours de justice.

Néanmoins, l'on conviendra sans peine qu'il reste encore à faire, que, par exemple, la laïcité de l'État est encore un enjeu dans notre société. Les tribunaux sont-ils toutefois encore capables d'être des agents de changement? On les qualifie souvent, parce qu'ils sont ainsi perçus, de structures conservatrices voire sclérosées, incapables de renouveau spécialement au chapitre de l'accessibilité.

Le journaliste et essayiste français Jean-François Kahn a beaucoup réfléchi et écrit sur les questions sociales et nous a suggéré quelques réflexions. Dans une entrevue, il déclare qu'«une structure stabilisée ne disparaît jamais. Elle se recompose, se complexifie, s'optimise et entre dans un deuxième niveau de structure, le premier ne disparaissant jamais⁷²». À son avis, tout système de structuration, à un moment ou à un autre, entre en crise et se recompose. Cette «recomposition adaptative des structures [...], ajoute-t-il, constitue le moteur du progrès».

Or, les cours de justice sont, à n'en pas douter, une structure sociale stabilisée. Cela signifie, si l'on suit la pensée de Kahn, que

69. *Saumur et les témoins de Jéhovah c. Procureur général du Québec*, [1964] R.C.R. 252.

70. *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834, 841 (le juge Taschereau).

71. [1959] R.C.S. 121.

72. «Rien ne change! Tout évolue...», *Le Nouvel Observateur*, n° 2268 du 24 au 30 avril 2008, p. 16 et 17 par Jean François Kahn, propos recueillis par Gilles Anquetil.

leur optimisation est une valeur de progrès social. Nous nous permettons de penser qu'en raison de l'universalité de leur action, la diversité des débats qui y sont amenés et l'importance des enjeux découlant des affaires, les tribunaux, par leur jurisprudence, sont un facteur de recomposition des autres structures sociales et qu'ainsi ils contribuent au progrès général de la société. Ainsi, bien que peu nombreux, les arrêts que nous avons évoqués, s'ils ont, en leur temps, fait grand bruit, on peut affirmer qu'ils ont aussi tous contribué, à leur manière, à l'évolution de certaines valeurs qui sont aujourd'hui acquises pour tous.

Ainsi, nous rejoignons ainsi le thème de ce colloque *Quel juge pour quelle société?* D'aucuns prétendent que la société actuelle vit une crise de valeurs. Les tribunaux vivent-ils aussi une autre phase cri-

tique, découlant spécialement d'une rupture du lien avec la majorité en raison d'un déficit de crédibilité, entre autres, attribuable à un accès devenu aujourd'hui pratiquement réservé qu'aux plus grands et aux plus forts? Ont-ils, du même coup, cessé d'être de véritables agents d'évolution sociale?

Nous rappelons que Jean-François Kahn écrit que toute structure entre un jour en crise et se recompose car, dit-il, « Rien ne change ! tout évolue ! ». Ce message est à la fois rassurant et exigeant. Il signifie, si je le comprends bien, que la lucidité est la qualité dominante dont tous les magistrats doivent faire preuve pour, sans complaisance mais sans démesure, poser le diagnostic qu'il convient et optimiser l'action de la structure dans laquelle ils évoluent. C'est, sans doute, une contribution que le monde judiciaire doit à la société.





Allocution

Titulaire de la chaire F.R. Scott en droit
à l'université McGill, Montréal
Me RODERICK A. MACDONALD*

LA FACULTÉ DE DISCERNEMENT / EXERCISING JUDGEMENT

(À la demande de l'auteur, la présente conférence n'a pas été traduite)



Introduction : Parametres of Plurality

Première Partie :

Dimensions de diversité – la règle et le rôle

- A. Diversité des cadres institutionnels des tribunaux
- B. Diversité des statuts des magistrats
- C. Diversité des fonctions et des mandats
- D. Diversité des clientèles et des justiciables
- E. Diversité des modes d'adjudication
- F. Diversité des sociétés canadiennes et québécoises

Part Two :

Symbols of Singularity – Self and Other

- A. Singularity of personal pedigree - humility
- B. Singularity of character - wisdom
- C. Singularity of ontology – life-long learning
- D. Singularity of phroenesis – narratives of moral agency
- E. Singularity of eudaimonia – the quest for virtue
- F. Singularity of uncertainty – liberating the human imagination

Conclusion : Le courage d'être

Introduction:

Parametres of plurality

The burden of philosophy, and of political philosophy (including the philosophy of law) in particular, is to propound universal truths – about democracy, about freedom, about equality, about law, and about justice. To do so requires philosophers to abstract from the complex, diverse, messy world in which real people lead real lives, and in which tyranny, slavery, inequality and injustice are quotidian experiences.

By contrast, the burden of sociology, and of the sociology of law in particular, is to explore exactly how human societies function, and to draw appropriate distinctions between what may (from a bird's-eye perspective) look like identical situations. For better or for worse, most law teaching, and for that matter most theorizing about law, legal practice and courts by professors, lawyers and judges, approximate the philosophical rather than the sociological viewpoint.¹

Indeed, the theme of this Conference, and presumably the topic I am meant to address in this opening address – “*which judge for which society?*” – implicitly reveals our tendency as jurists to seek simplicity and unity through abstraction: it is cast in the singular. In counterpoint, however, I should like to offer some lessons derived from my personal experience as a legal academic: in my research on access to justice over the past 35 years, I have found nothing but plurality and diversity.² Not surprisingly, then, I tend to be sceptical of questions posed in the universalizing singular. For this reason, in this essay I will try to answer a slightly different question than that which I have been asked to address, namely: “*which judges for which societies?*”

I'd like to emphasize this central idea of legal and social plurality by calling forth what has been described by many critics as the “best first sentence in western literature”. That sentence is:

* Roderick A. Macdonald, F.R. Scott Professor of Constitutional and Public Law, McGill University, Titulaire de la Chaire F.R. Scott en droit constitutionnel et en droit public, Université McGill. I should like to thank Professor Pierre Noreau and Madeleine Macdonald for their assistance in the preparation and revision of this essay.

1. I am grateful to Harry Arthurs for helping me to see that, in differentiating between these two types of intellectual inquiry, I am making more of a methodological than an ontological point. Of course, legal sociology constructs universals by identifying affinities between apparently dissimilar objects; and of course, legal philosophy deconstructs universals by positing definitions to exclude apparently non-conforming phenomena. But the manner of argument and the relationship of empirical data to theoretical framework in the two cases are opposed. Thus, the legal sociologist confronts diversity and the impossibility of correcting all wrongs: this approach can be characterized as “tragic realism”. Conversely, the legal philosopher lives in a world that embraces the skillful use of literary devices like *Charters of Rights* to achieve in elegant fantasy what cannot be achieved in grubby reality: this approach can be characterized as “magic realism”.

2. Voir notamment, R.A. Macdonald, “Accessibilité pour qui: Selon quelles conceptions de la justice” (1992) 33 *Cahiers de droit* 457-484 ; “Access to Justice in Canada Today – Scope, Scale, Ambitions” in J. Bass, et al., dirs. *Access to Justice for a New Century: the Way Forward* (Toronto: Law Society of Upper Canada, 2004) 19-112.

All happy families are happy alike; all unhappy families are unhappy in their own way.

So begins Leo Tolstoy's Anna Karenina. This sentence has stuck in my mind ever since I first heard it at a planning session for the Community Law Programme at the Law Faculty of the University of Windsor some 30 years ago. To me the opening of Anna Karenina reveals a meta-fact about human beings, about human society and about human institutions (including courts) – except that I believe that Tolstoy got the formula exactly backwards. In my experience all *unhappy* families are unhappy alike, and all *happy* families are happy in their own way.

Now I don't want to be understood as making a large claim here about the "essential nature" of happiness or unhappiness. After all, I suppose that there are as many different ways of being unhappy as there are ways of being happy. Rather, my point in rewriting Tolstoy is to have us think about how human beings understand and interpret their circumstances.

Happy families that reflect on their happiness, it seems to me, realize that there is no catechism for happiness. Happiness results from attending to the specific features of a relationship, the specific character and personality of each member of the family, and the specific circumstances within which the family finds itself. Happiness flows from sustained attention to the contingency of, and irony embedded in, everyday high-affect human interaction.

By contrast, unhappy families that reflect on their unhappiness (and I suspect that most actually do not) often seek some canonical protocol, some magic recipe, some distilled wisdom of the ages that can be expressed in a universal maxim to ensure their happiness. For members of such families, happiness is not something that demands an investment of emotional energy, a humility about one's own circumstances, and an ongoing quest for grace that fails as often as it succeeds. Quite the contrary. Happiness is the necessary outcome of rigorous adherence to an apparently proven and, if possible, memorizable formula that can be repeated like a mantra. But invariably the mantra unhappy families adopt (and attempt to put into practice) is too abstract to provide workable direction for their lives. Moreover, such formulae are typically for saints, not human beings: they require aspirational conduct that most of us are simply incapable of achieving, which only makes us unhappier.

As meditation on the human condition, Tolstoy's epigram (in its inversed form) may be deployed to guide reflection upon all things

human – and, in particular, upon human justice. The transposition would then come out something like this:

All happy experiences of human justice are happy in their own way, and all unhappy experiences of human justice are unhappy alike.

Teasing out the implications of this epigram for Canadian judges, for their selection, and for continuing judicial education in Canada, is the ambition of the present essay.³ As I develop my argument, I will of course, draw connections to the various other topics on the conference programme. That said, I wish to keep my focus on what I consider to be the irreducible judicial task: the exercise of judgement.

* * * * *

Je divise mes réflexions en deux grandes parties. Dans une première partie, je signale les plusieurs dimensions de diversité de l'institution judiciaire au Canada. Je le fais pour rappeler que la question «*quels juges pour quelles sociétés*» devrait se poser au pluriel tant en ce qui concerne le rôle du juge, qu'en ce qui concerne la notion de société. N'oublions que tout état, tout sous-état et tout quartier (Canada, Québec, Montréal, Hochelaga-Maisonneuve) comprend une multiplicité de sociétés – hétérogènes, distinctes, et entrecroisées.

Ensuite, j'aborde une seule singularité de la fonction judiciaire, singularité inévitable qui impose sur ces diversités systémiques et sociétales une unité profonde. Cette singularité se résume dans la faculté de discernement. Tout juge, agissant à ce titre pour toutes les sociétés canadiennes, québécoises, montréalaises et autres est appelé à exercer un bon jugement. Ce que cela veut dire – exercer vertueusement cette faculté de discernement – sera l'objet de la deuxième partie de cet essai.

Première Partie : Dimensions de diversité – règle et rôle

L'essentiel de la doctrine contemporaine sur la fonction judiciaire au Canada est de nature théorique et évoque une conception unitaire et monochromatique – Diceyenne oserais-je dire, – du système de judicature: la Cour y est définie comme une institution peuplée d'experts nommés à vie – ce qui assure leur impartialité et leur indépendance – et qui sont appelés à trancher les litiges qui sont soumis à la cour à la faveur d'un contradictoire. Cette doctrine, fondée sur une acception institutionnelle des tribunaux (*la règle*) et

3. I have addressed a number of themes in this essay in previous studies. See notably, R.A. Macdonald, «Nommer, élire, tirer au sort, vendre au plus offrant?... à propos le choix des juges» in P. Noreau, ed. *Mélanges Andrée Lajoie* (Montreal: Thémis 2008) 731-806; «L'identité en deux temps: le républicanisme et le pluralisme, deux points de vue juridiques sur la diversité» in S. Vibert, ed., *Pluralisme et démocratie: entre culture, droit et politique* (Montréal: Éditions Québec-Amérique, 2007) 273-308; «Le catéchisme de l'islamophobie» in M. Jezequel, ed. *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle* (Montreal: Éditions Yvon Blais, 2007) 19-61 (with Alexandra Popovici); «Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits – résultat, processus et symbolisme» in C. Eberhard et G. Vernicos, ed. *La quête anthropologique du droit* (Paris: Éditions Karthala, 2006) 275-296 (with Pierre-Olivier Savoie); «Le juge et le citoyen: une conversation continue» in A. Riendeau, ed., *Dire le droit: pour qui et à quel prix* (Montreal: Wilson and Lafleur, 2005) 3-22 (with Alexandra Law); «L'intégrité des institutions: rôles et relations dans le modèle constitutionnel» in R. Macdonald, ed., *Établir la rémunération des juges: perspectives multidisciplinaires* (Ottawa: Commission du droit du Canada, 1999) aux pages 7-23.; «Auctioneers, Fence-viewers, Popes – and Judges» (1998) 9 Constitutional Forum 95-104 (with Andrée Lajoie); «Should Judges Be Legal Pluralists» in *Aspects of Equality: Rendering Justice* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1996) 229-234; «Autors, Arbiters, Oracles, Performers» in *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991) 233-240. To avoid burdening the text with footnotes, I shall not "string-cite" any of these sources in the remainder of this essay.

sur la fonction processuelle de la magistrature (*le rôle*) traduit dans un même mouvement le mandat des juges et la méthode judiciaire.⁴

Avant d'examiner le bien-fondé de cette approche formelle et unitaire des assises théoriques du système judiciaire canadien, j'aimerais poser une question préliminaire : pourquoi pensons-nous que l'activité judiciaire remplit une fonction incontournable de la gouvernance contemporaine ?⁵ Sans doute nous faut-il identifier quelqu'un (un décideur quelconque) ou quelque chose (un ordinateur peut-être ?) ou un protocole purement formel (par exemple, un processus décisionnel fondé sur le hasard ?) pour trancher les conflits qui émergent continuellement de l'interaction sociale.⁶ Mais il n'est pas certain que cette prémisse, qui pose la nécessité d'un mécanisme spécifique pour trancher les conflits, soit suffisante pour conclure qu'il nous faut, pour y arriver, nommer des magistrats professionnels, encadrés par des tribunaux institutionnalisés, protégés par la constitution et dotés des compétences en droit public et en droit privé, tout autant qu'en droit civil et en droit pénal, pour décider des problèmes qui lui sont soumis.

Il existe en effet, aujourd'hui, au-delà de l'adjudication judiciaire telle que nous la connaissons, une pléthore de modes et de mécanismes de règlement des conflits – parfois étatique, parfois coutumier. Il arrive parfois que le législateur établit lui-même un organisme administratif chargé de compétences décisionnelles ; il arrive également que nous ayons recours à des instances d'adjudication privé – on pense notamment à l'arbitrage conventionnel. Combien de fois sommes-nous appelés à substituer au processus d'adjudication judiciaire une pratique de conciliation ou de médiation. Ne nous arrive-t-il pas régulièrement de soumettre nos griefs à un conseil d'ainés ou de sages ; ou de déléguer cette responsabilité au prêtre, au rabbin, ou à l'imam.⁷ Au sein des démocraties libérales modernes, toutes ces institutions décisionnelles (qu'elles soient étatiques ou non) coexistent et œuvrent au côté des décideurs judiciaires. Les tribunaux, tels que nous les concevons généralement, n'exercent aucun monopole étatique non plus qu'aucun monopole fonctionnel sur le règlement des conflits individuels et sociaux.

Abordés de cette manière, il est évident que les choix de société concernant (1) la *structure* d'un système étatique de règlement des conflits, (2) l'établissement d'un *processus* de prise de décision, et (3) le *choix* des décideurs, bien que fondamentaux, sont des décisions de « second ordre ». Nous devons d'abord décider que

c'est notre volonté d'établir un système de décideurs étatiques. Cela étant, il faut bien commencer quelque part et je présume, pour les fins de la discussion, nous avons adopté une constitution qui nous oblige à maintenir un système de judicature impliquant des décideurs institutionnels. Je présume, de plus, que ces décideurs « ultimes » sont les juges plutôt que d'autres interprètes officiels.⁸

Se posent alors deux types de questions touchant *la conception* du système : d'abord, qui sont ces décideurs et comment les choisir ; puis que font-ils et comment le font-ils ? Même en nous limitant au cas des décideurs que sont les juges, il n'y a pas une réponse unique ni à l'une ni à l'autre de ces questions. La magistrature contemporaine est caractérisée par son extrême hétérogénéité. J'aborde les diverses dimensions de cette hétérogénéité – de ce que j'ai nommé la règle et le rôle – dans les cinq premières sections de cette partie. Elles abordent tour à tour la diversité des cadres institutionnelles dans lesquelles œuvrent les tribunaux ; la diversité des statuts des magistrats ; la diversité de leur mandat et de leurs fonctions ; la diversité de leurs clientèles ; et la diversité de leur modes d'adjudication. Dans une sixième section, j'explorerai l'impact de la diversité des sociétés canadiennes et québécoises sur le rôle du magistrat.

A. Diversité des cadres institutionnels des tribunaux

Premier point. On ne peut pas répondre à la question « quelles juges pour quelle sociétés ? » sans en poser une autre : dans quel cadre institutionnel nos juges sont-ils et sont-elles appelé(e)s à travailler ? C'est un réflexe bien humain (et une technique pédagogique connue) de commencer toute réflexion un peu abstraite, par un exemple concret, familier. Ainsi, les discussions sur le cadre institutionnel et normatif des tribunaux au Canada – que ces discussions soient menées dans le contexte de la vie courante, dans celui des médias ou dans celui de la vie professionnelle – renvoient presque toutes au procès criminel devant jury ; et toute discussion sur le rôle du juge, et sur les qualités qu'on attend trouver chez les magistrats, visent presque systématiquement le juge de première instance siégeant en matière pénale. Nous savons tous que c'est une perception simpliste de la fonction judiciaire. Mais avant de conclure que cette perception n'est que le produit d'un biais relayé par la culture populaire, je vous invite à écouter quelques « discours d'après-dîner » prononcés aux colloques du Barreau où cette même

4. Cette façon de concevoir la forme institutionnelle et la fonction processuelle de l'acte judiciaire est tirée de W. Bishin and C.D. Stone, *Law, language and ethics* (Mineola : Foundation Press, 1973) Partie IV, aux pages 721-839.

5. La question est Weberienne. Pour une discussion contemporaine voir see M. Coutu and G. Rocher, *La légitimité de l'état et du droit : autour de Max Weber* (Ste Foy : Presses de l'Université Laval, 2005).

6. Karl Llewellyn, juriste, et E.A. Hoebel, anthropologue, ont offert l'un des meilleurs analyses des cette nécessité d'un tiers décideur quelconque dans leur étude du système de justice autochtone : *The Cheyenne Way* (Norman : University of Oklahoma Press, 1941).

7. Toute la gamme de possibilités de processus et institutions de décision sont évoquées dans un document de la Commission de réforme du droit de l'Ontario. À consulter : *Study Paper on Prospects for Civil Justice* (Toronto : Commission de réforme du droit de l'Ontario, 1995).

8. En réalité, les processus officiels d'interprétation et d'application des textes de loi sont très complexes, et comprennent une pléthore de décideurs officiels – des fonctionnaires (police, commis, inspecteurs), des tribunaux administratifs, des arbitres de griefs, juges, etc. Le focus des paragraphes qui suivent, toutefois, sera les institutions décision dont la fonction primaire est l'interprétation des lois – des cours, des tribunaux qui exercent un pouvoir de décision statutaire – et non pas celles qui sont appelées à interpréter une règle de droit à l'occasion d'exercer une autre fonction officielle – police, commis, inspecteurs. Sur cette notion de décideurs dont la fonction primaire est l'acte de dire le droit, voir Joseph Raz, *The Concept of a Legal System* (2d) (Oxford : Clarendon Press, 1980) et François Ost, *Dire le droit, faire justice* (Bruxelles : Bruylant, 2007).

perception simpliste domine également. Pour le meilleur ou pour le pire, notre vision du rôle du juge, qu'elle soit d'origine populaire ou professionnelle, est traversée par cet exemple et par l'idéologie jacobine qui la sous-tend.

Abordons la réalité structurelle du pouvoir judiciaire telle qu'elle est circonscrite par la constitution canadienne.⁹ Bien que le Canada n'ait pas adopté le système de judicature dualiste qu'on rencontre dans d'autres fédérations comme les États-Unis, il existe tout de même dans notre système de forts éléments de pluralité institutionnelle. Implicitement, la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit trois types de cours : les tribunaux de constitution provinciale où siègent les juges de nomination provinciale (cours de 92 (14)); les cours fédérales (y compris la Cour suprême du Canada) où siègent des juges de nomination fédérale (cours de 101); et les cours de constitution provinciale où siègent des juges de nomination fédérale (cours de 96). Théoriquement, on pourrait également imaginer des cours de constitution fédérale où siègent des juges de nomination provinciale.

Cette structure constitutionnelle en cache cependant une autre qui favorise, elle aussi, l'entretien d'une véritable diversité institutionnelle au sein du système de judicature canadien : la distinction entre «les cours supérieures» et les autres cours, dites «inférieures». Parmi les cours où siègent des juges de nomination fédérale se trouvent les cours supérieures (les tribunaux de droit commun bénéficiant d'une compétence constitutionnellement illimitée) et les cours de comté (qui sont des cours inférieures). De même, en exerçant le pouvoir qui lui ait reconnu en vertu de l'article 101, le Parlement du Canada peut également créer des tribunaux avec les pouvoirs d'une cour supérieure (par exemple, la Cour suprême du Canada et la Cour fédérale) ou une cour inférieure. Constitutionnellement, il n'est pas nécessaire que les juges des cours constituées en vertu de l'article 101, y compris les cours supérieures ainsi constituées, soient nommés par le Gouverneur-en-conseil. Le processus de nomination pourrait être fédéral ou même provincial. Inversement, rien n'empêche qu'une province établisse une cour inférieure et envisage que les juges qui y siègent soient de nomination fédérale.

À ce jour, cette diversité institutionnelle n'a pas provoqué de grands conflits, hors du domaine des tribunaux administratifs de constitution provinciale. Mais il est à noter que, très souvent, les décideurs administratifs sont nommément des juges, et que plusieurs tribunaux administratifs sont fonctionnellement des cours. De même, il arrive parfois qu'en matière fédérale, ces tribunaux administratifs soient définis comme des cours supérieures. En effet, cette structure constitutionnelle nous rappelle (1) que certains juges ont un mandat proactif qui leur oblige de rendre des décisions de politique, (2) que certains juges ont un mandat qui dépasse les strictes limites fon-

ctionnelles de l'adjudication, et en conséquence (3) que l'image du juge pénale ne recouvre qu'une partie de la fonction judiciaire contemporaine.

Toutes ces permutations de la structure constitutionnelle nous amènent à examiner plus en profondeur d'autres sources de diversité présentes dans le système de judicature contemporaine – et notamment, la diversité associée au statut du juge lui-même.

B. Diversité des statuts des magistrats

Aujourd'hui, notamment depuis les jugements prononcés par la Cour suprême sur l'indépendance des juges¹⁰, il est important de cerner exactement ce qu'implique le «statut du juge». Selon la constitution canadienne, la question «qu'est-ce qu'un juge» appelle à la fois une réponse formelle et une réponse substantielle. Formellement, le critère relève de la personne elle-même. Un juge est une personne qui est nommé en vertu d'une *Loi sur les juges* ou d'une *Loi sur les tribunaux judiciaires* (qu'elle soit fédérale ou provinciale), et qui exerce des fonctions selon un *Code de procédure civile*, une *Loi sur la Judicature* ou selon les *Règles de pratique*. Donc, selon ce critère purement formel, tout ce que fait officiellement un juge constitue un acte judiciaire, et seules les personnes ainsi nommés peuvent agir judiciairement.

Mais cette définition est incomplète et inexacte, et ce, pour deux raisons. D'abord, plusieurs actes posés par les juges ne sont pas accomplis dans l'exercice de la fonction judiciaire. Et plusieurs personnes qui ne sont pas juges exercent des fonctions judiciaires ou quasi-judiciaires. Prenons le premier de ces deux cas. Selon les articles 10 et 14 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il est le poste d'administrateur ou de député Gouverneur-général. Aujourd'hui, c'est la juge en chef du Canada qui agit comme député Gouverneur-général. Elle est également Présidente du comité de sélection pour l'Ordre du Canada. Dans le même ordre d'idée, les juges sont parfois appelés à siéger sur les panels du Conseil de la magistrature du Canada ou même à présider certaines Commissions royales d'enquête. Souvent les juges sont nommés par les lois provinciales ou fédérales à agir à titre de *persona designata* et exercent à ce titre un mandat purement statutaire. Dans toutes ces situations, un rôle officiel est en question, mais il n'y a rien d'inhérent dans ce rôle qui exige que ce soit nécessairement un juge qui l'exerce. Pourquoi donc y désigner un juge? Dans certains cas, c'est la constitution elle-même qui impose ce devoir; dans d'autres, c'est l'idée que les juges doivent être *Maîtres chez eux*¹¹; dans d'autres, encore, le gouvernement nomme des juges parce qu'il cherche à bénéficier de l'impartialité qu'on associe à la figure du juge dans notre système. Toutefois, ce ne sont pas des fonctions qui relèvent du statut du juge en tant que tel.

9. Pour une discussion en profondeur de ces diversités consulter H. Brun, et al, *Droit constitutionnel* (5^{ème} éd.) (Cowansville: Éditions Yvon Blais, 2008).

10. Renvoi sur la rémunération des juges [1997] 3 R.C.S. 3; Association des juges de la Cour provinciale de Nouveau-Brunswick c. P.G.N.-B. [2005] CSC

11. J. Deschênes, *Maîtres chez eux* (Montréal: Conseil canadien de la magistrature, 1991); M. Friedland, *A Place Apart* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1995); *Models of Judicial Administration* (Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 2006).

Sur un second versant, nous connaissons des situations où les tribunaux administratifs ou des fonctionnaires désignées exercent des pouvoirs équivalents à ceux des juges. De même, les législatures décident de l'expulsion de l'un de leurs membres en font autant. Parfois même, on invite des individus qui ne sont pas juges à plein temps à siéger comme juges des petites créances ou comme arbitres des griefs. Finalement, dans certains cas une Commission d'enquête exerce un pouvoir judiciaire, notamment quand des conclusions de fait ou de droit à l'égard d'un individu identifié font partie de son rapport.

Aussi, si notre intention est vraiment de cerner ce qui distingue le statut du juge de celle d'autres figures d'autorité, il nous faut ajouter au critère purement formel qui fonde son statut, un critère plus substantiel. Depuis plus d'un siècle, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada établie sur l'interprétation de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aborde cette question. Au surplus, depuis 1982, la même Cour a été appelée à donner un contenu normatif à l'article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour propose des tests fonctionnels en vue de circonscrire les contours de la fonction judiciaire. Initialement cette jurisprudence avait pour objet de cerner l'autorité et la compétence des juges nommés à une Cour supérieure et les limites des pouvoirs provinciaux d'attribuer aux Cours qu'elles constituent la compétence d'une Cour supérieure et de nommer les juges appelés à y exercer de tels fonctions. La définition substantielle de la fonction judiciaire n'est pas ici mise en jeu. Plus récemment, cependant, c'est l'article 11(d) de la *Charte* qui préoccupait la Cour suprême. En exigeant que le tribunal soit indépendant, la Cour suprême posera les balises de ce qui fonde l'indépendance des juges et l'essentiel de l'acte judiciaire.

Notez, toutefois, que ces deux articles visent des objectifs différents et ont également une portée différente.¹² L'article 11 s'applique à toute personne qui exerce une telle fonction, indépendamment du cadre institutionnel en fonction duquel cette fonction est établie et indépendamment de son titre. Par contre, l'article 96 s'applique à toute institution exerçant un mandat englobant une compétence attribuée à une cour supérieure. Il s'ensuit que, selon la constitution, qu'on peut, selon le cas, nommer des juges « 11 et 96 », des juges « 11 mais pas 96 », parfois des juges « ni 11 ni 96 » et même des juges « 96 mais pas 11 ».¹³

S'appuyant sur ces textes constitutionnels et cette jurisprudence interprétante de l'article 11(d) en particulier, nous sommes en mesure aujourd'hui de reconnaître les critères que les juges adoptent pour définir leur propre statut et le distinguer de celui d'autres décideurs officiels. Mais de cette singularité du statut prétendue, on peut

également tirer une grande diversité de fonctions. Pour cerner la portée de cette diversité, il faut maintenant poser la question fonctionnelle : « que font, au juste, nos juges... à titre de juge ? ».

C. Diversité des fonctions et des mandats

En posant la question « que font nos juges, à titre de juge ? », j'envisage laisser de côté toutes les activités extrajudiciaires de nos juges, même si, du point de vue déontologique, tout ce que fait un juge fait partie de son activité « officielle ».¹⁴ En d'autres termes, je ne m'intéresse pas à toutes les actions à caractère juridique que posent les juges. Je ne m'intéresse ni aux activités de lobbying entreprises personnellement (pour faire adopter un règlement municipal, par exemple) ni aux poursuites initiées contre les gouvernements (y compris les poursuites touchant leur statut comme magistrat, comme celles concernant leur rémunération et leur bénéfices marginaux, etc.). J'exclus également les fonctions officielles assumées par les juges hors de l'exercice de leur compétence judiciaire, c'est-à-dire en tant que *persona designata*, à la suite d'un mandat législatif. Tout comme ces autres situations où ils agissent en raison de leur capacité purement privée, c'est-à-dire en tant que simples citoyens, situation au cours desquelles ces juges doivent faire preuve de réserve, de manière à ne pas compromettre l'intégrité de leur office.

L'exclusion de ces diverses activités n'est qu'un début de réponse à la question : « quels devoirs sont proprement judiciaires et tombent dans le mandat du juge... en tant que juge ? » Si, par le passé, on pouvait tenter de fournir une réponse assez simple à cette question, les choses sont différentes depuis que le Parlement et les législatures ont pris l'habitude de transférer aux cours et aux juges des tâches nouvelles et multiples (parfois des tâches essentiellement politiques). Commençons avec la tâche qui, traditionnellement, est conçue comme relevant de l'essence de la fonction judiciaire : le rôle du juge y est d'écouter avec un esprit ouvert et impartial les causes présentées devant lui et de rendre un jugement motivé selon une règle de droit applicable dans les circonstances.¹⁵ Mais qu'est-ce que cela veut dire ?

De nouveau, il faut admettre que la perception populaire est largement forgée par les médias : *Judge Judy*, *People's Court*, *L.A. Law*, *La Cour en direct*, *la Facture* et ainsi de suite. Les médias ont véhiculé une image « made in the USA » de la fonction judiciaire. Est-ce que cette image d'un juge qui ne ferait que présider les procès et décider de l'issue des causes qui lui sont soumises s'accorde avec la réalité ? Est-ce que nos juges consacrent réellement le plus clair de leur temps à présider des auditions ? D'après un sondage offici-
eux que j'ai mené auprès des juges de la Cour du Québec et la Cour

12. Sur ces questions, consulter P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (Toronto : Carswell, 2005) c. 7.3 et c. 48.5.

13. Cette catégorie est difficilement concevable. Voici, cependant, un exemple : il se peut (1) que le Parlement du Canada établit une cour de 101 avec les pouvoirs d'une cour de 96, ou (2) que l'Assemblée nationale établit une cour de 96, mais que dans les deux cas, le législateur invoque l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour mettre de côté l'application de l'article 11(d) de la *Charte*.

14. Toutes les dimensions de la déontologie judiciaire sont abordées dans l'excellent livre de P. Noreau et C. Roberge, *Applied Judicial Ethics* (Montréal : Wilson et Lafleur, 2006) ; *Ethical Principles for Judges* (Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1998).

15. Voir notamment, A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : exposé provisoire* (Paris : Gallimard, 1981).

supérieure, il paraît que nos magistrats consacrent chaque année beaucoup plus de temps à lire les dossiers en vue des auditions, à réfléchir à la preuve et aux arguments soumis par les parties, à justifier leur décision et à rédiger leurs jugements qu'à siéger à la cour. La tâche de juge est multifonctionnelle et, en fonction de la Cour et la nature de chaque cause, ces diverses responsabilités prennent une amplitude variable.

Je ne sous-estime pas l'importance de l'audition. Mais, il faut de nouveau, admettre que la nature des causes et, partant, celle de l'audition sont très diversifiées. Pourtant, le modèle britannique du juge passif, attentif à l'argument des parties, des témoins, etc. s'abstenant d'intervenir dans la course du procès est toujours évoqué comme le prototype à respecter, peu importe la Cour, la causes, ou les parties. Toutefois, même dans les causes les plus simples, cette manière de concevoir le rôle du juge ne reflète plus la réalité : confronté à un justiciable qui se représente lui-même, ou à des avocats mal préparés ou plus ou moins compétents, le juge est appelé à assumer un rôle beaucoup plus actif dans le déroulement de l'audition. De plus, en fonction de la nature de la question (famille, jeunesse, faillite, petites créances, etc.), du profil des parties (des sociétés, des personnes physiques, des adolescents, des personnes âgées), et compte tenu du mandat de la cour (première instance, appel, civil, pénal), et des règles de procédure applicables, chaque dossier renvoie à un processus différent. Finalement, même dans le cadre d'un procès civil « ordinaire », s'impose toute une gamme de procédés distinctes : requêtes, ordonnances de gestion de causes, expertises, voir dire, médiation judiciaire, etc. Chacun de ces expédients s'inscrit dans un cadre normatif particulier que doit respecter le juge.

En d'autres termes, les fonctions des juges sont diverses (parfois purement judiciaires, parfois plutôt administratives sinon carrément législatives), leur mandat est complexe et variable, et leur rôle est souvent proactif plutôt que simplement réactif. L'image répandue du juge qui, dans sa sagesse, écoute et tranche, ne rend compte que d'une très petite partie de l'activité des juges. Le juge agit souvent aujourd'hui comme gestionnaire – qu'on réfère à la gestion des causes à plaider, ou à l'attribution des compétences des décideurs administratifs. Il s'ensuit que le rôle contemporain du juge peut se résumer, comme John Willis le disait déjà il y a 40 ans, à celui d'un haut fonctionnaire dans le *ministère du Règlement des conflits*, fonction qui doit évidemment être assumée avec toutes les nuances et les subtilités sous-jacentes à une telle qualification.¹⁶

Reconnaître la diversité des fonctions exercées par le juge dans le quotidien de son expérience en tant que magistrat et reconnaître également la diversité des mandats confiés aux tribunaux nous

oblige à nous poser d'autres questions concernant les éléments qui composent la diversité du rôle du juge. Parmi ces questions s'en pose une, qui va au cœur de cette diversité de *règle* et de *rôle* – la diversité des clientèles et celle du profil des justifiants qui se présentent devant nos tribunaux.

D. Diversité des clientèles et des justiciables

Abordé à partir d'une perspective très abstraite, les clientèles de nos cours apparaissent toutes comparables. Elle est composée de demandeurs (appelants, requérants) ; de défendeurs (intimés), de mises-en-causes ; et d'intervenants. Mais cette simplicité conceptuelle trahit la complexité et la diversité concrète des parties qui se présentent devant le juge : un couple qui divorce ; un fonds de pension cherchant à acquérir une société commerciale ; un enfant blessé pendant un match de hockey entreprenant une poursuite en dommages-intérêts ; un fiduciaire sollicitant l'interprétation d'un testament ; une jeune fille désireuse de porter son foulard à l'école. Nonobstant cette diversité évidente, nous avons tous, en tant que juriste, cette propension à redéfinir les situations vécues par nos concitoyens en fonction d'un vocabulaire spécialisé qui propose une grande variété d'étiquettes préétablies – « justiciables, administrés, sujets de droit, revendiquants des droits ou de l'égalité » – qui viennent oblitérer l'humanité particulière de chacun et chacune.

De plus, force est d'admettre que la spécialisation des tribunaux, et celle des juges œuvrant dans les tribunaux de droit commun se traduit par une homogénéité relative des parties qui d'y présentent. Parce que nous avons depuis longtemps abandonné l'idée d'un tribunal de droit commun omni-compétent peuplé des juges omni-compétents à la faveur d'une foule de compétences spécialisées *rationae personae*, plusieurs juges ne voient aujourd'hui, sur une base régulière, qu'un petit échantillon des demandeurs et des défendeurs potentiels. À la division des petites créances, seules les personnes physiques peuvent normalement se porter demandeur. Le tribunal de jeunesse s'intéresse exclusivement aux enfants et aux adolescents. En droit de la famille, on ne voit que des personnes physiques.

Il en va de même des compétences limitées *rationae materiae* – faillite, logement, famille, immigration, jeunesse, travail – qui ont un impact direct sur la manière de juger. Dans certains cas la preuve *viva voce* est admise, y compris le oui-dire. Dans d'autres, les parties sont souvent absentes, représentées par leur avocat, alors que dans d'autres encore, les parties doivent comparaître personnellement. Dans certains cas, le juge assume un rôle particulièrement actif dans le déroulement du procès. Ainsi, lors d'une réorganisation

16. Aux États-Unis cette conception du rôle du juge comme gestionnaire des processus de décision par les autres est acceptée depuis au moins un quart de siècle. À consulter : J. Resnick, « Managerial Judges » (1982) 96 *Harvard Law Review* 374.

corporative, le juge gère le litige et propose souvent des pistes de solutions. Par opposition, dans d'autres cas – successions, liquidation d'un régime matrimoniale, ventilation des hypothèques de construction – l'évaluation des biens est généralement établie par des experts.

La diversité liée à la clientèle se manifeste également en fonction des objectifs poursuivis par les demandeurs. Devant le *Tribunal des droits de la personne* on ne voit que des demandeurs exigeant la reconnaissance d'un « droit fondamental » plutôt qu'un droit contractuel. En plus, plusieurs causes contemporaines ne sont reliées à aucune revendication individuelle. D'une part, le recours collectif favorise ainsi le regroupement de demandeurs porteurs d'un même grief alors ; ces demandeurs revendiquent, collectivement, un droit. D'autre part, dans d'autres dossiers, les demandeurs sont peu intéressés à la revendication d'un droit quelconque et agissent, selon l'expression consacrée, « de manière non-Hohfeldienne » – c'est-à-dire, en vue de faire avancer une cause politique. Ceci étant, il n'est pas surprenant que les parties défenderesses aient en contrepartie répondu à ces deux initiatives en recourant à la stratégie des poursuites-bâillons, c'est-à-dire en instrumentalisant les tribunaux pour obtenir un résultat qui n'a rien à voir avec l'objet déclaré de leur poursuite.¹⁷

De plus en plus, les litiges contemporains tendent à faire des juges des législateurs déguisés. La fonction *res judicata* du jugement et la finalité traditionnelle des actions en justice (*interest reipublicae ut finis litem*) est remplacée par la production d'une énoncé de principe qui remplirait la fonction *stare decisis*. Dans tous ces cas, ce n'est plus le « dispositif » que cherchent à faire consacrer les justiciables, mais les « motifs » de la décision.

Bref, le juge doit reconnaître que même les causes apparemment anodines et ordinaires révèlent une hétérogénéité extraordinaire de situations. Cette hétérogénéité de clientèles, de processus, d'objectifs, et de motivations favorise directement l'hétérogénéité des « modes d'adjudication » – thème que j'aborde maintenant.

E. Diversité de modes d'adjudication

Un des mythes récurrents entourant le processus judiciaire veut que, nonobstant la diversité de situations dont nous venons de faire état, tous les juges font, en dernière analyse, la même chose de la même façon. Ils sont tous les adjudicateurs d'un processus judiciaire lui-même invariable. Certes, comme tous les chefs-cuisiniers font également la même chose : le maître-chef du Château Frontenac prépare des repas tout comme le préposé aux frites chez McDonald. Mais dès qu'on explore les paramètres de ce qui fonde l'idée même d'adjudication, sa grande diversité est manifeste.

Parfois, comme on vient de voir, il s'agit d'une diversité *rationae materiae* : faillite, famille, droit public, contrôle judiciaire, droit pénal, droit international. Parfois c'est une diversité provenant du stade même de litige, le long de la trajectoire judiciaire : requête interlocutoire, procès de première instance, appel. Le contexte substantif et institutionnel informe le processus décisionnel.¹⁸

Toutefois, nonobstant cette diversité, plusieurs auteurs insistent sur la singularité de la fonction judiciaire, singularité qui émanerait de l'unité théorique de l'idée d'adjudication. L'adjudication est le seul processus d'ordonnement social qui (en théorie) fait nécessairement et exclusivement appel à la rationalité. Par contraste avec le processus électoral, la médiation, la négociation de contrat, et le tirage au sort, le processus d'adjudication dépend de trois rationalités fondamentales : (1) la présentation logique de la preuve et des arguments en regard de la règle de droit applicable ; (2) l'exposé des arguments raisonnés quant au rapport entre l'interprétation des faits et le sens de la règle de droit plaidée ; et finalement (3) la décision rendu par un tiers indépendant et impartial qui tient compte de la preuve et des arguments juridiques des parties.¹⁹

Malgré l'unité théorique qui fonde « l'idéal-type » de l'adjudication, le processus décisionnel est, sur le plan pratique, très diversifié. Rappelons qu'on dit souvent des tribunaux de première instance qu'ils sont maîtres des faits, que les tribunaux d'appel sont maîtres du droit et que la Cour suprême est maître des questions de politique juridique. Aussi vraisemblable que cela puisse paraître, il faut reconnaître que tous ces éléments sont présents à tous les stades du litige. Comme nous le savons tous, les tribunaux de première instance prennent des décisions politiques et, en dépit de la règle voulant que les tribunaux d'appel ne font que corriger les erreurs de droit, il arrive qu'en matière de contrôle de l'administration, elles révisent fréquemment l'interprétation des faits.

De plus, et plus important encore, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés* du Québec ont toutes deux favorisé le recours aux tribunaux au détriment d'un recours au Parlement et à l'exécutif – à tel point que plusieurs professeurs, avocats, politiciens et journalistes prétendent que nos tribunaux (au moins en droit public) ne font plus d'adjudication. Toutes leurs décisions sont considérées comme des décisions politiques.²⁰ Les législatures et les gouvernements ont évidemment contribué à cette situation. Depuis des années, le gouvernement du Canada s'est périodiquement servi de la Cour suprême pour obtenir des décisions sur des « Renvois » et il en va de même des gouvernements des provinces dans leur recours aux Cours d'appel. Parfois la Cour suprême a été appelée à statuer sur des questions de droit (*Labour Conventions*), parfois sur des questions de justice (*Truscott*),

17. Voir notamment le Rapport du comité, *Les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique – les poursuites-bâillons (SLAPP)* (Québec : Ministère de la justice, 2007).

18. Consulter C. Baar, « Judicial Independence and Judicial Administration : the Case of Provincial Court Judges » (1998) 9 *Forum constitutionnel* 114.

19. Sur ces divers processus d'ordonnement sociale, et le trait particulier de l'adjudication, K.I. Winston, dir. *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (2d) (Oxford : Hart Publishing, 2002) *passim* et surtout « The Forms and Limits of Adjudication » à la p. 101, et « The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally », à la p. 187.

20. Voir notamment A. Petter, « Legalise This: The Chartering of Canadian Politics » in J. Kelly and C. Manfredi, dirs. *Constitutionalism: Reflection on the Charter of Rights and Freedoms* (Vancouver : UBC Press, 2009).

parfois sur des questions d'amendement constitutionnel (*Rapatriement, Sécession du Québec*), et parfois sur la validité d'une loi particulière (*Assurance-chômage*). Les justiciables issus de la société civile en font autant aujourd'hui par le biais de « test cases » et par l'introduction de « contestations judiciaires sous la Charte » (Thorson, McNeil, *Edwards Books, M. v. H.*).

Examinons maintenant l'idée du juge, défini en tant qu'arbitre passif et neutre. Par contraste avec l'adjudication telle qu'elle est conçue dans le système inquisitoire, l'adjudication contradictoire reconnaît aux parties le privilège de gérer leur propre cause, c'est-à-dire, de rester maître de leur dossier. La chose est-elle toujours vraie à la Cour suprême, où le tribunal demande souvent aux parties d'offrir des arguments sur les points qu'elle veut bien entendre ? Et *quid* de la Cour des petites créances, où le juge est appelé à intervenir pour assurer l'égalité des armes entre les parties ? Dans l'une et l'autre situation les présupposées de l'adjudication contradictoire ne tiennent plus.²¹ Prenons également les situations où le juge est appelé à trancher l'issue de milliers de causes par année – assurance-emploi, accidents de travail, régie de logement. Est-il raisonnable d'imaginer que le processus décisionnel reste le même, dans de telles situations, que celui qui préside à la décision de la Cour suprême, appelée à intervenir dans moins de cent causes par année, dans des dossiers plaidés par des avocats spécialisés ?

Finalement, de plus en plus, les juges ne tranchent plus les causes formulées d'une manière qui rencontrent les paramètres de ce qu'Aristote appelait la justice corrective. En matière de garde d'enfants, de successions, de divorce, de pensions alimentaires, les législateurs ne donnent pas aux juges les normes détaillées qui favorisent la prise d'une décision claire, concluant sur un « oui » ou un « non ». En effet les normes proposées en ces matières forment aujourd'hui un inventaire de critères subjectifs en fonction desquels le juge est appelé à rendre une décision de justice distributive (ou de nature politique) en pesant les multiples facteurs proposés par la législation. Il en est de même en matière de redressement des personnes morales en voie de liquidation, en matière de faillite, en matière de propriété intellectuelle, et dans la plupart des litiges mettant en jeu une attribution de droit public – de ce qu'on a déjà appelé « public law adjudication ».²²

Bref, les citoyens et les gouvernements se servent des tribunaux à des fins non-adjudicatives – c'est-à-dire en vue de finalités qui ne sont pas clairement établies par des normes concrètes fixes, ni par des faits établis. Et même quand les juges répondent de manière très sage (comme dans le cas du Renvoi sur le mariage-gai), le Parlement et le gouvernement font dire aux tribunaux ce qu'ils n'ont manifestement pas dit. Nous sommes témoins, de ce que les élus, les concitoyens, les avocats, et les médias, manquent de res-

pect pour la fonction judiciaire – ce qui mine la finalité première de l'institution.²³

Pour conclure, il faut admettre que la conception unitaire de l'adjudication, entendue en tant que processus d'ordonnancement sociale et de règlement des différends, ne tient plus. Les tâches déléguées aux juges sont trop variées ; les attentes des parties sont trop variées ; et les contraintes d'ordre matériel font en sorte que le juge contemporain est souvent appelé de jouer une multiplicité de rôles ; qu'il répond à cette situation en recourant à une multitude de procédés décisionnels différents.

F. Diversité des sociétés canadiennes et québécoises

L'État-Nation moderne (post-Westphalien) est fondé sur l'idée que l'État et la société doivent se confondre : un peuple, une nation, un État. Nonobstant la croyance des révolutionnaires de la fin du XVIII^e siècle qu'il est possible de créer une société aussi homogène – sans classe sociale, sans différenciation fondée sur la région ou l'ethnie – le projet s'est estompé. De nos jours, peu de philosophes politiques acceptent cette prémisse unitaire. D'un côté, certains excès de nationalisme au cours du vingtième siècle, et, de l'autre, la reconnaissance du phénomène du multiculturalisme, ont mené – au sein des sociétés libérales et démocratiques – à l'abandon, de toute conception du monde fondée sur l'homogénéité supposée des citoyens et sur l'unité de la société.²⁴ Sociologiquement et psychologiquement nous vivons une ère de diversité, de multiplicité et de complexité.

Ceci dit, pourtant, les *Chartes* des droits constitutionnellement enchâssées semblent envisager encore cette possibilité : chaque citoyen y possède les mêmes droits et obligations. Notons, cependant, que cette égalité juridique n'impose pas une identité sociologique. De nos jours, l'amélioration des technologies de communication font voir les différentes identités qui, longtemps, dans la construction de l'identité humaine, furent cachées par la distance, par la prédominance de certaines religions ou de certaines langues. À présent, d'autres identités sont en concurrence dans le cadre de tensions au milieu desquelles se retrouve le citoyen : identité ethnique ; identité basée sur le sexe et sur l'orientation sexuelle ; identité végétarienne ; identité basé sur la classe ; et ainsi de suite. Le droit et le juge sont appelés à transiger avec cette diversité identitaire – diversités qui est participe entièrement de la diversité sociétale. Prenons trois exemples : la reconnaissance de l'identité autochtone, l'accommodement raisonnable, et l'accès à la justice.

D'abord la question autochtone. Depuis 40 ans, les tribunaux ont essayé de rendre justice aux autochtones, en reconnaissant leurs pratiques, leurs coutumes et leurs croyances. Que la question soit

21. R.A. Macdonald and S.C. McGuire, « Judicial Scripts in the Dramaturgy of Montreal's Small Claims Court » (1996) 11 *Canadian Journal of Law of Society* 63-98 ;

22. R. Stewart, « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1975) 88 *Harvard Law Review* 1383.

23. R. Levy, *Shakedown: how corporations, government, and trial lawyers abuse the judicial process* (Washington: Cato Institute, 2004) ; R. Nader et W. Smith, *No Contest: Corporate Lawyers and the Perversion of Justice in America* (New York: Random House, 1996).

24. C. Taylor, *Multiculturalisme : différence et démocratie* (Canal, trad.) (Paris : Flammarion, 1997).

touche l'établissement de la sentence criminelle, l'étendu des droits ancestraux, les revendications territoriales, les relations familiales, la protection des enfants, ou la commerce, il a été nécessaire de reconnaître et de protéger la pluralité des communautés normatives autochtones. Les tribunaux sont venus à la conclusion que la spécificité du droit autochtone existe et que ce droit ne peut pas s'intégrer ou se fondre dans le droit étatique. L'intersection du droit autochtone et du droit canadien se conçoit mieux comme un exemple de ce qui ressort dorénavant du devoir des juges en matière de droit international privé : l'interaction entre deux ordres juridiques distincts et la reconnaissance mutuelle des normes issus de ces ordres juridiques différents.²⁵

Deuxièmement, depuis quelques années le port des symboles religieux dans les écoles publiques a provoqué des réactions répressives dans plusieurs pays. Certains administrateurs d'écoles et certains parents contestent le port de l'*hijab* et du *kirpan*. Comme l'a si bien mis en évidence la Commission Bouchard-Taylor²⁶, le fondement de ces pratiques d'exclusion réside dans la crainte de l'autre – tout comme les Canadiens hors Québec du dix-neuvième et du vingtième siècles – craignaient, d'un côté, les Chinois, les Ukrainiens, les Italiens, et de l'autre les Catholiques et les Juifs. La prohibition d'une pratique est un acte d'affirmation culturelle qui a pour but d'imposer une définition pré-établie de ce qui peut être considéré comme « normal » – une normalité qui, sous le prétexte de valeurs communes à une société particulière, favorise l'imposition de pratiques et de croyances religieuses dont la valeur est souvent très conjoncturelle, l'imposition d'une référence ethnique, d'une culture ou d'une langue dominantes. Sans se demander si ces pratiques et croyances correspondent vraiment à des valeurs communes fondamentales, les membres de la société dominante entendent les imposer simplement parce qu'elles sont l'expression de leurs propres pratiques et de leur propres croyances en tant que groupe dominante.²⁷

Cette réflexion m'amène à mon troisième exemple. Dans toutes les situations mettant en évidence un conflit quotidien, il faut se poser la question : est-ce que les normes et les institutions du droit étatique servent à répondre aux besoins du grand public et à ceux et celles qui réclament une identité non-dominante. Les résultats d'une étude menée au début de la décennie 1990 auprès des demandeurs devant la Cour de petites créances de Montréal offre une base empirique pour répondre à cette question.²⁸ Cette étude a permis de réaliser l'inventaire et l'analyse des dossiers de toutes les demandes soumise à la Cour pour une même année (environ 9000) et de les classer selon l'âge, le sexe, le niveau de scolarité, le revenu, la religion, l'ethnie, la citoyenneté des justiciables, etc. Ces résultats ont été comparés aux statistiques démographiques

relatives aux caractéristiques de la population normalement desservie par la Cour et à un échantillon des demandeurs engagés dans un litige devant les autres cours de justice. L'étude a trouvé de vastes écarts en ce qui a trait à la sur-représentation et à la sous-représentation de certaines strates de la population : les demandeurs, blancs, anglophone ou francophone de souche, très scolarisés, âgés entre 35 et 55 y étaient clairement surreprésentés. En contrepartie, plus on s'éloigne de ce profil-type plus on s'approchait de celui des groupes les moins sous-représentés. Les femmes, immigrantes, de couleur, allophones ou anglophones, avec une faible scolarité, plus jeune ou plutôt âgée étaient de loin sous-représentées. Comment interpréter le fait qu'une institution étatique conçue spécifiquement pour accroître l'accessibilité des tribunaux aux citoyens justement sous-représentés n'ait qu'un impact négligeable sur leur accès aux tribunaux ? Se peut-il que ces groupes ne soient pas intéressés par la justice étatique et qu'ils préfèrent constituer leurs propres systèmes de règlement des différends ? Se peut-il que nos tribunaux, bien que conçus pour répondre à tous les besoins de la société ne soient pas en mesure d'y faire face ? Faut-il admettre que le droit étatique ne bénéficie d'aucune supériorité particulière, peut-être parce qu'il s'agit justement du droit étatique, et que malgré la diversité que nous pouvons imaginer trouver au sein de l'institution judiciaire, cette diversité rencontre elle aussi ses limites en regard de la diversité plus profonde encore des sociétés qu'elle prétend encadrer et réguler ?

* * * * *

Pour terminer cette première partie, je reviens à mon introduction. L'examen de toutes les dimensions de la diversité de l'institution judiciaire nous rappelle que la question « quel juge pour quelle société » devrait se poser au pluriel tant en ce qui concerne le rôle du juge, qu'en ce qui concerne la diversité des sociétés – hétérogènes, distinctes, et entrecroisées – que comprend le Canada et le Québec. Plus diverse est la société, plus diversifiée sera la fonction judiciaire ; plus diversifiée la fonction judiciaire, plus diverse les qualités que doivent démontrer ceux et celles qui sont appelés à juger.

Part Two: Symbols of singularity -- *self* and *other*

Appreciating the diversity of the legal framework of judicature (what I've called the rule), and heterogeneity in the actual performance of judicial tasks by judges (what I've called their role) in modern-day Canada might lead one to conclude that all is diverse; all is multiform. But this is to miss the crucial commonality – the one constant, the one singularity – of the judicial function that holds all the diversities

25. A. Lajoie, dir. *Gouvernance Autochtone: aspects juridiques, économiques et sociaux* (Montréal: Thémis, 2007).

26. *Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles* (Québec: Éditeur officiel, 2008).

27. R. Macdonald et T. McMorro, "Myths of Miscegenation" in B. Iancu, dir., *The Law/Politics Distinction in Contemporary Public Law Adjudication* (Utrecht: Eleven Publishing, 2009).

28. R.A. Macdonald and S.C. McGuire, "Small Claims Courts Cant" (1996) 34 *Osgoode Hall Law* 509-551; "Tales of Wows and Woes from the Masters and the Muddled: Navigating Small Claims Court Narratives" (1998) 16 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 48-89.

of rule and role together. That inescapable singularity is the exercise of personal judgement.

Let me briefly frame the argument of this section.²⁹ The two main slogans by which liberal democracies claim their political legitimacy – the “Rule of Law” and “a government of laws, not of men” – seem to suggest that institutional constraints alone can control the wielding of executive authority and, more importantly, direct outcomes and eliminate personal judgement in the exercise of the judicial function. But all judges, all lawyers, all thoughtful citizens know that a legal rule – even a legal rule expressed canonically in a very detailed text – requires interpretation. Rules are neither self-applying nor self-executing. Judges, lawyers and citizens also know that in interpretation, something necessarily must be left to the judgement and good will of the person (citizen, official, and judge) engaging in the act of interpretation. Achieving a legal order – a “government of laws” – is, consequently, the affair of everyone: it requires “the (self) government of men”.

How is this good will, this (self) government of men made manifest? In the first instance, rule-makers must be taken to desire citizens to guide their conduct by reference to the rules laid down. Acknowledging this is the rationale for the aspirational constraints on rule-making of the type propounded by Lon Fuller.³⁰ In addition, citizens must be taken generally to wish to orient their conduct by reference to these rules. This justifies the basic conception of law in a liberal democracy as a facilitator of human interaction rather than simply as a regulatory mechanism to achieve social control.³¹ Finally, judges must be taken to desire to apply the law by reference to meanings that can be reasonably derived from the legislative text in question.

Nonetheless, however specific the *rule*, however well-defined the institutional and procedural structure within which judges are meant to operate, and however well-developed the notions of the judicial *role*, there remains an important area of discretion within which a judge may decide. No machine and no jurimetrics theory can produce “automatic results.” Oliver Wendell Holmes’ well-known epigram, “abstract propositions do not decide concrete cases” captures the point. For many, this is a frightening idea, for we have been conditioned to believe that discretion is evil. If judicial judgement ultimately rests on a “personal preference” of judges, it is thought, decisions will always be capricious, arbitrary, unpredictable and unfair.

Note that this fear is grounded in several assumptions that are simply asserted rather than demonstrated. One is that the considerations reviewed above – institutional structure, rules, roles, cultural condi-

tions – have no purpose other than to overcome “personal prejudices”. So, for example, we often hear that justice requires more detailed rules to rein in judges; and yet, as decision-makers, we often encounter situations where over-specification of a rule (and not its generality) is the root cause of *injustice*. Could we not take a different approach to rules and say that rules work best when they structure and channel judgement, rather than seek to eliminate it? When they focus of criteria of evaluation, rather than bright-line “off-on” outcomes?

A second assumption is that “personal needs, desires and predispositions” of judges will have no connection with what the legislature has decided it wants through its enactments. Here, one encounters a curious belief that those in authority necessarily have a personal agenda that is untethered to the society and community within which they live. Is it really the case that our judges are social deviants or have an innate inclination to radical iconoclasm?

A third assumption is that the “personal prejudices” of judges are constantly shifting, are unstable and unpredictable and therefore need to be reigned in and disciplined by external controls. And yet, those who make such a claim about the instability of judicial character through time have no hesitation in affirming the coherence of their “self” over time by invoking exculpatory phrases like: “Please excuse my behaviour yesterday; I just wasn’t myself.” To “not be oneself” means that one must have some relatively stable concept of self against which these departures can be measured.

In this section I shall consider more fully the inapplicability of these assumptions to institutionalized decision-making systems like courts – and in particular to courts and judges in Canada. I will also trace out how unthinking acceptance of these assumptions has typically led us to misconceive who we should appoint as judges, and how we should organize post-appointment judicial education.³² Is it the case that there is an inevitable and unbridgeable conflict between the needs of the judicial *self* and the needs of society (the *other*) such that third-party decision-making is always to be feared? Or might it be that there are fundamental symbols of singularity that make the exercise of reasoned judicial judgement possible? Recall how Shakespeare expressed the counsel that Polonius offered to his son: “To thine own self be true, and it must follow as the night the day. Thou canst not then be false to any man.”³³

To test the Polonian hypothesis about the unity of *self* and *other* (community) I shall first consider how it is that a judge can actually come to live the injunction “know thyself”. I also consider whether “self-knowledge” can be taught, and if so, how? I then pose the

29. In organizing this section, and in elaborating this introduction, I draw on W. Bishin and C.D. Stone, *Law, language and ethics* (Mineola: Foundation Press, 1973) Part IV, at pages 900-986.

30. L. Fuller, *The Morality of Law* (2d ed.) (New Haven: Yale University Press, 1969) chapter II; “Freedom as a problem of allocating choice” (1968) 112 *Proceedings of the American Philosophical Association* 101.

31. L. Fuller, “Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction” [1975] *Brigham Young University Law Review* 89.

32. In suggesting that we may misconceive our appointment objectives I do not mean that the persons we actually appoint as judges are inappropriate. Fortunately, our behaviour in judicial selection is not consistent with what it is that we saying we are trying to do when we make appointments. See the discussion in R.A. Macdonald, «Nommer, élire, tirer au sort, vendre au plus offrant?... à propos le choix des juges» in P. Noreau, ed. *Mélanges Andrée Lajoie* (Montreal: Thémis 2008) 731-806. By contrast, however, I do believe that these misconceptions have had a nefarious effect on the way we conceive and deliver continuing judicial education. I address this second issue explicitly later in this Part.

33. W. Shakespeare, *Hamlet*, Act 1, scene 3, 78-81. Admittedly, among scholars there is some debate about whether Shakespeare intended these words of advice as ironic or as genuine. For present purposes, I take them as genuine.

question whether it is sufficient for judges to “know themselves” in the abstract, or whether the virtue of phronesis flowing from self-knowledge has to flow from experience. I conclude by explaining why to know one’s self is as important an educational imperative (not just for judges, but also for lawyers, law professors and other officials) as the more traditional professional admonitions to know the rules and to know one’s role.

A. Singularity of personal pedigree – humility

Part One of this essay canvassed various structural features of the system of Judicature in Canada today. The portrait was of significant diversity – of institutional organisation, of constitutional status, of legal mandate, of clientele, of decision process – in brief of *rule* and *role*. Moreover, this diversity also extended beyond the formal judiciary. Many Canadians look elsewhere to find dispute resolution institutions that are more coherent with their understandings of everyday life and everyday law. For them, notwithstanding the structural diversity of the official system of Judicature, recourse to courts is at best a default. It is a second best alternative when they or their adversaries lose confidence in their indigenous systems of local law.³⁴

This diversity and multiplicity in the system of Judicature in Canada today appears to be at odds with the design underlying the great reforms of common law judicature in the 19th century. The goal of these reforms was to bring all the disparate and competing judicial systems in England together within a single, integrated hierarchy, and to vest one court – the court of Queen’s Bench (or in contemporary Canada, the superior court of section 96) with a general and unlimited jurisdiction.³⁵ At that time, the institutional omnicompetence of the *office* of Superior Court judge was predicated on the assumption that *judges* themselves would be omnicompetent. Now that we seem to be living in an era of judicial differentiation, however, it is worth posing the question (at least as a starting point for reflection and analysis) whether we still desire our judges to be omnicompetent, and if so, what exactly do we mean by omnicompetence.

In answer to these questions, it is useful to briefly recur to the conception of the senior judiciary contemplated by articles 96-100 of the *Constitution Act, 1867* as completed by the federal *Judges Act*.³⁶ Judges must be drawn from the bar of the province for which they will be called upon to sit and they must have ten years experience as advocates. They are appointed till age 75 and can only be removed for cause by a joint address of Parliament. Their salaries

cannot be reduced or impaired by Parliament. Many claim that all these constitutional requirements are meant to ensure judicial impartiality and independence.³⁷ How exactly they each do so is, however, not self-evident.

One might accept that guaranteed tenure and remuneration enhance a judge’s self-sufficiency and reduce the likelihood of accepting bribes from litigants or succumbing to threats from governments. The requirement that judges have ten years experience before the bar of the province to the courts of which they are appointed is less obvious. Presumably, the idea is that ten years of legal practice is a prerequisite to developing the instincts and reflexes of independence and impartiality necessary for judging in the province. The linkage is, however, not all that inexorable. First, not all advocates are legally-trained in the relevant jurisdiction, or even legally-trained, as the career of several prominent Ministers of Justice attests.³⁸ In addition, if the goal is to ensure a minimum of legal knowledge and experience, one might ask what is so special about being a member of the Bar. Why should not notaries in Quebec, or even law professors elsewhere be eligible for appointment? Even more generally one might ask whether it is true that there are certain competencies necessary to the task of judging that can only be acquired through formal legal training.

Consider what these competencies might be. It cannot be some special knowledge of the entire *corpus* of the law, since everyone admits that no judge can know “all the rules”. Perhaps it is some type of technical knowledge – appreciation of the logic and limits of the adversarial system, or of the structural features and meaning of third-party adjudication. Yet even this is not a self-evident attribute of lawyers, nor something that only lawyers possess. Few would dispute that a professional commercial arbitrator with 30 years experience knows more about these two procedural mechanisms of third-party decision than a solicitor who has done nothing but real estate transactions or the drafting of wills and simple contracts for a like period. Perhaps, then, it is the idea that a legal training and practice necessarily heighten a person’s capacity for impartiality and independence of judgement. But were we to accept this as the foundation of judicial virtue would not a wise religious counsellor or an experienced family mediator have an equal understanding of and capacity to exercise impartial and independent judgement, especially given the institutional guarantees of provided by sections 96-100?

In examining the criteria that are usually advanced to identify the type of person that should be appointed as a judge one quickly sees

34. I have addressed this connection between social diversity on unofficial dispute resolution in “The Legal Mediation of Social Diversity” in A. Gagnon, et al. eds., *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies* (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 2003) 85-111, and in “Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées: l’hypothèse du pluralisme pour penser le droit” in C. Younés and E. LeRoy, eds., *Médiation et diversité culturelle: pour quelle société* (Paris: Éditions Karthala, 2002) 21-38.

35. For an historical discussion see L. Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire* (Montreal: Wilson & Lafleur, 2000).

36. See Judges Act, R.S.C. 1985, c. J-1. While the notion of judicial omnicompetence sub-jacent to sections 96-100 applies directly only to what are called section 96 courts, all provincial court judges – for example all judges appointed to the Quebec Court – are, within their jurisdiction *rationae materiae* of that court, presumed to possess the same intellectual omnicompetence. See, for example, *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., c. T-16.

37. W. Lederman, “The Independence of the Judiciary” (1956) 34 *Canadian Bar Review* 769, 1139.

38. Some with uniquely a common-law training have been called to the Quebec Bar by special statute: for example, John Turner. Some with only civil-law training have been called to the bar of Ontario: for example, Jean Chrétien. During the 1990s, some Ministers of Justice – Alan Buchanan in Prince Edward Island, Marion Boyd in Ontario – had no formal legal training at all.

that “knowledge of the law” is insufficient and, at least when understood as “prior knowledge of the law”, is in fact unnecessary.³⁹ Institutional omnicompetence does not, it seems, require that judges being personally omnicompetent. Perhaps we should conclude that the criterion of membership in a law society is a proxy. We might think, for example, that in combination with other vetting procedures, it eases the task of identifying those who possess the most fundamental externally observable attribute of the judicial temperament: the absence of arrogance.⁴⁰ To be a judge is to show humility and to exercise restraint in all things. Yet supreme self-confidence – not personal abnegation – is the stock-in-trade of many of Canada’s most successful litigators, the segment of the profession from which many judges are drawn today. Moreover, far from having the disciplined impartiality of the notary, for example, litigators are used to taking sides in judicial disputes. And yet, despite this professional career of disciplined partiality, the transformation of the litigator’s *persona*, after appointment, is remarkable.

Here, then, is a paradox. The most important feature of being a judge, the absence of *hubris*, is neither directly nor indirectly related to the only formal criterion for appointment set out in the Canadian constitution. However, persons who have that pedigree are usually able to perform the various tasks assigned to judges with integrity, independence, impartiality and humility. So the question of personal pedigree reduces to this: if there is no statistically significant correlation between the pedigree of judges as members of a bar association and personal qualities we expect from judges, why is it that we have a judiciary of which we can be proud? In particular, we need to know how judges come to learn the limits of their office, and especially the line between the political choices that are a necessary part of all exercises of judgement, and the types of political choices that are meant to be vested in Parliament.

I attempt an answer to these questions in subsequent sections of this Part. For the moment I will simply suggest two temptations that confront judges who seek to instantiate humility in the performance of their office. The first may be called the Don Quixote temptation: the temptation, especially when a claim is framed as a “*Charter claim*” to render justice by righting the perceived wrong without reference to *rule* and *role*. To faithfully perform the judicial role, judges must understand the difference between “making the world a better place” by judging, and explicitly judging to “make the world a better place”. The second temptation is the temptation of fame and the media acclaim (or disdain) it attracts. Judges must, despite

the blandishments of Bar Associations, NGOs, law faculties, law professors and law students resist the invitation to become heroic figures (“rock stars” if you will).⁴¹ For judges to be seen as judging for history is as compromising to the integrity of the judiciary as the open display of partiality.

The singular pedigree of judges is not, consequently, a result of their singular constitutional status or the fact of their having a legal training. Nor is it that they possess a heroic public image. Rather, it is that they possess a singular temperament – a temperament characterized by humility, modesty, self-restraint and fidelity to *role*. I turn now to a consideration of how we can frame our selection criteria and our programmes of continuing judicial education so that judges do possess the temperament that we believe should characterize their office.

B. Singularity of character - wisdom

Much has been written about the specific criteria that will enable the selection of a high quality judiciary. I do not propose to review that literature here. Nonetheless, it is worth noticing that both legislatures⁴² and scholars⁴³ agree on three orders of qualities that are thought to be essential for all to possess: professional qualities; institutional qualities; and personal qualities.⁴⁴

Among what may be called professional qualities one might note the following: (1) objectively measurable knowledge of the substantive law, of procedure and of professional ethics; (2) respect for institutional role and the adjudicative process; (3) impartiality – the quality of judging according to the file being presented, without reference to the particular characteristics of the parties, or the question to be decided; (4) independence – the idea that one must judge according to the case presented with reference to one’s personal advancement in career and the popularity that one may or may not acquire from so deciding; (5) good judgement and maturity – not only about the particular case being argued, but also about human nature and human experience.

Of course, the specific content of some of these qualities and their relative weight can vary from situation to situation. Context matters. For example, few would argue that objective knowledge and good judgement in tax law are the same of objective knowledge and good judgement in family law or good judgement in environmental matters of the *Charter of Rights*.

39. See L. Sossin, «Judicial Appointment, Democratic Aspirations, and the Culture of Accountability» (2008) 58 *University of New Brunswick Law Journal* 11; Subcommittee on the process for appointment to the Federal Judiciary, *Process for Appointment to the Federal Judiciary* (Ottawa: Parliamentary Information and Research Service, 2005).

40. See the essays collected in K. Maleson and P. Russell, eds., *Appointing Judges in an Era of Judicial Power* (Toronto: University of Toronto Press, 2006).

41. In the United States there have been proposals to select appellate judges by reference to criteria that would permit candidates to be ranked as against each other first instance judges. See S. Choi and G. Gulati, “A Tournament of Judges?” (2004) 92 *California Law Review* 299; “Choosing the Next Supreme Court Judge: An Empirical Ranking of Judge Performance” (2004) *Southern California Law Review* 23. But as soon as one identifies and ranks such criteria, some judges will be tempted to cease judging on the merits of a case, but will judge so as to achieve a high ranking. See the discussion in L. Solum, «A Tournament of Virtue» (2005) 32 *Florida State University Law Review* 1365.

42. See, for example, *Courts of Justice Act*, L.R.Q., c. T-16, *Regulation respecting the procedure for the selection of persons apt for appointment as judges*, c. T-16, r. 5.

43. *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991); L. Epstein and J. Segal, *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointment* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

44. This list is drawn from C. Baar, «Comparative Perspectives on Judicial Selection Processes» in *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991) at 15, and from R.A. Macdonald, «Nommer, élire, tirer au sort, vendre au plus offrant?... à propos le choix des juges» in P. Noreau, ed. *Mélanges Andrée Lajoie* (Montreal: Thémis 2008) 731 at 768-776.

When then of institutional qualities? Most authors emphasize judicial conduct during a hearing. However, being a judge implies institutional commitments that are broader. The judiciary is at once a big bureaucracy and a lot of little bureaucracies. Hence key institutional duties like collegiality, productivity, and support for other colleagues in difficulty are mutually reinforcing and nested. But there is more; judges must respect the institution itself. This means, having the courage to speak to colleagues who are not doing their job. It also means accepting one's role, even when one is not a superstar or media darling. Courts flourish because of judges who enjoy and excel at performing the crucial everyday administrative tasks that may not immediately enhance their "reputation".

Establishing the necessary personal qualities is equally difficult. Obviously sobriety, courage, diligence, incorruptibility, modesty and reserve are traits that every judge should possess. This said, applying these criteria in concrete cases is not so easy. Once again, context matters. These criteria will play out differently depending on whether one is sitting in appeal hearing arguments from expert counsel who are well prepared, or listening to unrepresented litigants in Small Claims Court. A similar point could be made about criminal trials: the appropriate demeanor of a judge in the case of an accusation of a contract killing need not be identical to that in the case of a young offender who is accused of murder. Still again, one could observe that impartiality and independence in relation to suits against the Crown need not point to the same criteria as courage and incorruptibility in relation to suits involving the mafia.

Psychiatrists observe that these criteria point to a more important idea that is harder to express: judicial wisdom. As a society, we legislate *rules* and *roles* to enhance institutional independence and impartiality because we recoil from the hard work necessary to design systems that would enable judges to acquire wisdom – to "know their selves".

To know ourselves means accepting that we are, in fact, many selves, and all these multiple selves are constantly competing for our attention and loyalty. The weak or the cowardly have given up trying to reconcile these multiple selves – accepting that they each occupy different psychic spheres; the self-indulgent and self-important adopt one of these selves as primary for all times and places, and can only live their lives in the mirror of that self. Maturity requires that we both acknowledge our multiple selves, and that we hold each one of these multiple selves up to the critical scrutiny of each of our other selves, and up to the scrutiny of all the other selves projected upon us by others. The office that judges hold in the eyes of non-judges depends on the office they are accorded – not on the office they claim for themselves. But paradoxically, the office they are accorded is a product of their ability to understand, in turn, those who accord them their office.

To sum up, judicial wisdom requires judges to acknowledge how much of their understanding is shaped by factors personal to them. And yet, these personal factors are multiple and are anchored in the communities and contexts of every judge's experience. Nurturing this capacity for self-reflexivity in multiple dimensions is both the necessary component, and the only useful component of what has come to be labelled "social context" education. Social context education must mean imagining oneself as one is imagined by others; it does mean being taught to imagine others as embodying some "essentialized" characteristics that are necessarily external to how one imagines oneself. In this light, it is obvious that all judging is contextual and that it is misconceived to attach a label to certain types of reflection so as to suggest that only some contexts, and only some people in some contexts, should receive particularized consideration.⁴⁵ The singularity of character that one associates with those holding judicial office is the wisdom to recognize that no knowledge of self is possible without knowledge of the other – and *vice versa*.

C. Singularity of ontology – life-long learning

The above discussion aims at what might be called the epistemological criteria for identifying the kind of person we wish to have as judges. But there is also an ontological question that must be addressed: "What does a judge think that she or he is meant to do as a judge?" Inevitably, this question is answered with a formula that is simple to state but difficult to put into practice: "to render justice according to law". The difficulty arises because the formula speaks to a task external to the judge, and not to the judge's own sense of self.

Of course, deciding what counts as law does have an external, factual reference point, just as deciding what justice requires has an empirical dimension. Both decisions shaped by particular contexts: this is why it is important to account for the structural diversities of the system of Judicature and the diversity of Canadian and Quebec societies noted in Part One. Not every judicial (or quasi-judicial) office requires the same abilities; and not every judicial (or quasi-judicial) office requires them in the same balance. Indeed our understandings of both law and justice, and the relationship between them, are incorrigibly plural.

The relative weight afforded to knowledge, character and personality, for example, will depend on the court, the substantive area of law in question, and the particular judicial function in issue. So, for example, Small Claims Court judges temper law with equity and good conscience; Supreme Court judges must overtly temper textual law with unwritten general principles of the constitution and general considerations of social policy. Typically judges in child

45. The fact that in criminal sentencing, for example, judges are meant to make the sentence "fit the criminal" as well as "fit the crime" is a central illustration of the point that judging is (and always has been) contextual. For a more general theoretical discussion of the relationship between the judicial role and the multiple societies that are found in contemporary Canada and Quebec, see R.A. Macdonald, "Legal Republicanism and Legal Pluralism: Two Takes on Identity and Diversity" in M. Bussani and M. Graziadei, eds. *Human Diversity and the Law* (Brussels: Bruylant, 2005) at 43-70; "Should Judges Be Legal Pluralists" in *Aspects of Equality: Rendering Justice* (Ottawa: Canadian Judicial Council, 1996) at 229-234; "Recognizing and Legitimizing Aboriginal Justice: Implications for a Reconstruction of Non-Aboriginal Legal Systems in Canada" in *Aboriginal Peoples and the Justice System* (Ottawa: Royal Commission on Aboriginal Peoples, 1993) at 232-274.

custody, dependant's relief, divorce, corporate reorganizations, and bankruptcy cases are explicitly required to take into account a range of subjective criteria that cannot serve as bright-line rules for a decision based on a logic of corrective justice, but rather function as factors to be weighed in a decision-process that is clearly one of corrective justice.

A similar set of questions arise when picking judges to serve on particular courts. When is expertise so important that it outweighs ill-humour, and when is good judgement so important that it outweighs knowledge and expertise? For example, we might well expect (even require) judges who daily confront litigants and witnesses in the flesh to be more humane and compassionate than those who only deal with lawyers pleading appeals. Again, we might well require judges hearing complex tax, intellectual property and anti-combines cases to be well-versed in economics and finance, even at the expense of their knowing less about civil procedure?

In addition, as already noted, the relative importance of these abilities may differ depending on the substantive area in question, or on the particular judicial function in issue. Not only is it important to pay attention to the tasks that judges are actually performing and make judgements of suitability on that basis, it is probably crucial now to accept that the day of the knowledge-defined omniscient and omniscient Superior Court judge is now past. The more we accept the need for specialization not just substantively, but in relation to different judicial tasks – case management, mediation, injunctive relief, motions court, etc. – the more likely we are to pluralize understanding of the characteristics and qualities we expect in judges depending on the judicial function for which they are being selected.

So much for law. What then of justice? Classical private law adjudication is typically held to be exclusively a matter of corrective justice. This is why many have advanced the idea of “public law adjudication” as a way to account for distributive justice considerations. But there are further complexities in the quest for justice: however much, in theory, we may wish adjudication by judges be restricted to those cases where determinate ex ante standards are being applied to “cold facts”, the mandate now being given to judges by legislatures is not exclusively of this type. Consider the famous example of demobilization at the end of World War II. Who gets to go home first: the unemployed day labourer who signed up in 1939? or the doctor, who signed up in 1942? or the electrician who signed up in 1944, but who Ministry of Labour says has the most important skill needed for relaunching the post-war economy? Here judges

are confronted with having to decide between incommensurable conceptions of justice – first-in, first-out; general social utility; economic efficiency – and there is no obvious metric for determining which conception should trump.

Given these two structural foundations of judicial ontology – law and justice – and the inescapable need, in each act of judging, to reconcile their sometimes conflicting demands,⁴⁶ we should be modest in our expectations about our capacity to judge our judges at the time of their appointment. A comprehensive review of the extant legal literature suggests an excessive preoccupation with the judicial selection process, as if the integrity and quality of the judiciary were forever guaranteed by a good selection process.⁴⁷ To assume that the person selected as a judge at age forty or fifty is fully formed and will cease to grow and mature morally and intellectually is absurd. Many of the characteristics that we desire in judges may not be completely identifiable at the time of selection and many only develop through time with experience in performing the very task of judging.

Moreover, even if we could initially select the “perfect” candidate, to assume that judges are possessed of some magical capacity of self-direction and, if need be, self-correction flies in the face of all we know about human beings acting within institutional settings. Many of the most important lessons judges learn about how to best perform the judicial task flow from a wise encadrement within and management of the court to which they are named. This means helping judges learn how to learn, surrounding them by others similarly motivated, and rewarding them for pursuing such a career path.⁴⁸

In this light, the fundamental attitude that judges must bring to the role they are meant to play is a commitment to life-long learning: life-long learning about law and justice certainly, but life-long learning about themselves even more importantly. Judicial continuing education must aim, like all continuing education, to embolden us to resist the siren songs of conventional adulthood and to retain the precious idealism of our youth – those moments of wide-eyed wonderment that impel the constant discovery and rediscovery of self. To the rationale for, and central practices of, judicial continuing education of this character I now turn.

D. Singularity of phroenesis – narratives of moral agency

The constant discovery and rediscovery of self is an ambition that conduces to what Aristotle called *phroenesis*: that is, moral sensitivity, perception, imagination and judgement informed by experience.⁴⁹

46. I acknowledge that there is at least one widely accepted view of the judicial role that denies the possibility of such a conflict. The ethical theory of “legalism” – the idea that just conduct consists simply in the following of the rule laid down – presumes that justice requires no more than a commitment by judges to applying rules (assuming, of course, that the judge (1) knows what the relevant rules are, and (2) that their meaning is so obvious that their application in the particular case requires no exercise of judgement. For a discussion of the claims, and limits, of legalism, see J. Shkar, *Legalism* (Cambridge: Harvard University Press, 1964).

47. For a discussion of these issues see Peter McCormick, “Twelve Paradoxes of Judicial Discipline” (1998) 9 *Constitutional Forum* 105 and R.A. Macdonald, “The Acoustics of Accountability” in A. Sajo, ed. *Judicial Integrity* (Leiden: Nijhoff, 2004) at 171.

48. This is one of the most powerful arguments for designing systems of court administration to enhance their capacity to function collegially. For a pioneering study see C. Baar, *Judicial Administration in Canada* (Montreal: McGill-Queens University Press, 1981).

49. The ideas of the following paragraphs are developed in greater detail in R.A. Macdonald and Josh Wilner, “Living Together, Living Law” in *Mélanges Georges Légal* in L. Lalonde, et al. eds. (Sherbrooke: Éditions de l'Université de Sherbrooke, 2008) at 145-170.

For Aristotle, the capacity to be sensitive to the particularities of a given situation is a necessary condition for moral agency. Even if universal moral principles were to exist, they are not self-applying. The moral agent is never relieved of the responsibility for deciding. Ethical decisions can only be made in the moral *gestalt* of the moment. We are subject to the tyranny of context, not just in the interpretation and application of rules, but in our moral reasoning that sustains these interpretive acts. Nothing can substitute for deep deliberation in all situations of moral decision-making.

This explains the significance, and to my mind points to what should be the central component, of programmes of continuing judicial education. Obviously, continuing judicial education is important for purely instrumental reasons: keeping up to date, sharing solutions to new challenges confronting the judiciary, learning about social diversity, and so on. But continuing judicial education is even more important for what it says about one's attitudes to life and learning. That said, I have a special understanding of continuing judicial education however. For I believe that it is our sense of our self more than the intellect that is most in need of continuing education, most in need of nourishing and most in need of careful attention. "Who am I?" rather than the "What do I know?" that is the fundamental question.

Why do I believe in this focus for continuing judicial education? Principally, because a failure to attend to what might be called generically the humanities has led us to imagine that law partakes of the scientific culture of knowledge.⁵⁰ Unsurprisingly, therefore, most late 20th century views of law are scientific in orientation. This includes critical approaches – for example, neo-Marxist, and most feminist and critical race theory perspectives – as well as more traditional legal positivist, law and economics, and neo-institutionalist approaches. All are grounded in three simple (and wrong) premises: first, that law is a coherent body of rules organized hierarchically by the State into an exclusive and knowable system; second, that these rules are sufficiently determinate that any particular legal result may be predicted in advance, regardless of the parties to a lawsuit and regardless of the judge in question; third, that the combined weight of legal training, years of law practice and the role morality of judging is alone sufficient to ensure that adjudication remains squarely within the assumptions of the existing political order.

As hypotheses about law in a world not populated by real human beings but only "rational calculators of individual interest" there is a certain plausibility to these assumptions. As an attempt to describe the judicial office, the types of persons we should appoint as judges, and the types of continuing education they should be provided, however, the models they generate are inadequate. A judge is not

merely a specialist performing an office within a defined normative context: the State legal system. A judge lives a plurality of offices in a plurality of normative systems: in the family, in the neighbourhood, in the workplace, in the "*place public*", and as world citizen. These other offices are as powerful in shaping perception and action as the State legal order that provides the formal "office" as judge.⁵¹ And yet, when we ask only how much law does a good judge know, and when we design continuing education to respond only to that query, we narrow the field of self-discovery for judges.

This argues that when we ask only what the professional pedigree of a good judge is, we are getting the question backwards. Evaluation of a professional pedigree directs our attention to the external reflection of what a judge has been: what markers of accomplishment may be found in the file? It also makes the inquiry unidirectional: we content ourselves with asking "how are our judges seen?" or "what do we see in our judges?" But there are many elements of judicial character that are less visible even though just as important. To perceive these elements requires us also to ask "what do our judges see?" The latter inquiry presumes that insight flows from sight as much as sight flows from insight. Can judges see beyond the characterizations given by law – plaintiff or defendant, landlord or tenant, merchant or consumer, tortfeasor or victim, banker or customer? Can they imagine litigants as more than the physical presentation of a series of selves constructed by gender, race and class? To recognize that there is no presumptive priority to any of our social categories means acknowledging that class, race, gender, tortfeasor, consumer and tenant are all partial understandings of any person.⁵²

For a judge to understand the question "how am I seen?" as being directed to the question "what do I see?" requires an orientation to knowledge that has been in decline in the late 20th century and early 21st century. For it requires a willingness to acknowledge the shifting character – in space and through time – of the assumptions upon which we build what it is that we think we know. To pursue the virtue of *phronesis* means to hold even our most cherished tidbits of knowledge revisable based on our everyday experiences and interactions with others.

How then should judges and continuing judicial education attend to the question "who am I"? One powerful mechanism for doing so is allegory. The strength of allegory is that it captures the minutiae of moral life. Allegorical stories are a vehicle for *phronesis* because they embody a form of expression that does not allow for a final, propositionalized message that is separable from the story itself, easily transmissible, formulaic, and universalized.

50. I derive this distinction between the humanities and the sciences (including the social sciences) from C.P. Snow, *Two Cultures: and a second look: an expanded version of the two cultures and the scientific revolution* (London: Cambridge University Press, 1965).

51. An alternative conception of law that explicitly accommodates and celebrates this plurality is presented in R.A. Macdonald and M.-M. Kleinmans, "What is a critical legal pluralism?" (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 25-46.

52. This is why, however laudable the general objective of social context education for judges may be, it is fundamentally misplaced. Judges do not need to imagine social context as yet another "objectified decisional factor" that an expert can teach. Far better to read Ralph Ellison's *Invisible Man* and Margaret Laurence's *The Stone Angel* – novels that speak to who one is – than to study the most recent ethnographic studies complemented by commentary about essential characteristics attributable to gender, race and class – material that "apparently" speaks to who someone else is.

Because our larger political community, our *nomos*, is inseparable from the narratives that shape and sustain it, and because these narratives emerge from lived experience, we can arrive at a better understanding of our normative universe through our telling and hearing stories of everyday life.⁵³ Stories unite events and people, and by ricochet, all the people who hear them, in a web of meaning. They show without propounding, and through this very showing they allow us to see, and even to know.⁵⁴ Telling stories provides occasions for self-revelation through imaginative communication with others.

Of course, every judicial judgement is a narrative, sometimes highly formulaic, as when written in the model now taught to judges in Canada, and sometimes less so, as reflected in the canon of Lord Denning. If it is true that we can arrive at a better understanding of the other through stories that attend to their particular circumstances, and if it is true that we learn of others by learning about ourselves, it follows that all judges must become story-tellers of their own lives. In this understanding, what we now teach about judgement writing in our continuing judicial education programmes is the opposite of what we should be doing. Judgement writing is about writing to communicate; writing to communicate is about writing beyond formulae and templates.⁵⁵ A key feature of continuing judicial education is education about what it means for judges to write in a manner that tells their personal stories through the words by which they communicate their judgements to the multiple publics – litigants, lawyers, other judges, politicians and citizens – they serve. The judgement is meant to reveal how and why a judge reached a particular conclusion and not just to recite its rationale: it is meant to lay bare what has been called the “process of discovery” in decision-making, and not just the “process of justification”.⁵⁶

E. Singularity of eudaimonia – the quest for virtue

Judges must write well. But they must also decide well. To decide well, they must live well. As judges, and more generally as human beings, they must reflect the virtue of *phronesis*. The question then becomes “how is it possible to live a Good Life?” How do judges (as moral agents) translate the virtue of *phronesis* into actions and justifications for actions in an interdependent world? Living well as a moral agent is inseparable from living well with others, whether

these others being our professional colleagues, our relatives, our neighbours, our friends or the broader society within which we find ourselves. From attention to communal life as such there inevitably emerges a “thick” conception of the individual, a picture of the human being who is indissociable from others, and who is simultaneously engaged with manifold social interactions of multiple dimensions.⁵⁷ In such a picture, the Good Life may be defined as the life that conduces to *eudaimonia* (“happiness”, “well-being”, or, most accurately, from our present perspective, human “flourishing”).

To embody excellence or virtue in living together with others does not, of course, mean avoiding or fleeing from interpersonal conflict; communication entails both conflict and consensus, both discord and harmony. In brief, human tension, struggle, and disagreement are integral elements of living well. From the premise that human life is essentially social – one consequence of which is that the solitary life of, say, a hermit, is somehow lacking – it follows that human flourishing requires the cultivation of an ability to live together with others. If we cannot live together we cannot truly live.

From this classical conception of *eudaimonia*, we can derive the idea of our telos (our purposes as human beings) as a horizon – as an “endless end”.⁵⁸ This has significant implications for law and judging. No longer can law be conceived as just consisting of a fixed set of written propositions meant to prescribe and proscribe human behaviour by setting out minimum standards and allocating rights that define the claims people can make against each other. No longer are human beings cast as legal subjects to be regulated by an external force in which they do not participate. Despite this commonplace language of law, human beings are not “thrown under” (*sub-jacere*) the law, and judges are not just the agents of this subjugation.⁵⁹ However much in popular conception judges act as the carriers of official authority to dictate how human beings should live their lives, in practice judges know that their authority depends on their judgements being accepted by litigants. Understood this way, the judicial process can be characterized as the collaborative articulation of shared purposes through time.⁶⁰

Eudaimonia and a virtuous life are concepts that are open to different interpretations by different people at different times and places. As a result, judicial *eudaimonia* depends on judges attending to the constant process of interaction between citizens and officials, to the constant process of interaction among citizens

53. For a collection that attempts to use narratives of the commonplace in this way see R.A. Macdonald, *Lessons of Everyday Law* (Montreal and Kingston: McGill-Queens University Press, 2002).

54. These ideas are drawn from S. Van Praagh, “Identity’s Importance: Reflections of - and on - Diversity”, (2001) 80 in *Canadian Bar Review* 605; and “Adolescence, Autonomy and Harry Potter: The Child as Decision-Maker”, in (2005) 4:1 *International Journal of Law in Context* 335.)

55. The most compelling exposition of the difference between formulaic judgement writing and narrative judgement writing and of the salience of the latter is J. Vining, *The Authoritative and the Authoritarian* (Chicago: University of Chicago Press, 1986).

56. The point is brilliantly developed in J.B. White, *Acts of hopes: creating authority in literature, law and politics* (Chicago: University of Chicago Press, 1994).

57. I have attempted to address this in “European Private Law and the Challenge of Plural Legal Subjectivities” (2004) 9:1 *The European Legacy* 55-66 and in “Here, There... and Everywhere: Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden” in N. Kasirer, ed., *Étudier et enseigner le droit: hier, aujourd’hui et demain – Études offertes à Jacques Vanderlinden* (Montreal: Éditions Yvon Blais, 2006) at 381-413.

58. The notion of an “endless end” was elaborated by John Dewey, “The Nature of Aims” in James J. Walsh & Henry L. Shapiro (eds.), *Aristotle’s Ethics: Issues and Interpretations* (Belmont, California: Wadsworth Publishing Company, 1967) 47-119.

59. See R.A. Macdonald and D. Sandomierski, “Against Nomopolies” (2006) 57 *Northern Ireland Legal Quarterly* 610-633.

60. The expression is from Lon Fuller. See L. Fuller, “Human Purpose and Natural Law” (1956) 53 *Journal of Philosophy* 697; on the implications for the judicial role see L. Fuller, *The Morality of Law* (2d) (New Haven: Yale University Press, 1969) c. V.

conceived collectively, and to the constant process of dyadic interaction between citizens. Judges cannot separate themselves from the living law of living communities – of collectivities whose social dynamic is reducible neither to the life of individuals nor to a single, externally-imposed conception of the “good”. There can be no judicial *eudaimonia* in the absence of a concern for human flourishing in all who we encounter – within and beyond whatever office we hold. Judicial virtue is directed to litigants, to colleagues and to citizens generally; a virtuous judge cannot but be a virtuous person.

Two main corollaries may be derived from these speculations about judicial *eudaimonia*. The first points to how judges should understand the potential of law in facilitating the quest for virtue and the Good Life. Notwithstanding the rhetoric of progress upon which industry of legislative law reform and judicial “improvement” of the law is built, we must come to accept that neither legislatures nor judges can simply will a just society upon us. Indeed, most modern legislative action does no more than attempt to solve the problems created, framed or acknowledged by previous legislative “solutions”. Moreover, all experienced judges (but far fewer experienced advocates) know that the solution to law’s problems is not more law. In recognizing that the efforts of legislatures cannot alone eliminate poverty, fix the environment, or ensure that invidious discrimination is ended, good judges also recognize that they have limited capacity to succeed where legislatures fail.

The second point is this. The quest for virtue, for the Good Life, is a quest that reaches towards a constantly moving horizon. Although judges can and do render justice within the constraints of their office, they cannot, and do not, *make* people good.⁶¹ Making people good both ascribes a power to courts and denies agency to people. To conceive judging as making people good is to conceive judges as mere instruments to the ends of others and to misconceive what goals attend to the judicial process. Recognizing that judges cannot directly change “the way the world works” does not, however, mean that they have no role in promoting virtue. By their actions and by their words judges can and do change the way we imagine that the world might work, and in so doing help each one of us change “the way our world works”.

Continuing judicial education must aim at enabling judges to recognize when they are being instrumentalized – by Parliament, by lobbies and by litigants. Knowledge of the world in all its complexity is a first step to avoiding manipulation by those who would turn judges into modern day oracles. Judicial virtue – *eudaimonia*, “flourishing” – demands education comprising opportunities to learn about virtue, by contrast with education simply about the means to achieve unchanging ends. It demands opportunities to explore our ends as well as the procedures by which we seek to achieve these ends.⁶²

F. Singularity of uncertainty – liberating the human imagination

If we can be reasonably certain about the kind of judge we might require for the kind of society we now have, and if we can be reasonably certain about some of the qualities that such judges should possess – incorruptibility and sobriety, courage, temperance and impartiality, diligence and carefulness, intelligence and learnedness, craft and skill, practical wisdom – we still need to be able to determine whether any particular candidate for judicial office possesses these virtues.

But let us remember, we are engaged in a human process. As such, we should never pretend that any process can identify either the perfect (or even the best) candidate. We can identify those who are better than others, but as between them, how do we assess the relative merits of the top candidate in professional characteristics that ranks last on personal characteristics against the candidate who ranks first on personal characteristics and last on professional characteristics? All human beings have the vices of their virtues. We are all neither angels nor devils.

Moreover, people change. The question of “what judges for what societies?” poses itself throughout a judicial career. However much we expect the law and our judges to make and remake the world in a particular image that bears witness to truth, this truth remains necessarily immanent and indefinable: as immanent and indefinable as justice itself. However much the ambition of law is cast in terms of truth and justice between individuals, its real achievements will be in the domain of social justice. However much we want law to be scientific, it will always be human. If we over-invest in fail-safe mechanisms during the selection process, while under-investing in continuing judicial education, we will inevitably commit ourselves to choosing the candidate with the least downside risk over the candidate with the greatest upside potential. Should we not, rather, select for upside potential – a potential that highly correlates with a person’s desire to learn?

However much we think law can be about propositional knowledge of things (like assembly instructions for IKEA furniture), we know that its real aspiration lies in the realm of self-knowledge: the realm of poetry, music, dance and art. To put the matter slightly differently, I believe that a necessary component of judicial education is the offering of intense, participatory seminars on our key cultural artefacts. At the risk of simply presenting a list, let me try to identify what a cycle of courts might look like, moving from literature, to film, to painting, to music, to architecture, to cultural narrative.

In a first year, for example, the choice could be between courses that study Shakespeare’s tragedies, or Hugo’s novels, or the great poets of the 1930s and courses that explore the Coen Brothers

61. One is reminded of the famous epigram of Reinhold Niebuhr “God grant me the serenity to accept the things I cannot change, the courage to change the things I can, and the wisdom to know the difference.”

62. For a wonderful exploration of virtue in everyday life see the speech by Barry Schwartz : http://www.ted.com/talks/barry_schwartz_on_our_loss_of_wisdom.html

movies, or French cinema of Jean-Luc Goddard, Louis Maille, and François Truffaut. In a second year, it might be a choice between a careful study of the move from impressionism through cubism through Jackson Pollack, or the movement from Beethoven through Wagnerian Romanticism through a-tonal music. The third year of the cycle might present judges with a choice between attending to architecture – modernism, post-modernism, Bauhaus through to Frank Lloyd Wright and Frank Gehry or participating in courses on cultural myths – from Aesop, through Lafontaine, to the Brothers Grimm, to First Nations narratives. The point is this. To sit in judgement of others, one must first sit in judgement of oneself; and one sits in judgement of self through the mirror of the arts and humanities.⁶³

In sum, we ought to ask of law and courts no more and no less than we ask of the arts and the humanities – that its forms and processes liberate the human imagination. We cannot for a moment allow ourselves the conceit that the right economic system, the right political reforms, the right curriculum for continuing judicial education, and the right psychotherapy will do away with unfairness, snobbery, resentment, prejudice, neurosis, and tragedy. If anything, the arts teach that life is not so simple – for this very unfairness, snobbery, resentment, prejudice, neurosis, and tragedy happen to be the particular subject matter of our cultural extroversions. Lionel Trilling famously wrote: “To the carrying out of the job of criticizing the liberal imagination, literature has a unique relevance... because literature is the human activity that takes the fullest and most precise account of variousness, possibility, complexity, and difficulty.”⁶⁴ There is (and can be) no more meaningful programme of continuing judicial education than this.

Conclusion : Le courage d’être

Il est temps, maintenant, de conclure. Les citoyens, les avocats, les politiciens et les juges, avec raison, sont préoccupés par la question de savoir « qui doit être juge ? », par celle de savoir aussi « comment choisir nos juges ? » Nos tribunaux sont une institution politique fondamentale et nos juges sont les garants primordiaux du principe de légalité. Ainsi imaginer le système de judicature comme un système de gouvernance⁶⁵ c’est aussi se rappeler que la diversité extraordinaire des juridictions, des fonctions judiciaires, des enjeux et des régimes sont les juges ont la charge, exige aussi des juges une extraordinaire diversité de qualités et de compétences. Toutes les juridictions ne mettent pas en jeu pas les mêmes qualités humaines, non plus que le même équilibre entre ces diverses composantes

de la compétence judiciaire. J’entends par là que, plus nous acceptons la nécessité de différencier ce que j’ai appelé les *règles* et les *rôles*, plus nous réaliserons l’unité fondamentale qui sous-tend l’acte de juger : la quête de connaissance de soi par la quête du *soi* d’autrui.

Bien sûr, la haute qualité de la magistrature n’est pas strictement fonction d’un processus de recrutement parfait. Une importance égale doit être accordée aux processus d’administration des cours, à l’attribution des charges, au transfert des dossier d’une juridiction à une autre, aux mécanismes de promotion, à la discipline, à la déontologie et aux conditions qui président l’imposition de réprimandes ou à la demande de destitution... et aux niveaux financier, au soutien du personnel de cour, aux règles de procédure civile, et ainsi de suite.⁶⁶

Nos juges assument la tâche de rechercher la *phronesis* tout au long de la période pendant laquelle ils exercent leur fonction. On pourrait concevoir un énoncé des devoirs déontologie judiciaire énumérant non seulement les obligations négatives mais aussi les obligations positives qui s’imposent au juge.⁶⁷ Ces obligations doivent comprendre la nécessité d’une formation continue, le devoir de lire de façons continue et avec curiosité, et le devoir de rester ouvert aux changements en cherchant des à comprendre de le sens des expériences nouvelles. En d’autres termes, pour maintenir une magistrature vertueuse et respectueuse des valeurs constitutionnelles qui sont propres à une société libre et démocratique toute au long de leur carrière, il faut s’assurer que le processus de recrutement des juges que nous connaissons ne soient pas minés par des processus sous-optimaux d’encadrement et de formation continue.⁶⁸

En effet, ce sont ces processus d’encadrement après la nomination qui constituent la meilleure garantie d’une magistrature exceptionnelle – dans toute sa diversité. Ce sont également les moyens par lesquels nos juges apprennent à exercer un discernement vertueux dans toutes leurs activités – judiciaires et autres. Pour paraphraser Grant Gilmore « Aux enfers, nous ne rencontrerons que du droit, et les règles juridiques seront appliquées sans nuance, comme des recettes ; au ciel, par contre, il y aura peu de règles mais beaucoup de discernement, et la justice règnera. »⁶⁹

Mais cette faculté de discernement – ce bon jugement – qu’est-ce au juste ? C’est le devoir de garder toujours à l’esprit les questions les plus profondes : Qui sommes-nous ? Quelles sont nos faiblesses ? Comment pourrions-nous arriver à nous connaître nous-mêmes ?

63. Let me enter an important caveat. I do not claim that culture necessarily humanizes, or that “high culture” necessarily acts as a prophylactic against barbarianism. Joseph Goebbels was a very cultured person – and a monstrous thug. The point of exposure to the arts and the humanities is not to study a Shakespearian play, for example, for its own sake. It is to see oneself, one’s own life-challenges – personal and professional – and the life-challenges of lawyers and litigants as part of what it means to be alive. Without such continual challenge it is all too easy to slip into the complacency of believing that “exercising judgement” means simply following a pre-ordained decision-making protocol.

64. L. Trilling, *The Liberal Imagination* (New York: Viking Press, 1950).

65. L. Salamon, *The Tools of Government* (New York: Oxford University Press, 2002).

66. Sur ces points, consulter notamment, R.A. Macdonald, « Nommer, élire, tirer au sort, vendre au plus offrant?... à propos le choix des juges » in P. Noreau, ed. *Mélanges Andrée Lajoie* (Montreal : Thémis 2008) 731 aux pages 800-06.

67. See *Ethical Principles for Judges* (Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1998).

68. J’ai abordé ces questions dans une étude des processus de nomination, encadrement, formation et discipline en matière de droit administratif. Les conclusions que j’y ai tirées me semblent également applicables aux tribunaux judiciaires. Voir R.A. Macdonald, « The Acoustics of Accountability: Towards Well-Tempered Tribunals » in A. Sajo, ed. *Judicial Integrity* (Leiden: Nijhoff, 2004) at 141.

69. Grant Gilmore, *The Ages of American Law* (New Haven: Yale University Press, 1974) at 110-111 (*paraphrase de l’auteur*).



Quels sont les connaissances que nous ne pouvons acquérir qu'en imaginant la vie des autres ? Et, finalement, d'où provient la capacité de reconnaître nos obligations envers autrui et envers nous-mêmes ?

Voilà, donc, le défi ultime : par quelle route arrivons-nous à cet état de grâce ?

Ici, en conformité avec ce que je crois être les éléments au cœur de la formation continue des juges, je ne peux mieux faire que d'évoquer ce que j'ai déjà qualifié de « ressources culturelles ». Alors, je termine avec les paroles d'une chanson que j'ai apprise il y a quarante ans d'un poète, chansonnier et activiste extraordinaire. Il était un jeune homme brillant et troublé, qui a fini par se suicider. Toutefois cette chanson est un témoignage remarquable de ce que veut dire « vivre une vie vertueuse ». Comment rendre à chacun et chacune son dû, tout en rappelant que chaque individu, chaque être de ce monde, est doté du potentiel de vivre une vie vertueuse ?

Cette chanson, écrite par Phil Ochs en 1965, que j'ai révisé et traduit quelques années plus tard, en donne une réponse : notre vertu se manifeste par nos actes et nos croyances, telles qu'elles sont reflétées dans les vies vertueuses de ceux et celles que nous rencontrons au long de notre vie, et qui vivent vertueusement après notre mort. Elle s'intitule : *There but for fortune... / Où va la chance ?*

*Je vois la prison, je vois la nuit
Je vois le prisonnier qui pleure sa vie
Et je me dis souvent, quand je réfléchis au droit
Où va la chance – à toi ou à moi ... toi ou moi ?*

*Show me the empty eyes, clothes tattered and torn,
Hand out and hand me down since the day they were born,
And I'll show you the children, with so many reasons why,
There but for fortune, may go you or I ... you or I.*

*Je vois des blessures, jamais guéries
Je vois le vagabond qui dort sous la pluie
Et je me dis souvent, quand je réfléchis au droit
Où va la chance – à toi ou à moi ... toi ou moi ?*

*Show me the bruises. Show me her fear.
Show me the broken love, he once held so dear.
And I'll show you a young man, with so many reasons why...
There but for fortune, go you or I -- you or I.*

*Je vois cette femme, au cœur perdu
Qui boit pour s'échapper à ce qu'elle est devenue
Et je me dis souvent, quand je réfléchis au droit
Où va la chance – à toi ou à moi ... toi ou moi ?*

*Show me the pistol, show me the note,
Show me the tortured life in the words that he wrote,
And I'll show you a young man, with so many reasons why,
There but for fortune, may go you or I ... you or I.*



Allocution

Juge en chef du Québec
L'honorable J. J. MICHEL ROBERT



répondrai avec un certain nombre de nuances.

Dans un premier temps, j'aimerais examiner les changements qui sont survenus depuis surtout la fin de la Deuxième Guerre mondiale et jusqu'à l'aube du XXI^e siècle, parce que je crois qu'il y a eu un certain nombre de modifications qui nous ont conduits dans la situation où nous sommes. Alors, d'abord, on a assisté à la création des Nations Unies et, évidemment, à la proclamation universelle des droits de l'homme, mais est aussi apparue toute une série d'instruments de droit au niveau international, au niveau national et au niveau régional, et l'on peut mentionner évidemment tous les pactes qui ont été approuvés par l'assemblée des Nations Unies. Ensuite, il y a eu la création du conseil de l'Europe, la création de la Cour européenne des droits de l'homme, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme, et d'autres instruments de droit internationaux. On a vu aussi la création de tribunaux supranationaux au niveau international, mais aussi au niveau des grands continents, et on a surtout assisté à la multiplication des traités internationaux et des regroupements internationaux et de nature continentale. Il n'est pas nécessaire de mentionner, évidemment, le Traité de Rome et tous ses protocoles, l'Union Européenne, l'Accord de libre-échange nord-américain, incluant évidemment Canada, États-Unis, Mexique, les accords en Asie Pacifique, le Mercosur en Amérique Latine, et cetera. Alors, il y a eu toute une série d'instruments de droit de nature internationale qui ont été créés.

On a vu aussi s'élaborer des développements au niveau de la création de crimes que j'appellerais supranationaux, comme le génocide et la torture, et l'extension d'une certaine compétence universelle de la part des tribunaux pour les sanctionner à l'échelle de la planète quelle que soit la situation, quel que soit l'endroit où les gens se trouvent et quel que soit l'endroit où les crimes ont été commis, et on peut ajouter à ceci, évidemment, un certain devoir d'intervention de la part de la communauté internationale dans certains pays nationaux lorsque ces crimes supranationaux sont commis. Je n'ai pas besoin de mentionner, évidemment, les événements qui sont survenus en ex-Yougoslavie et au Rwanda.

On assiste en même temps à la globalisation des marchés financiers, des économies manufacturières et des échanges commerciaux avec, évidemment, un système de communication qui est devenu à la fois planétaire et instantané. Autrefois, on raconte que la révolution, enfin la rébellion sur la place Tian'anmen n'aurait pas pu être possible sans le télécopieur, parce que c'est à peu près à cette période-là que le télécopieur est devenu important, mais aujourd'hui avec l'Internet c'est instantané, si quelque chose se passe dans le monde, dans les secondes qui suivent, non pas dans les minutes, mais dans les secondes qui suivent, le phénomène est connu à travers la planète.

Cet ensemble de transformations, et j'exclus pour le moment l'adoption d'une charte enchâssée des droits et libertés au Canada, enchâssée constitutionnellement puisque j'y reviendrai, mais tous ces phénomènes ont transformé et élargi le rôle des tribunaux nationaux.

D'abord, on a vu une sorte d'extension de la compétence extra-territoriale et un assouplissement des règles de droit international privé, assouplissement d'ailleurs que l'on retrouve en partie dans la nouvelle version du Code civil de 1994.

Donc, au rôle traditionnel des tribunaux qui était, évidemment, d'interpréter et de sanctionner les lois nationales sur le territoire national avec le concept évidemment d'état/nation, vient s'ajouter, dans plusieurs pays, à des degrés divers et selon des instruments divers, le contrôle de la conformité des lois aux droits fondamentaux et parfois, comme notre Cour suprême et nos autres tribunaux au Canada, le pouvoir d'annuler les lois en vertu de, évidemment, la charte enchâssée que nous avons connue et dont nous reparlerons.

Ainsi naît un conflit potentiel entre le pouvoir législatif et exécutif et, d'autre part, le pouvoir judiciaire. Évidemment, on a parlé d'activisme judiciaire, on a parlé du gouvernement des juges, on a utilisé toutes sortes d'expressions pour décrire ce nouveau phénomène. Mais aussi ces nouveaux phénomènes ont transformé la nature des régimes démocratiques que nous connaissons dans les pays développés.

Le régime qui était essentiellement parlementaire et souverain est devenu constitutionnel et, entre guillemets, sous une certaine surveillance de la part des tribunaux. Les tribunaux acquièrent donc un pouvoir d'annulation des lois ou, dans certains cas, de déclaration de non conformité à la constitution. Les tribunaux deviennent alors des sortes de participants à la gestion de l'État avec les deux autres pouvoirs, soit les pouvoirs législatifs et exécutifs. Sommes-nous pour

autant devenus esclaves du gouvernement des juges, gouvernement des juges non imputable, non élu démocratiquement ? Je ne le crois pas, mais il faut faire un certain nombre de nuances et remettre les choses dans leur vraie proportion. Ceux qui sont contre l'activisme judiciaire et qui rêvent de revenir à l'âge d'or de la stricte interprétation des lois selon l'intention originale des constituants risquent d'être déçus.

Ceux qui croient cependant que les tribunaux devront faire les choix sociaux et politiques à la place des gouvernements qui seraient devenus incapables ou peu intéressés à les faire risquent également, à mon point de vue, d'être déçus.

Chaque pouvoir doit jouer son rôle selon ses propres règles de fonctionnement et selon ses propres méthodes.

Les pouvoirs législatifs et exécutifs jouent un rôle politique dans une démocratie constitutionnelle ; le pouvoir judiciaire joue un rôle de ce que j'appelle de « policy », en ce sens que les tribunaux voient à la protection des droits et des libertés fondamentales. Les pouvoirs législatifs et exécutifs ont un rôle d'initiative, ils proposent les lois. Les tribunaux agissent généralement « *ex post facto* », sauf en matière de renvois, dont les gouvernements ou que les gouvernements ont utilisés abondamment, je crois, tant au niveau fédéral que provincial, mais qui sont entièrement contrôlés par les gouvernements. En d'autres mots, il appartient aux gouvernements de faire ou non des renvois, mais les gouvernements, pour des raisons qu'on pourrait discuter longuement, ont utilisé cette procédure de renvoi à plusieurs reprises, tant au niveau fédéral et provincial, ce qui a conduit les tribunaux à trancher les questions avant même que les lois soient adoptées, non pas de façon *a posteriori*, mais cette fois là, *a priori*.

C'est un développement, je crois, récent, surtout au Canada. Il est trop tôt pour dire si le développement est néfaste ou bon, je pense qu'on doit le voir avec certaines nuances, mais ça a été particulièrement clair dans le cas du renvoi sur le mariage entre personnes de même sexe et le renvoi sur la sécession du Québec.

Le gouvernement dispose d'un grand nombre d'instruments et d'outils pour faire les choix sociaux et politiques ; les tribunaux disposent d'un arsenal relativement limité. Nous disposons des règles de droit, des précédents et des outils que les parties veulent bien mettre à notre disposition et nous devons juger sur la base des instruments ou des documents ou des expertises qui nous sont fournis, sauf les précédents et la doctrine que l'on peut évidemment fouiller nous mêmes et y obtenir les secours qu'on cherche.

Le gouvernement agit au nom d'une idéologie politique avouée et expresse, publique ; les tribunaux agissent selon des règles de droit qui ne véhiculent pas en soi une idéologie politique, mais, il faut bien le remarquer, qui reposent sur un certain nombre de règles morales qui sous tendent le consensus social. La juge en chef du Canada l'a dit hier, d'autres l'ont répété ce matin, les

tribunaux se doivent non pas d'être comptables de leurs décisions envers la population, mais de représenter de façon générale la société qu'ils régulent ou dont ils tranchent les conflits.

Chaque pouvoir a ses règles de fonctionnement. Le gouvernement adopte des lois dans un cadre de discussions parlementaires ouvert et public. Le tribunal, lui, utilise au contraire un fonctionnement contradictoire pour entendre les parties intéressées, mais délibère en secret et décide en privé. La partie délibération et prise de décision se fait évidemment hors la présence du public.

Le gouvernement est imputable devant le Parlement, par le truchement de la responsabilité ministérielle évidemment, Parlement qui représente l'ensemble des citoyens. Les tribunaux ne sont pas comptables comme tels de leurs décisions et j'avoue qu'ils ne peuvent pas l'être devant le grand public pour jouer exactement le rôle d'arbitres indépendants et de protection des droits fondamentaux qu'ils veulent jouer. On ne pourrait pas assujettir, si je peux dire, nos jugements à des référendums ou à des sondages, je pense que cela détruirait la notion même d'indépendance et de protection des droits fondamentaux qui nous est donnée par les différents instruments de droit. Le pouvoir judiciaire cependant, et il faut bien le noter et parfois c'est oublié dans notre débat public sur l'activisme pour ou contre, l'activisme judiciaire, j'entends, le pouvoir judiciaire est beaucoup plus limité que le pouvoir législatif. Et comme disait quelqu'un, le pouvoir législatif a toujours le dernier mot ou peut l'avoir quand il a le courage de l'exercer et surtout d'utiliser la clause quand même dérogatoire de l'article 33, qui a été utilisée extrêmement peu souvent dans notre histoire constitutionnelle. Mais on peut affirmer, je crois, que hormis des cas très exceptionnels, le pouvoir politique ou le pouvoir législatif a ou peut avoir le dernier mot en matière de choix socioéconomiques.

Regardons maintenant la situation qui prévaut au Canada, tant avant et après la Charte canadienne des droits et libertés. Premier point également qu'on oublie souvent, c'est que le fédéralisme en soi est un facteur d'extension de la compétence des tribunaux, car ces derniers doivent arbitrer les conflits de pouvoir entre les deux ordres des gouvernements. En d'autres mots, nos cours, y compris la Cour suprême, n'ont pas commencé à annuler des lois à partir de 1982 ou 1985, nos cours ont commencé à annuler des lois dès le début de la Confédération canadienne. Pourquoi ? Parce qu'elles devaient forcément trancher les conflits en vertu de la règle du partage des pouvoirs.

Le même phénomène se vérifie dans les autres fédérations et dans les quasi fédérations comme le Conseil de l'Europe et l'Union européenne. Beaucoup de décisions prises au niveau, par exemple, de la Cour européenne des droits de l'homme ont obligé plusieurs États membres du Conseil de l'Europe à revoir leur législation interne. Plusieurs décisions prises par l'Union européenne et ses organismes de réglementation obligent aussi les États dits nationaux et souverains à réviser certains de leurs choix sociaux.

L'addition d'une charte constitutionnalisée est également un élément primordial, et ce, vu notamment les facteurs suivants : Les chartes sont généralement rédigées selon un style législatif inspiré du droit civil. On y énonce des principes généraux, des conditions générales, sans définir dans le détail la nature de ces conditions. La *Charte canadienne des droits et libertés* n'a pas échappé à ce modèle législatif de sorte que les droits y sont définis de façon générale : liberté d'expression, liberté de pensée, liberté de religion, et cetera. Vous connaissez, évidemment, toutes les libertés qui sont énumérées aux articles 2 et suivants.

Or, la généralité même de la définition des droits fondamentaux oblige les juges à définir le contenu de ces droits. La Cour suprême s'est attachée, durant les 25 premières années de notre mise en vigueur de la *Charte*, à interpréter beaucoup le contenu de ces droits. En définissant le contenu de ces droits, forcément les cours font des choix que j'appellerais sociopolitiques de façon générale et qui, évidemment, leur donnent une compétence qui dépasse de beaucoup le rôle traditionnel qu'on leur demandait de jouer.

Deuxième élément de la Charte canadienne qui nous oblige à jouer un rôle beaucoup plus large, c'est la primauté de la *Charte* qui est consacrée par l'article 52 qui rend la Charte constitutionnelle prioritaire ou consacre sa primauté sur toutes règles de droit, y compris les règles de droit inscrites dans le Code civil ou le droit civil, ou toutes les règles de Common Law. Ce ne sont pas seulement les lois évidemment de nature statutaire ou de nature législative expressément adoptées par les différentes assemblées législatives des provinces ou par le parlement du Canada. De sorte que la primauté de la *Charte* est vraiment efficace et consacrée par l'article 52, ce n'est pas une primauté qui autorise, comme dans certains États européens, la Cour suprême ou les autres cours à déclarer la disposition non conforme à la *Charte* et d'arrêter là. Ici, la disposition oblige les tribunaux à déclarer inopérante et à annuler, en pratique, toute disposition qui n'est pas conforme à la Loi constitutionnelle et à la *Charte*. Donc, c'est un pouvoir extrêmement large.

Troisième élément qui me paraît extrêmement important aussi, c'est l'affirmation que les droits n'ont pas un caractère absolu à l'article premier, mais qu'ils peuvent être restreints seulement par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique. Vu cet article premier, les tribunaux sont donc appelés à décider d'abord de ce qu'est une règle de droit, parce que cela peut poser des problèmes, mais c'est un problème plutôt technique. Mais là où ça devient moins technique, c'est que les tribunaux sont appelés à décider de ce qui est raisonnable et de ce qui est déraisonnable, ce qu'est une société libre et démocratique. Et à ce moment là, évidemment, notre Cour suprême a dit que nous pouvions procéder à un exercice de droit comparé, que nous pouvions nous demander si les autres sociétés libres et démocratiques que nous connaissons connaissent la limitation des droits que nous nous apprêtons à limiter.

Et plus difficile encore, l'article 1 nous demande de décider ce qu'est une justification démontrable, comme on dit en anglais «*demonstrable justified*». Ce n'est pas une mince tâche pour les tribunaux et ça déborde de beaucoup les limites traditionnelles du rôle judiciaire que nous connaissons.

Cette tâche assignée aux tribunaux par les constituants, non pas par les juges eux-mêmes, mais bien par les constituants politiques dans les circonstances que vous connaissez, est incompatible, à mon point de vue, avec le rôle restreint que les antiactivistes judiciaires prônent pour les juges. Le débat est plus important aux États-Unis qu'au Canada. Un de mes recherchistes me soulignait que sur une période de quatre ans, de 2000 à 2004, il y avait plus de 1800 articles qui avaient été publiés sur le gouvernement des juges et l'activité judiciaire ou l'activisme judiciaire.

Par ailleurs, comme nous le savons, l'article 24 donne aux juges le pouvoir... le pouvoir de réparation à la suite d'une constatation d'annulation ou d'invalidité des lois provinciales ou fédérales. Et la disposition est ainsi rédigée que les juges ont le pouvoir de créer et d'inventer, si je peux dire, la réparation qu'ils jugent convenable et juste au cas de violation des droits conférés par la *Charte*.

Alors, une grande discrétion leur est donnée de formuler, si je peux dire, la réparation pour atteindre l'objectif de la *Charte*, qui est le respect des droits fondamentaux et des droits des libertés fondamentales avec une réparation qui est extrêmement efficace. On trouve rarement ce genre de disposition dans plusieurs chartes constitutionnelles. Je pense qu'en Angleterre, la nouvelle législation qui va entrer en vigueur en 2009 permet simplement à la future Cour suprême de déclarer la disposition non conforme à la constitution, laissant le soin au législateur de prendre les mesures ou les réparations nécessaires pour la rendre conforme.

Parfois, la tentation est grande pour les tribunaux d'intervenir et de prescrire la solution constitutionnelle après avoir annulé la loi inconstitutionnelle. Certains tribunaux ont peut-être, à l'occasion, cédé à cette tentation et j'éviterai de mentionner des cas précis et de donner des exemples concrets.

En général, la retenue judiciaire est préférable, car les tribunaux n'ont pas toujours les outils nécessaires pour faire des choix sociopolitiques difficiles en toute légitimité politique. Il est souvent alors nécessaire pour les tribunaux de retourner la loi au Parlement, sauf dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas faciles à définir à l'avance.

D'ailleurs, il y a plusieurs exemples dans notre jurisprudence, soit des cours d'appel, soit de la Cour suprême, où l'on a annulé et l'on a retourné le dossier au législatif ou à d'autres organismes de réglementation pour qu'eux mêmes procèdent au choix sociopolitique qui s'impose dans les circonstances. Je n'ai pas besoin de vous

donner d'exemples, je pense que vous connaissez évidemment l'affaire sur le tabac, et d'autres situations de cette nature.

Dans cette situation, le «*reading down*», si je peux dire, ou l'interprétation atténuée, en français, est moins envahissant que ce que j'appellerais le «*reading in*», ou l'interprétation élargie, quoique, il ne faut pas nécessairement exclure le «*reading in*» parce que c'est une question de circonstances et de conditions.

En conclusion, j'aimerais simplement ajouter ceci, investis d'un nouveau pouvoir, d'un nouveau rôle dans la gestion de l'État, les tribunaux doivent exercer ce pouvoir avec mesure, dans les strictes limites nécessaires pour atteindre les objectifs de la *Charte* et remplir la mission qui leur est confiée. À ceux qui veulent remettre ce nouveau rôle en question, il faudra leur rappeler que les tribunaux n'ont pas

demandé à jouer ce rôle et qu'il leur a été confié par des constituants politiques à la presque unanimité, si je peux dire, au niveau fédéral, provincial et territorial.

Enfin, la multiplication des groupes d'intérêt en environnement ou dans d'autres secteurs, l'avènement des communications instantanées et planétaires, l'émergence d'une forme de démocratie directe par la multiplication des référendums et l'intervention de l'Internet favorisent, à mon point de vue, le maintien d'un tel rôle des tribunaux. D'ailleurs, ce rôle aujourd'hui répond aux nombreuses attentes des citoyens si l'on considère la transformation évidente des instances qui sont logées devant nous.

Alors, sur ces propos, je vous remercie de votre attention.



Allocution

Professeur titulaire, Université McGill - Montréal

M^e DANIEL JUTRAS



Pour des raisons hors de notre contrôle, la conférence de M^e Jutras ne peut être incluse dans les Actes du Congrès.

Dès que disponible, la conférence sera publiée sur le site Internet du Conseil de la magistrature.





Allocution

Directeur exécutif SLAPP Resource Center
Université de Denver, Colorado
M^e SEAN T. MCALLISTER

« NOUVEAUX ENJEUX EN MATIÈRE D' ACTIONS STRATÉGIQUES CONTRE LA PARTICIPATION AUX AFFAIRES PUBLIQUES (SLAPP), OU POURSUITES-BÂILLONS »



Introduction

Bonjour. Je suis Sean McAllister, avocat et directeur général du SLAPP Resource Center (« SLAPP Center »), de la *University of Denver* au Colorado, mon État d'origine.

C'est pour moi un honneur d'être ici avec vous aujourd'hui et, à cet effet, je désire remercier votre collègue André Ouimet, sans qui je ne serais peut-être pas ici avec vous.

Le SLAPP Center est le premier centre sans but lucratif national voué à la défense du droit des citoyens de présenter une pétition au gouvernement et de lui faire connaître leur point de vue d'une façon quelconque en vertu du Premier amendement de la Constitution des États-Unis. Nous avons inventé l'acronyme « SLAPP », qui désigne les *Strategic Lawsuit Against Public Participation* [Actions stratégiques contre la participation aux affaires publiques], ou *poursuites-bâillons*. Le SLAPP Center sert de centre de ressources universitaires et professionnelles sur le sujet des poursuites-bâillons, notamment par ses activités de recherche, d'établissement de politiques et de conseils, et présente régulièrement des dossiers d'*amicus curiae* dans des cas à haute visibilité.

Depuis 1969, les États-Unis ont adopté plusieurs lois environnementales qui augmentaient les droits de participation du public aux processus décisionnels et aux mesures coercitives en matière d'environnement, comme le *National Environmental Policy Act* et les *Clean Air* et *Clean Water Acts*. Proportionnellement à la croissance des droits de participation, on a pu assister à une hausse des conflits opposant les intérêts des sociétés privées à ceux des simples citoyens dénonciateurs. Aux États-Unis au cours des années 1980 et 1990, deux professeurs de la University of Denver ont commencé à s'intéresser à une nouvelle tendance qui consiste à punir les gens qui adressent des pétitions au gouvernement ou qui font des déclarations publiques sur des questions d'intérêt public en les poursuivant au civil.

En 1996, les professeurs George Pring et Penelope Canan ont publié l'ouvrage *SLAPPS: Getting Sued for Speaking Out* [Poursuites-bâillons: Se faire poursuivre pour s'être exprimé]. Dans ce livre, ils abordent des centaines de cas aux États-Unis, dans lesquels des particuliers, des organisations et des entreprises ont été poursuivis pour diffamation, pour libelle, pour calomnie ou pour d'autres actes répréhensibles présumés après s'être exprimés sur des questions d'intérêt public. Cet ouvrage a eu un effet immédiat et persistant sur ce domaine du droit aux États-Unis.

Au cours de cette allocution, je vais brièvement retracer l'histoire et la montée des poursuites-bâillons (SLAPP) aux États-Unis. Je vais en décrire les principales caractéristiques et en présenter des exemples. Ensuite, je vais aborder la question des garanties constitutionnelles et statutaires, et de la jurisprudence en vertu des lois fédérales et d'État en matière de poursuites-bâillons (SLAPP) aux États-Unis.

Pour conclure, je vais vous faire part de ma compréhension des poursuites-bâillons (SLAPP) au Canada. En plus de passer en revue les cas ayant suscité le plus d'attention au Canada, je vais résumer la pensée d'autres chercheurs concernant la façon dont le Canada peut gérer les cas de poursuite-bâillon (SLAPP).

L'un des messages clés de cette allocution s'adresse aux poursuivants-bâillonneries. Les cas de poursuite-bâillon (SLAPP) sont presque toujours perdants, du moins aux États-Unis. Au cours des dernières années, les joueurs de renom ont plutôt réduit de plus en plus le recours à ces poursuites. Alors qu'il y a peu, les poursuites-bâillons s'apparentaient à des combats entre David et Goliath, elles sont, de nos jours, intentées par des entreprises beaucoup plus modestes et moins complexes.

Enfin, je désire par cette allocution démontrer que les poursuites-bâillons sont essentiellement les produits d'une tension entre deux intérêts divergents. D'un côté, on trouve l'intérêt de la société à garantir aux victimes de diffamation ou de calomnie l'accès aux tribunaux, de manière à ce qu'elles obtiennent réparation. De l'autre, on trouve l'intérêt de la société à défendre la liberté d'expression et

de participation du public, sans crainte de poursuites judiciaires. De ces deux intérêts, je crois que la liberté d'expression devrait l'emporter. L'expérience vécue aux États-Unis démontre qu'il est possible d'éviter les excès et les abus de poursuites-bâillons. Toutefois, il est peu probable qu'une loi ne puisse jamais mettre un terme à ce genre de poursuite. Il s'agit là d'un problème à gérer plutôt qu'à résoudre.

Les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression aux États-Unis

Le Premier amendement de la Constitution des États-Unis défend le droit des citoyens « d'adresser des pétitions au gouvernement pour réclamer la réparation de griefs » et interdit toute loi « limitant la liberté d'expression ».

Le Premier amendement s'applique à toute tentative pacifique de promouvoir ou d'empêcher une action gouvernementale à tout niveau (fédéral, étatique ou municipal) et dans tout pouvoir (législatif, exécutif et judiciaire). Les activités ainsi protégées incluent tous les moyens de faire connaître une opinion au gouvernement :

- *déposer une plainte;*
- *signaler une violation de la loi;*
- *témoigner devant des organismes gouvernementaux;*
- *écrire aux journaux;*
- *mener une campagne de lobbying auprès des législatures;*
- *défendre des droits auprès d'organismes administratifs;*
- *faire circuler une pétition;*
- *mener une initiative ou une campagne référendaire;*
- *intenter une poursuite;*
- *recourir à la manifestation pacifique, aux protestations, au piquetage et au boycottage dans le but de provoquer une action gouvernementale.*

Dans une série de jugements appuyant le Premier amendement, la Cour suprême des États-Unis a édicté la *Noerr-Pennington Doctrine*, doctrine qui garantit le droit de pétitionner auprès du gouvernement et l'immunité aux personnes exerçant ce droit contre le risque de poursuites en vertu Premier amendement de la Constitution des États-Unis.

En vertu de cette doctrine, la victime de poursuite-bâillon obtient l'immunité à moins que le poursuivant ne parvienne à démontrer que la pétition n'était qu'un « canular ». Par « canular », on entend une déclaration sans fondement, qui se sert du processus judiciaire comme d'une arme offensive, ou qui n'a pas pour but d'obtenir une action gouvernementale. Des décisions judiciaires récentes ont resserré l'application de l'exception du « canular », en expliquant qu'un motif subjectif poussant une partie à pétitionner auprès du gouvernement (comme celui d'espérer retarder le processus sans même entretenir d'attente raisonnable de l'emporter) ne fait pas de

cette pétition un « canular », pourvu que la déclaration ait pour but d'influencer l'action gouvernementale.

Je vais maintenant partager avec vous le vrai secret à propos des garanties de la liberté d'expression aux États-Unis.

La garantie de la liberté d'expression aux États-Unis a comme principal enjeu d'assurer la plus grande protection aux interventions qui visent directement à provoquer une action de la part du gouvernement (par exemple, l'expression d'opinions pour ou contre la délivrance d'un permis en vue d'un projet). Comme je vais l'expliquer dans quelques instants, la garantie commence à faiblir lorsque l'expression vise de moins en moins directement l'obtention d'une action gouvernementale. Par exemple, les propos dans une lettre à l'éditeur ou un blogue, qui ne prône pas directement une action du gouvernement, peut ou non avoir l'immunité en vertu des différentes lois *anti-SLAPP*. Cependant, ces pétitions indirectes peuvent, de façon légitime, être perçues comme des tentatives d'influencer l'opinion publique et, conséquemment, d'orienter indirectement les décisions du gouvernement. En soi, une pétition indirecte peut constituer un élément important de participation publique et, à ce titre, devrait donc être protégée.

Les caractéristiques d'une poursuite-bâillon

De façon générale, une « poursuite-bâillon », premièrement, est une poursuite au civil ou une demande reconventionnelle; deuxièmement, elle est intentée contre des particuliers ou des organisations; troisièmement, elle est intentée en raison de déclarations adressées au gouvernement, ou en raison de déclarations portant sur une question d'intérêt public.

Les poursuites-bâillons sont souvent basées sur des prétentions civiles ordinaires, telles que la diffamation, le complot, la poursuite malveillante, la nuisance, la rupture de contrat ou l'avantage économique, comme moyens de transformer un débat public en poursuite privée.

La poursuite vise à faire taire la critique plutôt que d'obtenir effectivement réparation pour des dommages réels. Une poursuite-bâillon type fait état de dommages-intérêts exorbitants, dans le but d'intimider le défendeur. Ces poursuites assignent habituellement le rôle de défendeur à monsieur ou madame Tout-le-Monde, en poursuivant personnellement les membres d'une organisation plutôt que l'organisation en tant que telle.

Les poursuites-bâillons sont le plus souvent intentées par des personnes ou des sociétés liées à un projet de développement, contre des particuliers ou des associations communautaires qui s'opposent à ce projet. Toutefois, elles peuvent se produire dans toutes sortes de contextes, par exemple des policiers poursuivant des citoyens pour diffamation à la suite de plaintes auprès du gouvernement pour brutalité policière. Les possibilités sont infinies

et ce type de poursuite peut avoir lieu dans tous les domaines du droit. L'étude du SLAPP Center révèle que ce sont les enjeux suivants qui donnent le plus fréquemment lieu à des poursuites-bâillons :

1. *Promotion immobilière* = 38 %
2. *Critique à l'endroit de fonctionnaires* = 20 %
3. *Protection des consommateurs* = 20 %
4. *Environnement* = 16 %
5. *Droits de la personne* = 13 %

Il ressort de l'étude du SLAPP Center que les contextes suivants sont les plus propices aux poursuites :

1. *Audiences publiques* = 47 %
2. *Poursuite d'intérêt public* = 20 %
3. *Dénonciation de violation de la loi* = 18 %
4. *Contestation* = 8 %
5. *Pétition* = 3 %
6. *Manifestation pacifique* = 3 %

Aux États-Unis, la majorité des intenteurs de poursuites-bâillons (SLAPP) n'obtiennent pas gain de cause devant les tribunaux.

Les accusés l'emportent par rejet devant un tribunal de première instance dans les deux tiers des cas. Dans le cas contraire, les cours d'appel leur donnent habituellement gain de cause. On ne rapporte pratiquement pas de poursuites-bâillons ayant obtenu gain de cause devant les tribunaux.

Néanmoins, bien que la majorité de ces poursuites échouent en cour, elles l'emportent sur d'autres aspects. En moyenne, aux États-Unis, un cas de poursuite-bâillon dure 40 mois. La mise sur pied d'une défense juridique nécessite un investissement important de temps, d'argent et de ressources. De nombreux accusés préfèrent résoudre ces cas et conviennent de mettre fin à leurs actions revendicatrices plutôt que de s'engager dans un combat aussi coûteux.

La démarche a pour résultat de «refroidir», d'une part, la participation du public à des débats publics et, d'autre part, la tenue de tels débats. Cette intimidation judiciaire ne se limite pas aux accusés, car d'autres personnes peuvent se sentir intimidées au point de préférer se taire sur des questions d'intérêt public par peur d'être poursuivies.

Une poursuite-bâillon nuit également à la résolution de la question d'ordre public en cause, car elle tient les parties concernées à l'écart du forum public, où il est possible de définir la cause et la solution du litige, et les fait comparaître en cour – où seuls les «effets» présumés de la controverse publique peuvent être énoncés. Imaginons, par exemple, qu'une société fasse une demande de dérogation au zonage afin d'installer un incinérateur dans un secteur résidentiel. Lorsque les résidents de la localité s'y opposent au conseil

municipal, la société les poursuit pour «immixtion dans le contrat». Une fois en cour, le juge ne peut se pencher sur la véritable cause du litige – la localisation de l'incinérateur –, mais devra plutôt consacrer de considérables ressources judiciaires à juger des questions secondaires liées aux présumés «dommages» ou à d'autres conséquences du débat public.

Exemples de poursuites-bâillons

Chaque année, des milliers de personnes sont poursuivies en justice pour s'être exprimées dans le but d'orienter les décisions du gouvernement, ou pour avoir fait des déclarations sur des questions d'intérêt public. Voici quelques cas de poursuite-bâillon ayant le plus retenu l'attention publique :

- *Sierra Club contre Butz* (Californie, 1972) : Il s'agit là d'un des premiers cas de poursuite-bâillon aux États-Unis. Le Sierra Club a fait une demande d'injonction à la cour afin de bloquer un projet d'exploitation forestière. Le promoteur du projet a répliqué par une demande reconventionnelle, en alléguant un tort d'interférence avec les relations d'affaires. Ce cas a établi le principe selon lequel le droit de pétitionner auprès du gouvernement peut faire obstacle à une poursuite privée. Toutefois, le Sierra Club a dû dépenser des centaines de milliers de dollars sur plusieurs années pour mener ce combat juridique.
- *Webb contre Fury* (West Virginia, 1981) : Une compagnie charbonnière a intenté une poursuite pour diffamation contre un groupe environnemental, en raison de déclarations faites par ce dernier à l'autorité de réglementation au sujet d'un projet de la compagnie. La cour a rejeté la poursuite et a déclaré que l'exception «de cancelar» à l'immunité aux poursuites ne s'applique pas, même si la déclaration a été faite dans un but malveillant, tant que la pétition a pour but l'obtention d'une action gouvernementale légitime.
- *Protect Our Mountain Environment* (Colorado, 1985) : Dans ce cas, un groupe de citoyens en appellent à un conseil de rezonage de rejeter une demande de projet de développement immobilier. Le promoteur du projet intente alors une poursuite de 40 000 000 \$ US pour abus de procédure et complot pour déposer un appel sans fondement. Après cinq ans de bataille juridique, et des ressources énormes engagées par les accusés, la Cour suprême du Colorado rejette finalement l'affaire en invoquant la liberté d'expression.
- *McLibel* (Grande-Bretagne, de 1990 à 2005) : En 1986, une petite organisation environnementale publie une brochure intitulée *What's Wrong With McDonald's* [Ce qui ne va pas chez McDonald's], décriant les pratiques de production et de distribution présumément malsaines de ce géant de l'alimentation. En 1990, la société McDonald's décide d'intenter une poursuite en diffamation. En raison de la disposition favorable des lois

britanniques à l'égard des requérants en matière d'écrit diffamatoire, la société obtient une décision en sa faveur et une compensation financière de 60 000 livres sterling. Par la suite, les accusés portent la décision en appel devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ils obtiennent gain de cause en 2005, et la Cour européenne ordonne au gouvernement britannique de dédommager les accusés pour avoir omis de défendre leur liberté d'expression en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme.

Loi type et lois étatiques anti-SLAPP

En plus des garanties anti-SLAPP accordées par la Constitution fédérale et la jurisprudence, 27 États se sont dotés de diverses lois anti-SLAPP particulières dans le but de protéger le droit des citoyens de s'adresser au gouvernement. Aux États-Unis, la vaste majorité des poursuites-bâillons sont intentées en vertu de lois étatiques. De manière générale, ces lois dictent une procédure à suivre, comme une demande de rejet ou une requête pour jugement sommaire, qui permet aux juges de rejeter rapidement les cas de poursuites-bâillons.

Les nombreuses lois étatiques en place ont démontré des degrés d'efficacité variés. Au moment de leur adoption, la plupart de ces lois ont fait face à l'opposition des avocats plaidants et des grandes entreprises. Il en résulte que beaucoup de ces lois n'ont qu'une portée et une efficacité limitées. On craint qu'à moins de l'adoption de ce qui pourrait ressembler à une loi type, les chances sont minces qu'une loi anti-SLAPP minée par les compromis puisse réellement régler le problème. Pire, une telle loi pourrait servir à étouffer de nouvelles réformes en laissant planer l'illusion que le problème a déjà été résolu. Il importe donc de se munir dès le départ d'une loi anti-SLAPP aussi musclée et englobante que possible, car l'occasion pourrait bien ne pas se représenter.

Le rejet rapide des cas de poursuite-bâillon est un élément clé de l'antidote à l'intimidation judiciaire et à la brimade à la liberté d'expression qu'entraînent ces poursuites. Si l'on permet aux cas de s'étirer dans le temps, les accusés n'auront d'autre choix que d'investir des ressources énormes dans cette lutte. Il serait absurde de contraindre les victimes de ces poursuites à se rendre jusqu'en tribunal de première instance pour faire valoir leurs droits. Le but d'une poursuite-bâillon est d'infliger des coûts à ses victimes ; dès la présentation en première instance, le requérant a déjà atteint son but.

En résumé, tous les éléments clés d'une loi type visant à prévenir les poursuites-bâillons cherchent à accorder une grande importance au processus de rejet rapide de ces poursuites. À cet effet, les éléments suivants constituent les dispositions clés de lois types anti-SLAPP :

- **Une vaste portée :** Aux États-Unis, les garanties les plus importantes protègent les déclarations visant directement à tenter d'orienter l'action du gouvernement. Bien entendu, cela inclut les

lettres et les témoignages au gouvernement et autres modes directs de demande de redressement à ce dernier. Cependant, la loi anti-SLAPP idéale devrait être de plus grande portée, de manière à comprendre à la fois les déclarations directes et indirectes dont la visée est d'influencer l'action du gouvernement ou l'opinion publique. En effet, une lettre à l'éditeur ou un commentaire dans un blogue au sujet d'une question d'intérêt public peuvent en tout point servir le même but, celui d'influencer l'opinion publique et, partant, tenter indirectement d'orienter l'action du gouvernement.

- **La portée des garanties n'est limitée que par l'exception de « canular » ou de mauvaise foi :** Autrement dit, ce n'est que lorsque l'expression d'opinion sert à véhiculer un canular pour entraver le processus d'approbation gouvernementale ou est employée de mauvaise foi, en toute connaissance que les affirmations sont sans fondement que les garanties anti-SLAPP ne devraient pas être applicables. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'intention subjective de la cible d'une poursuite-bâillon ne devrait pas être prise en ligne de compte, dans la mesure où le but légitime de la communication est d'orienter l'action du gouvernement.
- **Le renversement du fardeau de la preuve au requérant :** Contrairement à la tendance commune des lois à exiger de prime abord que les accusés fassent la démonstration que le discours « fautif » bénéficie d'une immunité constitutionnelle ou statutaire, le fardeau de la preuve devrait être renversé ; ce devrait être à l'intenteur de la poursuite-bâillon de faire la preuve que sa plainte ne constitue pas une entrave à la liberté d'expression. Si le fardeau de la preuve demeure dans le camp de l'accusé, la poursuite ne peut qu'atteindre parfaitement son but d'intimidation.
- **L'étude accélérée des requêtes en irrecevabilité :** De manière à s'assurer que les cas de poursuites-bâillons ne s'éternisent pas, les cours devraient avoir comme directive d'accorder à ces requêtes une étude accélérée ou prioritaire. Comme nous l'avons mentionné précédemment, aux États-Unis, malgré les demandes des lois étatiques pour une étude accélérée, il n'est pas rare que les cas s'échelonnent sur une ou deux années avant d'être réglés.
- **La suspension ou la limitation des enquêtes préalables au cours de requêtes en irrecevabilité :** Aux États-Unis du moins, les enquêtes préalables poussées et abusives constituent l'un des hauts faits d'une procédure excessive. De nombreux cas se règlent simplement afin d'éviter les coûts exorbitants de l'enquête préalable, et ce, indifféremment du fond du litige. Dans le but de protéger les victimes de poursuites-bâillons d'enquêtes préalables abusives, une loi type anti-SLAPP devrait inclure des dispositions pour limiter ou interrompre la durée d'attente de règlement en raison d'enquêtes préalables. Certains États, au lieu d'interdire ces enquêtes, ne permettent qu'une enquête préalable limitée visant à déterminer si la poursuite en question est un cas de poursuite-bâillon.

- **La permission d'aller immédiatement en appel en cas de refus de requête en irrecevabilité :** Comme nous l'avons mentionné précédemment, si les accusés doivent prendre part à un procès complet pour défendre leurs droits, l'intenteur de la poursuite aura alors atteint son but : infliger des coûts importants à l'accusé. Conséquemment, les lois types anti-SLAPP devraient inclure des dispositions d'appel interlocutoire ou immédiat en cas de refus de requêtes en irrecevabilité pour motif de poursuite-bâillon. Ces appels devraient être entendus en priorité de façon à régler rapidement la question.
- **Le recouvrement des honoraires d'avocat et des dommages-intérêts compensatoires et punitifs :** En tant qu'avocat en exercice privé, cette disposition m'apparaît possiblement comme la façon la plus importante de prévenir les cas de poursuites-bâillons. Si les seuls frais auxquels s'exposent les intenteurs de poursuites-bâillons sont les honoraires liés à leur poursuite (qui peuvent représenter aussi peu que quelques dizaines de milliers de dollars), de nombreux acteurs de poids ne seront pas dissuadés d'intenter ce type de poursuite. Les grandes entreprises n'auraient alors qu'à comparer les avantages d'une poursuite avec les honoraires juridiques. Une telle façon de faire constitue un véritable laissez-passer vers les poursuites-bâillons. Par contre, si l'intenteur d'une poursuite-bâillon risquait de devoir également payer les honoraires des avocats des accusés, en plus de dommages-intérêts punitifs potentiels, davantage de requérants y penseraient à deux fois avant de se lancer dans l'aventure. Les dommages-intérêts punitifs ne sont utiles que dans les cas les plus flagrants, et servent alors d'exemple et de mesure dissuasive aux autres requérants potentiels de telles poursuites. Ces dispositions sont connues sous le nom de «*SLAPP-back*», ou de dispositions de contre-attaque.
- **La prévision de sanctions pour les cas abusifs de SLAPP-back, mais sans se laisser prendre au piège d'un cercle sans fin de contre-attaques :** En Californie, que la plupart des gens aux États-Unis considèrent comme un monde juridique en soi, on assiste actuellement au spectacle d'un chien courant après sa queue en matière de poursuites-bâillons. En vertu de la loi anti-SLAPP de Californie, si une personne présente une requête en irrecevabilité et que le juge trouve cette demande reconventionnelle de contre-attaque sans fondement, il peut alors adjuger des frais au présumé requérant original de la poursuite-bâillon. Cette manœuvre peut théoriquement rouler à l'infini. L'accusé pourrait intenter une demande reconventionnelle, à laquelle l'intenteur de la poursuite-bâillon pourrait répondre par une demande de sanctions pour cette revendication qu'il prétend être sans fondement. L'accusé pourrait alors à son tour faire une demande de sanctions à l'endroit du poursuivant pour avoir fait la demande de sanctions en raison de la contre-attaque (SLAPP-back) originale. La situation pourrait se poursuivre indéfiniment à moins que la loi ne soit clarifiée.

Je suis en faveur de ne pas allonger le processus juridique par des requêtes et des contre-requêtes à n'en plus finir.

Poursuites de contre-attaque (*SLAPP-Back Suits*)

Comme nous l'avons déjà mentionné, il est essentiel de créer une loi anti-SLAPP avec dispositions de contre-attaque (SLAPP-back). Le but de ces dispositions est de décourager ce type de conduite, notamment au moyen de dommages-intérêts punitifs ou du paiement des honoraires d'avocat des victimes. Près de la moitié des États s'étant dotés de lois anti-SLAPP y ont inclus des dispositions statutaires précises de contre-attaque permettant le recouvrement d'honoraires d'avocat et de dommages punitifs des requérants de poursuites-bâillons abusives. En plus de dispositions statutaires précises de contre-attaque en vertu de ces lois, on trouve des revendications prévues par la *common law* qui offrent aux victimes une façon de récupérer leurs pertes : poursuite malveillante, abus de procédure, infliction intentionnelle de dommages ou de troubles émotionnels, etc.

Lors de nombreux cas aux États-Unis, les dispositions de contre-attaque (SLAPP-back) ont été utilisées avec grand succès par les victimes. Il existe des douzaines de jugements en vertu desquels les requérants de poursuites-bâillons ont été contraints de verser plusieurs millions de dollars aux accusés. Ces jugements envoient un message sans équivoque au sujet des poursuites abusives. Voici quelques exemples de ces victoires importantes :

- *Tanner contre DeCom Medical Waste Systems* : Un membre du personnel hospitalier est victime d'une poursuite-bâillon pour diffamation d'un million de dollars pour avoir critiqué, par des lettres aux journaux, une société ayant déposé une demande de permis pour un incinérateur à déchets. L'accusé intente une contre-attaque pour abus de procédure, infliction malveillante de trouble émotionnel et autres torts. À la suite d'un procès de première instance, l'accusé se voit octroyer la plus importante indemnité accordée par jury de l'histoire du pays : 86 millions de dollars. Finalement, le cas se règle pour un montant nettement inférieur.
- *Wegis contre Boswell Company* : Les membres d'une exploitation agricole familiale de Californie s'opposent à un vote sur la création de gigantesques projets d'aménagement hydroélectrique sur leurs terres. Les promoteurs les poursuivent pour 2,5 millions de dollars pour diffamation. La cour rejette le cas et accorde aux victimes le recouvrement le plus important jamais accordé pour une poursuite de contre-attaque pour abus de procédure et privation de droits constitutionnels, soit 11 millions de dollars.
- *Shell contre Leonardini* : La société Shell poursuit un avocat syndical et de la protection du consommateur pour avoir informé un ministère étatique de la Santé des dangers liés aux produits de plomberie résidentielle de Shell. La victime présente sa défense

en vertu du Premier amendement et la société retire volontairement sa poursuite. La cour accorde un recouvrement de 7,5 millions de dollars à la victime de cette poursuite malicieuse.

- *SOLE, Inc.*: L'un des principaux bailleurs de fonds du SLAPP Center est un groupe de victimes de SLAPP. Des résidents se font poursuivre pour des millions de dollars après avoir pris position contre la construction prévue d'un incinérateur près de leur quartier. Le cas se rend en première instance, et le requérant de la poursuite accepte de retirer ses accusations et de verser 1,5 million de dollars aux victimes à la suite de leur contre-attaque.

Nouvelles orientations en matière de législation anti-SLAPP

Malgré l'efficacité des garanties des lois étatiques et fédérales à contrecarrer les poursuites-bâillons classiques, ce type de poursuite abusive se propage constamment à de nouveaux secteurs du droit. Voici quelques exemples de nouveaux domaines de poursuites-bâillons :

- *Les SLAPP Internet*: Sans l'ombre d'un doute, il s'agit de la forme de poursuite-bâillon la plus « contagieuse » et la plus difficile à régler. Internet permet un nombre infini de possibilités d'expression (les courriels, les blogues, les clavardoirs) susceptibles d'engendrer des poursuites-bâillons. La question centrale est une fois de plus de savoir si la liberté d'expression pure sur Internet, sans ou avec une faible intention d'orienter les actions du gouvernement, mérite d'être protégée par des garanties spéciales. De nombreuses personnes sont d'avis que leurs déclarations sur Youtube.com ou Myspace.com ont une portée et un effet public d'importance. Ainsi, l'aspect de forum quasi public de ces sites pourrait justifier des garanties supplémentaires. Enfin, le problème demeure à savoir quel pays exerce juridiction sur les déclarations faites sur Internet : le pays où la déclaration a été faite, le pays où elle a été reçue, ou tous les pays où le message aurait pu être perçu ? Il faudra trouver réponse à ces questions, car Internet est en train de devenir le nouveau forum mondial.
- *Veggie Libel Laws [lois sur la diffamation sur les aliments]* : Aux États-Unis comme partout, l'agriculture constitue une industrie fondamentale assortie d'un pouvoir politique important. En conséquence, 13 États ont récemment adopté des lois limitant la critique au sujet de l'agriculture industrielle, notamment en matière d'OGM. Ces lois ont en commun le renversement du fardeau de la preuve normalement en vigueur au pays, et obligent l'accusé à faire la preuve de la véracité de ses déclarations ou de leur fondement scientifique raisonnable. L'exemple le plus connu est celui de l'animatrice d'émission-débat Oprah Winfrey, poursuivie pour 10,5 millions de dollars par la Texas Cattle Association pour s'être prononcée dans une de ses émissions sur les dangers associés à la consommation de viande de bœuf. Par la création de droits

spéciaux pour l'industrie agricole, ces lois sapent la participation du public.

- *Les poursuites-bâillons et la guerre au terrorisme* : Au cours des dernières années, des gens ayant déclaré que diverses organisations aux États-Unis financent le terrorisme en prétendant offrir de l'aide humanitaire au Moyen Orient ont été poursuivis. KinderUSA, une organisation sans but lucratif, a intenté une poursuite de 500 000 \$ pour diffamation contre un journaliste qui, dans un livre qu'il venait de publier, établissait un lien entre celle-ci et le financement du terrorisme. Il s'agit là d'un sujet controversé, car certains croient que ces poursuites ne sont pas abusives, mais que des journalistes ultraconservateurs y portent un intérêt particulier, dans le désir de promouvoir la guerre au terrorisme.
- *Libel Forum Shopping [Choix de forum selon le libelle applicable]* : Comme nous le savons, les normes en matière de preuve et de fardeau incombant aux accusés varient considérablement entre les États Unis et les pays du Commonwealth. Par suite, est apparu au cours des dernières années le *Libel forum shopping*, ou choix de forum d'expression selon les lois applicables en matière de diffamation. En général, en raison de la nature internationale de la plupart des communications, les parties victimes peuvent vraisemblablement obtenir juridiction sur des revendications faites soit en Europe de l'Ouest, au Canada ou aux États-Unis. Cette tendance ne fait que confirmer la nécessité d'une plus grande cohérence entre les pays au sujet des garanties anti-SLAPP. Par exemple, le Canada étant perçu comme plus accommodant en matière de poursuites-bâillons que les États-Unis, on peut supposer que davantage de ces poursuites y seront intentées à l'avenir. En réponse à cette tendance, deux sénateurs états-unien ont déposé un projet de loi visant à empêcher que ne soient reconnus aux États-Unis les jugements obtenus à l'étranger pour des cas de diffamation ou de calomnie qui auraient constitué des poursuites-bâillons aux États-Unis. Ce projet de loi a déjà reçu l'approbation d'une chambre du Congrès états-unien, et l'on s'attend à ce qu'il poursuive sa lancée après l'élection de monsieur Obama.

Réflexions au sujet des poursuites-bâillons au Canada

Voici quelques exemples de ces cas au Canada :

Bien que je ne sois aucunement expert en matière de poursuites-bâillons au Canada, je vais tout de même y aller de quelques commentaires sur les nouveaux enjeux dans votre pays. De nombreux cas de poursuites-bâillons ont connu une importante couverture médiatique au Canada, notamment :

- *Galiano Conservancy Association (GCA)* : Ce cas, datant de 1991, constitue la première poursuite-bâillon documentée au pays.

La GCA est poursuivie parce qu'elle exerce des pressions contre des modifications au zonage qui auraient permis la construction d'un projet immobilier. En 1993, le cas est rejeté après une demande reconventionnelle du GCA, qui pousse les requérants à en venir rapidement à une entente.

- *Fraser contre Saanich*: Sur des allégations de complot, d'atteinte illicite aux intérêts financiers et d'incitation à la rupture de contrat, un promoteur intente une poursuite contre la ville de Victoria et huit de ses résidents pour s'être opposés à l'agrandissement de son établissement de soins. Le cas est finalement rejeté et les victimes sont dédommagées pour les coûts de la poursuite.
- *Lubicon Lake*: Friends of Lubicon (FOL), une organisation environnementale, orchestre le boycottage des activités de la société Daishowa en protestation contre l'accord par le gouvernement albertain des droits de construction d'une usine de papier sur un territoire revendiqué par la Première Nation Lubicon Lake. La société demande et obtient une injonction provisoire contre le boycottage de la FOL, dans le but de prévenir toute interférence dans ses affaires. En plus de l'injonction, Daishowa intente une poursuite de 812 millions de dollars en dommages et demande une injonction permanente contre le boycottage.
- *INTEFOR*: INTEFOR, une société forestière, poursuit les membres du Forest Action Network (FAN) après que des activistes aient interrompu l'exploitation forestière par des actions directes comme des blocages. INTEFOR obtient des injonctions contre les activités du FAN. Cependant, la société intente également des poursuites individuelles contre les membres de l'organisation, poursuites allant jusqu'à 12 000\$ par activiste, imposant du coup à chacun d'eux de franchir des milliers de kilomètres pour se rendre à Vancouver pour se défendre.
- *Lac Simcoe*: Avec l'appui du conseil municipal d'Innisfil, le gouvernement d'Ontario donne son accord à un projet d'un milliard de dollars à Big Bay Point. Kimvar Industries, le promoteur, poursuit les opposants au projet pour la somme de 3,6 millions de dollars pour diffamation. L'organisation Environmental Defence décide d'intervenir.
- *American Iron and Metal Co.*: Cette société intente une poursuite de 5 millions de dollars contre deux organisations environnementales du Québec et quelques environnementalistes, pour avoir affirmé que la société polluerait la rivière Etchemin. Dans sa poursuite, le requérant allègue, quant à lui, que les accusés ont agi de concert pour nuire à ses intérêts économiques en obtenant une injonction contre le projet.

Constitution canadienne

La Charte canadienne des droits et libertés prévoit des garanties pour les « libertés fondamentales » suivantes : (a) la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, notamment la liberté de presse

et d'autres moyens de communication ; (b) la liberté de réunion pacifique ; et (c) la liberté d'association. Cependant, la Charte canadienne ne semble pas comporter de garantie directe du droit de pétition. De plus, de ce que j'en comprends, la Charte canadienne ne protège les citoyens que contre les poursuites intentées par le gouvernement, garanties qui pourraient donc ne pas s'étendre aux poursuites-bâillons privées. Cette garantie limitée, combinée à des lois très favorables aux requérants en matière de calomnie ou de diffamation, lois qui présument de la véracité des dommages causés, qui ne requièrent aucune démonstration d'intention réelle de nuire de la part de l'accusé, et qui placent sur ce dernier le fardeau de la preuve du bien-fondé de ses déclarations, font du Canada un terrain juridique très fertile aux poursuites-bâillons abusives, à moins que ne soient instaurées des garanties particulières.

Au Canada, l'expert-résident en matière de poursuites-bâillons est le professeur Chris Tollefson du Environmental Law Center [Centre du droit de l'environnement] de la University of Victoria. M. Tollefson est d'avis que la Charte canadienne devrait être interprétée de façon libérale pour qu'y soient incluses des garanties contre les poursuites privées de type bâillons, en raison des effets sociétaux à grande échelle de ce type de poursuite.

Le professeur Tollefson a mis sur pied une ébauche de loi type anti-SLAPP qui s'inspire de ce qui a été fait aux États-Unis. Cette loi type canadienne mettrait en place d'importants droits statutaires pour assurer la protection de la participation du public. Pour ce faire, cette loi type prévoirait une requête de rejet préalable au procès, exigeant de l'accusé de démontrer de prime abord que l'acte de communication en question est protégé par la Charte canadienne ou par le droit statutaire de participation du public. Une fois cette démonstration faite, il incomberait à l'intenteur de la poursuite de démontrer que sa revendication ne constitue pas un cas de poursuite-bâillon, et que les déclarations en cause ne sont conséquemment pas protégées par la loi. Si l'accusé obtient le rejet de la poursuite à la suite de sa requête, les frais liés à sa défense ainsi que le versement de dommages-intérêts punitifs pourraient être imposés au requérant, s'il s'avère que la poursuite a été intentée de mauvaise foi. Finalement, le professeur Tollefson recommande de donner accès aux accusés de poursuites-bâillons à des services d'aide juridique, en raison de l'intérêt public général lié à la protection de la liberté d'expression.

J'ai également pris connaissance du projet de loi 99, soumis à la législature du Québec cet été. Ce projet m'apparaît constituer un bon point de départ pour la lutte aux poursuites-bâillons au Québec. Cependant, de nombreuses dispositions de projet de loi type sont absentes de ce projet de loi, notamment la suspension d'enquête préalable et l'appel immédiat de refus de demandes de rejet. Par ailleurs, il subsiste ce qui semble constituer une norme très élevée pour la démonstration de la mauvaise foi de l'intenteur de poursuite-bâillon.

Conclusion

De plus en plus, on trouve un consensus à l'échelle mondiale au sujet de la nature fondamentale du droit des personnes à participer aux décisions gouvernementales qui touchent leur vie. Il semble même que ce droit devienne peu à peu une norme du droit coutumier international. Au fil des dernières années, de nombreuses conventions ont célébré ce principe, notamment le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, la *Convention d'Aarhus* en Europe (*Convention sur l'accès à l'information, la participation*

du public et l'accès à la justice sur les questions d'environnement) et le *Principe 10* de la *Déclaration de Rio* qui soulignent la nécessité de la participation citoyenne aux questions environnementales ainsi que l'accès à l'information détenue par l'autorité publique au sujet de l'environnement. Les droits de participation doivent être protégés de l'intimidation de puissants financiers. Pour ces raisons, les lois anti-SLAPP devraient être soigneusement élaborées et assidûment mises à jour, de façon à les adapter fréquemment à l'ébullition constante du monde des communications.



Allocution

Professeur agrégé, Université Laval – Québec
M^e CHRISTIAN BRUNELLE *

LE DROIT COMME MOYEN DE PRESSION POLITIQUE : LE CAS DES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL



Dans sa conception classique, la formation juridique postule qu'il y a, entre le droit et la politique, une cloison supposée étanche. Sitôt admis à la faculté de droit, les juristes en herbe sont promptement initiés au principe de la séparation des pouvoirs selon lequel il appartient à la branche législative d'énoncer des politiques, le rôle du juge se limitant à interpréter les textes qui les formulent.

L'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ dans la Constitution incite aujourd'hui à nuancer pareil enseignement. En favorisant le passage de la souveraineté parlementaire vers la souveraineté constitutionnelle², la Charte canadienne a « transformé le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs qui, jusque là, plaçait les tribunaux dans une catégorie à part parmi les organes de l'État, une catégorie en marge de l'activité politique ».³ De fait, la Charte a transformé la fonction judiciaire⁴ en contraignant les juges à dire le droit à partir de grands principes et valeurs⁵ constitutionnels au contenu largement indéterminé (dignité, égalité, justice, liberté...), ce qui les oblige à investir inexorablement le terrain politique.⁶

Si la dissociation que font traditionnellement les juristes entre le droit et la politique est ainsi menacée d'obsolescence, elle n'a pas davantage de résonance dans la société civile où le droit apparaît, plus que jamais, comme une « ressource politique mobilisable »⁷. Certes, la sphère politique demeure le lieu par excellence pour

assurer et faire progresser les droits d'une collectivité ou d'un groupe donné mais, à l'ère des Chartes des droits, « l'arène judiciaire constitue souvent une alternative à l'obstruction d'autres espaces d'expression et de débats politiques »⁸. Les tribunaux peuvent ainsi être appelés à renforcer « toute faiblesse de la démocratie en permettant à ceux qui sont exclus d'une participation démocratique égale et effective dans notre société de se faire entendre et en leur offrant une réparation »⁹.

Ainsi, la mobilisation du droit à des fins politiques peut servir à « la constitution d'un rapport de force favorable »¹⁰. Toutefois, ce n'est résolument pas cette avenue que les syndicats ont traditionnellement privilégiée pour sortir de la clandestinité et asseoir leur légitimité dans leurs rapports avec les employeurs. C'est dans la sphère politique qu'ils ont d'abord déployé leurs efforts pour obtenir une reconnaissance à titre de représentants légitimes des salariés en milieu de travail. C'est bien le pouvoir législatif – par opposition au pouvoir judiciaire – qui leur offrira cette reconnaissance, acquise de haute lutte. Seule une volonté législative affirmée aura ainsi permis aux syndicats de jouer pleinement leur rôle d'agent de transformation sociale à titre d'acteur politique (I).

Toutefois, cette volonté ne s'exprime manifestement plus avec la même vigueur aujourd'hui. La baisse progressive des taux de syndicalisation observée au Canada s'accompagne d'une stagnation certaine des lois du travail.¹¹ Sensible à la mouvance néolibérale qui prévaut depuis les années 1980, l'État « mise largement, pour réguler le développement économique, sur le libre jeu des forces du marché et repousse l'interventionnisme étatique »¹². Ainsi, l'action

* Professeur, 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). L'auteur désire remercier l'étudiante Sarah-Ève Pelletier pour son assistance dans le repérage de certaines sources.

1. *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), dans L.R.C. (1985), App. II, no 44 (ci-après : « Charte canadienne »).

2. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, p. 563 (para. 131); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 258 (para. 72).

3. Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 794.

4. Michel COUTU et Georges MARCEAU (avec la collaboration de Annie Pelletier et de Karine Pelletier), *Droit administratif du travail : Tribunaux et organismes spécialisés du domaine du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 42-43.

5. *Id.*, p. 75.

6. BRUN, TREMBLAY et BROUILLET, *supra*, note 3, p. 788 et suiv.

7. Pierre NOREAU, « Le droit comme vecteur politique de la citoyenneté. Cadre d'analyse pour l'étude des rapports collectifs entre majorité et minorités », dans Michel COUTU, Pierre BOSSET, Caroline GENDREAU et Daniel VILLENEUVE (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté : Une citoyenneté fragmentée limitée illusoire ?*, Montréal, Thémis, 2000, 323, p. 330; Pierre NOREAU et Élisabeth VALLET, « Le droit comme ressource des minorités nationales : un modèle de mobilisation politique du droit », dans Pierre NOREAU et José WOEHLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2005, 55, p. 56.

8. NOREAU (2000), *id.*, p. 330.

9. *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, p. 932 (J. Dickson).

10. NOREAU et VALLET, *supra*, note 7, p. 65.

11. Jean BERNIER et al. (dir.), *L'évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, 56^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 2001; Gilles TRUDEAU, « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain », (2004) 38 R.J.T. 1, p. 48 : « Le droit du travail est actuellement sclérosé en Amérique du Nord ».

12. Jacques ROUILLARD, « Les colonnes du temple néolibéral ébranlées », *Le Devoir*, 3 octobre 2008, p. A-9.

législative tend bien davantage vers la déréglementation, la privatisation, la libéralisation des marchés et l'allègement de la fiscalité que vers une protection accrue des droits sociaux. Résultat : « Ces changements ont miné le rapport de force que les syndicats entretiennent envers le patronat et érodé leur influence politique »¹³. Dans ces conditions, l'apparente désaffection de la classe politique à l'égard des travailleurs est susceptible d'élever la mobilisation du droit au rang des moyens de pression nouveau genre, le juge étant dès lors convié à se substituer au législateur dans la quête d'une plus grande justice sociale. À cet égard, la garantie de la liberté d'association inscrite dans la Charte canadienne offre de nouvelles perspectives (II).

I. LE SYNDICAT : UN ACTEUR POLITIQUE

La *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴, l'acte fondateur du Canada, fait l'impasse sur la question des relations de travail, un peu comme si le Constituant avait voulu en gommer la réalité. À cette époque où le libéralisme économique était triomphant¹⁵, les rapports employeur-employé participaient de la simple liberté contractuelle, le travail relevant en substance de « la propriété » et des « droits civils »¹⁶. Fortement imprégné du principe de l'autonomie contractuelle, le droit commun – qu'il s'exprime dans la *common law* ou le droit civil – pouvait difficilement appréhender la réalité « atypique » des rapports collectifs de travail où un tiers, le syndicat, s'interpose et « forme écran »¹⁷ dans une relation conçue comme fondamentalement bipartite entre *un* employeur et *un* salarié. C'est donc en marge du droit que l'action syndicale va d'abord se déployer (1.). Toutefois, l'inégalité intrinsèque du rapport entre l'employeur et ses subordonnés va susciter chez ces derniers un tel sentiment d'injustice que le législateur, faute de pouvoir le réprimer, va canaliser par la mise en place d'un régime juridique singulier et largement distinct du droit commun. Cette reconnaissance de l'acteur syndical, par le droit, va lui conférer une légitimité qui va favoriser, du coup, l'émancipation des droits sociaux (2.).

1. L'action syndicale en marge du droit

Si le système juridique en place au début de la Confédération était plutôt minimal, il intégrait déjà la distinction fondamentale entre le

droit public (apparenté, pour l'essentiel, au droit criminel) et le droit privé. Or, l'une et l'autre de ces sphères du droit concouraient, chacune à sa façon, à annihiler ce que l'on nomme aujourd'hui la liberté syndicale. C'est donc dans la clandestinité et l'illégalité que le mouvement syndical va construire ses assises. Non seulement le droit de jadis ne reconnaissait pas la légitimité des syndicats comme « acteurs politiques », mais il niait même leur existence sur le plan juridique.

Ainsi, pour le droit criminel, le phénomène syndical pouvait être assimilé à une coalition illicite, tantôt pour violer un contrat au préjudice de l'employeur¹⁸, tantôt pour « restreindre le commerce »¹⁹ ou « limiter indûment les facilités de transport, de production, de fabrication, de fourniture, d'emménagement ou de commerce de tout article ou denrée qui peut faire l'objet d'un trafic ou d'un commerce ».²⁰

Pour échapper alors à d'éventuelles poursuites, selon la bien nommée « peur du gendarme »²¹, « certains syndicats s'affichent plutôt comme des sociétés de secours mutuels, sortes de coopératives destinées à venir en aide à leurs membres en cas d'accident, de maladie ou de décès ».²²

En 1872, vingt-quatre dirigeants syndicaux torontois qui font grève en vue que la journée de travail dans l'industrie de l'imprimerie soit réduite à neuf heures sont condamnés pour conspiration criminelle.²³ L'affaire a un tel retentissement dans la population que le Parlement fédéral, suivant l'exemple britannique, aménage une exception à la loi, à la faveur des « associations ouvrières ». Selon les termes employés, « le but de toute association ouvrière ne sera pas, par le fait qu'il constitue une restriction du commerce, réputé illégal... »²⁴. L'on s'entend généralement pour dire que, par cette intervention législative, l'action syndicale accédait, dans une certaine mesure, « à la légalité, non pas, il est vrai, par une affirmation générale, mais par voie d'immunités face au droit criminel ».²⁵ Il s'agit pour ainsi dire de « la première conquête de la liberté syndicale »²⁶, si modeste soit-elle :

Quoique significative en soi, cette intervention législative n'améliore pas de façon sensible la position des syndicats. [...] [L]es lois de 1872 exigent, comme condition d'accès aux bénéfices qu'elles établissent, que les syndicats s'enregistrent

13. Jacques ROUILLARD, « Les déboires du syndicalisme nord-américain (1960-2003) », *Bulletin du Regroupement des chercheurs et chercheuses en histoire des travailleurs et travailleuses du Québec*, vol. 30, n° 1 (79), printemps 2004, 4, p. 22.

14. 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.), dans L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

15. Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE et Dominic ROUX, *Le droit de l'emploi au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2006, p. 75 (para. I-64).

16. *Id.*, art. 92 (13).

17. Noël c. Société d'énergie de la Baie James, [2001] 2 R.C.S. 207, p. 228 (J. LeBel, para. 42).

18. Rappelons que « [t]out employé qui rompt unilatéralement son contrat de travail commettait un acte criminel » : Laurent QUINTAL, « L'évolution des lois du travail et de la sécurité sociale au cours des 100 dernières années », *Gazette du travail*, vol. 3, n° 4 – édition du centenaire, p. 58. Voir, par exemple, l'Acte concernant les maîtres et serveurs dans les cantons ruraux, S.R. du Bas-Canada, 1861, c. 27, abrogé en 1877 par l'Acte pour abroger certaines lois déclarant criminelles les violations de contrat de louage de service personnel, et pourvoir à la punition de certaines violations de contrat, 40 Vict., c. 35, art. 365.

19. Selon l'expression employée lors de la codification du Code criminel de 1892, 55-56 Vict., c. 29, art. 516.

20. *Id.*, art. 520, alinéa a).

21. Antoine JEAMMAUD, « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz Sirey*, 1993, 29^e Cahier, Chronique LV, 207, p. 208.

22. Jacques ROUILLARD, *Le syndicalisme québécois : Deux siècles d'histoire*, Montréal, Boréal, 2004, p. 21. Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats : Aspects du droit syndical québécois*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 14, font pour leur part allusion à des « associations amicales ».

23. Voir notamment Mark CHARTRAND, « The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective », (1984) 16 Ott. L. Rev. 267.

24. Acte concernant les relations ouvrières (*Trade Unions*), 35 Vict. c. 30, art. 2.

25. Christian BRUNELLE et Pierre VERGE, « L'inclusion de la liberté syndicale dans la liberté générale d'association : un pari constitutionnel perdu ? », (2003) 82 R. du B. can. 711, p. 737.

26. MORIN, BRIÈRE et ROUX, *supra*, note 15, p. 831 (para. IV-12).

*auprès du gouvernement, ce que très peu d'unions ne feront. Ce n'est qu'en 1892 que le bénéfice de la libéralisation du droit criminel ne s'élargit à l'ensemble du mouvement syndical canadien.*²⁷

Si l'état du droit criminel se relâche lentement, la légalité « civile » de l'activité syndicale n'est pas pour autant acquise. D'une part, les associations syndicales restent dans l'ombre du droit puisqu'elles ne sont pas même dotées de la personnalité juridique. Cette dernière « construction du droit »²⁸, dont la fonction essentielle est de permettre « la communication entre le monde réel et l'univers abstrait, intellectuel du droit »²⁹, ne recoupe pas la dimension collective des syndicats. Partant, même si ceux-ci parviennent à négocier des ententes avec des employeurs, ils ne peuvent s'adresser aux tribunaux pour faire respecter leurs contrats.³⁰ Aux yeux du droit, le syndicat est alors réduit au rang de « non-être ».³¹ Si l'on peut aisément mesurer les inconvénients considérables que cette non-reconnaissance de la personnalité juridique pouvait présenter, il faut convenir qu'elle n'était pas forcément incompatible avec les « aspirations syndicales d'alors, davantage axées sur la liberté d'action autonome ».³² Sans compter que « les associations de facto pouvaient ainsi se dérober aux conséquences juridiques de leurs actes ».³³ Faut-il rappeler que l'exercice d'activités illégales peut constituer, parfois, « une expression du rejet de l'ordre juridique et politique de la majorité »³⁴ ?

Toutefois, non seulement les tribunaux civils vont se faire les gardiens farouches de la légalité mais ils vont la définir de manière telle que la liberté syndicale continuera d'en être exclue dans une large mesure. Ainsi s'ouvre l'ère du « gouvernement par injonction »³⁵, de l'intrusion du pouvoir judiciaire dans les relations du travail.

Les employeurs qui subissent les moyens de pression syndicaux en raison, le plus souvent, de leur refus catégorique de négocier avec le syndicat³⁶ sollicitent d'emblée l'intervention des juges.

Ceux-ci n'hésitent pas à émettre des ordonnances d'injonction destinées, selon les cas, à mettre fin à la grève, à faire cesser ou limiter l'usage du piquetage³⁷, à assurer le respect des biens de l'employeur et le libre accès à son établissement, à interdire la pratique du boycott³⁸, à faire cesser le recours aux menaces, à l'intimidation ou à la violence...³⁹ C'est ainsi que « l'injonction devient une arme judiciaire redoutable au service du patronat dans sa guerre sans merci contre l'expansion du syndicalisme ».⁴⁰ En outre, le droit de la responsabilité civile était également mis à profit pour mater les syndicats⁴¹, contribuant ainsi à supprimer « la liberté d'action conférée par l'abrogation des sanctions pénales ».⁴²

En somme, sur l'initiative des employeurs, les juges deviennent des acteurs de premier plan dans les rapports collectifs de travail dès la fin du XIX^e siècle. Toutefois, les travailleurs et leurs associations ne tardent pas à faire le constat que dans la balance de la justice, le plateau de la liberté syndicale est d'une désolante légèreté.⁴³ De là à conclure que les juges ne sont pas impartiaux et entretiennent un préjugé réel en faveur des employeurs, il n'y a qu'un pas que le mouvement syndical ne tarde pas à franchir.⁴⁴ À l'évidence, sa quête d'une meilleure protection de la liberté syndicale appelle à investir plutôt le champ de l'action politique.

2. L'action syndicale légitimée par le droit

Au début du XX^e siècle, la loi tolère l'action syndicale mais elle n'en fait pas pour autant la promotion. Toutefois, l'industrialisation rapide que connaît le pays à ce moment nécessite une main-d'œuvre de plus en plus abondante. C'est précisément par la force du nombre que les travailleurs vont parvenir à convaincre les élus de la nécessité de politiques plus favorables à la syndicalisation.

Au lendemain de la grande dépression qui foudroie l'Amérique du Nord à la fin des années 1920, la classe politique états-unienne cherche désespérément à assurer la relance de l'économie. La

27. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 14.

28. Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2002, p. 3.

29. *Ibid.* (citant G. GOUBEUX).

30. Joseph M. WEILER, « le rôle du droit dans les relations du travail », dans Ivan BERNIER et Andrée LAJOIE (coord.), *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, chap. 1, p. 4.

31. MORIN, BRIÈRE et ROUX, *supra*, note 15, p. 865 (para. IV-28). Voir, à cet effet, *International Ladies Garment Workers Union c. Rother*, (1923) 34 B.R. 69, p. 79-80 (j. Rivard).

32. VERGE et MURRAY, *supra*, note 22, p. 116.

33. *Id.*, p. 123. Judy FUDGE et Eric TUCKER, *Labour Before the Law: The Regulation of Workers' Collective Action in Canada, 1900-1948*, Don Mills (ON), Oxford University Press, p. 29, 32-33 et 47, rappellent d'ailleurs que les employeurs ont exercé, apparemment sans succès, des pressions politiques pour que les syndicats soient tenus d'être incorporés.

34. NOREAU et VALLET, *supra*, note 7, p. 65.

35. FUDGE et TUCKER, *supra*, note 33, p. 32.

36. Comme le rappelle, à juste titre, TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 6 : « La grève et le boycott des employeurs réfractaires à reconnaître l'existence d'une association syndicale ou à agréer à ses demandes étaient les seuls moyens d'action dont disposait le mouvement syndical pour faire valoir son point de vue ».

37. Dans le langage coloré qui a contribué à sa renommée, le syndicaliste Michel Chartrand affirmait, en 1976 : « Les juges violent le Code criminel à qui mieux mieux. Le droit de grève, le droit de piquetage, c'est dans le Code criminel depuis 1872. On dirait que les juges ne le savent pas. Ils accordent des injonctions qui obligent les travailleurs à se tenir à 500, à 2000 pieds de l'usine et on ne peut rien faire contre cela sauf de ne pas les respecter. » : Michel CHARTRAND, *Les dires d'un homme de parole*, Édition préparée et présentée par Fernand FOISY, Montréal, Lanctôt éditeur, 1997, p. 215.

38. FUDGE et TUCKER, *supra*, note 33, p. 28.

39. Jacques ARCHAMBAULT, « Injonctions et conflits du travail », (1979) 34 Relations industrielles 140, p. 149 ; Fernand MORIN, « L'injonction en temps de grève », (1977) 32 Relations industrielles 414, p. 430-431 ; Fernand MORIN, *Rapports collectifs de travail*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1991, p. 501.

40. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 10.

41. Harry W. ARTHURS, « Tort Liability for Strikes in Canada: Some Problems of Judicial Workmanship », (1960) 38 R. du B. Can. 346 ; Harry W. ARTHURS, « Labour and the « Real » Constitution », (2007) 48 C. de D. 43, p. 58 : « Tort doctrines, such as conspiracy to injure, inducing breach of contract and wrongful interference with economic rights were developed with the transparent purpose of curbing union power. » ; BRUNELLE et VERGE, *supra*, note 25, p. 737. Comme le soulignent FUDGE et TUCKER, *supra*, note 33, p. 23 : « Damage actions lodged against trade unions threatened strike funds, which enable striking workers and their families to survive ».

42. WEILER, *supra*, note 30, p. 4.

43. FUDGE et TUCKER, *supra*, note 33, p. 26 : « Workers and their unions saw that their privileges to strike and engage in tactics of persuasion were being eroded by a judiciary bent on preserving a scant version of public order and protecting employers' rights of property and contract. To them, their precarious legislative victories were being attacked by judicial decree ».

44. ARTHURS (2007), *supra*, note 41, p. 46 et 58 ; Judy FUDGE et Harry GLASBEEK, « The Legacy of PC 1003 », (1995) 3 C.L.E.L.J. 357, p. 363-364 ; FUDGE et TUCKER, *id.*, p. 32.

reconnaissance législative du droit des salariés de négocier collectivement leurs conditions de travail figurait parmi les mesures – regroupées sous le vocable évocateur *New Deal* – destinées à sortir le pays de la crise.

À partir de 1933, une vague de grèves⁴⁵ ponctuées d'affrontements violents déferle sur les États-Unis ; une commission gouvernementale, la *National Labor Board*, est créée pour tenter de l'endiguer mais ses pouvoirs sont plutôt limités. Le sénateur démocrate Robert Ferdinand Wagner – à qui l'on confie la présidence de cette commission constituée de trois représentants patronaux et d'autant de représentants syndicaux⁴⁶ – se heurte à la résistance patronale dans ses diverses tentatives pour assainir les relations de travail.⁴⁷ Il prend alors conscience de la nécessité d'encadrer juridiquement le processus de négociation en altérant radicalement le rapport de forces entre employeurs et employés pour en assurer un meilleur équilibre par l'attribution de pouvoirs accrus aux syndicats. Il faut, selon lui, reconnaître le « rôle social du syndicalisme ouvrier ». ⁴⁸

Après quelques tentatives infructueuses pour faire adopter un projet de loi en ce sens⁴⁹, il récidive une fois de plus en février 1935.⁵⁰ Cette fois, sa persévérance s'avère profitable. Le 5 juillet suivant, le président américain Franklin Delano Roosevelt appose sa signature sur le projet de loi d'abord adopté par la Chambre des représentants :

*Cette loi reconnaissait d'une façon concrète le droit d'association, mettait au point les mécanismes juridiques permettant aux travailleurs de choisir un syndicat pour les représenter, donnait à celui-ci droit de négociation exclusif et prohibait un certain nombre de pratiques déloyales en matières de relations du travail.*⁵¹

Il semble que quatre grands objectifs inspiraient la loi Wagner, les deux premiers ayant trait à des préoccupations d'ordre essentiellement économique, les autres traduisant plutôt un souci démocratique :

1) promouvoir la paix industrielle par la réduction des conflits de travail, lesquels sont source de « désordres sociaux qui entravent le commerce » ;

- 2) restaurer « le pouvoir d'achat des ouvriers » de manière à faciliter « les échanges commerciaux » en mettant un frein aux diminutions salariales ;*
- 3) favoriser une redistribution plus équitable des richesses en rétablissant « une égalité entre le pouvoir de négociation des employeurs et celui des employés » ;*
- 4) démocratiser les lieux de travail.*⁵²

Cela étant, en contraignant l'employeur à reconnaître le droit des salariés de former ou de joindre une association de leur choix pour négocier, par l'action collective, leurs conditions de travail, le législateur américain conférait au salariat un puissant outil de lutte contre la toute-puissance patronale :

*[...] il n'y a aucun moyen, pour le travailleur, de défendre isolément ses intérêts les plus vitaux face à l'autorité patronale : seule l'action collective, épisodique – la grève – ou continue – le syndicat – peut rééquilibrer, au profit des salariés, un dialogue qui, s'il s'engage au plan individuel, se réduit à l'énoncé pour l'employeur, fort de sa puissance économique, de ses volontés.*⁵³

La loi Wagner, « pièce maîtresse du système de relations du travail aux États-Unis »⁵⁴, va faire école au Canada. Les associations syndicales, dont plusieurs sont en quelque sorte des satellites des syndicats américains⁵⁵, accentuent les pressions contre le gouvernement fédéral pour que la négociation collective s'impose dorénavant aux employeurs.

Le 20 mars 1944, en pleine guerre mondiale, les *Règlements des relations ouvrières en temps de guerre*⁵⁶ édictés par le gouvernement de Mackenzie King en vertu de la *Loi sur les mesures de guerre*⁵⁷ entrent en vigueur.⁵⁸ À la manière de la loi Wagner et pour la toute première fois au niveau fédéral, ces normes réglementaires garantissent aux salariés un véritable droit d'imposer au patronat la négociation collective de leurs conditions de travail par le syndicat de leur choix.⁵⁹ Jusqu'alors, la politique canadienne était essentiellement fondée sur le consensualisme : l'employeur était libre de reconnaître ou non l'association syndicale

45. Arthur M. SCHLESINGER Jr., *The Coming of the New Deal*, Boston, Riverside Press Cambridge, 1959, p. 145 : « In June 1933 the Bureau of Labor Statistics reported 137 new strikes, in July 240, in August 246 ; by September nearly 300,000 workers were out ».

46. Joseph G. RAYBACK, *A History of American Labor*, New-York, Free Press, 1966, p. 330 ; SCHLESINGER, *id.*, p. 146-147.

47. SCHLESINGER, *id.*, 148-149.

48. Serge DENIS, *Un syndicalisme pur et simple : mouvements ouvriers et pouvoir politique aux États-Unis, 1919-1939*, Montréal, Boréal, 1986, p. 215.

49. *Id.*, p. 215-216.

50. Pour connaître l'évolution et la teneur des différents textes qui ont mené à la loi Wagner, voir : Kenneth CASEBEER, « Drafting Wagner's Act : Leon Keyserling and the Precommittee Drafts of the Labor Disputes Act and the National Labor Relations Act », (1989) 11 I.R.L.J. 73.

51. Gérard DION, *Dictionnaire des relations du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, p. 507 (« Wagner Act »).

52. James J. BRUDNEY, « A Famous Victory : Collective Bargaining Protections and the Statutory Aging Process », (1996) 74 N.C. L. Rev. 939, p. 950.

53. Jean RIVERO, « Les droits de l'Homme : droits individuels ou droits collectifs ? », dans Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et de l'Institut de recherches juridiques, politiques et sociales de Strasbourg, *Les droits de l'Homme : droits collectifs ou droits individuels*, tome XXII, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1980, p. 20.

54. René LAPERRIÈRE, « États-Unis d'Amérique », dans Antoine LYON-CAEN et Antoine JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, 189, p. 192.

55. René LAPERRIÈRE, « Canada et Québec », dans Antoine LYON-CAEN et Antoine JEAMMAUD (dir.), *Droit du travail, démocratie et crise en Europe occidentale et en Amérique*, Paris, Actes Sud, 1986, 169, p. 170 ; Marie-Ange MOREAU et Gilles TRUDEAU, « Les modes de réglementation sociale à l'heure de l'ouverture des frontières : quelques réflexions autour des modèles européen et nord-américain », (1992) 33 C. de D. 345, 375 ; WEILER, *supra*, note 30, p. 32.

56. Décret C.P. 1003, 17 février 1944, dans *Décrets, ordonnances et règlements canadiens de guerre, 1944*, vol. I, Ottawa, 1944, p. 465.

57. S.R.C. 1927, vol. IV, c. 206.

58. *Journals of the House of Commons of the Dominion of the Canada*, vol. 84, 1945, 8 George VI, 202.

59. Judy A. FUDGE, « Voluntarism, Compulsion and the Transformation of Canadian Labour Law during World War II », dans Gregory S. KEALEY et Greg PATMORE, *Canadian and Australian Labour History : Towards a Comparative Perspective*, St-John, Committee on Canadian Labour History, 1990, p. 81 ; Robert P. GAGNON, Louis LEBEL et Pierre VERGE, *Droit du travail*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 27 ; Gérard HÉBERT, « La législation sur les relations du travail au Canada et le C.P. 1003 », (1995) 50 Relat. Ind. 85, 94 : « L'obligation de négocier constituait le cœur de la loi ».

choisie par les salariés aux fins de la négociation de leurs conditions de travail.

Pris au piège de sa propre logique qui consiste à faire l'apologie du consensualisme tout en imposant des plafonds salariaux pour contenir l'inflation, le gouvernement fédéral est poussé dans ses derniers retranchements.⁶⁰ Le décret C.P. 1003 lui servira pour ainsi dire d'exutoire.

Ce décret fédéral reconnaissait aux employés le droit d'être membre d'un syndicat, de participer à ses activités légitimes, d'élire des représentants-négociateurs par un vote majoritaire afin que les salariés ainsi élus entreprennent des négociations en vue de conclure une convention collective. D'abord conçue comme une mesure temporaire, le temps que dure la guerre⁶¹, ce régime de négociation collective est demeuré intact par la suite et a ainsi pavé la voie au *Code canadien du travail*⁶², toujours en vigueur aujourd'hui.⁶³

Au Québec, c'est également en 1944, par le truchement de la *Loi des relations ouvrières*⁶⁴ – promulguée tout juste deux semaines avant l'adoption du décret fédéral C.P. 1003⁶⁵ – que le législateur québécois faisait de la négociation collective des conditions de travail par un syndicat dûment accrédité un véritable « droit » opposable à l'employeur. Il se distinguait en cela de la majorité des autres provinces canadiennes qui, pendant le conflit mondial, « suspendirent leur législation et firent en sorte que les règlements [des relations ouvrières en temps de guerre] s'appliquent dans leur ressort. »⁶⁶ Craignant pour sa part qu'Ottawa ne prenne avantage de la guerre pour tenter d'étendre son emprise sur tout le domaine des relations de travail, matière réputée de compétence provinciale⁶⁷, l'Assemblée nationale s'empressait de légiférer.⁶⁸

Élaborée sur le modèle états-unien⁶⁹, la Loi des relations ouvrières constituait le tout premier essai du législateur québécois pour aménager les rapports collectifs de travail.⁷⁰ Cette loi était perçue comme un « moyen d'assurer la paix dans l'industrie et d'amener, sans l'intervention directe de l'État, l'établissement de conditions de travail plus adéquates ». ⁷¹ Si la *Loi des relations ouvrières* a depuis été subsumée dans le *Code du travail* du Québec⁷², les principes fondamentaux qu'elle mettait de l'avant y demeurent bien présents.⁷³

Ces principes fondamentaux, calqués sur la loi Wagner et communs à tous les régimes législatifs de rapports collectifs de travail en vigueur au Canada, peuvent se résumer à grands traits :

- a) reconnaissance du droit des salariés de s'associer pour former librement une association syndicale et prendre part à ses activités licites ;
- b) établissement d'une procédure visant à faire déterminer, par un tribunal administratif spécialisé (une commission des relations du travail ou labor relations board), le caractère représentatif de l'association syndicale ou la composition de l'unité de négociation ;
- c) octroi d'un monopole de représentation au syndicat choisi par une majorité absolue des salariés de l'unité de négociation ;
- d) protection du droit des salariés de négocier collectivement leurs conditions de travail par :

- l'interdiction de certaines pratiques réputées déloyales ;
- l'exigence, imposée aux parties, de négocier de bonne foi ;
- l'attribution d'une vaste discrétion aux parties quant au contenu de la convention collective ;
- la possibilité d'exercer, à des périodes bien déterminées, le recours à la grève ou au lock-out pour influencer sur le cours des négociations.

- e) affirmation de l'effet obligatoire de la convention collective et instauration d'une procédure d'arbitrage exclusif pour en faire assurer le respect.⁷⁴

Ce sont essentiellement des revendications *politiques*, portées par le mouvement syndical, qui ont amené les élus à consacrer ces principes dans la législation du travail. Ils sont le fruit d'une lutte incessante des syndicats pour obtenir une reconnaissance *juridique* favorable à leur épanouissement, certes, mais aussi à leur autonomie, notamment par rapport au pouvoir judiciaire...

II. LE JUGE : UN ALLIÉ POLITIQUE ?

S'il fallait dégager, sur un plan historique, l'ultime motivation des syndicats pour obtenir une reconnaissance institutionnelle par le droit, elle résiderait probablement dans leur soif d'une plus grande autonomie dans leurs rapports avec les employeurs. À cet

60. FUDGE, *id.*, p. 89.

61. Laurel S. MACDOWELL, « The Formation of the Canadian Industrial Relations System During World War Two », dans Laurel S. MACDOWELL et Ian RADFORTH (dir.), *Canadian Working Class History: Selected Readings*, Toronto, Canadian Scholars Press, 1992, 575, p. 579, 583 et 590.

62. Rodrigue BLOUIN, *La juridiciarisation de l'arbitrage de grief*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 20; Gregor MURRAY et Pierre VERGE, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1999, p. 11.

63. L.R.C. 1985, c. L-2 (ci-après : « Code canadien du travail »).

64. S.Q. 1944, c. 30.

65. *Id.*, art. 3; Pierre VERGE, « Bref historique de l'adoption du monopole de la représentation syndicale au Québec », (1971) 12 C. de D. 303, p. 308.

66. WEILER, *supra*, note 30, p. 11.

67. Sur cette présomption, voir : *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733, p. 749 (J. Estey), 772 (J. Dickson) et 779 (J. Beetz).

68. HÉBERT, *supra*, note 59, 101; Jacques ROUILLARD, *Histoire du syndicalisme au Québec*, Montréal, Boréal, 1989, p. 250.

69. LAPERRIÈRE, *supra*, note 55, p. 173; MORIN, *supra*, note 39, p. 32 (para. 0-28); Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. Le droit aussi..., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, p. 114.

70. MORIN, *id.*, 273 (para. III-17).

71. GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 59, p. 27.

72. *Ibid.*

73. MURRAY et VERGE, *supra*, note 62, p. 11.

74. Christian BRUNELLE, *Discrimination et obligation d'accommodement raisonnable en milieu de travail syndiqué*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 37-38.

égard, l'intervention du juge afin de contrer – notamment par la voie de l'injonction – les moyens de pression exercés par le syndicat était invariablement assimilée à une immixtion injustifiée, à la faveur de l'employeur, dans un rapport pourtant déjà empreint d'inégalité. Dans ce contexte, il ne faut pas s'étonner que les revendications politiques exercées par le mouvement syndical pour obtenir une reconnaissance de l'État se soient aussi traduites par une volonté de garder le pouvoir judiciaire à bonne distance des rapports collectifs de travail (1.).

Toutefois, face à un État moderne secoué par diverses « crises » (crise *budgétaire*, crise d'*effectivité*, crise idéologique et crise de *légitimité*...⁷⁵) et qui semble impuissant sinon indifférent face à la montée des inégalités, se pourrait-il que l'on assiste à une réhabilitation du pouvoir judiciaire, appelé en renfort pour soutenir la liberté syndicale sous-jacente à la liberté générale d'association garantie par les Chartes des droits (2.)?

1. L'autonomie collective devant le pouvoir judiciaire

Dans leur conception même, les codes du travail laissent relativement peu de place au pouvoir judiciaire. Selon la volonté originale du législateur, l'intervention du juge dans les rapports collectifs de travail devait demeurer exceptionnelle. Cela s'explique par le fait que le droit du travail est marqué par une forte volonté autonomiste.⁷⁶ Il est fondé sur le postulat que ce sont les parties à la relation de travail elles-mêmes qui sont les mieux placées pour convenir, en toute autonomie, des règles qui vont régir leurs rapports.⁷⁷ Dans les milieux de travail syndiqués, cette conception est très fortement enracinée. Ainsi, pendant la majeure partie du XX^e siècle, « [c]'est l'autonomie collective qui a été l'objet privilégié et prépondérant des politiques publiques en matière d'emploi »⁷⁸, la négociation collective permettant « aux travailleurs d'exercer leur capacité de se gouverner eux-mêmes ».⁷⁹

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la convention collective ait reçu l'étiquette de « loi des parties »⁸⁰ et qu'elle soit assimilée, ni plus ni moins, à la « Charte d'un milieu de travail »⁸¹, au système interne des valeurs de l'entreprise⁸², comme pour

mieux souligner la plénitude – sinon la prépondérance⁸³ – normative que les parties tendent à y attribuer.⁸⁴

En fait, l'État s'est longtemps refusé à s'immiscer dans les conditions de travail applicables dans les milieux de travail syndiqués, préférant laisser la détermination du contenu de la convention collective au libre jeu de la négociation entre les parties. Cela explique d'ailleurs pourquoi la teneur des conventions collectives peut varier considérablement non seulement d'un secteur d'activité à l'autre, mais aussi d'une entreprise à l'autre, en fonction de sa réalité propre.

Quant à la sanction des manquements aux obligations mutuelles souscrites par les parties à la convention collective, elle participe là encore des visées autonomistes dont le régime juridique des rapports collectifs de travail se veut le reflet. D'une part, les parties peuvent elles-mêmes déterminer, par la négociation, les conditions qui doivent être satisfaites par une personne salariée afin que celle-ci puisse disposer d'un recours lorsqu'elle subit une mesure préjudiciable imputable à l'employeur. À titre d'exemple, il n'est pas rare qu'une personne salariée qui occupe un emploi précaire doive cumuler un nombre de jours ou d'heures de travail prédéterminé par la convention collective, avant de pouvoir bénéficier de la procédure de grief qui y est prévue.⁸⁵

D'autre part, même dans les cas où la convention collective ne comporte pas une quelconque période probatoire, il n'en reste pas moins que c'est le syndicat qui demeure, dans l'immense majorité des cas, le véritable titulaire du grief. À ce titre, il peut bien sûr porter ce grief à l'arbitrage mais il peut tout aussi bien s'en désister ou choisir de le régler à l'amiable, selon l'appréciation qu'il en fait en fonction des intérêts de la personne salariée et de l'ensemble des membres de l'unité.⁸⁶ Dans la mesure où la décision du syndicat sous ce rapport n'est pas empreinte de « mauvaise foi », d'« arbitraire » ou de « discrimination », à titre d'exemples, elle demeure inattaquable.

Enfin, il importe de mentionner que le grief échappe à la compétence des tribunaux judiciaires. C'est plutôt l'arbitre de grief qui dispose d'une compétence *exclusive* pour déterminer « si le comportement qui donne naissance au litige opposant les parties découle expressément ou implicitement de la convention collective qui les

75. COUTU et MARCEAU, *supra*, note 4, p. 24-27.

76. Guylaine VALLÉE, « Le droit du travail comme lieu de pluralisme juridique », dans Céline SAINT-PIERRE et Jean-Philippe WARREN (dir.), *Sociologie et société québécoise : Présences de Guy Rocher*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2006, 241, p. 242 et suiv.

77. Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006, p. 54 et suiv.

78. VERGE, TRUDEAU et VALLÉE, *id.*, p. 59.

79. WEILER, *supra*, note 30, p. 63 (nos italiques).

80. *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Filion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, [2006] 1 R.C.S. 27, p. 67 (j. LeBel, diss., para. 98); BRUNELLE, *supra*, note 74, p. 48 et 253; Denis NADEAU, « La Charte des droits et libertés de la personne et le droit du travail au Québec : naissance d'un « nouveau salarié » dans un droit en mutation », (2006) *R. du B.* (Numéro thématique hors série) 399, p. 404 et 409.

81. GAGNON, LEBEL et VERGE, *supra*, note 59, p. 525. La professeure VALLÉE, *supra*, note 76, p. 246, parle plutôt d'une «... « charte » négociée du milieu de travail » (nos italiques).

82. Donald D. CARTER, « The Duty to Accommodate: Its Growing Impact on the Grievance Arbitration Process », (1997) 52 *Relat. ind.* 185, p. 186.

83. *Université McGill c. St-Georges*, [1999] R.J.D.T. 9 (C.A.), p. 29: «...la convention collective a été reconnue comme la loi des parties; elle est placée au sommet de la hiérarchie normative des relations du travail. » (nos italiques) (j. Zerbisias, *ad hoc*, diss., non contredite sur ce point); Denis NADEAU, « L'arbitrage de griefs : vecteur d'intégration des droits de la personne dans les rapports collectifs du travail », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais inc., 2005, 153, p. 161. Selon la professeure VALLÉE, *supra*, note 76, p. 246, c'est «... la légitimité historique particulière des institutions des rapports collectifs du travail [qui] explique le statut prépondérant qui leur a été reconnu par rapport à d'autres ordres juridiques applicables dans les milieux de travail » (nos italiques).

84. NADEAU, *id.*, p. 157-158.

85. Dans l'arrêt *Isidore Garon ltée c. Tremblay; Filion et Frères (1976) inc. c. Syndicat national des employés de garage du Québec inc.*, *supra*, note 80, p. 99 (para. 183), le juge LeBel, dissident, fait justement observer que « les employés temporaires ou à l'essai ne jouissent généralement pas de la protection contre le congédiement sans cause juste et suffisante ».

86. *Centre hospitalier Régina Ltée c. Tribunal du travail*, [1990] 1 R.C.S. 1330, p. 1349 (j. L'Heureux-Dubé); Noël c. Société d'énergie de la Baie James, *supra*, note 17, p. 232-233 (j. LeBel, para. 54 et 55).

unit ». ⁸⁷ Fait pour le moins significatif, la nomination et la rémunération de cet arbitre relèvent le plus souvent des parties elles-mêmes. ⁸⁸ C'est dire l'autonomie dont elles jouissent dans la régulation de leurs rapports !

Le fait d'attribuer cette compétence exclusive à l'arbitre de grief n'est évidemment pas le fruit du hasard. Il se voulait avant tout une réponse à l'inefficacité des structures judiciaires traditionnelles, particulièrement mal adaptées à la réalité singulière – « collective », dirions-nous – du droit du travail :

[...] les griefs qui s'élèvent à l'encontre des tribunaux ordinaires ont trait à la nature même de ces tribunaux, à leur façon traditionnelle d'opérer, aux règles de procédure auxquelles ils sont soumis, aux délais prolongés qui en résultent ainsi qu'au coût souvent prohibitif qui peuvent empêcher les parties de faire valoir leurs droits. ⁸⁹

Le désir des parties à la convention collective de « rester maîtresses de leurs propres procédures » ⁹⁰ militait aussi résolument en faveur de l'arbitrage de grief. À cet égard, même si la chose apparaît assez peu documentée, il n'est pas impossible que la préférence des syndicats pour ce forum soit justifiée par leur insuccès passé devant les tribunaux judiciaires, lequel pourrait s'expliquer en partie par le fait que les avocats appelés à la magistrature sont majoritairement issus de milieux professionnels plus sensibles aux intérêts du patronat. ⁹¹

Quoi qu'il en soit, si le législateur laissait relativement peu de doute sur ses intentions de réserver le domaine de l'application et de l'interprétation de la convention collective aux tribunaux d'arbitrage de grief, les tribunaux judiciaires ont mis du temps à saisir son message.

Au nom du pouvoir de surveillance et de contrôle qui leur est dévolu par la Constitution, les juges des cours supérieures sont souvent intervenus par le passé pour substituer leur interprétation de la convention collective ou de la loi à celle retenue par l'arbitre de grief. Cet « usage immodéré » du contrôle judiciaire se justifiait souvent par le souci de ramener les arbitres dans les ornières du « droit privé d'essence libérale ». ⁹²

Or, depuis le début des années 1980, « début de l'ère moderne du droit administratif canadien » ⁹³, les cours supérieures ont progressivement délaissé la méthode artificielle et formaliste ⁹⁴ et font généralement preuve de retenue dans la révision des sen-

tences arbitrales, par égard pour l'expertise désormais reconnue des arbitres de grief en matière de rapports collectifs de travail :

La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. ⁹⁵

Certes, l'observance plus stricte de ce principe de déférence n'empêche pas formellement les parties à la convention collective d'utiliser la procédure de révision judiciaire à des fins instrumentales, que ce soit pour gagner du temps afin de provoquer un règlement négocié ou encore pour affaiblir financièrement l'adversaire, pour ne citer que ces exemples. Il n'en reste pas moins que l'observance rigoureuse du principe de déférence peut contribuer à dissuader les parties de recourir à la révision judiciaire, ce qui limite forcément l'intervention des juges dans les rapports collectifs de travail. Cela étant, l'autonomie collective s'en trouve fortifiée.

Cependant, l'amorce de ce courant moderne du droit administratif – qui témoigne, à sa façon, de l'abandon d'un certain conservatisme judiciaire en matière sociale ⁹⁶ – a coïncidé avec la fin de la période dite des « trente glorieuses » (1950-1980), période faste qui aura permis au mouvement syndical de tirer avantage des structures législatives nouvellement établies dans la foulée de la Loi Wagner. Dans ce contexte de création soutenue d'emplois qui assurait alors la progression de leurs effectifs, les syndicats étaient conviés à gérer la croissance et le « progrès », en faisant surtout porter les négociations sur les taux d'augmentation de salaire. ⁹⁷ Par conséquent, « la négociation collective allait permettre le partage des gains de productivité, soit l'amélioration du niveau de vie des travailleuses et travailleurs par l'augmentation des salaires, la bonification des avantages sociaux et la réduction du temps de travail ». ⁹⁸

Ces gains syndicaux obtenus par la négociation directe avec les employeurs servaient alors d'inspiration au législateur, les conventions collectives devenant, pour lui, des réservoirs d'idées pour la mise en place de politiques sociales :

87. *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, p. 963 (J. McLachlin); *Bisaillon c. Université Concordia*, [2006] 1 R.C.S. 666, p. 686 (J. LeBel, para. 33).

88. Robert P. GAGNON, « L'indépendance des arbitres : une exigence fragile et vitale », dans BARREAU DU QUÉBEC, Service de la formation permanente, *Développements récents en droit du travail dans le secteur de l'éducation*, vol. 235, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 88; Gilles TRUDEAU, « L'arbitrage des griefs au Canada : plaidoyer pour une réforme devenue nécessaire », (2005) 84 R. du B. can. 249, p. 265 et suiv.; Diane VEILLEUX, « L'arbitre de grief face à une compétence renouvelée... », (2004) 64 R. du B. 217, p. 264 et suiv.

89. Émile GOSSELIN, « Nature et raisons d'être des tribunaux du travail », dans *Les tribunaux du travail*, XVI^e Congrès des relations industrielles, Québec, Presses de l'Université Laval, 1961, 17, p. 33.

90. *Id.*, p. 40.

91. COUTU et MARCEAU, *supra*, note 4, p. 13-14; Stephen BRICKEY et Elizabeth COMACK, « The Role of Law in Social Transformation: Is a Jurisprudence of Insurgency Possible? », (1987) 2 Can. J. Law & Soc. 97, p. 99: « Granted, members of the Canadian judiciary, for example, have by and large been recruited from the ranks of capital and hold a reputation for their conservative orientation to decision making ».

92. COUTU et MARCEAU, *id.*, p. 326.

93. *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9 (J. LeBel, para. 35).

94. *Id.*, para. 43.

95. *Id.*, para. 49.

96. COUTU et MARCEAU, *supra*, note 4, p. 52. Voir dans le même sens : Michel COUTU, « Le Tribunal des droits de la personne comme « gardien de la Constitution » », dans TRIBUNAL DES DROITS DE LA PERSONNE et BARREAU DU QUÉBEC (dir.), *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 87, p. 94-95.

97. MORIN, BRIÈRE et ROUX, *supra*, note 15, p. 79 (para. I-68); Voir également : FUDGE et GLASBEEK, *supra*, note 44, p. 389-390.

98. François AUBRY, « Le plein emploi, mythe ou réalité? », *L'Action nationale*, vol. 88, n° 1, janvier 1998, p. 128.

*Historiquement, la convention collective de travail a joué un rôle important dans l'élaboration et la mise en œuvre de diverses mesures de sécurité sociale pour le bien-être des travailleurs et des travailleuses. Pendant longtemps, c'est-à-dire jusqu'à la seconde guerre mondiale, la convention collective a, en quelque sorte, joué un rôle supplétif en cette matière, en l'absence de régimes publics. À cet égard, à l'instigation des syndicats, la convention collective a été le pré-curseur des régimes publics d'assurance-hospitalisation, d'assurance-santé, et des régimes de retraite ou d'invalidité.*⁹⁹

C'est ainsi que les syndicats ont joué un rôle non négligeable dans l'élaboration de maintes lois sociales. Ils sont devenus au cours de ces années un acteur politique puissant¹⁰⁰ et plusieurs des réformes qu'ils ont successivement revendiquées, appuyées puis défendues ont profité – et profitent toujours au demeurant – à l'ensemble des citoyens.

Toutefois, les récessions économiques qui marqueront le début des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, combinées à la montée de l'idéologie néolibérale, à l'accentuation et l'internationalisation de la concurrence, aux rationalisations, aux coupures de postes, aux restructurations ou fermetures d'entreprises, aux compressions budgétaires et à l'obsession du déficit zéro dans le secteur public, vont créer un contexte extrêmement défavorable au mouvement syndical. D'ailleurs, les taux de syndicalisation au Canada sont en déclin depuis la fin des années 1970, particulièrement dans le secteur privé.¹⁰¹

À cet égard, si l'État s'est jadis montré relativement sensible aux revendications syndicales en favorisant la négociation collective comme moyen privilégié de reconnaissance de la «citoyenneté au travail»¹⁰², il subit aujourd'hui des pressions importantes «pour réduire son rôle protecteur sur le marché du travail et limiter son intervention dans la gestion économique».¹⁰³ Ces pressions, auxquelles l'État n'offre pas toujours la résistance souhaitée, tendent à restreindre certains programmes sociaux et à favoriser la déréglementation et la privatisation de certains services.¹⁰⁴

Dans de telles conditions, l'action politique des syndicats est plus essentielle que jamais. Toutefois, il pourrait bien arriver qu'elle ne suffise pas pour contrer efficacement les attaques contre la liberté syndicale... Et si le pouvoir judiciaire, l'ennemi d'hier, devenait maintenant un allié sous ce rapport ?

2. La liberté syndicale protégée par le pouvoir judiciaire

Quand la classe politique reste indifférente aux difficultés vécues dans les milieux de travail, elle contraint forcément les syndicats à trouver une solution de rechange pour faire valoir leurs revendications et ainsi espérer infléchir les politiques publiques. Dans certains cas, l'arène judiciaire peut constituer cette solution de rechange.¹⁰⁵ De fait, «les tribunaux judiciaires sont devenus le lieu où se font entendre la voix des groupes que les établissements parlementaires canadien et québécois ont largement refusé d'entendre».¹⁰⁶ Ainsi, la judiciarisation, pensée à la fois comme une forme de «participation politique»¹⁰⁷ et comme le «dernier recours dans l'ordre de mobilisations politiques du droit», peut permettre d'obtenir «la confirmation de droits qu'on croyait acquis, mais dont l'exercice est politiquement ou matériellement compromis...».¹⁰⁸ À cet égard, la *Charte canadienne des droits et libertés*, en raison de sa nature pleinement constitutionnelle, recèle un vaste potentiel.

L'alinéa 2*d*) de cette Charte reconnaît à «chacun» la «liberté d'association». Au cours des débats qui ont précédé l'adoption de la Charte, des élus ont suggéré que l'on ajoute, à la fin de cette disposition, la mention «y compris la liberté d'association syndicale et de négociation collective».¹⁰⁹ Cette proposition ne fut cependant pas retenue, essentiellement parce qu'on jugeait que le concept de «liberté d'association» était suffisamment large pour inclure la liberté syndicale.¹¹⁰ Les tribunaux n'allaient toutefois pas l'entendre de la même façon.

Pour définir la «liberté d'association» constitutionnelle, les juges vont dès le départ établir une distinction entre l'activité associative, d'une part, et les buts de l'association, d'autre part, de manière à ce que «la liberté d'association ne protège que l'aspect collectif

99. Jean BERNIER et André C. CÔTÉ, «Les accords d'entreprise au Canada», dans Irena BORUTA et Henryk LEWANDOWSKI (dir.), *Les accords d'entreprise*, Acta Universitatis Lodzensis, Folia Iuridica 46, Chaire de droit du travail et de la sécurité sociale de l'Université de Lodz, Pologne, 1991, 15, p. 17.

100. Harry W. ARTHURS, «Developing Industrial Citizenship: A Challenge For Canada's Second Century», (1967) 45 *R. du B. Can.* 786, p. 807; Donald D. CARTER, «Canadian Labour Relations under the Charter», (1988) 43 *Relat. Ind.* 305, p. 307; Mona-Josée GAGNON, *Le syndicalisme : état des lieux et enjeux*, coll. Diagnostic (vol. 17), Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, p. 77; Gregor MURRAY et Pierre VERGE, «La représentation syndicale au-delà de l'entreprise», (1994) 35 *C. de D.* 419, p. 428 et 450. La Cour suprême du Canada a unanimement reconnu la légitimité, voire la nécessité, pour les syndicats, de se livrer à des activités politiques et sociales pour promouvoir consciencieusement les intérêts des travailleurs : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 289 et 291 (J. Wilson), 333 (J. LaForest) et 350 (J. McLachlin). Voir dans le même sens : David WRIGHT, «Unions and Political Action: Labour Law, Union Purposes and Democracy», (1998) 24 *Queen's L.J.* 1.

101. Ernest B. AKYEAMPONG, «Aperçu statistique du mouvement syndical ouvrier», *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 9, n° 4, hiver 1997, 50, p. 60 (Tableau 6); Ernest B. AKYEAMPONG, «Le mouvement syndical en transition», *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 5, n° 8, Août 2004, p. 5; René MORRISETTE, Grant SCHELLENBERG et Anick JOHNSON, «La syndicalisation : tendances divergentes», *L'emploi et le revenu en perspective*, vol. 6, n° 4, Avril 2005; GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, Ministère du travail, *La présence syndicale au Québec en 2007* (rédaction : Alexis LABROSSE) [En ligne : http://www.travail.gouv.qc.ca/publications/rapports/bilantr/pres_synd2007.pdf]

102. ARTHURS, *supra*, note 100.

103. MURRAY et VERGE, *supra*, note 62, p. 111.

104. *Id.*, p. 112.

105. NOREAU (2000), *supra*, note 7, p. 330-331; Judy FUDGE, «The Supreme Court of Canada and the Right to Bargain Collectively: The Implications of the *Health Services and Support* case in Canada and Beyond», *Industrial Law Journal*, vol. 37, n° 1, Mars 2008, 25, p. 26 et 46.

106. Marie-France BICH, «Défense et illustration du droit québécois», *Sociologie et sociétés*, vol. XXXVI, n° 2, automne 1994, 57, p. 82.

107. NOREAU, *id.*, p. 339.

108. NOREAU et VALLET, *supra*, note 7, p. 68. Ainsi, comme le souligne JEAMMAUD, *supra*, note 21, p. 211 : «Les intérêts président en dernière analyse à la mobilisation des règles de droit...».

109. *Procès verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des Communes sur la Constitution du Canada*, Ottawa, 1^{re} session, 32^e législature, Fascicule n° 43, jeudi 22 janvier 1981, p. 43 : 68 (M. Svend Robinson, député néo-démocrate).

110. BRUNELLE et VERGE, *supra*, note 25, p. 714.

de l'activité, non pas l'activité elle-même». ¹¹¹ En fait, cette liberté était réservée «à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice» ¹¹² :

[...] la liberté d'association s'entend de la liberté de s'associer afin d'exercer des activités qui sont licites lorsqu'elles sont exercées par un seul individu. Mais comme le fait d'être associés ne confère en soi aucun droit supplémentaire aux individus, l'association n'acquiert aucune liberté, garantie par la Constitution, de faire ce qui est illicite pour l'individu de faire. ¹¹³

Ainsi comprise, la liberté d'association protégeait essentiellement «la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles» ¹¹⁴ et sans être exposé à quelque ingérence de l'employeur dans la formation de cette association.

Cela étant, même si l'exercice du droit de grève pouvait constituer l'ultime moyen, pour un syndicat, d'atteindre ses fins, cela ne changeait rien au fait qu'une loi fédérale ¹¹⁵ ou provinciale ¹¹⁶ pouvait interdire le recours à ce moyen de pression, sans que ce choix législatif ne puisse être remis en cause sur le fondement de la Charte canadienne.

Suivant la même logique, une majorité de juges concluait que la négociation collective, même si elle peut «être l'objet essentiel de la constitution des syndicats», «n'est pas une activité qui est, sans plus, protégée par la garantie de liberté d'association». Selon la Cour suprême du Canada, comme il ne s'agissait pas d'«une activité qu'une personne, prise individuellement, peut exercer légitimement» ¹¹⁷, le législateur pouvait la restreindre sans porter atteinte à la liberté d'association reconnue par la Constitution.

Il faudra attendre l'arrêt *Dunmore*, prononcé à la fin de l'année 2001 ¹¹⁸, pour que l'on accepte d'enrichir cette interprétation, toute empreinte d'individualisme, d'une dimension collective plus significative. ¹¹⁹ Appelée à statuer sur la validité d'une loi ontarienne de 1995, qui en abrogeait une autre – adoptée deux ans plus tôt – en vertu de laquelle les travailleurs agricoles de la province avaient obtenu le droit à la syndicalisation, la Cour suprême du Canada déclarait la loi abrogative inopérante sur le fondement de l'alinéa 2d) de la Charte canadienne.

La Cour reconnaissait pour la toute première fois que la liberté d'association peut protéger des activités «de nature collective» en elles-mêmes, c'est-à-dire qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'une personne seule. Soulignant, avec à-propos, que «les individus ne s'associent pas simplement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel» ¹²⁰, la Cour ajoutait :

[...] étant donné que les besoins et priorités des syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des «activités licites d'un individu». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales – les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales – peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. Ceci ne veut pas dire que toutes ces activités sont protégées par l'al. 2d), ni que toutes les collectivités ont droit à la protection constitutionnelle; en fait, notre Cour a exclu plusieurs fois le droit de grève et de négociation collective de la protection de l'al. 2d)... Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens. ¹²¹

Pour la Cour, le «noyau dur» de la liberté d'association comportait ainsi «le droit de se syndiquer [...] avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination.» ¹²² La Cour parvenait à cette conclusion à la faveur de travailleurs qui n'avaient, insistait-elle, «ni pouvoir politique, ni ressources pour se regrouper sans la protection de l'État» et qui demeuraient, somme toute, «vulnérables face aux représailles patronales». ¹²³ Il faut dire que ce contexte factuel particulier n'était pas forcément propice aux accès d'enthousiasme quant à la question de savoir si la Cour allait subséquemment élargir cette brèche soudainement ouverte dans sa jurisprudence ou si elle allait plutôt travailler à la colmater.

111. *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, p. 227 (j. Iacobucci et Bastarache, para. 105).

112. *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 397 (j. McIntyre).

113. *Id.*, p. 409.

114. *Id.*, p. 391.

115. *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424.

116. *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460.

117. *Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, p. 404-405 (j. Sopinka).

118. *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

119. Jamie CAMERON, «The "Second Labour Trilogy": A Comment on *R. v. Advance Cutting*, *Dunmore v. Ontario*, and *R.W.D.S.U. v. Pepsi-Cola*», (2002) 16 S.C.L.R. (2d) 67, p. 83.

120. *Id.*, p. 1039 (j. Bastarache, para. 16).

121. *Ibid.*

122. *Id.*, p. 1078 (para. 67).

123. *Id.*, p. 1060 (para. 41).

Si l'on en juge par l'arrêt *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. Colombie-Britannique*¹²⁴ rendu le 8 juin 2007, c'est la première hypothèse qui tend à se confirmer. Dans cette affaire, six syndicats et huit travailleurs syndiqués invoquaient leur liberté constitutionnelle d'association contre une loi provinciale qui visait à réduire les coûts et à faciliter la gestion efficiente des effectifs du secteur de la santé en accordant à l'employeur une plus grande latitude pour aménager à son gré les conditions de travail. Cette loi, adoptée à toute vapeur pour faire face à une « crise de viabilité » du système de santé, selon l'expression du gouvernement¹²⁵, comportait notamment des dispositions destinées à faciliter le recours à la sous-traitance. Pour les salariés visés, ce changement forcé d'employeur s'accompagnait inexorablement d'une baisse salariale appréciable¹²⁶, d'une détérioration des avantages sociaux et d'une perte de la sécurité d'emploi.¹²⁷ La loi avait en outre pour effet d'invalider d'importantes dispositions des conventions collectives alors en vigueur et d'interdire toute véritable négociation sur certaines questions.

D'emblée, la Cour admet que la « conception restreinte de la liberté d'association » qui ressort de ses premiers arrêts sur le sujet, laquelle n'incluait « que les activités individuelles, a été rendue désuète par l'arrêt *Dunmore* ».¹²⁸ Selon la Cour, le concept constitutionnel de liberté d'association comprend désormais « un droit procédural à la négociation collective »¹²⁹ :

*[...] le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail.*¹³⁰

Ainsi, la liberté d'association garantie par la Constitution canadienne emporte un véritable « droit collectif à une consultation et à une négociation menées de bonne foi ».¹³¹

Pour le mouvement syndical, il s'agit là d'une « avancée considérable »¹³², d'une victoire aussi importante qu'inattendue. En effet, il est pour le moins surprenant de voir le pouvoir judiciaire se porter soudainement à la défense de la liberté syndicale, inférée contre toute attente de la Charte canadienne, alors que l'histoire révèle plutôt la propension des juges à en réprimer la plupart des manifestations.¹³³

Il n'en reste pas moins que la Charte canadienne s'ajoute résolument à la gamme des moyens de pression mis à la disposition des syndicats.

Si les politiques publiques du travail se durcissent (ou s'effondrent) à la faveur des employeurs, les syndicats pourront non seulement mobiliser leurs membres pour tenter d'infléchir l'action gouvernementale mais ils pourront aussi mobiliser les juges précisément à cette fin.

Cela étant, le droit constitutionnel à la négociation collective « demeure un droit à portée restreinte ». D'une part, il concerne essentiellement un « processus » : la réalisation des objectifs des syndiqués et les résultats auxquels la négociation est susceptible de mener ne bénéficient d'aucune protection constitutionnelle. D'autre part, la garantie de liberté d'association n'implique pas le droit de revendiquer un modèle particulier de relations de travail ou encore une méthode particulière de négociation collective. Ainsi, le régime canadien des rapports collectifs de travail fondé sur le monopole de représentation syndical n'a donc pas forcément une assise constitutionnelle. Enfin, seule une atteinte *substantielle* à la liberté d'association peut justifier l'examen judiciaire des dispositions législatives attaquées.¹³⁴

Pour que le tribunal puisse conclure qu'une mesure gouvernementale porte une atteinte substantielle à la liberté d'association, deux conditions devront être satisfaites. Premièrement, la mesure devra toucher « un sujet d'importance pour le processus de négociation collective ».¹³⁵ Deuxièmement, cette mesure devra avoir été imposée sans égard au « précepte fondamental de la négociation collective », soit « l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi ».¹³⁶

Ainsi, dans l'arrêt *Health Services and Support*, la Cour estime que des mesures législatives dont l'effet est de :

- i) ne pas permettre aux syndicats de restreindre, par le jeu de la négociation collective, le pouvoir de l'employeur de recourir à la sous-traitance ;
- ii) supprimer les dispositions de conventions collectives existantes qui imposent à l'employeur une obligation de consulter le syndicat avant de recourir à la sous-traitance ;
- iii) prohiber les dispositions de conventions collectives qui restreignent, d'une part, le pouvoir de l'employeur de mettre des salariés en disponibilité et qui limitent, d'autre part, l'exercice des droits de supplantation par les salariés ainsi mis en disponibilité ;

« constituent des atteintes substantielles au droit à un processus de négociation collective ».¹³⁷ De telles atteintes, conclut la Cour, ne sauraient être justifiées dans une société libre et démocratique.

124. [2007] 2 R.C.S. 391.

125. *Id.*, p. 406 (j. McLachlin et LeBel, para. 4).

126. ERIC TUCKER, « The Constitutional Right to Bargain Collectively: The Ironies of Labour History in the Supreme Court of Canada », *Labour/Le travail*, vol. 61 (Printemps 2008), 151, p. 154.

127. *Id.*, p. 155.

128. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 124, p. 415 (j. McLachlin et LeBel, para. 28).

129. *Id.*, p. 433 (para. 66).

130. *Id.*, p. 442 (para. 89).

131. *Id.*, p. 450-451 (para. 107).

132. PIERRE VERGE, « La Cour suprême, le « droit » à la négociation collective et le « droit » de grève », (2006) 66 *R. du B.* 391, p. 392.

133. TUCKER, *supra*, note 126, p. 171.

134. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 124, p. 443-444 (j. McLachlin et LeBel, para. 91).

135. *Id.*, p. 447 et 451 (para. 97 et 109).

136. *Id.*, p. 447 (para. 97).

137. *Id.*, p. 461 (para. 136).

Ce revirement jurisprudentiel en ce qui a trait à la portée de la liberté constitutionnelle d'association est en bonne partie attribuable au rôle important que la Cour semble désormais disposée à reconnaître au droit international. De fait, elle y voit « une source persuasive pour l'interprétation de la portée de la *Charte* ». ¹³⁸

Puisque le droit de grève est au cœur de la liberté syndicale en droit international ¹³⁹, ne faut-il pas déduire qu'il est également partie intégrante de la liberté d'association au sens de la Charte? Si la logique juridique devrait appeler une réponse affirmative ¹⁴⁰, la Cour a pour sa part préféré entretenir le mystère sur la question en préservant, ce faisant, sa marge de manœuvre pour le futur. De fait, il n'y a pas d'autres explications qui puissent tenir pour justifier cette affirmation dont l'évidence crève pourtant les yeux à la lumière des faits de l'arrêt : « Nous constatons que le pourvoi ne concerne pas le droit de grève, dont il a été question dans des litiges antérieurs sur l'étendue du droit à la liberté d'association »... ¹⁴¹

De toute évidence, les syndicats ne manqueront pas d'exploiter les virtualités de l'arrêt. Pour prendre seulement l'exemple du Québec, des lois destinées à limiter le nombre d'unités de négociation dans le secteur des affaires sociales ¹⁴², d'une part, et à nier le statut de « salarié » (au sens du *Code du travail*) aux personnes responsables de services de garde d'enfants en milieu familial ¹⁴³ ou qui agissent comme ressources intermédiaires de type familial auprès d'enfants ou d'adultes en difficulté ¹⁴⁴, d'autre part, ont été déclarées inopérantes aux termes de la garantie constitutionnelle de liberté d'association. ¹⁴⁵

D'autres enjeux fondamentaux pourraient éventuellement devoir être débattus devant les tribunaux sur l'initiative des syndicats. L'on sait, par exemple, que la grève demeure « un véhicule privilégié d'expression de la solidarité ouvrière et, à ce titre, un instrument de revendication politique et idéologique ». ¹⁴⁶ Or, au nom de l'objectif de « paix industrielle » gravé au cœur de la négociation collective, l'exercice du droit de grève est fortement balisé par les codes du

travail, tant et si bien que la grève y est interdite pendant toute la durée de la convention collective. ¹⁴⁷

Ainsi, dans l'état actuel du droit, des travailleurs qui s'estiment lésés par une mesure gouvernementale quelconque contraire à leurs intérêts professionnels ne peuvent se concerter pour cesser collectivement d'offrir leur prestation de travail, en guise de moyen de pression politique contre l'État, à moins qu'ils ne se trouvent, par coïncidence dirions-nous, à l'intérieur d'une période déterminée par la législation du travail et au cours de laquelle l'exercice du droit de grève leur est acquis. ¹⁴⁸ Or, le jour n'est peut-être pas loin où des syndicats invoqueront leur liberté constitutionnelle d'association pour contester les restrictions que la législation du travail actuelle impose à leur « simple liberté de grève politique » ¹⁴⁹ :

S'agissant de grèves dirigées contre le pouvoir public qui poursuivent ainsi un intérêt professionnel large, mais authentique, les restrictions qui peuvent leur être apportées par la loi régissant les rapports collectifs du travail vont donc à l'encontre de la liberté d'association syndicale. ¹⁵⁰

Cela dit, même si des activités syndicales d'importance, telle la grève, étaient susceptibles d'échapper éventuellement à la protection constitutionnelle offerte par la liberté d'association, elles pourraient encore trouver refuge sous l'abri de la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte canadienne. ¹⁵¹ C'est ainsi que le droit de dresser des lignes de piquetage ¹⁵² ou de distribuer des tracts pour appeler, par exemple, les consommateurs à boycotter l'employeur ¹⁵³ sont considérées comme des activités expressives qui relèvent, *a priori*, de la liberté constitutionnelle d'expression.

Conclusion

L'on a déjà écrit qu'« une salle d'audience n'est pas la tribune appropriée pour formuler une politique de négociation collective ». ¹⁵⁴ L'affirmation demeure encore vraie. ¹⁵⁵ Le forum politique doit rester

138. *Id.*, p. 438 (para. 78).

139. BRUNELLE et VERGE, *supra*, note 25, p. 730-735. Comme le souligne le professeur TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 41 : « La grève est reconnue par le droit international comme un moyen essentiel dont disposent les travailleurs pour faire valoir leurs intérêts économiques et sociaux. »

140. FUDGE, *supra*, note 105, p. 43; Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec*, 6^e éd. (sous la direction de Yann BERNARD, André SASSEVILLE et Bernard CLICHE), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, p. 506-507 (para. 600); VERGE, *supra*, note 132, p. 398. Comme l'affirme le professeur Jean BERNIER, « La liberté syndicale : droits collectifs et droits individuels », dans Rodrigue BLOUIN, Jean-Paul DESCHÊNES, Jean SEXTON et Alain VINET (dir.), *Le Code du travail du Québec 15 ans après...*, Actes du XXXIV^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1979, chap. 3, p. 59 : « Sous son aspect collectif, la liberté syndicale inclut bien entendu [...] le droit de négociation collective et son corollaire légitime le droit de grève » (nos italiques).

141. *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, *supra*, note 124, p. 412 (j. McLachlin et LeBel, para. 19).

142. *Loi concernant les unités de négociation dans le secteur des affaires sociales et modifiant la Loi sur le régime de négociation des conventions collectives dans les secteurs public et parapublic*, L.R.Q., c. U-0.1.

143. *Loi modifiant la Loi sur les centres de la petite enfance et autres services de garde à l'enfance*, L.Q. 2003, c. 13.

144. *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.Q. 2003, c. 12.

145. *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2007 QCCS 5513 (CanLII); [2008] R.J.D.T. 87 (C.S.) (en appel : n° 500-09-018310-078); *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, 2008 QCCS 5076 (CanLII); D.T.E. 2008T-885 (C.S.). Pour un commentaire relatif à la première de ces deux décisions de la Cour supérieure du Québec, lequel exprime certaines réserves quant au bien-fondé de l'interprétation retenue eu égard à la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada, voir Pierre VERGE, « La protection constitutionnelle du droit à la négociation collective et le réaménagement légal de représentation collective dans le secteur des affaires sociales du Québec : C.S.N. c. *Procureur général du Québec* », (2008) 14 C.L.E.L.J. 99.

146. TRUDEAU, *supra*, note 11, p. 5.

147. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 107; *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 88.1.

148. VERGE et MURRAY, *supra*, note 22, p. 358-359.

149. *Id.*, p. 365.

150. Pierre VERGE, *Le droit de grève : fondements et limites*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 222.

151. Judy FUDGE, « Lessons From Canada: The Impact of the Charter of Rights and Freedoms on Labour and Employment Law », dans Keith D. EWING (dir.), *Human Rights at Work*, Londres, Institute of Employment Rights, 2000, chapitre 7, p. 186.

152. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 587-588 (j. McIntyre); *BCGEU c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, 230 et suivantes (j. en chef Dickson); *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, 172-174 (j. en chef McLachlin et j. LeBel, para. 32 à 35).

153. *T.U.A.C., section locale 1518 c. Kmart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083, 1099 à 1107 (j. Cory, para. 21 à 33).

154. Gérard V. LA FOREST, « Droit du travail et Charte à la Cour suprême du Canada », dans Brian D. DRUCE (dir.), *Le travail, le chômage et la justice*, Montréal, Thémis, 1994, 245, p. 246.

155. BICH, *supra*, note 106, p. 80.

le lieu de prédilection des syndicats pour faire avancer la cause des travailleurs, fortifier leur liberté syndicale et promouvoir une plus grande justice sociale :

*Dans une matière aussi controversée, aussi conflictuelle et aussi délicate que les relations du travail, la procédure ouverte, publique et démocratique de la législature est infiniment préférable à la procédure fermée, étroite et limitée des tribunaux.*¹⁵⁶

Toutefois, face à un État qui reste parfois insensible aux inégalités qui marquent trop souvent les rapports entre les employeurs

et les salariés, les syndicats ont à leur disposition un nouveau moyen de pression : le recours aux juges, « gardiens de la Constitution »¹⁵⁷...et donc de la liberté d'association.

Cela dit, la prudence reste de mise. Dans l'état actuel du droit, la porte jurisprudentielle récemment ouverte à la liberté syndicale ne l'est toujours pas à sa pleine grandeur et un vent soudain (soufflé de la droite ?) peut à tout moment venir la refermer. Et quoi que l'on en dise, dans le contexte socio-économique actuel, ce n'est peut-être pas tant l'État que le pouvoir judiciaire qui en détient la clé...



156. Guy ROCHER, « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », dans Rodrigue BLOUIN et al., *Les Chartes des droits et les relations industrielles*, Actes du XLIII^e Congrès des relations industrielles de l'Université Laval, Québec, Presses de l'Université Laval, 1988, 1, p. 15.

157. COUTU, *supra*, note 96, p. 96 et suiv.

Allocution

Professeur titulaire, Faculté de droit – Université de Montréal
Chercheur au Centre de recherche en droit public
M^e PIERRE NOREAU

LÉGITIMITÉ DU JUGE CONTEMPORAIN ET IMAGE PUBLIC DE LA MAGISTRATURE : AMBIGUÏTÉ ET MUTATION D'UNE FIGURE D'AUTORITÉ



Le thème de ce congrès *Quel juge pour quelle société?*, nous conduit par nécessité à réfléchir à l'image publique du juge ; on pense ici à celle qu'il projette dans l'espace public. Cette image laisse évidemment des traces dans l'opinion. On ne peut en prendre pleinement la mesure qu'en

s'en informant directement auprès de la source : c'est-à-dire auprès des citoyens eux-mêmes. On sait cependant aussi, comme le souligne Roderick A. Macdonald dans cet ouvrage, que cette image est le produit d'une constante reconstruction médiatique. C'est notamment l'objet du propos de Florian Sauvageau qu'on retrouve également dans ces pages.

On tentera plus particulièrement ici de construire, en s'inspirant des opinions et des attitudes des citoyens, une image du juge contemporain. Derrière cette enquête se pose une question plus générale : celle de la légitimité du juge en tant que figure d'autorité.

1. Le juge dans la société démocratique contemporaine

Ce questionnement est extrêmement important dans le cadre des sociétés démocratiques. Le principe démocratique est largement fondé sur l'idée du consentement. Ce qui distingue ces sociétés des sociétés autoritaires ou totalitaires, c'est le droit des citoyens de participer à la définition de leur propre destinée. Sur le plan personnel, c'est la reconnaissance de l'individualité. Sur le plan collectif, c'est l'idée que la société doit s'orienter en fonction de la volonté du plus grand nombre.¹ L'idéal démocratique ne se réduit donc pas à l'implantation (ou à l'imposition) pure et simple d'un régime politique particulier. C'est d'une certaine façon, comme tend à le démontrer Alexis de Tocqueville, un fait culturel² qui vient justement faire que la volonté du plus grand nombre ne soit pas que le siège

d'une forme de tyrannie de la majorité³. La vie démocratique suppose une certaine prédisposition des citoyens les uns vis-à-vis des autres. Il met côte à côte, en rapport d'égalité, les citoyens de toutes origines ou de toutes conditions. C'est un idéal d'exigeant. Sur le plan des aménagements du pouvoir politique, il suppose à la fois la reconnaissance de l'égalité de participation des citoyens à la vie publique, mais également la possibilité pour eux de désigner les titulaires de l'autorité publique, sinon de contester la valeur des décisions prises en leur nom. Il s'ensuit que le droit de « ne pas être d'accord » fait entièrement partie du principe démocratique. La société démocratique est par conséquent, dans son principe même, une société « contestataire ». Elle met constamment en jeu les conditions par lesquelles s'exerce l'autorité publique.

On comprend immédiatement que cette position de départ complexifie singulièrement les rapports des citoyens et les institutions traditionnelles. C'est une tension à laquelle le pouvoir judiciaire ne peut lui-même échapper. Il faut plus particulièrement reconnaître la difficulté associée au statut de juge dans l'espace public démocratique. Pour des raisons qui s'expliquent bien sur le plan socio-historique, le juge se trouve à la charnière de deux conceptions très différentes de l'autorité, c'est-à-dire entre une conception traditionnelle et une conception légale rationnelle (et, partant, plus « moderne ») de la légitimité. Dans le cadre d'une conception traditionnelle de la légitimité, le titulaire de l'autorité publique tient son pouvoir d'un statut dont la validité vaut, par elle-même, du seul fait de son ancienneté. Longtemps, le prêtre, le père de famille, le monarque, le seigneur, le chaman ou le sorcier, ont pu bénéficier du support de ce type de légitimité, dite traditionnelle. Elle vaut dans la mesure où elle a toujours été. C'est ce que nous apprend Max Weber, un des pères de la sociologie contemporaine⁴. Autorité désignée, autorité héréditaire, autorité consacrée par le rite ou cooptée par les titulaires antérieurs de cette même autorité, toutes ces modalités de désignation sont propres aux titulaires d'un pouvoir de type traditionnel.

1. John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, GF Flammarion, 1984, (par. 95), p. 250 et suiv.

2. Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (Tome 2), Paris, Librairie Médicis (Éditions M, Th. Génin), 1951, (2^e et 3^e parties), p. 129-389 et Pierre MANENT, *Tocqueville et la nature de la démocratie*, Paris, Commentaire Julliard, 1982, 181 pages.

3. Alexis DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (Tome 1), Paris, Librairie Médicis (Éditions M, Th. Génin), 1951, (2^e partie, chapitre 8), p. 129-389.

4. Max WEBER, *Économie et société* (volume 1), Paris, Plon (coll. Agora), 1995, p. 285 et suiv.

Les sociétés modernes sont traversées par un mode de légitimation différent, caractérisé d'un côté par la plus grande place du droit et, de l'autre, par la consécration des autorités «élues». Est détenteur du pouvoir, celui qui remplit les conditions légales de sa désignation. C'est la légitimité légale-rationnelle. Au sein des États démocratiques, le droit constitutionnel consacre généralement des mécanismes de types électoraux : le détenteur du pouvoir légitime est «légalement élu». Dans un contexte sociohistorique (et idéologique d'inspiration libérale) structuré sur le principe d'égalité des citoyens, l'autorité ne peut en effet être reconnue qu'à celui à qui les autres l'ont confiée. La modernité consacre ainsi l'idée d'une légitimité fondée sur le consentement. Ce principe constitue une remise en question de l'autorité «en soi». Elle récusé l'idée d'une légitimité de type traditionnel.

On sait que dans le domaine politique, la légitimité du pouvoir législatif (de façon variable selon le régime politique) et celle du pouvoir exécutif sont fondées sur le principe électoral et plus largement encore sur celui du suffrage universel. En contrepartie, on sait que l'aristocratie ou la monarchie n'ont plus qu'une fonction symbolique ou supplétive, même dans un régime fondé sur la tradition parlementaire britannique. Les détenteurs de l'autorité politique sont aujourd'hui des élus.

Par extension, on suppose que le consentement à l'autorité politique est une condition qui garantit que ceux qui agissent en lieu et place de leurs concitoyens sont porteurs des mêmes intérêts et des mêmes valeurs. C'est le principe de la représentativité. On entend par là plusieurs choses : à la fois l'idée qu'ils sont autorisés, vis-à-vis (des représentants) des autres sociétés politiques, à parler au nom de ceux qui les ont désignés comme leurs représentants, mais également que les détenteurs de ces statuts d'autorité sont porteurs des valeurs et des références de ceux qui les ont désignés et que leurs délibérations reproduisent en quelque sorte celles de la société avec elle-même.

C'est une vérité connue déjà depuis longtemps. On trouve chez Montesquieu cette idée extraordinaire chez un homme du XVIII^e siècle, que les détenteurs du pouvoir doivent avoir des intérêts qui sont si proches de ceux qui sont sous leur pouvoir, qu'en servant leur propre intérêt ils soient toujours plus ou moins conduits à servir l'intérêt de ceux qui sont sous leur autorité. Concernant la fonction de juge, il ajoute tout aussi finement que la charge de juge ne doit pas être le privilège d'une classe spécifique, mais que les magistrats soient choisis dans les rangs de ceux dont ils seront par la suite appelés à juger la cause :

«La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certains temps de l'année, de la manière

prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert. De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats.»⁵

Il faut évidemment replacer le tout dans le contexte plus général de l'œuvre de Montesquieu, mais le principe général demeure. Juges et citoyens doivent, dans la mesure du possible, partager la même vision du monde, sinon les mêmes intérêts et les mêmes aspirations. Plutôt que d'affirmer de façon abstraite et naïve, que les détenteurs d'autorité doivent être plus vertueux que ceux qui sont soumis à cette autorité, Montesquieu affirme plus prosaïquement la nécessité que les détenteurs de la puissance publique exercent leur autorité dans des conditions et en fonction de références qui concordent avec les aspirations et les représentations des individus qui sont sujets à l'exercice de leur pouvoir⁶.

Le juge rencontre, dans l'exercice de l'autorité qui lui est confiée, cette difficulté particulière de ne pas bénéficier de la légitimité représentative (élective) qui fonde pourtant le critère contemporain de la légitimité publique. Au contraire, sa nomination est plus généralement le produit d'un cheminement personnel et professionnel atypique. Tout le monde ne peut pas devenir juge et, dans notre tradition politique, les juges ne sont les vainqueurs d'aucune élection. La nomination du juge, même lorsqu'elle est revêtue des formes de la légitimité de type légal-rationnel (on pense ici aux dispositions de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*) renvoie en vérité à un mode de légitimation plus ancien, de type traditionnel. Cette situation nécessite de la part de la magistrature une constante réflexion sur les conditions qui font qu'en l'absence de légitimité représentative ou électorale, ils doivent en quelque manière susciter l'adhésion de ceux qui dépendent de leur autorité, dans un contexte où l'autorité «en soi» ne bénéficie plus de la même reconnaissance publique qu'aux siècles derniers.

C'est le grand écart. La réalité historique et institutionnelle particulière du juge nécessite à la fois qu'il incarne les valeurs sociales de la collectivité où il assume sa fonction en même temps qu'il doit témoigner d'une certaine réserve; qu'il occupe, pour reprendre une expression devenue canonique, «une place à part»⁷. La question est plus spécifiquement de savoir comment le juge peut à la fois se faire le vecteur des valeurs sociales incarnées dans le droit tout en tenant vis-à-vis de la société elle-même une certaine distance. Il y a là un défi complexe à relever, encore que la magistrature y soit généralement parvenue au cours des dernières années, et ce, de plusieurs façons différentes. Je pense que toute la place occupée

5. Louis DE SECONDAT, baron de La Brède et DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, dans *Œuvres complètes* (Tome II), Paris, Librairie Gallimard, 1951.

6. Nous pourrions dire en fonction des mêmes «représentations sociales». On réfère ici à une notion tirée de psychologie sociale. Lire, à ce propos, le texte devenu classique de Denise JODELET, «Représentation sociale : phénomène, concept et théorie», Paris, PUF (Coll. Fondamental), 1984, p. 357-389.

7. Martin L. FRIEDLAND, *Une place à part : l'indépendance et la responsabilité de la magistrature au Canada*, Ottawa, Conseil canadien de la magistrature, 1995, 444 pages.

aujourd'hui par les activités de formation de la magistrature témoigne de la façon par laquelle on assure cette connexité nécessaire entre l'activité judiciaire et la géométrie changeante des valeurs et des rapports sociaux. Il en va de même de la diversité de profils des juges. On compte beaucoup plus de femmes dans la magistrature aujourd'hui qu'il y a 35 ans. C'est un élément qui permet de faire que la magistrature incarne à sa façon la collectivité au nom de laquelle elle assume une certaine autorité. On trouve de plus en plus de juges engagés dans d'autres sphères d'activités que la stricte sphère de l'activité judiciaire, et ce, sans que cette présence publique sacrifie quoi que ce soit du devoir de réserve⁸.

Toute la question entourant l'évolution du champ de la déontologie judiciaire est évidemment en cause ici. Le développement du droit déontologique pose la question des conditions susceptibles de susciter et d'entretenir la confiance du public dans la magistrature. Ces idéaux (et ces devoirs) sont essentiellement fondés sur l'idée que le juge doit témoigner, à la Cour et en public, d'un comportement tel que les citoyens sont en mesure de s'y reconnaître. Il ne s'agit pas d'exigences exceptionnelles, mais au contraire de comportements qu'on s'attend à voir emprunter par tout un chacun en société. On renvoie ici au comportement prévisible d'un individu ordinaire dans une société ordinaire. Et dans ce sens, les exigences déontologiques, même si elles renvoient à certaines spécificités de la fonction judiciaire, concernent très largement, dans la réalité, un ensemble de situations très courantes et, j'oserais dire, quotidiennes. Aussi, l'évolution du droit déontologique, de même que le développement de la conciliation judiciaire ou l'évolution de l'administration de la justice viennent à la fois transformer le rôle du juge et l'acte de juger. De sorte que, sans tenir directement son autorité d'une fonction représentative, la magistrature arrive à construire, par l'ajustement constant de sa pratique, une forme de plus en plus contemporaine de sa légitimité. Il ne s'agit pas pour autant d'être à la mode, d'être populaire ou d'être célèbre... Mais d'être tout simplement et de façon évidente pour tous, le juge d'une certaine société.

Il ne faut cacher qu'il s'agit là d'un défi continu et je pense que c'est un défi qui est beaucoup plus important aujourd'hui qu'il y a 40 ou 50 ans, à l'époque où l'autorité était encore considérée comme une « en-soi ». Une réalité sociale autoportante.

Pour ajouter un peu de perspective dans tout cela, il faut reconnaître que cette réalité n'est pas propre à l'institution judiciaire. Le problème se pose également dans le milieu scientifique. Le chercheur est à la fois confronté à la nécessité de se protéger du mouvement incessant de sa propre société en même temps qu'il doit rester en phase avec sa propre société, pour faire la démonstration de la pertinence de l'activité scientifique. Ici, la difficulté qui se pré-

sente n'est pas moins importante que celle à laquelle est confrontée la magistrature.

Le problème se pose également au sein d'autres institutions. La façon d'y répondre varie évidemment en fonction des caractéristiques de chacune. S'agissant de l'institution judiciaire, nous tentons ici d'explorer la question en nous inspirant des résultats d'une enquête menée auprès des citoyens québécois et portant sur les attentes du public vis-à-vis du juge contemporain. On constatera que ces attentes sont extrêmement difficiles à combler, mais ces exigences ne sont sans doute pas insurmontables.

Il s'agit évidemment de résultats de sondage. Ils nous fournissent surtout l'occasion de réfléchir tout haut à la difficulté qui accompagne aujourd'hui l'exercice de la fonction judiciaire. Les résultats d'une telle enquête ne doivent donc pas être pris au pied de la lettre ou au premier niveau. Ils traduisent des attitudes et des opinions. Il s'agit donc d'une photographie. Il vous reste à tourner le film... Ces données expliquent néanmoins les attentes du public vis-à-vis des membres de la magistrature. Une analyse de type longitudinal permet de constater, au cours des dernières années, la grande stabilité de ces attitudes et de ces opinions⁹. C'est, encore une fois, l'occasion de réfléchir ensemble sur la signification sociale de l'activité judiciaire. L'enquête a été conduite au cours des mois de septembre et octobre 2008 auprès de 1001 résidents québécois¹⁰.

Le juge : objet de confiance et de méfiance

Se pose d'abord le problème de la confiance du public, vis-à-vis de l'institution judiciaire et vis-à-vis de la figure du juge lui-même.

Abordons en premier lieu la confiance que le public place dans l'institution judiciaire. Les données de l'enquête renvoient à un constat souvent fait au cours des dernières années. Un peu moins des deux tiers de la population considère que l'institution judiciaire est une institution dans laquelle il faut investir sa confiance. D'autres institutions sont beaucoup plus facilement la cible de la dénonciation publique, on pense notamment au monde politique.

TABLEAU 1 : CONFIANCE DU PUBLIC DANS L'INSTITUTION JUDICIAIRE

Diriez-vous que vous faites très confiance, assez confiance, peu confiance ou pas du tout confiance aux tribunaux

Niveau de confiance	%
Très confiance	6,4
Assez confiance	56,0
Peu confiance	26,5
Pas du tout confiance	8,0

8. Pierre NOREAU et Chantal ROBERGE, *La déontologie judiciaire appliquée*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2008, 319 pages.

9. Pierre NOREAU, La confiance du public, fondement de l'activité judiciaire, Québec, Conférence présentée aux administrateurs de la justice, Ministère de la justice, septembre 2006, Power point, 76 diapositives.

10. Plus précisément, l'enquête a été conduite par la firme Legendre Lubawin Marketing inc. du 15 septembre au 8 octobre, 2008. L'échantillon de 1001 répondants est constitué d'adultes de 18 ans et plus, résidant au Québec. Les résultats comprennent une marge d'erreur de 3,1 %, 19 fois sur 20.

On constate ici que 6,4 % des informateurs affirment faire « très confiance » au système judiciaire et 56 % lui font « assez confiance », c’est un taux assez acceptable. Une enquête qu’on avait menée en 2006, exactement à partir de la même question, donnait exactement les mêmes résultats¹¹. C’est donc très robuste.

Tout cela ne signifie évidemment pas que l’institution judiciaire peut se reposer sur cette image *a priori* rassurante ou sur la définition impressionniste qu’entretient l’opinion publique vis-à-vis du travail des juges. Il faut reconnaître que le tiers des participants au sondage affirme se méfier de l’institution judiciaire.

Au-delà de l’institution judiciaire, les répondants manifestent également une certaine confiance vis-à-vis des juges eux-mêmes, notamment si on compare cette confiance à celle dont ils témoignent vis-à-vis d’autres figures d’autorité ou d’autres acteurs publics.

TABLEAU 2 : CONFIANCE INVESTIE DANS LES FIGURES D’AUTORITÉ

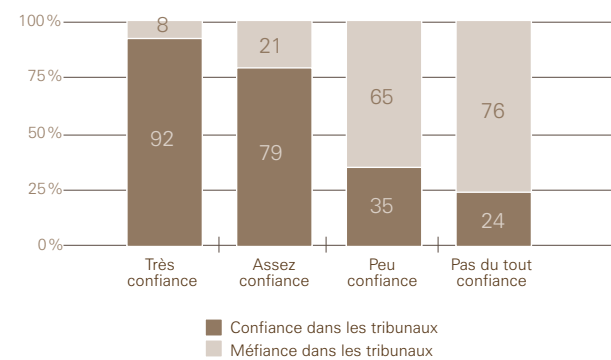
Faites-vous confiance aux...

Figure sociale	%
Avocats	48
Journalistes	51
Juges	63
Policiers	76
Notaires	78

On peut évidemment s’étonner que la population affirme faire davantage confiance aux policiers qu’aux juges. Il y a certainement beaucoup à dire là-dessus. Dans l’absolu, on sait par ailleurs que les répondants à une enquête de ce type ne réalisent pas spontanément que les juges sont d’abord et avant tout des avocats... Mais il n’y a pas de doute ici sur la portée du statut dont le juge se trouve investi. La confiance mise dans l’institution correspond à celle qu’on investit dans la figure du juge.

Des sondages menés antérieurement ont mis en évidence que la confiance dont bénéficient les juges était souvent supérieure à celle qu’on investissait dans l’institution judiciaire. Dans le cadre de l’enquête que nous venons de mener, la confiance témoignée envers les juges est équivalente à celle qu’on place dans le système de justice. Cela étant, une règle générale demeure : moins votre confiance dont vous témoignez envers les juges est élevée, moins vous ferez confiance à l’institution judiciaire. En définitive, l’acteur fait souvent l’institution.

FIGURE 1 : CONFIANCE DANS LE JUGE ET CONFIANCE DANS L’INSTITUTION¹²



Il est vraisemblable en effet que le juge soit le meilleur porteur de son institution, son meilleur défenseur. La difficulté vient de ce que les juges sont assez absents de l’espace public et, comme le souligne régulièrement Florian Sauvageau, assez absents de l’espace médiatique. On sait par ailleurs que cette image transite par celle que construisent les médias. Il y a donc un risque de perte de contrôle de l’image. Cela n’empêche pas de constater encore une fois la forte corrélation entre acteur et système, juge et institution judiciaire.

2. Des fondements et des conditions de la confiance publique

En regard des éléments qui fondent la confiance ou la méfiance des justiciables et, de façon plus générale, des citoyens, les facteurs en jeu sont souvent les mêmes. La principale crainte entretenue par les citoyens tient à la partialité du juge, à cette idée que les justiciables les plus riches sont favorisés devant les tribunaux, que les juges ne sont pas indépendants des pouvoirs politiques, que le recours aux tribunaux conduit les justiciables à perdre le contrôle de leurs problèmes et que, quoi qu’il en soit, on comprend assez peu ce qui se déroule à la Cour ; ce qui, malheureusement dans beaucoup de cas, est assez vrai.

TABLEAU 3 : CRAINTES ET OPINIONS VIS-À-VIS DES TRIBUNAUX

Opinions favorables ou défavorables vis-à-vis des juges (%)

Opinion	Oui	Non
Les juges cherchent vraiment à être juste avec toutes les parties en cause	74	26
Au tribunal, on perd le contrôle de nos problèmes	61	39
Devant les tribunaux, les justiciables ne comprennent généralement pas ce qui se passe	52	48
Les juges sont dépendants des pouvoirs politiques ¹³	53	47
Les riches sont nécessairement favorisés par les juges	68	32

11. NOREAU, op. cit. note 9.

12. $p \leq 0,000$

13. Au Canada, les juges sont totalement indépendants des pouvoirs politiques.

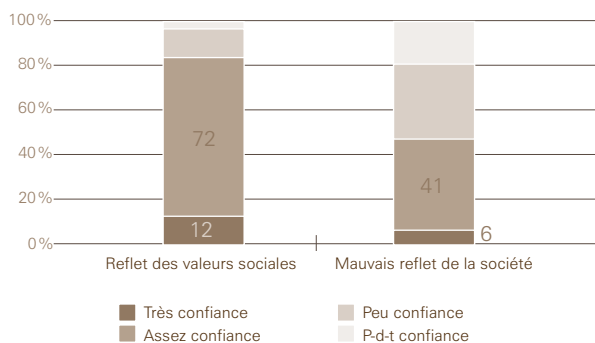
Ces perceptions sont délétères pour l'institution judiciaire dans son ensemble, mais comportent également des effets sur le niveau de confiance dont bénéficient les juges. Si vous adhérez à l'idée que les riches sont favorisés devant les tribunaux, il y a d'excellentes chances que vous fassiez également moins confiance aux juges qui les président. Si vous considérez que les juges ne sont pas indépendants des pouvoirs politiques, vous risquez aussi de remettre en question une partie de leur légitimité publique. Cet ensemble de « représentations » et de perceptions minent la confiance qu'on investirait autrement dans la figure du juge comme acteur public.

D'autres facteurs jouent également un rôle important dans la construction de la confiance ou de la méfiance des citoyens vis-à-vis de l'institution judiciaire et vis-à-vis du juge. L'âge joue par exemple sur tous ces aspects un rôle important¹⁴. Les jeunes – c'est une chose dont on devrait se réjouir – font plus confiance à l'institution judiciaire que les personnes plus âgées.

De même, les répondants les plus scolarisés ont tendance à faire plus confiance aux juges que les répondants moins scolarisés. Ce sont des tendances dont il faut tenir compte du fait de la grande diversité des conditions qui caractérisent la population des justiciables.

Autres facteurs importants, et c'est peut-être là-dessus qu'il faudra conclure : le facteur culturel. La question suivante a été posée aux participants au sondage : « Considérez-vous que les décisions des tribunaux reflètent très bien, plutôt bien, plutôt mal ou très mal les valeurs de la société québécoise actuelle ? ». Le constat est clair.

FIGURE 2 : CONFIANCE ET CONCORDANCE DES DÉCISIONS DE JUSTICE AVEC LES VALEURS SOCIALES¹⁵



On constate ici une corrélation très claire entre la perception entretenue par certains citoyens que les décisions prises dans les tribunaux ne concordent pas avec les valeurs de la société et leur propension à entretenir une opinion négative vis-à-vis de l'institution

dans son ensemble. Il y a là un aspect important qui rend compte de la liaison qui doit nécessairement exister entre le juge et sa société de référence. Le juge doit être le juge de cette société... *Quel juge, pour quelle société?*

On revient donc toujours essentiellement au même problème. Il y a là quelque chose sur lequel il faut savoir collectivement réfléchir. Le droit, comme le soulignait encore Montesquieu, doit être si spécifique à chaque société qu'il apparaît impossible d'imaginer qu'on puisse transposer quelque règle de droit que ce soit, d'un ordre juridique à l'autre, sans que cette règle connaisse, dans cet autre contexte, une complète réinterprétation.

À chaque société son droit ; c'est l'idée centrale de *L'Esprit des lois*. L'esprit des lois c'est d'abord l'esprit particulier de chaque collectivité. C'est ce que viennent illustrer partiellement les données de l'enquête. Les tribunaux, au-delà du formalisme propre au discours juridique, sont le relais de valeurs qu'on espère partagées.

On comprend encore ici la tension – la « dialectique » – au centre de laquelle se retrouve le juge, à la fois informé du droit et des valeurs qui investissent tacitement la normativité juridique¹⁶ ; entre les rationalités formelle et matérielle du droit¹⁷. Cette difficulté se trouve transposée dans notre étude dans la tension qui oppose deux conceptions du juge, deux types idéaux : une conception plus ouverte et plus fermée du juge. « *Quel juge pour quelle société?* », cette idée nous renvoie à des images assez contrastées, comme nous le verrons maintenant.

Le premier type auquel on réfère ici est celui du juge en tant que figure d'autorité, alors que le second renvoie au juge défini en tant que figure sociale. Pour construire ces deux types, nous avons intégré toute une série de variables. Plus spécifiquement, nous avons demandé aux répondants si leur préférence allait vers un juge plus sévère ou plus compréhensif ; un juge différent ou semblable aux autres citoyens ; un juge plus conservateur ou plus ouvert, plus en retrait de la vie publique ou plus impliqué publiquement¹⁸.

On constate à quel dilemme se trouve ici confronté le juge... et le citoyen. D'ailleurs, les résultats révèlent l'ambiguïté de l'image publique du juge. En effet, 62 % des citoyens préfèrent un juge plus sévère à un juge plus compréhensif. Quand on tombe sur des résultats de ce type, on se dit immédiatement : « je vais retourner à la base de données, il doit y avoir une erreur de codification ! ». Mais la mesure est claire. Les citoyens affirment préférer un juge sévère à un juge compréhensif. Cela étant, ils espèrent pourtant un juge qui leur ressemble. On saisit immédiatement la difficulté

14. Du point de vue sociologique, l'âge est souvent retenu comme indicateur de socialisation ; l'année de naissance détermine en effet à quelle cohorte chaque répondant appartient, durant quelle période historique il a été socialisé, dans quel contexte social, en fonction de quelles valeurs particulières, etc. On parle alors selon le cas d'effet de période, d'effet de cohorte et d'effet de cycle de vie.

15. $p \leq 0,000$

16. La notion de dialectique renvoie de façon générale à un effet d'aller et retour entre deux termes. Telle que cette notion a pu être utilisée par des auteurs comme Hegel, il suppose l'opposition d'une thèse et d'une anti-thèse, bref d'une tension qui trouverait une réponse dans le cadre d'une synthèse qui, sans marquer la victoire d'un terme sur l'autre, les inclurait tous les deux.

17. Max WEBER, *Sociologie du droit*, Paris, PUF (coll. Recherches politiques), 1986, 242 pages et Michel COUTU, *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, PUL/LGDJ (coll. Droit et Société), 1995, 257 pages.

18. La question s'énonce comme suit :

Q.11 Pour une personne comme vous, diriez-vous que vous préférez que les juges soient : 1) plutôt sévères ou plutôt compréhensifs ; 2) plutôt différents des autres citoyens ou plutôt semblables ; 3) plutôt conservateurs ou plutôt ouverts ; 4) plutôt impliqués socialement ou en retrait de la vie publique ; 5) plutôt souples ou plutôt rigides.

de la situation. Les répondants attendent du juge qu'il soit ouvert et impliqué socialement, d'un côté, mais néanmoins rigide, de l'autre...

TABLEAU 4: ATTENTES VIS-À-VIS DU JUGE AUTORITÉ ET DU JUGE SOCIAL

Pour une personne comme vous, diriez-vous que vous préférez que les juges soient :

Figure d'autorité	%	%	Figure sociale
sévères	62	38	compréhensifs
différents	24	76	semblables
conservateurs	31	69	ouverts
en retrait	30	70	impliqués
rigides	64	36	souples

Dans le cadre d'une recherche de ce type, on ne peut pas postuler que les citoyens s'abusent eux-mêmes. Il existe toujours dans nos résultats d'enquête une rationalité sous-jacente, même derrière les données apparemment contradictoires. C'est cette logique qu'il faut savoir retrouver.

Il semble néanmoins qu'on ait ici «un petit problème» avec notre citoyen. L'analyse de cette contradiction apparente est sans doute possible. Les citoyens espèrent du juge qu'il soit un individu comme eux, mais un peu plus sévère qu'eux : quelqu'un qui, en définitive, «va faire le travail». Une juge à laquelle je présentais ces résultats arrivait spontanément à la conclusion qu'au fond «les justiciables sont à la recherche d'un parent, d'une transposition institutionnelle de l'autorité parentale». L'image n'est pas plus mauvaise qu'une autre. Comme sociologue, je n'irais évidemment pas jusqu'à dire cela, encore que la figure parentale soit une référence sociale forte. Mais ces résultats rendent compte de que le juge a une mission très particulière à remplir et il faut reconnaître l'ambiguïté qui traverse l'image publique du juge.

Il existe, en regard des réponses fournies à nos questions, des distinctions entre les différentes catégories de citoyens, par exemple entre les hommes et les femmes. On constate ainsi que les femmes préfèrent un juge un peu plus sévère et rigide et, les hommes, un juge un peu plus en retrait de l'espace public et un peu plus souple.

Une corrélation claire existe également entre la perception positive (ou négative) que se font les répondants de l'image publique des juges et les attentes qu'ils entretiennent vis-à-vis de la figure d'autorité qu'il doit incarner. Ainsi, on constate que les citoyens qui entretiennent une image généralement positive du juge s'attendent que ce juge leur ressemble et soit plus souple que rigide.

TABLEAU 5: CONFIANCE DANS LA MAGISTRATURE ET ATTENTES EN REGARD DU JUGE

Pour une personne comme vous, diriez-vous que vous préférez que les juges soient :

Image du juge	Plutôt sévères	Plutôt compréhensifs ¹⁹
Image positive	57	43
Image négative	74	26
Image du juge	Plutôt différents	Plutôt semblables ²⁰
Image positive	20	80
Image négative	33	67
Image du juge	Plutôt rigide	Plutôt souple ²¹
Image positive	61	39
Image négative	72	29

De même, ils s'attendent du juge qu'il soit plutôt compréhensif ; alors que l'image d'un juge sévère s'impose plus spontanément à l'esprit des citoyens qui entretiennent un point de vue critique sur l'activité des juges. Les mêmes données rendent compte que les sujets de droit qui entretiennent une conception plutôt critique de la magistrature attendent de lui plus de rigidité et plus de distance. Leur critique correspond vraisemblablement à une attente non rencontrée. Elle renvoie sans doute plus spontanément aux juges des juridictions criminelles qu'au juge administratif ou au juge de droit privé.

Reprenons, à titre de synthèse nos deux types idéaux, celui du juge social et celui du juge autorité.

TABLEAU 6: TYPE IDÉAL DU JUGE SOCIAL ET DU JUGE AUTORITÉ

Pour une personne comme vous, diriez-vous que vous préférez que les juges soient :

Figure d'autorité	Figure sociale
sévères	compréhensifs
différents des autres citoyens	semblables
conservateurs	ouverts
en retrait de la vie publique	impliqués socialement
rigides	souples

Admettons tout d'abord qu'en regard de ces deux grandes catégories, tous les croisements ne sont pas significatifs. Cela étant, les personnes plus âgées tendent à adhérer plus spontanément à l'image du juge-autorité qu'à celle du juge social. La chose s'explique, il s'agit de citoyens qui ont été socialisés dans une société qui elle-même était beaucoup plus hiérarchisée que celle que nous connaissons aujourd'hui. Ils attendent par conséquent du juge qu'il corresponde encore à l'image à laquelle, en tant que magistrat,

19. $p \leq 0,000$
20. $p \leq 0,000$
21. $p \leq 0,001$

il est traditionnellement identifié. Le niveau de revenu constitue également une variable significative. On constate à la lecture des données que les citoyens, dont les revenus ne sont ni très faibles ni très élevés et qui, sur le plan strictement économique sont membres de la classe moyenne, attendent du juge qu'il corresponde davantage à l'image du juge-autorité; alors que l'image du juge social est beaucoup plus forte chez les citoyens qu'on retrouve aux deux extrémités de l'échelle des revenus. Il s'agit d'un élément intéressant qui renvoie à des distinctions qui ont également une connotation politique, comme le constatent les études de sociologie électorale²².

Sur une tout autre échelle, plus les répondants affirment leur confiance dans la magistrature, plus leurs attentes vont dans le sens du juge social. En contrepartie, les répondants les plus méfiants vis-à-vis de l'activité des juges attendent de lui qu'il incarne l'image du juge-autorité.

Le facteur de l'expérience ou de l'inexpérience judiciaire

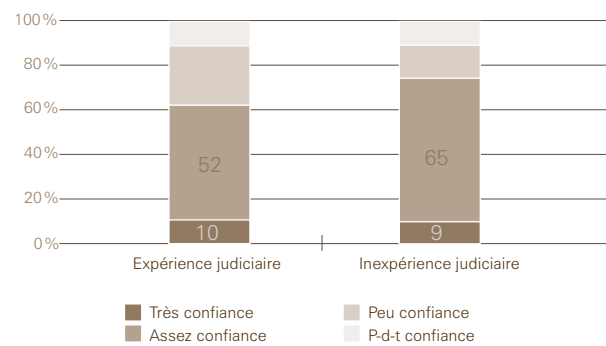
Un dernier facteur mérite qu'on s'y arrête, c'est celui de l'expérience ou de l'inexpérience judiciaire des répondants. Se présenter devant une cour de justice, laisse toujours une certaine impression. C'est une expérience en soi. Cette impression participe évidemment de l'expérience juridique du justiciable et complète ce qu'on peut par ailleurs appeler sa « socialisation juridique »²³.

La question qui se pose ici est simple : le fait de bénéficier ou non d'une expérience à la cour est-il de nature à alimenter la confiance ou la méfiance du citoyen envers l'institution judiciaire?

On tient compte ici de tous les cas de figure : les citoyens qui bénéficient d'une expérience en tant que partie en cause, ceux qui y sont allés comme témoins, comme ceux qui y ont accompagné un parent ou un ami. Les données de l'enquête révèlent que l'expérience judiciaire des sujets peut avoir un certain effet sur l'image publique du juge ou sur la confiance que les citoyens investissent dans la justice. On s'est plus particulièrement arrêté à trois dimensions différentes de l'expérience judiciaire : l'expérience judiciaire des répondants, la perception que cette expérience a été positive ou négative et, dans le cas de répondant directement concerné par la cause, le sentiment d'avoir gagné ou perdu leur cause.

Un premier constat : les répondants bénéficiant d'une certaine expérience judiciaire font moins confiance aux juges que ceux qui n'y sont jamais allés (Figure 3). Ce constat concorde avec les résultats d'autres études menées sur l'expérience judiciaire et mérite qu'on s'y penche²⁴.

FIGURE 3 : EXPÉRIENCE JUDICIAIRE ET CONFIANCE DANS LES JUGES²⁵

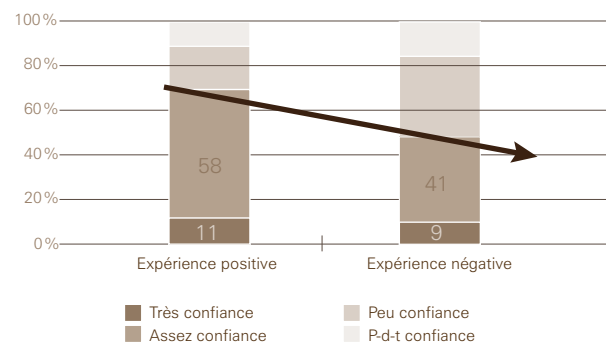


La question pose immédiatement le problème de la façon dont les justiciables vivent leur expérience à la cour et de la façon dont ils y sont reçus et entendus. Elle pose vraisemblablement aussi le problème des coûts de la justice et des rapports entre praticiens et clients. Il s'agit donc d'un problème très général, où les juges ont eux aussi leur part et dont les conséquences touchent directement leur légitimité publique et celle de leur activité.

Cela étant, le facteur le plus déterminant ici reste le fait d'avoir vécu une expérience positive ou non, comme en témoigne la figure suivante (Figure 4). Elle met nettement en évidence qu'à tout prendre, si l'expérience ou l'inexpérience judiciaire joue un rôle important dans la confiance que le citoyen investit dans la magistrature, c'est la nature de cette expérience qui constitue l'élément le plus important, ou du moins le plus discriminant. Si 69 % des justiciables qui témoignent d'une expérience positive affirment accorder leur confiance aux juges, cette proportion tombe à 50 % chez ceux qui considèrent leur expérience comme négative.

FIGURE 4 : EXPÉRIENCE POSITIVE OU NÉGATIVE

Faites-vous très confiance, assez, peu ou pas du tout confiance aux juges.



22. On réfère notamment ici aux travaux du sociologue Pierre DROUILLY et aux recherches menées dans le domaine de la sociologie électorale au cours des 30 dernières au Québec.

23. Chantal KOURILSKI-AUGEVEN, Socialisation juridique et conscience du droit, Paris, LGDJ (coll. Droit et société Recherches et Travaux 2), 1997, 193 pages. Lire également, dans la tradition américaine, Jérôme PELISSE, « A-t-on conscience du droit? Autour des *Legal Consciousness Studies* », dans *Genèse*, no 59, juin 2005, p. 114-130 et Patricia EWICK et Susan S. SILBEY, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, 318 pages.

24. NOREAU *op. cit.*, note 9.

25. $p \leq 0,000$

On s'est finalement intéressé à l'issue des causes dans lesquelles ont été impliqués les justiciables. Plus spécifiquement, nous avons voulu contrôler si le fait d'avoir gagné ou perdu sa cause avait un effet sur la confiance que mettent les répondants dans la magistrature. Bien sûr, ce facteur comporte des directs réels mais, sur le plan statistique, c'est la variable la moins significative des trois que nous venons d'étudier²⁶. Elle est si peu significative en fait que cela serait très risqué pour un sociologue d'établir une claire corrélation entre le fait d'avoir gagné et perdu et le fait d'entretenir une image positive ou négative de la magistrature. Tout cela signifie que ce n'est pas tant le fait de gagner ou de perdre à la cour qui fait ici la différence, mais plus vraisemblablement la façon dont on y est reçu.

Conclusion

La conclusion la plus étonnante de cette enquête, réside dans ce que j'oserais appeler «la demande d'autorité» qu'on enregistre chez les justiciables. C'est particulièrement surprenant au sein d'une société où l'autorité est toujours abordée avec suspicion. Il y a du moins une réalité à prendre en compte ici qui, dans l'esprit de la grande majorité des citoyens, n'apparaît pas contradictoire avec l'image d'un juge ouvert et impliqué socialement.

La comparaison du juge social avec le juge-autorité met peut-être dos-à-dos des juges aux vocations très différentes. Il n'est pas du tout certain qu'on parle ici du même magistrat. D'une certaine façon, nous l'avons évoqué, le juge-autorité répond sans doute

davantage au profil du juge œuvrant au sein des juridictions criminelles et pénales, alors que le juge siégeant en matière civile, en matière familiale, en matière de jeunesse correspond davantage au profil du juge social. De même il est vraisemblable que les juges de la Cour provinciale et de la Cour supérieure, de même que les juges de la Cour d'appel et de la Cour suprême exercent un métier sous certains aspects comparable, mais sous d'autres différent. Ce sont des nuances que ne peut établir le citoyen ordinaire qui se fait une idée assez générale du travail des juges et de l'acte de juger. Il faut vraisemblablement d'abord se demander, lorsqu'on travaille sur ce type de données, ce que les citoyens comprennent vraiment de l'institution judiciaire. En contrepartie, cette avenue nécessite qu'on mène une réflexion plus étendue sur les interactions nécessaires entre la population et les tribunaux.

Cette interaction doit se faire dans l'espace public et les médias jouent dans cet espace commun un rôle fondamental. Aussi, réfléchir correctement à la façon dont la figure du juge se trouve transposée dans l'espace public suppose qu'on se penche sur la fonction judiciaire elle-même, à l'importance et à la signification qu'elle revêt aujourd'hui pour le citoyen. Si on entend s'assurer que les justiciables comprennent ce qui se passe au sein de l'institution judiciaire, si nous voulons que leurs attentes vis-à-vis de la justice soient raisonnables, compte tenu de ce qu'on peut réaliser au sein d'une institution humaine, la magistrature doit réfléchir à la façon dont elle peut occuper à l'avenir une partie de cet espace public. C'est le défi que rencontrent aujourd'hui toutes les grandes institutions.

26. Le taux de signification dépasse, dans le cadre de ce croisement, la barre des 5% qui fonde le standard méthodologique dans le domaine de la recherche quantitative. On rejette dans cette perspective tout croisement qui aurait plus de 5% de chances d'avoir été généré par le hasard.

Allocution

*Professeur titulaire, Département d'information et de communication
Université Laval – Québec*
M. FLORIAN SAUVAGEAU

LES MÉDIAS ET L'ACTIVITÉ JUDICIAIRE



Je reprends d'entrée deux constats que nous a laissés Pierre Noreau en conclusion. Les juges doivent être davantage présents dans l'espace public. Les médias jouent dans cet espace un rôle fondamental. Les médias et les journalistes en effet, qui contribuent largement à façonner

l'image des juges et des tribunaux et la perception qu'en a le public, constituent en quelque sorte un filtre incontournable. Les juges s'interrogent depuis plusieurs années sur les rapports, parfois difficiles, qu'ils entretiennent avec les journalistes et cherchent des façons d'améliorer cette relation. On ne pourra y arriver sans une meilleure connaissance du public et du fonctionnement des médias. C'est pour bonne part l'objet de mon propos.

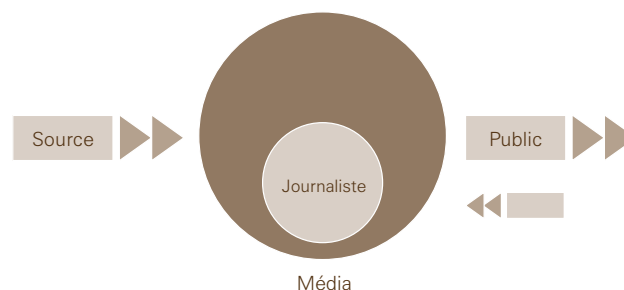
Bien que les juges puissent se consoler en se disant que le public leur fait davantage confiance qu'aux journalistes, comme le révèle l'enquête que Pierre Noreau et moi avons menée, il n'en reste pas moins qu'ils sont, peut-on dire, à la merci des médias. Leurs décisions le sont tout autant. C'est ce que mes collègues David Schneiderman, David Taras et moi expliquons dès les premières pages d'un livre consacré aux relations entre la Cour suprême et les médias (1). La Cour, disons-nous de la Cour suprême, mais cela peut s'appliquer à tous les tribunaux, ne peut jouer son rôle si ses décisions et les motifs qui les sous-tendent ne sont pas adéquatement transmis au public. Et pour ce faire, les tribunaux ont besoin des journalistes. Mais l'inverse est aussi vrai. Les journalistes et les médias ne peuvent remplir l'une de leurs fonctions les plus importantes en démocratie, être les «yeux» du public dans les cours de justice, sans une certaine coopération de l'appareil judiciaire. Le titre de l'ouvrage «classique» de Rodolphe Morissette, «La presse et les tribunaux : un mariage de raison» illustre bien cette nécessaire cohabitation (2).

Il existe une différence, parfois énorme, entre ce qui est important pour un juge dans une décision et ce qui peut l'être pour un journaliste. Dans notre livre, auquel je reviendrai tout à l'heure, nous parlons d'un «choc culturel» entre les juges, et les journalistes et les médias. Les entreprises de presse, qui choisissent les affaires qui seront couvertes et sélectionnent l'information qui sera retenue lors d'une audience ou dans une décision, sont guidées par une logique diffé-

rente de celle qui inspire les tribunaux. «La Cour est à la merci des journalistes, qui présentent les décisions au public et les interprètent à leur façon», qui n'est pas nécessairement celle qu'aurait choisie le juge.

Le journaliste semble bien avoir le dernier mot. Mais la relation du couple juges-journalistes est plus complexe. Le journaliste fait partie d'un système, d'un ensemble qui va de ses sources, en amont, au public, en aval, et dont toutes les composantes contribuent à façonner l'information. Dans le cas de la couverture judiciaire, les juges, les avocats et les parties au litige (les sources) font partie de ce système et influencent à leur manière le travail du journaliste. L'éloquence ou le bon mot d'un juge retiendra son attention, plutôt que les motifs de sa décision, tout comme les commentaires d'un avocat ou le comportement d'un témoin. Le journaliste fait de l'information mais aussi de la littérature ou du cinéma.

FIGURE 1 : LE SYSTÈME MÉDIATIQUE



C'est avec ce système médiatique en tête que j'expliquerai tout à l'heure le fonctionnement de l'outil que la Cour suprême s'est donné, ou plutôt de la fonction qu'elle a créée dans les années 1980, pour améliorer ses rapports avec les journalistes, et fournir une meilleure compréhension de ses décisions. Avec beaucoup de succès. Dans notre livre, nous parlons de l'adjoint exécutif juridique (le poste créé) comme de la «pierre angulaire» des relations entre la Cour et les journalistes. Tous les tribunaux pourraient, je pense, s'inspirer au moins en partie de ce que fait la Cour suprême. Je parlerai aussi brièvement de l'évolution actuelle du monde des médias et de l'importance croissante des nouveaux médias et de l'internet, un monde plus diffus, plus complexe que celui des anciens médias. Les anciens médias contribuaient au consensus social, à un certain

ordre social (le « manufacturing consent » de Noam Chomsky (3) les décrit comme les propagandistes du pouvoir) ; les nouveaux médias forgent au contraire un univers de fragmentation et de diversité. La présence dans l'espace public passe maintenant par ces nouveaux médias que vous ne pouvez pas ignorer.

La connaissance du public

Le public fait aussi partie de ce système médiatique. Dans un univers de marché, comme celui des médias, sa capacité à influencer le système est évidente. Que l'objectif soit commercial ou de service public, il est important de connaître le public tout autant pour les médias et les journalistes que pour les juges. Les résultats de l'enquête, en particulier ceux qui concernent le couple juges-journalistes, nous fournissent quelques repères intéressants.

TABLEAU 1 : INTÉRÊT POUR LA COUVERTURE DES AFFAIRES JUDICIAIRES

Diriez-vous que vous êtes très intéressé, assez intéressé, peu ou pas du tout intéressé par le traitement des événements judiciaires proposé par les médias aujourd'hui?

Intérêt pour la justice dans les médias	%
Très intéressé	11
Assez intéressé	47
Peu intéressé	30
Pas du tout intéressé	10
Ne sait pas	2

Arrêtons-nous d'abord à l'intérêt des citoyens pour les affaires judiciaires. 58 % des personnes interrogées nous ont dit être soit « très intéressées » (11 %), soit « assez intéressées » (47 %) par la couverture médiatique de l'activité judiciaire. La formulation de la question est importante. Il s'agit du traitement des affaires judiciaires tel que le proposent les médias. De prime abord, c'est un résultat qui n'a rien d'enthousiasmant. 10 % des répondants ne sont pas du tout intéressés. Mais les choses sont différentes quand on situe le questionnement dans un contexte plus large.

TABLEAU 2 : LA JUSTICE PARMI DIVERS SUJETS D'INTÉRÊT

Parmi les sujets suivants, abordés dans les médias, quels sont ceux qui, oui ou non, vous intéressent personnellement

Sujets d'intérêt	%
L'environnement	79
La culture	72
L'éducation	71
La justice	72
La politique	53
Le sport	42
La mode	33

Quand on demande aux gens de nous faire part de leur intérêt personnel pour divers sujets abordés dans les médias, la justice occupe une place enviable dans la liste des thèmes suggérés. Seul l'environnement intéresse davantage (cet intérêt marqué pour l'environnement n'a rien d'étonnant et se retrouve dans d'autres sondages). La justice intéresse tout autant que l'éducation, que la culture et bien plus que la politique, la mode ou le sport. On peut s'inquiéter que les répondants se soucient si peu de la politique. Mais on peut aussi penser que c'est le traitement qu'en font les médias, qui s'intéressent d'abord à la « politique politicienne » et aux querelles partisans, qui lasse le public. Les résultats montrent en effet que les enjeux sociaux (environnement, éducation, justice) qui sont aussi des enjeux politiques au sens noble du terme, retiennent l'attention des gens. Un sujet peut vous intéresser, mais le traitement qu'en font les médias peut au contraire vous agacer. La nuance est importante.

Passons à l'utilisation des médias. Comment les citoyens s'informent-ils ?

TABLEAU 3 : USAGE DES MÉDIAS

Pour vous informer, consultez-vous assez souvent ou plutôt rarement

Médias les plus souvent consultés	%
Les magazines	25
Les journaux nationaux	28
L'internet	45
Les journaux régionaux	59
La radio	60
La télévision	84

Le tableau 3 illustre la domination quasi outrancière de la télévision, principale source d'information des citoyens depuis des décennies. 84 % des répondants s'informent assez souvent à la télévision, qui devance de loin la radio (60 %), qui vient au second rang. Ces résultats montrent aussi qu'il ne faut pas exagérer le « déclin » des anciens médias. En revanche, la télévision dont on parle aujourd'hui n'a rien à voir avec les grands rendez-vous d'information des années 1970 et 1980 qui réunissaient des centaines de milliers de personnes devant le même bulletin de nouvelles de fin de soirée. Aujourd'hui, le citoyen grignote un peu d'information le matin à la télévision, par-ci par là aux chaînes d'information continue, RDI, LCN et les autres, au cours de la journée, bref la télévision reste dominante mais ce n'est plus l'écran du consensus des années passées. Le tableau 3 montre aussi l'importance que prend Internet comme outil d'information des citoyens, les résultats étant même plus importants dans ce cas-ci que dans d'autres enquêtes. J'y reviendrai.

Un dernier mot sur la domination de la télévision et les conséquences qu'elle entraîne. La télévision préfère l'émotion à la réflexion, l'action aux idées. La télévision a aussi besoin d'images. Elles

sont rares, ou alors banales, dans les cours de justice. Les critères de sélection de l'information des journalistes de la télévision découlent de la nature du média. À l'intérieur du système médiatique que j'ai décrit au départ, le journaliste doit tenir compte des contraintes qu'impose le média. Tout comme il doit vivre avec le caractère commercial de l'entreprise de presse qui l'emploie.

TABLEAU 4 : INTERNET... UNE QUESTION DE GÉNÉRATION¹

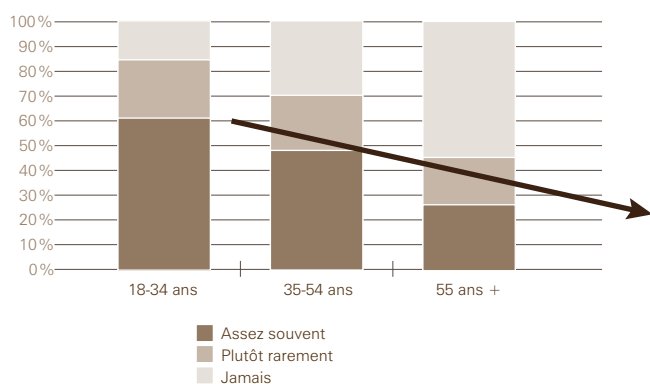
Pour vous informer, consultez-vous assez souvent ou plutôt rarement Internet?

Cohorte d'âge	Souvent	Rarement	Jamais
18 à 34 ans	61	23	16
35 à 54 ans	49	22	29
55 ans et plus	26	19	55

Internet... une question de génération. Le tableau 4 montre bien que l'ascension d'internet est particulièrement importante chez les jeunes. 61 % des 18 à 34 ans utilisent assez souvent Internet pour s'informer. 16 % seulement d'entre eux ne l'utilisent jamais. À l'autre extrémité de la pyramide d'âge, chez les 55 ans et plus, 55 % des répondants ne consultent jamais l'internet pour s'informer. La différence est énorme. La génération montante, ceux que les Américains appellent les « Millenials », nés entre 1977 et 1997, transforme les façons de s'informer et bouleverse le monde des médias. Si vous souhaitez intéresser ces jeunes aux affaires judiciaires, c'est sur l'internet que vous les trouverez. La courbe de la figure 2 est particulièrement révélatrice.

FIGURE 2 : INTERNET... UNE QUESTION DE GÉNÉRATION²

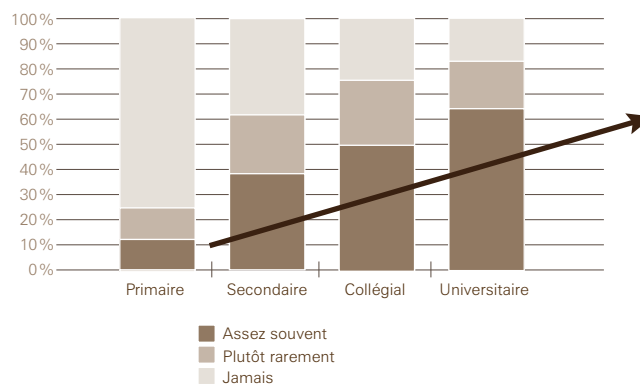
Pour vous informer, consultez-vous assez souvent ou plutôt rarement Internet?



1. $p \leq 0,000$
2. $p \leq 0,000$
3. $p \leq 0,000$

FIGURE 3 : INTERNET... UNE QUESTION DE GÉNÉRATION... ET DE SCOLARITÉ³

Pour vous informer, consultez-vous assez souvent ou plutôt rarement Internet?



Internet, c'est une affaire de génération, mais aussi de scolarité et d'éducation. Plus vous êtes scolarisé, plus vous avez recours à l'internet pour vous informer. Par contre, tout le monde ou presque regarde la télévision, les jeunes et les universitaires un peu moins, mais les différences sont beaucoup moins prononcées. La télévision, c'est le média rassembleur par excellence.

TABLEAU 5 : LE COUPLE MÉDIAS ET TRIBUNAUX

Opinions sur les rapports entre les médias et les tribunaux (%)

Énoncés	Oui	Non
Les médias offrent assez d'information et d'explication pour comprendre l'activité des tribunaux	60	40
Les médias couvrent les nouvelles judiciaires qui m'intéressent	76	24
Je préfère m'informer sur l'actualité judiciaire auprès de plusieurs médias plutôt qu'auprès d'un seul	88	12
Je préfère m'informer à la télévision plutôt que dans les journaux	67	33
Les médias couvrent les informations judiciaires de façon trop sensationnelle sans s'intéresser aux vraies questions	86	14
Les juges devraient plus souvent prendre la parole dans les médias	64	36
Les caméras de télévision devraient pouvoir filmer dans les cours de justice	53	47

Revenons au couple médias et tribunaux. Nous avons soumis aux personnes interrogées un certain nombre d'énoncés en leur demandant leur avis sur chacun d'entre eux. Le résultat est incertain. Les répondants sont à la fois satisfaits et mécontents de l'information qu'offrent les médias sur l'activité des tribunaux. D'un côté, 60 % des répondants pensent que « les médias offrent assez d'information et d'explication pour comprendre l'activité des tribunaux », et mieux encore, 76 % considèrent que les médias couvrent les

affaires judiciaires qui les intéressent. C'est positif. En revanche, 86 % des répondants disent que « les médias couvrent les informations judiciaires de façon trop sensationnelle et sans s'intéresser aux vraies questions ». Bref, les citoyens s'intéressent aux questions de justice, mais ce qu'en disent les médias les laisse pour le moins ambivalents. Enfin, près des deux tiers des répondants souhaiteraient les juges plus présents dans les médias. Mais comment ? Et dans quels médias ?

Le tableau 5 montre une fois encore l'importance de la télévision dans l'information des citoyens. 67 % des répondants disent préférer s'informer à la télévision plutôt que dans les journaux. Les avis sont partagés quand on demande aux personnes interrogées si les caméras de télévision devraient pouvoir filmer dans les cours de justice. 53 % des répondants disent oui, 47 % répondent non. Ces avis partagés diffèrent de l'opinion fortement majoritaire des journalistes qui réclament depuis des années la présence des caméras dans les salles d'audience.

Personnellement, je suis plutôt nuancé à ce propos. En principe, je suis d'accord avec la présence des caméras, mais je sais bien ce que cela donnerait en pratique. Le résultat ressemblerait à ce que crée la présence des caméras dans les Parlements. Peu de gens regardent le canal parlementaire, les longs débats, les travaux sérieux en comités, etc. Ce que la majorité des gens voit des travaux du Parlement, ce sont les « clips » de 30 secondes retenus au télé-journal, les éclats de voix, les échanges « musclés » des périodes de questions, ce qui donne une image tronquée de la vie parlementaire. On aurait sans doute un résultat semblable avec la vie des tribunaux. Peu de gens regarderaient un éventuel canal consacré à la justice. Et je serais étonné que les bulletins de nouvelles s'attardent aux enjeux complexes et souvent abstraits des procès civils. Les affaires criminelles les plus juteuses et les histoires les plus truculentes feraient la nouvelle.

Le fonctionnement des médias

Ce qui me mène à la deuxième partie de mon propos, ce que nous avons appelé le « choc culturel » entre juges et journalistes. Ce que vous voyez aux nouvelles télévisées ne correspond sans doute pas toujours à ce que vous auriez retenu d'une audience ou d'une décision. Pourquoi ? Un bref regard sur le fonctionnement des médias et les contraintes que vivent les journalistes permet de répondre à la question. La télévision, dont on vient de voir la domination, a changé le monde de l'information et le journalisme de façon quasi dramatique dans les années 1970 et les années 1980. La télévision a non seulement besoin d'action et d'émotion, elle doit aussi incarner les sujets qu'elle traite dans des « personnages ». Les journalistes de la télévision accorderont peu de place aux motifs d'une décision du tribunal, moins encore si c'est compliqué et s'ils n'ont personne pour « interpréter » la décision. Le journaliste a besoin

du témoignage de quelques acteurs, de préférence l'un qui dit blanc, l'autre qui dit noir, objectivité oblige ! Et puisque les juges ne parlent pas, ce sont souvent les avocats des parties qui commentent la décision. Quand l'affaire porte sur un enjeu social important, ce sont les groupes de pression qui le font. Les réactions aux décisions dominent la couverture. Souvent, on va commenter une décision que personne n'a vraiment expliquée et dont le public ne connaîtra jamais la teneur.

La notion de temps sépare aussi les journalistes et le monde de la justice. Le juge, et je ne le dis pas de façon péjorative, a du temps pour réfléchir et rendre sa décision. Certains reprochent aux juges de prendre trop de temps, peut-être, mais selon moi, c'est aussi très bien qu'on puisse prendre son temps. Le journaliste, lui, n'a pas de temps. On lui demande d'être en ondes sitôt la décision rendue, sinon avant ! Dans notre livre, nous citons le témoignage d'un professeur de l'Université de l'Alberta, Rainer Knopff, à qui les journalistes demandent souvent de commenter les décisions de la Cour suprême. Il explique que des journalistes lui téléphonent pour obtenir ses réactions à des décisions qui viennent d'être rendues, qu'il n'a pas encore lues, que le journaliste n'a pas lues non plus, et qu'il lui demande de commenter sur le champ... en étant bref de préférence ! « C'est l'aveugle qui guide l'aveugle », commente-t-il. Il m'arrive d'ailleurs de vivre des situations semblables dans le cas de décisions du CRTC. Vous n'avez le temps de lire que le communiqué de presse, le résumé que le CRTC a fait de sa décision. Vous êtes à la remorque du résumé, vous avez 15 ou 20 minutes, vous lisez les grandes lignes de la décision et vous plongez. Dans le cas des décisions des tribunaux, les commentateurs n'ont même pas de communiqués de presse ! La présence dans la sphère publique passe par bien des contorsions. Si l'on veut vivre avec les médias, il faut accepter les règles du jeu.

Quels types d'affaires intéressent les médias ? Celles qui permettent de raconter des histoires, qui font appel à l'émotion, qui renferment un conflit, qui concernent des enjeux moraux importants, des affaires qui passionnent l'opinion. L'analyse que nous avons faite, en préparant notre livre, d'une année de couverture de la Cour suprême, de septembre 2000 à septembre 2001, le montre bien. Quelles sont les affaires qui ont retenu l'attention des médias pendant cette période ? C'est Latimer, la triste histoire d'un fermier de la Saskatchewan, accusé du meurtre de sa fille affligée de paralysie cérébrale et dont il a voulu mettre fin aux souffrances. C'est Sharpe, une affaire de possession de pornographie juvénile. C'est aussi une affaire déchirante de la Colombie-Britannique, où une jeune femme de race blanche, reine de beauté, s'arrache la garde d'un enfant issu d'une liaison avec une vedette de basketball, de race noire. Le père veut garder l'enfant pour qu'il soit élevé dans une famille noire, selon la tradition, etc. Cette histoire a fait grand bruit dans les médias du Canada anglais, à la télévision en particulier, parce que c'est une histoire pleine d'émotion, qui donnait de belles images, parce que

les journalistes aiment raconter des histoires, et que le public aime ce type d'histoires.

Comment s'assurer que d'autres affaires, tout aussi importantes mais moins passionnantes, soient tout au moins expliquées aux journalistes qui pourront ainsi mieux décider de leur pertinence. J'en reviens donc à la Cour suprême et au rôle de l'adjoint exécutif juridique, un poste créé dans les années 1980 en réponse aux demandes des journalistes qui souhaitaient que quelqu'un leur aide à comprendre le langage des décisions. C'était au départ une sorte de chef de cabinet du juge en chef dont les relations avec les journalistes n'occupaient évidemment qu'une partie du temps. Ses responsabilités ont changé avec les années et un autre poste d'agent juridique a été créé en 2001. Ce dernier consacre la moitié de son temps aux journalistes. Ainsi, au début des sessions de la Cour, l'agent explique les causes qui viennent et indique pourquoi certaines sont très importantes au plan du droit, comme il expliquera ensuite les décisions rendues, etc.

La Cour pourrait certainement, de cette manière, influencer les médias, mettre l'accent sur certains éléments d'une décision qu'elle veut privilégier, faire ce qu'on appelle en anglais du « spin », « dorer son image ». Mais ce n'est pas la perception des journalistes que nous avons rencontrés lors de notre étude. De là la réussite. Autant les journalistes croient que le monde politique essaie de les manipuler, autant ils pensent que l'agent de liaison de la Cour suprême, tout en servant les intérêts de la Cour, sert d'abord et avant tout les intérêts du public. À preuve ce témoignage : « C'est vraiment de l'information au sens le plus noble... Eux veulent que la Cour soit bien couverte, que les jugements soient bien compris. »

Dernière chose. J'ai dit au départ que le monde des médias changeait rapidement. Nous vivons dans un univers de rareté, sous le magister des journaux et de quelques grands éditorialistes, puis de quelques présentateurs des rendez-vous quotidiens de nouvelles télévisées. Aujourd'hui nous vivons dans un monde d'abondance. Les médias se sont multipliés, ils sont de moins en moins les filtres incontournables que j'ai évoqués au début de ma présentation. Les sources peuvent parler directement au public, sans passer par les médias. Le public est aussi plus présent et actif. L'interactivité est l'un des traits caractéristiques de ces nouveaux médias. Le système dans lequel évolue le journaliste et transite l'information a éclaté.

Dans l'ancien monde, les médias dominants, les porte-voix, sinon des grandes institutions, tout au moins de l'ordre établi, décrétaient chaque jour ce que le public devait savoir. Ils créaient le consensus. Aujourd'hui, tout le monde peut avoir voix au chapitre. Ainsi les réseaux sociaux ou les blogues qui permettent aux citoyens de s'exprimer ou de dialoguer avec les journalistes. Les blogues existent dans le monde juridique comme dans le monde politique. Des juristes ont leur blogue, il y a des blogues d'activistes, des blogues qui font une revue des blogues, certains ont une grande

influence. Le phénomène est évidemment encore plus répandu aux États-Unis. Le monde des médias, c'est maintenant tout cela. Comment trouver sa place dans la sphère publique dans ce nouvel univers? Méfiez-vous de ceux qui proposent une recette-miracle à cette question. Tout ce que je sais, c'est que c'est plus compliqué maintenant qu'avant.

Ma conclusion sera brève. Je voudrais terminer avec une citation. Je pense qu'il faut être présent sur la place publique, mais de façon mesurée, avec retenue. Il ne faut pas chercher à être partout et de tous les débats. Les tribunaux doivent surtout éviter de sombrer dans les relations publiques, avec des « doreurs d'images » et autres « spin doctors ». Le professeur Joshua Meyrowitz a écrit, dans un ouvrage de 1985 qui s'intitule « No sense of place », que l'autorité était amplifiée par une « visibilité à distance » et diminuée par une « familiarité excessive ». Mes collègues et moi ajoutons dans notre ouvrage sur la Cour suprême et les médias : « La distance est nécessaire pour conserver respect et déférence. En fait, on peut penser qu'une bonne partie de l'image positive dont jouit la Cour auprès des journalistes et du public ainsi que sa capacité d'exercer une autorité symbolique sont attribuables au maintien d'une certaine distance. » (4) Cela me semble s'appliquer tout autant aux autres tribunaux.

- (1) Sauvageau, Florian, Schneiderman, David et Taras, David. La Cour suprême du Canada et les médias. À qui le dernier mot ? 2006, Les Presses de l'Université Laval.
- (2) Morissette, Rodolphe. La presse et les tribunaux : un mariage de raison. 2004 (deuxième édition), Wilson et Lafleur.
- (3) Herman, Edward S. and Chomsky, Noam, Manufacturing Consent. The political economy of the mass media. 1988, Pantheon Books.
- (4) Sauvageau, Schneiderman et Taras, déjà cité, p.265.



Allocution

Juge retraitée de la Cour d'appel du Québec
Fasken Martineau – Montréal
L'honorable LOUISE MAILHOT, AD. E.

LE JUGEMENT COMME OUTIL DE COMMUNICATION



L'acte de juger, on le sait, est exigeant, ardu par moments et souvent ingrat. Les écueils abondent mais la satisfaction de remplir un rôle utile en compense les inconvénients. Le jugement est-il principalement un acte de communication ? On devrait le qualifier plus précisément d'acte mixte

dont une composante importante est la communication. À la question : « À quoi sert le jugement ? », plusieurs réponses viennent spontanément à l'esprit : « à rendre justice », « à trancher une action », « à régler un problème », « à mettre fin à une contestation », « à décider d'une question pour les parties », « à sanctionner la violation d'une règle de société », etc. Toutes ces réponses sont justes mais la fonction première et essentielle du jugement est de résoudre un litige, de mettre fin à une situation de conflits, de déterminer une culpabilité et ses conséquences.

Mais cette fonction première et essentielle d'une décision est-elle remplie si la décision n'est pas comprise, si elle est mal communiquée...

Pour bien remplir son rôle dans la société, la justice doit être comprise, et mieux elle sera comprise, mieux elle sera reçue sinon acceptée. Que le jugement soit accepté peut constituer le rêve secret de tout juge mais la réalité ne coïncide pas toujours avec le rêve. Il faut se contenter de l'espoir d'être compris. Le jugement devient dès lors le moyen de communication du juge et le seul.

Au juge revient l'obligation de communiquer adéquatement le message judiciaire. Tenir compte des besoins des lecteurs est un devoir pour le juge et le défi croît à mesure que le nombre des justiciables non représentés augmente. Mais puisque les juges utilisent le langage comme outil professionnel depuis longtemps, ils sont bien rompus à cet exercice. Et les nouveaux juges doivent très tôt devenir des communicateurs.

Étant acquis que le jugement est un acte de communication, le juge doit donc s'interroger sur la nature du message, la composition de son auditoire (à l'écrit comme à l'oral) et sur la façon la plus utile de communiquer le message.

Acte d'intériorité, de réflexion et d'analyse au départ, le jugement exprime en mots concrets la prise de décision mentale du juge. Mais ce dernier, avant de moduler la présentation de son message pour le transmettre à l'extérieur, prendra en compte son auditoire immédiat tout en ayant à l'esprit la variété des utilisateurs des services judiciaires.

Au chapitre premier de son *Guide du savoir-écrire*, Jean-Paul Simard résume les fonctions de l'écrit comme suit :

« POURQUOI ÉCRIT-ON ? »

On écrit, en général, pour s'exprimer ou s'adresser à quelqu'un, pour se faire comprendre. L'écrit, comme le langage, devient alors une sorte de trait d'union qui relie aux autres. Il permet de s'affirmer tout en communiquant avec autrui. Voilà pourquoi les rôles de l'écrit sont multiples. On lui attribue généralement deux grandes fonctions. La fonction expressive: j'écris pour me faire comprendre, me faire lire; la fonction communicative: j'écris pour aller aux autres. La possibilité de s'exprimer et de communiquer est considérée comme l'une des caractéristiques fondamentales du comportement humain.

À ces deux fonctions principales, on peut en rattacher deux autres: la fonction créatrice et la fonction logique.

[...]

La fonction logique a pour rôle de représenter et de traduire la pensée. Pour devenir « message », celle-ci doit emprunter le canal des mots et des structures syntaxiques propres à la langue. L'écrit sert alors de support à la pensée qui devient communication grâce à lui. Il a aussi ce rôle infiniment délicat et difficile d'en assurer la clarté. Voilà pourquoi la fonction logique convient à un travail incessant sur le matériau linguistique pour le faire correspondre le plus possible à la pensée. C'est au cours de ce travail que la pensée s'élabore, se précise; c'est à travers l'acte d'écriture même qu'elle prend forme. L'écrit, en effet, lui permet de prendre conscience d'elle-même, de s'organiser, de se fixer à des fins communicatives. »¹

1. Jean-Paul SIMARD, *Guide du savoir-écrire*, Montréal, Les Éditions de l'Homme, 1998, pp. 17-18

Ce passage peut certainement s'appliquer à la rédaction d'une décision judiciaire.

L'auditoire potentiel d'une décision comporte une variété de lecteurs : les membres d'une formation s'il s'agit d'un tribunal collégial, les membres des professions juridiques incluant les professeurs de droit, les étudiants, les médias dont le rôle d'information du public est essentiel, les cours de révision ou d'appel. Au premier chef : les parties et leurs avocats seront les lecteurs immédiats, les « lecteurs obligés » selon l'expression du professeur Fernand Morin². La diversité de l'auditoire change d'un jugement à l'autre et son amplitude aussi, laquelle sera plus ou moins grande selon le sujet ou la nature de la décision.

Le défi du juge est donc de rédiger dans une écriture partageable, dans un langage simple et cohérent, donc clair. Écrire simplement et clairement, c'est une question de politesse et de respect envers le lecteur.

Déjà en 1930, dans une de ses *Lettres-conseils* à un jeune écrivain, l'Abbé Th. Moreux insistait sur l'importance de la clarté du texte en conseillant ce qui suit :

«Rappelez-vous toujours qu'en l'art d'écrire, toutes les règles souffrent des exceptions, sauf celle-ci: Il n'existe jamais de raison pour enfreindre la clarté. Si donc, après avoir remanié vingt fois une phrase pour la rendre plus élégante, vous sentiez qu'elle perde en clarté, n'hésitez pas: sacrifiez l'harmonie.»³

* * * * *

I. LE JUGEMENT ET SES OUTILS DE COMMUNICATION

En règle générale, le jugement répond à des normes ancestrales tant pour sa structure que pour l'uniformité de sa présentation. Tributaires de la tradition, ces normes procurent une certaine sûreté des repères et une prévisibilité dans la façon de communiquer le message. C'est une façon de faire développée au fil du temps par les juristes.

Ainsi, depuis longtemps – il n'y a qu'à consulter les recueils d'arrêts, de jugements ou de décisions publiés au 19^e siècle pour le constater – l'on traite des questions en litige et de la narration des faits pertinents à l'application des règles de droit d'abord, pour ensuite résumer les prétentions respectives des parties et terminer par la discussion, une sorte d'exposé des motifs du juge ou du tribunal dont le raisonnement amène le dispositif. Avec le temps, chaque juridiction développe, en outre, ses propres façons de faire identitaires, ses propres rituels et même quelques manies parfois, dont

la formulation obscure peut rebuter à l'occasion. Toute cour, tout tribunal judiciaire ou administratif ne devrait pas hésiter à réexaminer périodiquement ses habitudes rédactionnelles pour les mesurer au regard des impératifs actuels de la communication et de la lisibilité juridique. On s'assurera ainsi que les textes soient écrits simplement et en fonction du besoin du lecteur, lecteur qui veut comprendre aussi facilement que possible, qu'il soit un lecteur visé par la décision ou pas.

Le professeur Jean-Claude Gémard l'exprimait très justement en ces termes :

«Mais quand le juge rend la justice, lorsqu'il dit le droit et que, ce faisant, il parle aux parties, celles-ci s'attendent à le comprendre. Après tout, il s'agit de leur cause, de leurs droits! La dimension sociale du jugement prend ici toute sa valeur et le rôle du juge, son importance, quelle que soit la tradition qui l'inspire.»⁴

Et récemment, le juge Ian Binnie de la Cour suprême du Canada rappelait le devoir du juge :

«1. Prononcer des décisions motivées fait partie intégrante du rôle du juge. Cette fonction est une composante de son obligation de rendre compte de la façon dont il s'acquitte de sa charge. Dans son sens le plus général, c'est en faveur du public qu'est établie l'obligation de motiver une décision.»⁵

Inséré dans un certain cadre de traditions, le jugement, tout en étant un raisonnement, ne doit pas servir qu'à faire un étalage des connaissances du magistrat, connaissances évidemment nourries des plaidoiries des avocats mandatés par les parties. Même si le jugement est intimement lié aux contraintes du droit et aux exigences de la jurisprudence, il exerce aussi une fonction pédagogique importante. À ce titre, le jugement gagne donc à être compris de façon à ce que «le message passe» et ainsi ne pas être trop saupoudré ou assaisonné à grands coups de citations jurisprudentielles ou doctrinales.

«C'est au langage que l'on reconnaît la sagesse, aux paroles de la langue que se montre la science»

(L'Ecclésiastique, IV, 24; II^e siècle av. J.-C.)

De nombreux textes ont été écrits sur le sujet de la rédaction judiciaire où diverses recettes pour bien écrire et bien communiquer sont exposées. Il n'est pas de mise d'en élaborer ici une liste, ces écrits pouvant être consultés facilement.

Il me suffira toutefois d'insister sur un aspect primordial : la narration des faits. La force du jugement, ce sont les faits. C'est la partie la plus importante car sans les faits, pas de jugement, pas de raisonnement appliqué. D'autant qu'en matière criminelle,

2. Fernand MORIN, *Les présupposés de la règle de droit – Essai sur le non-dit du droit*, Montréal, Éditions Liber, 2006.

3. Abbé Théophile MOREUX, *Science et Style*, G. Doin & Cie, Éditeurs, Paris, 1930, p. 111.

4. Jean-Claude GÉMAR, *Préface, Écrire la décision*, Éditions Yvon Blais, 1996.

5. *R. c. Sheppard*, [2002] 1 R.C.S. 869 et *R. c. Braich*, [2002] 1 R.C.S. 903.

on doit souvent trancher des requêtes en exclusion de la preuve. Alors, il importe pour le juge d'instance ou d'appel de bien étayer les faits pertinents et que le juge d'instance, en particulier, précise quels sont les faits qu'il ou qu'elle considère comme ayant été prouvés. Quand les avocats scrutent les décisions pour l'appel, ils plaident souvent que le juge a omis de tenir compte d'un élément mis en preuve ou a négligé certains faits d'importance.

Le plus grand soin devrait donc être apporté à cette étape cruciale de la rédaction, non seulement pour que le jugement repose sur une base factuelle bien étayée et qu'il ne soit pas trop démolé en appel, mais prioritairement pour que la communication avec les parties et les lecteurs éventuels soit bien réelle. L'on pourra aussi mieux mesurer son effet immédiat bien sûr mais aussi l'impact éventuel du jugement dans le temps car le jugement apporte fréquemment une contribution à l'évolution du droit.

En effet, lorsqu'un plaideur veut convaincre qu'une décision peut ou non servir de guide ou de précédent, il sera contraint de faire un examen minutieux des faits énoncés dans cette décision pour en demander une application similaire ou, au contraire, pour qu'on l'écarte. D'où notre insistance sur l'attention à apporter à la rédaction des faits pertinents à l'issue d'une affaire.

Ce qui m'amène à traiter d'un second thème, soit celui du rapport au temps.

* * * * *

II. LE TEMPS ET LE JUGEMENT

A. Le temps de gestation du jugement

Le temps, allié ou ennemi, est intimement lié à la décision judiciaire : il peut en accélérer ou en retarder le processus.

Composante nécessaire de la réflexion, le temps accompagne la gestation du jugement. Il importe cependant que cette corrélation intime entre les deux reste sous le contrôle immédiat du magistrat.

Le temps de gestation du jugement devrait être court, même si trop souvent il a tendance à s'allonger. Ce temps doit être court pour que le jugement réponde aux impératifs de la communication efficace et aux objectifs véritables de la communication. Car si le jugement se fait trop attendre, il sera reçu avec impatience, avec hargne même, marqué par la déception d'avoir dû attendre bien longtemps. On ne mesure pas toujours suffisamment le niveau d'angoisse et l'ampleur du stress de ceux et celles qui sont visés au premier chef par un jugement qui se fait attendre.

Le temps n'est pas le même pour tout le monde, c'est évident. Mais pour l'opinion publique la notion de délai court ou de délai long dépend essentiellement de l'acuité réelle ou perçue des litiges.

On le sait, les contraintes de temps du juge sont importantes et les facteurs de délais sont multiples. Mais, répétons-le, il revient au juge de conserver la maîtrise du temps.

Quelquefois, le juge donne volontairement du temps au temps dans l'espoir que les parties négocient ou trouvent elles-mêmes un terrain d'entente et règlent leur différend. Le juge utilise ainsi une forme passive de médiation, favorisant la concertation plutôt que la coercition puisque, dans certains cas de grande émotion, entre autres, « le temps règle souvent les choses ».

Mais pour la majorité des cas, le temps n'est pas un allié. Les parties ont longtemps attendu leur(s) journée(s) d'audience et veulent voir arriver la fin du litige. Que l'on siège en matière pénale ou en matière civile, l'urgence est bien souvent aux commandes.

L'écriture d'une décision judiciaire doit donc s'ajuster aux contraintes de temps pour répondre prestement à ces attentes des citoyens. Il importe alors de se mettre à la tâche dès la fin des audiences. La mémoire de l'affaire est à son zénith, la concentration de l'esprit à son meilleur et les plaidoiries résonnent encore à l'oreille du juge. Il faut donc entamer l'écriture de la première ébauche dans les 24 heures qui suivent la mise en délibéré. On objectera qu'il faut un temps de réflexion : cela est vrai pour déterminer l'issue finale mais cela n'est pas nécessaire pour la narration des questions en litige, des faits pertinents et des prétentions juridiques des parties. S'imposer une écriture immédiate force l'esprit à se concentrer sur les problèmes en cause et oblige à la mise en ordre éventuelle du va-et-vient des idées.

Citons les propos de Maurice Garçon tirés de son ouvrage sur l'éloquence judiciaire :

« La plupart des hommes ne mettent définitivement au point la forme de leur pensée que la plume à la main.

La pure méditation permet de découvrir l'idée ou le raisonnement, et de développer l'ordre logique de ses propositions. Mais, sujette à distraction, la seule contention d'esprit procure rarement la rigueur nécessaire pour l'exprimer. Une pensée en amène une autre, l'association des idées fait évader de la préoccupation précise qui seule, dans le moment, devrait tout commander.

L'obligation d'écrire force l'attention et oblige à ne point quitter le sujet. Celui qui écrit rature, révisé et polit sa phrase. En même temps qu'il discipline sa pensée et l'approfondit, il exerce sur ce qu'il produit une censure et s'oblige à fuir les impropriétés de termes et les constructions vicieuses, dont l'usage est si désagréable pour celui qui écoute. »⁶

Bien évidemment, les exigences de la lisibilité augmenteront le temps de rédaction puisqu'elles imposent de multiples révisions du texte

6. Maurice GARÇON, *Essai sur l'Éloquence judiciaire*, Éditions Corrèa Buchet / Chastel, 1947, p. 84.

pour le rendre clair et accessible au plus grand nombre. Mais c'est la communication qui y gagera.

À cet égard, la rédaction collégiale des tribunaux de collégialité offre un certain avantage car elle permet la révision immédiate des textes par les autres membres de la formation, et par conséquent, une épuration du langage et un raffinement de l'expression de la pensée. Par ailleurs, l'obligation d'obtenir le concours des autres membres d'une formation ou d'un tribunal peut occasionner des retards dans le prononcé final, sans passer sous silence la possibilité d'une dissidence dont la rédaction retardera la divulgation de la décision du tribunal.

Il arrive que les tâches de rédaction soient partagées entre les membres d'une formation collégiale lorsqu'il y a urgence à livrer une décision due à des impératifs sociaux ou économiques d'importance. Ceci peut affecter la lisibilité ou l'uniformité du langage et nuire à la communication efficace du message. Une révision attentive du texte, avant sa communication, s'impose d'autant.

Il est certain que la rédaction des jugements a été facilitée de façon spectaculaire depuis les progrès de la technologie informatique des dernières décennies mais, en revanche, ces progrès technologiques présentent un danger pour les boulimiques de la correction, pour les perfectionnistes du texte, les éternels insatisfaits et les « accros » de la relecture. Mais il faut résister à ces excès.

Rappelons que récemment la Cour suprême du Canada a cassé un verdict de culpabilité et a ordonné la tenue d'un nouveau procès⁷ parce que le juge, en déclarant l'accusé coupable lors de l'audience, tenue quatre mois après la fin du procès, avait ajouté qu'il déposerait des motifs écrits à brève échéance. Plus de onze mois après cette déclaration, le juge déposa ses motifs. Il s'agissait d'un cas d'espèce évidemment mais ce fut l'occasion pour le plus haut tribunal du pays de rappeler certains grands principes :

«14. ... Nul ne conteste le fait que, eu égard aux circonstances de l'espèce, il incombait au juge du procès d'exposer des motifs pour justifier et expliquer ses verdicts de culpabilité. Ces motifs étaient tout particulièrement importants en raison de la complexité relative et de la nature circonstancielle de la preuve présentée contre M. Teskey. En effet, ce dernier avait le droit de savoir pourquoi il était déclaré coupable. De plus, les motifs étaient nécessaires pour permettre un examen éclairé des moyens d'appel de la déclaration de culpabilité. Par ailleurs, les membres du public intéressés avaient eux aussi le droit de décider si justice avait été rendue. Qui plus est, dans les circonstances de l'espèce, les motifs étaient nécessaires pour permettre un examen valable en appel de la justesse de la décision.

15. Il est évident que les motifs exposés de vive voix lors du prononcé des verdicts ne satisfont pas au critère énoncé

dans l'arrêt Sheppard. Il est tout aussi évident que les motifs écrits détaillés déposés par la suite satisfont à ce critère, dans la mesure où ils reflètent le raisonnement ayant conduit le juge du procès aux verdicts qu'il a prononcés. Sans ce lien, les motifs perdent leur raison d'être et ne peuvent favoriser un examen valable de la décision en appel. La question se pose en l'espèce en raison du manque de concomitance entre le prononcé des verdicts et le dépôt des motifs écrits. Si les verdicts n'avaient été rendus qu'au moment du dépôt de ces motifs, même – comme en l'espèce – plus de 14 mois après la fin du procès, personne n'aurait pu contester l'existence du lien requis entre la décision et les motifs. Il va de soi que l'écoulement d'un délai démesuré avant le prononcé du verdict peut faire naître d'autres problèmes, mais pas la question qui nous occupe dans le présent pourvoi.

16. Rien n'empêche un juge de rendre un verdict en précisant que des « motifs suivront ». En matière civile, la juge Arbour (plus tard juge de notre Cour) a énoncé avec justesse le principe suivant dans l'arrêt Crocker c. Sipus (1992), 57 O.A.C. 310 (C.A.), au par. 15 :

[TRADUCTION] L'intérêt de la justice dans une affaire donnée pourrait être mieux servi par le prononcé de la décision dès le processus de réflexion terminé, mais avant la remise des motifs écrits aux parties. Le dépôt d'un avis d'appel après le prononcé de cette décision n'empêche pas à lui seul l'examen en appel des motifs déposés ultérieurement.

Les mêmes principes s'appliquent en matière pénale.

[...]

18. Le fait que des motifs soient déposés longtemps après le prononcé du verdict, particulièrement des motifs ayant de toute évidence été rédigés entièrement après le prononcé du verdict, peut amener une personne raisonnable à craindre que le juge du procès n'ait pas examiné et considéré la preuve avec un esprit ouvert, comme il a le devoir de le faire, mais qu'il ait plutôt énoncé son raisonnement en fonction du résultat. En d'autres mots, lorsque le verdict a déjà été prononcé, en particulier un verdict de culpabilité, il faut se demander si le juge a procédé à l'examen et à l'analyse de la preuve après le prononcé de sa décision dans le but – même inconscient – non pas d'arriver à ce verdict mais plutôt de le défendre. [...]

21. Comme l'a rappelé la Cour dans l'arrêt S. (R.D.), l'équité et l'impartialité doivent être à la fois subjectivement présentes et objectivement démontrées dans l'esprit de l'observateur renseigné et raisonnable. La présomption que les juges s'acquitteront des obligations qu'ils se sont engagés sous

7. R. c. Teskey, 2007 CSC 25.

la foi du serment à remplir peut néanmoins être réfutée. Il incombe donc à l'appelant de présenter une preuve convaincante, démontrant qu'en égard aux circonstances de l'espèce une personne raisonnable craindrait que les motifs constituent une justification a posteriori du verdict plutôt que l'exposé du raisonnement ayant conduit à celui-ci.»

[le gras n'est pas dans l'original de la décision]

Réitérons que le juge, même s'il doit être complet, a toujours avantage à être bref. Boileau disait «*Qui ne sait se borner ne sut jamais écrire*» (L'Art poétique). C'est là encore une exigence impérative de la communication.

* * * * *

Jugement oral et jugement écrit

En terminant sur cet aspect du temps de gestation du jugement, quelques commentaires sur certaines distinctions entre le jugement livré oralement et le jugement écrit.

Rendre un jugement oral est assurément l'un des moyens dont dispose le juge pour contrôler le temps du jugement. Évidemment, chacun favorise une méthode ou l'autre selon ses préférences et selon la nature du litige.

Les mêmes principes de la communication s'appliquent pour l'une ou l'autre méthode : tenir compte de l'auditoire ou des lecteurs qui sont les récepteurs du message (le jugement) et avoir l'intention de bien communiquer ce message. Outre l'avantage d'écourter le temps, l'oralité en présente bien d'autres. Le jugement oral invite à la brièveté, facilite la communication directe car le juge peut voir et être vu, peut « sentir » si le message est compris, qu'il soit bien reçu ou pas, le juge peut moduler sa voix, varier le ton pour appuyer le message et même, le répéter. Le juge peut facilement reprendre ses explications s'il ou elle est persuadé(e) que les personnes visées par son message expriment d'une manière ou d'une autre leur incompréhension, par exemple, en entendant un terme inusité pour elles. Le jugement écrit ne bénéficie pas de cette forme de rétroaction. En somme, le jugement rendu oralement, en présence des parties, favorise une communication directe et mieux calibrée.

Toutefois, la langue orale du jugement doit être du même niveau que la langue judiciaire écrite. Ainsi, pas question d'utiliser un langage familier, émotif, trop répétitif, accompagné de mimiques ou d'une gestuelle ambiguë.

Deux dangers cependant. D'abord la précision de l'expression et des termes peut présenter des difficultés à l'oral alors que l'écrit permet de revoir, raturer et corriger. Le second écueil vient de la possible désorganisation de la pensée lorsque le jugement est prononcé aussitôt le procès terminé. Prendre quelques minutes ou

quelques heures pour mettre en ordre ses idées permet de mieux structurer la présentation de la décision orale.

Tout comme pour le jugement écrit, le jugement oral devrait être le plus bref possible, selon la nature de la matière et sa complexité naturellement. «*Ce qui est bref et bon est deux fois bon*» (Balthasar Gracian, écrivain espagnol, XVII^e siècle.)

* * * * *

«L'enclume dure plus que le marteau» (proverbe italien)

B. La durée de vie du jugement

La durée de vie *utile* d'un jugement varie considérablement selon qu'il s'agisse d'un jugement qui tranche une contestation d'espèce, qui énonce un précédent ou qui crée une nouvelle norme jurisprudentielle ; elle peut être bien courte ou extrêmement longue, mais dans l'ensemble, la durée utile dans le temps est plutôt incertaine.

Il est acquis toutefois que les jugements témoignent d'une époque et servent à l'occasion d'outils de recherche pour les historiens, les sociologues et les grands chercheurs du droit.

Mais quiconque a exercé la fonction de juge pendant plus de 25 ans et s'impose la relecture de tous les jugements qu'il ou qu'elle a rédigé tant en première instance ou en appel sait combien la situation du droit change rapidement, combien certaines décisions durent dans le temps alors que plusieurs deviennent rapidement obsolètes sauf pour le rôle quelque fois crucial joué dans la vie des personnes visées au premier chef.

La technologie de l'informatique accentue la désuétude des jugements plus anciens, lesquels ne sont pas tous répertoriés électroniquement.

Mention a été faite précédemment du rôle pédagogique du jugement, rôle qui confirme l'importance d'une communication efficace. Là encore, bien préciser la chronologie des faits est de première importance, particulièrement s'il s'agit d'un jugement ayant une portée historique, donc d'une vie utile plus prolongée. Le plus grand soin sera apporté aussi à la clarté des mots. « La première qualité du style est la clarté » disait Aristote⁸. À titre illustratif, à quoi sert la phrase suivante : «*C'est cette année-là que la construction du nouveau pont occupa l'avant-scène de l'actualité*», si l'on ne connaît ni le contexte de l'événement, ni la date ou sa situation dans le temps, ni même entre quelles rives le pont fut alors construit ? Exemple banal, j'en conviens, mais qui illustre les imprécisions que l'on peut rencontrer dans les décisions judiciaires.

Il arrive, il faut le mentionner, que le jugement survive à l'auteur et que longtemps après sa mort, l'on entende ou l'on en cite encore les « diktats » ou certaines phrases percutantes d'un juge. Mais c'est là plutôt l'exception.

8. Aristote, *Rhétorique III*, II ; IV^e siècle av. J.-C.

En somme, malgré les variations dans la durée de vie d'un jugement, durée souvent imprévisible d'ailleurs, les qualités recherchées dans un jugement demeurent les mêmes pour toutes les décisions (au civil comme au pénal) :

- la qualité de l'écriture: clarté, concision;
- la puissance de l'analyse des faits;
- la force et la clarté des motifs;
- l'aptitude à vulgariser, à favoriser la simplicité dans l'expression des messages.

CONCLUSION

«Le mécanisme du juger est des plus complexes, on n'en a guère idée si l'on n'a soi-même jugé...» écrivait Guy Thuillier en ouverture de son ouvrage *L'art de juger*⁹. Il ajoutait plus loin :

«En fait, la genèse du juger est fort embrouillée: juger est une chimie complexe, on n'est ni dans un système d'intuition, ni dans un système de logique juridique pure (comme le laissent croire certains commentateurs), on est dans une zone mixte, floue, indéterminée...»¹⁰

Chaque fois qu'un juge se met à l'écriture d'un jugement, il (ou elle) entreprend en quelque sorte un combat contre lui-même, combat contre l'angoisse de la page blanche, contre les inquiétudes de l'indécision et de l'imprécision, contre le sentiment d'incapacité devant certains aspects complexes des litiges et contre la peur constante du temps qui s'allonge, du délai qu'on a du mal à contrôler, d'autant que le juge est à l'occasion submergé par le nombre des dossiers à traiter.

Le professeur Gémard, de nouveau :

«L'épreuve de vérité que représente l'écriture du jugement est particulièrement éprouvante pour qui est appelé à écrire le droit. On sait les difficultés que doit affronter le juge dans un pays comme le Canada, où s'entrechoquent deux grandes traditions de l'écrit juridique et de l'expression de la justice. Auxquelles il convient d'ajouter les difficultés linguistiques proprement dites, que l'on doit à la cohabitation des langues et aux influences réciproques qui en découlent.»¹¹

À tous ces défis que doit relever le juge, se greffe l'astreinte de la communication efficace.

Mais de ces défis chaque juge en ressort enrichi et presque toujours victorieux. Enrichi par un exercice mental vivifiant, par le sentiment d'avoir été utile dans la chaîne de l'administration de la justice, par le plaisir aussi de décider utilement et de mettre en mots sa pensée.

Car il importe, comme juge, comme décideur, de se réinventer sans cesse, de remettre en question ses habitudes pour garder bien alertes tant son enthousiasme que son aptitude au renouvellement, ces ingrédients essentiels à toute fonction intellectuelle et à toute communication véritable avec autrui.

Cette obligation de communiquer qu'a le juge demeure un élément charnière de la confiance des citoyens en l'administration de la justice et du respect que ces mêmes citoyens témoigneront à long terme à ceux et à celles dont la mission fondamentale consiste à arbitrer leurs obligations tout en protégeant ou respectant leurs droits.

BIBLIOGRAPHIE

1. CÔTÉ, Pierre-André et FRÉMONT, Jacques, *Actes du 4^e Congrès international de l'Association internationale de méthodologie juridique – Le temps et le droit*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 1996
2. GARÇON, Maurice, *Essai sur l'éloquence judiciaire*, Éditions Corrêa, 1947
3. GÉMAR, Jean-Claude, *Préface, Écrire la décision*, 1^{ère} édition, Éditions Yvon Blais, 1996
4. LINDON, Raymond, *Le style et l'éloquence judiciaires*, Éditions Albin Michel, Paris, 1968
5. MAILHOT, Louise, *Écrire la décision – guide pratique de rédaction judiciaire*, 2^e édition, Éditions Yvon Blais, 2004 (voir bibliographie sélective)
6. MORIN, Fernand, *Les présupposés de la règle de droit – Essai sur le non-dit du droit*, Éditions Liber, Montréal, 2006
7. SIMARD, Jean-Paul, *Guide du savoir-écrire* (chap. I), Les Éditions de l'Homme, Montréal, 1996
8. Théophile MOREUX, L'Abbé, *Science et Style – Conseils à un jeune écrivain*, G. Doin & Cie, Éditeurs, Paris, 1930
9. THUILLIER, Guy, *L'art de juger*, Éditions Economica, Paris, 2001

9. 2001, Éditions Economica, p. 7. Cet ouvrage contient une analyse fort complète des diverses facettes de la fonction de juger tant pour le juge seul que pour le juge en collégialité. Même si l'auteur se situe dans le système européen de l'administration de la justice, son exposé d'à peine 75 pages devrait être traduit en plusieurs langues tant son analyse est fine et peut être utile pour les autres systèmes judiciaires.

10. Id., p. 20.

11. Cf. note 4.

Allocution

Juge en chef associé de la Cour du Québec
L'honorable RENÉ DE LA SABLONNIÈRE



Sous le thème général « Magistrature et médias », cette présentation comporte deux parties. La première, jeter un bref regard sur certaines réalisations de juges au Canada en matière de communication avec le grand public concernant le droit en général. La deuxième partie, présenter une section du « *Guide sur les communications* » confectionné par un comité de juges de la Cour du Québec à la suite de certains événements malheureux qu'un de nos collègues a connus il y a de cela plusieurs années. Cette section du guide traite spécifiquement de la gestion de crise médiatique.

La section du « *Guide sur les communications* » confectionné par un comité de juges de la Cour du Québec à la suite de certains événements malheureux qu'un de nos collègues a connus il y a de cela plusieurs années. Cette section du guide traite spécifiquement de la gestion de crise médiatique.

Monsieur le juge en chef du Québec, l'honorable Michel Robit, lors de la rentrée judiciaire de Montréal le 4 septembre 2008, mentionnait, après avoir énuméré les réformes réalisées par les différentes cours :

« Il y a cependant un aspect des réformes où nous pourrions faire plus de progrès, soit celui d'expliquer le système de justice au grand public par le truchement des médias. »

Le système de justice demeure toujours très mystérieux pour le grand public et souvent incompréhensible pour les dirigeants de notre société.

Les gens de justice ne semblent pas avoir un grand talent pour la vulgarisation et notre langage, tant oral qu'écrit, demeure inaccessible, malgré les efforts récents faits à ce sujet. »

Il invitait alors les bâtonniers du Québec et de Montréal à utiliser leur talent de vulgarisateur à cet effet. Je précise, à mon avis, qu'il s'agissait d'une invitation à expliquer le système de justice en général et non pas un encouragement à discuter de cas particuliers dans les médias.

EXPÉRIENCES CANADIENNES

Au Canada, pour expliquer le système de justice, quelques expériences sont en cours et elles semblent donner d'heureux résultats. J'ai choisi 3 exemples qui ne sont pas exhaustifs de tout ce qui se fait au pays.

Monsieur le juge Hugh Stansfield, juge en chef de la Cour provinciale de Colombie-Britannique participe à des émissions télévisées.

Il répond aux questions des téléspectateurs qui lui sont envoyées à l'avance par courrier ordinaire ou électronique. Les questions les plus pertinentes et intéressantes sont choisies par le juge et un animateur pose les questions.

Au Manitoba, le juge en chef de la Cour provinciale, monsieur le juge Ray Wyant, participe à une émission radiophonique mensuelle à l'intérieur de laquelle il répond aux questions des auditeurs. Il s'agit d'une émission de lignes ouvertes diffusée en direct. Il n'y a pas de filtrage des questions ni des interventions. Cette situation est un peu plus risquée puisqu'elle se joue sans filet. Cependant, selon le juge Wyant, cela semble très bien se dérouler et apporter des effets positifs dans sa région.

Au Québec, monsieur John Gomery, depuis qu'il est à la retraite, fait des interventions télévisées, à Radio-Canada, pour expliquer certaines décisions des tribunaux. Il le fait à titre privé, basé sur sa vaste expérience de juge.

Il me semble que ces trois situations contribuent à démystifier et à clarifier le système de justice.

GUIDE DES COMMUNICATIONS

Abordons maintenant le « *Guide des communications* » élaboré par un comité de juges de la Cour du Québec.

Sans trop entrer dans les détails, je résume un cas problématique que nous avons vécu avec les médias et qui a donné lieu à la création d'un « *Guide à l'intention des juges* » en cette matière.

Un de nos collègues, au parcours professionnel sans tache, estimé et respecté par ses collègues et par les plaideurs qui œuvraient devant lui, préside un procès d'agression sexuelle concernant trois accusés et une victime. Lors du prononcé de la peine, le juge utilise une expression qui, sortie de son contexte par les médias, traduit mal sa pensée. Cette déclaration fait dire au juge que les accusés n'avaient pas fait preuve de violence lors de la commission de l'infraction. Enfin, ce fut rapporté comme tel dans les médias.

Le juge voulait signifier que l'agression sexuelle constitue un acte violent en soi, mais, outre l'acte lui-même, il n'y avait pas eu d'autres violences à l'égard de la victime. Son analyse l'amène à constater l'absence de certains facteurs aggravants tels des lésions corporelles lors du prononcé de la peine.

Il s'exprime ainsi :

«... Y a-t-il eu violence? Il y a eu violence psychologique, mais le témoignage du docteur Têtu je crois, ne mentionne aucune (-) aucun bleu, aucune violence physique, du moins prouvable...»

À la suite de ces articles, il y a eu une levée de boucliers de la part des médias et des associations de protection de victimes. Il y a eu également une multitude de plaintes au Conseil de la magistrature et la défense a interjeté appel. Je vous informe immédiatement que le Conseil de la magistrature, après examen complet du dossier, n'a pas trouvé de motifs pour intervenir, n'y voyant aucune faute déontologique, et la Cour d'appel n'est pas intervenue également sur le fond et sur la peine.

Je vous rapporte cet événement parce qu'il est intéressant sous l'angle de la gestion de crise. En fait, la Cour a été prise au dépourvu par l'avalanche de critiques des médias et des organismes de protection des victimes. Cette crise n'a pas été gérée en raison de notre manque d'expérience et d'organisation.

Le juge se retrouvant seul face à cette crise a consulté une firme professionnelle de communication, par l'entremise de son avocat. Cette dernière lui conseilla de donner une entrevue, pour replacer les choses dans leur contexte, à une émission de Radio-Canada intitulée à l'époque, «Le Point». Un journaliste chevronné de Radio-Canada l'a interviewé en disant à peu près ceci :

«Monsieur le juge, vous avez été pris à partie par les médias et par différents organismes de protection des victimes au sujet d'une décision que vous avez rendue. Vous prétendez que cette situation est injustifiée, qu'avez-vous à dire pour votre défense, nous vous écoutons?»

L'angle plongeant de la caméra donnait l'impression d'une personne écrasée, pour ne pas dire coupable. Avant même qu'il ne prononce une seule parole, le juge était déjà condamné. Quand on sait qu'à la télévision, l'image compte pour 70 %, le ton utilisé, 20 % et seulement 10 % pour le discours.

En résumé, cette émission n'a pas eu le résultat escompté. Le juge, tant par l'image que par le contenu de ses propos, n'a pas su renverser la tendance, au contraire.

Après ces événements, la direction de la Cour du Québec a retenu les services d'une firme professionnelle de communication, une autre que celle qui avait conseillé le juge, afin de l'instruire sur la manière d'interagir avec les médias et plus particulièrement en cas de crise médiatique. À la suite des recommandations de cette firme, un comité composé de juges de la Cour a été formé pour les étudier. Il en a résulté un guide à l'intention des juges de la Cour du Québec en ce qui concerne les médias.

Quatre sections de ce document donnent des conseils sur les façons de communiquer avec le public et les médias dans des situations différentes, la première, en salle d'audience, la deuxième, comment réagir dans le cas de controverses médiatiques réelles ou appréhendées, la troisième, comment intervenir dans les interventions médiatiques imprévues et enfin quoi faire en cas d'interview sollicitée que l'on décide d'accepter pour différents motifs.

Comme son titre l'indique, Il s'agit d'un guide à l'intention des juges de la Cour et non d'un recueil de directives. Il permet aux juges d'amorcer une réflexion sur l'attitude à adopter dans différentes situations et à le sécuriser quant au soutien qu'il peut obtenir de la Cour. Il indique des balises et encadre les choix qui s'offrent à lui, lorsqu'il est en présence de différents événements médiatiques.

Ce guide n'est surtout pas un encouragement à donner des interviews. Au contraire, il est expressément écrit en début de la deuxième section :

«Ne vous prêtez pas à des interviews à moins de situations très exceptionnelles et après en avoir discuté avec toutes les ressources disponibles.»

SECTION 2 DU GUIDE : CRISE MÉDIATIQUE

L'objet de mon propos vise les situations particulières, sommes toutes assez restreintes, qui causent injustement des préjudices à l'administration de la justice et au juge qui a rendu une décision qui fait l'objet de controverse médiatique. Je n'aborde pas la question de savoir si en général les juges devraient se livrer plus souvent à des interviews. À ce sujet, je vous recommande une conférence prononcée par le juge en chef de la Cour du Québec, l'honorable Guy Gagnon, ici même le 19 août 2008 lors de la «Journée des juges» dans le cadre du Congrès du Barreau canadien.

Mon propos se situe en aval de ces questions et traite spécifiquement des controverses médiatiques.

Le principal constat qui se dégage à la suite de l'expérience que nous avons vécue et dont je viens de parler est qu'il faut être en mesure de réagir de façon rapide, dosée et appropriée. Tous les intervenants doivent être identifiés à l'avance et chacun doit connaître le rôle qu'il aura à jouer. Le temps constitue la contrainte la plus importante. Une réponse tardive, bien que correcte, peut ne plus présenter d'intérêt pour les médias qui sont déjà passés à une autre nouvelle. Il n'y a pas de place pour l'improvisation et les tergiversations. Pour empêcher qu'un événement ne dérape dans les médias, il faut être doté d'une mécanique bien rodée en mesure d'apporter les correctifs appropriés, s'il y a lieu, et ce, dans le respect de notre obligation de réserve et par déférence pour les autres institutions qui peuvent être appelés à se prononcer sur le dossier tel les tribunaux supérieurs ou le conseil de la magistrature.

Un processus à suivre a été mis en place qui prévoit deux étapes : la première concerne le juge impliqué et la deuxième le rôle des juges en situation de gestion.

A) LE JUGE :

En ce qui concerne le juge impliqué, son coordonnateur doit être informé de toute situation plaçant un de ses juges aux prises avec une crise médiatique. Il doit rencontrer le juge, le réconforter et inviter ses collègues à le soutenir pour éviter tout sentiment d'isolement. En effet, l'expérience nous apprend que, lorsqu'un juge est aux prises avec une crise médiatique, le réflexe normal des collègues est de faire preuve de discrétion et de retenue pour ne pas l'indisposer ou le mettre mal à l'aise. Il se crée généralement un vacuum autour du juge et ce dernier, se sentant évincé par ses collègues, peut interpréter cette attitude comme étant une condamnation et en conclure qu'ils le considèrent déjà comme fautif. De là l'importance d'informer les autres collègues que le juge se trouve en difficulté et que ses amis peuvent faire une intervention, ne serait-ce que pour le réconforter.

Le juge concerné par la crise médiatique, dans la mesure du possible, doit tenter de continuer à vaquer normalement à ses occupations professionnelles. S'il se retire alors qu'il fait l'objet de critiques dans les médias, et qu'il manque aux obligations prévues telles que de siéger par exemple, les médias et le public peuvent en conclure qu'il s'agit d'un comportement trahissant un sentiment de culpabilité. Quelques conseils sont donnés aux juges :

- *Ne pas donner d'interview, sauf exception et après avoir consulté les ressources disponibles;*
- *Éviter de résoudre seul la controverse;*
- *Éviter de s'isoler;*
- *Être réceptifs à la collaboration de ses collègues et amis;*
- *Demeurer calme dans la mesure du possible;*
- *Ne pas prendre de décisions intempestives et irréfléchies.*

Il faut rappeler au juge qu'il peut retenir les services d'un avocat défrayés par le ministère de la Justice qui peut le conseiller et, au besoin, faire une intervention publique. Il peut bénéficier également du Programme de consultation pour la magistrature institué au bénéfice des juges.

Enfin, le coordonnateur informe le juge des démarches qui seront entreprises par la direction de la Cour afin de gérer la situation, il lui rappelle qu'un mécanisme est en place et qu'une équipe s'occupe de son dossier immédiatement, et qu'enfin il sera tenu informé des décisions et des démarches, s'il y a lieu, avant même qu'elles soient entreprises.

B) LA DIRECTION DE LA COUR :

En ce qui concerne la direction de la Cour, le juge coordonnateur effectue une collecte de faits tels que : les données de l'enregistrement de l'audience ou un exemplaire de la décision litigieuse, la nouvelle rapportée dans les médias, le lieu, la salle, la date et l'heure où est survenu l'événement en cause.

Ces informations sont transmises, dans l'heure qui suit, au bureau du juge en chef associé qui doit informer les autres collègues du bureau du juge en chef et les membres du comité-conseil afin que toutes les personnes disponibles puissent prendre part à la réflexion. Le comité-conseil est composé de 4 juges provenant des trois chambres de la Cour et du juge en chef associé. Ces juges ont participé à l'élaboration du Guide sur les médias.

Une réunion est tenue dans l'heure, en personne, par conférence téléphonique ou par visioconférence avec les juges en chef et les membres du comité-conseil disponibles. Tous doivent, dans la mesure du possible, se libérer immédiatement de leurs occupations et participer à la réunion.

Lors de cette dernière, une analyse doit être effectuée dans les plus brefs délais afin qu'une décision soit prise dans le meilleur intérêt de l'administration de la justice. Cette décision doit être prise le plus rapidement possible pour être en mesure de répondre aux médias, s'il y a lieu de le faire, pendant que la nouvelle est encore au goût du jour. Si la nouvelle a été publiée ou a été diffusée le matin, il faut être en mesure d'avoir pris une décision dans l'avant-midi pour qu'une réponse soit donnée aux nouvelles sur l'heure du midi, heure de grande écoute.

Le Bureau du juge en chef a retenu les services d'un conseiller en communication qui connaît les particularités, les obligations et les mécanismes de la Cour. Ce conseiller convient que si nous le consultons en urgence, il doit traiter le dossier en conséquence.

Une décision est prise sur la conduite à être adoptée par la Cour et le juge est informé de la décision.

La décision peut-être de ne pas intervenir et les motifs sont expliqués au juge. Si une intervention doit avoir lieu, cela peut se faire au moyen d'un communiqué de presse, par une conférence de presse à être tenue par un juge en autorité, ou par l'avocat du juge, ou par un représentant de l'Association du Barreau canadien ou du Barreau du Québec, ou tout simplement par une interview.

La création d'une telle structure a pour but de favoriser une prise de décision rapide afin de corriger une situation erronée, s'il y a lieu, et d'empêcher ce que je qualifie d'enflure médiatique. En effet, on constate qu'il arrive qu'un média lance une nouvelle incorrecte

qui est reprise par d'autres médias, sans autre vérification, prenant alors de plus en plus d'intensité.

Enfin, il faut se rappeler que notre marge de manœuvre est assez mince. Notre capacité d'intervention se limite principalement aux faussetés et aux erreurs dans les reportages. Il est inapproprié

d'intervenir au sujet d'une critique, même sévère, d'une décision pourvu qu'elle rapporte correctement les faits. Il faut s'interroger sur l'opportunité d'intervenir lorsque les décisions judiciaires sont rapportées incorrectement et qu'elles jettent du discrédit sur le juge et sur le système de judiciaire.



Allocution

Juge retraité de la Cour supérieure du Québec
L'honorable **JOHN H. GOMERY**

L'INCIDENCE DES MÉDIAS SUR L'APPAREIL JUDICIAIRE



Permettez-moi de commencer, avec toutes mes excuses, sur une note personnelle. L'intérêt que je porte à l'interaction entre les médias et l'administration de la justice s'est assurément aiguisé à la suite de mon expérience à titre de commissaire chargé d'enquête, acquise vers

la fin de ma carrière de juge, mais cet intérêt était né bien avant, à l'époque où j'ai œuvré comme président de la Commission du droit d'auteur du Canada, de 1999 à 2004, donc pendant cinq ans.

Il s'agissait d'un poste à temps partiel que je pouvais aisément combiner à mes fonctions de juge surnuméraire à la Cour supérieure. Cela m'a permis d'entrer en contact avec les gens de l'industrie de la radio et de la télévision puisqu'ils se présentaient régulièrement devant la Commission afin de contester les tarifs proposés pour leur utilisation de documents protégés par droits d'auteur, principalement des compositions et des interprétations musicales.

Les tarifs étaient proposés par des organismes qui représentaient les détenteurs de ces droits d'auteur et la Commission avait pour tâche de déterminer les tarifs réglementaires qui procureraient une compensation juste pour l'utilisation appliquée de leur propriété.

Dans le but de déterminer ce qui était juste, les membres de la Commission, dont je faisais partie, devaient lors des audiences examiner les conséquences financières de ces tarifs sur les médias concernés; ce fut pour moi très instructif, presque une révélation, de découvrir l'ampleur des sommes d'argent investies dans les opérations commerciales des médias modernes.

Les radiodiffuseurs publics comme CBC, Radio-Canada et leurs homologues provinciaux, sont subventionnés par le gouvernement, mais les réseaux de radio et de télévision commerciaux, quant à eux, tirent presque la totalité des revenus de la publicité. Il s'ensuit que le contenu de la radio et de la télévision tant privé que public est grandement, certains diraient même entièrement, influencé par la capacité à attirer un auditoire qui sera exposé, plus ou moins librement, aux discours des entreprises qui ne veulent rien d'autre que vendre leurs produits.

L'existence et la rentabilité mêmes des médias concernés dépendent de leur succès à attirer un public.

Ceci dit, cet auditoire souhaite par-dessus tout être informé et divertit et, apparemment, il accepte dès lors, puisque c'est là le coût de l'information et du divertissement, d'être soumis à des messages publicitaires qui peuvent ou non être agréables à voir et à entendre.

Sans répit, les médias doivent tenter de satisfaire l'appétit toujours croissant du public pour lequel, depuis la deuxième moitié du 20^e siècle, la télévision est devenue la principale façon d'occuper ses loisirs et aussi le principal moyen de se tenir au courant de l'actualité qui forment ce que l'on appelle «les nouvelles». Celles-ci ne constituent peut-être pas la source la plus abondante de recettes publicitaires, mais représentent un excellent moyen d'attirer et de fidéliser un auditoire, qui s'habitue à regarder la chaîne qui présente les meilleures informations et la meilleure analyse de l'actualité. L'une des sources d'information des plus productives et des plus fiables et qui sachent divertir le public, sous l'apparence de reportages, c'est le compte rendu de ce qui se passe alors devant les tribunaux, sujet exerçant sur le public une irrésistible fascination.

Après avoir fait ce premier apprentissage se rapportant aux médias durant mon mandat à la Commission du droit d'auteur, je n'ai donc pas été aussi surpris que je l'aurais autrement été par toute l'attention accordée à la commission d'enquête que j'ai présidée pendant presque exactement deux ans, de février 2004 au 1^{er} février 2006, date du dépôt du rapport final du Commissaire. L'attention accordée par les médias à la Commission était toutefois renversante.

J'ai rapidement perdu mon ancien statut bien confortable d'obscur juge du Québec, comme m'ont décrit les journaux à l'époque où j'ai été nommé, et je suis devenu connu et reconnu à un point tel que maintenant, on me demande fréquemment de m'exprimer devant d'augustes assemblées comme celle-ci. Je dois vous dire que j'ai été fort surpris de mon statut temporaire de célébrité et que j'ai encore du mal à me l'expliquer. Je considère qu'aujourd'hui, je ne suis ni plus intelligent ni plus digne d'attention que je ne l'étais auparavant.

J'ai appris que, pour la plupart des gens, le fait que votre visage apparaisse souvent à la télévision et dans les journaux suffit à les convaincre que vous êtes soudainement plus important et plus admirable qu'avant que tout cela ne se produise. Et que cela vous plaise ou non, la perception devient la réalité. Comme un cynique en faisait un jour la remarque, ce n'est pas ce que vous dites qui compte le plus, c'est que personne n'ait fait d'erreur en écrivant votre nom.

L'expérience que j'ai acquise comme personnalité publique m'a poussé à réfléchir sur la relation qui unit l'appareil judiciaire et les médias et c'est le fruit de ces réflexions que j'aimerais partager avec vous, aujourd'hui.

Certaines de nos traditions juridiques remontent à l'époque de la République romaine, qui a précisé et élaboré la notion de Justice. La Justice, avec un grand «J», représentait l'objectif de la Loi et les Romains attendaient des juges, comme c'est le cas aujourd'hui, qu'ils gardent toujours à l'esprit que leurs décisions devaient, idéalement, produire un résultat juste. Et je crois que ce sont les Romains qui ont été les premiers à produire dans leur art et leur statuaire l'image et le symbole de la Justice, en la personne de la déesse Justicia.

Il pourrait être intéressant de spéculer sur les raisons derrière la féminisation de la Justice à une époque où la femme ne disposait pratiquement d'aucun droit reconnu par la loi et où elle n'était aucunement impliquée dans l'administration de la Loi ou des tribunaux, mais laissons cette question de côté pour l'instant.

En fait, je veux plutôt vous signaler le fait qu'elle a été, et qu'elle est encore je crois, représentée les yeux bandés. Dans une main, elle tient la balance de la justice, qui l'aide à soupeser le bien-fondé de la question en litige et dans l'autre main, elle tient une épée, pour nous rappeler que le châtement et la punition font partie de la Justice.

Mais le bandeau sur les yeux n'est pas si facile à expliquer. On suggère généralement que ce bandeau empêche Justicia d'identifier les parties qui se présentent devant elle, avec l'impartialité comme résultat; mais pour ceux d'entre nous qui ont eu la tâche de distinguer le bien du mal et le vrai du faux, il est souvent utile, voire nécessaire, de voir et d'évaluer les parties qui se présentent devant les tribunaux. La notion d'avoir à juger une cause les yeux bandés ne constitue pas un concept tout ce qu'il y a de plus séduisant, sauf qu'il nous rappelle la nécessité de l'impartialité dans l'administration de la justice.

Une autre explication du bandeau est le fait que dans bien des cas, par exemple dans pratiquement toutes les causes de poursuites au criminel, la personne accusée de crime doit se défendre toute seule contre le pouvoir, l'autorité et l'influence de l'État, ce même État qui a organisé le système d'administration de la justice et nommé les juges mandatés pour appliquer la loi.

La notion de Justice avec un grand «J» requiert que les Juges récemment nommés oublient immédiatement ceux qui les ont nommés et n'arrivent pas à reconnaître les représentants de l'État à la Cour. Un bandeau serait certes fort pratique pour ne plus voir ni reconnaître ses anciens amis. Mais Justicia, sans même regarder sous le bandeau qui couvre ses yeux, doit assurément être au fait de l'identité des gens qui se présentent devant elle.

Elle sait aussi que sa réputation d'impartialité et d'indépendance sera mieux servie si elle entend les causes et statue sur des cas

publiquement. Depuis des siècles, notre civilisation s'est vue confirmer encore et encore que les tribunaux et les procès secrets ne donnent pas lieu à des décisions justes. L'un des premiers pas que franchit le dirigeant autoritaire et despotique, c'est de limiter la liberté de la presse et des autres médias et de restreindre l'accès aux salles d'audience de la nation, dans le but d'empêcher le public de savoir ce qui s'y passe.

Nous sommes tous d'accord, non?, que la Justice requiert que la loi soit administrée ouvertement, mais comment Justicia peut-elle savoir que la salle d'audience est ouverte et pleine de spectateurs si elle a les yeux bandés? Ne voudrait-elle pas savoir que ses moindres faits et gestes seront observés par la société au sein de laquelle elle agit?

Jusqu'à il y a environ cent ans, l'intérêt manifesté par le public envers l'administration de la Justice était surtout local et, seulement de temps en temps, national. Plusieurs citoyens, probablement la plupart d'entre eux, étaient analphabètes ou limitaient leur lecture à la Bible. Les journaux et les magazines étaient distribués à moins grande échelle qu'aujourd'hui.

Lorsqu'un quelconque procès avait lieu dans la salle d'audience de leur localité, ceux qui étaient intéressés à suivre les procédures pouvaient normalement se trouver une place dans la salle d'audience et observer eux-mêmes la présentation de la preuve et l'art de plaider des avocats.

Le juge qui présidait, juge qui à l'époque était invariablement un homme, n'avait pas à se soucier de la couverture médiatique puisque la plupart du temps, il n'y en avait tout simplement pas. Il ne faut pas oublier que la radio et la télévision ont fait leur apparition il y a moins d'un siècle et qu'avant la Seconde guerre mondiale, les journaux étaient presque exclusivement des journaux locaux. Cela signifie que le juge était libre de se comporter d'une façon bien différente de celle qu'on attend de lui de nos jours.

Au cours des 50 années de ma carrière juridique, les juges ont dû changer de comportement très rapidement. Quand j'ai commencé à plaider devant les tribunaux, à Montréal, à la fin des années 1950, certains juges devant lesquels je me présentais se permettaient une grande liberté dans leurs paroles et dans leur façon de se comporter en Cour, ce qui ne serait tout simplement pas toléré par le Conseil canadien de la magistrature aujourd'hui.

Je ne souhaite pas insinuer que tous les juges de cette époque étaient inadéquats lorsqu'on les compare aux normes actuelles. Évidemment, la majorité d'entre eux étaient d'excellents juristes consciencieux, admirables modèles à suivre, mais ceux d'entre vous qui êtes aussi âgés que moi admettez, je crois, qu'il y a aussi peu que 40 ou 50 ans, une proportion assez considérable des membres de l'appareil judiciaire ne respectaient pas les normes d'aujourd'hui.

Certains étaient ouvertement irritables et affichaient leur mauvais caractère, d'autres n'étaient pas aussi consciencieux qu'ils auraient

dû l'être, d'autres encore déployaient bien peu d'efforts pour cacher qu'ils ne s'intéressaient pas du tout à ce qu'ils faisaient.

Un grand nombre de juges ne parlaient et posaient des questions que rarement, laissant ainsi le champ libre aux membres les plus agressifs et sans principes du Barreau, dans leurs manœuvres d'intimidation auprès des témoins et, parfois, de leurs adversaires. Règle générale, au cours de mes premières années au Barreau, les juges n'étaient pas interventionnistes et prenaient la parole en Cour seulement lorsqu'il fallait se prononcer sur une objection ou rendre un jugement.

Encore aujourd'hui, certaines autorités très respectées diront qu'il est parfaitement juste et approprié que le juge laisse entièrement le procès entre les mains des avocats, qu'il demeure distant et passif et qu'il évite la controverse en ne s'exprimant pas, peu importe ce qui se passe dans la salle d'audience.

Une opinion plus répandue, et qui a été appuyée dans des jugements relativement récents dans des Cours d'appel, notamment à la Cour suprême du Canada, maintient que, afin de diriger un procès juste, le juge doit présider, et présider exige que le juge non seulement maintienne l'ordre dans la salle d'audience, mais aussi qu'il s'assure que la preuve est entièrement et justement présentée, en posant des questions et en demandant des éclaircissements, au besoin. On croit maintenant que le juge a également le devoir de protéger les témoins contre un avocat trop agressif et même d'intervenir lorsqu'il est évident qu'un témoin répugne à dire la vérité, toute la vérité.

L'Oxford English Dictionary indique que le mot «présider» signifie «exercer la surveillance, la direction ou la garde», et le Webster ajoute à cela la notion que présider implique la régularisation des procédures.

Nous vivons à une époque où un nombre croissant de parties plaidantes ne sont pas représentées par un avocat lorsqu'elles se présentent devant un tribunal et elles s'attendent à ce que le juge qui préside les guide et leur vienne en aide, que ça lui plaise ou non.

Rappelons-nous aussi que le coût exorbitant de la représentation par un avocat est tel qu'il faut tenter le plus possible de raccourcir la durée des procès; par conséquent, le juge qui préside ne peut plus demeurer assis confortablement et se taire. L'époque du juge-sphinx est maintenant révolue.

Comment s'explique cette évolution? J'ai mentionné quelques facteurs contributifs, mais je suis convaincu que l'attention croissante accordée par les médias à l'administration de la Justice constitue la principale raison du changement observé dans la conduite des juges et dans la conduite de l'instruction. Et c'est ce que je me propose de vous démontrer.

D'abord, il faut reconnaître que l'attention des médias est généralement une bonne chose, car cette évolution a, à mon avis, mené

à l'amélioration de la conduite de l'instruction et à une meilleure organisation judiciaire, ce qui donne lieu à de meilleurs procès et à de meilleurs jugements.

Je n'insinue pas que les juges doivent essayer d'attirer davantage l'attention des médias vers leurs procès; en aucun cas, cela n'est nécessaire. Mais il semble tout à fait logique que les juges ne doivent pas essayer de limiter l'accès des médias dans leur salle d'audience.

Les comptes rendus que font les médias des procédures judiciaires sont imparfaits de bien des manières, que ce soit en étant beaucoup trop superficiels ou en versant dans le sensationnalisme. Parfois, ils sont tout simplement inexacts. C'est pourquoi les juges sont réticents à interagir de quelque façon que ce soit avec les médias; pourtant, ils pourraient apaiser cette réticence en prenant conscience de deux choses: d'abord, que la présence des médias dans les salles d'audience semble avoir pour effet que le juge accomplit mieux ses fonctions, et, ensuite, que cette présence constitue l'occasion d'améliorer la perception du public et lui démontrer que l'administration de la justice accomplit ses fonctions de façon appropriée.

Permettez-moi de vous décrire rapidement la relation qui unit l'appareil judiciaire et les médias. Je vous expliquerai ensuite comment cette interaction pourrait améliorer l'image de l'appareil judiciaire si ce dernier choisissait de retirer son bandeau symbolique pour enfin prendre conscience du regard scrutateur des médias et de leur public cible sur les actions des juges ainsi que de l'influence positive qu'exerce ce regard sur l'administration de la justice.

La majeure partie du temps, le public ignore ce qui se passe dans les salles d'audience canadiennes, parce que la plupart des procès découlent de litiges privés impliquant les intérêts très variés d'individus, ou de sociétés privées ou publiques. Ces litiges, et la façon dont ils sont résolus, sont des questions qui soulèvent peu ou pas d'intérêt dans le grand public.

En fait, cela peut même être un peu frustrant pour un juge, après tous les efforts consacrés à une cause comportant des enjeux qu'il estime être d'intérêt public, soulevant peut-être d'intéressantes questions de droit sans précédent, de s'apercevoir que le jugement soigneusement réfléchi et impeccablement rédigé avec tant de soin est complètement ignoré par les médias ou, au mieux, n'a reçu que quelques lignes ou qu'une brève de dix secondes.

Mais à l'occasion, il arrive qu'un juge préside un procès qui attire l'attention des médias. Cela semble se produire le plus souvent dans les affaires criminelles ou lorsque quelque scandale sensationnel a lieu; soudainement, on trouve des représentants des services d'information dans la salle d'audience ou dans les corridors du palais de justice, et des reportages relatant les progrès du procès commencent à paraître dans les journaux ou sont diffusés à la radio ou à la télévision.

Dans une telle situation, le juge qui chercherait à gagner l'approbation du public sur sa prestation n'arriverait assurément pas à ses fins en s'adressant directement aux médias et en expliquant ce qui se passe dans le procès et comment le dossier évolue. En effet, il existe une longue et honorable tradition, qui est devenue une obligation déontologique, qui oblige les juges à ne pas s'adresser directement aux représentants des médias relativement à une affaire pendante, ni pendant le procès ni même après que le jugement a été rendu.

Évidemment, vous vous dites sûrement que les juges ne devraient en aucun cas rechercher la publicité ou l'approbation du public ou de quiconque, à l'exception peut-être de la Cour d'appel, et vous avez en grande partie raison. Au lieu de chercher à gagner au tribunal de l'opinion publique, le juge doit viser uniquement et sans parti pris à en arriver à de justes conclusions quant à la cause, conformément aux principes adéquats de la loi et de la justice, que ces conclusions soient populaires ou non.

Voilà la raison derrière la règle voulant que les juges ne doivent pas s'adresser directement aux médias. Tout ce que le juge pourrait avoir à dire au cours du procès pourrait être, et serait probablement, interprété comme un indice qu'il en est venu, ou en arrivera bientôt, à une conclusion anticipée quant à l'aboutissement ultime de l'instruction ayant attiré l'attention des médias. Comme nous le savons tous, les juges ne sont censés prendre aucune décision définitive avant que toutes les preuves n'aient été présentées et que les avocats des parties intéressées n'aient prononcé leur plaidoyer final.

En passant, il s'agit là de l'un de ces vœux pieux qu'il est extrêmement difficile d'appliquer dans la vie courante, parce qu'il apparaît souvent évident pour un juge en cours de procès que certains témoins sont plus fiables que d'autres ou que le fondement factuel ou juridique invoqué par l'une des parties dans cette cause est en fait non fondé.

Néanmoins, il est conseillé au juge d'essayer de ne pas révéler son appréciation de l'affaire ou de la preuve avant que tous aient pu s'exprimer.

Ce conseil repose sur deux raisons. D'abord, le juge ne souhaite pas avoir l'air de favoriser un côté ou l'autre, et ensuite, de façon plus concrète, il arrive qu'un juge, au départ favorablement ou défavorablement impressionné par un témoin ou par un quelconque élément de preuve, doive réviser ses premières impressions à la lumière de nouveaux développements. Il prend alors le risque de se tourner en ridicule s'il doit se rétracter après avoir fait certaines affirmations sur la crédibilité d'un témoin.

J'ai appris très durement cette leçon pendant les audiences de la Commission d'enquête sur le programme de commandites ; j'imagine que vous savez très bien à quoi je fais allusion. La situation est d'autant plus délicate lorsqu'une remarque désinvolte formulée par le juge qui préside, remarque qui pourrait sembler indiquer ce qu'il

pense, se retrouve dans les journaux, surtout s'il est démontré plus tard que cette remarque est incorrecte ou injustifiée.

La règle à laquelle se conformer, c'est que même si le juge a commencé à tendre en faveur d'une partie ou de l'autre en se basant sur sa propre appréciation de la preuve, il vaut mieux pour lui de ne rien dire et de garder un esprit ouvert et ce, jusqu'au tout dernier moment, peu importe à quel point cela peut-être difficile dans certains cas.

Quant aux commentaires sur l'affaire, aux médias ou à qui que ce soit d'autre, après que le jugement a été rendu, il faut les éviter eux aussi, parce que le jugement doit comporter un sommaire de toutes les raisons qui ont conduit à la décision du juge. Toute remarque par la suite pourrait être interprétée comme une raison supplémentaire, laissant tout le monde, y compris la Cour d'appel en cas d'appel, dans la confusion à savoir quelles sont les vraies raisons qui ont mené à ce jugement.

Donc, en résumé, la règle d'or pour les juges est de ne rien dire publiquement relativement à une cause instruite, que ce soit pendant ou après le procès.

Malheureusement, la question ne s'arrête pas là, parce que le juge peut transmettre, ou sembler transmettre, des communications indirectes à l'observateur de ce qui se passe dans la salle d'audience. De telles communications indirectes peuvent avoir beaucoup d'influence sur la perception qu'ont le public et les médias face à l'attitude du juge et à sa façon d'accomplir ses fonctions judiciaires. Je parle ici de la façon dont le Juge conduit l'instruction et de la manière dont il peut, par communications indirectes, améliorer ou détériorer la perception qu'a le public du caractère juste et équitable de l'appareil judiciaire.

Laissez-moi vous expliquer ce que je veux dire par « communications indirectes ».

Bien que les juges préfèrent généralement que la présentation de la preuve soit confiée aux avocats des parties, comme je l'ai déjà mentionné, il arrive parfois qu'il soit nécessaire de poser des questions à un témoin, soit parce que le juge ne comprend pas son témoignage, soit parce que celui-ci est incomplet ou exige des explications. Un juge a le devoir de savoir et de comprendre ce que dit un témoin et il est tout à fait légitime, et nécessaire, d'intervenir afin d'avoir une appréciation juste de la preuve d'un témoin.

Par exemple, rappelons-nous que les témoins promettent et jurent de dire non seulement la vérité, mais aussi toute la vérité. Alors, si un juge a l'impression qu'un témoin dissimule certains faits pertinents par des réponses évasives et incomplètes, il ne doit pas laisser cette imprécision dans les minutes. Oui, c'est la responsabilité de l'avocat lors du contre-interrogatoire de poser les questions nécessaires au témoin concerné, mais il peut arriver que l'avocat néglige un point important. Il arrive aussi que l'avocat ne parvienne pas à obtenir de réponses satisfaisantes d'un témoin réticent, même à l'aide de questions très directes. Une question du juge peut réussir

à convaincre un tel témoin de fournir l'information qu'il aurait préféré ne pas divulguer.

La difficulté posée par de telles interventions, c'est qu'à l'occasion d'un procès hautement médiatisé, les médias ont tendance à se précipiter là-dessus et à y lire des indications de ce que le juge pourrait penser ou de la direction dans laquelle il s'est engagé.

De la même façon, les médias vont parfois faire état du langage corporel, d'expressions faciales ou d'autres indices supposément révélateurs des réactions du juge devant la cause présentée au tribunal, d'un côté comme de l'autre.

Certains juges réussissent mieux que d'autres à dissimuler leurs émotions et leurs réactions en présence de révélations fracassantes, des contradictions flagrantes ou d'autres éléments de preuve inattendus. Ceux d'entre nous qui rougissent facilement lorsqu'ils sont énervés ou surpris trouvent difficile de masquer leurs émotions.

Les interventions et les réactions involontaires d'un juge ne constituent pas des tentatives de communiquer avec les médias ou le grand public ni d'influencer l'opinion publique, mais elles pourraient quand même avoir cet effet, malgré les efforts incessants du contraire déployés par le juge. À partir de la perception qu'ont les médias de la bonne ou mauvaise conduite de l'instruction, ils peuvent approuver ou réprouver sa prestation, que le juge cherche une telle approbation ou non.

De même, l'opinion publique relativement à la prestation du juge peut être influencée par les reportages des médias qui expriment la perception des journalistes quant à l'attention que le juge semble porter à la cause, à la rapidité avec laquelle il s'occupe des objections, à la quantité de notes qu'il prend, à sa diligence à respecter l'horaire et à la patience ou à l'impatience qu'il manifeste pendant le plaidoyer de l'avocat.

Ce que je veux dire, c'est qu'en réalité, la façon dont le juge s'acquitte de ses fonctions en Cour constitue une forme de communication avec le public, sans même que le juge ne tente délibérément de communiquer ou d'influencer l'opinion publique. Sur ce point, les reportages des médias portant sur l'attitude du juge dans l'accomplissement de ses obligations peuvent être un reflet fidèle ou complètement erroné de ce qu'il pense et il ne peut pas y faire grand-chose.

Il existe une exception à ce que j'ai dit concernant l'importance d'éviter de communiquer directement avec les médias. Dans certains cas, il peut être nécessaire de remettre les pendules à l'heure, soit lorsqu'un reportage portant sur un procès en cours comporte des informations erronées dont la portée est suffisamment importante pour qu'il convienne de les corriger, soit au moyen d'un communiqué de presse ou d'une déclaration officielle, de préférence faite par quelqu'un d'autre que le juge concerné. Laissez-moi vous donner un exemple, tiré d'une expérience personnelle quelque peu désagréable.

Pendant la crise d'Oka il y a plusieurs années, j'ai débouté de la Cour une demande d'injonction provisoire présentée par l'exploitant d'un service ambulancier qui voulait que le tribunal ordonne le démantèlement de barrages routiers érigés par la police qui limitaient et ralentissaient l'accès à la réserve d'Akwesasne. Le reportage de l'audience publié dans un journal me prêtait des déclarations que j'aurais supposément faites pendant la demande dans une salle d'audience bondée, allégations qui étaient tout simplement fausses, comme il a été établi hors de tout doute par la transcription officielle qui n'a été disponible que quelques jours plus tard. Dans l'intervalle, je me faisais vertement critiquer dans la presse et dans les émissions-conversations à la radio pour ce que j'avais prétendument dit. Un avocat engagé en mon nom a téléphoné au journal en question afin que celui-ci publie une rétractation et une lettre d'excuses, ce qui fut fait et l'affaire se termina ainsi. À cette occasion, je n'aurai été célèbre que pendant quelques jours.

Voilà le genre de situation où un juge peut estimer nécessaire d'avoir quelqu'un qui, en son nom, s'adresse directement aux médias. Dans la province de Québec, la pratique habituelle dans de tels cas veut que le juge en chef de la Cour concernée fasse toutes les déclarations jugées nécessaires ou pertinentes aux médias.

La réticence des juges à accorder des entrevues aux médias, ou par ailleurs à révéler des détails sur leur vie privée, leurs antécédents personnels de même que leur personnalité et leurs attitudes, est plutôt frustrante du point de vue des représentants des services d'information qui croient, probablement avec raison, que leur public est avide de détails sur ces créatures mystérieuses, nommées juges, qui peuvent avoir laissé une vive impression dans l'esprit du public en tant que bons ou mauvais représentants de l'administration de la justice. Qui d'entre vous n'aimerait pas en savoir plus sur la vie et la personnalité de certaines célébrités judiciaires qui ont reçu une vive attention du public, par exemple la juge Amy St. Eve qui a assuré la présidence au procès de Conrad Black à Chicago, ou le juge Lance Ito, qui a géré avec plus ou moins de succès le procès d'O.J. Simpson à Los Angeles, ou plus près de nous, M. le juge Peter Hryn qui, il n'y a pas si longtemps, a acquitté M. Felderhof de délit d'initié de ses actions de Bre-X, au terme d'un très long procès. Devant la forte curiosité du public relativement à la vie privée des juges et à leurs habitudes, on pourrait alléguer qu'il est préférable de satisfaire ce désir d'en savoir plus sur certains juges qui, pour une raison ou une autre, se retrouvent soudainement sous les feux de la rampe, plutôt que de laisser libre cours à l'imagination des journalistes qui, en proie au désespoir d'écrire quelque chose sur le sujet, peuvent fonder leur description sur des informations fragmentaires et parfois inexactes.

J'aimerais me risquer à vous exprimer que l'époque où les juges étaient complètement à l'abri de tout examen public tire à sa fin. Par le passé, l'attention du public et sa curiosité envers les juges étaient moins importantes qu'aujourd'hui. À l'époque où j'étais jeune avocat dans les années 1950 et 1960, les nominations des juges

à la Cour suprême du Canada et aux Cours d'appel provinciales ne soulevaient pas beaucoup, sinon aucune, attention médiatique, alors qu'aujourd'hui le public s'attend à être informé aussi bien sur le candidat qui sera ultimement nommé que sur les autres candidats. Nous vivons à l'ère de l'information où il est de plus en plus difficile pour quiconque en position d'influence d'être totalement libre de cette attention médiatique.

Je laisse aux responsables de la rédaction du code de déontologie, qui détermine les normes d'éthique relatives à ce que les juges peuvent et ne peuvent pas faire, le soin d'examiner jusqu'à quel point il serait souhaitable d'assouplir certaines des restrictions imposées actuellement par le Code. Personnellement, je crois que Justicia devrait enlever le bandeau qui couvre ses yeux et accepter que l'attention médiatique qu'elle attire favorise l'amélioration de l'administration de la justice.

Je crois aussi qu'il existe deux moyens grâce auxquels notre appareil judiciaire pourrait améliorer la perception que le public a de lui ; d'abord, par l'utilisation d'un langage compréhensible et simple, en Cour et dans les décisions judiciaires, en gardant à l'esprit que la raison principale d'expliquer les motifs est d'informer les parties sur ce pourquoi le juge a pris la décision qu'il a prise. Il existe malheureusement une tendance à rédiger les motifs du jugement dans le but d'impressionner et de persuader la Cour d'appel, au lieu de chercher à communiquer avec les consommateurs des services judiciaires. La seconde façon d'améliorer l'image de l'appareil judiciaire, et je m'exprime en ce moment comme quelqu'un qui, depuis sa retraite, est parfois invité à commenter et à analyser publiquement des affaires juridiques et des décisions judiciaires, serait de prononcer des jugements plus courts et plus simples. Au fil des ans, ils semblent devenir de plus en plus longs, tout spécialement dans les cas d'appels. Trop souvent, il est difficile de percevoir la raison principale expliquant la décision de la Cour.

Avant de conclure, je pense que je dois dire quelques mots concernant la relation entre les médias et un juge nommé à la tête d'une commission d'enquête.

La réussite de toute démocratie repose sur une population informée. L'une des clés du succès d'une enquête publique, c'est qu'elle est tenue publiquement, exposée au regard du monde entier, et que le public est convaincu du caractère complet et exhaustif des

faits à l'examen. La plupart du temps, la requête est ordonnée afin de déterminer les raisons des faits d'un scandale public ou d'une tragédie, et qui ont soulevé une controverse.

Je suis d'avis qu'il n'est pas possible ni même souhaitable qu'un juge nommé pour présider une commission d'enquête évite tout contact avec les médias, comme il le ferait dans le cas d'un procès ordinaire. En effet, le juge n'agit pas, au sens strict, à titre de magistrat, mais plutôt comme commissaire chargé de l'enquête, mandaté par le gouvernement à s'engager dans une enquête de recherche des faits relativement à une affaire d'intérêt public. Le mandat de ce commissaire n'est pas de faire des constatations de culpabilité au criminel ou de responsabilité civile.

Au lieu d'avoir affaire à un procès d'intérêts personnels divergents, dont l'issue ne comporte pas de véritable enjeu pour l'ensemble de la population, le commissaire examine une affaire d'une grande importance pour la population et qui suscite la controverse ; le public a le droit de savoir comment l'enquête progresse et de se faire sa propre opinion sur les enjeux cruciaux. Dans ce contexte, la couverture médiatique ne doit pas seulement être tolérée, mais encouragée.

Malheureusement, la plupart des juges, et je m'inclus dans ce nombre, sont bien mal préparés à l'exposition aux médias à laquelle ils seront soumis une fois nommés commissaires chargés de l'enquête. Ils n'ont que peu ou pas d'expérience avec la gent journalistique ou les entrevues et ils n'ont pas l'habitude d'avoir l'œil imperturbable des caméras de télévision fixé sur eux. La leçon tirée de l'expérience sera rude et difficile et les erreurs de jugement peuvent avoir des conséquences déplorables et douloureuses.

Néanmoins, le fait de se trouver sous les projecteurs fait inévitablement partie de la tâche de celui qui préside une enquête publique et ce n'est pas, je crois, une mauvaise chose pour le commissaire de démythifier son rôle et ses objectifs en se rendant disponible de temps à autre aux représentants des services d'information. La question est de déterminer à quel degré cet accès est considéré suffisant et quelles sont les limites à ne pas dépasser. Étant donné que cette question est en attente devant la Cour fédérale, je crois qu'il est préférable de ne rien ajouter.

Je vous remercie de votre attention.



Allocution

Membre du Conseil constitutionnel de France
M. GUY CANIVET



Je voudrais commencer en vous disant tout l'honneur que j'ai de me trouver parmi vous invité à ce colloque des magistrats canadiens à l'occasion du ou dans le cadre du 400^e anniversaire de la création de la Ville de... de la fondation de la Ville de Québec, et honoré de me trouver

dans ce moment qui permet de souligner le lien qui existe entre les juges français et les juges canadiens et, en particulier, entre la Cour de cassation française et la Cour suprême du Canada.

Votre colloque se pose la question de savoir *Quel juge pour quelle société?* J'aimerais, pour ce qui concerne ma modeste contribution, reformuler la question : « À qui s'adresse une décision de justice ? »

Certains disent que les juges écrivent leurs décisions pour flatter leur vanité ; vous et moi savons très bien ce que c'est que ce narcissisme des juges, nous n'irons pas plus loin, d'ailleurs ce n'est pas la question. Et toute considération freudienne mise à part, un jugement concerne-t-il les parties au litige ? Parle-t-il à la corporation judiciaire ? Au groupe d'intérêts concerné ? À l'État ? Au groupe national, aux minorités qui le composent ou à la communauté internationale ?

C'est la fameuse question de la rhétorique du jugement que se pose, par exemple, Chaïm Perelman qui a beaucoup réfléchi à cette question de l'auditoire de la justice. Sa finalité première, on le sait bien, c'est évidemment de s'adresser aux parties pour trancher un litige, mais au-delà ? Au-delà, visant, comme le droit qu'il applique, à assurer des relations de toutes natures au sein d'une communauté nationale, le jugement est évidemment reçu par l'ensemble de ses sujets. En France, nous parlons du peuple, du peuple au nom de qui la justice est rendue et, en France, ce peuple est indivisible. Autrement dit, la décision de justice s'adressera uniformément à la communauté nationale. Mais si, comme au Canada, la communauté nationale ou la communauté des citoyens est multiculturelle, alors le jugement prend un sens pour et dans cette diversité. Enfin, si elle a un intérêt transnational, la décision d'une Cour sera lue dans le monde entier. Et dans ces derniers cas, le jugement touche à des identités multiples et on dira qu'il a une dimension cosmopolite.

Pour illustrer cette dimension multiple du jugement, je voudrais citer une anecdote. À l'automne 2005, la juge en chef du Canada était invitée d'honneur du Sénat français, invitée à un déjeuner pour

parler de la décision rendue par la Cour suprême du Canada sur le renvoi relatif aux mariages entre personnes de même sexe. Beverly McLachlin expliqua le droit canadien du mariage, les conditions dans lesquelles avait été adoptée une proposition de loi visant à étendre l'institution aux couples de même sexe, les conditions de procédures particulières dans lesquelles la Cour suprême avait été saisie, les questions qui lui étaient posées et, en substance, la réponse rendue par la Cour selon laquelle le mariage des personnes de même sexe n'était pas contraire à la Charte canadienne des droits et libertés.

Ces sénateurs, tous ces messieurs d'un certain âge, pour ne pas dire d'un âge certain, étaient incrédules quant à la transposition possible d'une telle institution bouleversant le droit de la famille en France. Mais ils savaient une chose, ils savaient l'importance de la décision rendue par la Cour suprême du Canada parce que très précisément en France se posait, et sur le plan judiciaire, la question du mariage, ce que nous appelons en France des homosexuels, et que ces sénateurs savaient que la question s'était réglée souvent dans les cours suprêmes du monde, en Afrique du Sud ou dans les systèmes fédéraux d'Amérique du Nord, par la décision des cours suprêmes au regard des droits fondamentaux.

Et on voit bien que pour ces sénateurs comme pour tout le monde, la décision de la Cour suprême du Canada avait un effet d'exemplarité, un effet d'entraînement qui risquait, par contamination, de bouleverser le droit français.

Dans un tel contexte, la décision de votre Cour suprême, quoique statuant selon la loi fédérale canadienne, dispensait des effets et dispense des effets à l'échelle du monde. À partir d'une question débattue dans la plupart des États, elle donne le point de vue d'une grande Cour et d'un grand système de droit, situant la question et la solution dans l'ensemble de celles qui sont et seront rendues ailleurs, exerçant par conséquent, par son autorité et sa force de conviction, une influence sur les décisions à venir dans d'autres systèmes de droit.

En ce cas, le jugement a une portée transcendant l'espace national où il est rendu pour atteindre d'autres pays et d'autres identités juridiques spécifiques. Donc, si on peut dire, c'est que par la circulation mondiale des jugements, la dimension cosmopolite de la justice est une réalité. Les juges en ont bien conscience, ce qui les conduit à prendre position, des positions d'ouverture ou de fermeture, à l'égard de traditions juridiques très diverses et, dans certains

cas, à donner une portée supranationale à leurs décisions, adoptant alors une attitude cosmopolite. C'est le passage de cette réalité à la volonté cosmopolite que je voudrais vous entretenir.

Qu'est-ce que c'est que l'auditoire cosmopolite d'une décision de justice ?

Pour reprendre l'exemple du mariage des personnes de même sexe, nous savons bien que cette question ne concerne pas seulement les systèmes nationaux, c'est une question mondiale. La revendication du mariage est faite partout dans le monde par les communautés gaies qui, par esprit d'égalité entre les habitudes sexuelles, veulent étendre, bénéficier du droit au mariage. Et les stratégies qu'ils développent partout dans le monde, y compris en France, sont des stratégies universelles. Et d'ailleurs, les décisions de fermeture des juridictions françaises se réfèrent à une argumentation internationale.

La Cour de cassation qui a, par une décision de 2007, refusé d'étendre l'institution du mariage aux couples de même sexe, se réfère à la convention européenne des droits de l'homme pour dire qu'elle n'interdit pas la législation française; quant à d'autres juridictions françaises, elles se fondent sur la comparaison de l'évolution des systèmes en disant, ce qui est d'ailleurs faux, que c'est généralement par la loi et non pas par la jurisprudence que ce mariage des personnes de même sexe a été étendu dans le monde.

Donc, on voit bien que cette décision, et là sur ces questions-là, abolit les différences entre l'ordre interne et l'ordre international.

Aujourd'hui, ce qu'il faut comprendre dit un sociologue allemand, Ulrich Beck, qui a beaucoup réfléchi sur ces questions du cosmopolitisme, c'est la réalité elle-même qui est cosmopolite. Et parmi les explications qu'il avance, il retient d'abord l'expérience de crise de la société mondiale, c'est-à-dire l'interdépendance perçue à travers des risques globaux et la communauté de destin civilisationnel qui en résulte entre tous ces systèmes. Et l'interdépendance des systèmes de droit abolie les frontières entre l'intérieur et l'extérieur, entre nous et les autres, entre le national et l'international.

Le meilleur exemple que l'on puisse en donner, c'est le destin des lois de lutte antiterroriste. On sait bien qu'après le 11 septembre 2001, chacun des États a été confronté à la nécessité de durcir les législations antiterroristes pour assurer la sécurité mondiale. Et on sait bien aussi que dans la plupart des systèmes, les cours suprêmes ont été devant la difficulté d'apprécier la possibilité de ce durcissement des lois au regard des libertés fondamentales et elles ont été placées dans une problématique compliquée entre la fidélité à l'ordre juridictionnel qui les institue et, d'autre part, le maintien des principes qui fondent l'État de droit. Elles ont été tout tiraillées entre la nécessité de laisser s'instaurer une sécurité mondiale par la complémentarité de ces dispositifs de lutte antiterroriste, mais aussi de protéger les principes de la démocratie.

Et la Cour suprême du Canada n'a pas échappé à cette problématique. Dans un arrêt du 23 juin 2004, dans une décision du 23 juin 2004, elle exprime très bien cette difficulté, je la cite :

« La loi antiterroriste – dit la majorité de la Cour – a pour objet de prévenir et de punir les infractions de terrorisme. Quoiqu'il modifie nécessairement le contexte dans lequel doit s'appliquer le principe de la primauté du droit, le terrorisme ne commande pas la renonciation à ce principe. Le défi que les démocraties sont appelées à relever dans la lutte contre le terrorisme consiste à prendre des mesures qui soient à la fois efficaces et conformes aux valeurs démocratiques fondamentales qui attachent de l'importance à la vie, à la liberté de l'être humain, ainsi qu'au respect de la primauté du droit. »

Et en substance, on retrouve le même avis, la même opinion dans les décisions ou dans les opinions de grands juges comme Aaron Barak, président de la Cour suprême d'Israël, dans un jugement de 1996 ; de Lord Bingham dans une décision de la House of Lord dans une décision de décembre 2004 ; ou dans celle de Justice Stephen Breyer dans une récente décision de la Cour suprême des États-Unis du 12 juin 2008, Boumediene versus Bush, sur la fameuse question de l'accès à la justice américaine, des détenus, de la prison militaire de Guantanamo.

Toutes ces décisions s'enchaînent les unes aux autres, statuant sur la même problématique, à partir de droits différents et souvent sur des libertés fondamentales différentes, elles aboutissent toutes à la même conclusion, elles fondent une convergence des décisions de justice, une politique juridictionnelle unique qui peut se résumer dans le concept suivant : Laissez les États se doter de moyens efficaces pour écarter la menace terroriste sans renoncer aux principes fondateurs de la démocratie.

Un tel mouvement de convergence de la politique juridictionnelle des cours suprêmes nationales n'est pas propre au terrorisme. On va le retrouver chaque fois que des questions dépassent le cadre interne aux États, qu'ils sont globalisés de sorte que les jugements ont une incidence sur des intérêts mondiaux, mais aussi on le discerne à chaque fois que par son autorité, la décision d'une cour a une influence sur la justice rendue ailleurs. C'est de l'incidence à l'influence que je voudrais réfléchir à cette question.

Le jugement a une incidence universelle lorsqu'il affecte des intérêts qui dépassent les limites nationales, soit qu'il porte sur des biens communs ou publics mondiaux, soit qu'il interfère sur l'économie mondiale. Nous savons tous ce qu'est ce concept de biens communs ou de biens publics mondiaux, il comprend une dimension géographique, c'est-à-dire ce sont des biens qui intéressent non seulement des États, non seulement des groupes d'États, mais des populations entières à l'échelle de la planète, et des biens qui

affectent non seulement les générations présentes, mais les générations futures. Le meilleur exemple que l'on puisse en donner est la préservation de l'environnement, mais aussi la gestion de ressources rares que sont désormais l'eau, l'air, l'accès aux connaissances, la lutte contre les grands fléaux de santé, tous ces biens nécessitent une régulation mondiale et précisément, cette régulation mondiale est le fait ou le destin ou la mission des grandes juridictions du monde.

Dès lors qu'il s'agit de réguler le partage de ces biens ou l'accès à ces biens, ce sont les décisions des cours suprêmes que l'on pourra citer, aussi bien en matière de droits de l'homme qu'en matière de protection de l'environnement ou qu'en matière de santé.

En matière de droits de l'homme, c'est évident que dès lors que ces droits de l'homme sont compris par des grandes conventions internationales et que ces grandes conventions internationales sont appliquées par les juridictions suprêmes, ce sont les juridictions suprêmes qui vont mutualiser, en quelque sorte, cette conception des droits de l'homme.

On retrouve des exemples dans cette mutualisation, cette communautarisation de vue des grandes cours dans la manière dont on traite les questions de torture ou de droit à la vie. Question de torture, il suffit de citer la décision rendue par la House of Lord dans l'affaire Pinochet où, par une construction originale, la Chambre, la Cour anglaise a décidé de passer sur la protection d'immunité de chef d'État ou d'ancien chef d'État accordée à Pinochet pour accorder son extradition, pour répondre devant la justice espagnole de faits de torture commis dans un autre pays, le Chili, où Pinochet était chef d'État, et pour des victimes qui n'avaient rien à voir avec la justice anglaise.

Par conséquent, on voit que la pression des droits de l'homme fait qu'on va passer sur ces grandes conventions de la justice internationale pour extraditer un ancien chef d'État vers un système où il aura à répondre de crimes de torture allégués sans que l'affaire puisse avoir la moindre incidence dans la judiciarité anglaise.

La Cour suprême du Canada s'est posée la même question : Peut-on extraditer vers un système, un État étranger quelqu'un exposé dans l'État de réception à un risque de torture ? C'est une décision de 2004 qui se posait la question de savoir si on pouvait extraditer un ressortissant Sri Lankais de la communauté tamoule à qui on reprochait des actes terroristes sur le territoire du Sri Lanka. Et la Cour suprême, en raison de ces risques de torture, a décidé de refuser l'extradition de ce ressortissant.

Et quant on voit l'évolution de la position de la Cour suprême des États-Unis sur la question de la peine de mort, on comprend bien la pression internationale à la fois sur la compréhension des droits fondamentaux et sur la conception qu'en ont les grandes cours du monde.

Vous savez bien que... je ne vous citerai pas ces décisions de la Cour suprême des États-Unis qui, entre 1986 et 2005, ont restreint l'application de la peine de mort, en excluant la possibilité de l'appliquer d'abord aux malades mentaux, par deux décisions, puis ensuite aux mineurs. Et la pression de la communauté internationale et des conventions internationales, même non ratifiées par les États-Unis, se discernent bien à la lecture de ces décisions de la Cour suprême des États-Unis. Il suffit de lire l'opinion majoritaire de Justice Kennedy dans la décision de 2005 pour comprendre comment fonctionne ce mécanisme dans l'esprit d'un juge américain, il nous dit la chose suivante :

« L'opinion de la communauté mondiale, si elle ne dicte pas notre décision, n'en apporte pas moins une confirmation respectée et de poids à nos propres conclusions. »

C'est donc la différence entre l'aspect normatif de conventions internationales non ratifiées, normatif de décisions d'autres cours sur la même question, et la pression morale qu'elle exerce sur un juge dans une Cour qui décide, en rendant de telles décisions, de ne pas se séparer de la communauté d'appréciation mondiale en matière de libertés fondamentales.

Et on pourrait prendre les mêmes exemples à l'égard de l'écologie ou de la santé et citer, par exemple en matière d'écologie, la décision de la Cour de justice des Communautés européennes faisant application des conventions internationales, et notamment de l'accord de Kyoto, sur les restrictions d'émission des gaz à effet de serre. On voit bien que ces décisions de la Cour de justice des Communautés européennes ont un double effet, un effet de restreindre ces émissions de gaz, donc de limiter l'atteinte à l'environnement dans l'espace européen, à la fois dans l'espace mondial, puisque ça affecte l'ensemble des équilibres mondiaux, mais aussi un effet d'exemplarité en ouvrant la voie aux autres cours sur la manière de procéder.

Et on peut citer aussi, en matière d'environnement, les grandes décisions de la Cour suprême de l'Inde qui a, dans un espace humain considérable, transposé les grandes conventions internationales en Inde, une attitude très active en matière de protection de l'environnement et même fondé un principe de compétence universelle de la Cour suprême de l'Inde en matière d'atteinte à l'environnement.

Quant au droit de la santé, on peut citer, par exemple, un procès que tout le monde connaît, qui a eu lieu devant la Cour suprême d'Afrique du Sud, opposant toutes les grandes industries pharmaceutiques mondiales à une loi sud-africaine qui décidait, pour lutter contre les grandes pandémies, et notamment le VIH, de fabriquer des médicaments à moindre coût au détriment des détenteurs de brevets et, par conséquent, en risquant de déséquilibrer l'invention mondiale en matière de médicaments. Ce procès qui a eu lieu devant la Cour suprême d'Afrique du Sud a tourné court parce que

devant la pression mondiale, ces grandes industries pharmaceutiques, et l'enjeu humanitaire qui se présentait, ont renoncé à leur action. Et ce procès a servi d'exemple à un autre qui a eu lieu plus récemment, en 2007, devant une Cour provinciale indienne où un laboratoire pharmaceutique a attaqué la Loi indienne qui permettait la fabrication de médicaments génériques, là encore en portant atteinte aux grands brevets pharmaceutiques, et bien, la Cour indienne a décidé de débouter cette industrie pharmaceutique suisse de son action. Donc, on voit bien que cette convergence des décisions des cours suprêmes prend part à une gouvernance mondiale de la santé.

Si on lit ces décisions, on voit bien qu'elles ont un double effet. Elle règle un problème directement, elles ont un effet direct, une incidence, mais aussi un effet d'entraînement, une influence.

Et pour savoir comment la décision d'une Cour peut exercer une influence, on a beaucoup étudié la question et on s'est rendu compte que deux éléments principaux avaient donné une dimension mondiale à une décision. Le premier élément, c'est la puissance de son raisonnement. Autrement dit, la logique et le caractère déterminant des arguments utilisés. Et dans cette approche-là, il est banal de dire que les décisions des cours de Common Law ont davantage d'influence que les décisions des cours de droit civil et, notamment, des décisions des cours françaises qui se caractérisent par un raisonnement déductif en général considéré comme très étroit.

Mais je m'attacherai surtout sur la dimension en regard des valeurs que peut avoir la décision d'une Cour suprême. Une Cour suprême n'aura d'influence que si les valeurs qu'elle fait jaillir de son propre système juridique arrivent à convaincre d'autres systèmes juridiques d'y adhérer. Autrement dit, pour être lue, comprise et reprise dans le monde par d'autres juridictions, une décision d'une Cour suprême doit, à partir de son propre système, faire jaillir des valeurs comprises, sinon partagées par la communauté judiciaire mondiale.

C'est donc à des qualités d'ouverture, de tolérance, d'humanité, de justice, d'équité, d'équilibre, de proportionnalité qui lui conféreront cette dimension internationale. Et à ce point de vue, on peut citer les décisions des grandes cours dont je parlais tout à l'heure en matière de lutte antiterroriste qui fondent en quelque sorte, qui se réfèrent à des valeurs universelles et partagées de la démocratie.

Et on peut dire qu'accèdent aussi à cette dimension éthique, les jugements de la Cour suprême du Canada qui font application du principe d'accommodement raisonnable pour concilier des libertés religieuses, libertés religieuses de minorités, avec des principes d'organisation sociale en milieu du travail, en milieu scolaire, dans l'organisation du commerce ou dans l'habitat. En donnant une consistance aux valeurs reconnues par ces minorités et en les rendant compatibles et conciliables avec celles de la communauté nationale, ces jugements ont évidemment une portée universelle,

mais alors, c'est la volonté du juge qui va donner cette portée à la décision. Et j'en viens à l'attitude cosmopolite du juge.

Comment se manifeste cette attitude cosmopolite du juge? Elle se manifeste de deux (2) manières. La première, c'est en ouvrant sa jurisprudence à la compréhension de l'autre, en ouvrant sa jurisprudence à la compréhension d'autres cultures, d'autres coutumes et d'autres valeurs. Très rapidement, on peut invoquer à ce sujet la jurisprudence de la Cour suprême du Canada sur la fameuse affaire du port du kirpan où on voit bien qu'on a voulu accepter les valeurs d'une communauté minoritaire pour les rendre compatibles avec un ordre national.

Et on voit aussi que ces décisions rendues par la Cour suprême du Canada interpellent les juges français qui eux précisément sont tenus par des principes de fermeture au regard de la liberté religieuse qui sont dictés par la nécessité de ménager le principe constitutionnel de laïcité. Et on voit là les limites qu'il peut y avoir à l'ouverture des jugements des grandes cours à l'accueil de l'autre.

Et la deuxième manière d'accueillir en quelque sorte les valeurs d'une autre culture dans une jurisprudence, c'est le principe de l'hospitalité judiciaire, c'est-à-dire de permettre à des communautés étrangères de venir plaider devant des juridictions nationales dès lors que des droits de l'homme sont en cause.

Pour terminer, je citerai un exemple de cette hospitalité judiciaire en la manière dont les Juifs français, européens, ont obtenu satisfaction quant à l'indemnisation des spoliations dont ils ont été victimes pendant la guerre et du fait de la Shoah. Les Juifs français ou leurs descendants ont saisi les juridictions françaises pour demander réparation des spoliations dont ils avaient été victimes, soit de la part de l'État, soit de la part de particuliers. Les juridictions françaises n'ont pas trouvé de principe de réparation pour leur donner satisfaction. Par l'intermédiaire de leurs associations, ils ont saisi la justice américaine sur le fondement d'un principe de droit américain issu de 1789 qui permet à toute personne victime d'atteinte aux droits de l'homme de saisir un juge américain, même si le litige n'a aucune relation avec la judiciarité américaine.

Et un juge de Brooklyn a accepté leur action, de sorte que les banques françaises qui étaient principalement intéressées par ce litige ont obtenu de l'État français qu'on mette en place un système d'indemnisation, un fonds d'indemnisation, de sorte que par le détour de la justice américaine, ces communautés ont pu obtenir satisfaction en France. On voit bien comment ce dialogue des juridictions peut aboutir à la promotion et à la consécration des droits de l'homme.

Pour terminer, je voudrais dire que la philosophie de Lumières avait pour ambition de parvenir à la paix mondiale par un principe simple ou trois principes simples : Un gouvernement unique à l'échelle du monde, une loi universelle et une juridiction unique pour l'appliquer.

Chacun sait que le gouvernement mondial est une idée utopique, au moins si ce gouvernement prend la forme de la transposition de principe d'un gouvernement étatique. Nous savons bien la difficulté, même en matière d'atteinte aux droits de l'homme et pour la répression des crimes contre l'humanité, la difficulté de fonctionnement que rencontrent les juridictions internationales, ne serait-ce que pour des raisons politiques ou pour des raisons de conciliation des grands systèmes de procédure acquisatoire ou inquisitoire et le droit comparé qui, au XIX^e siècle, avait la vocation ou la tentation de rechercher un droit universel, recherche maintenant plutôt la conciliation des droits du monde dans ce qu'un philosophe français appelle un pluralisme ordonné.

Et dans ce pluralisme ordonné, se pourrait-il que dans la continuité, la convergence de leurs décisions sur les questions d'importance

mondiale, les cours suprêmes nationales, à partir de leur propre identité juridique, mais dans une communauté de valeurs partagées, assurent la réalité ou la régulation mondiale par le droit ? Ce qui permettrait peut-être de revisiter la philosophie du XVIII^e siècle qui posait la question : Qu'est ce que les Lumières ? En donnant cette réponse du philosophe allemand Ulrich Beck :

« Ait le courage d'adopter l'optique cosmopolite, c'est-à-dire de revendiquer des identités multiples, de vivre sur le mode que te prescrit ta langue, ta couleur de peau, ta nationalité ou ta religion, tout en étant conscient que dans la sécurité radicale du monde qui est le nôtre, tous les hommes sont à la fois égaux et différents. »

Merci de votre attention.





Allocution

Cour d'appel du Royaume-Uni
Le Très Honorable LORD JUSTICE ROBIN JACOB¹

L'ACTE DE JUGEMENT ET LA CONNAISSANCE DU MONDE



Lord Heward, juge en chef de la Haute Cour d'Angleterre et du pays de Galles, déclarait : « Justice ne doit pas seulement être faite, elle doit aussi être vue manifestement et indubitablement pour être faite »². Était-ce trop demander ? L'apparence de justice suffit-elle, peu importe qu'elle ait ou non été rendue ?

Les puristes vous diront que non. Mais suivez-moi bien. On raconte que dans la Chine ancienne, on plaçait le demandeur et le défendeur de part et d'autre de Xiezhì, un animal mythique unicolore symbole de la justice, qui de sa corne désignait le perdant. Cette méthode, des plus rapides et des moins dispendieuses, avait l'heur de satisfaire la population puisque justice semblait ainsi être rendue. De l'avis de la société, tout était pour le mieux. Il en était de même pour l'ordalie, procès par épreuve d'exposition au feu, à l'eau, aux lacérations et à d'autres supplices, une méthode en usage en Europe à l'époque médiévale et dans bien d'autres pays et cultures.

Ces méthodes procédurales sous-tendaient l'idée de Dieu rendant justice, dont certains vestiges, comme l'assermentation, subsistent encore aujourd'hui. Le serment devant Dieu imposé au témoin est encore aujourd'hui la méthode par défaut en usage auprès des témoins et elle s'avère encore très puissante. En voici un bon exemple : j'ai vu un jour un jeune musulman, sous le joug d'un père autoritaire et malhonnête qui l'obligeait à mentir, s'étouffer en tentant de prêter serment la main sur le Coran.

Comme tout le reste, le monde de la justice a évolué. La société d'aujourd'hui s'attend à ce que la justice soit rendue suivant un processus rationnel d'examen et d'évaluation de la preuve, et ce, non seulement en lien avec l'établissement des faits mais également avec l'interprétation des règles de droit. Par conséquent, pour qu'il y ait apparence de justice, le juge moderne doit fournir les raisons expliquant sa décision à un public averti. Pour ce faire, quelle perspective doit-il adopter ?

Commençons par ce qu'il faut rejeter d'emblée : l'arrogance. En effet, un magistrat exerce des fonctions de pouvoir et d'autorité qui peuvent facilement lui monter à la tête. Les avocats en common law ont baptisé ce mal « la jugite ». J'ignore si d'autres systèmes

judiciaires ont aussi nommé ce phénomène mais je suis convaincu que tous l'auront constaté.

Depuis le début de la révolution industrielle jusque tard au XX^e siècle, dans mon pays ainsi que, je présume, dans la plupart des autres pays de common law, le juge trônait au sommet d'un piédestal érigé pour lui par la société qui encourageait de la sorte la jugite en plus de la désirer afin de mieux la tourner en dérision, comme c'est encore le cas aujourd'hui. Voici une anecdote de l'époque édouardienne (1901 à 1910) au centre de laquelle se trouve un juge des plus présomptueux et suffisants, Monsieur le juge Darling. À l'époque, George Robey était une célébrité de music hall très en vogue. Un jour, F.E. Smith, qui deviendra plus tard lord chancelier, plaide devant le juge Darling et mentionne George Robey au cours de son allocution. « Mais qui est donc George Robey ? » demande alors le juge Darling. Monsieur Smith sourit et dit : « Oh my Lord, he is the darling of the music halls. » Transposée au Québec, c'est comme si dans les années soixante, un juge, appelons-le M. le juge Jolicœur, n'avait pas su qui était Michel Louvain et que l'avocat, pour s'en moquer, lui avait répondu : « Mais sauf votre honneur, votre honneur, c'est le joli cœur du showbiz. »

La jugite continua de sévir au fil du temps. En 1936, le juge en chef Hewart, dans son discours au banquet du lord maire de Londres, disait : « Les juges de Sa Majesté sont satisfaits de l'admiration universelle éprouvée à leur endroit. ». La presse ne s'en est pas formalisée et n'a rien dit.

De nos jours, je crois que la jugite est en régression et, malgré les progrès, il faut continuer de la combattre, car nous ne serons jamais parfaitement immunisés contre ce fléau. Il s'agit d'une lutte personnelle de tous les instants pour chaque juge.

Le deuxième écueil à éviter, autre symptôme de la jugite, c'est le décalage avec la société dans laquelle le juge évolue. Ce décalage fait du juge un être à part, comme si les choses qui font partie du quotidien des citoyens n'étaient pas à la hauteur de son statut supérieur. Une légende des années soixante, illustrant parfaitement ce phénomène, raconte qu'un juge aurait demandé : « Les Beatles ? C'est quoi ou c'est qui, ça ? » Il s'agit bien d'une légende, aucun nom n'y ayant

1. Un membre de la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles, responsable de la liste de la propriété intellectuelle.

2. *R v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy* ([1924] 1 KB 256, [1923] All ER 233)

jamais été associé, mais le récit est bel et bien crédible. La presse a souvent ressorti cette histoire et n'arrêtera pas de sitôt.

Attendu qu'un juge doit rejeter la jugite et le décalage, quelles qualités doit-il cultiver, alors? Toujours sous le thème de l'apparence abordé d'entrée de jeu, un juge moderne doit au moins sembler être au fait de l'actualité. Qui parmi nous n'a pas discuté avec ses enfants adolescents ou petits-enfants pour connaître les vedettes de l'heure et au moins sembler «être dans le coup»? Ainsi, je me souviens d'une affaire du milieu musical impliquant Bruce Springsteen. Quand son avocat s'est levé, j'ai déclaré: «Je devrais sans doute demander qui est Bruce Springsteen?» ce qui, avec le recul, me semble une pathétique tentative de montrer que j'étais du même univers que l'homme de la rue.

Mais sembler partager le même univers que l'homme de la rue ne suffit pas non plus à «être dans le coup». Un juge doit faire plus que sembler être branché sur la réalité, il doit en faire réellement partie. Il arrive parfois que les raisonnements judiciaires en appellent explicitement à la connaissance du monde. Ainsi, il y a longtemps, en 1877, le juge James posait la question suivante dans une affaire de contre-façon:

«Alors, quel bon mobile un homme du monde des défenseurs pourrait-il suggérer à un homme du monde pour expliquer son geste?»³

Dans la même veine, se demandant si un juge avait raison de soutenir qu'un vrai garage permanent n'était pas une «structure» parce qu'il était constitué d'une toile sur un cadre permanent, Lord Goddard concluait :

Je crois ainsi que nous devons soutenir que le juge n'a pas pris la bonne décision dans cette affaire. S'il s'était demandé, en bon homme de la rue, en citoyen ordinaire, celui qui prend le train de banlieue, s'il s'agissait effectivement d'une structure, je crois qu'il l'aurait reconnue comme telle.

Évidemment, l'enfant chéri de la common law, la personne raisonnable, l'homme de la rue⁴, appelé le bon père de famille au Québec, est une personne qui vit dans le monde.

Ainsi, du point de vue de l'acceptation publique de notre travail, nous devons connaître le monde dans lequel nous vivons et sembler y être connectés. Comment y arriver? La seule manière vraiment efficace de sembler être quelque chose, c'est de l'être tout simplement. En réalité, il ne suffit pas de sembler être connecté parce qu'il est impossible de s'en tirer à tous coups en faisant semblant. Le juge doit effectivement connaître la société dans laquelle il vit et exerce ses fonctions.

Cette réalité soulève des conséquences importantes d'au moins deux façons : le mode de sélection et le mode de formation des juges, même s'ils doivent en recevoir une.

Voyons d'abord la sélection. La principale différence entre les divers systèmes juridiques de la planète tient à la sélection des juges. En effet, certains systèmes ont des juges de carrière et d'autres nomment des avocats en pratique. J'en ai un jour discuté avec un éminent avocat allemand qui devait, à l'époque, avoir une cinquantaine d'année. Je lui demande : «Aimeriez-vous être juge?» Il réfléchit et me répond : «Vous savez, je n'y ai jamais songé, car ce n'est pas possible en Allemagne». Puis il réfléchit encore et ajoute : «Mais... bien sûr!» Quel dommage! Le système allemand y a perdu au change. J'ai eu le même genre de discussion avec des avocats français et obtenu à peu près la même réponse. Cette différence est sommairement symétrique à celle qui tient entre les pays de common law et ceux de droit civil. Quelques pays, les Pays-Bas par exemple, ont adopté un système mixte alliant les juges de carrière et ceux issus de la pratique du droit. D'autres nomment en plus des juges issus du milieu universitaire.

Dans la perspective de la connaissance du monde, je doute fort qu'on remette en question le fait que les juges issus de la pratique ont une longueur d'avance sur les juges de carrière. En effet, un juge dont la seule expérience du monde est la fréquentation de l'école, de la faculté de droit, de l'école de la magistrature, de divers cours de formation continue et de la salle d'audience n'a pas la chance d'apprendre à connaître les façons de faire de la société. Ce qui ne veut pas dire qu'il n'y a pas de très bons juges de droit civil. Il y en a de très compétents. Il est cependant sûrement plus facile de rendre une décision lorsqu'on a une expérience pratique de l'interaction avec les clients et de la préparation de dossiers. Ne dit-on pas d'ailleurs que les meilleurs gardes-chasse étaient d'abord des braconniers? Ou comme le dit si bien le dicton : «Il faut un voleur pour en attraper un autre». La confirmation m'est venue de mon ami Jan Brinkhof, un très apprécié ancien président de la Chambre d'appel du tribunal de La Hayes, avec une expérience totalement opposée. En effet, au début de la cinquantaine, il a réorienté sa carrière pour pratiquer le métier d'avocat pour la première fois. Il m'a raconté avoir été surpris par le contact avec de vrais clients (et leurs opposants) et qu'il aurait vraiment apprécié avoir ce bagage quand il siégeait. Un autre juge de ma connaissance, Lv Guo Quang, vice-président du Tribunal de la deuxième instance de Shanghai, a passé trois ans à la campagne à cultiver des légumes pendant la Révolution culturelle. Il n'a pas beaucoup aimé ça à l'époque, mais le bagage de connaissances acquis au cours de cette expérience s'est avéré utile tout au long de sa vie d'homme et de juge.

Passons maintenant au processus de nomination des juges. Je ne connais vraiment bien que le processus en usage en Angleterre

3. *Orr-Ewing v Johnson* (1877) 13 Ch. D 434 at p.451

4. Expression attribuée à Lord Bowen

et au pays de Galles, le système écossais étant différent. D'autres pays sans doute ont des systèmes différents, mais je crois qu'ils ont tous plus ou moins emprunté des chemins similaires, ou sont sur le point de le faire. En Angleterre, ce processus était autrefois simple et peu coûteux, mais manquait de transparence. À cette époque, quelqu'un du bureau du lord chancelier faisait la tournée des magistrats et de quelques autres membres de l'appareil judiciaire triés sur le volet, comme le bâtonnier par exemple, pour « glaner » des candidatures. Ensuite, le lord chancelier procédait à la nomination. Officiellement, c'est la reine qui, suivant les recommandations du premier ministre, nommait les juges de la Cour d'appel ou de la Chambre des lords. C'était la méthode en usage lors de ma nomination, il y quinze ans. De surcroît, aucune formation ni expérience judiciaire préalable à titre de juge suppléant n'était requise. Certains pays ont reconnu cette carence plus tôt. Prenons l'anecdote suivante, survenue aux États-Unis. Le juge en chef Burger tint un jour une conférence sur les nominations à des postes judiciaires où il fut question des préalables en matière de formation et d'évaluation et à laquelle un homme du bureau du lord chancelier assistait à titre d'observateur. On l'y aurait entendu murmurer : « Je ne vois aucun problème. Chez nous, il suffit de placer un avocat de l'autre côté du banc. »

Les choses sont bien différentes de nos jours. Il existe des pressions politiques voire publiques pour plus de transparence et de diversité. En avril 2006, une commission chargée d'examiner les nominations judiciaires était mise sur pied, formée d'un président non spécialiste, de 15 commissaires, de 5 magistrats, de 5 professionnels et de 5 citoyens non spécialistes. La présence de membres non spécialistes démontre clairement la volonté de montrer au public que les juges possèdent une réelle connaissance du monde qui les entoure et pas seulement des lois. Personne n'intégrerait des non-spécialistes dans un jury pour choisir un neurochirurgien ou un professeur de physique. La commission applique des mesures strictes d'équité en matière sexuelle et d'origine ethnique bien que, parallèlement, le critère ultime repose sur le mérite. Elle exécute rigoureusement ses travaux en tout respect des méthodes bureaucratiques. Pour postuler aux fonctions de magistrat, les intéressés doivent rédiger un essai expliquant pourquoi ils feraient de bons juges. Des consultations sont entreprises à différents échelons, suivies d'une sélection rigoureuse et d'entrevues. Ce processus de sélection coûte près de 9 millions de livres annuellement, sans même compter le temps consenti par les personnes consultées.

La magistrature anglaise est-elle, par conséquent, plus branchée sur la réalité et plus diversifiée ? Pas jusqu'à maintenant. Il est encore tôt mais le nombre de magistrats féminins, noirs ou musulmans demeure faible. La situation est appelée à changer, en particulier en raison du nombre croissant d'avocats issus de ces groupes qui atteindront bientôt l'âge de la nomination. Pour ma part, je doute fort que l'abandon de la consultation secrète n'ait encore amélioré, ni même changé les résultats. Ce qui a changé, c'est la perception, celle que les candidats sont sélectionnés de manière plus juste et pour leur meilleure connaissance du monde qu'à l'époque.

Avant de clore le dossier des nominations judiciaires, je tiens à finir avec une question pour laquelle je n'ai encore aucune réponse. J'ai remarqué que la représentation féminine dans la magistrature canadienne est bien supérieure à celle de l'Angleterre ou des autres pays de common law que j'ai pu visiter. Je ne sais pas pourquoi, mais j'aimerais bien le savoir. J'ajouterai qu'une forte représentation féminine est également observée en France. Une dame juge m'a confié que « c'est parce que nous sommes mal payées, aussi mal que les infirmières, et nous, au moins, on a des maris pour nous faire vivre ».

Finalement et très brièvement, j'en viens à la formation judiciaire. Certains pays offrent depuis longtemps des programmes de formation continue très rigoureux dans le domaine judiciaire. En Allemagne, entres autres, les dépenses par habitant relatives à l'appareil judiciaire sont des plus importantes et on y compte deux écoles de la magistrature. Il y a eu une époque où nous n'en avons aucune, en Angleterre. Nous avons maintenant un Conseil d'études juridiques (*Judicial Studies Board*) dont le budget annuel est d'environ 8 millions de livres, ce qui, bien entendu, n'inclut pas les frais de formation offerte par les juges. Cet organisme contribue grandement à cultiver la conscience judiciaire et offre aux juges des moyens de rester en contact avec la société. Dans d'autres pays, on étoffe la formation judiciaire formelle et informelle en organisant des congrès comme celui-ci.

Bien entendu, rien de ceci ne fait de nous des personnes dotées d'une vaste connaissance du monde. C'est certainement utile, mais la responsabilité en incombe à chacun de nous. Nous ne pouvons faire que de notre mieux pour rester alertes et allumés, notamment par l'écoute et la lecture. En bout de ligne, membre de la magistrature ou non, tous nous avons, ou devrions avoir, l'ambition de connaître le monde.





Allocution

Juge de la Cour suprême du Canada
L'honorable LOUIS LEBEL

L'ACTE DE JUGER ENTRE CONNAISSANCE ET DISTANCE DU MONDE



Introduction

Le Congrès de la magistrature de 2008 s'interroge sur la figure du juge dans la société. Il examine non seulement l'image du juge, mais aussi la réalité du métier de magistrat. Quelles sont les attentes de la société? Comment les satisfaire en respectant

les contraintes propres à l'acte de juger, notamment ses obligations de réserve et de neutralité? Comment saurait-il être présent au monde et éloigné de celui-ci, informé de son univers mais tenu dans une ignorance strictement aménagée de celui-ci? Comment résoudre cette aporie?

Mes commentaires examineront comment certains aspects de ces problèmes se posent dans l'exécution de l'acte de juger. Il s'agit sans aucun doute de l'acte le plus caractéristique de la profession judiciaire. Dire le droit, départager des prétentions contradictoires et déterminer les faits entre le vrai et le faux constituent le cœur même de l'activité du juge. On peut être juge-médiateur, conciliateur, administrateur ou parfois agent de l'État. Cependant, à un moment ou l'autre de sa carrière, le juge doit affronter les difficultés de l'acte de jugement. Les règles qui gouvernent la vie du juge veulent encadrer cet acte de jugement, pour assurer l'intégrité de celui-ci.

Les symboles traditionnels de la justice illustrent à la fois les perceptions sociales du rôle du juge et les contraintes de la profession judiciaire. Tantôt la justice porte des balances égales : on la veut juste au sens le plus étroit du terme, c'est-à-dire capable de conserver l'égalité entre les parties, sans parti pris et sans faveur. Parfois, on la sculpte le glaive à la main, sans peur et efficace, prête à trancher de façon décisive, une fois que les plateaux de la balance se sont inclinés. Enfin, il arrive qu'on peigne une justice aveuglée, un bandeau sur les yeux, mais tenant toujours la balance égale.

La cécité et l'ignorance seraient-elles alors les conditions nécessaires de la justice de l'acte de juger du maintien de l'équilibre des plateaux de la balance? L'ignorance, protégée par l'aveuglement constituerait-elle une garantie nécessaire de l'acte de juger? La nature des règles de déontologie et les structures fondamentales du procès civil et pénal peuvent le suggérer. Pourtant, la nécessité de la connais-

sance et du souci du monde ne reconnaît-elle pas la présence d'une obligation de culture et d'initiative pour que l'acte de juger demeure pertinent et efficace dans la vie de la société? L'indépendance judiciaire ne saurait reposer sur l'ignorance, la passivité et la crainte du changement. L'éthique de la distance du monde ne doit pas dériver, même inconsciemment, vers l'acceptation de l'ignorance de l'univers et de la société.

I. DISTANCE DU MONDE

A. Déontologie, indépendance et ignorance

Le Canada appartient à la famille des démocraties libérales. Parmi les éléments fondamentaux des structures politiques de ce type de société se trouve une justice indépendante destinée à assurer le respect du principe de la soumission de tous à la loi, le « rule of law », dans le vocabulaire de la common law. Si l'indépendance de cette justice relève de l'ordre constitutionnel, elle se fonde aussi sur une tradition qui exige la présence d'une personne neutre et pour cela impartiale et indépendante afin de régler les conflits sur les droits et obligations des membres de la société. L'influence de cette tradition crée des attentes qui exigent l'adoption de comportements compatibles avec la neutralité de ce tiers impartial, le juge. La préservation de cette neutralité semble impliquer la création d'un voile ou d'un écran qui sépare le juge du monde ambiant pour assurer sa capacité d'écoute et l'intégrité de son pouvoir de décision. Cette volonté inspire les règles de déontologie régissant la vie et le travail des juges. Cet encadrement déontologique peut même créer la perception que l'indépendance judiciaire repose sur l'absence et l'ignorance du monde.

Je tire un exemple de cet encadrement du *Code de déontologie de la Magistrature*¹ qui s'applique aux juges nommés par la province de Québec. Ce code, conçu en termes très généraux, comporte des éléments qui invitent à conclure à un devoir d'ignorance et de distance. Selon ses dispositions, le juge «... doit de façon manifeste être impartial et objectif»². Il doit être et paraître impartial et objectif. Pour ce faire, il lui faut se garder des conflits d'intérêts, donc se dégager des situations où son détachement serait compromis ou semblerait l'être³. L'article 6 lui interdit d'ailleurs les activités incompatibles avec la fonction judiciaire, qui

1. *Code de déontologie de la Magistrature*, ch. T-16, r. 4.1.

2. *Code de déontologie*, art. 5.

3. *Code de déontologie*, art. 4.

le feraient « déroger » aux yeux du public. La sérénité et la réserve s'imposent à lui. Le *Code de déontologie* dessine l'image du magistrat éloigné des turbulences du monde. Pour conserver sa sérénité, il se situe à côté de celui-ci et non en lui. Cette vision est répandue au Canada. Par exemple, elle est aussi celle des principes généraux de déontologie recommandés par le Conseil de la magistrature du Canada, qui insistent fortement sur la nécessité par le juge de prendre ses distances à l'égard de la société ambiante⁴.

Ces règles cherchent à protéger le magistrat et sa fonction. Codifiées ou laissées à la tradition, elles demeurent toutefois au même effet, dans leur volonté d'assurer la neutralité du magistrat par son éloignement de la société ambiante. Des critiques prétendraient qu'elles le placent peut être dans une bulle, qui le prive d'un contact suffisant avec l'air du temps.

En effet, le magistrat, avant tout, prend ses distances à l'égard des débats sociaux. S'il s'engage, l'opinion publique lui reprochera de se départir de sa réserve. Les règles déontologiques lui feront grief de son engagement. Le juge ne peut se transformer en un activiste social⁵. On s'inquiète même des activités de son conjoint⁶. On ne lui permet pas non plus d'être homme ou femme d'affaire. D'ailleurs, la question des investissements du juge demeure délicate. On se demande parfois s'il ne devrait pas abandonner toute activité d'investissement direct pour confier la gestion de son patrimoine à des tiers ou à des fiduciaires.

Les activités intellectuelles du juge deviennent même parfois suspectes. Peut-il écrire? Peut-il collaborer à la littérature juridique? Est-il autorisé à enseigner ses propres opinions sur les questions diverses ou à s'exprimer à ce sujet? Des attitudes différentes ont été adoptées. J'ai parfois entendu dire que, dans le passé, des juges en chef avaient pris la position très ferme que leurs juges devaient réserver leurs plumes à la seule rédaction de leurs jugements. Cela ne fut pas mon cas, mais des collègues semblent avoir vécu des expériences différentes, selon quelques confidences. N'oublions pas non plus la nécessité de la rupture avec les anciens clients, les associations et même certaines activités caritatives. Par exemple, la déontologie contemporaine déconseille fortement aux juges de participer à des activités de levée de fonds, autres que celles qui se déroulent à l'intérieur de la magistrature. De plus, aujourd'hui, l'engagement dans certaines formes d'activités sociales, dans des organismes sans but lucratif, comme les collèges ou les institutions hospitalières, est fortement découragé, notamment en raison des conflits dans lesquels peuvent parfois être engagés avec l'État, leur propre personnel ou des tiers. On n'imagine pas non plus un juge en activité chroniqueur dans les médias. Cette approche déontologique laisse donc le juge dans un isolement potentiel. Indépendant et présumé impartial, parce qu'à l'abri des influences

extérieures, il doit être prêt à écouter ce qu'on lui propose, mais non à se faire l'écho de ses propres suggestions.

B. La procédure civile et l'ignorance judiciaire

Les règles de procédure civile, que j'examinerai principalement dans la perspective du droit en vigueur au Québec, reflètent aussi la tradition juridique qu'expriment les principes déontologiques. Elles veulent circonscrire la connaissance judiciaire. Elles entendent aménager le bon usage de l'ignorance judiciaire.

Deux traits caractérisent l'attitude du droit de la preuve et de la procédure en cette matière : limites imposées à la connaissance judiciaire et restrictions aux initiatives du juge destinées à accroître sa connaissance des faits d'un dossier. Ces traits confirment la volonté que le juge conserve son impartialité, parce qu'il n'a pu se créer des opinions pré-conçues sur une affaire et sur ces problèmes. L'intégrité de sa capacité de décision serait assurée parce que le droit lui impose un devoir d'ignorer certaines questions et de s'en remettre au plaideur pour s'en instruire, en règle générale.

Ce constat s'infère du contenu même des règles qui structurent la connaissance judiciaire. Certes, l'article 2806 *C.c.Q.* prévoit que « nul n'est tenu de prouver ce dont le tribunal est tenu de prendre connaissance ». L'article 2809 *C.c.Q.* dispose par ailleurs que « le tribunal doit prendre connaissance d'office de tous faits dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable ». La connaissance d'office ou connaissance judiciaire comporte donc deux principes. Le premier exige que le juge prenne connaissance de certains faits notoires. Elle présume même qu'il les connaît. Par ailleurs, s'il ne lui interdit pas de connaître d'autres faits, le second principe lui commande de se comporter comme s'il les ignorait. Il lui défend, en effet, de se conduire comme s'il connaissait des faits pertinents à un litige, en dépit de la connaissance effective qu'il en possède. Je doute toutefois que cette interdiction ait des effets pratiques. La connaissance personnelle du juge de la géographie d'un lieu ou des us et coutumes d'un milieu aura son effet sur le dossier, d'une manière ou d'une autre. Cependant, au moins au niveau théorique, ce second principe élève implicitement l'ignorance même artificielle au niveau d'une garantie de l'impartialité judiciaire.

La règle reflète une méfiance profondément ancrée vis-à-vis de la subjectivité judiciaire. Elle cherche à préserver une capacité d'écoute comprise comme une vertu d'abord passive. Certes, le juge doit posséder certes une connaissance des faits pertinents pour rendre sa décision. On lui permet – on l'y oblige même – de connaître des faits notoires. On pourrait discuter longuement de la nature de ces derniers. Cependant, au delà de cette base, le juge dépend en principe des parties pour sa connaissance du dossier.

4. Conseil canadien de la Magistrature : *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 2004, ch. 6.

5. Voir *Ruffo c. Le Conseil de la magistrature du Québec*, 2005 QCCA 1197, par. 59 et 60.

6. *re Pinochet*, (1999) 2 W.L.R. 272.

L'organisation de la procédure civile au Québec renforce la portée de cette règle. Ainsi, aux articles 290 à 292 du *Code de procédure civile*, elle affirme en substance que le procès appartient d'abord aux parties et à leurs avocats. Ceux-ci définissent le litige et son cadre factuel. Ils établissent ainsi l'étendue potentielle de la connaissance judiciaire. La procédure civile ne nie pas toute possibilité d'intervention judiciaire. L'article 292 *C.p.c.* se montre soucieux de laisser au magistrat des possibilités d'initiatives et lui fait même obligation de chercher à prévenir les injustices. Mais en définitive, bien qu'il engage l'autorité publique et fasse largement appel à ses services, et en dépit de l'élargissement des pouvoirs d'intervention du juge, le procès appartient toujours aux parties. Dans un système judiciaire fort différent de celui du Canada, la Cour de cassation de France l'a récemment souligné⁷.

En appel, par exemple devant la Cour suprême du Canada, la même attitude fondamentale prévaut. Il existe sans doute des exceptions permettant de présenter des preuves nouvelles. Toutefois, la Cour suprême juge en principe sur la base des faits établis par les parties. Elle s'interdit d'ailleurs de soulever d'office des moyens qui seraient dépourvus de base factuelle dans le dossier d'appel. La nature de son action se trouve ainsi souvent définie par le cadre processuel adopté par les parties⁸.

Cette attitude est encore plus clairement imposée en droit pénal. Le procès appartient au ministère public et à la défense. Le juge ne connaît officiellement que la preuve présentée par les parties. Lorsqu'un jury est constitué, l'exclusion des preuves jugées inadmissibles impose souvent aux jurés l'ignorance d'éléments parfois importants de la situation de faits dont il est saisi. Le juge siégeant seul, doit aussi tenter d'oublier les preuves qu'il rejette. L'exercice s'avère délicat. Est-il toujours réaliste? Je ne saurais l'affirmer trop fermement. Cependant, son caractère obligatoire confirme les limites de la connaissance judiciaire et l'importance de l'ignorance judiciaire. L'existence de cette dernière s'inscrit donc fermement dans cette volonté de distance sinon d'ignorance du monde que je soulignais plus haut. Toutefois, ne nous concentrons-nous pas trop sur les règles de protection de cette indépendance et impartialité judiciaire? Ne nous arrêtons pas trop à ces seules obligations. Ne négligeons-nous pas l'importance d'obligations d'information du magistrat qui conditionneraient le bon fonctionnement des règles de la connaissance judiciaire? Ne faut-il pas reconnaître l'existence d'un devoir de culture personnelle du juge, d'une obligation d'attention au monde et de connaissance de celui-ci et explorer leur nature?

C. Le devoir de culture du juge

La déontologie judiciaire s'est peu arrêtée au contenu des obligations positives du magistrat à l'égard du développement de ses connaissances et encore moins de celui de sa culture générale. Pourtant,

jusqu'à quel point serait utile un magistrat qui ignore tout du monde où vivent ses contemporains? Peut-il planer comme un extra-terrestre au-dessus de l'univers, où pourtant il continue à vivre et n'y descendre que pour témoigner de sa sagesse en prononçant ses jugements? Au fond, peut-il être sage, s'il ne connaît pas son environnement, s'il perd conscience de ce qu'il est?

Les codes ou règles de déontologie restent fort concis au sujet de cette question. Par exemple, le *Code de déontologie des juges* de la Cour du Québec affirme : « que le juge a l'obligation de maintenir sa compétence professionnelle ». Les « *Principes de déontologie judiciaire* » publiés par le Conseil canadien de la magistrature se montrent un peu plus conscients de cet aspect des devoirs du juge. Ainsi, au chapitre 4, traitant de la diligence du juge, l'art. 2 recommande un principe de développement des connaissances et compétences du magistrat.

« Les juges prennent les mesures qui s'imposent pour préserver et accroître les connaissances, les compétences et les qualités personnelles qui sont nécessaires à l'exercice de leurs fonctions judiciaires ».

Au chapitre 5, sur le droit à l'égalité, les commentaires constatent la présence d'un devoir d'information sur les diversités de la société contemporaine, ajoutent une mise en garde à l'égard des préjugés communs et insistent sur l'importance de l'attention aux changements dans la société⁹.

Cependant, l'obligation de diligence du juge demeure surtout comprise comme un devoir de connaître le droit et les méthodes de conduite du procès et de gestion des affaires judiciaires. Son exécution cause aujourd'hui, à mon avis, assez peu de problèmes. Selon mon expérience, les membres de la magistrature se montrent soucieux de préserver et de développer leurs connaissances du droit. Des ressources parfois importantes sont mises à leurs dispositions pour ces fins. Les activités de l'Institut national de la magistrature du Canada et la participation des juges aux colloques organisés par les différentes cours en témoignent. Les pressions du travail et le manque de temps peuvent certes les gêner dans ces activités. Malgré ces obstacles, il demeure que cette obligation est bien comprise et exécutée avec diligence.

Toutefois, le problème de la compétence et de la diligence du juge se pose en termes plus larges. Je l'examine maintenant dans la perspective d'une magistrature dont les membres, comme ceux de la magistrature canadienne, accèdent pour la plupart à la fonction judiciaire entre 40 ou 50 ans, après avoir vécu dans le monde juridique depuis leur sortie de l'Université pendant 15, 20, 25 ans. À ce moment, après leur nomination, ils vivent une rupture nécessaire avec les réseaux à l'intérieur desquels ils étaient intégrés, pour établir la distance nécessaire avec leurs anciens clients et leurs

7. Assemblée plénière, 21 décembre 2007, Cour de cassation de France, Bulletin d'information, 15 avril 2008, p. 19.

8. *Loi sur la Cour suprême*, L.R., 1985, ch. S-26, art. 62; voir aussi B. Crane et S. Brown, *Supreme Court of Canada Practice*, Thomson Carswell, Toronto, 2008, p. 129 ss.

9. Principes, commentaires, pp. 24 et 25.

domaines d'activités. Ils cessent fréquemment de voir des groupes avec lesquels ils ont travaillé longtemps. S'ils rencontrent les personnes avec lesquelles ils collaboraient, leurs échanges deviennent marqués par la prudence et la réticence. Ils perdent nécessairement des sources importantes d'information au sujet du cours des affaires de la société. Les règles déontologiques que j'ai évoquées plus haut restreignent leurs activités sociales ou caritatives. Lorsque j'ai été nommé à la Cour d'appel du Québec, j'ai eu alors l'impression, après quelques mois, sinon de ne plus rien savoir, du moins d'éprouver des difficultés à suivre l'évolution de la société et encore plus celle de certains milieux économiques dans lesquels je travaillais. J'ai éprouvé le sentiment de vivre une sorte de coupure du monde. D'autres ont sans doute fait la même expérience. Au Barreau, on moque parfois gentiment ce passage en le décrivant comme l'entrée au monastère.

J'exprimerai quelques réserves à propos de ce qualificatif. Son usage témoigne toutefois d'un risque, celui d'un décrochage du juge vis-à-vis de la société ambiante. Ce décrochage entraîne le danger de concevoir le système juridique comme un ensemble clos, alors qu'il s'insère profondément dans toute la vie de la société.

Il importe alors de bien comprendre l'importance de l'obligation pour le juge de maintenir sa compétence que reconnaissent les principes de déontologie. Il ne s'agit pas seulement de la préservation de sa connaissance de droit, si importante qu'elle soit. Elle exprime un devoir d'ouverture au monde et de culture personnelle qui va au delà du seul développement des connaissances juridiques. Elle invite aussi, au refus de la passivité et de la paresse dans la conduite des affaires judiciaires. Le juge ne peut plus être un acteur dans la société sauf par son action dans le domaine judiciaire. Il doit cependant demeurer un observateur attentif de celle-ci. Pour remplir ce rôle, il doit demeurer attentif et soucieux de s'informer. Je ne parle pas ici d'une obligation d'encyclopédisme. Le temps où l'être humain pouvait prétendre que rien dans le domaine des connaissances ne lui était étranger est révolu depuis longtemps. L'étendue des connaissances humaines ainsi que la diversité et l'abondance des informations nous rendent nécessairement conscients de notre ignorance. On ne s'attend pas à ce que les juges se transforment en érudits, qu'ils doivent être à la fois philosophes, mathématiciens, critiques littéraires, économistes, agronomes, etc. Nous éprouvons déjà suffisamment de difficultés à être de bons juristes. Toutefois, la culture générale demeure aussi importante aujourd'hui qu'au moment où en 1930, le grand juge américain Learned Hand soulignait le rôle fondamental de disciplines comme l'histoire, la philosophie ou la littérature pour le juge dans l'exercice de sa profession¹⁰:

... I venture to believe that it is as important to a judge called upon to pass on a question of constitutional law, to have at

least a bowing acquaintance with Acton and Maitland, with Thucydides, Gibbon and Carlyle, with Homer, Dante, Shakespeare and Milton, with Machiavelli, Montaigne and Rabelais, with Plato, Bacon, Hume and Kant, as with the books which have been specifically written on the subject. For in such matters everything turns upon the spirit in which he approaches the questions before him. The words he must construe are empty vessels into which he can pour nearly anything he will. Men do not gather figs of thistles, nor supple institutions from judges whose outlook is limited by parish or class. They must be aware that there are before them more than verbal problems; more than final solutions cast in generalizations of universal applicability. They must be aware of the changing social tensions in every society which makes it an organism; which demand new schemata of adaptation; which will disrupt it, if rigidly confined.

Le contenu de la culture varie avec le temps. L'approfondissement de l'esprit et la capacité d'attention qu'elle développe demeurent. Elle est mémoire du passé, conscience du présent et vision de l'avenir. Il faut savoir ce qui se passe dans la société. On doit écouter, observer, s'informer suffisamment pour percevoir les tendances sociales et les courants culturels. On doit aussi prêter plus d'attention à des domaines qui sont parfois proches de la vie judiciaire en raison de leurs impacts sur les affaires dont nous sommes saisis. J'en évoquerai quelques-uns. Par exemple, dans le domaine de la vie économique, il est nécessaire de comprendre les courants mondiaux, les difficultés de l'économie et leurs répercussions sur la pratique du droit rattachée aux affaires. Les difficultés que rencontrent bien des juges dans le domaine scientifique sont connues¹¹. Dans notre pays, sauf dans des juridictions un peu spécialisées, combien de juges connaissent l'évolution des sciences et les problèmes qu'elle soulève? Sans se plonger à fond dans le domaine, un juge doit rester au fait des questions qui se posent dans ce domaine, de leur existence, au moins à un niveau de culture générale. Ainsi, quelles que soient nos convictions personnelles, nous ne saurions non plus ignorer l'importance culturelle des religions et leur influence contemporaine sur les problèmes de la société et du droit.

Le même besoin de connaissance peut se refléter quelques fois de façon plus pratique dans la vie quotidienne du juge. La montée de l'informatique devrait nous rendre conscient de l'importance de ce domaine. Si nous ne comprenons pas l'ampleur des changements qu'elle provoque, nous serons peut être incapables de saisir la portée de leurs effets sur le fonctionnement de certaines règles de procédures. Par exemple, nous oublierons peut être, à titre d'exemple, que les examens au préalable visant une information conservée sur une base essentiellement informatique, peuvent poser des problèmes fort différents de ceux des interrogatoires et des recherches d'information que nous connaissions, il y a 30 ou 40 ans.

10. Hon. Learned Hand, *Sources of Tolerance*, (1930) 79 *University of Pennsylvania Law Review* 1, p. 12.

11. I. Binnie, *Science in the Courtroom: The mouse that roared*, (2008) *Advocates Society Journal*, September, p. 11.

Il faut demeurer intéressé aux grands courants de l'évolution de la vie de la société pour éviter des ruptures entre le droit et le tissu social auquel il s'applique. Il est possible que certains des problèmes vécus par le droit familial au Canada, à partir de 1970, après l'entrée en vigueur de la législation fédérale sur le divorce, aient pu découler, en partie au moins, de l'ignorance, de la part d'un certain nombre de magistrats, des conditions réelles de la vie des familles et de l'impact des changements sociaux dans ce domaine sur leur organisation et leur fonctionnement, particulièrement à propos du rôle des femmes.

Juges canadiens, nous avons connu les difficultés et les défis d'une génération et nous accédons à la magistrature à un moment où apparaissent les problèmes de couches nouvelles de la société. Il faut alors chercher à devenir attentif à l'apparition de ces problèmes et rester constamment en alerte. On évitera de s'attacher seulement à l'examen du monde que l'on a connu, mais on cherchera à deviner les traits de l'univers qui apparaîtra.

En même temps, cette capacité de recherche doit demeurer critique. Il ne faut pas oublier que le métier de juge repose aussi sur l'exercice d'un sens critique nécessaire à la préservation de liberté de jugement. Il ne s'agit pas ici d'absorber toutes les modes intellectuelles de temps ou d'adopter toutes les théories sociales de l'heure avec une foi aveugle. Au contraire, la connaissance que

l'on conserve ou développe d'un milieu et de son histoire permet de conserver davantage la distance critique et l'impartialité nécessaire à la bonne exécution de la fonction judiciaire.

Ainsi, je suis persuadé que l'obligation de protection de la compétence professionnelle n'est pas un devoir étroit. Elle constitue une obligation large de conscience, d'attention et d'activité. Ultimement, elle permettra au juge de mieux remplir sa fonction et de prendre les initiatives nécessaires parfois dans l'exécution de sa tâche. Elle évitera au juge de se concevoir comme un instrument passif de la justice. Ce temps est fini, s'il a jamais existé. Les changements nous ont conduits ailleurs. Les méthodes qui se sont appliquées, les techniques alternatives de règlements des conflits, la gestion d'instance, les problèmes causés par la montée du phénomène de l'auto-représentation des plaideurs commandent une autre attitude. Celle-ci exige une volonté de culture, de conscience et d'attention à l'environnement social, la capacité de critique vis-à-vis de soi et des autres, le désir de faire et non pas de laisser faire. Les juges ne sont pas des activistes sociaux. Ils n'ont pas de thèses à défendre. Cependant, l'efficacité de la justice leur interdit l'ignorance et la passivité. Elle exige d'eux l'exécution d'un devoir impérieux de culture. L'éthique de la distance du monde n'est pas celle de l'ignorance de celui-ci.





Remerciements

Des remerciements particuliers sont adressés aux animatrices qui ont investi temps et énergie en vue de la réalisation de ce congrès. De par votre implication, vous avez contribué de manière significative au succès de cet événement.



L'honorable
ROSALIE SILBERMAN ABELLA
Juge à la Cour suprême du Canada



L'honorable
DOMINIQUE BÉLANGIER
Juge à la Cour supérieure du Québec



L'honorable
JULIE DUTIL
Juge à la Cour d'appel du Québec



L'honorable
LUCIE RONDEAU
Juge à la Cour du Québec



