

Université de Montréal

**La relation changeante entre
la Cour suprême du Canada et la société civile:**

**L'impact des acteurs sociaux sur
l'accès à la justice et la production du droit**

par

Claude Boulay

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de docteur en droit

Janvier, 2016

© Claude Boulay, 2016

Résumé

Postulant que la société civile canadienne manifeste de plus en plus le désir de s'exprimer dans les débats publics et de se faire entendre par les gouvernements, cette thèse montre que ce phénomène se transpose devant les tribunaux et qu'il se traduit par un changement d'attitude de la part du pouvoir judiciaire. Plus spécifiquement, ce projet décrit et évalue l'impact de la participation accrue des acteurs sociaux dans les dossiers de la Cour suprême du Canada sous l'angle de l'accès à la justice et de la production des normes en matière de droits fondamentaux.

À travers le prisme de l'accès à la justice, la Partie I débute par un portrait historique de la position de la Cour suprême à l'égard des acteurs sociaux agissant à titre d'intervenants et de demandeurs dans l'intérêt public. Ce portrait révèle l'existence de cycles favorables à la participation citoyenne, lesquels s'appuient sur un raisonnement à prédominance déontologique, et de cycles défavorables, priorisant plutôt un raisonnement à prédominance conséquentialiste. Deuxièmement, cette partie présente une analyse quantitative de dossiers récents qui témoignent de la volonté des acteurs sociaux de participer aux débats judiciaires et de l'ouverture des juges à les entendre. Troisièmement, une analyse du discours de la Cour suprême relie le phénomène actuel de l'accroissement de l'implication citoyenne devant le forum judiciaire à l'avènement d'un nouveau cycle jurisprudentiel favorable fondé sur le principe de la légalité, lequel consacre l'idée qu'il doit exister des manières pratiques et efficaces de contester la légalité des actions de l'État.

La Partie II examine la participation accrue des acteurs sociaux devant les tribunaux sous l'angle de la production des normes, en analysant douze dossiers de la Cour suprême traitant des droits fondamentaux. Cet échantillon limité ne permet pas de faire des généralisations, mais il s'avère utile pour documenter une hypothèse relative à l'influence des acteurs sociaux sur la fabrication du droit. Par exemple, on constate que les acteurs sociaux adoptent des approches argumentatives différentes de celles des parties directement impliquées, car ils visent à faire évoluer le droit, sans trop se préoccuper du sort particulier

réservé au justiciable qu'ils appuient. On voit également que, dans certaines circonstances, les acteurs réussissent à s'imposer et à influencer la production des normes, en présentant des autorités et arguments distinctifs, des éléments contextuels, des rapports issus de la société civile, ainsi que des perspectives et des « visions du monde » plus globales. En plus de cerner ces différents aspects, les analyses des dossiers sélectionnés sont l'opportunité d'élaborer une grille de lecture permettant de mesurer plus objectivement l'impact des acteurs sociaux sur les décisions judiciaires de la Cour suprême.

Au-delà de la contribution à l'avancement des connaissances sur la relation entre la Cour suprême du Canada et la société civile, cette thèse offre l'occasion de réfléchir sur la nécessité de tenir compte de l'apport des acteurs sociaux dans la construction des normes et met l'accent sur l'utilité des théories de l'argumentation et de la rhétorique pour appréhender le processus d'adjudication constitutionnelle.

Mots-clés : Société civile, Cour suprême, droits fondamentaux, participation citoyenne, adjudication constitutionnelle, accès à la justice, production des normes, objectivation du droit, théories de l'argumentation, rhétorique constitutive.

Abstract

Starting from the premise that the Canadian civil society is increasingly involved in the public debate and is taking more and more steps to be heard by governments, this thesis shows that this phenomenon is also happening in courts, which results in a change of attitude on the part of the judiciary branch. More specifically, this project describes and assesses the impact of the increased participation of social actors in Supreme Court litigation through the lenses of access to justice and the creation of human rights law.

Part I analyzes this topic with a focus on access to justice. It begins with a historical portrait of the position of the Supreme Court towards the social actors acting as intervenors and public interest plaintiffs, which reveals some favorable cycles to citizen participation, predominantly sustained by principled reasoning, but also some unfavorable cycles, mostly driven by a consequentialist reasoning. Secondly, it presents a quantitative analysis of the Court records decided over the past few years showing that a growing number of social actors are willing to add their voice in the human rights legal debate and that the Supreme Court is welcoming this participation. Thirdly, an analysis of a recent Court's decision involving interest groups suggests that the current situation marks the beginning of a new favorable cycle for the citizen participation in the legal forum, based on the principle of legality, which holds the proposition that there must be practical and effective ways to challenge the legality of state action.

Through twelve in-depth case studies involving the *Charter*, Part II investigates the impact of the increased citizen participation on the creation of human rights law at the Supreme Court of Canada's level. Although this number of cases is not sufficient to make generalizations, it provides useful indications on how the social actors operate to influence the construction of legal norms. For example, the case studies show that their contentions are usually not designed around the fate of the particular litigant they support, but rather on the evolution of the law. It also illustrates how the social actors, in some circumstances, provide valuable input to legal debate and participate to law creation, through distinct arguments and

authorities, contextual factors, reports stemming from the civil society and broader «social universe» and perspective submitted in their pleadings. This case-study approach also develops a reading framework enabling the assessment of the impact of social actors on Supreme Court's decisions on a more objective basis.

In addition to furthering our understanding of the relationship between the Supreme Court of Canada and the civil society, this thesis is an opportunity to reflect on the input provided by the social actors in the development of legal standards and to emphasize on the usefulness of the argumentation and rhetoric theories to apprehend the constitutional adjudication process.

Keywords: Civil society, Supreme Court, human rights, citizen participation, constitutional adjudication, access to justice, development of legal standards, objectivity in law, argumentation theories, constitutive rhetoric.

Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	iii
Table des matières.....	v
Liste des tableaux.....	viii
Liste des sigles et abréviations	x
Remerciements	xiii
Introduction.....	1
A. Présentation de la problématique.....	10
1. Le dynamisme de la société civile canadienne	11
2. Objectifs de recherche.....	15
3. Les motifs d'intérêt de notre recherche	16
4. Approche théorique privilégiée.....	20
5. Questions de recherche	21
B. Hypothèses de recherche	23
<i>Hypothèse #1: la présence accrue sur le plan de l'accès à la justice (PARTIE I)</i>	23
<i>Hypothèse #2: la participation des acteurs sociaux à la production du droit (PARTIE II)</i>	24
C. Cadre théorique	25
1. La « nouvelle rhétorique » de Chaïm Perelman.....	25
2. La « bonne justification » selon Luc B. Tremblay.....	32
3. La rhétorique constitutive de James Boyd White	37
D. Méthodologie de recherche	47
<i>Partie I, section A</i>	48
<i>Partie I, section B</i>	49
<i>Partie I, Section C</i>	50
<i>Partie II</i>	50
PARTIE I - LA PARTICIPATION DES ACTEURS SOCIAUX DANS LE DÉBAT JUDICIAIRE, VUE SOUS L'ANGLE DE L'ACCÈS À LA JUSTICE	52
Introduction de la Partie I.....	52
A. Les pratiques antérieures à 2010.....	55
1. La période précédant 1974 : absence d'intérêt de la part des acteurs sociaux.....	56
2. La période 1974-1981 : ouverture à l'endroit des acteurs sociaux impulsée par le juge Laskin.....	61
3. La période 1982-1985 : méfiance à l'endroit des acteurs sociaux.....	85
4. La période 1986-1991 : vague importante d'acteurs sociaux	88
5. La période 1992-2009 : nouvelle remise en question de la participation citoyenne devant les tribunaux	97
6. Bilan récapitulatif de la participation citoyenne en Cour suprême avant 2010	110
B. Analyse quantitative de la participation citoyenne dans les dossiers judiciaires depuis 2008	111
1. L'intérêt des acteurs sociaux dans les affaires judiciaires	113
2. L'ouverture de la Cour à l'égard de la participation des acteurs sociaux.....	116
3. Identification des acteurs sociaux qui participent aux débats judiciaires	122

C. Les raisons invoquées par les juges pour justifier la participation citoyenne dans les débats judiciaires	128
1. Le contexte de l'affaire <i>Downtown Eastside</i>	130
a) Contexte doctrinal.....	130
b) Contexte institutionnel.....	134
2. L'analyse du discours de l'arrêt <i>Downtown Eastside</i>	136
a) La valorisation des acteurs sociaux.....	138
b) Le retour à l'approche déontologique préconisée par les arrêts <i>Thorson, McNeil, Borowski</i> et <i>Finlay</i>	144
c) La portée de cet arrêt.....	153
Conclusion de la Partie I	156
PARTIE II - LA PARTICIPATION DES ACTEURS SOCIAUX DANS LE DÉBAT JUDICIAIRE, VUE SOUS L'ANGLE DE LA PRODUCTION DU DROIT	162
Introduction de la Partie II	162
1^{ier} THEME - Cas #1 - L'arrêt <i>Caron</i> (2011) : l'approche argumentative distincte des acteurs sociaux agissant comme tiers, par rapport aux parties directement impliquées	168
A. Résumé du dossier	169
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	172
1. L'acteur social directement impliqué: approche conséquentialiste	173
2. Les acteurs sociaux intervenants: approches déontologique et contextuelle	175
3. La diversité des approches argumentatives reproduite dans la décision finale	180
2^{ième} THEME - Cas #2 - L'arrêt <i>Auton</i> (2004) : la possibilité pour un intervenant individuel de contribuer au débat judiciaire	186
A. Résumé du dossier	186
B. Analyse de l'impact de l'intervenante Michelle Dawson	189
1. La perspective argumentative quasi logique pour rétablir les faits.....	190
2. L'influence de Michelle Dawson sur la décision de la Cour suprême	192
3^{ième} THÈME - Cas # 3 à 9 - Les arrêts <i>Tessling</i> (2004), <i>A.M.</i> (2008), <i>Kang-Brown</i> (2008), <i>Patrick</i> (2009), <i>Gomboc</i> (2010), <i>Vu</i> (2013) et <i>Spencer</i> (2014): élaboration d'une grille de lecture servant à mesurer l'impact des intervenants sur les décisions judiciaires, introduction à la rhétorique constitutive et réflexions quant à l'impact graduel des acteurs sociaux sur la production du droit.....	195
<i>Cas # 3: R.c. Tessling (2004)</i>	204
A. Résumé du dossier	204
B. Analyse de l'impact de l'ACLC	206
<i>Cas #4: R. c. A.M. (2008)</i>.....	219
A. Résumé du dossier	220
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	222
<i>Cas #5: R. c. Kang-Brown (2008)</i>.....	244
A. Résumé du dossier	246
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	250
<i>Cas #6: R. c. Patrick (2009)</i>	267
A. Résumé du dossier	267
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	269

Cas #7: R. c. Gomboc (2010)	280
A. Résumé du dossier	282
B. Analyse de l'impact de l'ACLC	284
Cas #8: R. c. Vu (2013)	295
A. Résumé du dossier	296
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	298
Cas #9: R. c. Spencer (2014)	307
A. Résumé du dossier	308
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	311
4^{ième} THÈME - Cas # 10 – L'arrêt <i>Congrégation des témoins de Jéhovah</i> (2004) : l'influence des acteurs sociaux sur la façon d'aborder un litige	319
A. Résumé du dossier	319
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	323
5^{ième} THÈME - Cas # 11 – L'arrêt <i>PHS Community</i> (2012) : l'impact des acteurs sociaux sur la rhétorique constitutive de la Cour	327
A. Résumé du dossier	331
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	333
6^{ième} THÈME - Cas # 12 – L'arrêt <i>Bragg</i> (2012) : les acteurs sociaux comme « courroies de transmission » de la société civile	342
A. Résumé du dossier	343
B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux	347
Conclusion générale	359
Bibliographie	371
Annexe : Présence des acteurs sociaux dans les dossiers de la Cour suprême (1^{er} janvier 2008 au 30 juin 2015)	i

Liste des tableaux

Tableau 1 - Résumé du cadre théorique.....	47
Tableau 2 - Comparaison du test applicable à la qualité pour agir dans l'intérêt public avant et après l'arrêt Conseil Canadien des églises.....	108
Tableau 3 - Récapitulation des pratiques de la Cour suprême à l'égard de la présence citoyenne dans les débats judiciaires avant 2010.....	111
Tableau 4 - Nombre d'acteurs sociaux ayant déposé une demande d'intervention en Cour suprême (dossiers impliquant la Charte 2008-2015)	113
Tableau 5 - Nombre annuel de dossiers traitant des droits fondamentaux en Cour suprême (2008-2014).....	114
Tableau 6 - Moyenne par dossier des demandes d'intervention par les acteurs sociaux (Cour suprême - dossiers impliquant la Charte 2008-2015)	115
Tableau 7 - Demandes d'intervention par des acteurs sociaux accueillies par la Cour suprême (dossiers impliquant la Charte 2010-2015).....	116
Tableau 8 - Moyenne d'acteurs sociaux accueillis par dossier (Cour suprême - dossiers impliquant la Charte 2008-2015).....	118
Tableau 9 - Proportion de la présence de l'ACLC par rapport à l'ensemble des intervenants sociaux admis à participer aux débats judiciaires (dossiers impliquant la Charte 2008-2015)	124
Tableau 10 - Intervenants sociaux n'ayant aucune expérience devant la Cour suprême avant 2010.....	125
Tableau 11 - Retour en force des acteurs à titre d'intervenants dans les dossiers traitant de la Charte depuis 2010	126
Tableau 12 - Description sommaire des cas traités à la deuxième partie	167

Tableau 13 - Similarité du langage entre les acteurs sociaux et la Cour (<i>R. c. Caron</i> , exemple 1)	182
Tableau 14 - Similarité du langage entre les acteurs sociaux et la Cour (<i>R. c. Caron</i> , exemple 2)	183
Tableau 15 - Critères et niveaux d'impact des acteurs sociaux sur la décision judiciaire et la production des normes	198
Tableau 16 - Bilan de l'impact des acteurs sociaux sur l'évolution jurisprudentielle du droit à la vie privée (Cour suprême 2004-2014)	203
Tableau 17 - Tronc commun de la jurisprudence retenue par la Cour suprême (<i>R. c. Patrick</i>)	274
Tableau 18 - Jurisprudence distinctive des intervenantes par rapport à celles de la partie qu'elles appuient (<i>R. c. Patrick</i>)	276
Tableau 19 - Jurisprudence distinctive des intervenantes retenue par la Cour suprême (<i>R. c. Patrick</i>)	276
Tableau 20 - Jurisprudence citée par la CLA retenue par la Cour suprême (<i>R. c. Patrick</i>)....	278
Tableau 21 - Jurisprudence citée par l'ACLC retenue par la Cour suprême (<i>R. c. Patrick</i>) ..	279
Tableau 22 - Jurisprudence citée par les acteurs sociaux et retenue par la Cour suprême dans les dossiers <i>Patrick</i> et <i>Gomboc</i>	286
Tableau 23 - Illustration d'un « dialogue continu » de l'arrêt <i>Tessling</i> (2004) à l'arrêt <i>Gomboc</i> (2010).....	289
Tableau 24 - Éléments d'impact des acteurs sociaux dans le dossier <i>Vu</i> (2013).....	306
Tableau 25 - Éléments d'impact des acteurs sociaux dans le dossier <i>Spencer</i> (2014)	317

Liste des sigles et abréviations

Abréviation des principales revues de droit

<i>C. de D.</i>	Cahiers de droit
<i>Can. Bar Rev.</i>	Canadian Bar Review
<i>Can. J. of Pol. Sci.</i>	Canadian Journal of Political Science
<i>C.R.</i>	Criminal Reports
<i>Emory L. J.</i>	Emory Law Journal
<i>Forum const.</i>	Forum Constitutionnel
<i>Georgia L. Rev</i>	Georgia Law Review
<i>Int. J. Constitutional Law</i>	International Journal of Constitutional Law
<i>Man. L. J.</i>	Manitoba Law Journal
<i>Natl. J. Const. Law</i>	National Journal of Constitutional Law
<i>N.Y.U. L. Rev.</i>	New York University Law Review
<i>Osgoode Hall L.J.</i>	Osgoode Hall Law Journal
<i>Polit. Sci. Quat.</i>	Political Science Quarterly
<i>Queen's L.J.</i>	Queen's Law Journal
<i>R. D. McGill</i>	Revue de droit de McGill
<i>R.D.U.S.</i>	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
<i>R. du B.</i>	Revue du Barreau du Québec
<i>R. du B. Can.</i>	Revue du Barreau Canadien
<i>R.J.T.</i>	Revue Juridique Thémis
<i>U.B.C.L. Rev.</i>	University of British Columbia Law Review
<i>Univ. of Chi. L. Rev.</i>	University of Chicago Law Review
<i>U. Toronto Fac. L. Rev.</i>	University of Toronto Law Review
<i>S.C.L.R. (2nd)</i>	Supreme Court Law Review : Second Series
<i>Yale L. J.</i>	Yale Law Journal

Abréviations principales relatives à la jurisprudence

ABCA	Alberta Court of Appeal
BCCA	British Columbia Court of Appeal
B.C.L.R (3d)	British Columbia Law Reports : Third Series
BCSC	British Columbia Supreme Court
C.F.	Cour Fédérale
D.R.L.	Dominion Law Reports
NSCA	Nova Scotia Court of Appeal
NSSC	Nova Scotia Supreme Court
ONCA	Ontario Court of Appeal
ONSC	Ontario Supreme Court
O.R.	Ontario Reports
QCCS	Cour supérieure du Québec

R.C.S.	Recueil de la Cour suprême du Canada
S.C.L.R.	Supreme Court Law Review
S.C.R.	Supreme Court Reports
SKCA	Saskatchewan Court of Appeal
SKQB	Saskatchewan Queen Bench

Abréviations relatives à la législation et à la réglementation

al.	Alinéa(s)
Art.	Article(s)
c.	Chapitre
DORS	Décrets, ordonnances et règlements statutaires
Geo V	Statuts du Québec
L.C.	Lois du Canada
Par.	Paragraphe
S.R.C.	Statuts révisés du Canada

À Olivia, Nicolas et Claudia

Remerciements

De toutes les années qui se sont écoulées depuis que m'a été décerné mon premier diplôme de la Faculté de droit de l'Université de Montréal en 1983, les cinq dernières auront certainement été les plus enrichissantes, puisqu'elles ont été consacrées à la plus grande aventure intellectuelle de ma vie.

Ces années m'ont également permis de côtoyer deux êtres humains formidables, Jean Leclair et Jean-François Gaudreault-DesBiens, qui m'ont guidé méthodiquement et patiemment à titre de directeurs de thèse. En rétrospective, parmi toutes les choses qu'ils m'ont apprises – et elles sont nombreuses – la plus précieuse est probablement celle qu'il ne faut jamais abandonner.

Je souhaite à tous les étudiants, quelle que soit leur discipline, de pouvoir vivre une expérience aussi enrichissante que celle que j'ai vécue, et surtout, de trouver sur leurs chemins des mentors aussi compétents et compréhensifs que Jean et Jean-François.

« Le droit est, bien sûr, un phénomène social; il s'inscrit dans une société particulière et tente tant bien que mal de répondre à ses besoins changeants. Il doit en ce sens se préoccuper de l'état de cette société ainsi que des perceptions et attentes que les individus qui la composent ont à son égard. Dans cette perspective, la légitimité du droit est entre autres fonction de la capacité des acteurs qui le produisent d'éviter que ne se crée un écart trop grand entre lui et la société ou, alternativement, de leur capacité de persuader la société du bien-fondé des écarts avec ce qui paraît constituer le consensus social du moment. D'où ce qu'on pourrait appeler la mission pédagogique du jugement judiciaire. »

JEAN-FRANÇOIS GAUDREULT-DESBIEENS¹

« La tâche d'un intellectuel n'est jamais strictement civique, elle demeure toujours épistémologique, en ce sens qu'elle doit tendre à révéler une part de vérité, aussi fragile soit-elle. Vérité au sens d'horizon vers lequel on tend et non comme réalité tangible.

JEAN LECLAIR²

¹ Jean-François GAUDREULT-DESBIEENS, « Splendeurs et misères de la gouvernance par le droit dans les sociétés hypermodernes », dans Institut canadien d'études juridiques supérieures (dir.), *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2008, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 555-622, à la p. 571.

² Jean LECLAIR, « Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales », *Lex Electronica*, vol. 14, n°1 (Printemps 2009).

Introduction

Car une justice doit toujours s'interroger sur elle-même, tout comme une société ne peut vivre que du travail qu'elle exerce sur elle-même et sur ses institutions.

Michel Foucault³

L'institution judiciaire, comme toutes les autres institutions, se trouve parfois confrontée à des défis de taille et à chaque fois, la société civile s'y retrouve mêlée de près ou de loin. Au cours des dernières années, un des défis les plus préoccupants pour les tribunaux est certainement d'avoir à composer avec le contexte changeant qui prévaut dans la société contemporaine, tout en conservant la confiance, le respect et la légitimité que commande l'autorité judiciaire. Dans une allocution prononcée en 2007, la juge en chef de la Cour suprême du Canada déclarait que

« ... comme toute autre institution humaine, la justice est un processus en constante évolution: elle n'est jamais parfaitement réalisée. Chaque décennie, chaque année, chaque mois, chaque jour même, apporte (sic) de nouveaux défis à relever. La société canadienne change plus rapidement que jamais auparavant. Il en va de même de la technologie au moyen de laquelle nous gérons ces changements. Rien d'étonnant donc à ce que le système de justice canadien doive relever certains défis en 2007. Dans certains cas, il s'agit de problèmes bien connus, que nous ne sommes pas encore parvenus à résoudre. Alors que dans d'autres, les difficultés découlent de situations nouvelles, qui exigent de nouvelles réponses.⁴

Essentiellement, ce défi est lié à la capacité des juges à statuer sur les litiges qui leur sont soumis, en tenant compte d'une réalité sociale marquée par le changement des mœurs, le développement rapide de nouvelles technologies et le pluralisme moral, culturel et religieux. Dans un tel contexte, l'une des tâches principales des tribunaux est de faire tout en leur

³ Michel FOUCAULT, *Dits et écrits*, 1954-1988, Tome IV : 1980-1988, Paris, éditions Gallimard, 1994, p. 522.

⁴ Beverley McLACHLIN, *Les défis auxquels nous faisons face*, Allocution de la très honorable juge Beverley McLachlin, C.P. devant l'Empire Club of Canada, Toronto, le 8 mars 2007, <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2007-03-08-fra.aspx> (consulté le 15 janvier 2013).

pouvoir pour préserver leur légitimité, ce qui, selon d'éminents auteurs, passe surtout par la confiance des citoyens, puisque ces derniers considèrent les juges comme le dernier rempart contre l'exercice arbitraire d'autres formes de pouvoir et d'autorité :

«Dans le contexte de la société démocratique, l'exercice du pouvoir judiciaire tire sa légitimité de la confiance des citoyens: le consentement est au fondement de l'idéal démocratique. La force du droit n'y réside pas dans l'exercice de la puissance publique mais dans le sentiment d'obligation qui habite chacun de nous. L'activité des tribunaux est, pour cette raison, le siège d'attentes extrêmement élevées, parce qu'elle constitue, dans beaucoup de cas, le dernier recours des citoyens contre l'exercice arbitraire d'autres formes de pouvoir et d'autorité. Il s'ensuit que l'activité judiciaire est une nécessité de la vie démocratique. Cette situation privilégiée place cependant chaque juge, et la magistrature dans son ensemble, dans une situation complexe. Dernier recours contre l'arbitraire, la justice ne doit pas être elle-même le lieu d'un exercice arbitraire du pouvoir. On reconnaît au juge le pouvoir de décider des litiges et d'imposer une limite aux comportements considérés indésirables, en regard du droit, des faits et des valeurs dominantes. Mais l'exercice de cette forme particulière de l'autorité publique doit également connaître une limite. Il ne saurait y avoir de pouvoir absolu.»⁵

En lien avec ce sujet, le professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens affirme, à juste titre, que les décisions judiciaires poursuivent une véritable « mission pédagogique », du fait qu'elles doivent éviter qu'un fossé trop grand ne se creuse entre le droit et la société ou, à tout le moins, qu'elles s'assurent de fournir des motifs convaincants pour expliquer un tel décalage.⁶ D'autres juristes de renom ont émis des opinions du même ordre, tels que le professeur Pierre Noreau, qui soutient que le juge s'affiche dorénavant comme un « marqueur culturel », puisque son rôle ne se limite plus à protéger les droits démocratiques, mais à « rendre le droit au justiciable » et à en faire « un bien commun, une expression de notre

⁵ Pierre NOREAU et Emmanuelle BERNHEIM, *La déontologie judiciaire appliquée*, 3^{ième} édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013, p. 11.

⁶ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Splendeurs et misères de la gouvernance par le droit dans les sociétés hypermodernes », préc. note 1, p. 571.

dialogue avec nous-mêmes».⁷ Dans la même veine, Shalin M. Sugunaris souligne que le juge doit dorénavant être perçu comme un interlocuteur qui engage une conversation complexe avec son auditoire sur les meilleures façons de concilier le présent avec le passé et le futur.⁸ En somme, ces différents auteurs affirment que le statut institutionnel n'est plus le fondement exclusif de la légitimité judiciaire et que les tribunaux doivent recourir à d'autres sources génératrices d'acceptabilité sociale, notamment en portant une attention particulière à leur relation avec les citoyens. Cette relation est loin d'être évidente puisque, comme l'écrivait Chaïm Perelman il y plus de trois décennies, « le droit est simultanément acte d'autorité et œuvre de raison et de persuasion. »⁹ Le juge doit donc composer avec l'exercice de son autorité et la projection de son image, cette dernière devant être préservée, « non pas pour elle-même, mais plutôt parce que la légitimité de l'institution est fondée sur la confiance du public. »¹⁰

La problématique afférente à cette « mission » des juges possède une longue histoire. Déjà au XVI^e siècle, Rabelais racontait facétieusement que les antinomies et contradictions des lois rendaient la tâche des hommes de robe si complexe que son pauvre juge Bridoie, ami et compère de Pantagruel, préférait s'en remettre aux « Intelligences motrices », en réglant le sort des procès par le hasard des dés.¹¹ Vers la même époque, Montaigne, de façon plus sérieuse, avait élaboré sa propre théorie du jugement, basée sur l'équilibre fragile entre la stabilité nécessaire au pouvoir décisionnel et les variations de perception auquel il était inévitablement soumis :

« La théorie montaignienne du jugement concerne au premier chef le balancement incessant de la délibération, et la difficulté qu'il y a de s'arrêter

⁷ Pierre NOREAU, « L'acte de juger et son contexte: éléments d'une sociologie politique du jugement » (2001) 3 *Éthique Publique* 17, 20-21.

⁸ Shalin M. SUGUNASIRI, «Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability», (1999) 22 *Dalhousie L. J.* 126, 175.

⁹ Chaïm PERELMAN, « La motivation des décisions de justice, essai de synthèse », dans Chaïm PERELMAN et Paul FORIER (dirs.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1978, p. 415-426, à la p. 425.

¹⁰ P. NOREAU et E. BERNHEIM, *La déontologie judiciaire appliquée*, préc. note 5, p. 14.

¹¹ François RABELAIS, *Le Tiers-Livre* (1546), Paris, Éditions du Seuil, 1997, Chap. 39, p. 371-377 et 407-411.

en ce qu'il faut bien reconnaître comme une succession de décisions épistémiques : « savoir », c'est arrêter son jugement, dans un contexte qui interdit une stabilisation du regard et implique d'incessantes variations de la perception. La difficulté du connaître réside donc dans le fait qu'il faut satisfaire à une exigence de stabilité du jugement en même temps que de consentir à la réalité du mouvement incessant auquel il est soumis. Une théorie du jugement est dans ces conditions moins une théorie de ses normes qu'une description de ses difficultés, moins une conception de la place privilégiée de l'esprit que l'aveu d'un lien inextricable attachant le percevant à l'ensemble du perçu.»¹²

Le passage du temps n'a pas modéré les discussions ni les critiques vis-à-vis du pouvoir décisionnel des juges, bien au contraire. Par exemple, le professeur Jean Leclair expliquait que, dans la France de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e, le climat de méfiance à l'endroit des juges était si intense que les régimes politiques avaient obligé le Tribunal de Cassation à surseoir à toute décision et à référer au corps législatif lorsque la loi concernée s'avérait obscure ou insuffisante.¹³ Sur notre continent, l'arrêt *Marbury c. Madison*, décidé par la Cour suprême des États-Unis en 1803¹⁴, a propulsé cette méfiance vers de nouveaux sommets et conduit à la création de la célèbre métaphore du « gouvernement des juges ».¹⁵ Après les reproches sévères des présidents américains Thomas Jefferson en 1830¹⁶ et Franklin Roosevelt un siècle plus tard¹⁷, cette diatribe s'est poursuivie sans répit durant le XX^e siècle, popularisée surtout par les expressions « difficulté anti-majoritaire »¹⁸ ou

¹² Paul MATHIAS, *Montaigne ou l'usage du monde*, Paris, Vrin, 2006, p. 85.

¹³ Jean LECLAIR, « L'avènement du constitutionnalisme en Occident: fondements philosophiques et contingences historiques », (2011) 41 *R.D.U.S.* 159, 203-204.

¹⁴ *Marbury c. Madison*, (1803) 5 U.S. 137.

¹⁵ Sur la notion de "gouvernement des juges" et son historique, voir L.B. BOUDIN, « Government by Judiciary », (1911) 26 *Polit. Sci. Quart.* 238; Walter CLARK, *Government by Judges*, Cooper Union, New York City, Washington Government Printing Office, 27 janvier 1914; Édouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, c1921, 2005; Burt NEUBORNE, « Judicial review and separation of powers in France and the United States », (1982) 57 *N.Y. U. L. Rev.* 363.

¹⁶ Wallace MENDELSON, « Jefferson on Judicial Review: Consistency through Change », (1962) 29 *Univ. Chi. L. Rev.* 327.

¹⁷ Jeff SHESOL, *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*, New York, W.W. Norton, 2010.

¹⁸ Alexander M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd éd., New Haven, Yale University Press, 1986, [1962], p. 240; voir aussi Kenneth D. WARD et Cecilia R. CASTILLO (dirs.), *The Judiciary and American Democracy – Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory*, Albany, State University of New York Press, 2005.

« activisme judiciaire »¹⁹, pour traduire l’image péjorative d’une magistrature non élue et non imputable qui « ose » invalider des lois adoptées démocratiquement, sur la base des convictions personnelles des juges. Sans contredit, l’exercice « abusif » du pouvoir judiciaire est devenu un sujet de prédilection de la doctrine juridique au cours des dernières décennies et un thème populaire dans les médias à travers le monde, incluant le Canada.²⁰

De nos jours, ce défi qu’ont les juges d’interpréter et d’appliquer le droit en fonction de la réalité changeante semble atteindre un niveau inégalé et, bien qu’il soit difficile d’en cibler les raisons exactes, deux hypothèses peuvent être soumises. La première a trait à l’appétit grandissant de la population vis-à-vis de la chose judiciaire, lequel a sûrement beaucoup à voir avec l’impact croissant que certains jugements peuvent avoir aux niveaux social et politique. Bien sûr, cet intérêt accru découle de l’omniprésence des médias écrits et parlés, qui scrutent de fond en comble toute question d’intérêt public, avec des moyens technologiques de plus en plus développés. Mais cet intérêt résulte également de la présence plus importante des *acteurs de la société civile* et de leur désir de faire valoir leurs points de vue pour appuyer ou contester certaines questions importantes soumises aux tribunaux.²¹ Ces

¹⁹ Craig GREEN, «An Intellectual History of Judicial Activism», (2009) 58 *Emory L. J.* 1195.

²⁰ Barry FRIEDMAN, « The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five », (2002) 112 *Yale L.J.* 153; Barry FRIEDMAN, « The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship », (2001) 95 *Nw. U. L. Rev.* 933; Philippe BLACHER, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop? », (2013) 105 *Pouvoirs, revue française d’études constitutionnelles et politiques*, 17; Laurence DE CHARRETTE, « *Les juges européens de la CEDH sous le feu des critiques* », *Le Figaro*, 29 janvier 2012; Owen BOWCOTT, « *Stop deferring to human rights courts, says senior judge*, *The Guardian*, 27 novembre 2013; Steve DOUGHTY, « *Why our meddling judges have never been so powerful*, *The Daily Mail*, 24 juin 2015; Adam LIPTAK, Michael D. SHEAR, « *Republicans Turn Judicial Power Into a Campaign Issue*, *New York Times*, 23 octobre 2011; Grant HUSCROFT, « *Yes, the Charter of Rights has given too much power to the judges* », *Globe & Mail*, 19 avril 2012; Rainer KNOPFF, « *Using Charter hyperbol to further political ends*, *National Post*, 17 avril 2012.

²¹ La définition de la société civile retenue dans cette thèse est la suivante : « espace politique où des associations bénévoles cherchent à modeler les règles (des politiques spécifiques aux normes générales et aux structures sociales les plus profondes) qui régissent tel ou tel aspect de la vie sociale », cf. Jan Aart SCHOLTE, « La société civile et la démocratie dans la gouvernance mondiale », dans Jules DUCHASTEL et Raphaël CANET (dirs.) *Crise de l’État, revanche des sociétés*, Outremont, Québec, Athéna, 2006, p. 271-292, à la p. 274. D’un point de vue plus spécifique, nous adoptons également la définition de la société civile préconisée par la Banque mondiale, qui la définit comme une « notion générique regroupant les associations non gouvernementales (ONG), les organisations confessionnelles, les syndicats, les groupes représentant les populations autochtones, les groupes communautaires et les fondations », cf. *Vue d’ensemble : La Banque mondiale et la société civile*, septembre 2014.

acteurs de la société civile étant mieux organisés, informés et financés que par le passé, il leur est plus facile de s'impliquer à l'intérieur du processus judiciaire, pour ensuite en rendre compte à la population, dans l'espoir de rallier les citoyens à leur cause. Inévitablement, cet intérêt grandissant pour les affaires judiciaires, tant par les médias, les organisations civiles et le public en général, a pour conséquence de placer les juges sous les feux de la rampe et de leur accorder une publicité qu'ils n'avaient pas auparavant.

La deuxième hypothèse pour laquelle les juges se retrouvent souvent sur la sellette est qu'ils doivent parfois se prononcer sur des questions délicates, surtout en matière constitutionnelle. En effet, les juges n'ont pas le choix de se prononcer sur des sujets qui sont parfois controversés, comme le rôle de la religion dans la sphère sociale, l'aide au suicide assisté, le contrôle du terrorisme, le droit des accusés, la protection de la vie privée ou les peines d'emprisonnement imposées aux jeunes délinquants. Ce genre de questions peut devenir encore plus polémique dans le contexte pluraliste et multiculturel dans lequel nous vivons aujourd'hui, ce qui accentue le devoir des juges d'objectiver leurs décisions.

Cette intensité de l'attention accordée à l'activité des tribunaux a amené l'institution judiciaire à poser des gestes pour mieux se faire comprendre des médias et du public. Pour citer des exemples au Canada, on peut souligner certaines initiatives de la Cour suprême, telles que la publication des jugements écrits sur son site internet, l'instauration d'un service de webdiffusion permettant de visionner les auditions tenues dans sa salle d'audience, la mise en place d'un comité de relation avec les médias et l'embauche de personnel pour faciliter la compréhension des jugements par les journalistes.²² On peut également mentionner les allocutions publiques de la juge en chef McLachlin, dont l'objectif évident est d'améliorer les

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/ACCUEILEXTN/EXTTOPICSFRENCH/EXTCSOFRENCH/0,,contentMDK:20614067~menuPK:1154059~pagePK:220503~piPK:264336~theSitePK:1153825,00.html>

(consulté le 30 octobre 2013).

²² Pour une revue plus exhaustive de ces démarches, voir Florian SAUVAGEAU, David SCHEIDERMAN et David TARAS, *La Cour suprême du Canada et les médias : à qui le dernier mot?* Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.

relations de l'institution judiciaire avec la presse écrite et parlée.²³ Ces démarches visaient clairement à jeter les bases d'une nouvelle relation avec les médias – sans provocation et en respectant le devoir de réserve de la fonction judiciaire²⁴ –, mais on constate en même temps que la Cour cherche aussi à rejoindre la société civile. Par exemple, dans une entrevue accordée deux mois après sa nomination à la Cour suprême en 2012, le juge Richard Wagner discutait de la perte de confiance du public envers le système de justice canadien et de l'incompréhension des décisions et du travail des juges. Selon lui, il fallait « démystifier le juge » et « expliquer aux citoyens comment ça fonctionne... on ne vit pas en vase clos, on évolue avec la société » soulignait-il.²⁵ Lors de son discours devant le comité de nomination, le juge Wagner était allé encore plus loin en suggérant que la magistrature devait non seulement s'assurer du support des citoyens, mais aussi de leur implication:

«La magistrature n'a de comptes à rendre qu'aux justiciables ... elle requiert le soutien et l'engagement de tous les acteurs de la société civile, sinon, elle risque de perdre, petit à petit et de façon insidieuse, son indépendance et sa capacité de rendre justice.»²⁶

En résumé, il semble assez clair que, depuis quelques années, la Cour suprême du Canada, comme l'ensemble des tribunaux, fait des efforts pour soigner son image et qu'elle a choisi de se rapprocher des médias et de la société civile, non pas en confrontant leurs critiques, mais en sollicitant leur collaboration.

²³ Voir notamment Beverley MCLACHLIN, *Les rapports entre les tribunaux et les médias*, allocution prononcée à l'Université Carleton, Ottawa, 31 janvier 2012, reproduit à <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/spe-dis/bm-2012-01-31-fra.aspx> (consulté le 28 janvier 2013).

²⁴ Pierre NOREAU, « Légitimité du juge contemporain et image publique de la magistrature : ambiguïté et mutation d'une figure d'autorité », dans *Quel juge pour quelle société?*, Actes du congrès de la Magistrature, 2008, p. 99-106.

²⁵ « *Le juge Wagner s'inquiète pour le système judiciaire canadien* », Radio-Canada 12 décembre 2012, <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2012/12/12/004-001-justice-richard-wagner.shtml>, (consulté le 28 octobre 2013).

²⁶ Comité Spécial des Nominations des juges de la Cour suprême du Canada, 4 octobre 2012, http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/nj-ja/2012/doc_32800.html, par. 1600-1605 (consulté le 28 octobre 2013). La juge Andromache Karakatsanis tenait à peu près le même genre de discours lors de sa nomination en 2011, voir Comité Spécial des Nominations des juges de la Cour suprême du Canada, 19 octobre 2011, http://www.justice.gc.ca/eng/news-nouv/ja-nj/2011/doc_32665.html, par. 1705 (consulté le 28 octobre 2013).

Depuis une quinzaine d'années, l'institution judiciaire canadienne est confrontée à un autre défi de taille, à savoir le manque d'accès à la justice pour les citoyens de classe moyenne.²⁷ Au milieu des années 2000, la situation est apparue à ce point critique qu'un commentateur réputé de la scène judiciaire, citant quelques membres de la magistrature, soutenait qu'il s'agissait du problème le plus important auquel le système judiciaire faisait face.²⁸ Les raisons invoquées pour expliquer ce fléau sont nombreuses, dont les honoraires exorbitants des avocats, les restrictions aux programmes d'aide juridique, la complexité des procédures judiciaires, de même que l'engorgement et la lenteur des tribunaux.²⁹ De façon claire, non seulement ces différents facteurs ont véhiculé une image négative de la justice, mais ils avaient (et ont toujours) des répercussions directes sur l'exercice des droits par les justiciables qui, parfois désarmés, intimidés ou impuissants face au système de justice trop coûteux et compliqué, renoncent à leurs recours ou décident de se défendre eux-mêmes, ce qui crée un autre genre de problème.³⁰

À nouveau, plusieurs juges de la Cour suprême sont intervenus publiquement sur cette question pour souligner la nécessité et l'urgence d'agir. Par exemple, en 2007, la juge en chef McLachlin soutenait que l'accès aux tribunaux était un défi qui lui tenait à cœur et que même le système de justice le plus avancé au monde est un échec s'il ne permet pas aux citoyens

²⁷ Précisons immédiatement que nous n'entendons pas ici nous aventurer sur les questions épistémologiques relatives au sens à donner à « l'accès à la justice ». Ainsi, l'accès à la justice pourrait être entendu comme la mise en place de mécanismes et processus permettant de *prévenir* les litiges plutôt de faciliter leur *règlement* ; ou encore, l'accès à la justice pourrait signifier l'accès à des institutions autres que les tribunaux, ou même autres que des instances étatiques. Sur ces questions, voir le remarquable article du regretté Roderick A. MACDONALD, « Access to Justice and Law Reform » (1990) 10 *Windsor Y.B. Access Just.* 287. Dans notre thèse, l'accès à la justice devra être entendu comme l'accès à la justice *judiciaire*.

²⁸ Tracey TYLER, *The Dark Side of Justice*, Toronto Star, 3 mars 2007, http://www.thestar.com/news/2007/03/03/the_dark_side_of_justice.html (consulté le 18 juin 2012).

²⁹ Michael TREBILCOCK, Anthony DUGGAN et Lorne SOSSIN (dirs.), *Middle Income Access to Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.

³⁰ Don BUTLER, *Self-represented litigants "treated with contempt" by many judges, study finds*, Ottawa Citizen, 31 décembre 2012.

d'obtenir justice.³¹ En 2011, elle récidivait en exprimant l'idée qu'il n'y avait pas de justice sans accès à la justice.³² L'année suivante, elle affirmait que les carences du système avaient atteint un seuil critique, au point d'avoir des répercussions directes sur la confiance de la population envers le droit lui-même.³³ Un an plus tard, elle soutenait que les difficultés d'accès à la justice pouvaient littéralement ruiner des vies.³⁴ Ces propos ont trouvé écho chez plusieurs autres juges de la Cour suprême.³⁵

Ce genre de commentaires a motivé les intervenants du monde judiciaire et de la société civile à chercher des solutions et à entreprendre des démarches qui se sont avérées positives.³⁶ Même si la problématique du manque d'accès à la justice est loin d'être complètement résolue, des progrès importants ont été réalisés au cours des dernières années, alors que plusieurs comités consultatifs composés d'acteurs judiciaires et non judiciaires ont

³¹ Beverley MCLACHLIN, *Les défis auxquels nous faisons face*, préc. note 4.

³² Lucianna CICCOCIOPPO, «*There is no justice without access to justice: Chief Justice Beverley McLachlin*», Keynote Address, Faculty of Law, University of Toronto, 11 novembre 2011, <http://www.law.utoronto.ca/news/there-no-justice-without-access-justice-chief-justice-beverley-mclachlin> (consulté le 15 octobre 2013); Ian FRASER, *Public faces barriers in accessing Canadian courts, chief justice says*, *Globe & Mail*, 11 août 2012.

³³ CBC News, *Canadian courts not accessible enough, says chief justice*, *Canadian Press*, 12 août 2012, <http://www.cbc.ca/news/canada/canadian-courts-not-accessible-enough-says-chief-justice-1.1163318> (consulté le 30 novembre 2013).

³⁴ « Peoples' lives can be ruined if they can't get access to justice ... we know that there are a lot of needs, people just swallow their pain and their loss and live with it... », cf. « *Canada's top justice slams "inaccessible justice"* », CBC News, 18 août 2013, <http://www.cbc.ca/news/canada/saskatoon/canada-s-top-judge-slams-inaccessible-justice-1.1306993> (consulté le 30 novembre 2013); voir aussi Jennifer GRAHAM, *Access to justice in Canada « abysmal » and « radical reforms » need to be made to legal system, report says*, *Presse Canadienne*, 18 août 2013, <http://news.nationalpost.com/2013/08/18/access-to-justice-in-canada-abysmal-and-radical-reforms-need-to-be-made-to-legal-system-report-says/> (consulté le 28 octobre 2013).

³⁵ Par exemple, le Juge Cromwell disait ceci: « I sense a tremendous level of commitment to making meaningful change to improve access to justice throughout the country We have a window of opportunity that comes along quite rarely. Let's not blow it. » cf. « "Window of opportunity" closing to fix country's access to justice Cromwell urges stakeholders at every level to get involved in an urgent need for change », *The Lawyers Weekly*, 28 mai 2013. Dans son discours d'inauguration, le juge Clément Gascon déclarait qu'il aspirait « à rendre la justice plus efficace, plus accessible et plus intelligible, cf. « Cour Suprême - Cérémonie d'accueil officielle pour Clément Gascon », *TVA Nouvelles*, 6 octobre 2014, <http://tvanouvelles.ca/lcn/infos/national/archives/2014/10/20141006-174937.html> (consulté le 15 novembre 2014). Voir aussi les commentaires du juge Moldaver lors de son discours devant le Comité des Nominations, Comité Spécial des Nominations des juges de la Cour suprême du Canada, 19 octobre 2011, http://www.justice.gc.ca/eng/news-nouv/ja-nj/2011/doc_32665.html, par. 1905 (consulté le 28 octobre 2013).

³⁶ CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Underexplored Alternatives for the Middle Class, Envisioning Equal Justice*, Report of the Standing Committee on Access to Justice, February 2013.

été formés, de façon à proposer des façons concrètes de faciliter l'accès à la justice par les citoyens.³⁷ Il n'est pas nécessaire de faire la nomenclature des différents remèdes adoptés pour améliorer l'accès aux tribunaux, si ce n'est de souligner que plusieurs organisations civiles ont joué un rôle notable dans leur mise en place.

Tel que décrit plus haut, le désir des acteurs de la société civile de participer de façon active à l'élaboration d'une meilleure justice apparaît clair. En même temps, la communauté judiciaire semble reconnaître qu'ils peuvent apporter une contribution réelle à la recherche de solutions. Notre recherche veut explorer les contours de cette implication, plus particulièrement en examinant la participation des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires, sous l'angle des deux défis discutés plus haut, soit l'accès à la justice et le processus d'objectivation des décisions judiciaires. Avant de procéder à cet examen, nous présenterons notre problématique de recherche (Section A), nos hypothèses de recherche (Section B), notre cadre théorique (Section C) et notre méthodologie (Section D).

A. Présentation de la problématique

Le point de départ de notre thèse est le constat que, depuis une vingtaine d'années, la société civile canadienne est dynamique et qu'elle manifeste davantage le désir de se faire entendre par les gouvernements. De ce postulat découle une série d'analyses qui examinent si, et dans quelle mesure, cette volonté d'implication s'étend à l'arène judiciaire. Après avoir présenté les fondements de notre postulat relatif au dynamisme de la société civile canadienne

³⁷ Pour une perspective québécoise, cf. Pierre-Claude LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012. Pour des exemples à travers le Canada, cf. *Les solutions de rechange sous-étudiées à l'intention de la classe moyenne - Nouveau regard sur l'égalité devant la justice*, Comité permanent de l'accès à la justice, Association du Barreau Canadien, février 2013 et Forum canadien sur la justice civile, *L'accès à la justice en matière civile et familiale - Une feuille de route pour le changement*, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale, octobre 2013. Voir aussi BARREAU DU QUÉBEC, *Améliorations de l'accès aux tribunaux – Le Barreau du Québec estime que la simplification des procédures et la réduction des coûts s'imposent*, 20 février 2008.

(§1), nous exposerons nos objectifs de recherche (§2), les motifs justifiant leur étude (§3), l'approche théorique que nous entendons prendre (§4) et nos questions de recherche (§5).

1. Le dynamisme de la société civile canadienne

Comme c'est le cas dans plusieurs autres pays, il appert que la société civile canadienne d'aujourd'hui n'a jamais paru aussi dynamique. Pour le prouver, une étude récente réalisée dans le cadre d'un projet d'analyse comparative de l'Université John Hopkins nous apprend notamment que, parmi trente-sept pays ayant participé à un sondage relatif aux organisations civiles, le Canada se classe au deuxième rang en termes d'emplois créés par des organismes sans but lucratif par rapport à sa population active, avec un nombre nettement au-dessus de la moyenne internationale.³⁸ Dans le même esprit que cette étude, mais en adoptant une perspective québécoise, le professeur de sociologie Jean-Marc Fontan écrivait ceci :

« Le Québec dispose d'une société civile dynamique qui est devenue un acteur important sur la scène politique nationale. Ses organisations sont présentes dans différents lieux de concertation. Ses représentants sont consultés sur de multiples enjeux. Aucune grande décision ne se prend présentement sans que des acteurs de la société civile participent d'une façon ou d'une autre (en appui ou par la contestation) au processus décisionnel. Cette situation est à l'image de ce qui se passe à l'échelle internationale. »³⁹

L'origine de ce phénomène citoyen étant un sujet sur lequel la littérature académique canadienne ne s'est pas beaucoup penchée, et puisque la montée en puissance de la société civile est un phénomène qui n'est pas confiné au Canada, il peut être utile de regarder du côté

³⁸ Michael H. HALL, Cathy W. BARR, M. EASWARAMOORTHY, S. Wojciech SOKOLOWSKI et Lester M. SALAMON, *Analyse comparative du secteur sans but lucratif et bénévole du Canada*, Imagine Canada, 2005, p. 10-11.

³⁹ Jean-Marc FONTAN, « Un portrait de la société civile : réalité québécoise », dans Miriam FAHMY (dir.), *L'état du Québec – Tout ce qu'il faut savoir sur le Québec d'aujourd'hui*, Institut du Nouveau Monde, Montréal, Éditions Fides, 2008, p. 354-358, à la p. 354. Pour des exemples d'ouvrages récents proposant des perspectives sur le dynamisme de la société civile canadienne, voir Rudyard GRIFFITHS, *Who we are – A citizen's manifesto*, Vancouver, Toronto, D&M Publishers Inc., 2009 et Alain FAURE et Robert GRIFFITHS (dir.), *La société canadienne en débats : what holds Canada together?* Paris, L'Harmattan, 2008.

des auteurs étrangers s'étant spécialisés sur la question. À cet égard, l'analyse qu'en a faite Pierre Rosanvallon apparaît particulièrement éclairante puisque, même si axée sur la situation française et européenne, celle-ci décrit de façon convaincante la dynamique qui traverse l'ensemble des sociétés occidentales.⁴⁰

Essentiellement, cet historien français attribue cette émergence des acteurs sociaux sur la scène publique à la méfiance et au désenchantement du citoyen à l'égard de la classe politique, lesquels font poindre de nouvelles formes de participation qui se détournent de la relation gouvernants/gouvernés, dans le but avoué de combler les lacunes de la démocratie représentative. Cela dit, même s'il est construit à partir de l'insatisfaction de la population envers les représentants élus et qu'il s'alimente des critiques à l'endroit de la machine gouvernementale, Rosanvallon soutient que ce phénomène ne constitue pas une attaque frontale contre la démocratie, puisqu'au contraire, il crée des modèles de participation parallèles qui tentent de pallier les hésitations et insuffisances de l'appareil public. Ainsi, en unissant leurs idées, leurs forces et leurs voix par toutes sortes de moyens participatifs (associations, mouvements, groupes, pétitions, recours collectif ou d'intérêt public, etc.), les citoyens échafaudent leur propre « univers de défiance » et comptent de moins en moins sur le législateur pour répondre à leurs attentes. Ces initiatives de la société civile prennent donc place en marge du modèle traditionnel de la démocratie représentative, mais sans le renier complètement.⁴¹

Rosanvallon explique que cette montée du pouvoir social loge à trois enseignes distinctes qu'il conceptualise comme étant (1) la « démocratie d'expression », qui correspond aux revendications et à la prise de parole par la société sous de multiples formes

⁴⁰ Pierre ROSANVALLON, *La contre-démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Éditions du Seuil, 2006; Pierre ROSANVALLON, *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil, 2008.

⁴¹ Voir aussi Pierre ROSANVALLON, *La société des égaux*, Paris, Les Livres du Nouveau Monde, 2011; Pierre ROSANVALLON, *La crise de l'État providence*, Paris, Seuil, 1992; Pierre ROSANVALLON, *La nouvelle question sociale : repenser l'État-providence*, Paris, Éditions du Seuil, 1995; Pierre ROSANVALLON, *La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000.

(2) la « démocratie d'implication », qui englobe différents moyens de concertation pour l'amélioration du vivre ensemble et (3) la « démocratie d'intervention », laquelle se révèle sous diverses formes d'actions collectives et de mobilisation aux fins de participer activement au débat public. Comme mentionné plus haut, ces trois nouvelles facettes de la démocratie agissent de façon complémentaire à la démocratie représentative et visent à refonder un projet démocratique plus élaboré et plus stimulant pour la collectivité.

Au Canada, ces trois images alternatives et complémentaires de la démocratie discutées par Rosanvallon ne sont pas des concepts abstraits, mais une réalité bien concrète depuis de nombreuses années. Pour reprendre l'idée émise par le philosophe canadien Daniel Weinstock au début des années 2000, on peut définir cette perspective canadienne comme une « expansion assez remarquable de la société civile qui manifeste le désir de se faire entendre par les gouvernements à travers un réseau d'associations et d'organismes qui relie librement les individus les uns aux autres en fonction d'intérêts communs ou de convictions partagées. »⁴²

Il est difficile de déterminer le point de départ exact de ce mouvement, mais si l'on voulait désigner un moment marquant de façon précise, les consultations publiques tenues par la Commission Romanow constitueraient probablement un bon repère, alors que des centaines d'organisations et citoyens inquiets pour la survie de leur système de santé publique ont volontairement fourni temps et énergie pour faire connaître leurs points de vue sur les façons de l'améliorer.⁴³ Par la suite, plusieurs autres luttes ont été portées à bras-le-corps par les Canadiens, telles que l'indemnisation des victimes du sang contaminé, le mariage entre

⁴² Daniel WEINSTOCK, « La citoyenneté en mutation », dans Yves BOISVERT, Jacques HAMEL et Marc MOLGAT (dirs.), *Vivre la citoyenneté - Identité appartenance et participation*, Montréal, Liber, 2000, p. 15-26, à la p. 23.

⁴³ *Rapport sur le dialogue entre Canadiens sur l'avenir des soins de santé au Canada, Guidé par nos Valeurs: L'avenir des soins de santé au Canada, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada*, juin 2002, ISBN 0-662, 87955-4.

conjointes de même sexe, la réforme de l'assurance-emploi et l'équité salariale.⁴⁴ Au Québec, les auditions de la Commission Bouchard/Taylor en 2008 sont un autre excellent exemple démontrant l'implication citoyenne.⁴⁵ Dans les autres provinces, des assemblées de citoyens traitant de projets de société sont aussi monnaie courante.⁴⁶ En somme, si l'on se fie à un rapport réalisé en 2009 par l'Institut du Mieux-être, organisme créé sous l'égide de l'Université de Waterloo, une majorité de Canadiens (55%) serait impliquée d'une manière ou d'une autre dans un projet impliquant une politique sociale, que ce soit dans un mouvement, une manifestation ou une organisation.⁴⁷ En outre, un autre point servant à souligner le dynamisme actuel de la participation citoyenne au Canada est l'implication sociale des jeunes qui, comme le mentionnait récemment le sociologue Guy Rocher, atteste de leur volonté à participer au débat public et à réformer certaines conceptions sociales.⁴⁸

En plus d'observer clairement cette volonté de la société civile de s'impliquer, il faut aussi constater que les gouvernements y trouvent leur compte. À ce sujet, utilisant l'expression « État stratège », certains auteurs expliquent que l'appareil public voit effectivement ce phénomène d'un bon œil, puisqu'il lui enlève souvent la responsabilité d'être le maître d'œuvre exclusif des politiques sociales et qu'en même temps, cette implication citoyenne lui

⁴⁴ Pour d'excellents rapports faisant état de ces mouvements, voir les travaux du Centre de Recherche sur les innovations sociales (CRISES), regroupant une soixantaine de chercheurs universitaires affiliés à huit institutions, lesquels sont publiés sur le site <http://crises.uqam.ca/publications/mouvements-sociaux.html> (consulté le 12 janvier 2014).

⁴⁵ Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, Rapport de la COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Gouvernement du Québec, 22 mai 2008.

⁴⁶ On peut notamment consulter différents sites relatifs à la création et au fonctionnement des assemblées de citoyens en Ontario et en Colombie-Britannique, par exemple <http://www.citizensassembly.gov.on.ca/en-CA/About/faq.html> et <http://participedia.net/en/cases/british-columbia-citizens-assembly-electoral-reform>. (consultés le 12 janvier 2012.)

⁴⁷ Kelley MOORE et Lenore SWYSTUN, *Democratic Engagement, A report of the Canadian Index of Wellbeing (CIW)*, Institute of Wellbeing, January 2009.

⁴⁸ Guy ROCHER, *Les droits de scolarité à l'université: « Juste part » ou « Lutte juste »?*, Lettre ouverte au Journal Le Devoir, 11 avril 2012; Lisa-Marie GERVAIS, *La lutte des étudiants est juste, dit Guy Rocher*, Le Devoir, 11 avril 2012.

sert à légitimer ses actions.⁴⁹ Dans ce sens, on peut dire que la montée en puissance de la société civile est aussi bénéfique à l'appareil étatique.

2. Objectifs de recherche

Prenant comme postulat cette volonté de la société civile canadienne de s'exprimer, s'impliquer et d'intervenir dans le débat public, notre objectif de recherche principal consiste à examiner si ce phénomène se transpose dans l'arène judiciaire et, dans l'affirmative, d'en mesurer certains impacts par rapport aux deux défis de l'institution judiciaire identifiés ci-haut. En se concentrant sur les dossiers de la Cour suprême en matière de droits fondamentaux, notre projet vise donc à étudier les interactions entre les acteurs de la société civile et le plus haut tribunal, sous l'angle de l'accès à la justice et de l'objectivation des décisions judiciaires.

Cet objectif principal comporte deux volets. Dans un premier temps, notre projet s'oriente sur l'accès à la justice proprement dit, alors qu'il s'agit d'investiguer si la présence des acteurs sociaux dans les débats judiciaires se manifeste par une présence accrue des acteurs sociaux dans les salles d'audience de la Cour suprême. Un tel objectif suppose une analyse quantitative pour vérifier l'existence de changements par rapport aux pratiques antérieures, de même qu'une étude qualitative des motifs invoqués par les juges pour justifier une telle variation. Il requiert aussi d'examiner l'attitude passée des juges à l'égard de l'implication des acteurs sociaux dans les dossiers de nature constitutionnelle, d'un point de vue historique, pour tenter de mieux comprendre la situation présente.

⁴⁹ Joseph Yvon THÉRIAULT, «L'État stratège ou les enjeux d'une nouvelle social-démocratie québécoise, », dans Benoît LÉVESQUE, Guy MORNEAU et Louis CÔTÉ (dirs.), *État Stratège et Participation citoyenne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 73-90; Yves VAILLANCOURT, «Vers un État stratège partenaire de la société civile», dans Benoît LÉVESQUE, Guy MORNEAU et Louis CÔTÉ (dirs.), *État Stratège et Participation citoyenne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 235-274. Pour une perspective européenne de cette notion, voir Philippe BEZES, «Le modèle de "l'État-stratège": genèse d'une forme organisationnelle dans l'administration française», (2005) 4 *Sociologie du travail* 431.

Dans un deuxième temps, notre travail se tourne vers le processus de production du droit lui-même, en cherchant à savoir si la présence accrue des acteurs de la société civile dans l'arène judiciaire, le cas échéant, se répercute sur la fabrication des normes. À cette étape, nous nous intéresserons à l'apport potentiel des acteurs sociaux à la construction du droit substantif et à l'influence qu'ils peuvent exercer sur la rhétorique utilisée par les juges dans leurs décisions.

De façon accessoire, notre projet poursuit également comme objectif de mettre en place une méthode d'analyse de discours distinctive et originale fondée sur les théories de l'argumentation et sur la notion d'auditoire. Pour bâtir cette méthode, nous nous sommes inspirés des auteurs Chaïm Perelman, Luc B. Tremblay et James Boyd White, dont les travaux sont résumés dans la section C de cette introduction, qui décrit notre cadre théorique.

3. Les motifs d'intérêt de notre recherche

Comme toutes les thèses de doctorat, notre recherche sert à combler les lacunes de la doctrine se rapportant à notre sujet, mais nous ne partons pas les mains vides, puisque notre projet est construit autour de certaines idées et courants de pensée déjà en place qui sont susceptibles de faire avancer les connaissances quant à l'implication des acteurs sociaux sur la scène judiciaire constitutionnelle au Canada. Commençons par exposer les lacunes de la doctrine, qui sont deux ordres :

- En plus d'être relativement mince, la littérature canadienne existante sur la relation entre les tribunaux et les acteurs de la société civile émane de la science politique, ce qui a pour conséquence qu'elle s'écarte du droit proprement dit. À ce chapitre, on peut citer les ouvrages des professeurs Morton, Knopff et Brodie datant d'une quinzaine d'années, qui se sont surtout focalisés sur l'analyse des stratégies politiques adoptées

par les différents groupes d'intérêts devant les tribunaux.⁵⁰ On retrouve également d'autres travaux plus récents issus de la même discipline qui, dans le même esprit, semblent s'être donné pour mission de juxtaposer les différentes allégeances des groupes d'intérêts par rapport aux décisions individuelles des juges de la Cour suprême, pour tenter d'y trouver une filiation à caractère progressiste ou conservateur.⁵¹ Du côté européen, certaines recherches connexes à notre sujet commencent à voir le jour, mais beaucoup d'entre elles sont de nature purement statistique.⁵²

- Considérées plus spécifiquement à partir du droit constitutionnel canadien, les lacunes sont tout aussi évidentes. En effet, il semble que la dernière tentative de conceptualiser la façon dont les juges disposent des litiges traitant des droits fondamentaux (qui avait été désignée la « théorie du dialogue ») ait manqué une belle occasion de discuter de la participation des acteurs sociaux dans les débats relatifs à la *Charte*. En effet, on se rappellera qu'une des critiques principales adressées à l'encontre de cette théorie fut d'avoir trop mis l'accent sur la relation institutionnelle entre les pouvoirs législatif et judiciaire et d'occulter la participation du citoyen dans le processus de gouvernance, ce qui laissait sous-entendre que la confection des normes était une affaire organiquement bicéphale qui ne concernait que le législateur et les tribunaux.⁵³ En discutant de la participation des acteurs sociaux à la production du droit, notre projet peut donc servir à

⁵⁰ Voir par exemple F.L. MORTON et R. KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview, 2000; IAN ROSS BRODIE, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Albany NY, State University of New York Press, 2002.

⁵¹ Donald R. SONGER et Susan W. JOHNSON, «Judicial Decision Making in the Supreme Court of Canada : Updating the Personal Attribute Model», (2007) 40 (4) *Can. J. of Pol. Sci.* 911; Matthew WETSTEIN et CYNTHIA L. OSTBERG, *Attitudinal decision making in the Supreme Court of Canada*, Vancouver, UBC Press, 2007; Christopher MANFREDI, «Strategic Judicial Behaviour and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans DONALD ABELSON Patrick JAMES et Michael LUSZTIG (dirs.), *The Myth of the Sacred: The Charter, The Courts and the Politics of the Constitution in Canada*, Montreal, Kingston, Queen's University Press, 2002, p. 147-167; Benjamin ALARIE ET Andrew GREEN, «Charter Decisions in the McLachlin Era: Consensus and Ideology at the Supreme Court of Canada», (1998) 47 *S.C.L.R.(2d)* 475.

⁵² Lisa VANHALA, « Civil Society Organisations and the Aarhus Convention in Scotland: Judicialisation from below in Scotland? », (2013) 49 *Representation*, 309; Sangeeta SHAH, Thomas POOLE, Michael BLACKWELL, Rights, Interveners and the Law Lords (2013) *Oxford Journal of Legal Studies* 1.

⁵³ Jean LECLAIR, «Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien», (2003) *R. du B., numéro spécial*, 379.

réparer cette faiblesse et à combler le vide laissé par cette discussion, en apparence inachevée.

Mais, au-delà de ces lacunes, notre thèse est surtout bâtie autour de concepts et de mouvements de pensée qui, même s'ils ne traitent pas directement de l'apport des acteurs de la société civile à la production du droit, ont pu être mobilisés pour appréhender la nouvelle relation existant entre la société civile et la Cour suprême du Canada. À ce chapitre, quatre pistes de réflexion nous ont été utiles, une de nature générale et trois autres plus spécifiques :

- De façon générale, notre projet se greffe à un courant de pensée qui s'écarte des théories abstraites et qui cherche à comprendre le processus d'adjudication en matière de droits fondamentaux à partir d'une réalité concrète. Comme exemples de ce courant, on peut citer les commentaires de juges et d'auteurs subséquemment nommés à la magistrature qui se sont prononcés sur l'importance d'analyser le travail de la branche judiciaire en tenant compte de la complexité grandissante des dossiers en matière de droits fondamentaux.⁵⁴ Dans le même esprit, on peut mentionner les réflexions sur la nécessité pour la communauté judiciaire de développer une « intelligence culturelle » dans un contexte marqué par la diversité et le pluralisme.⁵⁵ Sur la scène internationale, on peut également citer d'autres travaux proposant d'examiner les tâches du juge constitutionnel contemporain en se servant des règles du bon sens.⁵⁶

⁵⁴ Beverley MCLACHLIN, «Charter Myths», (1999) 33 *U.B.C. L. Rev.* 23, 32 (sur le travail parfois ingrat des juges placés devant l'inaction ou le refus d'agir du législateur); Rosalie SIBERMAN ABELLA, «The Judicial Role in a Democratic State», (2001) 26 *Queen's L. J.* 573, 577 (sur le fait que la *Charte* doit être perçue comme un canevas à parfaire de façon constante, vu la multiplicité d'opinions et intérêts présents dans la société); Yves-Marie MORISSETTE, «Le Juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité», dans Marie-Jeanne MOSMANN, Ghislain OTIS (dirs.), *La montée en puissance des juges: ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 30-65, p. 45-47 (sur l'importance de tenir compte du caractère contingent de la décision judiciaire dans une société fondée sur l'État de droit).

⁵⁵ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Diane LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain - L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009.

⁵⁶ Edwin CHERMERINSKI, «Seeing the Emperor's Clothes : Recognizing the reality of Constitutional Decision-Making», (2006) 86 *B.U. L. Rev.* 1069; Terry A. MARONEY, «Emotional Common Sense as Constitutional Law», (2009) 62 *Vand. L. Rev.* 849; Aharon BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton N.J., Princeton University

- De façon plus spécifique, nous verrons que quelques études de cas contenues à notre projet ont puisé au concept de « dialogue continu » développé par certains auteurs américains.⁵⁷ Sommairement décrit, ce courant tente de moderniser les fameuses paroles d'Alexander Bickel écrites au début des années soixante, lequel soutenait que le droit constitutionnel n'est pas le produit exclusif de la branche judiciaire, puisqu'il implique un « colloque » avec des acteurs issus du monde politique et de la société civile.⁵⁸ Comme les travaux discutés au paragraphe précédent, cette approche relative au « dialogue continu » tente également à s'ancrer dans la réalité concrète, puisqu'au lieu de chercher à établir des liens nébuleux entre les décisions de la Cour suprême des États-Unis et les courants d'opinion publique, elle se sert d'exemples tangibles pour montrer que la production des normes par les juges est parfois influencée par ceux qui gravitent autour du droit, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des salles d'audience.⁵⁹
- Notre troisième source d'inspiration est celle qui consiste à assimiler la participation des acteurs sociaux devant les tribunaux à la notion de la « démocratie délibérative »,

Press, 2006; Aharon BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton N.J., Princeton University Press, 2005; Albie SACHS, *The Strange Alchemy of Life and Law*, London, Oxford University Press, 2009, p. 48.

⁵⁷ Neal DEVINS et Louis FISHER, *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2004; Barry FRIEDMAN, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrard, Strauss & Giroux, 2009; Christine BATEUP, « The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue », (2005-2006) 71 *Brook. L. Rev.* 1109; Christine BATEUP, « Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective », (2007) 21 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 1. D'une facture moins récente, mais encore pertinente, voir aussi Louis FISHER, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1998.

⁵⁸ La thèse de Bickel est essentiellement que les juges exercent leur pouvoir de révision des lois à travers un « continuing colloquy with the political institutions and with society at large », en vertu duquel les principes constitutionnels « evolved conversationally not perfected unilaterally », cf. Alexander M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, préc. note 17, p. 240 et 244. Pour différentes illustrations du renouveau de la pensée de Bickel, voir Kenneth D. WARD, Cecilia R. CASTILLO (dirs.), *The Judiciary and American Democracy – Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory*, Albany, State University of New York Press, 2005.

⁵⁹ N. DEVINS et L. FISHER, *The Democratic Constitution*, préc. note 57, p. 34-37. Quant à nous, notre projet se limitera aux actions entreprises dans les dossiers proprement dits et nous n'aborderons pas le volet touchant le lobbying par les groupes d'intérêt.

laquelle fait aussi une percée importante au niveau doctrinal.⁶⁰ À ce niveau, notre intention n'est pas de nous étendre sur ce sujet, mais de faire un court parallèle avec l'idée d'associer la Cour suprême à un forum délibératif, de façon à mettre la table pour des travaux plus élaborés pouvant être entrepris par d'autres chercheurs.⁶¹

- Finalement, un autre courant doctrinal sur lequel repose notre thèse est celui qui touche les théories de l'argumentation et de la rhétorique, lesquelles constituent un champ disciplinaire en pleine croissance, tant dans la littérature académique que dans le cursus de certaines universités américaines.⁶² Tel qu'il apparaîtra au cours des prochaines pages, notre cadre théorique a d'ailleurs été construit autour des travaux de trois auteurs portant sur l'analyse du discours judiciaire.

Comme il apparaîtra au fil de cette thèse, ces différents courants de pensée n'ont pas tous été mobilisés avec la même intensité. En particulier, nous verrons que l'accent sera mis sur la quatrième piste de réflexion, laquelle constituera le socle véritable de notre cadre théorique.

4. Approche théorique privilégiée

Notre approche théorique est structurée en deux grandes parties qui alternent les analyses qualitatives et quantitatives. Elle s'articule d'abord autour d'une analyse qualitative

⁶⁰ Voir notamment David ESTLUND, *Democratic Authority: a philosophical framework*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2008; Fabienne PETER, *Democratic Legitimacy*, New York, Routledge, 2009; Karen TRACY, *Challenges of Ordinary Democracy: A Case Study in Deliberation and Dissent (Rhetoric and Democratic Deliberation)*, University Park, Penn State University Press, 2010; Robert ASEN, *Democracy, Deliberation, and Education*, University Park, Penn State University Press, 2015.

⁶¹ Ce parallèle sera fait dans la conclusion générale.

⁶² Stephan GOLTZBERG, *Perelman, L'argumentation juridique*, Paris, Michalon, 2013; Ruth AMOSSY, *L'argumentation par le discours*, Paris, A. Colin, 2013; Christopher W. TINDALE, *Rhetorical Argumentation*, Thousand Oaks, CA, Sage Publications, 2004; Linda L. BERGER, «Studying and Teaching "Law as Rhetoric ", A Place to Stand», (2010) 16 *Journal of the Legal Writing Institute*, 3; John CASEY GOOCH, «Reading, Writing, and Imagining the Law: Using James Boyd White's Theories as an Approach to Analyzing Legal Rhetoric», (2011), 4 *Revue de la Société canadienne pour l'étude de la rhétorique*, 1. Voir aussi la revue électronique *Argumentation et Analyse du discours*, qui fut créée en 2008, <http://aad.revues.org/> (consulté le 10 décembre 2012).

pour appréhender la façon dont la Cour suprême a traité la question de la participation des acteurs sociaux sur la scène judiciaire depuis les années 1920 jusqu'à 2010 (Partie 1, section A). Par la suite, elle prend un virage quantitatif, en compilant et en examinant les statistiques relatives à la participation citoyenne dans les dossiers en matière de droits fondamentaux décidés par la Cour suprême du Canada au cours des sept dernières années (Partie 1, section B). Une fois ces statistiques révélées, nous retournons à une analyse qualitative en analysant le discours tenu dans l'arrêt *Downtown Eastside* de 2012 lequel est très révélateur de l'attitude actuelle de la Cour à l'endroit de la participation des acteurs sociaux sur la scène judiciaire (Partie 1, section C). Une fois cette première partie complétée, le reste de notre thèse sera de nature qualitative, puisque notre Partie II se consacrera à l'analyse du discours tenu dans douze dossiers de la Cour suprême (décisions et mémoires), de façon à mesurer l'impact des acteurs sociaux sur la production des normes.

La facture générale de notre étude est donc axée sur un mode constructiviste⁶³, puisqu'elle vise à bâtir un raisonnement autour du phénomène peu connu de la relation entre les acteurs de la société civile et la Cour suprême, en identifiant ses nouvelles bases et son impact sur le déroulement des instances, la production des normes et le style d'écriture judiciaire.

5. Questions de recherche

Notre principale question de recherche est la suivante : la volonté de la société civile de se faire entendre par les gouvernements – laquelle est tenue pour acquise pour notre travail – se transpose-t-elle devant les tribunaux et, le cas échéant, se traduit-elle par un changement d'attitude de la part du pouvoir judiciaire, en particulier dans les dossiers de la Cour suprême du Canada traitant des droits fondamentaux ?

⁶³ Vittorio VILA, «La science juridique entre descriptivisme et constructivisme», dans Paul AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 288-291, p. 290-291.

Cette question principale étant liée aux deux défis discutés plus haut, elle implique d'abord une sous-question spécifique qui porte sur la présence physique actuelle des représentants sociaux dans les salles d'audience et sur la place qui leur est accordée dans les débats judiciaires, par rapport à celle des années passées. En outre, ce sujet suppose une série de sous-questions qui s'attardent à évaluer le comportement des acteurs judiciaires et non judiciaires à l'égard de cet accès. Par exemple, quels sont les arguments invoqués par les acteurs non judiciaires pour réclamer une plus grande participation dans l'arène judiciaire? Quel genre de causes les intéresse? Quelles sont les raisons invoquées par les juges pour justifier ou restreindre cet accès? L'attitude actuelle des juges en est-elle une d'ouverture ou de fermeture? Cette attitude est-elle uniforme pour tous les sujets soumis à la Cour? Comment compare-t-on l'attitude actuelle des juges avec celle qu'ils affichaient précédemment? La position actuelle de la Cour correspond-elle aux attentes des acteurs sociaux? Renverse-t-elle une tendance et, dans l'affirmative, apparaît-elle solide?

Dans un deuxième temps, notre question principale de recherche consiste aussi à investiguer si cette présence des acteurs sociaux dans l'arène judiciaire passe par une contribution des membres de la société civile à la construction des normes elles-mêmes. À cette étape, il s'agit de vérifier si la présence physique des groupes représentatifs a un impact réel sur la confection du droit ou, à l'inverse, si ces derniers ne participent au débat qu'à titre de figurants. De façon évidente, ce volet de notre analyse soulève plusieurs sous-questions sur la nature de cet impact, s'il existe. Par exemple, dans quelle mesure peut-on déterminer que les acteurs de la société civile ont une véritable influence? De quel type d'impact parle-t-on (sur l'issue du litige, sur la norme, sur le vocabulaire utilisé par la Cour, etc.)? Comment mesurer cet impact de façon objective? Si un tel impact existe, comment les acteurs sociaux s'y prennent-ils pour influencer les juges? En plus d'un impact sur la confection des normes elles-mêmes, peut-on parler d'une influence sur le style d'écriture utilisé par les juges? Finalement, cet impact que pourraient avoir les acteurs sociaux sur la norme contribue-t-il au processus d'objectivation des décisions judiciaires?

B. Hypothèses de recherche

Notre hypothèse principale est que la volonté des acteurs de la société civile de se faire entendre par les gouvernements se transpose bel et bien dans l'arène judiciaire. Cette hypothèse de base se fonde sur deux hypothèses plus explicites, lesquelles se divisent à leur tour en d'autres sous-hypothèses.

Hypothèse #1: la présence accrue sur le plan de l'accès à la justice (PARTIE I)

Cette hypothèse suggère que la présence accrue des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires actuels se reflète par un plus grand accès aux tribunaux eux-mêmes. Cette présence serait donc bénéfique pour améliorer l'accès à la justice. Cette hypothèse implique deux sous-hypothèses pour tenter d'expliquer les fondements de cette participation accrue.

La première sous-hypothèse est que l'accroissement de la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires résulterait d'une logique mathématique. Autrement dit, la présence des acteurs sociaux dans les dossiers de la Cour serait en augmentation du seul fait qu'il existe un nombre plus important de demandes d'intervention dans les dossiers. Cette sous-hypothèse implique donc une analyse de la croissance ou décroissance du nombre d'acteurs sociaux voulant s'introduire dans les dossiers judiciaires.

Mais, puisque le droit d'intervention des acteurs sociaux n'est jamais automatique et qu'il doit obligatoirement être autorisé par les juges, cette première sous-hypothèse ne saurait expliquer le phénomène de façon complète. Il faut donc élaborer une deuxième sous-hypothèse pour explorer les raisons invoquées par les juges pour justifier une présence plus importante des acteurs sociaux dans les dossiers de la Cour suprême. À cet égard, notre deuxième sous-hypothèse soutient que les juges justifieraient cet accès plus généreux sur la base d'arguments déontologiques, plutôt que conséquentialistes, en accordant une priorité au droit des citoyens de recourir à la justice, peu importe les effets potentiellement néfastes ou bénéfiques de cette présence sur le déroulement des audiences. Autrement dit, les conséquences négatives que pourrait avoir l'augmentation du nombre de participants sur le

système judiciaire seraient considérées comme secondaires, de façon à faire primer le droit des acteurs sociaux de se faire entendre.

Pour explorer cette sous-hypothèse de façon plus intelligible, il sera nécessaire de faire une analyse historique de l'attitude de la Cour suprême envers la participation citoyenne devant les tribunaux, ce qui pourra nous permettre de mieux comprendre la situation actuelle.

Hypothèse #2: la participation des acteurs sociaux à la production du droit (PARTIE II)

Cette deuxième hypothèse spécifique soutient que cette présence accrue dans les débats judiciaires passerait également par une contribution des acteurs de la société civile à la construction des normes elles-mêmes. Ainsi, leur présence ne serait pas simplement figurative, puisque leurs arguments seraient repris par la Cour pour fonder la légitimité de ses décisions. En outre, les arguments des acteurs sociaux viendraient apporter une couleur et une perspective différentes par rapport aux arguments des parties directement impliquées au litige.

Cette hypothèse implique aussi que la présence accrue des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires aurait des répercussions sur le style d'écriture utilisé par les juges pour rendre leurs décisions et que ceux-ci adopteraient un ton plus conversationnel, afin de répondre à la panoplie des arguments présentés. Ce changement de style ferait en sorte que les juges ne s'adresseraient pas seulement aux parties impliquées, mais aussi aux intervenants ayant participé aux dossiers, aux personnes qu'ils représentent et à la population en général. En outre, la présence des acteurs sociaux contribuerait à alimenter les visions du monde présentées par les juges dans les décisions.

Dans la mesure où la présence physique des acteurs de la société civile dans les salles d'audience se confirme (hypothèse #1) et que nous puissions documenter notre hypothèse #2, il serait possible de réfléchir sur l'avantage de pouvoir compter sur la contribution des acteurs sociaux au niveau de l'objectivation des décisions judiciaires, cette objectivation étant un pivot essentiel à la légitimité des cours de justice. Cet apport au processus d'objectivation proviendrait non seulement de la participation des acteurs sociaux dans les dossiers, mais de

leur apport concret dans les débats judiciaires. Dans un tel scénario, la Cour suprême tirerait profit de cette participation sur deux plans, puisqu'en plus de projeter l'image d'une justice plus inclusive, elle bénéficierait d'une contribution réelle de la société civile à la production du droit. En même temps, cette attitude d'ouverture de la Cour suprême comblerait le besoin des acteurs de la société civile de s'impliquer et de prendre part aux débats judiciaires.

C. Cadre théorique

Puisqu'une large part de notre projet est axé sur l'analyse du discours judiciaire, notre cadre théorique repose sur les travaux de trois auteurs ayant étudié les processus d'argumentation déployés par les juges. Ces théories permettent d'identifier les stratégies discursives utilisées dans les décisions judiciaires, mais comme nous le verrons, elles servent également à analyser celles contenues dans les mémoires des parties et intervenants. Au cours des prochains paragraphes, nous allons exposer les thèses de Chaïm Perelman (§1), Luc B. Tremblay (§2) et James Boyd White (§3) et pour chacune d'elles, nous expliquerons en quoi elles nous seront utiles.

1. La « nouvelle rhétorique » de Chaïm Perelman

L'œuvre doctrinale de Chaïm Perelman, qui s'étale sur une quarantaine d'années, débute au milieu des années quarante, alors qu'il tente de définir une notion de justice qui se distancie de la conception positiviste de l'époque, inspirée notamment par David Hume, laquelle limitait le raisonnement juridique à un critère de légalité, sans s'occuper de son caractère juste, raisonnable ou acceptable. Cherchant ainsi à étendre le rôle de la raison aux jugements de valeur, Perelman décide de se concentrer sur les façons possibles de concevoir une « règle juste » qui tiendrait compte de la présence inévitable de l'arbitraire dans tout système normatif :

« Il est infiniment plus délicat de définir une notion permettant de dire quand une règle est juste. La seule exigence qu'on pourrait formuler à l'égard de la règle, c'est qu'elle ne soit pas arbitraire, mais qu'elle se justifie, qu'elle découle d'un système normatif.

Mais un système normatif, quel qu'il soit, contient toujours un élément arbitraire, la valeur qu'affirment ses principes fondamentaux qui, eux, ne sont pas justifiés. Ce dernier arbitraire, il est logiquement impossible de l'éviter : la seule prétention que l'on peut, à bon droit, élever consisterait dans l'élimination de tout arbitraire autre que celui impliqué par l'affirmation des valeurs qui se trouvent à la base du système. Comme d'autre part, l'arbitraire du système normatif vient sanctionner des inégalités naturelles, qui ne sont pas plus susceptibles de justification, il en résulte que, pour cette double raison, il n'y a pas de justice parfaite et nécessaire. »⁶⁴

Sur la base de ces postulats d'« imperfection de tout système de justice » et de « la part inévitable d'arbitraire qu'il contient »⁶⁵, Perelman poursuivit sa réflexion en se disant qu'il était possible de redéfinir une justice formelle qui tiendrait compte d'une « logique » des jugements de valeur qui ne dépendait pas de l'arbitraire de chacun. Il entreprend donc une analyse de textes variés, de traités philosophiques, d'articles politiques et d'ouvrages de morale et d'esthétique, pour finalement se rendre compte, quelques années plus tard, qu'il n'existe pas véritablement de logique spécifique des jugements de valeur et que, dans les domaines où la controverse est présente, les auteurs qui discourent oralement ou par écrit ont constamment recours à des techniques d'argumentation. Cette découverte s'avère cruciale pour la suite de sa démarche, comme il l'expliqua trente années plus tard :

« Cette découverte n'est pas sans pertinence pour la logique juridique. Car, si le raisonnement du juge doit s'efforcer d'aboutir à des solutions qui soient équitables, raisonnables, acceptables, indépendamment de leur conformité à des normes juridiques positives, il est essentiel de pouvoir répondre à la question : « Par quels procédés intellectuels le juge arrive-t-il à considérer telle décision comme équitable, raisonnable ou acceptable, alors qu'il s'agit de notions éminemment controversées. »⁶⁶

⁶⁴ Chaïm PERELMAN, *De la Justice*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1945, p. 82-83.

⁶⁵ *Id.*, p. 83.

⁶⁶ Chaïm PERELMAN, *Logique juridique - Nouvelle Rhétorique*, 2ième éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 102 (ci-après «C. PERELMAN, *Logique juridique*»).

C'est par ce cheminement que Perelman, en collaboration avec sa collaboratrice Lucie Olbrechts-Tyteca, en vient à publier son *Traité de l'argumentation* en 1958.⁶⁷ Durant les années suivantes, il s'intéresse davantage à l'étude du champ judiciaire et il publie d'autres livres sur le raisonnement juridique, dont *Logique juridique* en 1976.⁶⁸ Ces deux principaux ouvrages partent du principe que le domaine de l'argumentation juridique n'a rien à voir avec les certitudes du calcul, puisqu'il concerne des raisonnements liés au vraisemblable, au plausible et au probable, ce qui en fait un outil particulièrement utile pour l'analyse du discours de la Cour suprême.⁶⁹ Sur cette base, Perelman développe sa « nouvelle rhétorique », définie comme « l'étude des techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment »⁷⁰, en insistant sur le fait que les argumentations sont toujours d'intensité variable et que leur objectif fondamental est de persuader et non de faire une démonstration de vérité.⁷¹

La nouvelle rhétorique de Perelman étant axée sur l'adhésion des esprits, elle s'organise entièrement autour de la notion d'auditoire, qu'il définit comme « l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influencer par son argumentation ».⁷² Selon lui, cette notion est centrale puisqu'à proprement parler, l'efficacité de la stratégie discursive ne dépend que d'une seule mesure, à savoir le degré de persuasion de cet auditoire. En ce sens, la toute première étape pour la personne voulant tenir un discours efficace est de se faire une construction

⁶⁷ Chaïm PERELMAN et LUCIE OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 3^{ième} éd., Ed. Université de Bruxelles, 1976, c1970 (ci-après « C. PERELMAN et L. OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation* »).

⁶⁸ C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66.

⁶⁹ Les professeurs Andrée Lajoie et Marc Gold ont d'ailleurs publié d'excellents ouvrages et commentaires sur le discours de la Cour suprême du Canada en se servant de cet enseignement, mais nous ne référerons pas à leurs travaux de façon explicite, préférant recourir nous-même à leur source d'inspiration, à savoir les travaux de Perelman, voir André LAJOIE, *Jugements de valeurs, Le discours judiciaire et le droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997; Andrée LAJOIE, *Quand les minorités font la loi*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002; Marc GOLD, « The Mask of Objectivity : Politics and Rhetoric in the Supreme Court of Canada », (1985) 7 *Sup. C. L. Rev.* 455; Marc GOLD, « The Rhetoric of Constitutional Argumentation », (1985) 35 *U. Toronto L.J.* 154; Marc GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T n.s.* 1.

⁷⁰ *Id.*, p. 5.

⁷¹ C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 106-107.

⁷² C. PERELMAN et L. OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 25.

mentale plus ou moins systématisée de son auditoire, qui sera « particulier » lorsqu'elle cible un groupe spécifique, ou « universel » quand le discours s'adresse à la société en général ou l'humanité tout entière.⁷³ Dans le cas du juge, Perelman identifie trois auditoires différents, soit les parties en litige, la communauté judiciaire et l'opinion publique, celle-ci se manifestant à travers les médias et les réactions législatives.⁷⁴

Adopter la théorie de Perelman – comme nous le faisons dans cette thèse – c'est reconnaître que l'efficacité du discours dépend d'au moins cinq gestes devant être accomplis par l'orateur vis-à-vis de son auditoire. Le premier est qu'il doit se faire une idée du genre d'auditoire auquel il s'adresse, qui, comme mentionné plus haut, peut être particulier, universel ou les deux à la fois. Le deuxième geste est de s'assurer de bien connaître les thèses de ses auditoires respectifs. Le troisième geste est qu'en plus de connaître les thèses de ses auditoires, l'orateur doit aussi évaluer l'intensité avec laquelle elles sont soutenues par chacun des publics visés par le discours. Les quatrième et cinquième gestes consistent à bâtir un argumentaire en se montrant animé par le même esprit que son auditoire, en utilisant langage qu'il pourra comprendre.⁷⁵

À partir de ces cinq éléments de base, la tâche de l'orateur est de faire le nécessaire pour obtenir un degré optimal d'assentiment de ses auditoires et surtout, pour éviter de les diviser. À ce niveau, la théorie de l'argumentation de Perelman présente deux grandes catégories d'outils. La première vise à ancrer le point de départ de l'argumentation sur une base solide, de façon à mieux développer le raisonnement qui suivra. À cette première étape, il s'agit donc de bâtir ce que Perelman appelle les « prémisses de l'argumentation »⁷⁶, lesquelles tablent sur l'adhésion de l'auditoire dès le début de l'argumentaire. Prérequis obligatoire à la

⁷³ *Id.*, p. 22-45.

⁷⁴ C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 106-107. Voir aussi Chaïm PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1990, p. 584 et 740.

⁷⁵ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 31; C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 108-109 et 117.

⁷⁶ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 34.

persuasion, ces « prémisses de l'argumentation » servent à amorcer le raisonnement, en présentant des « objets d'accord » susceptibles d'être partagés par ceux qui reçoivent le discours. Considérant cet objectif, Perelman explique que ces « prémisses de l'argumentation » et « objets d'accord » doivent avoir le potentiel d'être admis par tous et de se fonder sur le sens commun, surtout lorsque le sujet discuté est controversé :

« Le problème des *thèses de départ* est plus difficile pour l'orateur quand il s'agit d'une question à propos de laquelle il ne peut pas se référer à un corps de doctrine préconstitué, quand il s'adresse à un public hétérogène qui, sur le problème à débattre, peut avoir des opinions très variées. La solution qui s'impose alors à l'orateur est de se fonder sur des thèses généralement admises, sur les opinions communes, celles qui relèvent du sens commun. Chaque orateur, à chaque époque, se fait une idée de ce qui est admis par le sens commun, des faits, des théories et des présomptions, des valeurs et des normes, censés admis par tout être raisonnable. »⁷⁷

Concédant qu'il n'est pas possible d'établir un inventaire complet de tout ce qui est susceptible de constituer une « prémisses de l'argumentation » ou un « objet d'accord », Perelman en identifie un premier groupe composé de « faits », « vérités » et « présomptions », lesquels font référence à la conception qu'on se fait du « réel ». ⁷⁸ À ce niveau, sans qu'il ne soit question de prétendre à un accord universel à toute épreuve, l'orateur expose des « faits » ayant un bon potentiel de validité (moins susceptible d'être remis en question par l'auditoire universel), lesquels servent de données concrètes soutenant une « réalité objective ». ⁷⁹ Les « vérités » jouent le même rôle que les « faits », mais ils ont une portée plus générale, pour désigner des systèmes plus complexes, comme des théories scientifiques ou des « conceptions philosophiques ou religieuses qui transcendent l'expérience. » ⁸⁰ Quant aux « présomptions », celles-ci ont un caractère moins absolu (sujet à confirmation par d'autres éléments) et font plutôt appel à ce qui apparaît normal et vraisemblable :

⁷⁷ C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 117 (italiques de l'auteur).

⁷⁸ C. PERELMAN et L. ÖLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 88.

⁷⁹ *Id.*, p. 88-89.

⁸⁰ *Id.*, p. 92.

« Les présomptions sont liées dans chaque cas particulier au normal et au vraisemblable. Une présomption plus générale que toutes celles que nous avons mentionnées, c'est qu'il existe pour chaque catégorie de faits et notamment pour chaque catégorie de comportements, un aspect considéré comme normal qui peut servir de base de raisonnements. L'existence même de ce lien entre les présomptions et le normal constitue une présomption générale admise par tous les auditoires. On présume, jusqu'à preuve du contraire, que le normal est ce qui se produira, ou s'est produit, ou plutôt que le normal est une base sur laquelle nous pouvons tabler nos raisonnements. »⁸¹

Perelman poursuit ses explications en identifiant un deuxième groupe de « prémisses d'argumentation » et d'« objets d'accord » qui, plutôt que de faire appel au « réel », vise à amorcer le raisonnement à partir d'une assise liée au « préférable ». ⁸² Cette fois, l'orateur invoque non pas des faits, vérités ou présomptions, mais des valeurs, des hiérarchies et des lieux. À ce niveau, le caractère argumentatif devient plus évident, puisque dès qu'il est question de valeurs (et de hiérarchie entre les valeurs), l'orateur commence à justifier son raisonnement et il lui est plus difficile de prétendre à l'adhésion de l'auditoire universel. ⁸³ Pour cette raison, Perelman inclut dans ce groupe ce qu'il appelle les « lieux » (à la suite des « lieux communs » d'Aristote), lesquels servent à renforcer les prémisses et objets d'accord. ⁸⁴ Par exemple, l'orateur utilisera les « lieux de la quantité », qui font référence aux vertus du nombre ou du consensus, ou les « lieux de la qualité » qui, à l'opposé du consensus, privilégient une valeur jugée supérieure. ⁸⁵ En somme, selon Perelman, le rôle joué par les lieux dans l'argumentation est assimilable à celui des axiomes dans un système formel, en conservant à l'esprit qu'il s'agit toujours de notions faisant appel au préférable. ⁸⁶

⁸¹ *Id.*, p. 94-95.

⁸² *Id.*, p. 88.

⁸³ *Id.*, p. 99-111.

⁸⁴ *Id.*, p. 112.

⁸⁵ *Id.*, p. 115-125.

⁸⁶ C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 118. L'auteur donne comme exemples que la liberté vaut mieux que l'esclavage, qu'il faut chercher le bien et éviter le mal et qu'il ne faut pas infliger des souffrances inutiles.

En plus des « prémisses de l'argumentation » et des « objets d'accord », la deuxième grande catégorie d'outils pour rendre le discours persuasif est l'utilisation de techniques argumentatives. Celles-ci se comptent par dizaines et se divisent en quatre sous-catégories, à savoir :

- Les « arguments quasi logiques » : ceux-ci possèdent une structure similaire à la démonstration formelle, sans toutefois prétendre à un degré élevé de certitude comme les mathématiques. Ils relient des éléments argumentatifs entre eux, par exemple à l'aide d'une définition ou d'une contradiction. Ce type d'arguments inclut les arguments tautologiques, d'incompatibilité, de réciprocité et de probabilité.⁸⁷
- Les « arguments basés sur la structure du réel » : ces arguments utilisent des liaisons de successions pour établir une solidarité avec un autre jugement admis, tel que l'argument établi par un lien causal ou l'argument pragmatique. Ils peuvent aussi se fonder sur des liaisons de coexistence entre deux réalités de niveau inégal, afin d'en faire prévaloir une plus fondamentale ou plus explicative, par exemple l'argument d'autorité. Ce dernier type d'arguments se rattache souvent à la conception d'une valeur considérée supérieure à une autre, ce qui implique la présentation d'une vision du monde et l'identification de l'auditoire à cette vision. L'auteur fera parfois appel à la construction de son propre *éthos* pour appuyer cette vision qu'il veut transmettre.⁸⁸
- Les « arguments qui fondent la structure du réel » : ceux-ci utilisent également des liaisons, mais pour relier une notion ou une réalité à un cas particulier, comme l'argumentation par l'exemple, l'illustration ou l'analogie. Ce type d'argument vise à

⁸⁷ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 259-350.

⁸⁸ *Id.*, p. 351-470

restructurer certains éléments de la pensée conformément à des schèmes admis dans d'autres domaines du réel.⁸⁹

- Les techniques de dissociation : plutôt que des liaisons, ces arguments utilisent des dissociations, pour montrer que des notions en apparence liées devraient être séparées et indépendantes.⁹⁰ L'exemple typique de cette technique est le « couple apparence/réalité », mais elle inclut beaucoup d'autres « couples philosophiques », lesquels sont souvent discutés dans les décisions judiciaires.⁹¹ Ce type d'argument suppose aussi que l'auteur expose sa vision du monde à son auditoire.

En résumé, la nouvelle rhétorique de Perelman s'avère une théorie éclairante sur deux plans, puisqu'elle aide à comprendre les démarches entreprises par le juge vis-à-vis de ses auditoires et qu'elle fournit des outils précieux pour détecter et évaluer les techniques discursives employées dans les décisions judiciaires.

2. La « bonne justification » selon Luc B. Tremblay

La partie qui nous intéresse dans les travaux du professeur Luc B. Tremblay est sa recherche relative aux différents types de justification en droit, plus particulièrement le regard qu'il pose sur les décisions judiciaires de la Cour suprême du Canada en matière de droits fondamentaux. Pour les situer, ses travaux s'inscrivent dans un courant voulant que « les valeurs peuvent être l'objet de débats rationnels produisant des jugements objectifs »⁹² et que les jugements de valeur, incluant ceux d'ordre éthique, peuvent résulter « d'un processus rationnel d'évaluation qui comporte ses propres critères de raisonnement et

⁸⁹ *Id.*, p. 257 et 471-549.

⁹⁰ *Id.*, p. 550-609.

⁹¹ *Id.*, p. 556-580.

⁹² Luc B. TREMBLAY, «La justification de la législation comme jugement pratique», (2001) 47 *R.D. McGill* 59, 66 et note 22 (ci-après « L.B. TREMBLAY, *Jugement pratique* »)

d'argumentation».⁹³ À ce niveau, sa prise de position se fonde notamment sur celle de Robert Alexy, qui considère que la légitimité du contrôle judiciaire de constitutionnalité s'évalue surtout en termes de rectitude et d'objectivité des motifs.⁹⁴ Tremblay explique aussi que la réflexion sur la notion de justification en droit s'avère essentielle dans la société actuelle, en raison de facteurs tels que le pluralisme, la prolifération des chartes des droits, la montée en puissance des juges et la revitalisation de la société civile et des associations volontaires.⁹⁵

Pour développer sa thèse, Tremblay identifie d'abord les caractéristiques d'une « bonne justification ». Pour les définir, il s'inspire de Perelman et de sa notion d'auditoire en postulant que les décisions judiciaires tentent non seulement de persuader les parties au litige et la communauté des juristes, mais aussi la communauté politique en général et l'auditoire universel.⁹⁶ À partir de cette prémisse, Tremblay détermine que le degré de persuasion des décisions judiciaires est nécessairement variable et qu'il existe deux grands niveaux de justification. Il désigne le premier comme la « théorie du fondement rationnel », par laquelle les juges fournissent une ou des raisons valables pouvant justifier une conclusion parmi d'autres.⁹⁷ Il désigne ensuite le deuxième niveau comme la « théorie du fondement légitime », laquelle offre un raisonnement plus solide, puisque la conclusion afférente à ce type de justification est non seulement rationnelle, mais elle s'impose à tous les membres de l'auditoire. Il nomme ce deuxième niveau « la bonne justification », pour signifier qu'il s'agit

⁹³ Luc B. TREMBLAY, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel», (1999) 44 *R.D. McGill* 39, p. 83 et note 141 (ci-après « L.B. TREMBLAY, *Fondement rationnel* »).

⁹⁴ Voir notamment Luc B. TREMBLAY, « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie constitutionnelle », (2012) 57 *R.D. McGill* 429; Sur la position d'Alexy, cf. Robert ALEXY, « Balancing, constitutional review, and representation », (2005) 3 *Int. J. Constitutional Law*, 572, 574; Robert ALEXY, « Law and Correctness », (1998) 51 *Current Legal Problems* 205, 208; Matthias KLATT (dir.), *Institutionalized Reason, The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2012.

⁹⁵ L.B. TREMBLAY, *Jugement pratique*, préc. note 92, p. 65 et sa note 17.

⁹⁶ Luc B. TREMBLAY, La justification des restrictions aux droits constitutionnels: la théorie du fondement légitime (2001-2002) 47 *R.D. McGill* 271, p. 285-286 (ci-après « L.B. TREMBLAY, *Fondement légitime* »).

⁹⁷ L.B. TREMBLAY, *Fondement rationnel*, préc. note 93.

d'un raisonnement ayant une force normative optimale et un potentiel supérieur sur le plan de l'objectivité.⁹⁸

Selon le professeur Tremblay, trois critères sont nécessaires pour l'établissement d'une bonne justification. Essentiellement, ces critères renvoient au caractère acceptable et suffisant des « prémisses »⁹⁹ et au fait que les jugements de faits ou de valeurs doivent atteindre un degré élevé de probabilité pour résister à un examen critique par des personnes compétentes.¹⁰⁰ Ces critères excèdent donc le niveau des motifs valables ou rationnels. Pour atteindre ce niveau supérieur, les jugements de faits ou de valeurs doivent se conformer aux principes, standards ou normes établis par les meilleures théories pertinentes disponibles à l'intérieur des champs normatifs dans lesquels ils s'inscrivent (ex. économie politique, politique sociale, éthique, morale, politique).¹⁰¹ Plus la question à justifier sera controversée, plus le niveau de preuve sera exigeant. Cela signifie que le caractère acceptable et suffisant des prémisses doit être mesuré en partie par rapport au contexte dans lequel elles s'inscrivent. Cela implique également qu'une bonne justification doit prétendre à une « certaine valeur universelle » et qu'elle doive faire appel au bon sens et au raisonnable.¹⁰²

Après avoir identifié les caractéristiques d'une bonne justification, le professeur Tremblay poursuit en examinant les types de justification susceptibles de correspondre à une

⁹⁸ L.B. TREMBLAY, *Fondement légitime*, préc. note 96, p. 280-285. Voir aussi Luc B. TREMBLAY, «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité? », (1999) 10 *Natl. J. Const. L.* 41.

⁹⁹ Le professeur Tremblay emploie le terme « prémisses » dans le sens d'argument. Selon lui, « [l]a justification est constituée d'une suite de prémisses affirmant des propositions ou des jugements présumés vrais ou acceptables qui, reliées d'une certaine manière les unes aux autres, aboutissent à une autre proposition ou à un autre jugement qu'on nomme la conclusion. » L.B. TREMBLAY, *Fondement rationnel*, préc. note 85, p. 80-81. Tremblay fait aussi la distinction entre prémisses normative et non normative : « [a]u minimum, la justification contient donc une prémisses normative ou évaluative (« il faut que..., il est désirable que », etc.) et une prémisses non normative exposant la situation spécifique dans laquelle la décision doit être prise (« or, c'est un fait que... », « or, dans les faits, il y a ... »), L.B. TREMBLAY, *Fondement légitime*, préc. note 96, p. 282-283.

¹⁰⁰ L. B. TREMBLAY, *Fondement rationnel*, préc. note 93, p. 67 et L.B. TREMBLAY, *Fondement légitime*, préc. note 96, p. 288-291.

¹⁰¹ L.B. TREMBLAY, *Fondement rationnel*, préc. note 93, p. 68.

¹⁰² *Id.* p. 81 et L.B. TREMBLAY, *Fondement légitime*, préc. note 96, p. 286.

bonne justification. À ce sujet, il expose que les raisonnements relatifs à l'interprétation des règles de droit par les autorités politiques et judiciaires se divisent en deux idéaux types. Le premier est la justification conséquentialiste qui se fonde sur la maximisation d'un état de choses désirable ou la minimisation d'une situation indésirable.¹⁰³ Le deuxième est la justification déontologique, qui postule qu'en matière de droits fondamentaux, il existe des standards et critères objectifs susceptibles de fournir une bonne justification et de fournir à l'auditoire une ou des raisons d'accepter les conclusions pratiques qu'elle entraîne.¹⁰⁴

Tremblay se demande ensuite si l'une ou l'autre de ces justifications peuvent constituer une bonne justification. Or, sa réponse est négative dans les deux cas. Selon lui, la justification conséquentialiste ne respecte pas les conditions d'une bonne justification parce qu'elle ne fournit aucun cadre indépendant de valeurs auquel l'état de choses faisant l'objet de la décision peut être évalué, mesuré et comparé par rapport à la valeur de l'état de choses concurrent.¹⁰⁵ En d'autres termes, le problème relié à ce type de justification est que l'état de choses qu'on cherche à maximiser selon le concept d'utilité (par exemple le bien-être collectif, la société juste et bonne, etc.) est conçu en des termes si vagues, si généraux et si difficilement opérationnels qu'ils « peuvent justifier une pluralité de jugements pratiques disparates, voire incompatibles ». ¹⁰⁶ La réponse est tout autant négative pour la justification déontologique. Selon le professeur Tremblay, ce type de justification ne remplit pas plus les conditions d'une bonne justification, du fait que « dans une société pluraliste, l'existence d'un ensemble cohérent de pratiques, de croyances, de jugements, de signification et de compréhensions morales partagées n'est pas facilement démontrable ». ¹⁰⁷ Il ajoute que

« [N]on seulement les prémisses les plus fondamentales des arguments semblent-elles dans les faits insuffisantes ou inacceptables à plusieurs

¹⁰³ L. B. TREMBLAY, *Jugement pratique*, préc. note 92, p. 71-72.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 79-87.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 72-78.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 75.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 86.

citoyens, mais dans la mesure où ces prémisses en appellent aux conceptions controversées du bien, du monde et de l'être humain, elles peuvent difficilement prétendre au type d'universalité requis par l'idée de bonne justification. Le pluralisme de fait qui affecte les questions du bien et de la vie bonne semble aussi affecter les conceptions du fondement des droits, de leur signification et de leur poids relatif. »¹⁰⁸

Devant cette impasse, le professeur Tremblay avance que le raisonnement le plus susceptible de constituer une bonne justification est celui qui procède du concept de démocratie délibérative. À son avis, « il semble raisonnable de croire qu'une délibération publique de qualité pourrait produire un accord rationnel au moins à l'égard d'un bon nombre de conflits sociaux et politiques. »¹⁰⁹ Tremblay suggère la mise en œuvre d'une telle approche sur la scène politique et ajoute qu'advenant l'absence de consensus rationnel, il est raisonnable de croire que la délibération puisse se poursuivre devant le forum judiciaire :

« Il s'ensuit que la démocratie délibérative comporterait divers forums de discussion publique en plus des institutions traditionnellement associées à la production de la législation. Le forum judiciaire, par exemple, pourrait, à certaines conditions, faire contrepoids aux décisions politiques dont la justification n'apparaîtrait pas mutuellement acceptable. Le cas échéant, ces institutions confèreraient une forme de droit de veto aux dissidents ou aux minorités en contribuant à la « contextualisation » de la législation et à l'établissement de ce que plusieurs théoriciens politiques nomment la « politique de la différence. »¹¹⁰

Cette théorie de la justification du professeur Tremblay s'avère donc un ancrage important de notre cadre théorique puisqu'elle fournit des outils essentiels pour comprendre la façon dont les juges s'y prennent pour que leurs décisions en matière de droits fondamentaux atteignent le niveau de la bonne justification.¹¹¹ L'autre important attribut de la théorie de

¹⁰⁸ *Id.*, p. 87.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 93.

¹¹⁰ *Id.*, p. 94.

¹¹¹ Au passage, on peut tracer un parallèle entre sa théorie et celle des « bonnes raisons » et des « raisons fortes » développée par le sociologue Raymond Boudon, qui aborde également la distinction entre les justifications déontologique et conséquentialiste, ainsi que l'importance du recours au sens commun et au raisonnable, cf.

Tremblay est l'intégration du concept de délibération démocratique au processus d'adjudication, de façon à rehausser la légitimité de la justification.¹¹²

3. La rhétorique constitutive de James Boyd White

Le cadre théorique que nous avons construit jusqu'à présent montre la place importante qu'occupent la rhétorique et la notion d'auditoire dans la compréhension du processus d'adjudication. En effet, nous avons vu que Chaïm Perelman décortique et démystifie une foule de techniques discursives utilisées par les juges, en signalant que le potentiel de persuasion dépend en grande partie de la bonne connaissance des thèses et des attentes de ceux auxquels ils s'adressent. Dans la même foulée, nous avons également exposé comment Luc B. Tremblay retient également l'idée de persuasion des auditoires, en insistant sur le caractère acceptable et suffisant des motifs invoqués et en expliquant que la rhétorique des juges, qu'elle soit déontologique ou conséquentialiste, peut difficilement atteindre le niveau de « bonne justification » si elle ne s'alimente pas du principe de délibération démocratique. En somme, la conjugaison des thèses des deux premiers auteurs que nous avons choisis nous offre un cadre théorique tissant des liens serrés entre la rhétorique et la production du droit par les juges.

Raymond BOUDON, *Raison, Bonnes raisons*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 51-52; Raymond BOUDON, *Renouveler la démocratie, Éloge du sens commun*, Paris, Odile-Jacob, 2006, p. 328; Raymond BOUDON, *Sens des Valeurs*, Paris, Quadrige/PUF, 1994, p. 130. BOUDON, *Essais sur la théorie*, p. 99-100; Raymond BOUDON, *La sociologie comme science*, Paris, La Découverte, 2010; BOUDON, *Le juste et le vrai*, p. 560-561; Raymond BOUDON et Renaud FILLIEULE, *Les méthodes en sociologie*, Paris, Que sais-je? 12^{ième} éd. 2002, p.75. Il ne sera toutefois pas nécessaire de puiser à l'enseignement de Boudon pour nos fins.

¹¹² À ce niveau, un lien pourra être fait avec l'idée récente de « cour constitutionnelle délibérative » émise par le professeur Conrado H. Mendes, qui soutient que les tribunaux d'aujourd'hui préconisent une approche similaire au modèle de démocratie délibérative pour disposer des litiges en matière de droits fondamentaux, notamment en favorisant la participation d'acteurs sociaux dans les dossiers et en leur permettant de faire valoir leurs points de vue : Conrado H. MENDES, *Constitutional Courts and Democratic Deliberations*, Oxford, Oxford University Press, 2013, plus particulièrement aux p. 103-108. Nous reviendrons brièvement sur cette théorie dans notre conclusion générale.

C'est à cette même intersection entre le discours judiciaire et la production du droit que se situe la notion de « rhétorique constitutive ». En effet, ce concept, développé par le professeur américain James Boyd White à partir du milieu des années quatre-vingt, intègre également l'idée que les juges se servent de techniques discursives pour convaincre leur auditoire (comme le fait Perelman) et prend en considération qu'un des ingrédients essentiels pour rehausser le potentiel persuasif du discours est de tenir compte des points de vue des autres acteurs qui participent dans les débats (comme le fait Tremblay). Mais le concept développé par White apporte une dimension additionnelle aux théories de Perelman et Tremblay, puisqu'il réunit la rhétorique des juges (Perelman) et celle des autres acteurs (Tremblay) pour élaborer un concept qui transcende l'idée de persuasion des auditoires et qui va au cœur du processus de création des normes. En d'autres mots, dans l'esprit de White, la rhétorique n'est pas seulement un outil servant à convaincre : elle véhicule et crée le droit lui-même, en agissant en tant que productrice de culture et de communauté. Avec une telle lentille, la production du droit est donc vue comme une large entreprise rhétorique, qui, à travers l'action des juges et d'autres acteurs, contribue à la création de notre identité collective. Cette dimension additionnelle – qui est centrale à notre étude puisqu'elle rappelle l'idée du professeur Gaudreault-DesBiens voulant que « le droit est un phénomène social »¹¹³ – apparaîtra de façon plus claire en faisant quelques précisions sur l'origine du concept de rhétorique constitutive et sur la façon dont le professeur White l'a ensuite développé.

La première chose à dire à propos de cette dimension additionnelle qu'apporte le concept de rhétorique constitutive est de voir les liens tracés entre cette notion et les travaux ayant tenté de mieux comprendre le fonctionnement du discours politique, lesquels précèdent ceux de James Boyd White. En effet, comme l'explique le professeur Maurice Charland dans

¹¹³ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Splendeurs et misères de la gouvernance par le droit dans les sociétés hypermodernes », préc. note 1, p. 571.

un article écrit en 1987¹¹⁴, l'une des assises fondatrices de ce concept se trouve d'abord dans la notion d'«interpellation» développée par Louis Althusser, laquelle établit que pour être convaincant, le discours politique doit absolument offrir des images d'identité collective permettant au peuple de se reconnaître.¹¹⁵ Le professeur Charland soutient également que la rhétorique constitutive puise à la notion d'«identification» proposée par Kenneth Burke, lequel a développé une théorie de la rhétorique qui fait dépendre le potentiel persuasif d'un discours à sa capacité d'intégrer le «sujet» au texte.¹¹⁶ Sans entrer dans les détails, rappelons que cette notion implique notamment que l'auteur se présente lui-même comme un membre de l'auditoire et qu'il utilise les notions classiques d'*éthos*, de *logos* et de *pathos* pour que l'auditoire s'identifie à lui.¹¹⁷

En appréhendant la rhétorique constitutive à travers ses racines liées à l'interpellation et à l'identification, on cerne un peu mieux ses objectifs, ses mécanismes et ses effets potentiels. On voit d'abord qu'à l'aide de techniques discursives, elle cherche à peindre un tableau de l'identité collective de l'auditoire, afin qu'il se reconnaisse et qu'il accepte l'idée proposée dans le discours. On comprend aussi que l'orateur ou l'auteur se présentera lui-même comme un membre de cette collectivité qu'il décrit et qu'il fera référence à ce qui unit l'auditoire. Comme le souligne le professeur Charland dans un autre article sur le sujet, ce processus fait souvent appel aux racines historiques propres à la collectivité :

« Constitutive rhetoric constructs political subjects through effects of identification that (1) provide a collective identity for an addressed

¹¹⁴ Maurice CHARLAND, «Constitutive rhetoric: The case of the Peuple Québécois» (1987) 73 *Quarterly Journal of Speech*, 133. Tel qu'il appert du titre de cet article, le professeur Charland s'est servi du concept de rhétorique constitutive pour expliquer le discours politique des défenseurs du mouvement séparatiste au Québec.

¹¹⁵ En d'autres mots, la théorie d'Althusser, qui cherchait à définir la formation des idéologies (se servant de l'exemple marxiste), soutient que le «sujet» qui écoute le discours ne sera convaincu que s'il se sent interpellé et s'il se reconnaît dans la description qu'on fait de lui, cf. Louis ALTHUSSER, *Lenin and Philosophy and other Essays*, London, NLB, 1971.

¹¹⁶ Kenneth BURKE, *A Grammar of Motives*, Berkeley, University of California Press, 1969 [1945].

¹¹⁷ Kenneth BURKE, *A Rhetoric of Motives*, Berkeley, University of California Press, 1969 [1950].

audience; (2) construct the audience as a subject in history; and (3) demand that subjects act in accordance with their identity as enacted in history. »¹¹⁸

De façon un peu plus pointue, Charland explique aussi que, d'un point de vue analytique, la constitution de l'identité collective par la rhétorique constitutive n'est pas toujours facile à détecter à l'intérieur du discours, puisqu'elle apparaît parfois comme une étape préalable à la mécanique de persuasion, dans le sens où cette identité collective est présentée comme un fait acquis :

« ... constitutive rhetoric is logically (if not also temporally) prior to persuasive rhetoric. Before audiences may be appealed to, their identity must be constituted. Constitution precedes persuasion, but persuasion can still occur. Furthermore, because audience identity usually is presumed and posited, having been constituted on prior occasions, the process of constitution is not apparent in much public address.»¹¹⁹

Ce lien avec les concepts d'interpellation et d'identification de Burke étant fait, le deuxième élément important pour nos fins est de voir comment James Boyd White s'est servi de ces notions pour amener le concept de rhétorique à un autre niveau, en l'appliquant de façon spécifique au processus de production du droit. À cet égard, pour comprendre sa thèse, il faut, comme lui, partir de la prémisse que la rhétorique constitutive n'est pas seulement une affaire de discours politique, mais qu'elle est présente dans la vie quotidienne de chaque être humain, du fait que nous nous imaginons le monde à travers notre langage¹²⁰ et que pour faire valoir notre point de vue, nous exprimons constamment notre conception de l'univers social, tel que nous le voyons présentement et tel que nous l'envisageons dans l'avenir.¹²¹ En faisant

¹¹⁸ Maurice CHARLAND, «Constitutive rhetoric», dans Thomas O. SLOANE (dir.), *Encyclopedia of Rhetoric*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 616-619, à la p. 616.

¹¹⁹ *Id.*, p. 616-617.

¹²⁰ D'ailleurs, White relie souvent sa théorie à celle de Ludwig Wittgenstein, voir notamment James BOYD WHITE, *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, Wis., University of Wisconsin Press, 1985, à la p. 40 (ci-après désigné «J. B. WHITE, *Heracles' Bow*»).

¹²¹ James Boyd WHITE, «Imagining the Law», dans Austin SARAT, Thomas R. KEARNS (dirs.), *The Rhetoric of Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994, p. 29-55 (ci-après désigné «J.B. WHITE, *Imagining the Law*»).

cela, nous « constituons » notre communauté, nous nous « identifions » à une collectivité (actuelle ou souhaitable) et nous « interpelons » nos interlocuteurs pour les convaincre que notre vision du monde est la bonne.¹²² À partir de cette prémisse générale, White soumet essentiellement quatre idées (qui découlent l'une de l'autre), paraphrasées comme suit :

- La première est que, de façon presque inévitable, la rhétorique utilisée par tout un chacun est souvent reliée au droit puisque, quelle que soit notre vision du monde, celle-ci est presque toujours influencée par la notion que nous avons de la justice. Cette première idée relie donc la rhétorique de tout citoyen au droit lui-même.
- La deuxième idée est d'ordre sémantique et conceptuel, dans le sens où White mentionne que la rhétorique dont nous nous servons quotidiennement pour décrire le monde est dite « constitutive », du fait que le langage que nous utilisons établit, maintient et transforme notre culture et notre collectivité. Bien sûr, cette « constitution » s'opère à différents degrés, puisqu'elle dépend toujours de la personne qui parle ou écrit et de la nature de son discours. En effet, White ne soutient pas que toutes les rhétoriques constitutives sont d'égale portée, puisque leur intensité varie en fonction de la tribune occupée par l'orateur, laquelle peut être privée, publique, individuelle ou collective. Mais au-delà de la portée variable que peut avoir le discours, ce qu'il faut retenir ici est que, vu à travers un prisme de rhétorique constitutive, le droit est un système ouvert qui produit des images reliées à notre culture et notre identité collective, à travers les performances de différents acteurs qui ne sont pas nécessairement issus du monde judiciaire.¹²³ Ainsi, White insiste pour dire que cette rhétorique constitutive opère tant au niveau social qu'institutionnel.¹²⁴

¹²² Il faut noter que cette rhétorique que nous exprimons n'est jamais statique, puisqu'elle varie en fonction de nos perceptions, de celles des autres, de l'évolution de notre pensée et de la réalité changeante dans laquelle nous vivons.

¹²³ Il parle de système ouvert dans le sens où la rhétorique relative au droit interagit avec tous les autres types de discours, cf. J.B. WHITE, *Imagining the Law*, préc. note 121, p. 38.

¹²⁴ *Id.*

- La troisième idée soumise par White est qu'à partir du moment où on considère le droit à travers ce concept de rhétorique constitutive, on réalise que le système normatif n'apparaît plus seulement comme un amalgame de règles établies par les tribunaux ou d'autres institutions, mais comme une importante entreprise rhétorique conduite par toutes sortes d'acteurs judiciaires et non judiciaires.¹²⁵ L'élément à retenir de cette proposition est que le droit ne se construit pas seulement à l'intérieur des parlements et des tribunaux, mais aussi à l'extérieur :

« My general idea is that while there are of course many useful and familiar ways to talk about law – say as a system of rules or a structure of institutions – it is most usefully and completely seen as a branch of rhetoric. But “rhetoric” also needs definition, and I think it should be seen not as a failed science nor as an ignoble art of persuasion (as it often is) but as the central art by which culture and community are established, maintained, and transformed. This kind of rhetoric – I call it “constitutive rhetoric” – has justice as its ultimate subject, and of it I think law can be seen as a species.»¹²⁶

- Les sujets principaux de cette thèse étant le débat devant les tribunaux et la décision judiciaire qui en découle, la quatrième idée soumise par le professeur White s'avère la plus importante pour nos fins. Sur ce plan, sa proposition est conforme au reste de sa thèse, puisqu'il soutient que, même dans les salles d'audience des tribunaux, les juges n'ont pas le monopole exclusif de la confection des normes, du fait qu'elles se construisent à travers les échanges tenus entre tous ceux qui gravitent de près et de loin autour du droit.¹²⁷ Appliquant sa conception générale du « droit en tant que

¹²⁵ White perçoit aussi la confection du droit comme un processus littéraire et une activité liée au discours et à l'imagination : « How else might one imagine the law? My suggestion is that it can be imagined as a rhetorical and literary process, as an activity of speech and the imagination that takes place in a social world that can be imagined that way too – including our own performances with language and each other, including indeed this very paper», *id.* p. 35.

¹²⁶ J.B. WHITE, *Heracles' Bow*, préc. note 120, à la p. 28.

¹²⁷ *Id.*, p. 40.

rhétorique »¹²⁸, sa prétention est donc que, fondamentalement, les juges n’agissent pas en vase clos et que la décision judiciaire (qui interprète, traduit et produit le droit) est essentiellement un « processus de composition » qui est « multivocal ».¹²⁹ En d’autres termes, en décidant du litige, le juge exprime une vision du monde (par sa rhétorique constitutive) qui tient compte, du moins en partie, des visions qui lui sont présentées par les participants aux débats judiciaires, lesquelles s’alimentent à leur tour des opinions véhiculées dans l’ensemble de la société :

« In every opinion a court not only resolves a particular dispute one way or another, it validates or authorize one form of life – one kind of reasoning, one kind of response to argument, one way of looking at the world and at its own authority – or another. Whether or not the process is conscious, the judge seeks to persuade her reader not only to the rightness of the result reached and the propriety of the analysis used, but to her understanding of what the judge – and the law, the lawyer, and the citizen – are and should be, in short, to her conception of the kind of conversation that does and should constitute us. In rhetorical terms, the court gives itself an ethos, or character, and does the same both for the parties to a case and for the larger audience it addresses – the lawyers, the public, and the other agencies in government. It creates by performance its own character and role and establishes a community with others. I think this is in fact the most important part of the meaning of what a court does: what it actually becomes, independently and in relation to others.»¹³⁰

À partir de ces quatre idées, on comprend mieux comment la thèse du professeur White améliore notre cadre théorique. En effet, elle vient d’abord compléter la théorie de l’argumentation enseignée par Perelman, puisque la rhétorique n’apparaît plus seulement comme un outil dont les juges se servent pour convaincre leur auditoire : elle est également

¹²⁸ White propose une distinction entre «law as a machine » et « law as rhetoric » ou «law as a system of discourse», J. B. WHITE, *Imagining the Law*, préc. note 121, p. 29 et 35.

¹²⁹ White écrit que « ... law is at heart a compositional process » et que « ...the judicial opinion becomes a form or wonderful possibilities for meaning (...). «It is structurally multivocal, a system of translation that is open, in principle at least in all directions», cf. J.B. WHITE, *Heracles’ Bow*, préc. note 120, p. 238 et 241.

¹³⁰ James Boyd WHITE, *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 101-102 (ci-après désigné «J.B. WHITE, *Justice as Translation*»).

perçue comme un moyen de production du droit, du fait qu'elle « constitue » notre culture et notre collectivité. En outre, on réalise que la thèse de White enrichit celle du professeur Tremblay, puisque la participation concrète des acteurs sociaux dans les débats judiciaires ne sert pas uniquement à confectionner une « bonne justification » : elle est aussi productrice du droit, du fait que, dans une certaine mesure, ces acteurs sociaux collaborent aussi à « constituer » notre culture et notre collectivité.¹³¹

Cette dimension additionnelle de la rhétorique constitutive s'avère éclairante, mais, pour être encore plus utile, il faut lui donner une couleur concrète. Ainsi, d'un point de vue pratique, il s'agit maintenant d'aller au-delà des concepts théoriques et de voir comment la rhétorique constitutive se matérialise dans la réalité judiciaire. Autrement dit, il faut trouver des façons de la détecter. Sur ce plan, et de façon volontaire, le professeur White n'impose pas de méthode d'analyse stricte et insiste pour dire que ceux qui lisent un texte ou une décision judiciaire doivent eux-mêmes bâtir leur propre grille de lecture et se faire leur propre idée de ce qu'ils y cherchent. Par ailleurs, White suggère quand même certaines questions fondamentales à se poser, qu'il qualifie de guide d'instructions (« guidebook »).¹³² Pour nos fins, ces questions ont été adaptées et regroupées en trois catégories, lesquelles nous serviront dans l'analyse des cas que nous entreprendrons. À noter que dans notre projet, ces questions nous permettront d'interpeler les mémoires tout autant que les décisions judiciaires:

- La première catégorie de questions concerne non pas le contenu du discours ou du texte, mais ceux qui le transmettent, ceux qui le reçoivent et ceux qui gravitent autour.

¹³¹ «What I have been describing is not merely an art of estimating probabilities or an art of persuasion, but an art of constituting culture and community. It is so understood that I think we can see the law as a branch.», cf. J.B. WHITE, *Heracles' Bow*, préc. note 120, p. 37.

¹³² James Boyd WHITE, *When Words Lose their Meaning – Constitutions and Reconstitutions of Language, Character and Community*, Chicago and London, The University of Chicago Press, p. 5-12 (ci-après désigné «J.B. WHITE, *When Words lose their meanings*»). White décortique également quelques décisions judiciaires à l'aide de ces questions, notamment dans James Boyd WHITE, *Imagining the Law*, préc. note 121, p. 47-54. Pour un exemple d'application par un autre auteur des questions suggérées par le professeur White, voir John CASEY GOOCH, «Reading, Writing, and Imagining the Law: Using James Boyd White's Theories as an Approach to Analyzing Legal Rhetoric», préc. note 62.

À cette étape, il s'agit d'examiner comment s'affichent celui ou ceux qui écrivent. Comment se présentent-ils? Quel rôle s'attribuent-ils? En se posant ces questions, on peut apercevoir que l'orateur choisit parfois d'utiliser la première personne du pluriel (« nous », « nos », « notre ») pour montrer qu'il fait autant partie de l'auditoire que celui qui prend connaissance du discours.¹³³ Ce questionnement cherche aussi à identifier les auditoires auxquels ils s'adressent. De qui parlent-ils? Qui visent-ils? Qui critiquent-ils? De qui s'inspire leur vision?¹³⁴

- La deuxième série de questions s'attache aux techniques discursives utilisées par l'auteur. Sans que White en fasse mention, ce niveau d'observation ressemble beaucoup aux « prémisses de l'argumentation » de Perelman, lesquelles, comme nous l'avons vu plus haut, consistent à insérer des « objets d'accord » dans le discours, à partir d'un inventaire de faits, vérités, présomptions et valeurs qui apparaissent comme étant partagés, évidents ou admis par l'auditoire.¹³⁵
- La troisième catégorie de questions nous fait quant à elle entrer dans le vif du sujet qui nous préoccupe, puisqu'elle s'attache au contenu du message lui-même. Il s'agit alors de chercher ce que les auteurs ont tenté de montrer au moyen de leur rhétorique constitutive, ce qui implique une panoplie de questions : quelle vision du monde nous présentent-ils? Quel type d'univers social tentent-ils de « constituer »? Quelle toile de fond essaient-ils d'élaborer? Comment articulent-ils leurs conceptions? Quels sont les principes ou valeurs invoqués ou véhiculés? Quels principes et valeurs priorisent-ils? Quel genre de collectivité ou de communauté nous présente-t-on? Est-ce une description actuelle ou une description qui tend vers un idéal? Cette vision du monde

¹³³ À ce sujet, voir Ruth AMOSSY, *L'argumentation dans le discours*, préc. note 62, p. 43-47.

¹³⁴ J.B. WHITE, *When Words Lose their Meaning*, préc. note 124, p. 10-11.

¹³⁵ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 87-153. Voir notre discussion sur les « prémisses de l'argumentation » à la section C.1 de cette introduction. D'un point de vue pratique, cette intégration des « objets d'accord » au discours prend plusieurs formes comme l'argument par l'exemple, l'argument par analogie, l'argument par le modèle et bien d'autres.

invite-t-elle à la suivre? Constitue-t-elle une interpellation? Propose-t-elle une nouvelle façon de voir le monde?¹³⁶

Au niveau de l'analyse de la décision judiciaire, cette troisième catégorie représente donc un des défis importants de notre projet, puisqu'elle permet d'explorer si le type d'univers social décrit par les juges est influencé ou non par les visions transmises par les acteurs sociaux.

En résumé, le concept de rhétorique constitutive de James Boyd White s'avère donc extrêmement utile pour notre projet, puisqu'en plus de compléter les théories de Perelman et Tremblay et de nous aider à conceptualiser le processus de production du droit, il nous offre également des outils concrets pour analyser les mémoires des intervenants et les jugements de la Cour suprême, en fonction d'une « entreprise rhétorique » participative et dynamique qui inclurait la participation des acteurs sociaux.

Pour récapituler la présente section, on peut dire qu'en définitive, notre cadre théorique basé sur les travaux de Chaïm Perelman, Luc B. Tremblay et James Boyd White repose sur deux grands piliers, à savoir l'argumentation rhétorique et le concept d'auditoire. Chacun à leur façon, ces trois auteurs nous fournissent un apport théorique distinct et complémentaire, qu'on peut résumer comme suit :

¹³⁶ James Boyd WHITE, «Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life», (1985) 52 *U. of Chic. L. Rev.* 684, 701-702; James Boyd WHITE, «Judicial Criticism», (1986) 20 *Georgia L. Rev.*, 835, 847.

Tableau 1 - Résumé du cadre théorique

Auteur	Argumentation rhétorique	Auditoire
C. Perelman	<ul style="list-style-type: none"> • « Prémises de l'argumentation » et « objets d'accord » • Panoplie de techniques discursives 	<ul style="list-style-type: none"> • Identification préalable des auditoires par le discoureur, connaissance de ses thèses et de leur intensité
L.B. Tremblay	<ul style="list-style-type: none"> • Critères d'une « bonne justification » • Insuffisance des justifications conséquentialiste et déontologique 	<ul style="list-style-type: none"> • Participation réelle des auditoires à la délibération
J.B. White	<ul style="list-style-type: none"> • Présentation d'une « vision du monde », d'un « univers social » 	<ul style="list-style-type: none"> • Identification et interpellation des auditoires à l'intérieur du discours • L'auteur se présente lui-même comme membre de l'auditoire • L'auteur intègre l'auditoire comme sujet de son discours

D. Méthodologie de recherche

Au point de vue méthodologique, nous avons réalisé nos recherches en deux grandes étapes. Tout d'abord, nous avons tenté de confirmer ou d'infirmer notre hypothèse #1 relative à la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires, vue sous l'angle de l'accès à la justice.¹³⁷ Cette portion de notre projet constitue la première partie de notre thèse. Dans un deuxième temps, nous nous sommes concentrés sur notre hypothèse #2, en examinant l'impact de la présence des acteurs de la société civile dans l'arène judiciaire, vue sous l'angle de la production des normes. Le compte-rendu de cette seconde analyse constituera la deuxième partie de notre thèse.

Pour arriver à nos résultats, nous avons mobilisé des approches méthodologiques qualitatives et quantitatives, dépendant des objectifs spécifiques que nous poursuivions.

¹³⁷ Rappelons que notre étude se limite aux dossiers de la Cour suprême traitant des droits fondamentaux.

Décrivons les approches que nous avons utilisées, en fonction des différentes parties et sections de notre thèse.

Partie I, section A

Pour appréhender le phénomène de la participation citoyenne dans les débats judiciaires vu sous l'angle de l'accès à la justice, nous nous sommes d'abord tournés vers le passé afin d'examiner si la jurisprudence antérieure et d'autres sources documentaires étaient susceptibles de révéler certaines tendances générales quant à l'attitude des juges de la Cour suprême à l'égard de l'implication des acteurs sociaux dans les dossiers de nature constitutionnelle. Plus spécifiquement, l'objectif de notre démarche était alors de voir comment cette jurisprudence a évolué au fil des années, dans l'espoir d'identifier des cycles jurisprudentiels favorables ou défavorables à l'accès aux tribunaux par les acteurs civils et de cerner les raisons invoquées par les juges pour élargir ou restreindre la participation des tiers dans le processus judiciaire. De façon ultime, le but que nous poursuivions était donc de procéder à une reconstruction d'un historique jurisprudentiel qui nous permettrait éventuellement de mieux comprendre la situation présente.

Pour cette étape, notre approche méthodologique fut essentiellement qualitative, alors que nous avons procédé à l'analyse des plusieurs décisions importantes de la Cour suprême concernant l'implication des acteurs sociaux dans les dossiers judiciaires. De façon plus particulière, nous nous sommes surtout penchés sur les décisions ayant traité de la qualité pour agir dans l'intérêt public, puisque c'est dans ce genre d'affaires que les juges discutent des paramètres devant guider le droit des acteurs sociaux de représenter leurs pairs devant les tribunaux, même s'ils ne détiennent pas un intérêt direct dans le litige.

En plus de ces arrêts-clés, nous avons également puisé à d'autres sources documentaires, telles que des commentaires émis publiquement par des juges de la Cour et des ouvrages et commentaires d'auteurs ayant traité de l'implication des groupes d'intérêt devant les tribunaux. Cette partie de notre recherche, tant jurisprudentielle que documentaire, a couvert la période comprise entre 1924 et 2009.

Partie I, section B

Après avoir complété cette étude des pratiques antérieures d'un point de vue qualitatif, nous avons concentré nos efforts sur la situation présente, afin de vérifier si la présence des acteurs sociaux dans les dossiers récents de la Cour suprême était en croissance (tel que le suggérait notre hypothèse #1), en stagnation ou en déclin. À cette étape, notre approche méthodologique fut exclusivement quantitative, alors que nous avons extrait les données relatives à la participation des acteurs sociaux dans les dossiers traités par la Cour suprême au cours des dernières sept années et demie, soit ceux décidés entre le 1^{er} janvier 2008 et le 30 juin 2015. Ces données (nombre d'intervenants, nombre de dossiers, identité des intervenants, etc.) ont été compilées dans un tableau général joint en annexe de cette thèse et ont servi à élaborer différents tableaux spécifiques qui seront commentés dans cette section B de notre première partie.

Dans le cadre de cette analyse, nous bénéficions déjà de deux études publiées en 2010, qui attestaient que la participation des intervenants dans les dossiers de la Cour suprême traitant de la *Charte* était significativement en baisse à la fin de la première décennie de l'année 2000, par rapport aux années précédentes.¹³⁸ Ces études ayant porté sur des décisions antérieures à 2008, cela explique le choix que nous avons fait du 1^{er} janvier 2008 comme date de départ de notre propre investigation statistique. Notre objectif, entre autres choses, consistait à vérifier si la baisse constatée dans ces études s'était poursuivie par la suite.

¹³⁸ Benjamin ALARIE et Andrew J. GREEN, «Interventions at the Supreme Court of Canada: Accuracy, Affiliation and Acceptance», (2010) 48 *Osgoode Hall L.J.* 381; Sanda RODGERS, «Getting Heard: Leave to Appeal, Interveners and Procedural Barriers to Social Justice in the Supreme Court of Canada», dans Sanda RODGERS et Sheila MCINTYRE (dirs.), *The Supreme Court of Canada and Social Justice*, Markam, Ont., LexisNexis, 2010, p. 1-40.

Partie I, Section C

Notre étude statistique nous ayant permis de constater une progression significative et constante de la participation des acteurs sociaux devant la Cour suprême depuis 2010, nous nous sommes interrogés sur les raisons invoquées par les juges pour justifier ce changement d'attitude. Dans ce cadre, nous avons adopté une approche méthodologique purement qualitative en procédant à une analyse du discours tenu par la Cour suprême dans l'arrêt *Downtown Eastside* prononcé en 2012, lequel fixe des nouveaux paramètres quant à la participation des acteurs sociaux dans les dossiers touchant les droits fondamentaux. Le but ultime de cet exercice était de mieux comprendre le phénomène auquel nous assistons aujourd'hui et de faire des rapprochements ou des distinctions entre le raisonnement actuel de la Cour suprême et ceux des décennies antérieures, lesquels avaient été étudiés à la toute première étape.

Partie II

La deuxième partie de notre thèse s'articule autour de notre hypothèse #2, en abordant l'impact de la présence des acteurs de la société civile dans l'arène judiciaire, vu sous l'angle de la production des normes. Pour arriver à nos fins, nous avons également mobilisé une approche méthodologique qualitative. Au moyen du prisme fourni par notre cadre théorique élaboré à partir des travaux des trois auteurs que nous avons sélectionnés, nous avons procédé à l'analyse des liens existant entre les argumentaires déployés par les acteurs judiciaires et non judiciaires dans douze dossiers de la Cour suprême du Canada. Pour faciliter la compréhension de cette analyse, nous avons réparti ces décisions en six thèmes, qui seront résumés au Tableau 12 se trouvant dans l'introduction de la deuxième partie. Les raisons ayant présidé à notre choix des études de cas apparaissent également au début de cette seconde partie.

Vu le nombre limité de décisions que nous pouvions analyser de manière exhaustive dans le cadre d'une thèse, nous étions conscients qu'il n'était pas possible de mettre à jour des pratiques généralisables ouvrant la porte à l'élaboration d'une quelconque « loi présidant à l'influence des tiers dans les décisions judiciaires ». ¹³⁹ Cela dit, nous étions quand même convaincu de pouvoir documenter notre hypothèse #2 sous différents aspects et de pouvoir tirer de notre analyse jurisprudentielle des enseignements utiles au sujet du rôle des tiers et de la contribution indéniable de ceux-ci à la fabrique du droit.

Sans plus tarder, amorçons donc notre première partie, en examinant la participation des acteurs sociaux dans le débat judiciaire, vue sous l'angle de l'accès à la justice.

¹³⁹ En plus de l'échantillon de cas restreint, il faut aussi dire qu'il serait utopique de croire que tous les acteurs sociaux qui s'impliquent dans le processus judiciaire ont une influence sur le sort réservé aux litiges, puisqu'il est évident que certains intervenants n'ont pas (ou très peu) d'influence, alors que d'autres réussissent à imposer leurs points de vue, à différents degrés.

PARTIE I - LA PARTICIPATION DES ACTEURS SOCIAUX DANS LE DÉBAT JUDICIAIRE, VUE SOUS L'ANGLE DE L'ACCÈS À LA JUSTICE

«There is a real concern that many Canadian citizens are feeling an inability to access our justice system. That is something we have to get at, and get at quickly. »

L'honorable Michael J. Moldaver (octobre 2011)¹⁴⁰

« I sense a tremendous level of commitment to making meaningful change to improve access to justice throughout the country We have a window of opportunity that comes along quite rarely. Let's not blow it. »

L'honorable Thomas A. Cromwell (mai 2013)¹⁴¹

«People should be able to access the courts, the courts shouldn't be the preserve of large corporations or wealthy individuals »

L'honorable Beverley A. McLachlin (octobre 2013)¹⁴²

Introduction de la Partie I

La question de l'accès à la justice constitue une préoccupation majeure du système judiciaire canadien depuis déjà un certain temps, mais on remarque qu'au cours des dernières années, l'ampleur de la problématique a atteint un seuil critique qui a obligé les intervenants concernés à se mobiliser et à chercher de nouvelles solutions. Grâce à ces efforts, des progrès importants ont été réalisés, bien qu'il reste encore beaucoup à faire.¹⁴³

¹⁴⁰ Comité Spécial des Nominations des juges de la Cour suprême du Canada, 19 octobre 2011, http://www.justice.gc.ca/eng/news-nouv/ja-nj/2011/doc_32665.html, 1905 (consulté le 28 octobre 2013).

¹⁴¹ Jeremy HAINSWORTH, "Window of opportunity" closing to fix country's access to justice Cromwell urges stakeholders at every level to get involved in an urgent need for change, *The Lawyers Weekly*, 28 mai 2013.

¹⁴² CBC NEWS, *Mansbridge One on One, Beverley McLachlin: Chief Justice of the Supreme Court of Canada*, 26 octobre 2013, <http://www.cbc.ca/player/News/TV+Shows/Mansbridge+One+on+One/ID/2414536928/> (consulté le 30 novembre 2013).

¹⁴³ Pour une perspective québécoise récente des améliorations et recommandations pour le futur, voir P.-C. LAFOND, *L'accès à la justice civile au Québec*, préc. note 37.

La présente partie aborde un segment précis des solutions pour améliorer l'accès à la justice, en examinant les contours de la participation des acteurs de la société civile dans le débat judiciaire. De façon plus particulière, nous analysons comment cette participation se manifeste concrètement devant les tribunaux et quel impact cette situation peut avoir sur l'accès à la justice par le citoyen ordinaire. Tel que nous l'avons effleuré en introduction, il importe de réitérer que l'expression « acteurs de la société civile » est employée dans son acception large pour signifier indifféremment toute la panoplie des groupes sociaux, tels que les organisations non gouvernementales (« ONG »), les groupes communautaires, les associations philanthropiques et universitaires, les regroupements confessionnels, les syndicats ou les entités représentant les différentes communautés culturelles, incluant les populations autochtones.¹⁴⁴ Il faut aussi rappeler que, pour des raisons évidentes, notre étude ne saurait couvrir l'ensemble des tribunaux et des champs disciplinaires et qu'elle est limitée à l'étude des dossiers de la Cour suprême en matière de droits fondamentaux.

Parmi les manières d'aborder la question de l'accès à la justice par les citoyens, une des approches privilégiées consiste à examiner les dossiers impliquant des demandes d'intervention judiciaire présentées par les groupes sociaux. Ce type de procédure, qui se présente sous la forme d'une requête interlocutoire, est utilisé par un individu ou regroupement d'individus qui veulent se joindre à une instance déjà amorcée par quelqu'un d'autre, dans le but d'influencer la décision qui sera rendue par le tribunal, soit en soutenant la demande principale, en s'y objectant ou en voulant y apporter des nuances.¹⁴⁵ Le principe sous-jacent à ce genre de demande est que, dans certaines circonstances, la résolution d'une question en litige risque d'avoir un impact qui transcende l'intérêt particulier des parties au dossier et qu'il est nécessaire pour le tribunal d'entendre le point de vue d'autres citoyens susceptibles d'être affectés par la décision.

¹⁴⁴ Voir notre définition de la société civile mentionnée à la note 21. Pour référer aux « acteurs de la société civile », nous emploierons surtout l'expression « acteurs sociaux », mais également d'autres synonymes comme « groupes sociaux », « représentants sociaux », « organisations sociales » ou « groupes représentatifs ».

¹⁴⁵ En Cour suprême, l'intervention est régie par les articles 55 à 59 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS 2002-156.

De façon générale, l'analyse des dossiers impliquant des interventions par les acteurs sociaux permet de constater deux types de phénomènes. Elle sert d'abord à mesurer le degré d'intérêt des acteurs sociaux pour les affaires judiciaires, puisqu'en principe, l'accroissement des demandes d'intervention par les acteurs sociaux dans les dossiers signifie nécessairement que leur volonté de s'impliquer dans le débat est plus grande. Deuxièmement, l'analyse des demandes d'intervention permet également d'évaluer la réaction des tribunaux quant à cette implication citoyenne. En effet, puisqu'aucun tiers ne peut s'introduire dans les dossiers existants sans l'autorisation d'un juge, les décisions quant aux demandes d'intervention s'avèrent un indicateur fort pertinent de l'accès à la justice, puisqu'elles témoignent de la volonté ou du refus des tribunaux d'entendre ce que les représentants de la société civile ont à dire dans le cadre du processus judiciaire. En résumé, l'analyse des statistiques en matière d'intervention (qui inclut nécessairement une comparaison avec les pratiques du passé) donne à la fois le pouls de la volonté des acteurs sociaux de s'impliquer dans les débats judiciaires et de l'ouverture des tribunaux à les accueillir ou à restreindre leur participation.

Par ailleurs, bien qu'une telle analyse statistique donne des indications sur la stabilité, croissance ou déclin de la participation des acteurs sociaux dans l'arène judiciaire, elle ne fournit toutefois pas de motifs explicatifs. Cette situation s'explique aussi par le fait que les décisions accordant ou refusant une demande d'intervention ne sont jamais motivées par les juges de la Cour suprême. Pour connaître ces motifs invoqués par les juges, il faut donc délaissier l'analyse quantitative des interventions judiciaires et se tourner vers une analyse qualitative des demandes d'agir dans l'intérêt public, puisque c'est dans ce type de décisions qu'on retrouve les discussions sur la pertinence de la présence des acteurs sociaux dans le forum judiciaire. Ce dernier type d'analyse permet aussi de voir s'il existe une symétrie entre l'ouverture des tribunaux quant à la participation des acteurs sociaux à titre d'intervenants et celle à titre de demandeurs représentant l'intérêt public.

En conjuguant ces méthodes quantitative et qualitative, la présente partie procède en trois temps. Tout d'abord, une première section expose les pratiques antérieures de la Cour suprême quant à la participation citoyenne devant les tribunaux, tant sur le plan des interventions judiciaires que celui des demandes d'agir dans l'intérêt public (Section A). À

l'aide de quelques décisions-clés rendues par la Cour à partir au fil des décennies, cette section marque un point de départ important de notre analyse puisqu'en plus de dresser un portrait historique de l'attitude des juges à l'égard de l'implication des citoyens dans les débats judiciaires, elle révèle l'existence de cycles jurisprudentiels qui leur sont parfois favorables, parfois défavorables, selon les époques.

Après cette mise en contexte historique, notre deuxième section examine les statistiques actuelles concernant la participation des acteurs de la société civile dans les dossiers de la Cour suprême en matière de droits fondamentaux, en prenant 2008 et 2009 comme années de référence (Section B). L'objectif de cette deuxième section est d'analyser si la participation des acteurs sociaux dans l'arène judiciaire depuis 2008 est stagnante, à la baisse ou la hausse par rapport aux périodes antérieures et de fournir le plus d'informations quantitatives possibles pour décrire le phénomène actuel.

Suite à cette compilation statistique, la troisième section prend un virage qualitatif, en décortiquant les motifs invoqués par les juges pour justifier la participation actuelle des acteurs sociaux devant les tribunaux ou pour la limiter (Section C). De façon particulière, nous procéderons à une analyse du discours tenu par la Cour suprême dans l'arrêt *Downtown Eastside* de 2012 et nous ferons des parallèles avec les courants favorables et défavorables à la participation citoyenne dans l'arène judiciaire qui auront été révélés dans la section A.

A. Les pratiques antérieures à 2010

L'analyse historique de la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires révèle des différences marquées dans l'attitude de la Cour suprême. Si on examine les pratiques de la Cour au cours des dernières décennies, on peut distinguer cinq grands mouvements jurisprudentiels, répartis en autant de périodes, soit celle précédant 1974 (§1), la période 1974-1981 (§2), les premières années de la *Charte*, de 1982 à 1985 (§3), la période 1986-1991 (§4) et la période de 1992 à 2009 (§5). La présente section vise à présenter ces différentes périodes et suite à cette description, nous présenterons un schéma récapitulatif (Tableau 3), ce qui mettra la table pour notre analyse quantitative de la Section B.

1. La période précédant 1974 : absence d'intérêt de la part des acteurs sociaux

Avant 1974, on peut affirmer, sans risque de se tromper, que la présence des acteurs sociaux à titre d'intervenants ou de demandeurs agissant au nom de l'intérêt public était à peu près inexistante, et ce, tant au niveau des interventions que des demandes d'intérêt public.

Sur le plan des interventions, cette absence s'explique surtout par le fait que le processus d'adjudication des tribunaux de l'époque était calqué sur le modèle britannique, lequel disposait des litiges sur la base des arguments présentés contradictoirement par les parties directement impliquées, sans qu'il soit nécessaire d'entendre des tierces parties. En outre, il faut dire que, même s'il existe des dispositions législatives permettant de présenter des demandes d'intervention depuis 1878, les acteurs sociaux de l'époque ne manifestaient tout simplement pas le désir de s'en prévaloir, ces règles servant plutôt aux procureurs généraux voulant s'immiscer dans les dossiers existants.¹⁴⁶ Autrement dit, il semble que les interventions par les tierces parties n'apparaissent pas comme une nécessité, puisque la défense de l'intérêt public était alors la chasse gardée des représentants de l'État, complétée de façon exceptionnelle par la présence d'*amicus curiae* dans certains dossiers complexes, surtout en matière d'avis consultatifs.¹⁴⁷

De façon similaire, une revue de la jurisprudence précédant 1974 révèle une absence presque totale des acteurs sociaux à titre de demandeurs d'intérêt public, ce qui laisse aussi supposer qu'ils n'étaient pas très enclins à instituer eux-mêmes des actions au nom de leurs concitoyens. Toutefois, concernant ce genre de demandes, il est également plausible

¹⁴⁶ Une des seules interventions citées par les auteurs durant cette période fut celle de Lord's Day Alliance of Canada dans la cause *Robertson and Roselanni v. R.* [1963] R.C.S. 651. Pour un historique des règles régissant les interventions, cf. Paul R. MULDOON, *Law of Intervention: Status and Practice*, Aurora, Canada Law Book, 1989.

¹⁴⁷ Pour un ouvrage sur l'*amicus curiae* dans une perspective nord-américaine et ses rapprochements avec l'intervention judiciaire par les groupes sociaux, voir Séverine MENÉTREY, *L'amicus curia, vers un principe commun de droit procédural?* Paris, Dalloz, c2010. Sur les avis consultatifs, voir François CHEVRETTE et Grégoire Charles N. WEBBER, «L'utilisation de la procédure de l'avis consultatif devant la Cour suprême du Canada : Essai de typologie», (2003) 82 *R. du B. Can.* 757.

d'expliquer cette absence de participation, du moins en partie, par la décision *Smith v. Attorney General of Ontario* rendue par la Cour suprême en 1924, laquelle avait sérieusement refroidi les ardeurs d'un des rares justiciables ayant tenté de contester une loi devant les tribunaux à titre de simple citoyen.¹⁴⁸ Cette décision est intéressante pour nos fins, puisqu'elle décrit l'attitude des juges de l'époque quant aux demandes faites par un citoyen au nom de l'intérêt public.

Dans cette affaire, un résident de l'Ontario, qui s'opposait vigoureusement à la prohibition de l'alcool nouvellement déclarée dans cette province, avait développé un argument potentiellement intéressant pour contester l'applicabilité de cette loi. Essentiellement, son raisonnement était que, même si le législateur provincial détenait le pouvoir d'adopter une résolution pour rendre la loi fédérale empêchant la fabrication et l'importation de l'alcool applicable sur son territoire (la *Canada Temperance Act*¹⁴⁹), il fallait aussi tenir compte que son article 152 stipulait qu'une telle résolution ne pouvait être soumise au vote du parlement que si une loi prohibant la vente de boissons alcooliques était déjà en place dans la province.¹⁵⁰ Or, selon ce citoyen, la loi provinciale dont s'était servi l'Ontario pour justifier l'adoption de la résolution (*l'Ontario Temperance Act*¹⁵¹) n'était pas une loi prohibitive, car, bien que certaines de ses dispositions visaient à restreindre la consommation d'alcool, d'autres autorisaient néanmoins la fabrication de vin contenant un important pourcentage d'alcool ainsi que la fabrication et l'exportation de bières et de certains types de spiritueux.

Sachant à l'avance que le gouvernement rejeterait son point de vue et qu'il ne valait pas la peine de s'adresser à lui, Monsieur Smith commença à bâtir son dossier judiciaire en transmettant plusieurs demandes écrites à des commerçants du Québec, pour qu'ils lui livrent

¹⁴⁸ *Smith c. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331 (ci-après «l'arrêt *Smith*»)

¹⁴⁹ *Canada Temperance Act* 10 Geo. V, c. 8.

¹⁵⁰ *Smith*, préc. note 148, p. 338.

¹⁵¹ *Ontario Temperance Act* 6 Geo. V, c. 50.

des produits alcoolisés à son domicile situé à Toronto. Suite aux refus systématiques des fournisseurs, ce qui n'était pas une surprise étant donné la législation fédérale nouvellement déclarée en vigueur en Ontario, le citoyen intenta une action en jugement déclaratoire afin de faire statuer que la *Canada Temperance Act* était inapplicable et inopérante dans sa province, en invoquant l'argument mentionné ci-haut.

Ce qui nous intéresse particulièrement dans ce dossier *Smith* est qu'en première instance, le procureur général de l'Ontario formula une objection préliminaire pour soulever l'absence d'intérêt du demandeur, au motif que ce dernier n'était l'objet d'aucune accusation et qu'il revenait au procureur général, et non à un simple citoyen qui n'était pas accusé de quoi que ce soit, de recourir aux tribunaux pour s'assurer de la validité des lois. En d'autres termes, l'argument du ministère public était que, pour pouvoir contester la validité d'une loi, Monsieur Smith aurait dû poursuivre ses démarches suite aux refus des fournisseurs, de façon à se placer en situation d'illégalité vis-à-vis des dispositions applicables à la prohibition.

Le juge de la Cour supérieure de l'Ontario rejeta cette objection et se montra d'avis que, compte tenu des circonstances, Monsieur Smith avait un intérêt suffisant pour soumettre la question à un tribunal. Il décida toutefois que l'argument du demandeur sur le fond du litige ne l'avait pas convaincu, ce qui poussa ce dernier à interjeter appel. La Cour d'appel décida exactement de la même manière, en jugeant également que le citoyen avait la qualité pour agir en justice, mais que sa demande devait être rejetée au mérite.

En Cour suprême, les cinq juges ayant entendu l'affaire se sont montrés en total désaccord avec la position des tribunaux inférieurs quant au droit d'agir de ce citoyen, et ce, dans trois opinions distinctes qui sont assez révélatrices de l'attitude de la Cour à l'endroit des demandes d'intérêt public à cette époque.¹⁵² Tout d'abord, le juge Iddigton n'a eu aucune

¹⁵² En fait, seulement quatre des juges ont participé à la décision, le juge en chef Davies étant décédé durant le délibéré, tel que mentionné à la p. 331 de la décision.

hésitation à se ranger du côté du procureur général, en affirmant que l'action en jugement déclaratoire de Monsieur Smith ne représentait pas un litige concret (« concrete case ») et qu'il était purement spéculatif (« merely speculative »), puisque Smith n'avait donné aucune suite au refus des commerçants québécois.¹⁵³ À son avis, conclure qu'il détenait la qualité pour agir ne pouvait d'aucune façon être envisagée, à moins d'accepter que tous les citoyens puissent contester n'importe quelles lois sur la base de n'importe quel point de droit :

« I, therefore, am of the opinion, with all due respect, that such should have been the view taken by the courts below and should be that of this court in regard to this appeal unless we are quite prepared to assent to such like requests on any point of law puzzling any private citizen on any question, for the Attorney General may be said to represent on behalf of the Crown the due and correct appreciation of any statute enacted by the Crown by and with the advice of any duly constituted legislature.»¹⁵⁴

À la lecture de cet extrait, on suppose qu'une des raisons principales poussant le juge à nier la qualité pour agir fut la crainte d'ouvrir les portes trop grandes à toutes sortes de poursuites. Un autre extrait du jugement, tiré cette fois de l'opinion du juge Duff, adopte également une telle approche conséquentialiste :

«Much may be said, no doubt, for the view that an individual in the position of the appellant ought, without subjecting himself to a prosecution for a criminal offence, to have some means of raising the question of the legality of official acts imposing constraint upon him in his daily conduct which, on grounds not unreasonable, he thinks are unauthorized and illegal. We think however, that to accede to appellant's contention upon this point would involve the consequence that virtually every resident of Ontario could maintain a similar action; and we can discover no firm ground on which the appellant's claim can be supported which would not be equally available to sustain the right of any citizen of a province to initiate proceedings impeaching the constitutional validity of any legislation directly affecting him, along with other citizens, in a similar way in his business or in his

¹⁵³ « The respondent had taken no steps in such matter, nor threatened to do so. Nor had any one on his behalf done so. », *Smith*, préc. note 148, p. 333.

¹⁵⁴ *Id.*, p. 333-334.

personal life. We think the recognition of such a principle would lead to grave inconvenience and analogy is against it. »¹⁵⁵

La troisième opinion concurrente afficha le même genre d'attitude à l'endroit du demandeur, alors que, tout en reconnaissant qu'il peut exister des cas d'oppression causés par une législation draconienne ou arbitraire, le juge Mignault mit également l'accent sur les inconvénients potentiels « évidents » pouvant être causés si une telle poursuite était autorisée:

« The appellant contends that an intolerable situation has been created by this legislation, the validity of which he questions, and that, if his action cannot be received, he must either submit to an unjustifiable abridgment of his legal rights, or suffers, so as to be in a position to assert them, the ignominy of criminal prosecution and possible imprisonment. There might conceivably be such a situation of oppression, by reason of drastic and arbitrary legislation, that would entitle this argument to very serious consideration, but here the position of the appellant does not differ, in point of any interest which he can assert, from that of hundreds of other citizens of the province who are opposed to the prohibition, and he is not in jeopardy by reason of any act of his or of any threat of a penalty unless he submits to an unjustifiable demand. Moreover, the inconvenience of allowing actions of this nature to be taken by one who pretends, without shewing any special interest, that certain legislation is ultra vires of inoperative is too obvious for discussion. »¹⁵⁶

Pour résumer cette période précédant 1974, on retient donc principalement que la relation entre les tribunaux et les acteurs sociaux était pour le moins ténue. En effet, l'absence d'intervention judiciaire par les acteurs sociaux durant cette période, malgré l'existence de dispositions permettant de déposer une telle demande, laisse supposer qu'à toutes fins pratiques, ceux-ci n'étaient pas vraiment intéressés à s'immiscer dans les débats judiciaires déjà amorcés et que le monopole de la représentation de l'intérêt public était alors laissé aux procureurs généraux.¹⁵⁷

¹⁵⁵ *Id.*, p. 337 (nos soulignés).

¹⁵⁶ *Id.*, p. 346-347 (également nos soulignés).

¹⁵⁷ Sauf, comme nous l'avons mentionné, dans les cas d'avis consultatifs où un certain rôle était confié à des *amicus curiae*.

Quant aux demandes d'intérêt public, l'absence quasi totale de tels recours avant 1974 nous amène également à nous questionner sur la volonté des acteurs sociaux de l'époque d'intenter eux-mêmes des recours au nom de leurs concitoyens. Cela dit, il faut toutefois nuancer cette affirmation en signalant que le refus assez catégorique de la Cour suprême de reconnaître le droit de poursuivre d'un citoyen dans l'arrêt *Smith* n'a certainement pas encouragé les acteurs sociaux à recourir aux tribunaux. En effet, la conclusion assez claire qu'on peut tirer de la lecture de cet arrêt est que, même si ce justiciable a démontré un intérêt particulier à contester la validité de la loi sur la prohibition (en tous les cas, un intérêt plus grand que celui de la moyenne des autres citoyens, notamment en documentant son dossier par des commandes d'alcool à l'extérieur de la province et des lettres de refus des fournisseurs québécois), les juges du plus haut tribunal ne lui ont laissé aucune chance, en refusant de lui octroyer la qualité pour agir. En d'autres mots, le fait que la Cour laisse sous-entendre qu'il fallait faire l'objet d'accusation pour pouvoir contester la validité d'une loi n'a certainement pas donné l'envie aux acteurs sociaux de dépenser temps, argent et énergie à intenter des recours au nom de l'intérêt public.

Quoi qu'il en soit, et tel que mentionné ci-haut, ce qui nous apparaît important de retenir quant à cette période, à part la quasi-inactivité des acteurs sociaux sur la scène judiciaire, est que lorsque le plus haut tribunal a été requis de se prononcer sur le droit d'un citoyen de recourir aux tribunaux pour contester une loi au nom de l'intérêt public, tous les juges de la Cour, dans trois opinions séparées, n'ont pas démontré une grande ouverture et ont clairement mis l'accent sur les conséquences qu'aurait une telle autorisation sur le système judiciaire en général.

2. La période 1974-1981 : ouverture à l'endroit des acteurs sociaux impulsée par le juge Laskin

C'est à partir de 1974 que l'implication des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires de la Cour suprême a pris son premier essor. Pour appréhender les raisons expliquant ce virage, il faut regarder tant du côté des acteurs sociaux que des juges, puisque,

pour utiliser une image bien connue, la présence citoyenne devant les tribunaux est une danse qui implique nécessairement deux partenaires. Ainsi, pour tenter de dessiner un portrait complet de la situation, il faut d'abord chercher à comprendre pourquoi les acteurs sociaux ont commencé à s'impliquer sur la scène judiciaire et, par la suite, il faut tenter de cerner les raisons ayant poussé la Cour suprême à accueillir favorablement cette manifestation d'intérêt et à leur ouvrir la porte des tribunaux.

Quant au premier angle d'approche, il n'est pas nécessaire d'investiguer très longtemps les raisons ayant motivé les acteurs sociaux à s'impliquer dans les dossiers judiciaires, et ce, tant au point de vue des interventions judiciaires que des demandes au nom de l'intérêt public. En effet, comme nous allons le voir dans les pages qui suivent, la source principale de motivation d'un individu ou d'un groupe pour demander d'intervenir dans un dossier déjà amorcé est celle de la portée sociale des questions soulevées par le litige. La motivation est exactement la même pour les demandes d'intérêt public, avec la différence importante que c'est l'acteur social lui-même qui provoque le litige. Parfois, les deux types de recours s'entremêlent, puisque lorsqu'une demande d'intérêt public est intentée, d'autres acteurs sociaux manifestent leur désir d'intervenir et demandent à se greffer au dossier amorcé par l'autre (soit pour appuyer la demande, la contester ou pour y apporter des nuances).

L'analyse des raisons poussant les juges à accepter ou à refuser qu'un acteur social non directement impliqué dans un litige puisse intégrer un débat judiciaire déjà amorcé (ou instituer son propre recours) s'avère un peu plus compliquée. Cette complexité provient d'abord du fait que les décisions qui disposent des demandes d'interventions ne sont jamais motivées, ce qui nous oblige à examiner les circonstances entourant les litiges, pour tenter de découvrir les motivations des juges. Il s'agit donc, pour les cas impliquant des interventions, d'une évaluation qui est sujette à interprétation. Deuxièmement, quant aux motifs justifiant les juges d'assouplir ou de restreindre les critères relatifs à la qualité pour agir dans l'intérêt public (ceux-là étant, au contraire, très élaborés par les juges), ils doivent également être interprétés, et ce, à travers une série de décisions échelonnées sur une période de temps plus ou moins longue.

C'est ce genre d'exercice que nous allons faire dans la présente section, en divisant notre exposé en deux. Nous allons d'abord parler des arrêts *Lavell*¹⁵⁸ et *Morgentaler*¹⁵⁹, rendus respectivement en 1974 et 1976, lesquels sont aujourd'hui considérés comme les points de départ de l'entrée en scène d'acteurs sociaux à titre d'intervenants dans les débats judiciaires du plus haut tribunal (par. a).¹⁶⁰ Nous allons enchaîner avec les décisions rendues par la Cour entre 1975 et 1981 dans les dossiers *Thorson*¹⁶¹, *McNeil*¹⁶² et *Borowski*¹⁶³ qui, pour leur part, sont incontestablement reconnues comme la trilogie d'arrêts ayant fixé les conditions d'ouverture applicables aux demandes d'intérêt public (par. b).

a) *Les arrêts Lavell (1974) et Morgentaler (1975)*

Comme nous l'avons mentionné plus haut, les dossiers *Lavell* et *Morgentaler* constituent les deux premières causes où la Cour suprême a exprimé sa volonté d'ouvrir les portes des tribunaux aux intervenants sociaux. De nature civile, l'affaire *Lavell* concernait la validité d'une disposition qui retirait le statut d'indien aux femmes de cette communauté qui se mariaient à un non-indien (alors qu'un homme indien épousant une non-Indienne conservait son statut) et la Cour suprême a accueilli les demandes d'interventions présentées par une quinzaine d'individus et de groupes préoccupés par le droit à l'égalité des femmes.¹⁶⁴ De nature criminelle, l'affaire *Morgentaler* traitait quant à elle de la constitutionnalité d'une

¹⁵⁸ *Procureur Général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349 (ci-après désigné «l'arrêt *Lavell*»).

¹⁵⁹ *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616 (ci-après désigné «l'arrêt *Morgentaler* »).

¹⁶⁰ Bernard M. DICKENS, «A Canadian Development: Non-Party Intervention», (1977) 40 *Modern Law Review* 666, 674.

¹⁶¹ *Thorson c. Attorney General of Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138 (ci-après désigné «l'arrêt *Thorson*»).

¹⁶² *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265 (ci-après désigné «l'arrêt *McNeil*»).

¹⁶³ *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575 (ci-après désigné «l'arrêt *Borowski*»).

¹⁶⁴ Les intervenants ayant été admis à participer sont Rose Wilhelm, Viola Shannacappo, Monica Agnes Turner, University Women's Club of Toronto, University Women Graduates Limited, The North Toronto Business and Professional Women's Club, Alberta Committee on Indian Rights for Indian Women, The Indian Association of Alberta, The Union of British Columbia Indian Chiefs, The Manitoba Indian Brotherhood Inc., The Union of New Brunswick Indians, The Indian Brotherhood of the Northwest Territories, The Union of Nova Scotia Indians, The Union of Ontario Indians, The Federation of Saskatchewan Indians, The Indian Association of Quebec, The Yukon Native Brotherhood and The National Indian Brotherhood et Six Nations Band of Indians of the County of Brant.

disposition du *Code criminel*¹⁶⁵ interdisant l'avortement et la Cour suprême a accueilli les demandes d'interventions déposées par des associations se présentant comme des groupes « pro-vie » ou « pro-choix », dépendant de leur position dans le débat.¹⁶⁶

Tel qu'exposé plus haut, une analyse de la jurisprudence ne permet pas de comprendre les raisons ayant poussé le plus haut tribunal à accepter la présence de tiers dans les dossiers *Lavell* et *Morgentaler*, puisque, premièrement, les arrêts ayant disposé de ces deux affaires au mérite n'en disent rien et que, deuxièmement, les décisions préliminaires ayant accueilli les demandes d'interventions (comme la quasi-totalité des décisions de ce genre) n'ont pas été pas motivées. Malgré cela, dans ce cas précis, une revue des commentaires de l'époque révèle plusieurs indices fiables permettant quand même d'expliquer le changement d'attitude de la Cour suprême à partir de 1974. Ces commentaires démontrent que les motifs probables de l'accueil favorable à la participation citoyenne devant les tribunaux se recourent autour de deux thèmes principaux, soit l'arrivée de Bora Laskin à la Cour suprême et l'importance des questions soulevées par *Lavell* et *Morgentaler* dans la sphère sociale. Voyons ces deux thèmes un à un.

Tout d'abord, de façon unanime, tous les auteurs ayant analysé l'époque concernée s'accordent pour dire que cette première ouverture à l'endroit des acteurs sociaux est directement reliée à l'arrivée du juge Laskin à la Cour suprême, plus particulièrement à partir de sa nomination comme juge en chef en 1974.¹⁶⁷ Ce lien apparaît d'abord de façon bien concrète puisque dans les deux instances dont nous parlons, les demandes d'interventions ont été accueillies par le juge Laskin lui-même, qui siégeait en chambre. Mais ce rapport entre la participation judiciaire des acteurs sociaux et l'arrivée du juge Laskin au plus haut tribunal

¹⁶⁵ S.R.C. 1970, c. 34.

¹⁶⁶ Les intervenants autorisés à participer sont L'Association canadienne des libertés civiles, l'Association des médecins du Québec, Front Commun pour le Respect de la vie, Alliance for Life et Foundation for Women in Crisis.

¹⁶⁷ La date officielle de sa nomination comme juge en chef est le 27 décembre 1973, de telle sorte que dans les faits, il a réellement présidé la Cour à partir de 1974.

apparaît aussi quand on prend connaissance de la perception qu’il avait de la Cour avant d’y être nommé. Par exemple, son biographe Philip Girard explique que lorsqu’il était professeur de droit constitutionnel, Laskin ne s’était pas gêné pour reprocher à la Cour suprême de l’époque d’être trop passive et de manquer de créativité.¹⁶⁸ Girard note aussi au passage qu’avant d’accéder à la magistrature, Bora Laskin était activement impliqué auprès de l’Association canadienne des libertés civiles, ayant même participé à sa fondation, ce qui en dit beaucoup sur sa perception de l’utilité des groupes civils comme outil de changement.¹⁶⁹

D’autres commentaires appuient l’idée que le juge Laskin ait été la bougie d’allumage ayant permis aux acteurs sociaux d’intégrer les dossiers de la Cour suprême. Dans une analyse traitant spécifiquement des arrêts *Lavell* et *Morgentaler*, Bernard M. Dickens (qui a côtoyé Laskin lorsqu’ils étaient tous deux professeurs à l’Université de Toronto), nous apprend également qu’à titre de nouveau juge en chef, un de ses objectifs principaux était que la Cour suprême s’affranchisse graduellement du modèle britannique et qu’elle affirme sa propre identité, notamment en adoptant certaines pratiques judiciaires qui fonctionnaient bien aux États-Unis, dont la participation des personnes ou groupes issus de la société civile.¹⁷⁰ Pour appuyer ses dires, Dickens fait remarquer que lorsqu’il a été nommé juge à la Cour d’appel de l’Ontario en 1965, Laskin s’était montré particulièrement impressionné par le jugement rendu la même année par la Cour suprême des États-Unis dans la célèbre décision *Griswold v. Connecticut*¹⁷¹, laquelle avait autorisé de nombreux tiers à présenter leurs points de vue :

¹⁶⁸ Voir notamment Bora LASKIN, «The Judicial Process in Common Law Canada», (1959) 37 *Can. Bar Rev.* 265, dans lequel il s’était montré assez incisif: “A perusal of Canadian law reports not only verifies an absence of creative approach but conveys the impression that most of the opinions reported there are those of English judges applying English law in Canada, rather than those of Canadian judges developing Canadian law to meet Canadians needs with guidance of English precedents.”, cf. p. 268.

¹⁶⁹ Philip GIRARD, *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005, p. 269-270.

¹⁷⁰ B.M. DICKENS, «A Canadian Development: Non-Party Intervention», préc. note 160.

¹⁷¹ 381 U.S. 479 (1965); essentiellement, cette cause a reconnu que la constitution américaine protégeait le droit à la vie privée, ce qui a servi de base dans les motifs des arrêts *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973) et *Doe v. Bolton* 410 U.S. 179 (1973) qui concernaient l’avortement.

«He has noted that the United States Supreme Court is "dealing in the main with constitutional issues, which take it into the very heart of American political, social and economic organization," and that "what influences the style is the greater hospitality that is shown by that Court to extrinsic materials than is the case in either the Supreme Court of Canada or the House of Lords." The Chief Justice has expressed admiration of the United States Supreme Court's willingness to recognize that "society may be brought into the court-room in the issues that are shaped for legal determination" and has affirmed "I do not shrink from describing a court in the Anglo-American-Canadian tradition as a unit of government."»¹⁷²

En plus de l'enthousiasme du juge Laskin pour l'expérience américaine, le professeur Dickens suggère qu'il a peut-être été influencé par une instance émanant de la Cour d'appel de l'Ontario ayant été entendue peu de temps avant l'affaire *Lavell*.¹⁷³ Dans cette affaire, qui concernait la légalité des titres de propriété de larges parties de territoire de cette province, la Cour d'appel avait alors pris sur elle de nommer des *amicus curiae* pour représenter ceux qui soutenaient ou contestaient la validité des transactions immobilières contestées et, de façon encore plus marquante, elle avait fait publier des avis dans les journaux afin d'offrir aux personnes concernées par ce litige de soumettre leurs représentations.¹⁷⁴ Cette offre « publique » de participer au litige avait été accueillie avec enthousiasme par plusieurs personnes, incluant des comités représentant des acheteurs de terrains, des propriétaires fonciers qui faisaient face à des reprises de possession et l'Association du Barreau Canadien, ce qui avait créé un débat judiciaire assez imposant devant la Cour du Banc de la Reine de l'Ontario.¹⁷⁵ Sans conclure avec certitude que cette expérience faite par la cour ontarienne a joué un rôle majeur dans le changement d'attitude de la Cour suprême vis-à-vis de la

¹⁷² Bernard M. DICKENS, «The Morgentaler Case: Criminal Process and Abortion Law», (1976) 14 *Osgoode Hall L.*, 229, 245, qui cite Bora LASKIN, «The Institutional Character of the Judge», (1972) 7 *Israel Law Rev.* 329. Dans la même veine, on peut également souligner qu'un document d'archives divulgué en 2003 (une lettre datée du 16 mars 1976) atteste même que le juge Laskin a écrit au juge Byron White de la Cour suprême des États-Unis afin d'obtenir plus d'informations sur la pratique américaine d'accepter presque systématiquement tous les mémoires d'*amicus* qui lui étaient présentés, cf. Robert J. SHARPE, Kent ROACH, *Brian Dickson, A Judge's Journey*, Toronto, The Osgoode Society, 2003, p. 537.

¹⁷³ Dans *Reference Re Certain Titles to Land in Ontario*, (1973) 35 D.L.R. (3d) 10.

¹⁷⁴ B. M. DICKENS, «A Canadian Development: Non-Party Intervention», préc. note 160, p. 666 et 673.

¹⁷⁵ *Id.*, p. 673.

participation citoyenne, Dickens constate néanmoins que, dans les quelques mois qui ont suivi, le nouveau juge Laskin a également accepté d'élargir le débat dans l'affaire *Lavell*, ce qui, toujours selon cet auteur, pavait la voie à l'émergence d'une image plus nord-américaine que britannique de la Cour suprême du Canada.¹⁷⁶ Le même genre de commentaire fut émis par le professeur Martin L. Friedland pour qualifier l'attitude affichée par le juge en chef Laskin lorsqu'il a permis à des intervenants sociaux d'intervenir dans le dossier *Morgentaler* :

« The new approach by the Supreme Court of Canada in allowing *amicus curia* to appear in non-reference cases no doubt reflects Chief Justice Laskin's view of the proper role of the Supreme Court. As Krislov has stated "the Court's attitude, practices, and rules regarding the granting of permission to file *amicus* briefs may indicate the extent to which it desires to engage in quasi-legislative activities and to depart from a role of narrowly resolving adversary disputes.»¹⁷⁷

Mais le changement de garde à la tête de la Cour suprême ne saurait être le seul motif expliquant la participation soudaine des acteurs sociaux à titre d'intervenants puisque, comme nous l'avons dit plus haut, cette participation des citoyens dans le débat judiciaire ne peut exister sans que les individus ou groupes décident d'abord de s'impliquer. À ce chapitre, l'une des meilleures explications qui peuvent être données pour justifier la volonté des acteurs sociaux de s'impliquer ne saurait être autre chose que l'intérêt que suscitent les questions en litige à l'intérieur de la sphère sociale.

Sur ce point, on réalise, toujours en consultant les auteurs, que cette explication voulant que la motivation des acteurs sociaux de s'impliquer dans les débats judiciaires tire sa source de l'importance sociale des questions en litige est tout à fait plausible. En effet, en ce qui concerne le dossier *Lavell*, on constate que cette affaire était alors la plus importante cause

¹⁷⁶ *Id.*, p. 666.

¹⁷⁷ Martin L. FRIEDLAND, *A Century of Criminal Justice: Perspectives on the Development of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 1984, p. 99, citant Samuel KRISLOV, «The Amicus Curia Brief: From Friendship to Advocacy», (1963) 72 *Yale L. J.* 694, 717. Cet extrait de Friedland est cité dans Jillian WELCH, «No Room at the Top: Interest Group Intervenors and Charter Litigation in the Supreme Court of Canada», (1985) 43 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 204, 214.

impliquant le droit des femmes depuis le fameux « Person's case » décidée quarante-cinq ans plus tôt¹⁷⁸, puisque, comme nous l'avons souligné plus haut, elle mettait en cause le droit à l'égalité d'une femme indienne (qui perdait son statut d'indien en se mariant à un non-indien) par rapport à un homme indien (qui ne le perdait pas même s'il mariait une non-indienne). Cette revendication pour le droit des femmes explique donc de façon assez claire la volonté des groupes féministes d'intervenir dans ce débat. En outre, en plus du droit des femmes, l'importance sociale de l'affaire *Lavell* était encore plus considérable du fait qu'elle soulevait le même genre de question que l'arrêt *Drybones* rendu par la Cour suprême en 1970¹⁷⁹, lequel avait établi que la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸⁰ était plus qu'un ensemble de normes interprétatives et qu'elle donnait le pouvoir aux tribunaux d'invalider des dispositions législatives jugées incompatibles. L'affaire *Lavell* était donc doublement intéressante pour les acteurs sociaux, car elle était susceptible d'apporter des précisions à l'arrêt *Drybones*, tel que le mentionnait le professeur Henri Brun :

« Le présent arrêt [l'arrêt *Lavell*] a été attendu avec impatience, comme le fut l'arrêt *Drybones* en 1970. (...) [T]ous sentaient, pour quelques raisons difficiles à identifier, que le droit n'était pas définitivement réglé sur la question. L'arrêt *Drybones* s'était probablement écarté un peu trop brusquement de certains dogmes. Tous savaient, en tous cas, que la percée opérée par l'arrêt *Drybones* dans le sens du contrôle judiciaire de la législation pouvait être battue en brèche par une suite d'interprétations restrictives données aux dispositions de fond de la Déclaration. (...). Tel qu'il a été finalement rendu, l'arrêt [*Lavell*] prend toutefois une importance presque aussi grande que celle de l'arrêt *Drybones*, l'arrêt du siècle. »¹⁸¹

¹⁷⁸ Dans cette affaire, la Cour suprême avait statué que la définition de « personne » à l'article 24 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique* incluait les femmes, cf. *Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North America Act* [1928] R.C.S. 276.

¹⁷⁹ *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

¹⁸⁰ *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, appendice 3.

¹⁸¹ Henri BRUN, « La décision dans *Lavell* ou les bonds de la Cour suprême », (1973) 14 *C. de D.* 541, 542. Pour donner un autre exemple d'implication citoyenne survenu quelques années seulement avant l'affaire *Lavell*, mentionnons le dépôt du *Livre blanc de 1969* (officiellement connu sous le nom « La politique indienne du gouvernement du Canada, 1969 », <http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100010189/1100100010191>), qui avait tenté d'abolir purement et simplement la *Loi sur les indiens* et des traités relatifs aux droits ancestraux, ce qui avait soulevé la colère des autochtones et suscité leur mobilisation, cf. *Livre Blanc de 1969*, <http://www.encyclopediecanadienne.ca/fr/article/livre-blanc-de-1969/>.

Quant à l'affaire *Morgentaler*, il n'est pas nécessaire d'élaborer très longtemps pour saisir que les questions soulevées suscitaient également beaucoup d'intérêt dans la société civile. À ce compte, l'extrait suivant, écrit encore une fois par le professeur Dickens, est éloquent :

«An investigation of the sequence of events that posterity will know collectively as *The Morgentaler Case* furnishes materials for a critical course of studies in the Canadian criminal process from initial charge, through denial of parole, to conduct of a re-trial, and perhaps even for a case-study in the dynamics of law-reform. Reaction to the Morgentaler episode is neither uniform nor complete, but when the social history of modern times comes to be written, the name of Dr. Henry Morgentaler may appear as the name not just of a person or of a judgment, but of a development in social attitude. It may identify the moment when a woman's obligation to continue an unwanted pregnancy ceased to be merely her misfortune, and became recognized as an injustice.»¹⁸²

b) *La trilogie Thorson (1975), McNeil (1976) et Borowski (1981)*

Le 22 janvier 1974, la Cour suprême du Canada, encore une fois sous la plume du juge Bora Laskin, ouvrait pour la première fois la porte à l'implication des acteurs sociaux à titre de demandeurs agissant au nom de l'intérêt public, dans une cause qui est encore très souvent citée de nos jours, l'arrêt *Thorson*.¹⁸³ Selon le biographe Philip Girard, cet arrêt revêtait un caractère symbolique puissant, du fait qu'il était le premier jugement prononcé par la Cour depuis la nomination de Bora Laskin comme juge en chef et qu'il transmettait un message d'espoir au citoyen ordinaire voulant accéder au processus judiciaire :

«One writer has called the *Thorson* decision “the first clearly declared, and one of the most pronounced, law reform decisions rendered by the Supreme

¹⁸² B.M. DICKENS, «The Morgentaler Case: Criminal Process and Abortion Law», préc.note 172, p. 229.

¹⁸³ *Thorson*, préc. note 161. À noter que cet arrêt a été publié dans le recueil de la Cour datant de 1975 mais qu'il a bien été rendu en janvier 1974.

Court of Canada”. Delivered on the opening day of the first term of Laskin's chief justiceship, the timing could not have been more perfect. Under Laskin's guidance, the Court seemed to reach out to Canadians, to promise more access to its process by ordinary citizens.»¹⁸⁴

En plus de son caractère symbolique et de son message d'espoir pour les citoyens ordinaires, cette affaire est d'une importance capitale pour la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires, puisqu'elle jette les premières bases d'un test normatif servant aux juges à statuer sur la qualité pour agir dans l'intérêt public, test qui sera raffiné plus tard dans les arrêts *McNeil*¹⁸⁵ et *Borowski*.¹⁸⁶ Voyons ceci un peu plus en détail.

La situation factuelle de cette affaire *Thorson* est très facile à résumer, puisqu'elle implique un simple citoyen s'étant adressé aux tribunaux en tant que « représentant de l'ensemble des contribuables canadiens », afin de demander que la *Loi sur les langues officielles* de l'époque¹⁸⁷, de même que celle prévoyant l'affectation des fonds pour sa mise en œuvre, soient déclarées *ultra vires* des pouvoirs du gouvernement fédéral, au motif qu'elles n'étaient qu'un gaspillage de fonds publics. Justifiant son intérêt par le fait que l'application de ces lois entraînerait une hausse inutile de ses impôts, Joseph Thorson demanda au tribunal, en plus des conclusions en invalidité, que l'argent déjà dépensé par le gouvernement en vertu de ces deux lois soit retourné au trésor public.

Étant donné que l'arrêt *Smith* de 1924 (que nous avons vu dans l'étude de la période précédant 1974) n'avait jamais été remis en cause jusque-là, on aura vite compris qu'un des moyens de défense soulevés par le ministère public à l'encontre de cette action fut de soutenir

¹⁸⁴ Philip GIRARD, *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, préc. note 169, p. 428. Cet auteur auquel Girard fait référence est Ian BUSHNELL, *The Federal Court of Canada : A History 1875-1992*, Toronto, Osgoode Society, 1997, p. 136 et Ian BUSHNELL, *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992, p. 395-399.

¹⁸⁵ *McNeil*, préc. note 162.

¹⁸⁶ *Borowski*, préc. note 163.

¹⁸⁷ *Loi sur les langues officielles*, S.R.C. 1970, c. 0-2.

que le demandeur n'avait pas l'intérêt pour instituer son recours. Les deux questions en litige quant à cette objection préliminaire furent formulées ainsi :

- « 1. Que le demandeur (l'appelant) n'a pas qualité pour agir pour intenter cette action;
2. Que le demandeur (l'appelant) n'ayant pas allégué qu'en tant que contribuable canadien, il a subi, par suite de l'adoption de la *Loi sur les langues officielles*, un dommage spécial ou qui le distingue des autres contribuables canadiens, ledit demandeur (l'appelant) n'a pas qualité pour obtenir le redressement réclamé dans sa déclaration écrite modifiée. »¹⁸⁸

Vu cet arrêt *Smith*, il n'est pas étonnant de constater que le juge de première instance a rejeté l'action de Monsieur Thorson pour défaut d'intérêt. Sans surprise également, la Cour d'appel de l'Ontario se montra du même avis, en adoptant la même approche conséquentialiste que celle de l'arrêt *Smith* :

« [Traduction] Si tout contribuable pouvait intenter une action pour déterminer la validité d'une loi qui comporte des dépenses de deniers publics, ceci amènerait, à mon avis, de sérieux inconvénients et une atteinte à l'ordre public. »¹⁸⁹

En Cour suprême, trois des juges approuvèrent cette façon restrictive d'évaluer la qualité pour agir du demandeur, en insistant sur l'absence d'intérêt distinct par rapport à l'ensemble des contribuables :

« La *ratio decidendi* des arrêts rendus dans les cours de l'Ontario est qu'un particulier n'a pas qualité pour contester la constitutionnalité d'une loi du Parlement à moins qu'il ne soit spécialement touché ou subisse un préjudice exceptionnel. Ici, le demandeur n'a pas un intérêt différent de celui de tout autre contribuable au Canada, et toute augmentation d'impôts résultant de la mise en œuvre de la Loi sera supportée par tous les contribuables du Canada.

¹⁸⁸ Ces questions sont reproduites à la p. 140 de la décision.

¹⁸⁹ Extrait reproduit à l'arrêt *Thornson*, préc. note 161, p. 144.

À mon avis, cette décision est fondée et l'affaire est directement régie par l'arrêt de cette Cour dans *Smith c. Procureur général de l'Ontario*. »¹⁹⁰

Or, sans aucune équivoque, le juge Laskin, appuyé de cinq autres juges, vit l'affaire d'un tout autre œil, en décidant que cette affaire soulevait une importante question constitutionnelle et qu'il fallait reconnaître la qualité pour agir à Monsieur Thorson puisqu'il n'existait aucune autre façon d'examiner la validité de ces lois à moins qu'il ne procède comme il l'avait fait. Quant à la question de savoir s'il fallait nier le droit du justiciable parce qu'il n'avait pas démontré un intérêt distinct de celui des autres contribuables, le juge Laskin eut ceci à dire :

« ... lorsque tous ceux qui font partie du public sont visés également, comme dans la présente affaire, et qu'une question réglable par les voies de la justice est posée relativement à la validité d'une loi, la Cour doit être capable de dire que, entre le parti d'accueillir une action de contribuables et celui de nier toute qualité lorsque le procureur général refuse d'agir, elle peut choisir d'entendre l'affaire au fond. »¹⁹¹

« (...) *prima facie*, il serait étrange et même alarmant qu'il n'y ait aucun moyen par lequel une question d'abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice. »¹⁹²

Renchérissant sur le fondement d'un tel recours, le juge Laskin n'a pas manqué de souligner que l'intérêt pour agir de Monsieur Thorson se justifiait par un motif beaucoup plus fondamental que celui du gaspillage allégué des fonds publics :

« Ce n'est pas le seul gaspillage allégué des deniers publics qui étayera la qualité pour agir mais plutôt le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement, quand la question est réglable par les voies de la justice en tant que question de droit. »¹⁹³

¹⁹⁰ *Id.* p. 141 (juge Judson).

¹⁹¹ *Id.*, p. 161-162

¹⁹² *Id.* 145.

¹⁹³ *Id.*, p. 163 (nos soulignés).

Quant à la possibilité que cette nouvelle approche entraîne des inconvénients ou une atteinte à l'ordre public, le juge Laskin eut ceci à dire :

« Je ne crois pas que la mention des inconvénients sérieux et de l'atteinte à l'ordre public ajoute quoi que ce soit aux motifs de nier la qualité, s'ils sont autrement convaincants. (...) Les cours ont tous les pouvoirs nécessaires pour contrôler les actions déclaratoires, soit par voie discrétionnaire, en ordonnant une suspension d'instance, soit par l'imposition de dépens. (...) Quant à moi, une considération plus importante, mais qui est de l'autre côté de la question, est de savoir si une question de constitutionnalité devrait être mise à l'abri d'un examen judiciaire en niant qualité pour agir à quiconque tente d'attaquer la loi contestée. »¹⁹⁴

Ainsi donc, sans tracer un test normatif systématique, cet arrêt *Thorson* dessinait les premiers traits des critères applicables pour décider de la qualité pour agir dans l'intérêt public d'un citoyen ordinaire, à savoir (1) l'existence d'une question constitutionnelle importante réglable par voie de justice et (2) le principe voulant qu'un citoyen puisse avoir recours à un tribunal pour que la constitution soit respectée par le Parlement. En outre, sans fermer les yeux sur les inconvénients pouvant potentiellement être causés par de telles poursuites (ce qui s'écartait substantiellement de l'approche conséquentialiste de l'arrêt *Smith*), la Cour suprême déclara que ce qui devait prioritairement guider la discrétion des juges était l'assurance qu'une loi ne puisse être mise à l'abri d'un examen judiciaire.

Seize mois après cet arrêt *Thorson*, le juge en chef Laskin reprenait le même genre de discours dans l'affaire *McNeil*, une autre demande d'intérêt public déposée par un particulier.¹⁹⁵ Dans cette instance, le justiciable se décrivait simplement comme un « citoyen et contribuable de la Nouvelle-Écosse » et, surtout, comme un amateur de cinéma préoccupé par les pouvoirs de censure trop large accordés par une loi provinciale à un organisme

¹⁹⁴ *Id.*, p. 145.

¹⁹⁵ *McNeil*, préc. note 162.

responsable de la distribution de films (le « Nova Scotia Board of Censors »).¹⁹⁶ De façon plus particulière, Monsieur McNeil précisait qu'il était rédacteur d'un hebdomadaire et qu'il s'était enquis auprès de l'organisme de censure de la possibilité de visionner le film très attendu « Last Tango in Paris ». Suite à la déclaration publique de l'organisme à l'effet qu'il interdirait la diffusion de ce film (sans fournir quelque explication), il avait écrit au procureur général afin qu'il défère la question de la constitutionnalité de cette loi provinciale au tribunal. Devant l'absence de réponse à ses différentes demandes (ni positive ni négative), il présenta donc lui-même une requête afin de faire invalider lui-même cette loi provinciale.¹⁹⁷

En somme, on reconnaît ici qu'à l'instar de l'arrêt *Thorson*, ce citoyen ne détenait pas plus d'intérêt pour agir en justice que ses concitoyens, sauf celui d'avoir déployé des efforts pour faire éclaircir une question touchant la constitutionnalité d'une loi qui, alléguait-il, affectait ses droits. C'est donc sans surprise que cette absence d'intérêt spécial ou particulier de McNeil fut soulevée par le procureur général devant les tribunaux inférieurs, débat qui fut ultimement soumis à la Cour suprême. Essentiellement, l'argument du ministère public était à l'effet que ceux qui détenaient véritablement le droit de recourir aux tribunaux pour contester la loi devaient être les personnes directement visées par la loi, à savoir les exploitants des salles de spectacle et les distributeurs de films.

Écrivant cette fois au nom d'une cour unanime, et comme il l'avait fait dans *Thorson*, le juge en chef Laskin a rejeté catégoriquement cet argument du procureur général relatif au défaut de qualité pour agir dans l'intérêt public. À son avis, le fait que les activités des exploitants des salles de spectacle et des distributeurs de films soient soumises à des règlements obligatoires sous peine de sanction ne signifiait pas que ces personnes soient les seules à détenir un intérêt réel à soulever la constitutionnalité de la loi.¹⁹⁸ En d'autres mots,

¹⁹⁶ *Id.*, p. 267.

¹⁹⁷ *Id.*, p. 268.

¹⁹⁸ *Id.*, p. 269.

selon le juge en chef, les citoyens ordinaires avaient tout autant le droit de contester la loi puisqu'ils étaient également touchés par les décisions de l'organisme de censure:

« ... je me limiterai donc à conclure qu'aux termes de la loi contestée, les citoyens de la Nouvelle-Écosse ont des motifs raisonnables de se déclarer directement touchés par ce qu'on peut leur présenter dans un lieu de spectacle de leur province, bien que les entreprises régies par la loi soient visées plus directement. La loi contestée ne me semble pas viser uniquement les exploitants de salles et les distributeurs de films. Elle touche aussi à l'un des droits fondamentaux du public. »¹⁹⁹

Ainsi donc, adoptant le même genre de justification déontologique que dans la décision *Thorson*, la Cour suprême a reconnu l'intérêt pour agir du citoyen McNeil, sans trop se préoccuper des implications que cette décision pouvait avoir sur le déroulement des instances futures. En fait, la perspective conséquentialiste qui prédominait depuis l'arrêt *Smith* n'a pas été abordée de quelque façon que ce soit par la Cour, celle-ci choisissant de fonder exclusivement sa décision sur le droit du citoyen d'exiger que l'État adopte des lois conformes à la Constitution et de la possibilité de faire respecter ce droit devant les tribunaux.

Un autre aspect important concernant cet arrêt est que, à la différence de la loi contestée dans *Thorson*, celle discutée dans *McNeil* imposait des sanctions aux personnes qui contrevenaient aux dispositions relatives à la censure. Autrement dit, en raison de ces sanctions prévues à la loi, il pouvait arriver que des personnes (surtout les exploitants de cinéma et les distributeurs de films) soient éventuellement poursuivies en justice et qu'elles détiennent, de ce fait, un intérêt plus grand pour contester la validité de la loi que celui d'un simple citoyen. À ce propos, ne laissant aucun doute sur le droit du simple citoyen de recourir aux tribunaux, le juge Laskin mentionna ceci :

« ... le fait que certaines personnes ou catégories de personnes ou certaines de leurs activités puissent être soumises à des règlements obligatoires sous

¹⁹⁹ *Id.*, p. 271.

peine de sanction ne signifie pas forcément que l'essence et la substance de la loi doivent être définis (sic) uniquement dans ce contexte de façon que lesdites personnes soient les seules qui aient un réel intérêt à nier la constitutionnalité de la loi. »²⁰⁰

Autrement dit, le test établi dans l'arrêt *McNeil* allait donc un peu plus loin que celui de l'arrêt *Thorson*, car il confirmait la possibilité qu'un citoyen affecté par une loi puisse en contester la validité, même si d'autres personnes pouvaient éventuellement subir un préjudice plus grand, du fait qu'elles étaient visées plus directement par cette même loi. Du coup, l'intérêt nécessaire pour intenter une demande au nom de l'intérêt public était ramené à un seuil assez minimal.²⁰¹

Cet arrêt *McNeil* constitue donc une autre empreinte laissée par le juge en chef Laskin et par la Cour suprême sur l'accessibilité des acteurs sociaux aux tribunaux en matière de demandes fondées sur l'intérêt public et un raffinement par la Cour suprême du test normatif établi dans l'arrêt *Thorson* quant à l'exercice discrétionnaire de la qualité pour agir dans l'intérêt public.²⁰²

Cinq ans après l'arrêt *McNeil* et sept ans après l'arrêt *Thorson*, l'affaire *Borowski*, ramenait à l'avant-plan la question de la qualité pour agir d'un simple citoyen qui désirait contester la constitutionnalité d'une loi et consacrait de façon encore plus claire le test normatif établi lors des deux arrêts discutés plus haut.²⁰³

²⁰⁰ *Id.*, p. 269.

²⁰¹ *Id.*, p. 271.

²⁰² À titre anecdotique, il est intéressant de constater que la Cour avait autorisé l'Association canadienne des libertés civiles à agir comme intervenante et que le juge Laskin a spécifiquement référé à ses arguments dans sa décision, *id.*, p. 269.

²⁰³ *Borowski*, préc. note 163.

Dans ce dossier, le demandeur Joseph Borowski se décrivait comme un « citoyen canadien et contribuable du gouvernement canadien »²⁰⁴ et demandait que les dispositions du *Code criminel* décriminalisant certains types d'avortement soient déclarées inconstitutionnelles, puisque contraire à la *Déclaration canadienne des droits*. Sur ce plan, on remarque que la qualité pour agir dans l'intérêt public de ce citoyen était encore moins évidente que celle de Monsieur McNeil discutée aux pages précédentes, puisque n'ayant pas de conjointe sur le point de se faire avorter et n'étant ni médecin ou dirigeant d'hôpital, Monsieur Borowski ne pouvait justifier son intérêt autrement que par sa préoccupation morale vis-à-vis de la pratique de l'avortement, laquelle le poussait à réclamer des changements aux règles administratives qui le permettait. En ce sens, son intérêt était plutôt assimilable à celui de Monsieur Thorson, en ce qu'en plus de son statut de citoyen et contribuable, Monsieur Borowski revendiquait plutôt le droit de poursuivre en raison des nombreuses démarches publiques qu'il avait entreprises pour contester la pratique de l'avortement, notamment en s'adressant aux politiciens.

Quoi qu'il en soit, la majorité des juges de la Cour suprême ont conclu que Monsieur Borowski devait être autorisé à poursuivre son action. Au-delà de la conclusion elle-même, l'analyse de cette opinion rédigée par le juge Martland révèle trois éléments intéressants en ce qui concerne la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires.

Le premier élément qui ressort de cette opinion est que la crainte des inconvénients sérieux et de l'atteinte à l'ordre public pouvant être causées par l'octroi de la qualité pour agir n'apparaît plus dans le discours de la Cour, alors que l'arrêt *Smith* n'a été mentionné que pour expliquer pourquoi la Cour d'appel de l'Ontario avait nié l'intérêt de Monsieur Borowski (décision qui fut infirmée par la majorité, rappelons-le).²⁰⁵ Ce silence du juge Martland quant à cet aspect laisse supposer que la logique à prédominance conséquentialiste de l'arrêt *Smith*

²⁰⁴ *Id.*, p. 589.

²⁰⁵ *Id.*, p. 592.

devait être considérée comme chose du passé et que les tribunaux devaient dorénavant axer leur analyse de la qualité pour agir en fonction des critères énoncés par le juge Laskin dans les arrêts *Thorson* et *McNeil*.

La deuxième caractéristique de l'opinion majoritaire qui est importante pour nos fins est qu'après avoir récapitulé méthodiquement les avancées normatives développées dans ce duo d'arrêts *Thorson/McNeil*, la Cour les a consolidées dans un seul paragraphe qui, encore aujourd'hui, sert à décrire le test devant guider l'exercice discrétionnaire relatif à la qualité pour agir au nom de l'intérêt public. La description de ce test normatif se retrouve dans ce passage célèbre :

« Selon mon interprétation, ces arrêts [c.-à-d. *Thorson* et *McNeil*] décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. »²⁰⁶

Comme on le voit dans cet extrait, la Cour confirme donc, de façon claire et concise, que le juge placé devant une contestation de la qualité pour agir dans l'intérêt public doit exercer son pouvoir discrétionnaire en se basant sur un test normatif à trois critères. Ce qu'on remarque aussi est qu'à partir du deuxième critère, le juge Martland a employé l'expression « il suffit qu'une personne démontre... », ce qui semble impliquer que le demandeur bénéficie d'une certaine latitude. Récapitulons les trois critères, tels qu'énoncés par la Cour :

- (1) Un premier critère de justiciabilité, qui exige que l'action intentée implique une question de droit sérieuse qui peut être soumise à un tribunal;²⁰⁷

²⁰⁶ *Id.*, p. 598.

²⁰⁷ Ce terme «justiciabilité» n'apparaît pas encore dans la décision du juge Martland et il ne sera utilisé que quelques années plus tard dans la décision *Finlay*, laquelle sera abordée un peu plus loin.

- (2) Un deuxième critère lié à l'intérêt du demandeur, lequel prévoit « qu'il suffit qu'une personne démontre » qu'elle est directement touchée par la loi qu'elle désire contester ou, qu'à titre de citoyen, elle possède un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et
- (3) Un troisième critère qui vise la raisonnable et l'efficacité du recours, lequel force le juge à évaluer s'il existe une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. Au niveau du langage utilisé, on remarque que l'expression « il suffit qu'une personne démontre ... » s'applique également à ce troisième critère.

Le troisième élément qui ressort de l'analyse de l'arrêt *Borowski* – probablement le plus important pour nos fins – est la façon dont la Cour a appliqué ce test aux faits de l'espèce. Sur ce plan, on observe deux choses distinctes. Tout d'abord, ce qui saute aux yeux est l'approche libérale adoptée lors de l'analyse des critères, laquelle semble clairement prioriser le droit du citoyen à poursuivre son recours, plutôt que de le bloquer au stade de la contestation de la qualité d'agir. Dans cette optique, l'emploi de l'expression « il suffit qu'une personne démontre... », applicable aux deuxième et troisième critères, prend tout son sens.

Appliquée aux faits de l'espèce, cette attitude libérale apparaît de façon évidente dans l'appréciation du premier critère alors que, contrairement aux juges dissidents qui n'y voyaient qu'une demande abstraite²⁰⁸, les juges majoritaires se sont méticuleusement employés à décrire le fondement juridique de la poursuite afin de conclure qu'il s'agissait d'une question de droit sérieuse qui méritait pleinement d'être soumise à un tribunal. Les points soulevés par le juge Martland pour reconnaître la justiciabilité de la question peuvent être résumés comme suit:

²⁰⁸ *Id.*, p. 587.

- Monsieur Borowski demandait que les par. (4), (5) et (6) de l'art. 251 du *Code criminel* soient déclarés invalides en raison de la *Déclaration canadienne des droits*;
- Ces paragraphes contestés avaient été ajoutés par le législateur quelques années auparavant afin de créer des exceptions aux par. (1), (2) et (3) du même article du *Code criminel*, lesquels interdisaient à une femme « d'obtenir son propre avortement » ou à quiconque de « procurer l'avortement d'une personne de sexe féminin »;
- Ces paragraphes contestés prévoyaient qu'un médecin ou une femme enceinte qui participaient à un avortement étaient exemptés de toute responsabilité criminelle si un comité composé de trois médecins attachés à un hôpital accrédité, après avoir examiné cette femme, émettait un certificat attestant que la grossesse « mettrait ou mettrait probablement en danger la vie ou la santé de cette dernière »;
- Monsieur Borowski plaidait que cette permission de procurer l'avortement par un comité thérapeutique restreignait le droit de l'individu à la vie déclaré par l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits* (le juge cita cet article au long);
- Ces amendements au *Code criminel* n'ayant pas prévu explicitement que ces paragraphes ajoutés s'appliquaient nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, ils devaient être interprétés de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre le droit à la vie inscrit à cette *Déclaration*;
- Cet enchaînement de considérations faisait en sorte que « la question est difficile et importante, puisqu'elle soulève la question de savoir si les droits de l'individu déclarés dans la *Déclaration canadienne des droits* protègent le fœtus humain. »²⁰⁹

²⁰⁹ *Id.*, p. 589.

Le deuxième aspect clairement observable dans l'application du test normatif faite par le juge Martland dans l'arrêt *Borowski* est l'enchevêtrement entre les trois critères, dans le sens où il ne s'est pas contenté d'examiner le seul intérêt du demandeur, mais aussi celui que pouvaient avoir d'autres individus à contester les dispositions législatives qui étaient en jeu. Autrement dit, plutôt que d'être effectuée de façon hermétique, l'analyse du critère lié à l'intérêt du demandeur (critère #2) et celui de la raisonnable et l'efficacité du recours (critère #3) furent abordées ensemble dans une discussion globale. En outre, dans cette même discussion, le juge Martland a également traité de l'importance de la question en litige (critère #1), ce qui montre bien qu'à son avis, ces trois critères devaient être analysés les uns par rapport aux autres. Voyons cet aspect un peu plus en détail.

Pour déterminer si Monsieur Borowski détenait un intérêt suffisant (critère #2), le juge Martland s'est demandé si d'autres individus en avaient un aussi. Cette recherche quant à l'intérêt potentiel que pouvaient avoir d'autres individus permettait donc, en même temps, d'examiner s'il existait une autre manière d'exercer un recours plus raisonnable ou plus efficace (critère #3) et de souligner l'importance de la question (critère #1). Cette conjugaison entre les critères #1, 2 et 3 est particulièrement observable lorsque la Cour compare les lois qui étaient contestées par Messieurs Thorson et McNeil et les dispositions attaquées par Monsieur Borowski. Il vaut la peine de citer ce long passage de la décision, en ajoutant nos commentaires quant au critère spécifiquement visé dans les motifs de la Cour :

« La loi contestée en l'espèce n'est ni déclaratoire ni exécutoire comme l'est la *Loi sur les langues officielles*, et elle n'est pas non plus une loi de réglementation comme l'est la *Theatres and Amusements Act*. Elle est de nature justificative. Elle permet, dans certaines circonstances précises, d'accomplir des actes qui seraient par ailleurs de nature criminelle. Elle n'impose pas d'obligations, mais elle prévoit plutôt une exception à la responsabilité pénale. De ce fait, il est difficile de trouver une catégorie de personnes directement touchées ou qui subissent un préjudice exceptionnel et qui aient un motif de contester la loi. [critère #3 : *il n'existe pas d'autre moyen raisonnable et efficace de soumettre le recours puisqu'il est difficile de trouver d'autres personnes touchées ou préjudiciées de façon exceptionnelle par la loi*]

Les médecins qui provoquent des avortements thérapeutiques sont protégés par la loi et n'auraient pas de motif de la contester. Les médecins qui

n'accomplissent pas d'avortements thérapeutiques n'ont pas d'intérêt direct à protéger en l'attaquant et, par conséquent, une contestation de la part d'un médecin de ce groupe ne serait pas différente de celle de tout autre citoyen concerné. La même chose s'applique aux hôpitaux. Un hôpital qui nomme un comité de l'avortement thérapeutique n'a pas de motif de contester la loi. Un hôpital qui ne nomme pas de comité n'a pas de motif direct de le faire. [critère #3 : même remarque]

Aucun motif ne justifie une femme enceinte désireuse d'obtenir un avortement de contester la loi qui lui permet de l'obtenir. L'époux qui souhaite empêcher un avortement que sa femme enceinte veut obtenir peut être touché directement par la loi en question en ce sens que, à cause de la loi, elle pourrait obtenir un certificat permettant l'avortement si la continuation de sa grossesse met vraisemblablement sa vie ou sa santé en danger, et empêcher ainsi que l'avortement soit un crime. Cependant, la possibilité que l'époux intente des procédures pour contester la loi est illusoire. L'avancement de la grossesse ne s'accommoderait pas des longs délais inévitables qu'exigent les procédures judiciaires jusqu'au jugement définitif. L'avortement aurait été pratiqué ou l'enfant serait né longtemps avant que l'instance soit décidée en dernier ressort, peut-être devant cette Cour. [critère #3 : même remarque]

La loi que l'on veut contester vise directement les fœtus humains dont la gestation est arrêtée par des avortements légalisés. Il est évident qu'ils ne peuvent être parties aux procédures judiciaires (critère #3), et pourtant la question, quant à la portée de la *Déclaration canadienne des droits* sur la protection du droit à la vie, est d'une importance considérable. [critère #1] Il n'y a pas de façon raisonnable de soumettre la question à la cour à moins qu'un citoyen intéressé n'intente des procédures. [critère #3 : même remarque]

Sur la base des arrêts *Thorson* et *McNeil*, je suis d'avis qu'il y a lieu de reconnaître à l'intimé la capacité de poursuivre son action. (critère #2) Dans l'arrêt *Thorson*, le demandeur, à titre de citoyen intéressé, a contesté la constitutionnalité de la *Loi sur les langues officielles*. La loi ne le touchait pas directement, sauf en sa qualité de contribuable. Il avait tenté, sans succès, d'obtenir que la question constitutionnelle soit soulevée par d'autres moyens. On lui a reconnu la capacité d'agir. La situation est la même en l'espèce. L'intimé est un citoyen intéressé et un contribuable. Il a tenté sans succès d'obtenir une décision sur la question par d'autres moyens. [critère #2 : le demandeur a autant d'intérêt que *McNeil*]

Dans l'arrêt *McNeil*, le demandeur s'inquiétait de la censure des films en Nouvelle-Écosse. Il avait tenté, sans succès, de faire déterminer la validité de la *Theatres and Amusements Act* par d'autres moyens. Dans

cette affaire, il y avait d'autres catégories de personnes directement touchées qui pouvaient la contester. Néanmoins, on lui a reconnu l'intérêt pour agir parce que la loi touchait également les droits du public. La position de l'intimé en l'espèce est au moins aussi solide. En l'espèce, il n'y a pas de personnes directement touchées qui puissent réellement contester la loi. [critères #2 et 3:le demandeur a autant d'intérêt que *McNeil* et il n'existe pas d'autre moyen raisonnable et efficace de soumettre le recours puisqu'il n'y a pas d'autres personnes touchées par la loi pouvant poursuivre]²¹⁰

En somme, pour récapituler le raisonnement de la majorité des juges dans l'affaire *Borowski*, on peut dire qu'ils ont totalement ignoré l'approche conséquentialiste de l'arrêt *Smith*, qu'ils ont réitéré et consolidé les avancées normatives établies dans les arrêts *Thorson* et *McNeil* et qu'ils ont appliqué ce test normatif de façon libérale.²¹¹

Pour conclure la présente sous-section, on peut dire sans risque de se tromper que la période 1974-1981 s'est avérée très favorable à la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires. Ce changement dans la relation entre les acteurs de la société civile et les tribunaux s'est développé autour de trois points marquants :

- Une première percée des acteurs sociaux à titre d'intervenants dans une affaire civile (*Lavell*) et une affaire criminelle (*Morgentaler*), qui s'explique par deux motifs, à savoir :
 - La volonté de certains individus ou groupes d'exprimer leurs points de vue dans des débats judiciaires impliquant une question sociale importante;

²¹⁰ *Id.*, p. 596-598.

²¹¹ Mentionnons que les juges Laskin et Lamer ont furent dissidents dans cet arrêt, sans toutefois remettre en question le test normatif établi dans les arrêts *Thorson* et *McNeil*.

- La nouvelle attitude de la Cour suprême, impulsée par le juge Bora Laskin, lequel préconisait une vision différente pour le plus haut tribunal, tel que confirmé par plusieurs auteurs;
- Cette vision du juge Laskin s'est aussi manifesté dans les arrêts *Thorson* et *McNeil* en 1975 et 1976, lesquels ont
 - Relégué au second plan la question des inconvénients sérieux et de l'atteinte à l'ordre public pouvant être causés par l'octroi de la qualité pour agir à un justiciable qui désire attaquer une loi (l'arrêt *Smith* de 1924);
 - Priorisé le droit du citoyen de recourir aux tribunaux pour exiger le respect de la Constitution par le Parlement;
 - Établi trois critères devant guider le juge dans l'exercice discrétionnaire d'octroyer ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public à un demandeur.
- Ces avancées contenues aux arrêts *Thorson* et *McNeil* ont été reprises par la Cour suprême dans l'arrêt *Borowshi* de 1981, lequel a
 - Définitivement fait tomber les barrières à prédominance conséquentialiste de l'arrêt *Smith* (en n'en tenant pas compte dans ses motifs);
 - Consolidé les critères du duo d'arrêts *Thorson/McNeil* et confirmé un test normatif à trois critères, basées sur (1) la justiciabilité de la question en litige (2) l'intérêt particulier ou véritable du demandeur pour exercer son recours et (3) l'analyse des autres moyens raisonnables et efficaces de soumettre la question au tribunal;
 - Appliqué ces trois critères de façon libérale et non hermétique, en les interprétant les uns par rapport aux autres.

Ainsi donc, l'arrivée du juge Laskin à la tête du plus haut tribunal et les différents arrêts-clés dont nous venons de parler ont marqué les premiers pas de la participation des acteurs sociaux dans les dossiers de la Cour suprême et leur ont permis de croire qu'une certaine place, soit minime soit-elle, leur serait laissée dans les débats judiciaires d'importance. D'un point de vue statistique, un auteur rapporte d'ailleurs que, durant la période comprise entre 1976 et 1982, 51 demandes d'interventions judiciaires furent présentées à la Cour par des organisations non gouvernementales, dont 35 furent accueillies.²¹² Sans qu'on puisse parler d'une révolution, il s'agissait donc là d'un point de départ intéressant pour les acteurs sociaux voulant s'impliquer, surtout si l'on considère qu'ils n'étaient à peu près pas présents devant les tribunaux avant 1974.

Nous verrons toutefois que cette ouverture démontrée par les juges a été remise en question suite à l'adoption de la *Charte* et que, malheureusement pour les acteurs sociaux désirant s'impliquer dans les dossiers judiciaires, la crainte des conséquences négatives sur le déroulement des instances a refait surface dans le discours de la Cour suprême.

3. *La période 1982-1985 : méfiance à l'endroit des acteurs sociaux*

De façon assez claire, l'analyse des événements survenus durant les trois premières années de la *Charte* montre que la pratique d'autoriser la présence de tiers dans les débats judiciaires a commencé à battre de l'aile, et ce, principalement pour des motifs de nature conséquentialiste.

Cette situation apparaît d'abord dans certains commentaires publics de juges de la Cour. Par exemple, le professeur John Koch rapportait les propos des juges Antonio Lamer et Brian Dickson tenues durant les années 1983 et 1984 à l'effet que les présentations orales de certains groupes d'intérêt entraînaient des pertes de temps significatives lors des auditions et

²¹² I. R. BRODIE, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, préc. note 50, p. 27.

qu'elles nuisaient au bon déroulement des instances.²¹³ Dans le même sens, les professeurs Robert Sharpe et Kent Roach, qui ont mis la main sur certaines archives de l'époque pour préparer une biographie de l'ex-juge en chef Brian Dickson, dévoilaient que le juge Jean Beetz était d'avis qu'il fallait absolument restreindre la participation des groupes sociaux (en particulier l'ACLC), afin d'éviter qu'ils ne deviennent des acteurs permanents dans les dossiers et que la Cour suprême soit perçue comme une sorte de commission royale.²¹⁴ Sharpe et Roach révélaient également que le juge Estey s'était montré encore plus réfractaire aux interventions des groupes d'intérêts dans un mémorandum interne qu'il adressait au juge en chef Dickson:

« This Court no longer has the time to fritter away sitting and listening to repetition, irrelevancies, axe-grinding, cause advancement, and all the rest of the output of the typical intervenant. »²¹⁵

L'analyse de la situation durant les premières années de la *Charte* montre aussi qu'en plus des tracas causés par les acteurs sociaux lors des auditions au mérite, les juges de la Cour suprême étaient également préoccupés par le temps excessif devant être consacré à disposer des demandes d'intervention par les groupes sociaux, ce qui est un autre motif à caractère conséquentialiste. À ce sujet, Jillian Welch explique que pour sauver du temps, les juges ont modifié leurs règles de pratique en janvier 1983 pour accorder un droit d'intervention automatique aux procureurs généraux ainsi qu'à tout acteur ayant obtenu le droit d'intervenir dans les instances inférieures.²¹⁶ Par ailleurs, elle ajoute que la Cour a ensuite réalisé que cette disposition occasionnait encore plus de perte de temps au niveau de l'étude des dossiers et des plaidoiries orales et que les juges ont fait volte-face quelques mois plus tard en limitant le droit automatique d'intervention des acteurs sociaux aux seules matières civiles. En outre, Welch

²¹³ John KOCH, «Making Room: New Directions in Third Party Intervention», (1990) 48 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 151, 154-155.

²¹⁴ R. J. SHARPE et K. ROACH, *Brian Dickson, A Judge's Journey*, préc. note 172, p. 385.

²¹⁵ *Id.*, p. 387 (lettre du juge Estey au juge en chef Dickson datée du 3 juillet 1985).

²¹⁶ J. WELCH, «No Room at the Top: Interest Group Intervenors and Charter Litigation in the Supreme Court of Canada», préc. note 177, p. 218-219.

mentionne également que quelques semaines plus tard, la Cour allait encore plus loin en abolissant purement et simplement ce droit automatique, obligeant donc tous les groupes sociaux voulant intervenir à présenter des requêtes pour justifier leur présence, même s'ils étaient déjà participants dans les dossiers des juridictions inférieures.²¹⁷

Sur le plan statistique, cette attitude des juges a considérablement freiné l'élan de la participation des citoyens dans les dossiers du plus haut tribunal, puisqu'on rapporte que très peu de demandes d'interventions furent accueillies par la suite.²¹⁸ Par exemple, en novembre 1983, toutes les demandes d'intervention par les groupes sociaux dans l'important dossier *Oakes* furent rejetées par la Cour suprême, y compris celle de l'ACLC.²¹⁹ Le même mois, la demande d'intervention d'une association pour la défense des handicapés subissait le même sort dans le dossier *Ogg-Moss*, qui traitait de la question controversée du droit d'un préposé d'utiliser une force raisonnable contre un patient.²²⁰ En 1984, la demande d'intervention de l'Adventist Church of Canada était rejetée dans l'affaire *Big M. Drug Mart* qui concernait la question très médiatisée de la fermeture des commerces le dimanche.²²¹ D'un point de vue plus global, le professeur Kenneth Swan complète ces statistiques en exposant qu'en 1984 et 1985, seulement huit des vingt-trois requêtes en intervention par des acteurs sociaux furent accueillies et qu'en 1986, aucune demande de ce type ne fut entendue par la Cour.²²²

²¹⁷ *Id.*, p. 220.

²¹⁸ Welch mentionne ceci : «In the period canvassed from January 1982, until December 1984, only a handful of intervenors, other than attorneys general, were permitted to appear before the court in either Charter or non-Charter appeals», *id.*, p. 214.

²¹⁹ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 1983, p. 937; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

²²⁰ *Ogg-Moss c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 171.

²²¹ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 1984, p. 79; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

²²² Kenneth SWAN, «Intervention and Amicus Curia Status in Charter litigation», dans Robert J. SHARPE (dir.) *Charter Litigation*, Toronto Butterworths, 1987, p. 95-112.

Pour conclure cette section, on peut donc dire que la période 1982-1985 (qui coïncide étrangement avec le décès du juge en chef Laskin²²³) s'est avérée peu favorable à la participation citoyenne devant les tribunaux et qu'un climat de méfiance envers les acteurs sociaux a commencé à s'installer, tant en coulisses que publiquement. De façon concrète, on observe que cette méfiance était assez sérieuse pour provoquer un changement des règles de pratique de la Cour ainsi qu'une diminution significative de la présence des représentants de la société civile dans les dossiers du plus haut tribunal.

4. *La période 1986-1991 : vague importante d'acteurs sociaux*

Suite à cette période de méfiance ayant suivi l'adoption de la *Charte*, un vent plus favorable à la participation citoyenne devant les tribunaux s'est soudainement levé, alors qu'à compter de 1986, on remarque une Cour suprême mieux disposée à accueillir des acteurs sociaux dans ses dossiers. On observe également le souci des juges de mieux encadrer cette participation, dans le but avoué d'éviter des débordements qui auraient des conséquences néfastes sur le bon fonctionnement du système judiciaire. Nous exposerons les grandes lignes de ces changements survenus à partir de 1986, en abordant d'abord la situation au niveau des interventions (par. a) et nous analyserons ensuite l'arrêt *Finlay*²²⁴, lequel constitue, sans aucun doute, une autre décision-clé en matière de demande d'intérêt public. (par. b).

a) *Approche mieux encadrée des interventions judiciaires*

Comme on pouvait s'y attendre, la période d'hésitation dont nous venons de discuter (1982-1985) a provoqué de vives réactions de la part de certaines organisations civiles quant à

²²³ La dernière audition présidée par le juge en chef fut dans l'affaire *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, plaidée le 22 novembre 1983, et il n'a pas participé à la décision en raison de sa maladie. Il est décédé le 26 mars 1984 alors qu'il était encore officiellement en poste.

²²⁴ *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607 (ci-après désigné « l'arrêt *Finlay* »).

leur manque d'accessibilité aux tribunaux, plus particulièrement quant aux barrières qui leur étaient imposées pour pouvoir intervenir dans les dossiers.

Par exemple, le professeur Koch rapporte qu'en 1984, l'ACLC a pris l'initiative d'écrire un rapport à la Cour suprême pour signifier sa frustration et pour dénoncer l'avantage indu que les juges accordaient aux procureurs généraux, en leur permettant d'intervenir sans avoir à présenter de demandes préalables, ce qui n'était pas possible pour les acteurs sociaux ayant investi temps et énergie devant les tribunaux inférieurs.²²⁵ S'inspirant de la pratique adoptée par la Cour suprême des États-Unis, l'ACLC suggéra alors à la Cour d'assouplir ses règles de façon à accepter davantage de représentations écrites des groupes sociaux, quitte à filtrer celles qui méritaient le plus d'être entendues lors des plaidoiries orales.²²⁶

Selon Koch, ce genre de commentaires de la part des associations civiles ont porté fruit puisque les juges de la Cour ont requis qu'un comité de l'Association du Barreau canadien entreprenne des consultations avec d'autres acteurs sociaux et qu'il leur fasse des recommandations quant à une réforme possible des procédures en matière d'intervention.²²⁷ Suite à la délivrance de ce rapport, une réforme fut mise en place par la Cour en mai 1987, laquelle accordait un accès plus important aux tribunaux par les acteurs sociaux, mais dans un environnement plus encadré au niveau de la longueur des mémoires et des plaidoiries. Cette réforme fut saluée par quelques auteurs et marqua un tournant dans la relation entre la Cour et les acteurs sociaux.²²⁸

D'un point quantitatif, cette nouvelle attitude de la Cour a apporté des résultats positifs au niveau de la participation des acteurs sociaux devant les tribunaux, alors qu'entre mai 1987

²²⁵ J. KOCH, «Making Room: New Directions in Third Party Intervention», préc. 213, p. 160-161.

²²⁶ *Id.*, p. 161 et A. ALAN BOROVOY, Brief of Canadian Civil Liberties Association, *Canadian Civil Liberties Association's Submissions to the Supreme Court of Canada Re: Interventions in Public Interest Litigation*, July 17, 1984.

²²⁷ J. KOCK, «Making Room: New Directions in Third Party Intervention», préc. note 213, p. 161.

²²⁸ Voir notamment Philip L. BRYDEN, «Public Interest Intervention in the Courts», (1987) 66 *R. du B. Can.* 490.

et juin 1989, soixante-huit demandes d'intervention étaient présentées, dont seulement dix furent rejetées.²²⁹ Cette effervescence s'est poursuivie au cours des années suivantes, alors que le nombre de requêtes en intervention déposées auprès de la Cour suprême par des acteurs sociaux tripla et qu'elles furent accordées dans une proportion dépassant 80%.²³⁰

Pour ajouter à ces statistiques encourageantes pour les acteurs sociaux durant cette période, on peut aussi souligner que certains juges de la Cour suprême se sont alors exprimés publiquement en faveur de la libéralisation de la procédure d'intervention, ce qui constituait une première.²³¹ En outre, comme message d'espoir pouvant être entretenu quant à l'accès à la justice par les citoyens désireux de s'impliquer, on peut également citer un commentaire émis quelque temps plus tard par le professeur David Beatty, qui n'hésita pas à affirmer que la Cour suprême était devenue une des plus accommodantes au monde.²³²

b) L'arrêt Finlay (1986) : confirmation et affinement du test Thorson/McNeil et Borowski

Quant aux demandes présentées au nom de l'intérêt public, la Cour suprême réserva une autre belle surprise aux acteurs sociaux en 1986 avec l'affaire *Finlay*, laquelle constituait la première décision concernant ce type de demande depuis l'adoption de la *Charte*.

Mais avant d'examiner cette affaire, il est particulièrement intéressant de souligner que cette année-là, le professeur Thomas Cromwell (tel qu'il était avant d'être nommé à la Cour

²²⁹ J. KOCH, «Making Room: New Directions in Third Party Intervention», préc. note 213, p. 162.

²³⁰ Ian BRODIE, *From NAACP to LEAF, American Legal Exports to Canada*, Department of Political Science, University of Western Ontario, 14 août 2002, <http://publish.uwo.ca/~irbrodie/l&srsubmission.pdf> (consulté le 13 septembre 2013).

²³¹ Bertha WILSON, «Decision-Making in the Supreme Court» (1986) 36 *U. T. L. J.* 227, 243; John SOPINKA «Intervention», (1988) 46 *Advocates Q.* 83. À propos du penchant favorable des juges Wilson et Sopinka pour la procédure d'intervention, voir Ellen Mary ANDERSON, *Judging Bertha Wilson: Law as Large as Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, p. 291-295 et Christopher GULY, Supreme Court Justice John Sopinka dies at 64, (1997) 48 *The Ukrainian Weekly*, p. 48, 30 novembre 1997, <http://www.ukrweekly.com/old/archive/1997/489703.shtml>.

²³² David BEATTY, *Talking Heads and the Supremes - The Canadian Production of Constitutional Review*, Toronto, Carswell, 1990, p. 277-292.

d'appel de la Nouvelle-Écosse, puis à la Cour suprême du Canada) avait publié un ouvrage sur les modalités d'exercice et les principes régissant (ou devant régir) la qualité pour agir devant les tribunaux.²³³ Dans cet ouvrage, auquel l'arrêt *Finlay* a référé à deux reprises²³⁴, le professeur Cromwell y exposait de façon détaillée les différentes conceptions relatives à cette notion et, dans ses explications, il soutenait, entre autres choses, que la jurisprudence de la Cour suprême relativement à ce sujet n'était pas toujours bien comprise par les juges. Plus particulièrement, une de ses prétentions était qu'une certaine confusion semblait exister quant aux principes sous-jacents à la qualité pour agir, tels qu'exprimés dans les décisions *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*. Parmi les points qu'il soulevait, l'auteur s'en prenait surtout au fait que la question de la qualité pour agir dans l'intérêt public ne devait absolument pas être considérée comme une question purement procédurale et que les juges auraient avantage à la voir comme une question intimement liée à l'accès à la justice par le citoyen et au rôle joué par les tribunaux dans notre société :

« ...all courts, in all standing questions, would do well to begin by recognizing that standing is not a simple procedural question. Rather, it is one intimately connected with the accessibility of justice, recognition of legally protected interests and the definition of the appropriate role of the courts in society. »²³⁵

Comme nous le verrons un peu plus loin, cet extrait apporte une couleur tout à fait particulière au sujet qui nous concerne, puisque vingt-six ans plus tard, dans l'arrêt *Downtown Eastside* de 2012, Thomas Cromwell sera celui qui ramènera à l'avant-plan cette question d'accès à la justice pour définir les règles applicables à la qualité pour agir dans l'intérêt public.²³⁶ Mais revenons pour l'instant au dossier *Finlay*.

²³³ Thomas A. CROMWELL, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, Toronto, Carswell, 1986.

²³⁴ Aux p. 619 et 635 de la décision.

²³⁵ T. A. CROMWELL, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, préc. note 233, p. 92.

²³⁶ Voir Section C de la présente partie.

Cette affaire impliquait un justiciable (Robert James Finlay) qui, se décrivant comme une personne « nécessiteuse », avait présenté une action en jugement déclaratoire afin de contester le droit du gouvernement provincial de réduire ses prestations d'aide sociale de façon unilatérale pour payer une dette qu'il avait envers le gouvernement fédéral pour un trop-perçu de prestation. Essentiellement, la prétention de Monsieur Finlay était que l'État provincial ne pouvait déduire ses versements d'allocation sociale pour éponger les montants qu'il devait au gouvernement fédéral, puisque cela violait l'engagement de la province de fournir le minimum vital aux plus démunis, ce qui était inscrit en toutes lettres dans la loi fédérale, soit le *Régime d'assistance publique du Canada*.²³⁷ Ainsi, la situation dans ce dossier s'éloignait passablement de celle existant dans *Thorson, McNeil et Borowski*, le dossier *Finlay* puisqu'elle ne concernait pas une demande soulevant la constitutionnalité d'une loi, ni le non-respect de la *Déclaration canadienne des droits* ou de la *Charte*, tel qu'exprimé par le juge LeDain, au nom d'une cour unanime :

« Ces questions (...) obligent à rechercher si la conception de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui se dégage de ces arrêts [*Thorson, McNeil et Borowski*], où il y avait contestation de la constitutionnalité ou de l'effet d'un texte de loi, s'applique à une contestation autre que constitutionnelle dirigée contre le pouvoir de prendre des mesures administratives que confère la loi. »²³⁸

On voit donc que, dans les circonstances où la Cour était placée, il ne s'agissait pas seulement d'appliquer le test normatif établi dans la trilogie d'arrêts *Thorson/McNeil/Borowski*, mais de voir s'il devait être élargi à une contestation non constitutionnelle d'un pouvoir administratif accordé par la loi. Pour répondre à cette question, la Cour se montra d'avis qu'il fallait investiguer un peu plus en profondeur la notion de qualité pour agir dans l'intérêt public qui sous-tendait les trois critères énoncés dans ce fameux test

²³⁷ S.R.C. 1970, chap. C-1.

²³⁸ *Finlay*, préc. note 217, p. 614-615.

normatif.²³⁹ Et c'est à ce niveau que l'arrêt *Finlay*, conjugué avec la trilogie *Thorson/McNeil/Borowski*, prend une importance considérable pour la participation citoyenne devant les tribunaux.

En tout premier lieu, il faut tout de suite annoncer que cette analyse a mené la Cour à une conclusion claire et limpide : la conception de la qualité pour agir dans l'intérêt public exprimée dans la trilogie d'arrêts impliquait qu'il fallait l'étendre aux contestations relatives aux pouvoirs administratifs conférés par les lois. Cela dit, le juge LeDain s'est employé à définir les principes sous-jacents aux critères élaborés dans la trilogie. Ainsi, après avoir cité le « paragraphe célèbre » contenu à l'arrêt *Borowski*²⁴⁰, le juge LeDain s'est d'abord montré d'avis que derrière le critère relatif à la justiciabilité de la question soumise au tribunal (critère #1 énoncé à la page 77 de cette thèse) se cachait « la préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement ... »:

« Naturellement, la possibilité de recours aux voies de justice est la préoccupation constante des tribunaux, mais ce qu'impliquent les dires du juge Laskin dans l'arrêt *Thorson*, c'est que cette préoccupation se fait particulièrement sentir quand il s'agit de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. »²⁴¹

Superposant ce même critère de justiciabilité (critère #1) à celui lié à l'intérêt particulier ou véritable du demandeur (c.-à-d. le critère #2 énoncé à la page 78 de cette thèse), le juge expliqua que leur principe sous-jacent était qu'il fallait éviter une « dissipation des ressources judiciaires », en s'assurant « qu'il y ait un vrai litige et qu'un citoyen ait un intérêt

²³⁹ *Id.*, p. 624.

²⁴⁰ *Id.*, p. 626. Nous faisons ici référence au paragraphe de l'arrêt *Borowski* discuté dans la sous-section précédente, lequel résume les trois critères du test à l'aide d'une seule phrase, cf. *Borowski*, préc. note 162, p. 598.

²⁴¹ *Finlay*, préc. note 224, p. 632.

véritable dans ce litige. »²⁴² Appliquant ces principes sous-jacents aux faits de l'espèce, le juge LeDain conclut :

« Je pense que l'intimé satisfait à ces deux exigences. Les points de droit soulevés à l'égard du prétendu non-respect provincial des conditions et engagements auxquels les versements fédéraux au titre du partage des frais sont assujettis par le Régime et à l'égard du pouvoir conféré par la loi de procéder à ces versements sont, à mon avis, loin d'être futiles. Ils méritent qu'un tribunal les examinent. Le statut de personne nécessiteuse de l'intimé, aux termes du Régime, quand il se plaint de subir un préjudice à cause de ce prétendu non-respect provincial, démontre qu'il est une personne ayant un intérêt véritable dans ces points litigieux et non un simple trouble-fête. »²⁴³

Quant au critère lié à l'efficacité du recours (critère #3, également énoncé à la page 78 de cette thèse), le juge LeDain l'expliqua par « la préoccupation d'un tribunal, lorsqu'il statue sur un point litigieux, d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue ». ²⁴⁴ Juxtaposant ce principe aux faits de l'affaire *Finlay*, le juge se déclara également satisfait que ce critère avait été respecté :

« Dans les arrêts *Thorson, McNeil et Borowski*, il a été jugé que cette exigence se trouvait satisfaite du fait de la nature de la loi contestée et du fait aussi que le procureur général avait refusé d'intenter un recours malgré que demande en ait été faite. Dans l'arrêt *Borowski*, les juges de la majorité et de la minorité n'ont différé d'opinions, essentiellement, selon mon interprétation de leurs motifs, que sur la question de savoir s'il pouvait exister quelqu'un d'autre, qui ait un intérêt plus direct que le demandeur, vraisemblablement à même de contester la loi. En l'espèce présente, il ressort clairement de la nature de la loi en cause qu'il ne peut y avoir personne d'autre qui ait un intérêt plus direct que le demandeur pour contester le pouvoir légal de faire les versements fédéraux au titre du partage des frais. (...) Je suis, par conséquent, d'avis que l'intimé satisfait à l'exigence qu'il n'y ait pas d'autres moyens raisonnables et efficaces

²⁴² *Id.*, p. 633. On voit donc, à l'instar de l'arrêt *Borowski*, que la Cour considère ces deux critères comme étant liés d'une certaine façon.

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ *Id.*

de saisir un tribunal de la question du pouvoir légal que soulève l'intimé dans sa déclaration. »²⁴⁵

On observe donc que, tant dans son raisonnement conceptuel que dans l'application qui en est faite, cet arrêt *Finlay* amène le test normatif de la trilogie *Thorson/McNeil/Borowski* à un autre niveau, en élaborant les principes qui sous-tendent les trois critères. En faisant cela, la Cour s'est trouvée à diminuer l'importance de l'ancienne logique conséquentialiste qui régnait avant cette trilogie, pour en faire une des considérations parmi d'autres. En outre, de façon assez claire, l'emploi de termes comme « il suffit que le demandeur démontre... », de même que la façon dont la Cour a appliqué ces principes sous-jacents dans cette espèce, ont indéniablement offert l'image d'une Cour suprême qui est mieux disposée à reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public aux acteurs sociaux.

Pour conclure cette sous-section, on retient donc qu'à compter de 1986, la participation citoyenne devant les tribunaux a connu des moments plus heureux qu'au cours de la période 1982-1985 que nous avons analysée précédemment. En effet, sur le plan des interventions, trois éléments sont clairement ressortis de notre analyse, soit :

- Les acteurs sociaux eux-mêmes ont contribué à ce renouveau, en publiant des commentaires et en présentant plus de demandes pour s'impliquer dans les dossiers;
- Suite à ces commentaires, les juges ont entrepris des démarches afin d'instaurer une nouvelle politique à l'endroit des acteurs sociaux, à la fois plus ouverte et mieux encadrée;

²⁴⁵ *Id.*

- Cette nouvelle politique a entraîné une participation accrue des intervenants, laquelle fut démontrée statistiquement par des auteurs s'étant penchés spécifiquement sur la question.²⁴⁶

Quant aux demandes d'intérêt public, notre analyse nous a permis d'ajouter trois points importants pour mieux comprendre l'évolution de ce type de recours, tant jurisprudentielle que doctrinale :

- Encore que son opinion n'a eu aucun impact direct à l'époque, on peut noter qu'un futur juge de la Cour suprême, le professeur Cromwell (tel qu'il était en 1986), a reproché aux juges de considérer la question de la qualité pour agir comme une question procédurale et d'oublier qu'il s'agissait d'une question intimement liée à l'accès à la justice par le citoyen et au rôle joué par les tribunaux dans notre société;²⁴⁷
- Dans l'arrêt *Finlay*, la Cour a confirmé que la conception de la qualité pour agir exprimée dans la trilogie d'arrêts *Thorson*, *McNeill/Borowski* s'appliquait également à une contestation autre que constitutionnelle;
- Dans ce même arrêt, la Cour a précisé les paramètres applicables à l'exercice discrétionnaire relatif à l'octroi de la qualité pour agir, en élaborant sur les principes sous-jacents aux trois critères du test normatif établi à cette même trilogie.

Encore une fois, la situation prévalant au tournant de la décennie 1990 s'avérait donc prometteuse pour la participation des acteurs sociaux sur la scène judiciaire, mais d'autres

²⁴⁶ J. KOCH, «Making Room: New Directions in Third Party Intervention», préc. note 213, p. 162; I. BRODIE, *From NAACP to LEAF, American Legal Exports to Canada*, préc. note 230, D. BEATTY, *Talking Heads and the Supremes - The Canadian Production of Constitutional Review*, préc. note 232, p. 277-292.

²⁴⁷ T. A. CROMWELL, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, préc. note 233, p. 92.

rebondissements viendront encore une fois changer la donne, tel que relaté dans les pages suivantes.

5. *La période 1992-2009 : nouvelle remise en question de la participation citoyenne devant les tribunaux*

On aurait pu croire que l'accueil favorable fait aux interventions et aux demandes d'intérêt public décrit dans la section précédente aurait jeté les bases d'une relation solide entre les acteurs de la société civile et la Cour suprême, laquelle aurait permis de développer une jurisprudence en matière de droits fondamentaux sur une base de collaboration mutuelle. Or, l'analyse de la situation prévalant à compter du début des années quatre-vingt-dix démontre tout le contraire, alors qu'un vent de critiques s'est levé contre la présence des groupes sociaux devant les tribunaux.

Trois circonstances sont à l'origine de ce changement d'attitude : la décision rendue dans l'arrêt *Conseil canadien des églises*²⁴⁸, laquelle a littéralement jeté une douche d'eau froide sur les acteurs sociaux voulant s'impliquer à titre de demandeurs d'intérêt public (par. a), les critiques sévères relatives au « Court party » (par. b) et les nombreux reproches émis publiquement par certains juges de la Cour suprême quant à la conduite des acteurs sociaux devant les tribunaux (par. c). Voyons ces trois circonstances un peu plus en détail.

a) *L'arrêt Conseil canadien des églises : nouvel obstacle pour les acteurs sociaux*

Le premier événement d'importance est l'arrêt *Conseil canadien des églises* prononcé par la Cour suprême en 1992, lequel a porté un très dur coup aux groupes sociaux en refusant de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public du demandeur sur la base d'une

²⁴⁸ *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 (ci-après désigné « l'arrêt *Conseil canadien des églises* »).

interprétation stricte du troisième critère du test défini dans les arrêts *Thorson, McNeil, Borowski et Finlay*, c.-à-d. celui concernant l'efficacité du recours.

Prononcée à l'unanimité par une Cour suprême complètement remodelée depuis l'arrêt *Finlay*²⁴⁹, cette décision fut d'autant plus dommageable pour les acteurs sociaux que les juges ont reformulé ce troisième critère d'une façon stricte, faisant en sorte que la possibilité d'intenter une demande d'intérêt public par un acteur social ne faisant pas l'objet d'accusations en vertu de la loi contestée, a littéralement été anéantie. La professeure Jane Bailey présentait la situation de cette façon :

«Judicial exercise of the discretion to grant public interest standing clearly illustrates the impact of the judicial gatekeeping role on access to justice. Law's gate swung open in a series of decisions recognizing judicial capacity to grant public interest standing-subject to, among other things, there being no other reasonable and effective alternative for bringing the legal challenge before the law [l'auteur réfère ici aux arrêts *Thorson, McNeil, Borowski et Finlay*]. Shortly thereafter, however, the Supreme Court of Canada appeared to have slammed the gate shut through a privileged and decontextualized analysis of alternatives to public interest litigation. [elle réfère ici à l'arrêt *Conseil canadien des églises*]. This analysis hits members of socially vulnerable groups particularly hard by imposing an inflexible preference for individual litigation of the constitutionality of the nation's laws, instead of public interest litigation of these matters by representative groups.»²⁵⁰

Au point de vue factuel, cette affaire *Conseil canadien des églises* impliquait une contestation de la constitutionnalité de certaines modifications à la *Loi sur l'immigration de 1976*²⁵¹, plus particulièrement celles relatives au traitement et à l'admissibilité des personnes réclamant le statut de réfugié au Canada. Selon tous les acteurs impliqués dans ce dossier, incluant les juges, ces changements n'étaient pas des modifications mineures, puisqu'ils

²⁴⁹ Parmi les neuf juges ayant participé à l'arrêt *Conseil canadien des églises*, seul le juge La Forest faisait partie de la Cour au moment de l'arrêt *Finlay*.

²⁵⁰ Janet BAILEY, «Reopening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice», (2011) 44 *U.B.C.L. Rev.* 255, 257-258.

²⁵¹ *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52.

s'inscrivaient dans une réforme en profondeur de l'ensemble du régime d'immigration et qu'ils diminuaient de façon assez substantielle le droit des demandeurs d'asile. Certains exemples de modifications donnent une bonne idée de la sévérité de ces nouvelles mesures :

- La possibilité qu'un demandeur de statut de réfugié soit renvoyé dans son pays dans les soixante-douze heures de la décision rendue dans son dossier;
- L'obligation qu'une personne placée sous garde obtienne les services d'un avocat dans les vingt-quatre heures suivant la prise d'une mesure de renvoi et le même délai applicable aux demandes d'appel;
- L'impossibilité pour certains demandeurs d'asile de revendiquer le statut de réfugiés.

Comme il se devait, la Cour a entrepris de résoudre cette affaire à l'aide des trois critères énoncés dans les arrêts *Thorson, McNeil, Borowski et Finlay*. Tout d'abord, vu la sévérité des nouvelles mesures qui étaient en cause, la Cour s'est montrée d'avis que la situation soulevait une question sérieuse quant à la validité de la loi et que le premier critère du test était respecté.²⁵²

Quant au deuxième critère – celui lié à l'intérêt particulier ou véritable du demandeur – la Cour a également conclu qu'il avait été rempli. En effet, le Conseil canadien des églises (ci-après désigné « le CCE ») n'était pas le dernier venu en matière d'aide aux réfugiés. Représentant une large coalition d'églises, cet organisme pilotait depuis longtemps un comité d'entraide créé spécifiquement pour les demandeurs d'asile, lequel agissait en tant que coordonnateur d'un large mouvement dont l'objectif principal était la protection et le rétablissement des réfugiés. En sollicitant l'aide d'organisations non religieuses, le CCE avait aussi mis en place une entité

²⁵² *Conseil canadien*, préc. note 248, p. 253-254.

globale qui prenait à sa charge divers aspects touchant la vie des réfugiés, tels que les services médicaux, humanitaires et juridiques dont les demandeurs d'asile avaient besoin. À travers cette entité, le CCE avait également participé à de nombreuses réunions politiques pour faire des commentaires sur l'élaboration des politiques et des procédures applicables aux réfugiés. D'ailleurs, pendant que les modifications en litige étaient encore à l'étude, le CCE avait fait connaître ses préoccupations aux membres du gouvernement et aux comités parlementaires chargés de l'étude des modifications. En outre, l'expertise du CCE en matière du droit des réfugiés n'était pas limitée au Canada, puisqu'il avait également été impliqué à l'international. En somme, comparé à la jurisprudence de la Cour suprême depuis 1975, il était assez évident que le CCE avait encore plus d'intérêt pour agir en justice que Messieurs Thorson, McNeil et Borowski en avaient dans leurs dossiers respectifs, ce pourquoi la Cour a réglé cette question en quelques lignes:

« Il n'y a pas de doute que le requérant a satisfait à cette partie du critère. Le Conseil jouit de la meilleure réputation possible et il a démontré un intérêt réel et constant dans les problèmes des réfugiés et des immigrants. »²⁵³

C'est toutefois dans l'analyse du troisième critère du test – celui de la raisonnable et de l'efficacité du recours – que l'espoir du CCE s'est effondré. À ce sujet, il faut souligner en tout premier lieu que le type d'approche pris par la Cour s'annonça plutôt mal pour cet acteur social puisque le juge Cory, au nom d'une cour unanime, l'aborda en se demandant s'il fallait « élargir le critère actuel de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public ». ²⁵⁴ Bien que la réponse soit apparue affirmative au départ, la suite du raisonnement a bifurqué assez vite sur une logique conséquentialiste :

²⁵³ *Id.*, p. 254.

²⁵⁴ *Id.*, p. 252.

« La reconnaissance grandissante de l'importance des droits publics dans notre société vient confirmer la nécessité d'élargir la reconnaissance du droit à la qualité pour agir par rapport à la tradition de droit privé qui reconnaissait qualité pour agir aux personnes possédant un intérêt privé. En outre, un élargissement de la qualité pour agir au-delà des parties traditionnelles est compatible avec les dispositions de la Loi constitutionnelle de 1982. Toutefois, je tiens à souligner que la reconnaissance de la nécessité d'accorder qualité pour agir dans l'intérêt public dans certaines circonstances ne signifie pas que l'on reconnaîtra pour autant qualité pour agir à toutes les personnes qui désirent intenter une poursuite sur une question donnée. Il est essentiel d'établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux et la nécessité d'économiser les ressources judiciaires. Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante. Cela serait préjudiciable, voire accablant, pour notre système de justice et injuste pour les particuliers. »²⁵⁵

Toujours en adoptant une perspective conséquentialiste, le juge Cory décida de traiter du « problème » relatif à la reconnaissance de la qualité pour agir (son expression²⁵⁶), en comparant le système judiciaire canadien avec d'autres systèmes à travers le monde :

« Il peut être intéressant de comparer la position adoptée par d'autres pays de common law relativement à la question de la qualité pour agir. Les tribunaux de la plus haute instance au Royaume-Uni, en Australie et aux États-Unis se sont trouvés aux prises avec ce problème. Ils ont tous reconnu la nécessité de soupeser l'accès des groupes d'intérêt public aux tribunaux par rapport à la nécessité d'économiser les ressources judiciaires limitées. On se rendra compte que chacun de ces pays a adopté une attitude plus restrictive que les tribunaux canadiens relativement à la reconnaissance de l'intérêt pour agir. »²⁵⁷

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ *Id.*, p. 243.

²⁵⁷ *Id.*

Ainsi, après avoir passé en revue les modalités d'exercice de la qualité pour agir dans ces autres juridictions (et conclu qu'elles étaient plus restrictives que celles du système canadien), le juge fit cette mise en garde :

« Oeuvrant principalement, sinon presque exclusivement de la façon traditionnelle, les tribunaux de la plupart des régions fonctionnent à pleine capacité. Les tribunaux jouent un rôle important dans notre société. Si l'on veut qu'ils continuent d'assumer ce rôle, on doit s'assurer qu'il n'y a pas surutilisation des ressources judiciaires. C'est là un facteur dont on doit toujours tenir compte quand on envisage d'étendre la qualité pour agir. »²⁵⁸

Sur la base d'un tel raisonnement, axé (1) sur la possibilité d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes pouvant causer la submersion des tribunaux²⁵⁹ (2) sur la comparaison favorable du système canadien par rapport à d'autres²⁶⁰ et (3) sur le fait que les cours canadiennes opéraient alors à pleine capacité²⁶¹, le juge Cory décida d'interpréter ainsi le troisième critère du test des arrêts *Thorson/McNeil/Borowski/Finlay* :

« Le critère énoncé par notre Cour quant à la reconnaissance de la qualité pour agir à des parties d'intérêt public tient également compte de la question de l'affectation judicieuse des ressources judiciaires. À cette fin, le tribunal limite la reconnaissance de la qualité pour agir aux cas où il s'attend qu'aucune personne directement lésée n'intentera de poursuite. »²⁶²

Une telle interprétation était étonnante, car, comme nous l'avons vu plus haut, la Cour suprême n'avait jamais été aussi stricte dans son appréciation du troisième critère et elle n'avait d'aucune façon subordonné l'octroi de la qualité pour agir dans l'intérêt public à la démonstration par le demandeur « qu'aucune personne directement lésée n'intentera de

²⁵⁸ *Id.*, p. 249.

²⁵⁹ *Id.*, p. 252.

²⁶⁰ *Id.*, p. 243.

²⁶¹ *Id.*, p. 249.

²⁶² *Id.*, p. 252.

poursuite ».²⁶³ D'une manière encore plus dommageable pour les acteurs sociaux voulant se saisir des tribunaux, le juge Cory entreprit un peu plus loin de réécrire ce troisième critère de la façon suivante :

« La reconnaissance de la qualité pour agir a pour objet d'empêcher que la loi ou les actes publics soient à l'abri des contestations. Il n'est pas nécessaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. Il n'est pas nécessaire d'élargir les principes régissant la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public établis par notre Cour. »²⁶⁴

Ainsi, pour des motifs clairement fondés sur une approche conséquentialiste, la Cour suprême venait de réduire de façon radicale la possibilité qu'un acteur social intente une action au nom de l'intérêt public, dans tous les cas où le ministère public pouvait démontrer, par prépondérance des probabilités, qu'une personne serait éventuellement accusée en vertu de la loi contestée. En d'autres mots, tel que le suggère un auteur,

« The court's language suggest[ed] that the mere existence of directly affected persons, even if they had not commenced litigation, would be sufficient to bar public interest standing.»²⁶⁵

Sur la base d'une telle interprétation restrictive, on ne sera pas surpris d'apprendre que, malgré la reconnaissance que les questions soumises à la Cour dans cette affaire étaient sérieuses (critère #1) et que l'intérêt du CCE ne faisait aucun doute (critère #2), la Cour suprême a refusé que ce litige suive son cours, au motif que des réfugiés pourraient éventuellement se saisir des tribunaux et contester la constitutionnalité des nouvelles modifications :

²⁶³ *Id.*

²⁶⁴ *Id.*, p. 252 (nos soulignés).

²⁶⁵ June M. ROSS, « Standing in Charter Declaratory Actions », (1995) 33 *Osgoode Hall L. J.* 151, 166-167.

«La loi contestée est de nature réglementaire et elle touche directement tous les demandeurs du statut de réfugié au pays. Chacun d'entre eux a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi afin de faire assurer le respect des droits que lui garantit la Charte. Le Conseil requérant reconnaît que ces actions pourraient être intentées, mais soutient que les désavantages que subissent les réfugiés en tant que groupe les empêchent d'utiliser efficacement l'accès qu'ils ont aux tribunaux. Je ne peux accepter cette prétention. »²⁶⁶

En résumé, comme l'explique la professeure Bailey, cet arrêt *Conseil canadien des églises* annonçait un avenir sombre pour la participation des groupes sociaux devant les tribunaux, surtout que la même logique conséquentialiste fut réitérée par la Cour suprême dans l'arrêt *Hy and Zel's*²⁶⁷ rendu l'année suivante :

As a result, a party who had proven its commitment to or expertise in relation to a serious and justiciable issue of public importance was likely to be denied public interest standing to bring that issue before the law if there was any prospect (seemingly however faint) that a directly affected individual could mount a legal challenge him or herself. The Court's restrictive approach, reiterated in its subsequent decision in *Hy and Zel's*, understandably led to a "dismal forecast regarding the importance of public interest standing in future *Charter* litigation."²⁶⁸

b) *Les critiques relatives au « Court Party »*

Un deuxième événement d'importance est venu ébranler la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires, à savoir la critique particulièrement virulente émanant d'experts en science politique qui dénoncèrent vigoureusement l'influence indue des groupes de pression dans l'élaboration des décisions entourant la *Charte*.

²⁶⁶ *Conseil canadien des églises*, préc. note 248, p. 254.

²⁶⁷ *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général); Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675.

²⁶⁸ J. BAILEY, «Reopening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice», préc. note 250, à la p. 264.

Ce qui était particulièrement inquiétant pour les représentants de la société civile voulant participer dans les débats judiciaires fut que cette critique n'émanait pas seulement d'un mouvement conservateur de droite, mais également d'une faction de gauche socialiste (« left-side socialist ») qui prétendait que, plutôt que d'être un outil de réforme sociale, les litiges touchant la *Charte* ne faisaient que raffermir les inégalités existantes et que les grandes organisations de défense des droits se trouvaient à participer sciemment à cet exercice.²⁶⁹

Sans s'étendre trop longtemps sur le contenu de ces critiques, ce qu'il est important de retenir est qu'en plus de blâmer les largesses du financement public dont ces groupes disposaient et la sympathie que leur montraient les médias en quête d'histoires intéressantes, les auteurs reprochaient surtout à la Cour suprême de faire une place trop grande à des groupes élitistes (baptisés collectivement le « Court Party »), lesquels, à leur avis, profitaient de cette largesse pour s'accaparer la place revenant aux justiciables privés dans les dossiers judiciaires :

«Interest groups are increasingly the principal carrier of *Charter* litigation, if not as the litigant, then as the financial backer or intervener. The decline of the individual reflects the conscious decision of an increasing number of interest groups to use *Charter* litigation to challenge government policy. Drawing on American experience of systematic litigation strategies, a new breed of Canadian interest groups has become adept at packaging their causes as cases and taking them to court. The Supreme Court has facilitated interest group litigation by relaxing the rules of standing and by adopting a new, open-door policy for non-government interveners.»²⁷⁰

²⁶⁹ La professeure Carissima Mathen expliquait que la critique était également soutenue par une faction « left-side socialist » qui prétendait que, plutôt que d'être un outil de réforme sociale, la *Charte* ne faisait que raffermir les inégalités existantes et que les intervenants participaient à cet exercice, Carissima MATHEN, «The Expanding Role of Interveners: Giving Voice to Non-Parties», dans Douglas D. YARD, Douglas E. FINKBEINER (dirs.), *Competence and Capacity: New Directions*, The 2000 Isaac Pitblado Lectures, Law Society of Manitoba), p. 85-119, à la p. 88.

²⁷⁰ F.L. MORTON et Rainer KNOPFF. «The Supreme Court as the Vanguard of the Intelligentsia: The Charter Movement as Postmaterialist Politics», dans J. AJZENSTAT (dir.), *Canadian Constitutionalism. 1791-1991*, Ottawa, Canadian Study of Parliament Group, 1992, p. 54-78, à la p. 63; F. Leslie SEIDLE (dir.), *Equity & Community, the Charter, Interest advocacy and representation*, Montreal, Institute for Research in Public Policy, 1993. Ce mouvement a pris encore plus d'ampleur au cours des années suivantes, cf. Charles R. EPP, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Court in Comparative Perspective*, Chicago, The University of

c) *Les reproches publics des juges de la Cour suprême à l'endroit des acteurs sociaux*

Comme troisième événement ayant marqué la période 1992-2009, on observe que la participation des groupes sociaux devant les tribunaux a été mise à rude épreuve du fait qu'une partie des reproches relatifs au « Court Party » semblent avoir trouvé écho chez des juges de la Cour suprême.

Par exemple, quelques mois après sa nomination à la tête de la Cour, la juge en chef McLachlin laissait entendre que les groupes d'intérêt avaient peut-être abusé de l'hospitalité de la Cour et que ces derniers se servaient trop souvent de leur participation dans le débat judiciaire pour propager leurs messages par la voie des médias.²⁷¹ Le juge Major exprimait l'idée que l'erreur des juges avait probablement été de leur avoir ouvert la porte trop grande.²⁷² Dans le même sens, le juge Bastarache émettait l'opinion qu'après presque vingt ans d'expérience avec la *Charte*, la politique favorisant l'accès des groupes sociaux dans le débat judiciaire devrait peut-être faire l'objet d'une révision par la Cour.²⁷³ En plus de ces commentaires, le coup le plus dur porté par un membre du plus haut tribunal fut probablement celui du juge Iacobucci, lors d'une entrevue qu'il accordait à un membre de la presse :

« "Should there be as many"? Judge Iacobucci asked in an interview. "I feel we ought to look at this. Some people have raised the point – particularly in criminal cases – that you have one person representing the accused and a

Chicago Press, 1998; F.L. MORTON et Rainer KNOPFF, «Judges, the Court Party and the Charter Revolution», *Policy Options*, April 2000, 55, 57; F.L. MORTON et R. KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, préc. note 50; F.L. MORTON (dir.), *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 2000; F.L. MORTON et Avril ALLEN, «Feminist and the Courts: Measuring Success in Interest Group Litigation in Canada», (2001) 34 *Can. J. of Pol. Sci.* 55 et I.R.BRODIE, *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, préc. note 50.

²⁷¹ Beverley MCLACHLIN, *Remarks at the Advocates' Society End of Term Diner*, Toronto, 7 juin 2000.

²⁷² Luiza CHWIALKOWSKA, *Rein in lobby groups, senior judges suggest "We've opened the door probably too widely, Supreme Court justice tells Post*, *National Post*, 6 avril 2000; voir son autre commentaire à l'effet que le nombre élevé d'interventions favorables à l'une ou l'autre partie « are, on this basis, of no value. That approach is simply piling on, and incompatible with a proper intervention », dans John C. MAJOR, «*Interveners and the Supreme Court of Canada* », (1999) 8 *National*, 27, 27-28.

²⁷³ L. CHWIALKOWSKA, *Rein in lobby groups, senior judges suggest "We've opened the door probably too widely, Supreme Court justice tells Post*, préc., note 272.

battery of intervenors supporting the Crown, or vice-versa. So they say you get this kind of imbalance. I think we have to look at that.”

The spectrum of viewpoints intervenors can bring to the court made sense in the 1980s, Judge Iacobucci said. The court was then engaged in the critical exercise of choosing the legal building blocks upon which the Charter of Rights and Freedom would be interpreted.

“We had a tremendous need for something that would be beyond the purely adversarial system”, he said. “Looking back, those intervenors played a highly significant role. But it’s now getting on to be 18 years old or so later. Should we be looking at the question in different ways?”²⁷⁴

Pour résumer la présente sous-section, on retient qu’à compter de 1992, trois événements distincts ont perturbé de façon significative la percée faite par les acteurs sociaux sur la scène judiciaire entre 1986 et 1991.

Dans un premier temps, nous avons vu que, de façon assez soudaine, la décision unanime rendue par la Cour suprême dans *Conseil canadien des églises* (approuvée par huit juges assermentés après l’arrêt *Finlay*) a ébranlé considérablement le principe d’ouverture démontré lors des arrêts *Thorson*, *McNeil*, *Borowski* et *Finlay*, en restreignant le troisième critère du test jurisprudentiel alors en vigueur. Tel qu’il appert de la comparaison du libellé du troisième critère avant et après cet arrêt *Conseil canadien des églises*, cette modification a fait en sorte que le droit d’agir comme demandeur d’intérêt public obligeait dorénavant le justiciable à démontrer que personne d’autre ne contesterait la disposition législative en cause :

²⁷⁴ Kirk MAKIN, *Intervenors: How many are too many?* The Globe & Mail, 10 mars 2000, A1.

TABLEAU 2
COMPARAISON DU TEST APPLICABLE À LA QUALITÉ POUR AGIR DANS L'INTÉRÊT PUBLIC
AVANT ET APRÈS L'ARRÊT CONSEIL CANADIEN DES ÉGLISES

Avant l'arrêt Conseil canadien des églises	Suite à l'arrêt Conseil canadien des églises
<p>« ... il suffit qu'une personne démontre (...) qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour. »²⁷⁵</p>	<p>« ... le tribunal limite la reconnaissance de la qualité pour agir aux cas où il s'attend qu'aucune personne directement lésée n'intentera de poursuite. »²⁷⁶</p> <p>« Il n'est pas nécessaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. »²⁷⁷</p>

D'un point de vue quantitatif, ce changement de cap de la part de la Cour suprême a eu des répercussions évidentes, puisque, tel que l'expliquait la professeure Jane Bailey, ces critères restrictifs ont fait en sorte que très peu d'acteurs sociaux ont osé initier des demandes au nom de l'intérêt public.²⁷⁸

Dans un deuxième temps, nous avons exposé qu'à partir de cette même année 1992, un vent de critiques s'est abattu sur le plus haut tribunal, de même que sur quelques grandes organisations sociales, qu'on a affublées du qualificatif de « Court Party », pour sous-entendre qu'elles influençaient indûment la Cour suprême et qu'elles se servaient des tribunaux à des fins politiques.²⁷⁹ Sans admettre cette situation, plusieurs juges de la Cour se sont néanmoins

²⁷⁵ *Borowski*, préc. note 163, p. 598.

²⁷⁶ *Conseil canadien des églises*, préc. note 248, p. 251.

²⁷⁷ *Id.*, p. 252.

²⁷⁸ J. BAILEY, «Reopening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice», préc. note 250, p. 255.

²⁷⁹ Voir notamment l'article des professeurs Morton et Knopff publié en 1992, cf. F.L. MORTON et R. KNOPFF, "The Supreme Court as the Vanguard of the Intelligentsia: The Charter Movement as Postmaterialist Politics", préc. note 270, à la p. 63.

fait entendre publiquement, pour reprocher la façon dont certains intervenants instrumentalisaient leur présence devant la Cour.

Sur le plan quantitatif, ces critiques et reproches (qui ont perduré de 1992 à 2002²⁸⁰) ont définitivement eu un impact négatif sur la participation des acteurs sociaux à titre d'intervenants dans les débats judiciaires. En effet, les professeurs Benjamin Alarie et Andrew J. Green démontraient, statistiques à l'appui, que le nombre d'interventions dans les causes impliquant la *Charte* a considérablement diminué durant la première décennie des années 2000 et que cette participation a diminué graduellement d'année en année, pour atteindre son niveau le plus bas en 2009, alors qu'une trentaine d'intervenants seulement furent admis à participer dans un dossier de la Cour suprême.²⁸¹ Commentant ces statistiques en 2010, la professeure Sanda Rodgers, qui se spécialise dans le domaine de la justice sociale, soumettait que la situation prévalant au tournant de cette première décennie ne présageait rien de très bon sur le plan de l'accès à la justice par les acteurs de la société civile, puisque le déclin de participation était observé dans presque tous les domaines du droit :

« These graphs [ceux d'Alarie et Green relativement aux interventions entre 2000 et 2009] show a declining rate of intervener applications allowed in virtually every category. Of their categories that most closely track social justice issues – environmental groups, public advocacy law groups, Aboriginal groups and public interest groups – each shows a decline. This formal decline in numbers is evidence of increasing barriers in access to the Court by those, and those groups, representing the most marginalized Canadians and by those organizations, such as environmental groups, that challenge dominant interests, and in particular those for whom section 15 equality guarantees, and the Court's jurisprudential understanding of those guarantees, is of crucial importance.»²⁸²

²⁸⁰ Voir les autres commentaires et ouvrages mentionnés à la note 270.

²⁸¹ B. ALARIE et A. J. GREEN, «Interventions at the Supreme Court of Canada: Accuracy, Affiliation and Acceptance», préc. note 138, à la p. 397.

²⁸²S. RODGERS, «Getting Heard: Leave to Appeal, Interveners and Procedural Barriers to Social Justice in the Supreme Court of Canada», préc. note 138, à la p. 24.

6. Bilan récapitulatif de la participation citoyenne en Cour suprême avant 2010

En guise de bilan récapitulatif de la présente section B, trois grands constats se dégagent de notre analyse de la participation des acteurs sociaux dans les dossiers de la Cour suprême traitant des droits fondamentaux avant 2010.

Tout d'abord, le premier constat est que cette participation était pratiquement inexistante avant 1974, soit par un manque d'intérêt de la part des acteurs sociaux ou soit par une attitude très peu hospitalière affichée par la Cour suprême dans les décennies précédentes.

Le deuxième constat est qu'à partir de 1974, les acteurs de la société civile ont commencé progressivement à montrer un certain intérêt pour les affaires judiciaires et que la Cour suprême, sous l'impulsion du juge Bora Laskin, s'est montrée favorable à une telle participation en les accueillant de façon graduelle dans certains dossiers soulevant des questions d'importance, tant à titre d'intervenants que de demandeurs agissant dans l'intérêt public.

Le troisième constat est que le degré d'ouverture de la Cour suprême à l'égard de cette participation s'est avéré inégal au fil des époques, dépendant de la perspective qu'elle choisissait de prendre dans ses jugements. En effet, la revue historique des dossiers de la Cour révèle que les courants favorables à la présence des acteurs sociaux devant les tribunaux furent caractérisés par une perspective à prédominance déontologique, les juges ayant alors priorisé le principe de l'accès à la justice par le citoyen. En revanche, l'analyse des périodes où le courant fut défavorable à la participation citoyenne montre que les juges ont alors adopté une posture à prédominance conséquentialiste, en tentant d'éviter les effets négatifs découlant d'une présence trop importante des acteurs sociaux, ce qui a eu pour effet de restreindre leur participation dans les dossiers judiciaires, tant à titre d'intervenants que de demandeurs agissant dans l'intérêt public. De façon schématique, le résumé de la revue historique que nous avons effectuée s'illustre donc par le tableau suivant :

TABLEAU 3
RÉCAPITULATION DES PRATIQUES DE LA COUR SUPRÊME À L'ÉGARD DE LA PRÉSENCE
CITOYENNE DANS LES DÉBATS JUDICIAIRES

Périodes	Décisions-clés	Attitude vis-à-vis de la participation citoyenne	Caractère prédominant du raisonnement	Motifs principaux invoqués par la Cour suprême
Avant 1974	<i>Smith (1924)</i>	Défavorable	Conséquentialiste	Atteinte potentielle à l'ordre public, crainte d'inconvénients sérieux
1974-1981	<i>Thorson McNeil Borowski</i>	Favorable	Déontologique	Droit du citoyen au respect de la Constitution prime sur les conséquences
1982-1985	<i>Aucune (coulisses de la Cour)</i>	Hésitante	Conséquentialiste	Crainte d'instrumentalisation des tribunaux par les groupes d'intérêt
1986-1991	<i>Finlay (1986)</i>	Favorable	Déontologique	Principes de la trilogie Thorson/McNeil/Borowski
1992-2009	<i>Conseil canadien des églises (1992)</i>	Défavorable	Conséquentialiste	Crainte d'abus du système par les groupes d'intérêts

Cette mise en contexte de la période 1924-2010 étant complétée, nous allons maintenant aborder la situation contemporaine de la participation judiciaire des acteurs sociaux d'un point de vue quantitatif.

B. Analyse quantitative de la participation citoyenne dans les dossiers judiciaires depuis 2008

Dans l'optique d'infirmer ou de confirmer notre première hypothèse de recherche relative à la participation effective des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires en Cour suprême, nous avons procédé à une analyse quantitative des dossiers traités par le plus haut tribunal en matière de droits fondamentaux.

Avant d'en dévoiler les résultats, rappelons la méthodologie que nous avons utilisée. Tout d'abord, au niveau de la période sélectionnée pour notre étude, les dossiers de la Cour suprême que nous avons examinés couvrent les décisions finales rendues durant les dernières sept années et demie, soit du 1^{er} janvier 2008 au 30 juin 2015. Tel qu'expliqué à l'introduction de la présente partie, ces dates ont été choisies dans l'objectif de se servir des années 2008 et 2009 comme années de référence et de voir si la participation des acteurs sociaux dans l'arène judiciaire depuis ces années est stagnante, à la baisse ou la hausse.

Après avoir parcouru l'ensemble des dossiers traités par la Cour durant la période choisie (509 au total), nous avons tenu compte des limites que nous nous sommes imposées, en sélectionnant uniquement ceux qui concernaient au moins une question touchant les droits fondamentaux (184 dossiers). Par la suite, nous avons parcouru les bulletins de la Cour suprême afin d'identifier les demandes d'intervention déposées par les acteurs sociaux dans chacun de ces dossiers et le sort qui leur a été réservé par la Cour. Une fois cette tâche complétée, nous avons compilé nos données dans un tableau général se retrouvant en annexe de la présente thèse, lequel nous a permis de préparer les statistiques pertinentes à notre sujet.

Pour la compilation de nos données, il est utile de souligner que nous avons scrupuleusement respecté la définition des « acteurs de la société civile » discutée précédemment.²⁸³ Ainsi, les interventions déposées par les procureurs généraux n'ont pas été comptabilisées, de même que celles formulées par des organismes judiciaires (ex. le Directeur des poursuites criminelles ou les commissions des droits de la personne,) ou quasi judiciaires (ex. les commissaires aux langues officielles). Les organisations à but lucratif, de même que les commissions ou conseils scolaires, ont également été exclues.

Aux fins de la présentation de nos résultats, nous avons divisé notre discussion en trois parties, en examinant tour à tour la volonté des acteurs sociaux de s'impliquer dans les débats

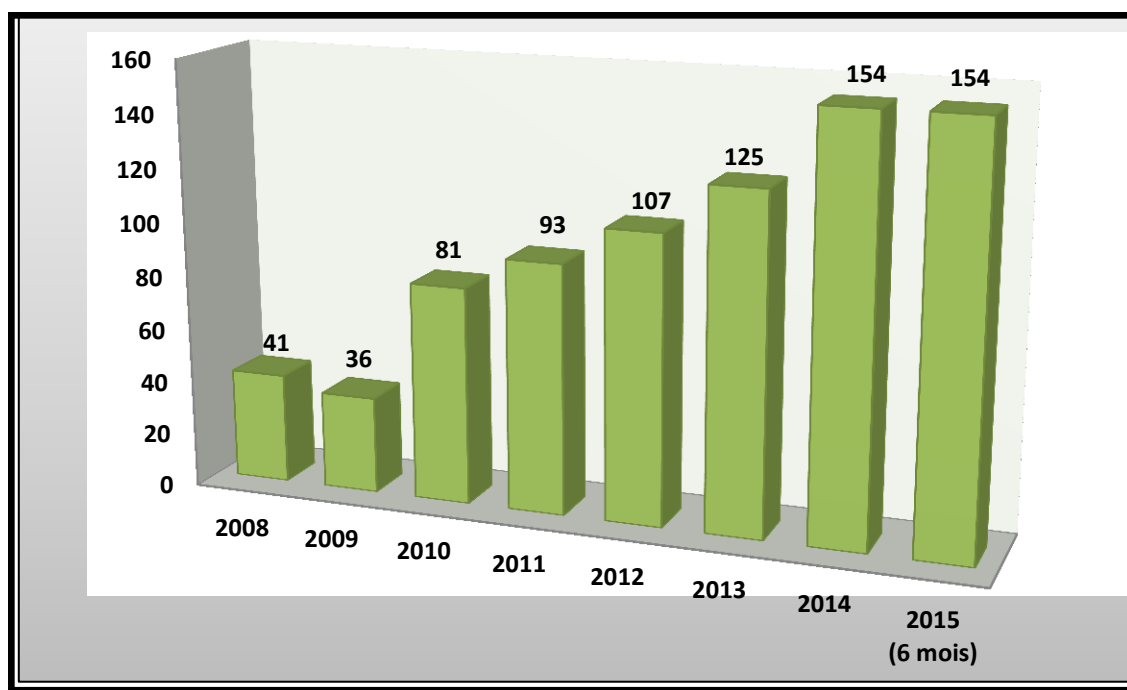
²⁸³ Voir la note 21.

judiciaires (§1), l'ouverture de la Cour quant à cette participation (§2) et une discussion plus spécifique sur l'identité des acteurs sociaux qui s'impliquent dans les dossiers judiciaires (§3).

1. L'intérêt des acteurs sociaux dans les affaires judiciaires

Le premier élément d'importance révélé par notre étude est la confirmation que la participation citoyenne dans les dossiers judiciaires était à un niveau extrêmement bas à la fin de la première décennie des années 2000, alors que très peu d'acteurs sociaux ont déposé une demande d'intervention dans les dossiers de la Cour suprême décidés en 2008 et 2009.²⁸⁴ En revanche, on constate qu'à partir de 2010, l'intérêt des acteurs sociaux se raffermi et ne cesse de progresser par la suite :

TABLEAU 4
NOMBRE D'ACTEURS SOCIAUX AYANT DÉPOSÉ UNE DEMANDE D'INTERVENTION EN COUR SUPRÊME (DOSSIERS IMPLIQUANT LA CHARTE 2008-2015)

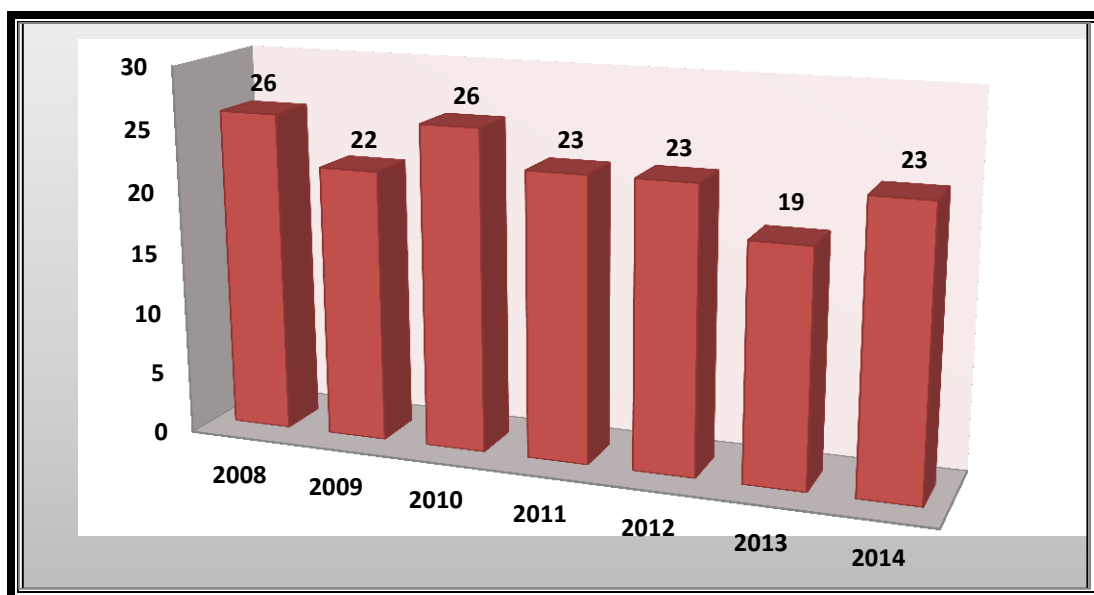


²⁸⁴ Cette période coïncide avec le cycle défavorable à la participation citoyenne discuté à la section A.5.

Ces statistiques sont révélatrices, puisque cette démarcation à partir de 2010 suggère l'avènement d'un cycle favorable à la participation citoyenne dans les dossiers judiciaires en matière de droits fondamentaux. Ce qui est aussi remarquable est que ces statistiques attestent d'une progression constante d'année en année, de telle sorte que, si on compare le nombre de demandes d'intervention de 2014 (154) avec celui de 2009 (36), on constate une augmentation substantielle qui dépasse 300%. En outre, quand on regarde les chiffres pour les six premiers mois de l'année 2015, on ne peut s'empêcher de conclure qu'au rythme où vont les choses, plus de 200 acteurs auront formulé des demandes d'intervention dans ce type de dossiers, ce qui représente une marque sans précédent dans l'histoire de la Cour suprême.

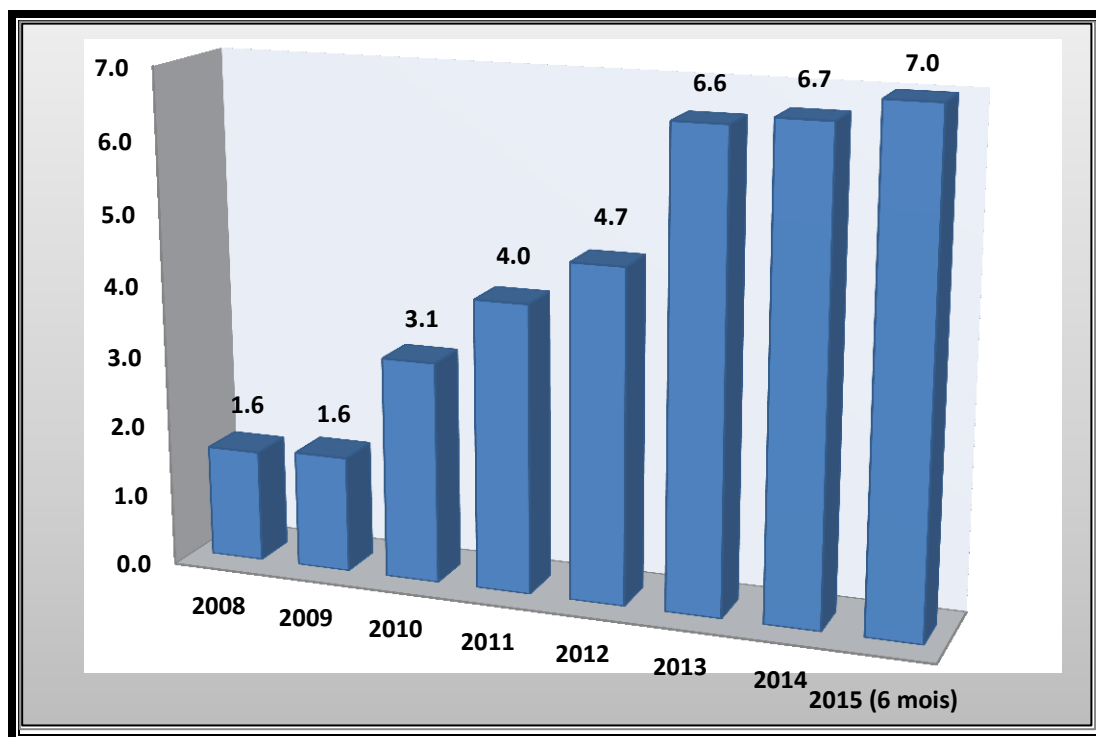
Devant cet accroissement significatif des demandes d'intervention, on pourrait croire que la Cour suprême entend davantage de dossiers en matière de droits fondamentaux, ce qui offrirait plus d'opportunités de s'impliquer pour les acteurs sociaux. Or, ce n'est pas le cas, puisqu'à ce chapitre, le nombre de dossiers traités par la Cour suprême est stable d'année en année. Par exemple, on remarque que durant les années 2009, 2011, 2012 et 2014, le nombre de dossiers fut à peu près le même et qu'il n'existe pas de grand écart d'une année à l'autre :

TABLEAU 5
NOMBRE ANNUEL DE DOSSIERS TRAITANT DES DROITS FONDAMENTAUX EN COUR SUPRÊME
(2008-2014)



Tenant compte que le nombre de dossiers en matière de droits fondamentaux entendus par la Cour suprême est relativement stable et que le nombre de demandes d'interventions déposées chaque année par les acteurs sociaux est connu, il est possible d'établir une moyenne des demandes d'intervention par des acteurs sociaux par dossier et de voir si cette moyenne est en croissance ou en décroissance. Or, encore une fois, on remarque une progression constante puisqu'en 2008 et 2009, cette moyenne n'était que de 1,6 et qu'elle augmente de façon constante à partir de 2010, pour se situer à 6,7 pour la dernière année complète. Quant aux six premiers mois de 2015, cette moyenne continue de progresser pour s'établir à 7,0 demandes d'intervention par des acteurs sociaux par dossier:

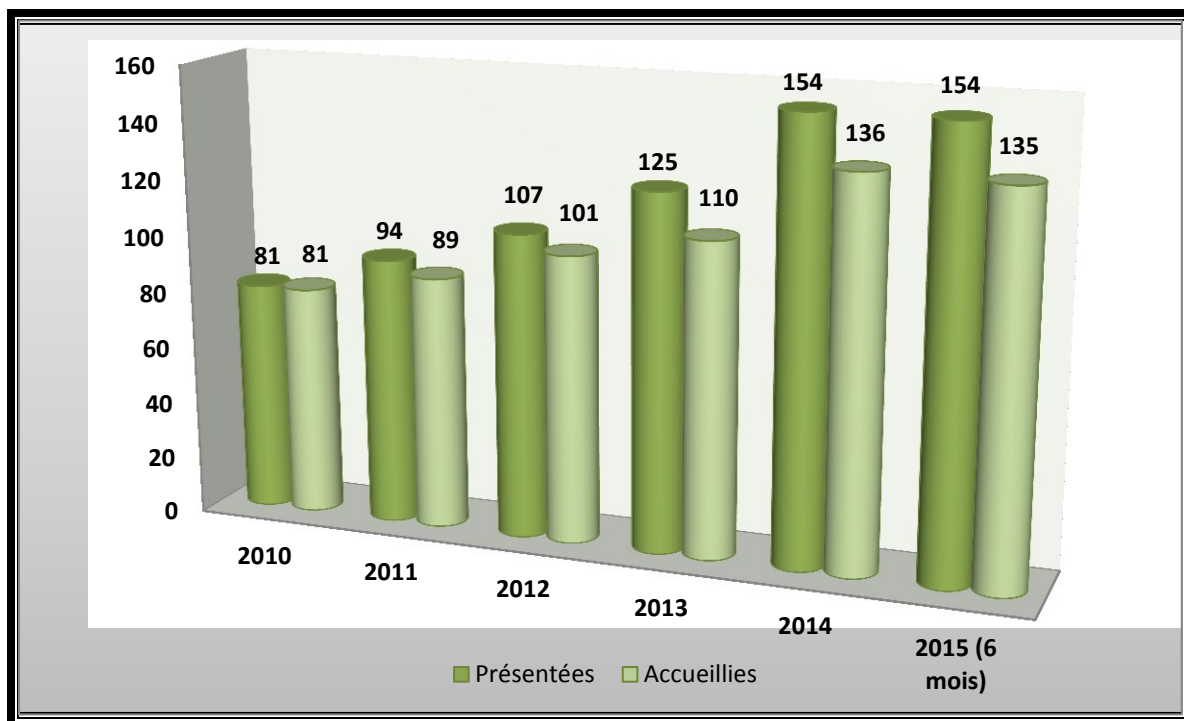
TABLEAU 6
MOYENNE PAR DOSSIER DES DEMANDES D'INTERVENTION PAR LES ACTEURS SOCIAUX
(COUR SUPRÊME - DOSSIERS IMPLIQUANT LA CHARTE 2008-2015)



2. L'ouverture de la Cour à l'égard de la participation des acteurs sociaux

Cette volonté d'implication des acteurs sociaux dans les dossiers en matière de droits fondamentaux étant constatée, l'étape suivante est d'examiner comment elle est reçue par la Cour suprême. Selon notre analyse, la réponse ne fait aucun doute puisque les statistiques révèlent qu'au cours des cinq dernières années, les demandes d'intervention présentées par les acteurs sociaux sont accueillies dans une très forte proportion. Par exemple, durant l'année 2010, toutes les demandes furent accueillies, sans exception. L'année suivante, presque 96% des acteurs sociaux ayant demandé à s'introduire dans le débat judiciaire furent autorisés à présenter des arguments. Par la suite, au fur et à mesure que le volume des interventions a augmenté, la moyenne des autorisations accordées par rapport aux demandes est demeurée très élevée, se situant chaque année à plus ou moins 90%, tel qu'en témoigne le tableau suivant :

TABLEAU 7
DEMANDES D'INTERVENTION PAR DES ACTEURS SOCIAUX ACCUEILLIES PAR LA COUR SUPRÊME (DOSSIERS IMPLIQUANT LA CHARTE 2010-2015)



Ce Tableau 7 est intéressant puisqu'en plus d'attester de l'ouverture de la Cour vis-à-vis de la volonté d'implication des acteurs sociaux, il montre aussi que le droit de participer au débat judiciaire n'est pas automatique et qu'un petit pourcentage des demandes d'intervention sont rejetées. À ce sujet, il est utile de mentionner que, pour justifier le droit d'agir à titre de participant, un acteur social doit présenter une requête à un juge de la Cour suprême siégeant en chambre, lequel évalue la pertinence de l'intervention en fonction de l'article 57(1) des *Règles de pratique de la Cour suprême du Canada*, lequel se lit comme suit :

57. (1) L'affidavit à l'appui de la requête en intervention doit préciser l'identité de la personne ayant un intérêt dans la procédure et cet intérêt, y compris tout préjudice que subirait cette personne en cas de refus de l'autorisation d'intervenir.

(2) La requête expose ce qui suit :

a) la position que cette personne compte prendre dans la procédure;

b) ses arguments, leur pertinence par rapport à la procédure et les raisons qu'elle a de croire qu'ils seront utiles à la Cour et différents de ceux des autres parties.²⁸⁵

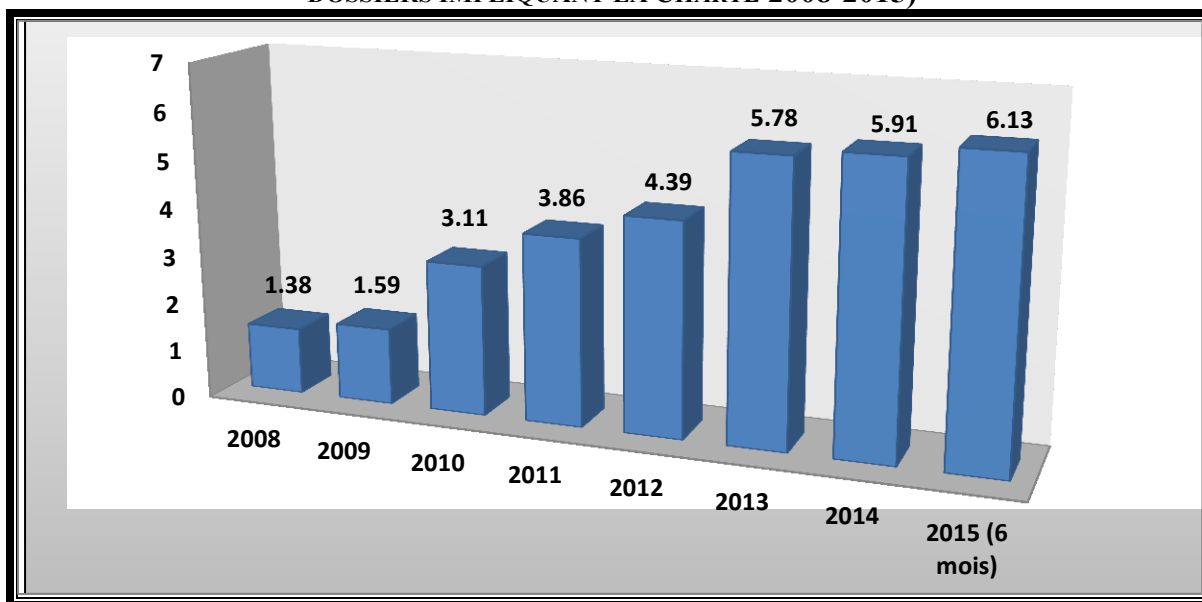
On voit donc que pour refuser le droit à un acteur social d'intervenir, le juge peut invoquer son absence d'intérêt dans la procédure, l'absence de préjudice qu'il subirait s'il n'était pas admis à participer ou encore, l'inutilité, la redondance et l'absence de pertinence de ses arguments. À cet égard, il est difficile de connaître les raisons exactes qui motivent les juges à refuser l'accès aux tribunaux à tel ou tel acteur social, étant donné que les décisions sur les demandes d'intervention ne sont pas motivées. En revanche, on peut toutefois observer que de façon générale, les décisions refusant les demandes d'intervention surviennent dans des dossiers où la présence des acteurs sociaux est importante, ce qui laisse supposer qu'une bonne partie des demandes d'intervention qui sont rejetées (environ 10-12%) le sont pour des

²⁸⁵ *Règles de pratique de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, telles qu'amendées (ci-après les « règles de pratique »).

raisons de redondance des argumentations par rapport à celles des autres intervenants.²⁸⁶ À ce sujet, il est également utile de mentionner qu'avant de rendre leurs décisions quant aux demandes d'intervention, la Cour autorise les parties directement impliquées au dossier à faire valoir leurs objections quant aux requêtes présentées par les acteurs sociaux. Puisque les bulletins de la Cour suprême révèlent que de telles oppositions sont fréquentes, il est possible de soutenir que les décisions des juges de refuser une demande d'intervention, bien que rares, sont partiellement motivées par ces objections émises par les parties ayant déjà le droit de cité dans le débat.

Connaissant maintenant le nombre de demandes d'interventions accueillies par la Cour et le nombre annuel de dossiers (toujours en se limitant à ceux traitant des droits fondamentaux), il est possible d'établir la moyenne d'intervenants sociaux qui participent concrètement dans ce type de débats judiciaires. Voyons ces chiffres :

TABLEAU 8 - MOYENNE D'ACTEURS SOCIAUX ACCUEILLIS PAR DOSSIER (COUR SUPRÊME - DOSSIERS IMPLIQUANT LA CHARTE 2008-2015)



²⁸⁶ Par exemple, dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, la Cour a refusé d'entendre 9 acteurs sociaux, mais elle a accueilli 23 intervenants. Dans *Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran*, [2014] 3 R.C.S. 176, la Cour a accepté d'entendre 11 acteurs sociaux, mais en a refusé 4 autres.

Il est intéressant de constater dans ce Tableau 8 que le même type de courbe ascendante affichée au niveau de la volonté d'implication des acteurs sociaux depuis 2010 (celle du Tableau 6) se retrouve également dans celle de l'accueil qui leur est réservé par la Cour dans les dossiers. Ainsi, à l'instar de la progression annuelle de la volonté d'implication par les acteurs sociaux, ce dernier tableau illustre bien que le nombre annuel moyen d'individus ou de groupes de la société civile admis par dossier est en croissance constatée depuis 2010 et qu'il a pratiquement doublé au cours des cinq dernières années, passant de 3,1 à 6,13.

À ce stade-ci de l'analyse, une des questions intrigantes qui se posent est certainement de savoir comment la Cour suprême réussit à composer avec cette présence plus importante des acteurs sociaux dans ses dossiers. En effet, puisque le nombre d'interventions dans chaque dossier en matière de droits fondamentaux ne cesse de s'accroître, cela implique-t-il que la Cour doit engager plus de personnel pour traiter les dossiers? Les juges doivent-ils consacrer plus de temps pour prendre connaissance des mémoires? La durée des auditions augmente-t-elle?

Sans qu'on puisse l'affirmer avec certitude, la réponse à la première question est probablement affirmative, puisque compte tenu de la présence plus importante des acteurs sociaux dans les dossiers, le nombre de documents à traiter (requêtes, mémoires, correspondances, etc.) est clairement plus élevé, ce qui rend obligé probablement la Cour à procéder à l'engagement d'un soutien administratif additionnel. Par contre, quant à la question du temps consacré à lire les mémoires et la durée des auditions (qui impliquent les juges directement), il appert que la Cour suprême a pris des moyens pour faire de la place aux acteurs sociaux sans nuire au bon fonctionnement du tribunal. Trois éléments appuient cette proposition.

Tout d'abord, on remarque que la Cour suprême a pris des mesures concrètes pour réduire le temps qu'elle accordait aux procureurs généraux ayant un droit automatique d'intervenir, ce qui, en principe, laisse plus de temps aux juges pour « s'occuper » des autres participants.²⁸⁷ Ainsi, en 2011, la Cour a modifié ses règles de pratique qui étaient en vigueur depuis 2006 afin de faire passer la longueur maximale des mémoires de ces procureurs généraux de 40 à 20 pages.²⁸⁸ Elle a également réduit la durée de leur plaidoirie orale de 15 à 10 minutes.²⁸⁹ Selon la professeure Sanda Rodgers, cette modification aux règles de pratique, bien qu'adoptée en 2011, codifiait une pratique qui était déjà en vigueur à la Cour depuis décembre 2009, ce qui coïncide avec la période concernée par la présente section.²⁹⁰

Sans contredit, cette réduction du nombre de pages des mémoires des procureurs généraux (de 50%) et de la durée de leurs plaidoiries orales (de 33.3%) sauve beaucoup de temps aux juges, tant pour l'étude des dossiers que pour la durée des auditions, puisqu'une large proportion des dossiers en matière de droits fondamentaux soulève une question constitutionnelle et, par voie de conséquence, permet aux procureurs généraux d'intervenir sans autorisation. Par exemple, dans l'affaire *Huttérites*²⁹¹ plaidée en 2008 (soit avant l'adoption de ces nouvelles règles de pratique) les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, du Québec et de la Colombie-Britannique sont intervenus de plein droit dans le dossier pour appuyer leurs collègues albertains, ce qui a fait en sorte d'ajouter quatre mémoires de 40 pages chacun et quatre plaidoiries orales totalisant une heure d'audition. Suite aux amendements des règles, une telle situation aurait plutôt occasionné la lecture de quatre mémoires de 20 pages seulement et des plaidoiries totalisant quarante minutes, ce qui, en principe, aurait laissé plus de temps pour les autres participants. En outre, en plus d'accorder plus de temps aux prestations des autres participants, cette modification quant à la durée des

²⁸⁷ Ce droit des procureurs généraux d'intervenir sans nécessité d'autorisation est prévu à l'art. 61(4) des règles.

²⁸⁸ Art. 41(4) des *Règles de pratique* de 2006 (DORS/2006-203), modifié par DORS/2011-74.

²⁸⁹ Art. 71(5)c) des règles, également modifié par DORS/2011-74.

²⁹⁰ S. RODGERS, «Getting Heard: Leave to Appeal, Interveners and Procedural Barriers to Social Justice in the Supreme Court of Canada», préc. note 138, p. 22. Rodgers ajoute qu'elle détient un document non-publié daté du 17 décembre 2009 qui confirme l'intention de la Cour de modifier ses pratiques à partir de cette date.

²⁹¹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

plaidoiries a certainement une valeur symbolique importante, car les procureurs généraux ayant un droit automatique d'intervention ont dorénavant le même temps pour s'adresser à la Cour que les acteurs sociaux admis à participer, soit un maximum de 10 minutes.²⁹²

Un deuxième élément appuyant notre proposition voulant que la Cour a pris des mesures concrètes pour faire de la place aux acteurs sociaux dans les débats judiciaires est que lorsqu'elle a procédé aux modifications mentionnées aux deux paragraphes précédents (celles applicables aux procureurs généraux ayant un droit automatique d'intervention) elle a également réduit la longueur maximale des mémoires des intervenants nécessitant une autorisation, pour les faire passer de vingt à dix pages.²⁹³ Bien que cette modification puisse, à première vue, limiter l'argumentation des acteurs sociaux, cette nouvelle pratique favorise une participation plus élevée de la part des acteurs sociaux, et ce, de deux façons. Tout d'abord, les mémoires déposés par les acteurs sociaux eux-mêmes étant réduits de moitié, les juges peuvent, en principe, lire plus de mémoires, puisque leur charge de travail relative à l'étude de chaque mémoire est moindre. Deuxièmement, le fait que cette réduction dans la longueur des mémoires touche dorénavant tous les autres participants qui nécessitent une autorisation pour intervenir, cela implique que les procureurs généraux (dans les dossiers ne soulevant pas de question constitutionnelle) et d'autres participants qui ne sont pas des acteurs sociaux (par exemple, le directeur des poursuites criminelles, lequel est un intervenant régulier) sont dorénavant considérés sur le même pied d'égalité que tout autre acteur social qui désire intervenir.

Un troisième indice appuie la proposition que les juges ont modifié leurs pratiques afin de laisser plus de place aux acteurs sociaux. Cet indice concerne le nombre de minutes accordé par les juges pour les plaidoiries orales des participants autres que les parties directement

²⁹² À noter que la durée maximale des plaidoiries orales des acteurs sociaux n'est pas fixée par les règles de pratique et qu'elle demeure à la seule discrétion du juge en chambre. Toutefois, l'analyse des dossiers démontre que, sauf exception, les acteurs sociaux admis à plaider oralement se voient toujours accorder 10 minutes.

²⁹³ Art 41(5) des *Règles de pratique*.

impliquées et les procureurs généraux ayant un droit d'intervention automatique. Comme indiqué plus haut, cette durée a toujours été fixée de façon discrétionnaire par les juges, car les règles de pratique ne prévoient ni minimum ni maximum de temps pour ce genre d'intervenants. Par ailleurs, dans la réalité, on constate qu'avant 2010, les procureurs généraux bénéficiaient parfois d'une durée plus longue que les intervenants sociaux.²⁹⁴ Dans d'autres cas, on constate que la plaidoirie de chaque intervenant (incluant celles des acteurs sociaux) était fixée à 15 minutes chacune, ce qui, globalement, grugeait plus de temps pour les auditions.²⁹⁵ Or, depuis la nouvelle pratique mise en place en décembre 2009, cette durée est dorénavant de 10 minutes pour chaque intervenant, quel que soit son statut (sauf quelques rares exceptions), ce qui permet à plus d'acteurs de s'exprimer dans le débat, pour la même durée d'audition.

3. *Identification des acteurs sociaux qui participent aux débats judiciaires*

Au-delà des statistiques globales relatives aux interventions, il est utile de s'attarder sur l'identité des acteurs sociaux qui s'impliquent dans les débats judiciaires de la Cour suprême. À ce sujet, la question qui nous intéresse particulièrement est de savoir si l'espace accordé par la Cour aux acteurs sociaux est monopolisé par les mêmes grandes organisations nationales ou si les juges font place à des acteurs de moindre envergure. Dans cette optique, ce qui ressort de notre analyse est concluant, puisque les statistiques démontrent qu'aucun groupe social n'accapare une large part des débats judiciaires (contrairement à l'époque du « Court Party ») et qu'il existe une variété impressionnante d'acteurs sociaux provenant de différents horizons.

²⁹⁴ Par exemple, dans *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, [2009] 1 R.C.S. 222, le procureur général intervenant a eu droit à une plaidoirie de 15 minutes, alors que la bande indienne intervenante a eu droit à 10 minutes. Ce traitement différent a été dénoncé par la professeure Carissima Mathen : « There is no reason why Attorneys General, who are charged with the same duties and adhere to the same principles, would have any greater capacity to make submissions that are "useful and different"... », cf. Carissima MATHEN, «The Expanding Role of Interveners: Giving Voice to Non-Parties», préc. note 269, à la p. 118.

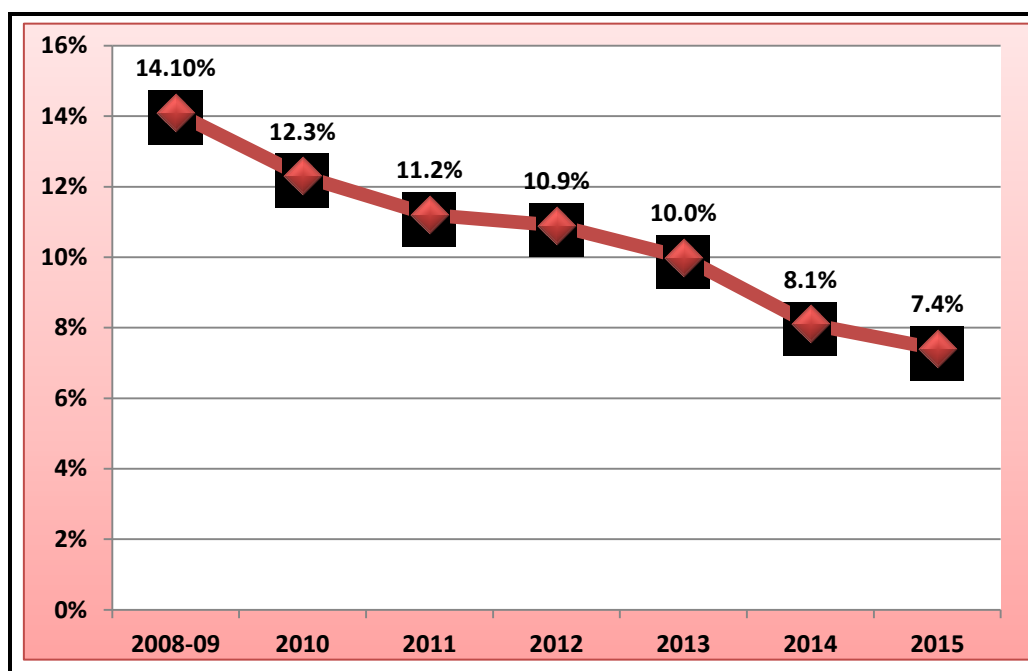
²⁹⁵ Par exemple, *R. c. Clayton*, [2007] 2 S.C.R. 725, *R. c. Singh*, [2007] 3 R.C.S. 405, *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295.

Pour appuyer cette affirmation, nous avons posé notre regard sur les données relatives aux organisations se retrouvant le plus souvent devant la Cour suprême afin de comparer si la part qu'elles occupent dans les débats judiciaires augmente ou diminue au fil des ans. À ce chapitre, l'organisation ayant la présence la plus soutenue dans les dossiers en matière de droits fondamentaux depuis 2010 est définitivement l'ACLC, avec 62 apparitions, ce qui la place loin devant l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, laquelle occupe le deuxième rang avec 39 présences.²⁹⁶ Or, quand on superpose le nombre d'apparitions de l'ACLC depuis 2010 par rapport au nombre total d'acteurs sociaux admis à participer, on se rend compte que malgré sa présence importante, la proportion relative qu'elle occupe dans l'ensemble des dossiers diminue chaque année.

En effet, si on calcule les apparitions de l'ACLC à titre d'intervenante durant les années où la participation citoyenne n'était pas élevée (2008-2009), on constate que sa présence représentait alors 14.1% de toutes les interventions. En 2010, l'ACLC a effectué 10 présences à titre d'intervenante dans les dossiers impliquant les droits fondamentaux et, vu l'augmentation du nombre global d'intervenants durant cette période, cette proportion est passée à 12.3%. Par la suite, pour chacune des années se situant entre 2011 et 2014 inclusivement, la présence de l'ACLC est demeurée importante avec 11 apparitions, mais puisque le nombre total d'acteurs sociaux s'est encore accru, la présence relative de l'ACLC par rapport à l'ensemble des intervenants a diminué graduellement. Ces données ont été rassemblées dans le Tableau 9 :

²⁹⁶ Depuis les cinq dernières années, seulement deux demandes d'intervention présentées par l'ACLC furent rejetées, soit dans les dossiers *Bedford* (*Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 10 mai 2013, p. 861) et *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan* (*Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 17 avril 2014, p. 703).

TABLEAU 9
PROPORTION DE LA PRÉSENCE DE L'ACLC PAR RAPPORT À L'ENSEMBLE DES
INTERVENANTS SOCIAUX ADMIS À PARTICIPER AUX DÉBATS JUDICIAIRES (DOSSIERS
IMPLIQUANT LA CHARTE 2008-2015)



Ainsi, puisque l'organisation étant intervenue le plus souvent depuis 2010 n'occupe en moyenne qu'environ 11% de l'espace accordé aux acteurs sociaux et que la proportion diminue d'année en année pour se situer actuellement à 7,4%, il est clair qu'aucune organisation ne monopolise actuellement une grande partie du débat judiciaire et que d'autres groupes sociaux s'intègrent graduellement dans les dossiers. Cela étant, la question qui se pose devient donc celle de savoir qui sont ces acteurs sociaux désireux de s'impliquer dans les dossiers de la Cour suprême en matière de droits fondamentaux.

La réponse à cette question prend plusieurs formes. On note d'abord qu'aucun acteur n'a une présence vraiment dominante, puisqu'à part l'ACLC, le deuxième groupe en importance, l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, occupe à peine plus que 5% du terrain occupé par les intervenants sociaux depuis 2010. Quant à des groupes d'intérêt bien connus comme l'organisation féministe LEAF (« Fonds d'action et d'éducation

juridique pour les femmes »), celle-ci n'est intervenue que dans 9 dossiers touchant les droits fondamentaux depuis 2010, ce qui représente une proportion de seulement 1,3% par rapport à l'ensemble des interventions. On observe ensuite qu'il existe un grand nombre d'acteurs sociaux qui en sont à leurs premières armes dans les dossiers importants impliquant les droits fondamentaux, ce qui suggère un renouveau dans le paysage des interventions devant la Cour suprême.²⁹⁷ En outre, un autre indice de ce renouveau est qu'on remarque que plusieurs organisations étant intervenues plus d'une fois en Cour suprême depuis 2010 ne l'avaient jamais fait auparavant, ce qui atteste qu'elles prennent goût aux affaires judiciaires et qu'elles acceptent de répéter l'expérience :

TABLEAU 10
INTERVENANTS SOCIAUX N'AYANT AUCUNE EXPÉRIENCE
DEVANT LA COUR SUPRÊME AVANT 2010

Intervenants	Nombre d'interventions en Cour suprême depuis 2010	Interventions avant 2010
David Asper Center for Constitutional Rights	15	0
Clinique d'intérêt public et de politique d'internet Samuelson-Glushko	6	0
Positive Living Society of British Columbia	3	0
International Human Rights Program at the University of Toronto	3	0
Pivot Legal Society	3	0
Institut National de Santé publique	2	0
Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval	2	0
Écojustice Canada	2	0

²⁹⁷ Pour n'en donner que quelques exemples survenus en 2015, on peut citer les organisations Association for Reformed Political Action Canada, Pro Bono Law Ontario, Alliance catholique canadienne de la santé, Canadian Secular Alliance, Iran Human Rights Documentation Center et le Centre canadien de protection de l'enfance.

Un autre élément qui ressort de notre analyse est que les acteurs sociaux qui s'impliquent en Cour suprême ne sont pas seulement des grandes organisations défendant les droits fondamentaux et libertés civiles, mais qu'elles opèrent dans toutes les sphères de la société civile (économique, syndicale, professionnelle, technologique, environnementale, linguistique, etc.) On aperçoit également que des groupes issus des milieux universitaires ou philanthropiques prennent de plus en plus de place dans les débats judiciaires. On note aussi la présence plus nombreuse de groupes religieux au cours des dernières années, dont certains ne s'étaient jamais impliqués dans les affaires judiciaires de la Cour suprême.²⁹⁸

Finalement, un autre point à souligner est que plusieurs groupes sociaux plus expérimentés dans les affaires judiciaires font actuellement un retour en force devant la Cour suprême, après plusieurs années d'absence à titre d'intervenants, tel qu'illustré par ce tableau :

TABLEAU 11
RETOUR EN FORCE DES ACTEURS À TITRE D'INTERVENANTS
DANS LES DOSSIERS TRAITANT DE LA CHARTE DEPUIS 2010

Intervenants	Nombre d'interventions en Cour suprême depuis 2010	Dernière intervention avant 2010
Alliance évangélique du Canada	8*	2004
Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry	4	2005
Ligue catholique des droits de l'homme	4	2004
Centre canadien pour la justice internationale	3	2005
Association des femmes autochtones du Canada	3	2007
Conseil unitarien du Canada	2	2004

* *inclut une apparition en juillet 2009*

²⁹⁸ Par exemple, on constate qu'une organisation telle que Faith and Freedom Alliance revendique quatre interventions depuis 2013, alors qu'elle n'avait jamais participé dans un débat judiciaire devant le plus haut tribunal auparavant. On peut aussi souligner les six interventions de l'Alliance des chrétiens en droit depuis 2009, laquelle n'avait pas été impliquée dans un dossier de nature constitutionnelle devant la Cour suprême depuis 1998.

En résumé, l'analyse de l'identité des acteurs sociaux formant le paysage actuel des intervenants devant la Cour suprême montre un ensemble de groupes disparates qui ne cesse de s'agrandir. En outre, bien que plusieurs acteurs sociaux possèdent une certaine expérience devant les tribunaux, une large part de la scène judiciaire est maintenant occupée par des nouveaux arrivants provenant de tous horizons et partageant des idéologies différentes.

Avant d'aller plus loin, il est utile à ce stade-ci de rappeler quatre éléments importants qui se dégagent de notre projet jusqu'à maintenant. Premièrement, l'analyse de l'attitude de la Cour suprême à l'égard de la participation citoyenne dans les débats judiciaires avant 2010 révèle des courants favorables ou défavorables à la présence des acteurs sociaux dans les dossiers en matière de droits fondamentaux, que ce soit à titre d'intervenants ou de demandeurs agissant dans l'intérêt public. Deuxièmement, en parcourant les motifs invoqués dans les décisions traitant de la qualité pour agir dans l'intérêt public avant 2010, on observe, que, lors des périodes favorables à la participation citoyenne, la Cour a mis l'accent sur le droit du citoyen de recourir à la justice alors que, lors des courants défavorables, son raisonnement était plutôt axé sur la crainte des inconvénients que cette présence pourrait causer au bon fonctionnement du système judiciaire, notamment sur le plan des délais, de l'engorgement des rôles et de l'instrumentalisation de la Cour à des fins politiques. Troisièmement, notre analyse statistique a confirmé que la fin de la première décennie des années 2000 n'était pas propice à la participation citoyenne dans les débats judiciaires, mais que cette tendance s'est renversée à partir de 2010, alors que les acteurs sociaux n'ont jamais été aussi présents à titre d'intervenants. Quatrièmement, nous avons vu qu'aucune organisation sociale ne monopolise les débats judiciaires et que le bassin actuel d'intervenants est diversifié et qu'il comprend un bon nombre de nouveaux acteurs qui n'étaient pas présents sur la scène judiciaire auparavant.

Ces étapes étant franchies, il convient de rappeler que, même si on constate la volonté claire des acteurs sociaux de s'intégrer dans les dossiers judiciaires importants en matière de droits fondamentaux, ce sont les juges qui, de façon ultime, leur ouvrent la porte des

tribunaux, puisque la participation à titre d'intervenants ou de justiciables agissant au nom de l'intérêt public doit être préalablement autorisée ou validée par la Cour. Dans cette optique, la prochaine section examine les raisons invoquées par les juges pour justifier le phénomène actuel d'accroissement de la participation citoyenne dans l'arène judiciaire.

C. Les raisons invoquées par les juges pour justifier la participation citoyenne dans les débats judiciaires

Tel que déjà mentionné, les raisons pour lesquelles les juges accueillent ou refusent les demandes d'interventions des acteurs sociaux ne peuvent être trouvées dans les décisions qui en disposent, puisque celles-ci ne sont jamais motivées.²⁹⁹ Par ailleurs, il est possible de découvrir les positions de la Cour suprême quant à la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires en consultant les décisions qui traitent de la qualité pour agir dans l'intérêt public. En effet, même si leurs assises procédurales sont différentes, l'association entre les décisions relatives aux interventions et celles concernant la qualité pour agir dans l'intérêt public est possible du fait qu'elles cherchent toutes deux à déterminer si un individu ou un groupe peut représenter ses pairs devant les tribunaux, même s'ils ne détiennent pas d'intérêt privé, direct ou particulier dans le litige. Ce couplage s'avère d'autant plus solide lorsqu'on constate qu'à travers les époques, la Cour suprême a toujours appliqué la même logique pour les deux types de recours. En effet, comme discuté plus haut, lorsque les juges se montrent ouverts à la participation citoyenne au niveau des interventions, ils adoptent la même attitude pour les demandes d'intérêt public, et vice-versa.³⁰⁰

²⁹⁹ De façon très exceptionnelle, il est quelquefois possible de soutirer quelques informations dans les *Bulletin des procédures*, Cour suprême du Canada, lorsque les juges doivent statuer sur des requêtes présentées par les parties directement impliquées, soit pour faire rejeter les interventions ou pour faire radier certains paragraphes des mémoires des intervenants. Par exemple, dans le dossier *R. c. Chehil*, [2013] 3 R.C.S. 220, le juge Lebel avait rejeté une requête de l'intimée en radiation de certains paragraphes du mémoire de l'ACLC en mentionnant que « l'essence du rôle de l'intervenant » était de commenter l'état du droit et de présenter « les raisons qui militent en faveur de son évolution et la direction souhaitée d'une telle évolution », cf. *R. c. Chehil*, dossier 34524, *Bulletin des procédures*, Cour suprême du Canada, 25 janvier 2013, p. 149.

³⁰⁰ Voir Section A de la présente partie.

Vu cette symétrie existant depuis plusieurs décennies (résumée dans notre Tableau 3), il était donc à prévoir que la recrudescence des intervenants sociaux affichée depuis 2010 soit précédée ou suivie d'une décision de la Cour suprême démontrant une plus grande ouverture à la participation des acteurs sociaux à titre de demandeurs agissant dans l'intérêt public, laquelle confirmerait une rupture du cycle défavorable régnant depuis le début des années quatre-vingt-dix. Cette décision est survenue en 2012 avec l'arrêt *Downtown Eastside*³⁰¹, que certains auteurs et acteurs sociaux ont qualifié de « triomphe pour l'accès à la justice », du fait qu'elle a rouvert les portes des salles d'audience aux groupes représentatifs voulant s'impliquer au nom de la société civile.³⁰² En outre, il est doublement intéressant de constater que cet élargissement des critères d'admissibilité en matière de poursuites d'intérêt public est intervenu dans une instance où la Cour a autorisé treize acteurs sociaux à intervenir, ce qui signifie qu'ils ont eux-mêmes contribué à façonner une norme qui favorise (et qui continuera à favoriser) l'accès à la justice.

La présente section vise à présenter les raisons invoquées par les juges dans cette affaire *Downtown Eastside* à l'aide de l'analyse de discours (§2), mais avant de commencer, il convient d'exposer le contexte dans lequel se situe cet arrêt important (§1). Une fois ces deux étapes franchies, nous montrerons comment les acteurs sociaux ont eux-mêmes contribué à l'élaboration de cette décision historique (§3).

³⁰¹ *Canada (P.G.) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 R.C.S. 524 (ci-après «l'arrêt *Downtown Eastside*»).

³⁰² Kate DUNN, *A pathway to justice? Has the Supreme Court of Canada's ruling in SWUAV ushered in a new era of public interest litigation?* National Magazine, février 2013; http://www.nationalmagazine.ca/Articles/January_-_February_2013/A_pathway_to_justice.aspx; Janet BAILEY, *On Being « Part of the Solution » : Public Interest Standing after SWUAV SCC*, (2012) *C. J. Poverty Law*, 121, 122; Kaitlyn MITCHELL, *Supreme Court of Canada decision to promote access to justice for all*, Ecojustice, 27 septembre 2012, <http://www.ecojustice.ca/blog/supreme-court-of-canada-decision-promotes-access-to-justice-for-all>; Darcie BENNETT, *The Pivot Legal Society, The SCC decision in SWUAV: a triumph for access to justice*, 21 septembre 2012; http://www.pivotlegal.org/scc_decision_in_swuav_a_triumph_for_access_to_justice; Dana PHILIPS, «Public Interest Standing, Access to Justice, and Democracy under the Charter: Canada (AG) v. Downtown Eastside Sex Workers United against Violence», (2013) 22 *Forum const.* 21, 21; Arghavan GERAMI, «DESWUAV : Why the SCC's flexible, pragmatic and purposive approach promotes access to justice», (2012) 13 *Advocates' Society Journal*, 38, 39.

1. *Le contexte de l'affaire Downtown Eastside*

S'il existe un truisme en matière d'adjudication, c'est bien de dire qu'une décision judiciaire – comme tout autre genre de décision d'ailleurs – n'intervient jamais dans un *vacuum*. À ce propos, le philosophe français Léon Husson, expert de la pensée juridique et collaborateur occasionnel de Chaïm Perelman, affirmait que pour comprendre les « raisons propres à justifier une décision », il fallait non seulement en analyser le contenu, mais la replacer dans son contexte et en explorer les arrières-plans.³⁰³ Plus précisément, il expliquait que la motivation judiciaire comporte trois dimensions, soit une dimension doctrinale, une dimension institutionnelle et une dimension psychologique. À ces trois dimensions décrites par Husson, il faut évidemment ajouter le contexte jurisprudentiel, puisque toute décision est nécessairement précédée d'autres décisions traitant du même sujet.

Partant de cette conception de la décision judiciaire selon Husson, attardons-nous d'abord sur le contexte doctrinal (par. a) et le contexte institutionnel (par. b) de l'affaire *Downtown Eastside*, ce qui nous aidera à mieux comprendre les motifs de cette décision. Une fois cette mise en situation complétée, nous aborderons ensuite l'analyse de la décision proprement dite à l'aide des théories développées par Chaïm Perelman et Luc B. Tremblay (Section 2).

a) *Contexte doctrinal*

Selon Husson, le contexte doctrinal vise la structure des obligations juridiques, lesquelles sont contenues dans les différentes dispositions légales applicables au cas sous étude. Mais au-delà des textes de loi, la dimension doctrinale concerne également les

³⁰³ Léon HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation », dans Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1978, p. 69-109, à la p. 69. Pour montrer le lien étroit entre Husson et Perelman, voir Léon HUSSON, « Réflexions sur la théorie de l'argumentation de Ch. Perelman », (1977) 40 *Archives de la philosophie* 435.

« considérations de politique juridique » qui sont à l'œuvre au moment où la décision judiciaire doit être rendue. Ces considérations sont celles qui, « par le silence, l'insuffisance ou l'obscurité de la loi, ou bien encore par les changements survenus dans la société » amènent les juges « à faire œuvre prétorienne ». ³⁰⁴

Dans le cas qui nous occupe, cette dimension doctrinale liée aux changements sociaux est particulièrement importante, puisque la décision *Downtown Eastside* intervient à un moment où la position rigide des tribunaux à l'égard de la participation citoyenne depuis l'affaire *Conseil canadien des églises* était sévèrement critiquée, en raison de son opposition directe aux efforts pour faciliter l'accès aux tribunaux par les citoyens. En d'autres termes, pour saisir pleinement la portée des motifs de l'affaire *Downtown Eastside*, il faut les situer dans le contexte du long débat sur l'accès à la justice qui perdurait depuis au moins trois décennies. De façon plus spécifique, il faut les relier au diagnostic posé une dizaine d'années auparavant par la communauté juridique, qui soutenait que, malgré les progrès considérables réalisés pour tenter de solutionner ce problème, il fallait aborder la question d'un nouvel œil. Essentiellement, le constat consistait à reconnaître l'efficacité relative des outils procéduraux et administratifs développés jusqu'alors, tout en admettant qu'il restait énormément à faire avant que le citoyen puisse véritablement avoir un droit d'accès à l'institution judiciaire. ³⁰⁵

Un rapport préparé par un comité formé par le Barreau de l'Ontario en 2003 résume bien cet état d'esprit et ce désir de franchir une nouvelle étape. ³⁰⁶ On y explique que les efforts déployés jusque-là pour améliorer l'accès à la justice s'étaient concentrés sur quatre objectifs distincts. Durant les années soixante, ces efforts furent surtout axés sur le développement des programmes d'aide juridique, de façon à ce que les gens ayant peu de ressources financières

³⁰⁴ *Id.*, p. 104.

³⁰⁵ Voir notamment Roderick A. MACDONALD, «L'accès à la justice aujourd'hui au Canada – étendue, envergure et ambitions», dans Julia BASS, W.A. BOGART et Frederick H. ZEMANS (dirs.), *L'accès à la justice pour le nouveau siècle: Les voies du progrès*, Toronto, Le Barreau du Haut-Canada, 2005, p. 23-136.

³⁰⁶ THE LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, *Access to Justice Committee, Report to Convocation*, 26 juin 2003. Ce comité était également piloté par le professeur MacDonald.

puissent quand même retenir les services d'un avocat. Au cours des années soixante-dix, l'accent fut mis sur la modélisation des tribunaux (division des petites créances, procédures de recours collectifs, etc.). Durant les années quatre-vingt, on mobilisa les énergies sur l'instauration de tribunaux spécialisés et d'autres outils de gestion d'instances, comme les conférences préparatoires et les procédures par voie accélérée en matières civiles. Enfin, la majeure partie des efforts consacrés durant les années quatre-vingt-dix furent orientés sur le développement de modes de résolutions de conflit à l'extérieur des salles d'audience (comme la médiation et l'arbitrage), ainsi que sur l'éducation et la prévention en matière de justice, de façon à diminuer les litiges. Or, sans renier l'efficacité des outils développés au cours des quatre décennies précédentes, ce rapport préparé par le barreau ontarien en 2003 suggérait que les réflexions pour améliorer l'accès à la justice devaient dorénavant (et notamment) chercher à trouver des moyens concrets pouvant permettre aux citoyens de participer activement à la création du droit ou, en d'autres termes, de leur offrir des opportunités de devenir eux-mêmes des acteurs judiciaires.³⁰⁷

Dans le même sens, des auteurs ont suggéré que les institutions judiciaires devaient collaborer à cet « empowerment » du citoyen à l'intérieur de leurs décisions. Par exemple, s'appuyant sur la décision de la Cour suprême d'accorder des provisions pour frais à des bandes autochtones dans l'affaire *Okanagan*³⁰⁸, le professeur Lorne Sossin plaida en faveur d'un assouplissement des normes relatives à la qualité pour agir dans l'intérêt public, en suggérant qu'il fallait voir ce type de procédure judiciaire comme un outil favorisant l'accès à la justice.³⁰⁹ À son avis, le temps était venu pour les tribunaux de reconnaître que les personnes défavorisées et sans ressources ne pouvaient tout simplement pas recourir aux tribunaux et qu'il était préférable de faire une plus grande place aux groupes qui en avaient les

³⁰⁷ « Access to justice is not the goal; it is the process. (...) ... access to justice is the empowerment that citizens claim for themselves.» *id.*, p. 6-7.

³⁰⁸ *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371 (ci-après l'arrêt « *Okanagan* »).

³⁰⁹ Lorne SOSSIN, «The Justice of Access: Who should have standing to challenge the constitutional adequacy of legal aid?», (2007) 40 *U.B.C.L.Rev.* 727.

moyens et qui étaient prêts à parler en leur nom.³¹⁰ Dit autrement, l'argument principal de Sossin était que les restrictions d'accès imposés aux acteurs sociaux allaient à l'encontre de l'édification d'une jurisprudence basée sur les principes de la *Charte*, incluant le principe d'accès à la justice.³¹¹

L'analyse du « contexte doctrinal » précédant l'arrêt *Downtown Eastside* montre effectivement que les commentaires tels que ceux mentionnés aux paragraphes précédents se sont poursuivis à la fin de la première décennie des années 2000, alors que d'autres voix se sont élevées en faveur d'une plus grande participation citoyenne devant les tribunaux et d'une libéralisation des critères applicables à la qualité pour agir dans l'intérêt public. Entre autres choses, la Cour fut critiquée en 2008 pour deux décisions ayant refusé à des organisations civiles bien connues de contester des lois controversées.³¹² Dans la première, la Cour suprême avait décidé que l'organisation civile *Alliance for Marriage and Family* (coalition de cinq organismes appuyant le mariage traditionnel) n'avait pas la qualité requise pour intenter une demande de jugement déclaratoire portant sur une loi ontarienne relative aux droits de filiation.³¹³ Dans la deuxième, la Cour avait refusé d'autoriser la demande d'autorisation d'en appeler présentée par l'Association du Barreau Canadien qui, sur la base des critères stricts de l'arrêt *Conseil des églises* discutés plus haut, s'était vue nier la qualité requise pour contester les règles d'aide juridique de cette province.³¹⁴ Parallèlement, on reprocha également à la Cour d'être trop pragmatique et de négliger le caractère principiel devant guider les décisions importantes, ce qui, selon un auteur, pouvait être remédié par l'ajout d'acteurs sociaux à titre de parties et d'intervenants.³¹⁵

³¹⁰ *Id.*, p. 734, 740.

³¹¹ *Id.*, p. 727.

³¹² Carissima MATHEN, «Access to Justice and the Rule of Law», (2008) 25 *Nat'l J. Const. L.* 191.

³¹³ *Alliance for Marriage And Family c. A.A.*, [2007] 3 R.C.S. 124.

³¹⁴ *Association du Barreau Canadien c. Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique*, dossier 32600, Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada, 1^{er} août 2008, p. 1179.

³¹⁵ «Pragmatism and principle may not be the oil and water of the judicial mind. (...) Principled argumentation is important for making judges reflect on two things: biases that can affect their impartiality and communities values relevant to rendering a decision. Consideration of principle is a sort of heuristic device that ensures that judges will reflect the values of the community in which they live at the time in which they are living.», Graham

Mais pour que la Cour suprême puisse se prononcer sur une telle question, encore fallait-il qu'un appel soit logé devant elle. Cette opportunité s'est présentée au début de 2011, alors qu'elle accepta d'entendre l'affaire *Downtown Eastside*, dans laquelle il lui fallait statuer sur le droit de l'organisme SWUAV (« Sex Workers United Against Violence ») de représenter les « travailleurs du sexe » d'un quartier de Vancouver dans une contestation de la constitutionnalité de certaines dispositions du *Code criminel* relatives à la prostitution. À nouveau, en ligne avec les commentaires précédents, l'analyse du contexte révèle l'existence d'une certaine pression exercée par des auteurs pour que la Cour effectue un virage jurisprudentiel, en « rouvrant les barrières » de la justice, lors de cette « occasion en or » qui lui était fournie.

«The SCC has before it a golden opportunity to guide the law of public interest standing in a way that delivers on the promise of meaningful access to justice for marginalized groups (...) It is to be hoped that the court, whose members have been admirably supportive *outside* of the courtroom on the issue of access to justice, will also choose to be “part of the solution, not part of the problem” *inside* the courtroom. »³¹⁶

b) *Contexte institutionnel*

Tel que mentionné plus haut, Léon Husson précise également que les motifs d'une décision judiciaire comportent un arrière-plan à caractère institutionnel, puisque l'activité des juges s'exerce « dans le cadre d'une organisation de la vie juridique, qui en fixe l'étendue et les limites. »³¹⁷ Cette dimension implique une foule de facteurs, mais ceux qui nous intéressent ici sont les changements intervenus au niveau de la composition de la Cour depuis 2008.

MAYEDA, «Between Principle and Pragmatism : The Decline of Principled Reasoning in the McLachlin Court», dans Sanda RODGERS et Sheila MCINTYRE (dirs.), *The Supreme Court of Canada and Social Justice*, Markam, Ont., LexisNexis, 2010, p. 41-88, à la p. 42.

³¹⁶ J. BAILEY, «Reopening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice», préc. note 250, p. 285.

³¹⁷ L. HUSSON, « Les trois dimensions de la motivation », préc. note 303, p. 82.

En effet, l'analyse du contexte institutionnel révèle que la période précédant tout juste l'arrêt *Downtown Eastside* est marquée par la retraite de certains membres de la Cour suprême et que leurs successeurs se sont montrés particulièrement préoccupés par la question de l'accès à la justice. Parmi eux, les juges Michael Moldaver et Andromache Karakatsanis, qui prenaient le siège des juges Ian Binnie et Louise Charron, avaient tous deux plaidé en faveur d'un plus grand accès aux tribunaux par les citoyens lors de leur discours de nomination.³¹⁸ De façon encore plus importante, on peut parler de la nomination du juge Thomas Cromwell au début de l'année 2009, lequel était reconnu comme un fervent défenseur des réformes judiciaires³¹⁹, ce qui lui avait d'ailleurs permis de se voir confier la présidence du Comité de réforme de la justice civile et matrimoniale par la juge en chef, dès son entrée en fonction à la Cour suprême.³²⁰ En outre, comme nous en avons fait état dans notre discussion relativement à l'arrêt *Finlay*³²¹, le juge Cromwell, alors qu'il était professeur à l'Université de Dalhousie, avait publié un livre qui affirmait que l'intérêt public n'était pas une question purement procédurale et qu'elle était intimement liée à l'accès à la justice par le citoyen et au rôle joué par les tribunaux. Aux fins de la présente analyse, il vaut la peine de reproduire à nouveau cet extrait tiré de son livre :

« ...all courts, in all standing questions, would do well to begin by recognizing that standing is not a simple procedural question. Rather, it is one intimately connected with the accessibility of justice, recognition of

³¹⁸ Comité Spécial des Nominations des juges de la Cour suprême du Canada, 19 octobre 2011, préc. note 140.

³¹⁹ Simon CHESTER, *The Thomas Cromwell Pages – 10 things he will bring to the Court*, Slaw <http://www.slaw.ca/cromwell/10-things/>, janvier 2009. Selon sa biographie publiée sur le site internet de la Cour suprême, il a été président de l'Institut canadien d'administration de la justice (1999-2001), président du conseil du Forum canadien sur la justice civile (2007-2008), directeur de recherche, groupe de travail de l'Association du Barreau Canadien (« ABC ») sur la réforme des tribunaux (1989-1991), président, comité organisationnel de l'organisme national pour la réforme de la justice civile de l'ABC (1996-1997) et commissaire à la Commission de réforme du droit de la Nouvelle-Écosse (2002-2007), cf. <http://www.scc-csc.gc.ca/court-cour/judges-juges/bio-fra.aspx?id=thomas-albert-cromwell> (consulté le 15 janvier 2014).

³²⁰ Voir le rapport final, COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale*, octobre 2013. À noter que ce comité était composé d'acteurs judiciaires et non judiciaires.

³²¹ Voir Section A.4b) de la présente partie.

legally protected interests and the definition of the appropriate role of the courts in society. »³²²

En somme, pour résumer la situation entourant l'affaire *Downtown Eastside* au point de vue du contexte doctrinal, on peut dire que, même si la Cour avait déjà commencé à accepter un plus grand nombre de participants sociaux à titre d'intervenants depuis 2010, une certaine pression était alors exercée sur elle afin qu'elle ouvre les portes des salles d'audience encore plus grandes, en assouplissant les règles de la qualité pour agir dans l'intérêt public, de façon à permettre aux groupes représentatifs de faire valoir les droits des plus vulnérables, au nom du principe d'accès à la justice. Quant au contexte institutionnel, on peut parler du facteur non négligeable d'un changement dans la composition de la Cour, lequel s'est poursuivi en 2012 et 2014.³²³ Bien qu'il ne soit pas possible d'affirmer que ces deux aspects (contexte doctrinal et contexte institutionnel) aient joué un rôle quelconque dans la décision rendue par la Cour dans cet arrêt *Downtown Eastside*, il n'en demeure pas moins que l'aboutissement de cette affaire a ultimement donné raison à ceux qui réclamaient un meilleur accès à la justice par les acteurs sociaux. Cette mise en contexte étant complétée, voyons maintenant la façon dont nous avons analysé le discours tenu par la Cour, en nous servant principalement des travaux de Chaïm Perelman.

2. L'analyse du discours de l'arrêt *Downtown Eastside*

Tel que l'a enseigné Perelman³²⁴, le pivot central pour la réussite d'un discours est l'identification de l'auditoire par l'orateur.³²⁵ Par conséquent, la première étape à franchir par celui qui tente d'analyser un discours judiciaire *ex post facto*, comme nous tentons de le faire, consiste d'abord à identifier le ou les auditoires auxquels les juges se sont adressés.

³²² T. A. CROMWELL, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, préc. note 233, p. 92.

³²³ En 2012, le juge Richard Wagner prenait le siège de Marie Deschamps qui avait passé dix années à la Cour et en 2014, les juges Clément Gascon et Suzanne Côté remplaçaient les vétérans Morrish Fish et Louis Lebel qui comptaient respectivement dix et quatorze de services.

³²⁴ Voir la Section C.1 de notre introduction.

³²⁵ Même si nous commentons essentiellement des discours écrits, nous utiliserons quand même l'expression « orateur », comme le fait Perelman.

Pour reprendre une expression chère à Perelman, on peut dire que le discours judiciaire tenu dans l'arrêt *Downtown Eastside* vise un « auditoire composite », puisque ses motifs semblent s'adresser à cinq genres d'interlocuteurs.³²⁶ D'abord, il va de soi que le juge Cromwell, qui a rédigé le jugement unanime de la Cour, s'adresse à l'auditoire ayant critiqué la position rigide de la Cour dans les années précédant la décision, pour lui montrer à quel point il approuve son point de vue. Deuxièmement, le juge vise également l'État et ses représentants, lesquels s'opposaient vigoureusement à ce qu'un groupe représentatif n'ayant pas d'intérêt privé ou ne faisant pas l'objet d'une accusation quelconque puisse contester ses lois.³²⁷ Troisièmement, de façon claire, l'auditoire visé par la Cour est également formé par les opposants à toute forme d'activisme judiciaire, plus particulièrement ceux qui dénoncent l'influence que peuvent avoir les groupes sociaux sur les décisions importantes de la Cour.³²⁸ Quatrièmement, la Cour « parle » aussi aux tribunaux inférieurs, à qui elle donne des instructions sur la nouvelle façon d'exercer son pouvoir discrétionnaire en matière de qualité pour agir. Finalement, comme dans chacune de ses décisions, la Cour suprême s'adresse à l'auditoire universel, c'est-à-dire au public en général et aux médias, lesquels sont souvent considérés comme les juges ultimes de la légitimité d'une décision judiciaire.

³²⁶ « Il arrive bien souvent que l'orateur ait à persuader un auditoire composite, réunissant des personnes différenciées par leur caractère, leurs attaches ou leurs fonctions. Il devra utiliser des arguments multiples pour gagner les divers éléments de son auditoire. C'est l'art de tenir compte, dans son argumentation, de cet auditoire composite qui caractérise le grand orateur. », C. PERELMAN et L. OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 28.

³²⁷ Cette opposition par l'État est compréhensible, puisqu'en ouvrant la porte plus largement aux demandes d'intérêt public, l'État risque de voir un plus grand nombre de ses lois attaquées devant les tribunaux. Cet extrait de la pladoirie de la Procureure générale de l'Ontario lors de l'audition résume bien la position de l'État dans cette affaire : « Judge-made law is only legitimate when it is an adjudication of an actual dispute. There are exceptions, like reference to obtain court advice in particular circumstances but in those cases, they are qualified circumstances, carefully assessed (...). The legitimacy of the court decisions should only be grounded and anchored to real life situation », cf. Audition *Downtown Eastside*, minutes 124:30.

³²⁸ On remarque d'ailleurs que, suite à la décision, les auteurs à l'origine de l'expression « Court Party » durant les années 1990 et au début des années 2000, Ted Morton et Rainer Knopff, n'ont pas manqué de déclarer que la Cour suprême venait de donner le pouvoir aux tribunaux d'agir en « oracles constitutionnels. », cf. K. DUNN, *A pathway to justice? Has the Supreme Court of Canada's ruling in SWUAV ushered in a new era of public interest litigation?*, préc. note 302.

Une fois l'auditoire identifié³²⁹, la deuxième grande étape d'une analyse de discours consiste à scruter l'argumentation, afin d'évaluer les moyens pris par l'orateur pour persuader ceux à qui il s'adresse. À ce stade, les différentes techniques discursives décrites par Perelman nous aident à y voir plus clair dans les moyens utilisés par la Cour pour convaincre de la justesse de sa décision.

Dans le cas qui nous occupe, l'analyse de l'argumentation tenue dans *Downtown Eastside* montre que le juge Cromwell s'est appuyé sur deux volets principaux, soit, d'une part, la valorisation des acteurs sociaux (par. a) et, d'autre part, le retour à l'approche à prédominance déontologique (donc non conséquentialiste) préconisée par les arrêts *Thorson*, *McNeil*, *Borowski* et *Finlay* (par. b). Voyons d'abord ces deux volets principaux, ce qui nous amènera à discuter de la portée de la norme établie par la Cour, laquelle a substantiellement modifié la donne sur le plan de la participation des acteurs sociaux dans l'arène judiciaire (par. c).

a) La valorisation des acteurs sociaux

Un des premiers réflexes du chercheur se spécialisant en analyse de discours est d'examiner la façon dont l'orateur établit certaines prémisses qui lui serviront de base d'argumentation (ou « d'objets d'accord »), au fur et à mesure de son discours. Il existe, bien sûr, une panoplie d'objets d'accords et il n'est pas de notre propos de les énumérer tous. Ce qui est important pour nos fins est de voir que la sélection de certaines données par l'orateur et sa présentation à l'auditoire impliquent déjà leur importance et leur pertinence dans le débat.³³⁰ Ce choix confère une « présence » aux objets d'accord choisis par l'orateur et cette présence devient un élément crucial de l'argumentation :

³²⁹ Pour faciliter la lecture, nous emploierons le terme « auditoire » au singulier pour la suite du texte, même s'il est composé de plusieurs sous-auditoires.

³³⁰ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 154-155.

«Aussi l'une des préoccupations de l'orateur sera-t-elle de rendre présent, par la seule magie de son verbe, ce qui est effectivement absent, et qu'il considère comme important pour son argumentation, ou de valoriser, en les rendant plus présents, certains des éléments effectivement offerts à la conscience. »³³¹

Inévitablement, cette sélection de données par celui tenant le discours s'accompagne d'une élaboration conceptuelle, laquelle s'effectue à l'aide de techniques de présentation. Une des techniques les plus apparentes est l'usage de l'épithète, laquelle met l'accent sur une caractéristique ou une qualité propre au sujet discuté. Par ailleurs, puisque l'épithète est nécessairement le produit d'une appréciation subjective, elle est souvent complétée par une deuxième technique de présentation, que Perelman appelle la classification, laquelle vient tempérer l'aspect tendancieux de l'épithète.³³² Le sujet est donc « classé » dans une catégorie conceptuelle déjà formée, de façon à influencer la perception et l'attitude de l'auditoire à son égard.³³³

Perelman explique que, lorsque le sujet choisi par l'orateur est une personne ou un groupe de personnes, la classification est caractérisée « non seulement par des caractères communs à leurs membres, mais encore, et parfois surtout, par l'attitude adoptée à leur égard, la manière de les juger et de les traiter.³³⁴ Il désigne cette technique comme un « procédé argumentatif de liaison », du fait qu'elle relie une personne en fonction de ses actes, que ce soit de façon positive ou négative. On parle donc d'un mouvement allant de l'acte à la personne, puisqu'en décrivant les gestes qu'elle pose ou qu'elle a posés, on tente d'influencer la conception de l'auditoire par rapport à cette personne.³³⁵ Inversement, l'image de la personne qui est créée par cette technique d'association sert aussi de point de départ de l'argumentation et incite celui qui prend connaissance du discours à prévoir certains actes que

³³¹ *Id.*, p. 156.

³³² *Id.*, p. 169-170.

³³³ *Id.*

³³⁴ *Id.*, p. 170.

³³⁵ *Id.*, p. 398-402.

la personne posera. Dans ce cas, l'image sert à « transférer sur les actes le jugement porté sur l'agent ». ³³⁶

Ce bref exposé théorique met en lumière le choix fait par la Cour suprême dans la décision *Downtown Eastside* de valoriser les acteurs sociaux. En d'autres mots, cette valorisation des acteurs sociaux sert de « prémisse d'argumentation » (ou d'«objet d'accord») et constitue la toile de fond sur laquelle repose le reste de l'argumentation. Voici ceci un peu plus en détail.

Dès le départ, le juge Cromwell choisit de mettre l'accent sur la demanderesse d'intérêt public SWUAV, en la présentant comme un organisme « dont l'objet consiste notamment à améliorer les conditions de travail des travailleuses du sexe. » ³³⁷ Selon le vocabulaire de Perelman, le juge a donc sélectionné cette donnée comme prémisse de base (les activités de l'organisation qui désire poursuivre au nom de l'intérêt public) et l'a caractérisé en la classant dans une catégorie conceptuelle déjà formée dans l'esprit de l'auditoire (une organisation qui aide les travailleuses du sexe, qui agit positivement pour le bien de certains membres de la société). Dans cet énoncé de départ, on remarque donc le caractère éminemment positif des activités de l'organisation, lequel est amplifié par l'emploi du mot « notamment », pour signifier que SVUAW en fait davantage pour les travailleuses du sexe.

Deux paragraphes plus loin, la Cour répète cette formulation en ajoutant d'autres qualificatifs :

«La Société intimée est une entreprise enregistrée de la Colombie-Britannique qui a notamment pour objet d'améliorer les conditions de travail des travailleuses du sexe. Elle est administrée « par et pour » des travailleuses du sexe actives et retirées vivant dans le quartier Downtown Eastside de Vancouver. Les membres de la Société sont des femmes, la

³³⁶ *Id.*, p. 403-404.

³³⁷ *Downtown Eastside*, préc. note 301, par. 3.

plupart autochtones, vivant avec des problèmes de toxicomanie, de santé, d'incapacités et de pauvreté; elles ont presque toutes été victimes de violence physique ou sexuelle, ou des deux. »³³⁸

En plus de répéter la notion relative à l'amélioration des conditions de travail (pour lui accorder encore plus d'importance), on note le choix de la Cour de décrire SWUAV comme étant administrée « par et pour » les travailleuses en utilisant des guillemets, de façon à montrer la demanderesse sous un aspect positif, à l'aide de ce que Perelman appelle un « slogan ».³³⁹ En outre, on remarque que cet énoncé insiste sur les conditions difficiles dans lesquelles vivent les travailleuses du sexe, ce qui sert aussi à valoriser la volonté de SWUAV d'aider ses membres.

Toujours dans ses paragraphes introductifs, la Cour utilise une autre technique de liaison en décrivant la demanderesse Sheryl Kiselbach comme une ancienne travailleuse du sexe n'ayant pas eu la vie facile et qui pose aujourd'hui des gestes positifs pour aider ses pairs. Cette technique est désignée par Perelman comme étant « l'argumentation par l'illustration », laquelle sert à présenter un cas particulier, afin d'augmenter la présence du sujet dans la conscience de l'auditoire.³⁴⁰ Pour reprendre le vocabulaire perelmanien, ce procédé constitue une liaison pour « fonder la structure du réel » (par opposition aux « liaisons basées sur la structure du réel »), dans le sens où on veut non pas présenter la nature des choses, mais remanier un schème de pensée pour laisser percevoir une réalité.³⁴¹ Encore une fois, en faisant cela, la Cour valorise les acteurs sociaux désirant obtenir la qualité pour agir dans ce dossier :

³³⁸ *Id.*, par. 5.

³³⁹ Cette technique du slogan consiste à se servir d'une maxime « concise et facile à retenir » élaborée pour une circonstance particulière, dont le rôle est « essentiellement celui d'imposer, par leur forme, certaines idées à notre attention », C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 225. Ce slogan utilisé par le juge Cromwell n'est d'ailleurs pas sans rappeler une description de la démocratie comme régime « par et pour » le peuple.

³⁴⁰ *Id.*, p. 481.

³⁴¹ *Id.*, p. 257.

« Sheryl Kiselbach est une ancienne travailleuse du sexe qui occupe actuellement un emploi de coordonnatrice en prévention de la violence dans le quartier Downtown Eastside. Pendant environ 30 ans, elle a exercé diverses activités dans l'industrie du sexe dont la danse exotique, les spectacles érotiques en direct, les séances en salons de massage et la prostitution de rue en tant que travailleuse autonome. Durant cette période, elle a été déclarée coupable de plusieurs infractions relatives à la prostitution. Elle a quitté cette industrie en 2001. Elle soutient avoir été incapable de participer à une contestation judiciaire des lois relatives à la prostitution pendant qu'elle était active comme travailleuse du sexe en raison des risques liés à une exposition publique, de la crainte pour sa sécurité personnelle et de la perte éventuelle de services sociaux, d'aide au revenu, de clientèle et de possibilités d'emploi. »³⁴²

Ces « prémisses de l'argumentation » étant posées, la valorisation des acteurs sociaux agissant comme demanderesses se poursuit dans le jugement, mais cette fois, pour montrer qu'elles sont en mesure de représenter leurs pairs de façon adéquate. Tout en répétant une troisième fois que les objets de SWUAV « visent notamment à améliorer la santé et la sécurité des travailleuses du sexe » et une deuxième fois qu'elle est « administrée par et pour » ses membres, la Cour louange son engagement, son expérience, sa vision et sa capacité de mener son dossier à terme :

« ... [L]a Société n'agit pas en trouble-fête et a démontré un solide engagement à l'égard de l'enjeu en cause. Elle a une expérience considérable relativement aux travailleurs de l'industrie du sexe du quartier Downtown Eastside de Vancouver et elle connaît bien leurs intérêts. Il s'agit d'un organisme sans but lucratif enregistré qui est administré « par et pour » des travailleurs qui exercent un métier dans l'industrie du sexe, ou qui en ont déjà exercé un, et qui habitent ou travaillent dans ce quartier de Vancouver. L'objet de cet organisme est fondé sur la vision et les besoins des travailleurs de la rue de l'industrie du sexe et ses objets visent notamment à améliorer leur santé et leur sécurité, à s'opposer à toutes les formes de violence à leur égard et à exercer des pressions pour obtenir des modifications aux politiques et aux lois afin d'améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs du sexe. »³⁴³

³⁴² *Downtown Eastside*, préc. note 301, par. 6.

³⁴³ *Id.*, par. 58.

« ... [L]es intimées ont soulevé des questions importantes pour le public... leur contestation est exhaustive (...). Il est évident que la demande est plaidée avec rigueur et habileté. »³⁴⁴

« [E]lles ont la capacité d'engager la présente action. La Société est bien organisée et dotée d'une expertise considérable en ce qui concerne les travailleurs de l'industrie du sexe qui exercent leur métier dans le quartier Downtown Eastside, et M^{me} Kiselbach, une ancienne travailleuse du sexe dans ce quartier, est soutenue par les ressources de la Société. Elles apportent un contexte factuel concret et représentent les personnes qui sont le plus directement touchées par les dispositions législatives contestées. (...) De plus, la Société est représentée par des avocats expérimentés en droit de la personne, ainsi que par la Pivot Legal Society, un organisme sans but lucratif d'intervention juridique qui travaille dans le quartier en cause et dont les activités sont principalement centrées sur les questions juridiques touchant cette collectivité. Cet organisme a effectué des recherches sur le sujet, a produit divers rapports et a présenté les éléments de preuve qu'elle a recueillis à des représentants et à des comités gouvernementaux. Cela laisse entendre que la présente instance constitue une manière efficace de soumettre la question à la cour en ce sens qu'elle sera présentée dans un contexte qui permettra sa détermination dans un système contradictoire. »³⁴⁵

En somme, par un ensemble de techniques argumentatives sommairement décrites ci-haut, la Cour suprême a choisi de valoriser les acteurs sociaux agissant comme demanderesses afin de les montrer comme un « modèle », au sens où Perelman l'entend.³⁴⁶ Ce procédé, qui est également un « processus de liaison »³⁴⁷, s'emploie à décrire un cas particulier de façon à indiquer une conduite à suivre et servir d'inspiration à ceux qui vont suivre.³⁴⁸ Ainsi, en établissant de façon particulière les critères permettant d'autoriser SWUAV à intenter son recours d'intérêt public, la Cour trace la voie aux autres acteurs sociaux voulant s'impliquer

³⁴⁴ *Id.*, par. 73

³⁴⁵ *Id.*, par. 74 (références aux affidavits et mémoires omises).

³⁴⁶ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumenation*, préc. note 67, p. 488-489.

³⁴⁷ Les procédés de liaison sont des « schèmes qui rapprochent des éléments distincts et permettent d'établir entre ces derniers une solidarité visant soit à les structurer, soit à les valoriser positivement ou négativement l'un par l'autre. », *id.*, p. 255.

³⁴⁸ *Id.*, p. 490. Bien sûr, ce procédé est particulièrement approprié pour créer un précédent.

dans le processus judiciaire, lesquels devront suivre les paramètres imposés par ce modèle (engagement, expertise, ressources, etc.).

Pour résumer les derniers paragraphes, il convient donc de souligner le contraste énorme entre la présentation des acteurs sociaux faite par la Cour suprême dans cet arrêt *Downtown Eastside* et celle qui prévalait au début des années quatre-vingt-dix. En effet, alors qu'on en parlait dans l'arrêt *Conseil canadien des églises* en termes de « désastre », de « préjudice accablant », d'« injustice pour les particuliers » et de « prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante »³⁴⁹, l'image dépeinte aujourd'hui est axée sur la valorisation des acteurs sociaux. En d'autres mots, à travers une qualification positive des travailleuses du sexe et de leur organisation, on ne les voit plus comme une nuisance potentielle pour le système judiciaire, mais comme des vecteurs susceptibles de faire évoluer le droit.

b) Le retour à l'approche déontologique préconisée par les arrêts Thorson, McNeil, Borowski et Finlay

Le deuxième volet de l'arrêt *Downtown Eastside* sur lequel nous voulons insister concerne l'accent mis par la Cour suprême sur le principe de la légalité établi par les arrêts *Thorson, McNeil, Borowski et Finlay* et la façon dont le juge Cromwell a relativisé la thèse conséquentialiste adoptée dans *Conseil canadien des églises*. L'explication de ce volet nécessite un bref préambule de notre part.

Tel que le mentionnions plus haut, l'arrêt *Downtown Eastside* est survenu dans un contexte doctrinal particulier, en raison des attentes vis-à-vis des améliorations à apporter à l'accès à la justice par les citoyens.³⁵⁰ En outre, au début de 2012, la Cour suprême était

³⁴⁹ *Conseil canadien des églises*, préc. note 248, p. 252.

³⁵⁰ Voir la Section C.1a) de la présente partie.

également placée dans un contexte institutionnel peu commun (relié au contexte doctrinal), du fait que quelques juges avaient pris leur retraite et que ceux qui les ont remplacés s'étaient exprimés ouvertement en faveur d'un meilleur accès à la justice pour les citoyens.³⁵¹

Or, au-delà des contextes doctrinal et institutionnel, la Cour devait également composer avec un contexte jurisprudentiel quelque peu controversé, du fait que les membres du plus haut tribunal qui les ont précédés avaient affiché deux approches complètement différentes par rapport à la façon dont l'exercice discrétionnaire quant à la qualité pour agir dans l'intérêt public devait être appliqué. En d'autres mots, au moment où l'affaire *Downtown Eastside* est parvenue devant le plus haut tribunal, il existait un contexte doctrinal, institutionnel et jurisprudentiel particulier, axé sur le problème de l'accès à la justice pour les citoyens.

Sans répéter dans les détails la chronologie des événements survenus depuis 1974, rappelons que ce contexte jurisprudentiel était controversé du fait qu'il opposait deux types d'approches quant aux critères d'accès des citoyens devant les tribunaux. Ces deux approches, l'une déontologique et l'autre conséquentialiste, ont été exprimées à l'occasion de quelques décisions-clés de la Cour suprême, qu'on peut résumer ainsi. Au milieu des années soixante-dix, suivant une première percée des acteurs sociaux à titre d'intervenants dans les arrêts *Lavell* et *Morgentaler*, la Cour suprême (à l'initiative du nouveau juge en chef Laskin) a dessiné les premiers traits d'une approche à prédominance déontologique dans les arrêts *Thorson* et *McNeil*.³⁵² Cette approche a par la suite été réaffirmée sans équivoque (et même raffinée) dans les arrêts *Borowski*³⁵³ de 1981 et *Finlay*³⁵⁴ de 1986. Six ans après l'arrêt *Finlay*, en 1992, le plafond s'est littéralement abattu sur la tête des acteurs sociaux avec l'arrêt *Conseil canadien des églises* (du point de vue de l'accès à la justice), alors que la Cour suprême a

³⁵¹ Voir la Section C.1b) de la présente partie.

³⁵² Voir les Sections A.2a) et A.2b) de la présente partie.

³⁵³ Voir la Section A.2c) de la présente partie.

³⁵⁴ Voir la Section A.4b) de la présente partie.

refusé de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public à un organisme réputé pour la défense des droits des réfugiés qui avait soulevé des questions sérieuses quant à la constitutionnalité de nouvelles dispositions législatives en matière d'immigration.³⁵⁵ Comme nous l'avons vu, cet arrêt *Conseil canadien des églises* a eu un effet encore plus dommageable pour la participation citoyenne devant les tribunaux, du fait que la Cour suprême a reformulé de façon assez radicale le troisième critère du test établi dans les arrêts précités, en statuant qu'« il n'est pas nécessaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public lorsque, selon une prépondérance des probabilités, on peut établir qu'un particulier contestera la mesure. »³⁵⁶

Faisant une analogie avec un roman de Kafka, une auteure expliquait que ce changement de cap de la part de la Cour suprême en 1992 a eu comme conséquence de « fermer les barrières de la justice » pour les acteurs sociaux et que, en conséquence, au cours des vingt années qui ont suivi, très peu d'acteurs sociaux ont osé initier des demandes au nom de l'intérêt public.³⁵⁷ Par ailleurs, selon cette même auteure, l'affaire *Downtown Eastside* représentait une occasion unique pour la Cour suprême de « faire partie de la solution », en rétablissant l'approche qui prévalait à l'époque des arrêts *Thorson*, *McNeil*, *Borowski* et *Finlay*:

«At a time in Canadian legal history when judges from across Canada have articulated a crisis in access to justice ... it is critical to understand how judges can make a difference inside the courtroom. Public interest standing is one place to start. Taking a contextualized approach to the issue can contribute to making Kafka's metaphor in this article's epigraph seem like a quaint, but dated story about access to justice.

In March 2011 the SCC granted the government leave to appeal, without costs, the BCCA's decision in *SWUAV*. The SCC has before it a golden opportunity to guide the law of public interest standing in a way that delivers on the promise of meaningful access to justice for marginalized groups (...).

³⁵⁵ Voir la Section A.5a) de la présente partie.

³⁵⁶ *Id.*

³⁵⁷ J. BAILEY, «Reopening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice», préc. note 250, p. 258 et 262-264. Pour une autre analogie entre ce roman de Kafka et l'accès à la justice, voir Patrick J. GLEN, « The Deconstruction and Reification of Law in Franz Kafka's "Before the Law" and "The Trial" », (2007) 17 *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 23.

It is to be hoped that the Court, whose members have been admirably supportive *outside* of the courtroom on the issue of access to justice, will also choose to be "part of the solution, not part of the problem" *inside* the courtroom.»³⁵⁸

Et c'est effectivement ce qui est arrivé, alors que la Cour suprême, sous la plume du juge Cromwell a clairement rétabli une approche à prédominance déontologique et a confirmé qu'il fallait reconnaître la qualité pour agir à SWUAV et Madame Kiselback. De façon encore plus importante, le plus haut tribunal a également décidé de reformuler le troisième critère du test normatif discuté plus haut, tel qu'il était conçu depuis l'arrêt *Conseil canadien des églises*. Voyons les motifs invoqués par la Cour, toujours en nous servant des techniques décrites par Perelman.

Cette fois, les procédés argumentatifs dominants utilisés par la Cour pour traiter de cet aspect de la question sont bien connus des juristes, puisqu'ils sont ceux du précédent, de l'argument d'autorité et de la citation, lesquels forment une partie importante de la théorie de l'argumentation de Perelman.³⁵⁹ Pour décrire brièvement ce type d'argument, on peut dire qu'il s'agit d'une autre technique argumentative dite « de liaison », sauf qu'au lieu de relier une personne à ses actes comme nous avons vu précédemment, on associe une réalité à une autre. Autrement dit, d'un point de vue perelmanien, l'argument d'autorité est celui qui constate une réalité déjà vécue et qui propose d'appliquer la même solution à la réalité que l'on tente d'appréhender au moment présent. Cela dit, malgré la familiarité que nous pouvons avoir avec la mécanique du précédent en matière judiciaire, il est intéressant de voir ce que Perelman dit à propos de l'orateur aux prises avec un conflit entre les autorités (ce qui était le cas au moment de décider l'arrêt *Downtown Eastside*) :

³⁵⁸ J. BAILEY, «Reopening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice», préc. note 250, p. 285 (les italiques sont de l'auteur).

³⁵⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 144 (argument du précédent), p. 410-417 (argument d'autorité) et p. 240 (la citation, laquelle a comme fonction d'appuyer l'argument d'autorité).

« Dès qu'il y a conflit entre autorités se pose le problème des fondements : ceux-ci devraient permettre de déterminer le crédit que méritent les autorités respectives. Actuellement, le fondement le plus souvent allégué en faveur de l'autorité est la compétence, mais ce n'est pas le cas dans chaque milieu et à chaque époque. La lutte contre l'argument d'autorité qui, parfois, n'est que la lutte contre certaines autorités, mais en faveur d'autres, peut, par ailleurs, résulter du fait que l'on désire remplacer le fondement traditionnel de l'autorité par un fondement différent, ce qui entraînera le plus souvent, par voie de conséquence, un changement d'autorité. »³⁶⁰

Tel que mentionné, cette question du conflit entre les autorités était bien présente dans le cas qui nous occupe, du fait que la participation des acteurs sociaux sur la scène judiciaire n'a pas toujours été traitée selon les mêmes perspectives au fil des époques. Essentiellement, tel qu'exposé plus haut, la source principale de conflit était que la Cour suprême a parfois appliqué des critères d'entrée de façon libérale alors qu'à d'autres moments, elle a adopté une position plus rigide. D'ailleurs, le juge Cromwell a bien expliqué ce dilemme en affirmant qu'une des questions principales du litige consistait à établir un équilibre entre l'accès aux tribunaux (aspect déontologique) et le besoin d'économiser les ressources judiciaires (aspect conséquentialiste).³⁶¹ Comme il existait des précédents pour les deux types de perspectives, les questions cruciales auxquelles la Cour devait répondre étaient donc celles de savoir sur quelles autorités elle devait insister et de quelle façon elle devait distinguer les autorités qu'elle voulait écarter.

Une des réponses offertes par Perelman pour disposer du conflit entre les autorités d'un point de vue argumentatif se trouve dans le concept de « notion », qu'il définit comme « une construction de théories et interprétation du réel ». ³⁶² Selon lui,

« [I]a manière dont on présente les notions fondamentales dans une discussion dépend souvent du fait qu'elles sont liées aux thèses que l'on

³⁶⁰ *Id.*, p. 415-416.

³⁶¹ *Downtown Eastside*, préc. note 301, par. 23.

³⁶² C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 174-185, plus particulièrement à la p. 176.

défend ou à celles de l'adversaire. En général, quand une notion caractérise sa propre position, l'orateur la présente comme étant non pas confuse, mais souple, riche, c'est-à-dire recelant de grandes possibilités de valorisation et surtout comme pouvant résister aux assauts d'expériences nouvelles. Par contre les notions liées aux thèses de l'adversaire seront figées, présentées comme immuables. En procédant ainsi l'orateur fait jouer, à son profit, l'inertie. La souplesse de la notion, que l'on postule dès l'abord et que l'on revendique comme lui étant inhérente permet de minimiser, tout en les soulignant, les changements que l'expérience nouvelle imposerait, que les objections réclameraient : l'adaptabilité de principe à des circonstances nouvelles permettra de soutenir que l'on maintient vive la même notion. »³⁶³

Sans contredit, cette stratégie discursive proposée par Perelman est exactement celle ayant été adoptée par la Cour suprême dans la décision *Downtown Eastside*. Tel qu'il appert des nombreux extraits ci-dessous, le juge Cromwell s'est constamment servi de cette opposition entre la « notion souple » du test normatif (thèse plaidée par les acteurs sociaux, basée sur les arrêts *Thorson, McNeil, Borowski et Finlay*) et la « notion figée » ou rigide (thèse plaidée par l'État, basée sur l'arrêt *Conseil canadien des églises*).³⁶⁴ En somme, de façon systématique, le juge a donc présenté ses arguments d'autorité en insistant sur les avantages d'une notion souple par rapport à une position rigide :

« Le pourvoi porte principalement sur la question de savoir si les trois facteurs que les tribunaux doivent prendre en compte afin de juger de la qualité pour agir doivent être considérés comme des éléments d'une liste de contrôle rigide... »³⁶⁵

« ...le juge en cabinet a estimé que le droit établit trois conditions – une méthode rappelant l'utilisation d'une liste de contrôle (...) Les intimées plaident cependant pour une approche plus souple... »³⁶⁶

³⁶³ *Id.*, p. 185 (les soulignés sont les nôtres).

³⁶⁴ De façon concrète, les acteurs sociaux soutenaient que SWUAV et Madame Kiselbach étaient les mieux placés pour soumettre ces questions à la Cour (comme l'étaient Messieurs *Thorson, McNeil, Finlay* et *Borowski*), alors que l'État soutenait au contraire qu'il revenait aux travailleuses du sexe de contester la constitutionnalité de la loi dans le cadre d'une défense à des accusations actuellement ou éventuellement portées contre elle (au même titre que les réfugiés dans l'arrêt *Conseil canadien des églises*).

³⁶⁵ *Downtown Eastside*, préc. note 301, par. 3.

³⁶⁶ *Id.*, par. 19.

« Ces facteurs (...) [ceux relatifs aux trois critères du test] ne devraient pas être considérés comme des exigences inflexibles (...). Ils devraient plutôt (...) être appliqués d'une manière souple et libérale de façon à favoriser la mise en œuvre de ces objectifs sous-jacents. »³⁶⁷

« ... les trois facteurs [ceux reliés aux trois critères] ne doivent pas être perçus comme des points figurant sur une liste de contrôle ou comme des exigences techniques. Ils doivent plutôt être vus comme des considérations connexes devant être appréciées ensemble, plutôt que séparément, et de manière téléologique.»³⁶⁸

« Le demandeur qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir doit convaincre la cour que ces facteurs, appliqués d'une manière souple et téléologique, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité. »³⁶⁹

« Ce facteur a longtemps été qualifié d'exigence stricte (...) Ce facteur n'a cependant pas toujours été appliqué de la sorte. J'estime que nous devrions maintenant indiquer clairement qu'il s'agit d'un des trois facteurs qui doivent être analysés et soupesés par les tribunaux lors de l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire. (...) Cette approche quant au troisième facteur correspond davantage à l'interprétation souple, discrétionnaire et téléologique de la qualité pour agir dans l'intérêt public... »³⁷⁰

« Un grand nombre de décisions illustre que ce troisième facteur n'a pas été appliqué de façon rigide, quelle qu'ait été sa formulation. »³⁷¹

« Une approche souple et discrétionnaire est de mise pour juger de l'effet de ces considérations sur la décision ultime de reconnaître ou non la qualité pour agir. »³⁷²

«Ce facteur, comme les deux autres, doit être apprécié d'une manière souple et téléologique en plus d'être soupesé à la lumière des autres facteurs.»³⁷³

³⁶⁷ *Id.*, par. 20.

³⁶⁸ *Id.*, par. 36.

³⁶⁹ *Id.*, par. 37.

³⁷⁰ *Id.*, par. 46.

³⁷¹ *Id.*, par. 47.

³⁷² *Id.*, par. 50.

³⁷³ *Id.*, par. 52.

« Après avoir examiné les trois facteurs suivant une approche téléologique, souple et libérale, je conclus que la Cour d'appel était justifiée de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public à la Société et à Mme Kiselbach. »³⁷⁴

« Nous devons donc réévaluer le poids qu'il convient de donner à ce facteur lorsqu'il est pris en compte de manière téléologique et souple. »³⁷⁵

« Le demandeur qui souhaite se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public doit convaincre la cour que ces facteurs, appliqués d'une manière souple et téléologique, militent en faveur de la reconnaissance de cette qualité. »³⁷⁶

Ainsi, en mettant l'accent sur les avantages d'une approche souple à l'égard des conditions d'admissibilité des acteurs sociaux aux litiges d'intérêt public, la Cour a clairement priorisé le principe de la légalité, en insistant d'ailleurs sur la nécessité de favoriser son respect, sur l'obligation d'y donner effet et sur le besoin de le renforcer.³⁷⁷ Comme on peut s'en douter, les autorités invoquées furent essentiellement les propos du juge Laskin dans l'arrêt *Thorson* et ceux qui l'ont suivi, dont l'arrêt *Finlay*:

« Le principe de la légalité renvoie à deux concepts : d'abord, le fait que les actes de l'État doivent être conformes à la Constitution et au pouvoir conféré par la loi, et qu'il doit exister des manières pratiques et efficaces de contester la légalité des actions de l'État. Ce principe a été au cœur de l'évolution de la notion de qualité pour agir dans l'intérêt public au Canada. Par exemple, dans l'arrêt de principe *Thorson*, le juge Laskin a écrit que « le droit des citoyens au respect de la Constitution par le Parlement » (p. 163) milite pour la reconnaissance de la qualité pour agir et qu'une question de constitutionnalité ne devrait pas être « mise à l'abri d'un examen judiciaire en niant qualité pour agir à quiconque tente d'attaquer la loi contestée » (p. 145). Il a conclu qu'« il serait étrange et même alarmant qu'il n'y ait aucun moyen par lequel une question d'abus de pouvoir

³⁷⁴ *Id.*, par. 53.

³⁷⁵ *Id.*, par. 60.

³⁷⁶ *Id.*, par. 60.

³⁷⁷ Voir notamment aux par. 33, 34, 50 et 76 de la décision.

législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice » (p. 145). »³⁷⁸

« Le principe de la légalité a été analysé plus en profondeur dans l'arrêt *Finlay*. La Cour y a souligné l'«insistance répétée dans l'arrêt *Thorson* sur l'importance dans un État fédéral de pouvoir s'adresser aux tribunaux pour contester la constitutionnalité d'une loi » (p. 627). Selon le juge Le Dain, cet énoncé constituait « la considération dominante du principe dans l'arrêt *Thorson* » (*Finlay*, p. 627). Au terme d'un examen de la jurisprudence relative à la qualité pour agir dans l'intérêt public, la Cour a étendu, dans l'arrêt *Finlay*, la portée du pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public aux contestations visant des pouvoirs administratifs conférés par une loi. Cette étape a été franchie en partie parce que les contestations de cette nature étaient motivées par le souci d'assurer le respect des « limites [du] pouvoir légal » (p. 631). »³⁷⁹

En constatant ce caractère à prédominance déontologique des motifs, il n'est donc pas surprenant de voir que la Cour s'est simultanément employée à relativiser la logique conséquentialiste qui prévalait alors, en minimisant les effets néfastes entraînés par la participation des acteurs sociaux dans le débat judiciaire. Au risque de se répéter, on se rappellera que, dans l'arrêt *Conseil canadien des églises*, le juge Cory avait resserré les critères applicables à la qualité pour agir dans l'intérêt public pour éviter la « prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante. »³⁸⁰ Or, selon le juge Cromwell, cette crainte d'un « raz de marée »³⁸¹ de poursuites était exagérée :

« Après tout, bien peu de gens saisiront les tribunaux d'une affaire dans laquelle ils n'ont aucun intérêt et qui, en soi, ne laisse entrevoir aucune fin légitime. Selon les mots du professeur K. E. Scott, [TRADUCTION] « [l]e demandeur passif et capricieux, le dilettante qui plaide pour le plaisir est un spectre qui hante la littérature juridique, non les salles

³⁷⁸ *Id.*, par. 31 (les soulignés sont de la Cour).

³⁷⁹ *Id.*, par. 32.

³⁸⁰ *Conseil canadien des églises*, préc. note 248, p. 252.

³⁸¹ Selon son expression, cf. *Downtown Eastside*, préc. note 301, par. 26.

d'audience » : « Standing in the Supreme Court — A Functional Analysis » (1973), 86 *Harv. L. Rev.* 645, p. 674. »³⁸²

En outre, de façon cohérente avec le reste de la décision, le juge Cromwell ajouta, comme le juge Laskin l'avait fait au milieu des années soixante-dix, que s'il s'avérait qu'un acteur représentatif abuse du système judiciaire, les juges avaient d'autres « outils de gestion » et « d'autres solutions moins catégoriques » que celle du « déni total de la qualité pour agir ».³⁸³

c) La portée de cet arrêt

De façon claire, la décision *Downtown Eastside* opère un changement de cap important dans les relations entre les acteurs sociaux et les tribunaux, et ce, à plusieurs égards.

D'abord, il s'agit d'un virage significatif du fait que, dans les annales de la Cour suprême, cette décision est probablement celle qui présente les groupes représentatifs sous leur meilleur jour. Cette valorisation des acteurs sociaux ne peut qu'améliorer la perception de la magistrature à l'égard de leur volonté d'implication.

Deuxièmement, comme nous l'avons constaté, les décisions de la Cour suprême traitant du principe de l'accès à la justice sont assez rares et le fait que cet arrêt aborde la question dans le contexte de la participation citoyenne devant les tribunaux ne peut que promouvoir l'intérêt des acteurs sociaux dans le processus judiciaire.³⁸⁴

Troisièmement, tel que le soulignait la professeure Bailey, il ressort nettement de cet arrêt – notamment des instructions spécifiques formulées par le juge Cromwell quant à la

³⁸² *Id.*, par. 28.

³⁸³ *Id.*, par. 75.

³⁸⁴ D. PHILIPS, «Public Interest Standing, Access to Justice, and Democracy under the Charter: *Canada (AG) v. Downtown Eastside Sex Workers United against Violence*», préc. note 302, p. 21.

marche à suivre par les tribunaux inférieurs³⁸⁵ – que la Cour suprême n’a pas voulu limiter sa décision à l’organisme SWUAV et qu’elle a voulu créer une norme d’application générale pour l’ensemble des groupes désirant s’impliquer devant les tribunaux :

«SWUAV SCC not only represents a victory for SWUAV and Ms. Kiselbach, but also for access to justice for equality-seeking groups more generally. In granting public interest standing the SCC rewrote the third element in the public interest standing test, which had previously been a stumbling block to public interest group representation of the interests of members of socio-economically marginalized communities. The SCC also introduced an element of flexibility into the application of the standing test, which should enhance the capacity of courts in the future to render more fully contextualized decisions that better recognize and account for the challenging conditions in which some of the most vulnerable members of our communities live.»³⁸⁶

Enfin, on peut certainement dire que cette décision tire sa force du fait qu’elle comporte plusieurs attributs d’une « bonne justification », dans le sens où l’entend le professeur Luc B. Tremblay. En effet, si l’on s’en tient à cette théorie, toute justification, incluant la décision judiciaire, cherche à convaincre l’auditoire que les motifs sur lesquels elle repose ont non seulement un « fondement rationnel », mais un « fondement légitime », et ce niveau est susceptible d’être atteint si le processus décisionnel a été marqué par une « délibération publique de qualité ».³⁸⁷ Or, cette délibération a vraiment eu lieu dans ce dossier, puisqu’en plus des parties impliquées, la Cour a donné la chance à treize groupes sociaux et deux procureurs généraux de confronter leurs arguments dans des échanges parfois vigoureux, incluant ceux avec les juges.³⁸⁸

³⁸⁵ La décision renferme plusieurs expressions tel que « le tribunal devrait tenir compte... », « il devrait examiner... », « il devrait déterminer... », « le tribunal devrait se pencher... », « le tribunal devrait évaluer », « le tribunal ne devrait pas uniquement prendre en compte... » ou « le tribunal devrait se demander ... », voir notamment au par. 51 de la décision.

³⁸⁶ J. BAILEY, «*On Being part of the solution*», préc., note 302, p. 144.

³⁸⁷ L. B. TREMBLAY, *Jugement pratique*, préc. note 92, p. 93; voir aussi la section C.2(b) de notre introduction.

³⁸⁸ Comme ceux survenus entre le Juge Fish et le procureur général de l’Ontario: «Is it reasonable to expect that the individual street worker accused of one of the offences will mount an effective constitutional challenge against the provisions in issue here, is it reasonable to expect an individual street worker to do that?», Audition

En raison des caractéristiques décrites ci-haut, il ne fait donc aucun doute que l'arrêt *Downtown Eastside* s'avère le meilleur jugement que pouvaient espérer les acteurs sociaux, puisqu'il a dissipé de façon importante certains obstacles qui les empêchaient de participer aux débats judiciaires depuis un certain temps. En outre, les groupes représentatifs peuvent tabler sur le fait que la Cour suprême a réitéré l'approche souple décidée dans *Downtown Eastside* quelques mois plus tard, dans une instance où les tribunaux inférieurs avaient refusé de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public à des autochtones voulant représenter leurs pairs dans le cadre d'une demande de jugement déclaratoire concernant leurs droits ancestraux.³⁸⁹ Dans cette affaire, la Cour rejeta l'objection quant au défaut de qualité pour agir des demandeurs de façon non équivoque :

« Les juridictions inférieures ne disposaient pas de la décision de notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté l'application stricte de la troisième condition relative à la qualité pour agir. (...) Les conditions à remplir pour se voir reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public doivent être appréciées de façon souple et libérale, au regard des objectifs sous-jacents des restrictions quant aux personnes à qui il convient de reconnaître la qualité pour intenter une action devant les tribunaux. »³⁹⁰

Une autre bonne nouvelle pour les acteurs sociaux est que, comme c'est souvent le cas, l'attitude d'ouverture de la Cour suprême quant à la participation sociale devant les tribunaux se répercute sur celle des juridictions inférieures. En effet, un survol de la jurisprudence récente montre que plusieurs acteurs sociaux réussissent à faire rejeter les contestations de leur

Downtown Eastside, minutes 94 :12 à 96:30. On peut aussi citer le procureur Kent Roach, procureur de David Asper Center for Constitutional Rights qui, en répliquant à la plaidoirie des procureurs généraux, n'a pas mâché ses mots quant à l'attitude passée de la Cour suprême : « Twenty years of experience after *Canadian Council* suggests that the test is not working, it is becoming harder to grant public access under the Charter than it was under the pre-Charter (...) We should go back to *Thorson* and *McNeil* and recognize that the purpose of public interest standing is to recognize the right of the citizenry to demand constitutional behavior from the legislation», id. minutes 228 :50 à 238 :25.

³⁸⁹ Cette demande visait la réconciliation entre les descendants des Métis et le Canada, cf. *Manitoba Metis Federation c. Canada (P.G)*, [2013] 1 R.C.S. 623.

³⁹⁰ *Id.*, par. 43 (nos soulignés).

qualité pour agir dans l'intérêt public en se servant spécifiquement des principes établis dans l'arrêt *Downtown Eastside*.³⁹¹ De plus, certains indices laissent à penser que le besoin de recourir à l'arrêt *Downtown Eastside* s'estompe graduellement et que la présence des acteurs sociaux comme demandeurs d'intérêt public soit de moins en moins contestée. On observe cette situation dans des cas récents où des objections soulevées devant les tribunaux inférieurs quant à la qualité pour agir d'acteurs sociaux ont tout simplement été abandonnées devant la Cour suprême.³⁹² On remarque également d'autres cas où la qualité pour agir dans l'intérêt public de certains groupes n'est plus contestée par leurs adversaires, ce qui n'aurait probablement pas été le cas avant *Downtown Eastside*.³⁹³

Conclusion de la Partie I

La présente partie a d'abord servi à établir que la volonté des acteurs sociaux de s'impliquer dans les débats judiciaires n'a pas une très longue histoire, puisqu'elle n'a réellement commencé à se manifester qu'au début des années soixante-dix. Avant cela, les acteurs sociaux ne semblaient pas intéressés à se joindre aux débats judiciaires. Par contre, il faut nuancer cette affirmation en signalant que le refus assez catégorique de la Cour suprême

³⁹¹ *Vancouver Area Network of Drug Users v. British Columbia Human Rights Tribunal*, 2015 BCSC 534; *Galati c. Canada (Gouverneur général)* 2015 C.F. 91; *The Law Society of British Columbia v. The Society of Notaries Public of British Columbia*, 2014 BCCA 233; *B.C./Yukon Association of Drug War Survivors v. Abbotsford (City)*, 2014 BCSC 1817; *Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés, L'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Justice for Children and Youth, Daniel Garcia Rodrigues et Hanif Ayubi c. Canada (Procureur général) et Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, 2014 C.F. 651, 4 juillet 2014; *MoCreebec Council of the Cree Nation c. Québec (Procureur général)*, 2013 QCCS 95 (J. André Roy), par. 37-40. *Fédération des parents francophones de Columbie- Britannique v. British Columbia (Attorney General)* [2012], BCCA 422.

³⁹² Voir *Thibodeau c. Air Canada*, [2014] 3 R.C.S. 340, qui concernait la demande d'intérêt public de passagers d'avion contestant le service unilingue d'un transporteur aérien. La question de l'intérêt pour agir fut soulevée devant la division d'appel de la Cour fédérale (*Air Canada c. Thibodeau*, [2012] FCA 246), mais abandonnée devant la Cour suprême. Le même phénomène apparaît dans l'arrêt *R. c. Smith*, [2015] CSC 34, où la qualité d'agir d'un demandeur n'ayant pas d'intérêt direct dans une contestation constitutionnelle de dispositions prohibant la possession de cannabis fut vigoureusement contestée en appel, mais également abandonnée en Cour suprême (jugement d'appel *R. c. Smith* (2014) BCCA 322).

³⁹³ Par exemple, suite à la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R v. Russell*, 2011 O.R. (3d) 721, l'organisation Criminal Lawyers Association, qui était intervenante dans cette instance, s'est substitué au demandeur Russell devant la Cour suprême, sans que cela ne soulève d'objection de la part des procureurs généraux au dossier, cf. *Ontario c. Criminal Lawyer's Association of Ontario*, [2013] 3 R.C.S. 3.

de reconnaître le droit de poursuivre d'un citoyen dans l'arrêt *Smith* n'a certainement pas encouragé les acteurs sociaux à recourir aux tribunaux, puisque, tel que nous l'avons vu, la Cour suprême de l'époque avait clairement rejeté l'idée qu'un simple citoyen puisse recourir aux tribunaux pour soumettre une question à portée sociale, voyant même cette possibilité comme une menace à l'ordre public.

Toutefois, à compter de 1974, on observe, d'une part, la naissance d'un mouvement d'implication de la part des acteurs sociaux, et, d'autre part, un accueil favorable de cette implication par la Cour suprême. Sous l'impulsion du juge en chef Laskin, les arrêts *Lavell* et *Morgentaler* marquèrent alors le début de la participation citoyenne comme intervenants devant les tribunaux, tandis que les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* en ont fait de même pour les litiges d'intérêt public. Par la suite, mise à part une période d'hésitation durant les premières années de la *Charte*, ce courant favorable s'est poursuivi avec l'arrêt *Finlay* en 1986, alors que le principe du droit du citoyen de participer aux dossiers judiciaires confirmé par la trilogie fut remis à l'avant-plan.

Mais à compter de l'arrêt *Conseil canadien des églises* de 1992, on assiste à l'implantation d'un courant nettement défavorable à la participation des acteurs sociaux dans l'arène judiciaire, lequel semble avoir été motivé par la crainte des conséquences négatives sur le bon fonctionnement du système et la mauvaise publicité faite aux acteurs sociaux par la doctrine, surtout celle émanant des sciences politiques. Cette période fut une période sombre sur le plan de la présence sociale dans les dossiers en matière de droits fondamentaux, dont le creux fut atteint en 2008 et 2009, alors que moins de 40 acteurs sociaux par année furent admis à participer aux débats judiciaires devant la Cour suprême. Ce déclin fut observé dans presque tous les domaines du droit.³⁹⁴

³⁹⁴ S. RODGERS, «Getting Heard: Leave to Appeal, Interveners and Procedural Barriers to Social Justice in the Supreme Court of Canada», préc. note 138, à la p. 24.

En revanche, à partir de 2010, on aperçoit un revirement complet de la situation, alors que les groupes sociaux n'ont jamais manifesté autant d'intérêt dans les dossiers de la Cour suprême, mouvement qui ne cesse de progresser depuis. D'un point de vue statistique, on voit très nettement que le nombre d'acteurs sociaux déposant des demandes d'intervention ne cesse d'augmenter d'année en année, passant de 36 en 2009 à 154 en 2014, soit une hausse de 327% en seulement quatre ans (Tableau 4). Si on calcule ce nombre de demandes en termes d'intervenants par dossier, l'accroissement est tout aussi important, puisqu'il passe de 1,6 intervenant social/dossier en 2009 à 6,7 en 2014, représentant cette fois une hausse de 328% (Tableau 6).

Cet intérêt se matérialise en termes de présence concrète dans les dossiers, alors que les acteurs sociaux n'ont jamais été aussi présents devant le plus haut tribunal. En effet, si on se place du côté de la Cour suprême, il apparaît clairement qu'elle ne craint pas les conséquences de cet accroissement d'intérêt par les acteurs sociaux sur le bon déroulement des instances, puisque la moyenne des demandes d'intervention accueillies depuis 2010 se situe à 93,2% (Tableau 7). Quand on convertit ces résultats en moyenne d'intervenants admis par dossier, les chiffres sont tout aussi éloquentes, puisque cette moyenne grimpe de 1,59 intervenant/dossier en 2009 à 5,91 en 2014, pour une augmentation de 271% (Tableau 8). Pour les six premiers mois de 2015, cette moyenne est encore plus élevée, s'élevant à 6,13 intervenants par dossier.

Pour déterminer si cet espace délibératif accordé par la Cour à la participation citoyenne était occupé par les mêmes groupes sociaux ou par un « groupe sélect » d'acteurs sociaux, nous nous sommes penchés sur l'identité de ceux qui s'impliquent. Cette analyse nous a permis de constater que l'organisation étant intervenue le plus souvent depuis 2010, l'ACLC, n'occupe en moyenne que 11% de cet espace et que ce chiffre baisse d'année en année, pour se situer actuellement à 7,4% (Tableau 9). Le deuxième groupe en importance n'occupe à peine plus que 5%, alors qu'un organisme bien connu comme LEAF ne représente que 1,3% de toutes les interventions depuis 2010. Ces chiffres nous amènent à conclure qu'aucune organisation n'accapare la majeure partie du débat judiciaire et que d'autres groupes s'intègrent graduellement dans les dossiers. À ce sujet, nous avons observé un

renouveau dans le paysage des interventions devant la Cour suprême, alors que des groupes n'ayant aucune expérience devant le plus haut tribunal avant 2010 ont vu plusieurs de leurs interventions accueillies, dont l'organisation David Asper Center for Constitutional Rights, qui compte 15 participations depuis cinq ans (Tableau 10). Un autre phénomène auquel nous assistons est le retour en force de certains groupes ayant une expérience devant la Cour suprême, après de nombreuses années d'absence (Tableau 11). On voit également que tous les types de causes les intéressent et qu'aucun domaine du droit ne semble être privilégié par rapport à un autre, alors que les interventions se multiplient autant en matières civiles que criminelles.

Cette analyse ayant confirmé une partie de notre première hypothèse selon laquelle la volonté d'implication de la société civile se transpose dans l'arène judiciaire, nous nous sommes ensuite penchés sur les raisons invoquées par les juges pour justifier cet accroissement de la participation des acteurs sociaux. Sur ce plan, nous avons constaté l'alternance de périodes favorable et défavorable aux interventions par les tiers. Nous avons aussi souligné que chaque passage d'un cycle à l'autre est marqué par une décision-clé de la Cour qui dicte un changement d'attitude dans l'interprétation des critères applicables aux groupes pour tenter des poursuites au nom de l'intérêt public. Nous avons également vu qu'à chaque période où la présence sociale était favorisée, la Cour expliquait sa position en adoptant un raisonnement à prédominance déontologique, alors qu'à l'inverse, les restrictions à la participation judiciaire des acteurs sociaux étaient marquées par une justification à prédominance conséquentialiste. À partir de cette symétrie historique prévalant depuis de nombreuses décennies (résumée au Tableau 3), nous avons postulé que le phénomène actuel de l'accroissement de la participation citoyenne devant les tribunaux ferait l'objet d'une décision-clé de la Cour suprême, laquelle confirmerait l'approche plus souple et libérale constatée depuis 2010.

Effectivement, cette décision est survenue en 2012 avec l'affaire *Downtown Eastside*, qui contient les motifs invoqués par la Cour pour justifier le phénomène actuel d'une plus grande ouverture de la Cour suprême vis-à-vis de la participation citoyenne. Avant de livrer notre analyse du discours judiciaire de cet arrêt, nous avons souligné que le sort réservé à ce

dossier ne pouvait se détacher du contexte dans lequel il était placé, lequel fournissait des indices importants sur la perspective adoptée dans ce cas. Cette revue du contexte a permis de prendre connaissance de commentaires de juristes respectés qui, au nom du principe de l'accès à la justice, ont plaidé en faveur de l'assouplissement des règles d'admission aux débats judiciaires des acteurs sociaux. Cette revue a aussi révélé que les nouveaux juges nommés peu de temps avant la décision *Downtown Eastside*, de même que ceux assermentés depuis, ont exprimé des commentaires hors cour quant à l'importance de poser des gestes concrets pour promouvoir le principe d'accès à la justice.

À partir de ce contexte et des outils théoriques fournis par Perelman et Tremblay, notre analyse du discours judiciaire tenu dans *Downtown Eastside* a dévoilé que les motifs de la Cour rédigés par le juge Cromwell étaient axés sur deux volets. Le premier volet consiste à valoriser les acteurs sociaux comme « objet d'accord » vis-à-vis de son auditoire et de les présenter non pas comme des nuisances sur le plan du système judiciaire, mais comme des individus et organisations ayant les aptitudes requises pour s'adresser aux tribunaux afin de soumettre des questions constitutionnelles importantes au nom de leurs pairs. Par la technique discursive de « liaison », dite de « l'argumentation par le modèle », l'organisme SWUAV a été décrit comme un exemple à suivre et à partir de ce modèle, le juge Cromwell a élaboré les étapes servant aux tribunaux inférieurs dans l'exercice de leur discrétion d'accorder ou non la qualité pour agir dans l'intérêt public. La Cour se trouve ainsi à avoir créé une norme qui, par la suite, est devenue une réalité « fondée sur le réel », c'est-à-dire une réalité présentée comme « conforme à la nature même des choses ». ³⁹⁵ Cette réalité est aujourd'hui bien vivante puisque, depuis l'arrêt *Downtown Eastside*, les acteurs sociaux font face à moins d'opposition de la part de leurs adversaires, quant à leur qualité pour agir dans l'intérêt public.

³⁹⁵ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 257. À ce sujet, Perelman a aussi écrit: « À côté des arguments fondés sur la structure du réel, il faut faire une place importante à ceux qui fondent la structure du réel, tels les raisonnements par l'exemple, le modèle ou l'analogie, grâce auxquels on dégagera des régularités, des lois ou des structures, qui serviront de base aux arguments fondés sur la structure du réel. », C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 128.

Perelman nous a également permis de détecter un deuxième volet dans le raisonnement de la Cour, qui consiste à vanter les mérites d'une approche souple et libérale pour décider des critères applicables à la qualité pour agir, en les opposant aux inconvénients reliés à une approche stricte et rigide. Nous avons vu que cette rhétorique de la Cour impliquait comme corollaire de relativiser les conséquences négatives pouvant être causées au système judiciaire par une présence citoyenne trop importante, ce qui a mis en lumière la perspective à prédominance déontologique de l'arrêt *Downtown Eastside*. Ce volet nous fait réaliser que le phénomène actuel de participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires s'assimile au cycle à prédominance déontologique ayant été instigué par l'ex-juge en chef Laskin à partir de la trilogie *Thorson/McNeil/Borowski*.

Cette première partie ayant confirmé notre première hypothèse relative à l'accroissement de la participation des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires, l'enjeu de la prochaine partie sera d'examiner si cette présence citoyenne dans l'arène judiciaire a un impact quelconque sur la production du droit. Cette présence n'est-elle que figurative ou les acteurs sociaux contribuent-ils de façon concrète au façonnement des normes? Dans l'affirmative, comment se matérialise une telle collaboration? Si les acteurs sociaux ont un impact quelconque sur les décisions et sur la production des normes, comment le mesurer? Comment les acteurs sociaux s'y prennent-ils pour influencer les juges? Et au-delà de la fabrication des normes, cette présence des acteurs représentatifs influence-t-elle le discours des juges proprement dit? Va-t-elle jusqu'à opérer un changement dans le style d'écriture des juges? Toutes ces questions seront examinées dans les pages qui suivent.

PARTIE II - LA PARTICIPATION DES ACTEURS SOCIAUX DANS LE DÉBAT JUDICIAIRE, VUE SOUS L'ANGLE DE LA PRODUCTION DU DROIT

Never doubt that a small group of thoughtful committed citizens can change the world. Indeed, it is the only thing that ever has.

*Margaret Mead*³⁹⁶

Introduction de la Partie II

Fort de la confirmation de notre première hypothèse quant à l'accroissement de la participation des acteurs sociaux sur la scène judiciaire, et ayant cerné les motifs invoqués par la Cour suprême pour le justifier, nous procéderons maintenant à l'analyse de douze cas décidés par la Cour suprême depuis 2004, en l'articulant autour de notre seconde hypothèse voulant que cette présence sociale accrue devant les tribunaux se reflète également dans la construction des normes et le style d'écriture utilisé par les juges pour rendre leurs décisions. Si cette hypothèse se confirme, il serait possible de soutenir que le rôle des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires en matière de droits fondamentaux ne serait pas purement figuratif, puisque ceux-ci deviendraient des parties prenantes au processus de production du droit.

Avant d'exposer les raisons ayant présidé au choix de nos douze cas, il convient de faire deux remarques. La première, dont nous avons parlé plus tôt, est de rappeler que, compte tenu du nombre limité de décisions que nous pouvons analyser de manière exhaustive dans le cadre d'une thèse, nous ne prétendons pas pouvoir mettre à jour des pratiques généralisables

³⁹⁶ Nancy C. LUTKEHAUS, *Margaret Mead: The Making of an American Icon*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2010, p. 261.

ouvrant la porte à l'élaboration d'une quelconque « loi présidant à l'influence des tiers dans les décisions judiciaires ». Cela dit, nous sommes quand même convaincus de pouvoir documenter notre hypothèse #2 sous différents aspects et de pouvoir tirer de notre analyse jurisprudentielle des enseignements utiles au sujet du rôle des tiers et de la contribution indéniable de ceux-ci à la fabrique du droit. Ces enseignements nous permettront même peut-être de soutenir une sous-hypothèse selon laquelle les acteurs sociaux participent à l'objectivation du droit, à différents degrés.

La deuxième remarque a trait au mode de présentation des cas discutés à la présente partie. À ce sujet, nous avons cru bon de privilégier un modèle uniforme, de telle sorte que chaque étude de cas a été structurée de la même façon, soit un premier segment comprenant le résumé du dossier (section A) et un deuxième segment composé de l'analyse d'impact proprement dite (section B). En outre, toujours dans un but d'assurer une homogénéité au niveau du compte-rendu que nous allons faire, la section A de chacune des études adoptera le même modèle de présentation, que nous appellerons le « modèle Cooper », du nom de son auteur.³⁹⁷ D'un point de vue méthodologique, ce modèle présente chaque litige en fonction de quatre grandes étapes qui, appliquées aux litiges constitutionnels, se décrivent comme suit :

- La première étape décrit l'élément déclencheur à la source de la contestation, ce qui, de façon générale, comprend la situation factuelle propre au dossier ainsi que le contexte sociopolitique afférent au litige (« trigger phase »).

³⁹⁷ Phillip J. COOPER, *Hard Judicial Choices: Federal District Court Judges and State and Local Officials*, Oxford University Press, 1988, p.16-24. Pour des exemples d'application de ce modèle dans le contexte d'un litige constitutionnel, cf. Christopher P. MANFREDI et Antonia MARONI, «*Reversal of Fortune: Litigating Health Care Reform in Auton* ». *British Columbia* (2005) 29 *S.C.L.R. (2d)* 111; Jeffrey D. STRAUSSMAN, «Kurt Thurmaier, The Case of Jail Litigation», dans Irene S. RUBIN (dir.), *Public Budgeting: Policy, Process and Politic*, New York, Routledge, 2008, p. 376-386, aux p. 377-382.

- La deuxième étape expose la façon dont le tribunal de première instance a abordé la question en litige et sa décision quant à l'existence ou l'absence de violation ou atteinte aux droits fondamentaux (« liability phase »).
- La troisième étape expose le choix de la réparation par le tribunal, s'il a conclu à une atteinte aux droits fondamentaux (« remedy phase »).³⁹⁸
- La quatrième étape décrit le cheminement de la décision après l'ordonnance initiale du juge de première instance (« post-decree phase »). Dans notre cas, cette étape est caractérisée par l'arrivée en scène d'acteurs sociaux venant appuyer ou contester les demandes des parties, afin de faire confirmer, infirmer, modifier ou raffiner la décision initiale.

En somme, comme nous le verrons dans chacun des cas, ces quatre étapes servent, ni plus ni moins, à exposer la situation factuelle, contextuelle et judiciaire propre au litige, de façon à mieux comprendre l'analyse de discours qui sera faite par la suite.

Quant aux motifs ayant présidé au choix des dossiers, trois grands critères ont été priorisés :

- Premièrement, une des préoccupations principales a été de sélectionner des cas récemment décidés par la Cour suprême, de façon à illustrer l'approche actuelle du plus haut tribunal.³⁹⁹
- Deuxièmement, puisque l'objectif principal de cette partie est de cerner la contribution potentielle des acteurs sociaux à la fabrication des normes, nous avons privilégié les dossiers ayant impliqué plusieurs intervenants issus de la société civile.

³⁹⁸ Cette étape est donc escamotée si le juge de première instance a rejeté les prétentions du demandeur.

³⁹⁹ Six de nos douze cas remontent à moins de cinq ans et trois autres à moins de sept ans.

- Troisièmement, pour éviter que nos propos aient un caractère répétitif, nous avons tenu à montrer des volets différents de la collaboration des acteurs sociaux à la production des normes. Pour ce faire, nos études de cas ont été divisées en six thèmes, comprenant un ou plusieurs arrêts, qu'on peut résumer comme suit :
 - De nature introductive, le premier thème (cas #1) illustre simplement le fait que les intervenants sociaux adoptent une approche argumentative différente de celle des parties directement impliquées. Essentiellement, nous exposons que leur raisonnement est de nature principielle, du fait qu'ils ne se préoccupent pas tellement du sort particulier réservé à la partie qu'ils appuient, puisque leur objectif est de faire évoluer le droit.
 - Dans le deuxième thème (cas #2), nous examinons un dossier qui montre que ce ne sont pas seulement les grandes organisations qui ont de l'impact sur la scène judiciaire et qu'un simple particulier peut aussi influencer une décision de la Cour suprême.
 - Le troisième thème, qui inclut sept dossiers (cas #3 à 9), poursuit quatre objectifs :
 - Tout d'abord, nous profitons de ces études pour construire une grille de lecture servant à mesurer l'impact des acteurs sociaux dans les débats judiciaires d'une façon plus objective. Après avoir expliqué cette grille, nous appliquerons les différents critères à nos sept études de cas.
 - Deuxièmement, nous introduisons le concept de rhétorique constitutive développé par James Boyd White, en donnant quelques courts exemples.

- Troisièmement, en faisant les nuances qui s'imposent, nous expliquons que la contribution des acteurs sociaux à la production des normes s'apparente parfois à un « dialogue continu » avec la Cour, en ce que leur influence s'exerce selon un processus lent et progressif, à travers plusieurs arrêts qui s'échelonnent dans le temps. Aux termes de cette analyse, notre but est de montrer que les acteurs sociaux sélectionnés pour cette étude ont participé au développement graduel du droit à la vie privée, plus particulièrement à l'interprétation de la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte*.
 - Quatrièmement, dans notre analyse de l'arrêt *Gomboc*, nous montrons une pratique judiciaire qui consiste à référer explicitement à un acteur social, afin d'ajouter de la crédibilité aux propos.
- Le quatrième thème (cas #10) montre comment la présence des acteurs sociaux dans un dossier peut potentiellement influencer la façon avec laquelle la Cour suprême aborde un litige.
- Le cinquième thème (cas #11) est exclusivement consacré au concept de rhétorique constitutive. Dans cette étude, nous voulons aller au-delà des courts exemples offerts au troisième thème, dans le but d'approfondir cette notion et d'en saisir toute la richesse.
- Enfin, le sixième thème (cas #12) illustre un aspect assez saisissant de la contribution des acteurs sociaux à la production des normes, alors qu'ils se servent de divers rapports émanant de la société civile pour influencer les juges, ce qui a pour conséquence de donner un droit de cité à d'autres acteurs sociaux qui ne participent pas physiquement au débat judiciaire. Comme nous le verrons dans nos exemples, ce procédé offre l'occasion aux juges d'intégrer les travaux de la société civile dans les motifs de leurs décisions, ce qui donne

l'impression que cette dernière a également contribué à la production des normes.

En résumé, nos douze analyses, qui comportent entre 7 et 24 pages, serviront à documenter notre deuxième hypothèse selon le tableau récapitulatif suivant :

TABLEAU 12
DESCRIPTION SOMMAIRE DES CAS TRAITÉS À LA DEUXIÈME PARTIE

Thème	# du cas	Nombre de pages	Arrêt, année	Description sommaire
1 ^{ier}	#1	18	Caron (2011)	<ul style="list-style-type: none"> • L'approche argumentative distincte des acteurs sociaux
2 ^{ième}	#2	9	Auton (2003)	<ul style="list-style-type: none"> • La possibilité pour un intervenant individuel d'influencer la décision judiciaire
3 ^{ième}	#3	16	Tessling (2004)	<ul style="list-style-type: none"> • Construction et application d'une grille de lecture servant à mesurer l'impact des acteurs sociaux dans les débats judiciaires • Exemples introductifs de rhétorique constitutive • « Dialogue continu » : l'impact graduel des acteurs sociaux sur la production des normes (développement du droit à la vie privée) • Gomboc : la référence à un acteur social pour ajouter de la crédibilité aux propos des juges
	#4	24	A.M. (2008)	
	#5	23	Kang-Brown (2008)	
	#6	24	Patrick (2009)	
	#7	16	Gomboc (2010)	
	#8	13	Vu (2013)	
	#9	12	Spencer (2014)	
4 ^{ième}	#10	8	Congrégation (2004)	<ul style="list-style-type: none"> • L'influence des acteurs sociaux sur la façon d'aborder un litige
5 ^{ième}	#11	15	PHS Community (2011)	<ul style="list-style-type: none"> • Approfondissement de la notion de rhétorique constitutive
6 ^{ième}	#12	17	Bragg (2012)	<ul style="list-style-type: none"> • Les acteurs sociaux en tant que porte-paroles de la société civile devant la Cour suprême
Total des pages		195		

Ces précisions quant à notre choix de dossiers et la façon de les présenter étant exposées, débutons donc par notre première étude de cas, celle de l'arrêt *Caron*.

1^{ier} THEME - Cas #1 - L'arrêt *Caron* (2011) : l'approche argumentative distincte des acteurs sociaux agissant comme tiers, par rapport aux parties directement impliquées

À nos yeux, le dossier *Caron*⁴⁰⁰ représente un excellent point de départ pour amorcer nos études de cas, puisqu'il révèle à lui seul plusieurs facettes de la relation changeante entre la Cour suprême et les acteurs de la société civile. Tout d'abord, fait non négligeable, il montre une Cour suprême qui sait faire preuve d'empathie à l'endroit d'un citoyen issu de la classe moyenne qui s'oppose à l'État pour faire valoir une question constitutionnelle revêtant une importance pour le public.⁴⁰¹ Deuxièmement, ce dossier est une autre affaire traitant de l'accès à la justice, qui, à l'instar de l'arrêt *Downtown Eastside*, a été accueillie avec enthousiasme par les acteurs de la société civile.⁴⁰² Troisièmement, cette décision montre que la Cour suprême est disposée à modifier le droit positif pour faciliter l'accès aux tribunaux par le justiciable. Quatrièmement, cette affaire se présente aussi comme un bon exemple de la pratique actuelle de la Cour d'accepter que des acteurs sociaux provenant d'horizons différents se joignent au débat judiciaire pour présenter des arguments additionnels à ceux des parties directement impliquées. Pour cette première étude de cas, c'est sur ce dernier aspect que nous voulons insister en montrant que les acteurs sociaux qui participent dans un débat judiciaire adoptent des stratégies argumentatives différentes de celles des parties directement impliquées, puisque leurs intérêts et les objectifs qu'ils poursuivent sont différents. Résumons d'abord le dossier (section A), après quoi nous présenterons notre analyse d'impact des acteurs sociaux que nous avons sélectionnés pour cette étude de cas.

⁴⁰⁰ *R. c. Caron*, [2011] 1 R.C.S. 78 (ci-après «l'arrêt *Caron*»).

⁴⁰¹ L'expression « citoyen ordinaire » est utilisée pour désigner la personne ayant des ressources financières limitées.

⁴⁰² «*CCLA welcomes Supreme Court decision to access justice*», 4 février 2011, <http://ccla.org/2011/02/04/ccla-welcomes-supreme-court-decision-on-access-to-justice/> (consulté le 13 mars 2012).

A. Résumé du dossier

Suivant le modèle de présentation d'un litige élaboré par Cooper (expliqué un peu plus haut), il convient d'abord de décrire l'élément déclencheur de ce litige. À ce sujet, l'affaire apparaît comme le lot quotidien d'un tribunal de première instance en matière statutaire, du fait qu'elle porte sur une simple contravention au Code de la route suite à un virage à gauche illégal effectué par le camionneur Gilles Caron, laquelle implique une amende de 54\$. Monsieur Caron reçoit cette contravention rédigée exclusivement en anglais et décide de plaider non coupable. Convoqué ensuite pour faire face à une poursuite sommaire, dans une procédure également rédigée exclusivement en anglais, il décide d'y opposer une défense de nature constitutionnelle, au motif que la province a brimé son droit de procéder en langue française « devant les cours » qui lui était garanti par *l'Acte des Territoires du Nord-Ouest*⁴⁰³ et la *Proclamation royale de 1869*.⁴⁰⁴ La province de l'Alberta répliqua par une objection préliminaire, au motif que cette question touchant les droits des minorités linguistiques dans les provinces de l'Ouest canadien avait déjà été réglée par la Cour suprême dans une série de décisions d'importance.⁴⁰⁵ La Cour provinciale rejeta cette objection en statuant que, *prima facie*, Caron était en mesure d'apporter une nouvelle preuve historique ayant le potentiel de renverser ces arrêts.

⁴⁰³ S.C.R. 1886, ch. 50.

⁴⁰⁴ (1870) 5 *Documents de la session, No. 12* aux pp. 45-46. Cette proclamation était adressée aux habitants de la terre de Rupert et du Nord-Ouest pour apaiser le mécontentement populaire face à l'annexion imminente de ce territoire au Canada. En plus d'offrir une amnistie à ceux qui avaient formé une résistance armée pour s'objecter à cette annexion, son texte garantissait que les « droits et privilèges civils et religieux » seraient respectés après l'accession au Canada. Sur cette base, la prétention principale de Monsieur Caron était à l'effet que cette proclamation faisait aujourd'hui partie de la constitution du Canada au sens du paragraphe 52(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que, puisque la garantie quant aux droits civils devait nécessairement inclure le respect des droits linguistiques qui existaient à l'époque dans ce territoire (devenu les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan), les dispositions du règlement du code de la route albertain (*Use of Highways and Rules of the Road*, Alta. Reg. 304/2002), adoptées et imprimées uniquement en anglais, contrevenaient à cet engagement constitutionnel et devaient être déclarées inopérantes, cf. François LAROCQUE, « La Proclamation du 6 décembre 1869 », (2010) 33 *Man. L. J.* 296.

⁴⁰⁵ *P. G. (Manitoba) c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Bilodeau c. P. G. (Manitoba)*, [1986] 1 R.C.S. 449; *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234; *R. c. Paquette*, [1990] 2 R.C.S. 1103.

Ayant très peu de ressources financières pour mener à bien cette contestation constitutionnelle, Monsieur Caron demanda l'aide financière du programme fédéral de contestation judiciaire (« PCJ ») alors en place, lequel autorisa une subvention maximale de 70 000\$, payable au fur et à mesure des frais encourus à l'occasion du litige. Mais confrontés à la possibilité de voir une bonne partie des lois albertaines annulées, les procureurs de la province déployèrent l'artillerie lourde en produisant une contre-preuve historique et sociologique composée d'une centaine de pièces et de milliers de pages de transcriptions. Après quelques semaines d'auditions et au moment même où la bataille judiciaire battait son plein, le PCJ fut aboli par le gouvernement canadien nouvellement élu, dans un contexte de réductions budgétaires et de rééquilibrage des ressources financières de l'État.⁴⁰⁶ Devant cette abolition, sévèrement critiquée dans l'opinion publique⁴⁰⁷, Monsieur Caron tenta de se qualifier au programme d'aide juridique, ce qui lui fut refusé du fait qu'il occupait un emploi. Ayant épuisé sa subvention du PCJ, ses économies personnelles et de petites sommes d'argent recueillies auprès de sympathisants, il décida de demander au tribunal que la poursuivante (c.-à-d. la province de l'Alberta) lui verse une provision pour frais en application du par. 24(1) de la *Charte*.

Les deuxième et troisième phases du modèle Cooper consistent à présenter l'évaluation de la question par le tribunal et l'ordonnance en ayant résulté. Ce qu'il faut préciser à ce sujet est que la seule question abordée par le juge de première instance fut celle de la provision pour frais, la question des droits linguistiques étant remise à plus tard.⁴⁰⁸ Il faut aussi dire que cette

⁴⁰⁶ Ministère des Finances du Canada, *Le nouveau gouvernement du Canada élimine des programmes ruineux, recentre les ressources financières sur les priorités et procède à une réduction importante de la dette, comme promis*, Communiqué de presse, 25 septembre 2006.

⁴⁰⁷ Carol GOAR, *A slightly less « just society »*, Toronto Star, 2 octobre 2006, p. A18; pour une critique soulevée par cette abolition, voir Margot YOUNG, *Justice on the block: Cutting federal money for the Court Challenges Program hardest on those most in need of their constitutional rights*, Vancouver Sun, 12 octobre 2006; Larissa KLOEGMAN, «A Democratic Defence of the Court Challenges Program», (2007) 16 *Const. F.*, 107 et *Coalition to Save Court Challenges*, <http://dawn.thot.net/ccp/ccp1.html#co>.

⁴⁰⁸ Sur la question des droits linguistiques, la Cour d'appel de l'Alberta a rejeté la demande de Monsieur Caron le 21 février 2014, cf. *R. c. Caron* 2014 ABCA 71. Toutefois, une demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême du Canada a été déposée par Monsieur Caron le 22 avril 2014 et accueillie le 31 juillet 2014, cf. *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 29 août 2014, p. 1238-1240 (dossier 35842). L'audition devant la

question fut âprement débattue devant deux juridictions. D’abord, après avoir refusé les deux premières demandes de provisions pour frais présentées par Monsieur Caron, le juge de la Cour provinciale décida finalement d’accueillir la troisième. Le ministère public demanda la révision judiciaire de cette décision devant la Cour du Banc de la Reine et cette dernière exerça son pouvoir de surveillance en annulant cette ordonnance. De retour en Cour provinciale – ce qui lui occasionna de nouveaux frais – Monsieur Caron présenta une nouvelle demande de provision pour frais, laquelle fut à nouveau accueillie. Requis d’exercer son pouvoir de surveillance une nouvelle fois, la Cour du Banc de la Reine décida alors que, peu importe si la Cour provinciale avait eu raison ou tort, une cour supérieure avait elle-même le pouvoir d’ordonner une provision pour frais, ce qu’elle fit.⁴⁰⁹

La quatrième et dernière étape du modèle Cooper consiste à présenter le contexte judiciaire suite à la décision en première instance. Dans notre cas, ce contexte révèle que l’ordonnance de provision pour frais rendue par la Cour du Banc de la Reine fut portée devant la Cour d’appel de l’Alberta et qu’aucune association ou groupe n’a jugé bon d’intervenir au dossier afin d’appuyer les revendications de Monsieur Caron quant à ces demandes de provisions pour frais qu’il avait présentées devant les cours inférieures. La Cour d’appel confirma la décision rendue par la Cour du Banc de la Reine.⁴¹⁰

Le 27 août 2009, le ministère public obtint la permission de soumettre cette affaire à la Cour suprême. En février 2010, conformément à sa nouvelle politique d’ouverture à l’égard des acteurs sociaux, toutes les demandes d’interventions déposées par des acteurs sociaux furent accueillies par la Cour suprême et sept organismes furent admis à participer au dossier, soit l’ACLC, l’organisation LEAF, l’Association canadienne-française de l’Alberta, David Asper Constitutional Rights Center (« DACRC »), le Conseil des Canadiens avec déficiences,

Cour suprême fut tenue le 13 février 2015 et au moment d’écrire ces lignes (13 octobre 2015), la décision finale n’avait pas été rendue.

⁴⁰⁹ Pour l’historique des demandes de provisions pour frais, voir le mémoire de Gilles Caron, par. 8-18.

⁴¹⁰ *R. c. Caron* 2009 ABCA 34 (Cour d’appel de l’Alberta).

le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et le Poverty and Human Rights Centre.⁴¹¹ La question soumise à la Cour suprême fut celle de déterminer si, devant le déséquilibre des ressources financières des parties en l’instance, un juge d’une cour supérieure avait le pouvoir d’ordonner qu’une partie des frais encourus par un justiciable dans une instance quasi criminelle puisse être assumée par le trésor public. Dans un jugement unanime rédigé par le juge Binnie⁴¹², la Cour suprême a donné raison à M. Caron et, pour la première fois en matière quasi criminelle au Canada, elle a ordonné à l’État de verser une provision pour frais à un justiciable.

B. Analyse de l’impact des acteurs sociaux

L’affaire *Caron* s’avère une occasion de mettre en lumière un élément très important de la dynamique existant entre les acteurs sociaux et les tribunaux, à savoir la diversité des approches argumentatives des différents participants aux débats judiciaires.

En effet, dans le cadre de l’analyse de l’arrêt *Downtown Eastside*, nous avons abordé jusqu’ici le fait qu’une décision judiciaire renferme certains procédés discursifs pour convaincre l’auditoire⁴¹³, mais nous n’avons pas encore examiné comment ceux qui participent dans les débats judiciaires utilisent, eux aussi, leurs propres techniques argumentatives. Cette perspective, qui peut sembler évidente à première vue, est cruciale pour appréhender le processus d’adjudication, puisque la tâche des juges consiste essentiellement à choisir laquelle, parmi les argumentations soumises tant par les parties que les intervenants, s’avère la meilleure. Pour le dire autrement, la décision judiciaire n’est ni plus ni moins que le

⁴¹¹ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada du Canada*, 19 février 2010, p. 220.

⁴¹² Tout en se montrant en accord avec les autres membres de la Cour, la juge Abella a rendu un jugement séparé pour apporter une précision quant à la portée limitée qu’il fallait donner à cette ordonnance.

⁴¹³ Voir Section C.2 de la première partie.

produit des argumentations diverses des acteurs impliqués, lesquelles dépendent à leur tour des intérêts poursuivis par chacun.⁴¹⁴ Ceci est confirmé par Perelman :

« (...) le raisonnement judiciaire vise à dégager et à justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis de valeurs, qui puissent être acceptés dans un milieu et à un moment donnés. »⁴¹⁵

Appliquant cette réalité au dossier *Caron*, notre analyse démontre au moins deux types d'approches, selon qu'on se place du côté des acteurs sociaux directement impliqués (§1) ou de celui des intervenants qui intègrent le dossier une fois le litige amorcé (§2).

1. L'acteur social directement impliqué: approche conséquentialiste

Dans ce dossier, un des éléments qui ressort nettement de notre analyse est le constat d'absence presque totale de justification principielle dans l'argumentation développée dans le mémoire de Gilles Caron, celle-ci étant plutôt axée sur les effets dramatiques que pourrait avoir le rejet de l'ordonnance de provisions pour frais sur sa situation personnelle, ce qui peut très bien se comprendre puisque, s'il échouait, il se voyait dans l'obligation de rembourser les provisions pour frais qu'il avait perçues de l'État, soit 120 000\$.⁴¹⁶ Confronté à l'abolition du PJC, l'intimé Caron s'en est notamment pris aux montants minimales offerts par le régime d'aide juridique albertain :

« En raison des frais minimales et inadéquats qui sont permis sous le régime de la *Provincial Offences Procedure Act* de l'Alberta (...) il est important qu'un tribunal puisse rendre une ordonnance de provisions pour frais afin de résoudre l'impasse. (...) »

⁴¹⁴ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La rhétorique juridique » (1995) 16 *Hermès*, 73,78.

⁴¹⁵ C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 135.

⁴¹⁶ Voir par. 16 de la décision.

Ces frais minimes n'auraient pas suffi pour permettre à la Cour provinciale de conclure le procès de façon cohérente et juste. Sans ordonnance de provisions pour frais, la Cour n'aurait pas eu les preuves suffisantes pour évaluer le fondement factuel des questions constitutionnelles soulevées. »⁴¹⁷

Autrement dit, selon l'argumentation de Monsieur Caron, l'axe principal devant être choisi par la Cour suprême pour décider du litige devait surtout tenir compte de l'aspect monétaire de la décision rendue par le premier juge :

« Les ordonnances du juge Ouellette étaient le minimum requis pour assurer la continuation équitable et efficace du procès en Cour provinciale. Les ordonnances du juge Ouellette n'ont pas accordé le plein remboursement des frais d'avocat de la défense. Le tarif horaire n'était pas le tarif horaire habituel des avocats de la défense, mais était plutôt le tarif réduit que l'Alberta avait déjà indiqué que la Cour provinciale qu'elle payait à ses propres procureurs au dossier et qui serait payé en vertu de l'ordonnance de provisions pour frais. Les remboursements de débours en ce qui a trait au déplacement seraient payés selon les règlements provinciaux applicables aux employés de la province en déplacement. Ceci ne constitue pas une formule de plein remboursement (full-funding) comme le prétend l'appelante. »⁴¹⁸

Cette perspective conséquentialiste, que Perelman appelle « l'argument pragmatique »⁴¹⁹, ne diminue en rien la valeur de l'argumentation de Monsieur Caron, mais elle montre que l'objectif qu'il poursuivait, à titre de partie directement impliquée, n'était certainement pas de changer le droit en matière de provisions pour frais.

Vu cette perspective, il y a aussi fort à parier que cette perspective conséquentialiste soit à l'origine du caractère « technique » du jugement de la Cour d'appel, puisque, comme nous l'avons vu dans l'extrait du livre de Perelman, la pratique habituelle des tribunaux est de disposer des litiges en fonction des thèses qui leur sont présentées.⁴²⁰

⁴¹⁷ Mémoire de Gilles Caron, par. 45-46.

⁴¹⁸ *Id.*, par. 56 (le souligné est celui de Monsieur Caron).

⁴¹⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 357-365.

⁴²⁰ Par exemple, la Cour d'appel ne réfère en aucune façon au droit d'accès à la justice de Gilles Caron, cf. *R. c. Caron* 2009 ABCA 34 (Cour d'appel de l'Alberta).

2. Les acteurs sociaux intervenants: approches déontologique et contextuelle

En revanche, quand on prend connaissance des arguments développés par les intervenants tels que l'ACLC, DACRC, LEAF et les deux organisations qui luttent contre la pauvreté, on réalise que leur approche argumentative est totalement différente puisqu'elle s'avère avant tout déontologique et contextuelle. Voyons ces deux perspectives l'une (par. a) après l'autre (par. b).

a) *Perspective déontologique*

De façon claire, on peut dire que les intervenants sociaux dans le dossier *Caron* ne portent que très peu d'attention aux faits particuliers de l'affaire.⁴²¹ En outre, il est aussi clair que l'essentiel de leur approche ne vise qu'un objectif : celui d'argumenter exclusivement sur le caractère déontologique des questions à résoudre et sur l'opportunité pour la Cour de faire évoluer le droit.⁴²² Dans le dossier *Caron*, cette position déontologique des acteurs sociaux se matérialise en fonction de grands principes.

Le premier principe abordé fut celui de la protection des minorités. Essentiellement, leur prétention était que la nature de cette affaire n'était pas une simple infraction réglementaire comportant une question constitutionnelle accessoire (comme le soutenait le ministère public), mais un litige d'intérêt public visant à protéger le droit des minorités, ce qui obligeait l'État à prendre des mesures positives pour assurer les droits linguistiques garantis par la Constitution.⁴²³ À leurs avis, puisque l'État refusait dorénavant de subventionner la défense de ces droits constitutionnels garantis (en raison de l'abolition du PCJ par les autorités

⁴²¹ En fait, tous les intervenants ont indiqué dans leur mémoire qu'ils n'offraient pas de commentaires à propos de la situation particulière.

⁴²² Par exemple: «The questions in this appeal are crucial to the issue of access to constitutional justice in the modern legal system. », mémoire de l'ACLC, par. 1.

⁴²³ En s'appuyant sur les arrêts *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 74 et *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20 et 25.

publiques), le tribunal devait lui-même pallier ce défaut en octroyant une provision pour frais, et ce, même si cela n'avait jamais été fait en matière quasi criminelle.

Le deuxième principe sur lequel les intervenants ont insisté fut le principe de la légalité discuté dans notre première partie, lequel concerne le droit fondamental du citoyen de recourir à la justice afin de demander le respect de la Constitution par l'État. Il est intéressant de souligner à ce propos que même si les intervenants ont tous invoqué ce principe pour réclamer une nouvelle norme en matière de provision pour frais, tous ne l'ont pas justifié de la même façon :

- Selon l'ACLC, l'application de ce principe d'accès à la justice découlait de la notion plus large de la primauté du droit, tel que l'avait écrit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. British Columbia (A.G.)*⁴²⁴
- Selon l'intervenante DACRC, ce principe trouvait application dans le sens que lui avait donné un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme prononcé en 1979, qui avait statué que le droit du citoyen d'accéder à la justice impliquait celui de traiter à forces égales avec l'État. En vertu de cette interprétation, la disparité entre les ressources financières des parties, causée par l'abolition du PCJ, ébranlait sérieusement le juste équilibre de ce rapport de forces, ce qui autorisait le tribunal à intervenir pour corriger la situation.⁴²⁵
- Selon les organisations de lutte contre la pauvreté, ce principe s'appuyait sur la priorité du droit constitutionnel du citoyen, tel qu'exprimé par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Thorson*.⁴²⁶ L'ACLC a également soutenu une position similaire en disant

⁴²⁴ Mémoire de l'ACLC, par. 5 citant *B.C.G.E.U. c. British Columbia (A.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 214, par. 25.

⁴²⁵ Mémoire de DACRC, par. 19, citant *Airey v. Ireland* (1979) 2 EHHR 305.

⁴²⁶ Mémoire de la Coalition, par. 6, citant *Thorson*, préc. note 161.

qu'une ordonnance de provision pour frais était parfois nécessaire pour éviter qu'une mesure législative ne soit mise à l'abri d'une contestation judiciaire :

«The rule of law describes the state of a society where law is supreme, that is where the highest representative of the Crown as well as the most humble citizen must act in accordance with and benefit from the same protection of the law. This presupposes the existence of a right of access to justice. Without access to justice the rule of law cannot be maintained. The state is not bound by law where it can violate rights with impunity, knowing that it will not be called upon to justify its actions in open court. »⁴²⁷

Le troisième argument déontologique sur lequel les intervenants sociaux se sont concentrés fut le principe de la compétence inhérente d'une cour supérieure, qui permet au juge de prendre les mesures nécessaires pour assurer la bonne administration de la justice. Selon eux, ce rôle de surveillance conférait à une cour supérieure le pouvoir résiduel d'éviter qu'une injustice soit commise, ce qui incluait celui d'ordonner une provision pour frais, même en matière quasi criminelle. Du même souffle, les intervenants ont plaidé que le principe de la compétence inhérente d'une cour supérieure et celui de l'accès à la justice étaient étroitement liés, puisque le premier permet d'assurer le respect du second.⁴²⁸

Au niveau des techniques argumentatives utilisées par les intervenants pour exposer leur perspective déontologique, nous retenons particulièrement celle que Perelman appelle « l'inclusion de la partie dans le tout » et de sa réciproque, celle de la « division du tout en ses parties ».⁴²⁹ Essentiellement, reliée à l'argumentation juridique, la première technique consiste à prétendre qu'un état de choses est préférable du fait qu'il s'insère de façon cohérente dans un ensemble déjà en place. À l'inverse, la seconde technique vise à solidifier ou consolider l'ensemble déjà en place en lui ajoutant une partie.

⁴²⁷ Mémoire de l'ACLC, par. 13-14.

⁴²⁸ Voir notamment le mémoire de l'ACLC, par. 17 et celui de DACRR, par. 7, 11.

⁴²⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 311-325.

Dans le cas de l'arrêt *Caron*, le « tout » auquel les intervenants font référence est constitué des arrêts *Okanagan* et *Little Sisters (no.2)* prononcés par la Cour quelques années plus tôt, lesquels ont déjà introduit certains changements au niveau des ordonnances pour frais.⁴³⁰ Vu ce contexte juridique existant, l'argument consiste donc à dire que l'arrêt *Caron* offre la possibilité à la Cour d'intégrer une nouvelle « partie » à ce tout, en poursuivant l'évolution du droit dans ce domaine. Cet extrait tiré du mémoire de l'ACLC exprime bien cette technique :

«This appeal also presents an opportunity for this Court to provide guidance on the proper assessment of applications for *Okanagan* costs. In *Little Sisters*, this Court stated that interim costs awards should be rare and “used only as a last resort in order to protect the public interest.” These statements, as well as the criteria listed in *Okanagan* and *Little Sisters*, must be interpreted and applied in light of the ultimate test governing orders for interim costs, the test that Bastarache and LeBel JJ. described in *Little Sisters* as the “ratio in *Okanagan*”: whether “a court would be participating in an injustice – against the litigant personally and against the public generally – if it did not order advance costs to allow the litigant to proceed.»⁴³¹

Pour nos fins, il n'est pas nécessaire de voir ces deux arrêts en détail. Ce qu'il faut saisir est que l'arrêt *Okanagan* avait effectivement établi une nouvelle norme en matière d'accès à la justice, en confirmant la validité de l'octroi d'une provision pour frais dans une cause de nature civile, ce qui constituait une première, puisque ce type d'ordonnance était alors limité aux affaires familiales et à celles touchant les sociétés et fiducies.⁴³² Quant à l'arrêt *Little Sisters (no.2)*, la chose à retenir est que, malgré le refus de la Cour de confirmer l'ordonnance de provision prononcée contre Douanes Canada en faveur d'un commerçant, elle avait tout de même reconnu le pouvoir d'une cour supérieure d'ordonner le versement de tels

⁴³⁰ *Okanagan*, préc. note 308; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada*, [2007] 1 R.C.S. 38 (ci-après «l'arrêt *Little Sisters (no. 2)*»).

⁴³¹ Mémoire de l'ACLC, par. 24.

⁴³² *Okanagan*, préc. note 308, par. 3 et 26-28.

frais dans les cas où les circonstances s'avéraient « suffisamment particulières».⁴³³ Selon les intervenantes, l'arrêt *Little Sisters (no. 2)* ne s'opposait donc pas à l'établissement d'une nouvelle norme en matière quasi criminelle, mais venait plutôt l'appuyer. Ainsi, selon les intervenantes, la nouvelle norme requise par l'arrêt *Caron* s'inscrivait dans une suite logique, un « tout » formé des arrêts *Okanagan* et *Little Sisters (no. 2)* et ne provoquerait aucun bouleversement majeur.

b) Perspective contextuelle

L'analyse du dossier *Caron* démontre que les intervenants sociaux adoptent également une perspective contextuelle, en apportant des éléments pouvant difficilement être amenés par le justiciable directement impliqué. Ce procédé argumentatif constitue une des techniques « de dissociation des notions » décrites par Perelman, en ce qu'il vise à dissocier la réalité des apparences, afin de convaincre l'interlocuteur qu'un changement s'impose.⁴³⁴ Dans ce dossier, la présentation des éléments contextuels par les intervenants cherche ainsi à montrer une face cachée de la réalité, dans le but d'inciter la Cour à créer une nouvelle norme mieux adaptée. Énumérons quelques exemples dont se sont servis les intervenants:

- la marginalisation des justiciables à bas revenus et le fait que les citoyens non admissibles à l'aide juridique sont souvent ceux qui ont le plus besoin de l'assistance de la justice;⁴³⁵
- la démonstration que plusieurs questions importantes touchant les droits fondamentaux, dont celles vécues par la communauté homosexuelle, ont bénéficié de l'assistance financière fournie par le PCJ par le passé;⁴³⁶

⁴³³ *Little Sisters (no.2)*, préc. note 430, au par. 83, de même qu'aux par. 4, 36, 40, 51 et 61.

⁴³⁴ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 556-557.

⁴³⁵ Mémoire de la Coalition, par. 11.

⁴³⁶ *Id.*, par. 25-27.

- la réalité vécue par les citoyens par rapport aux problèmes d'accès à la justice, notamment la réduction des programmes d'aide juridique, les coûts excessifs des recours en justice, l'insuffisance des services *pro bono* et la diminution des dons charitables pour subventionner les causes;⁴³⁷
- Les statistiques démontrant que la contestation des infractions réglementaires représente aujourd'hui l'un des « lieux privilégiés de rencontre entre le citoyen et le droit » (pour démontrer qu'il faut instaurer des mesures facilitant son accès).⁴³⁸

3. La diversité des approches argumentatives reproduite dans la décision finale

La description des différentes perspectives argumentatives des acteurs sociaux est incomplète, si elle n'est pas accompagnée d'une analyse des façons dont la Cour les reçoit. Dit autrement, on ne peut affirmer que les acteurs sociaux ont un impact sur la confection des normes, si nous ne sommes pas en mesure d'établir que la décision finale de la Cour a tenu compte de leurs représentations d'une manière ou d'une autre. Or, l'étude de l'arrêt *Caron* révèle l'existence de liens entre les motifs de la Cour et les procédés argumentatifs des participants. Exposons ces liens dans le même ordre que celui adopté plus haut.

Dans un premier temps, on constate qu'en confirmant la validité des ordonnances de provisions pour frais, la Cour tient compte de la position conséquentialiste adoptée par M. Caron, notamment en reconnaissant explicitement la précarité de sa situation financière, sa volonté d'utiliser ses propres ressources et ses efforts pour obtenir du financement d'une source autre que le trésor public.⁴³⁹ Elle reconnaît également que, si elle donnait raison à la prétention de l'État, sa décision aurait comme conséquence d'obliger Monsieur Caron à abandonner sa défense et entraînerait le gaspillage des sommes qu'il avait déjà engagées pour

⁴³⁷ Mémoire de DACRC, par. 5, 10, 18, 19 et 23; mémoire de l'ACLC, par. 28.

⁴³⁸ *Id.*, par. 19, 23 et 28.

⁴³⁹ *R. c. Caron*, préc. note 400, par. 41.

se défendre, du fait qu'il ne pourrait pas terminer ce qu'il avait commencé.⁴⁴⁰ En somme, bien qu'il ne soit pas possible d'affirmer que ces considérations conséquentialistes ont été les plus déterminantes dans l'issue de la décision, on peut quand même apercevoir qu'elles ont pesé dans la balance au moment de l'adjudication.

Le véritable impact des acteurs sociaux dans ce dossier appartient aux intervenantes. On observe d'abord que leur perspective contextuelle a joué un rôle, alors que la Cour a référé à plusieurs éléments à caractère social soulevés par les intervenantes s'étant jointes au débat.⁴⁴¹ Ensuite, et surtout, cet impact se révèle par leur apport déontologique. En effet, tout au long de son jugement, les juges ont recours aux trois grands thèmes discutés dans leurs mémoires et plaidoiries – protection des minorités, principe de la légalité, compétence inhérente d'une cour supérieure – ce qui en fait une décision à forte teneur principielle, ce qui n'était pas le cas de celle de la Cour d'appel.⁴⁴² En outre, l'impact des intervenants est également observé par la décision de la Cour d'adopter l'argumentation perelmanienne de type « inclusion de la partie dans le tout », en acceptant de moderniser le droit en fonction du « paradigme » déjà établi dans ses arrêts précédents, de façon à créer une jurisprudence cohérente en matière de provisions pour frais :

« Il est clair que les circonstances du présent pourvoi ne sont pas les mêmes que celles de l'arrêt *Okanagan* où notre Cour a considéré la question du financement dans le contexte d'un recours civil non encore engagé. Nous sommes saisis de la question du financement pour des raisons d'intérêt public dans une situation différente. Les arrêts *Okanagan* et *Little Sisters (no 2)* fournissent néanmoins des indications importantes en ce qui concerne le paradigme relatif aux provisions pour frais octroyées pour des raisons d'intérêt public.»⁴⁴³

⁴⁴⁰ *Id.*, par. 44.

⁴⁴¹ *Id.*, par. 6, 12, 37, 44 et 45.

⁴⁴² Voir par. 7, 18, 21, 22, 37, 43, 44, 45 et 47.

⁴⁴³ *Id.*, par. 38.

Comment cet impact des acteurs sociaux se traduit-il dans le style d'écriture de la Cour? Cette question n'est pas difficile à répondre dans le cas de l'arrêt *Caron*, puisqu'on dénote plusieurs liens discursifs entre les motifs de la Cour et l'argumentation des intervenants, par exemple la référence à un vieil article de 1983 d'un ancien président de la Cour d'appel de la Nouvelle-Galles-du-Sud, lequel était contenu au mémoire de certaines intervenantes.⁴⁴⁴ Un autre exemple de cette symétrie apparaît dans la similarité du langage constatée entre les motifs et le mémoire de l'ACLC :

TABLEAU 13
SIMILARITÉ DU LANGAGE ENTRE LES ACTEURS SOCIAUX ET LA COUR
(R. C. CARON, EXEMPLE 1)

Mémoire de l'ACLC, par. 15	Motifs de la Cour, par. 24
<p><u>The inherent jurisdiction of superior courts lies in “the reserve or fund of powers... which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so»</u> (nos soulignés)</p>	<p><u>The inherent jurisdiction of the provincial superior courts is broadly defined as “a residual source of powers, which the court may draw upon as necessary whenever it is just or equitable to do so”</u> (nos soulignés)</p>

Un parallèle entre ce mémoire et d'autres motifs invoqués par la Cour révèle encore plus de similarités de langage :

⁴⁴⁴ *Id.*, par. 26 et le mémoire de la coalition des organisations de lutte contre la pauvreté, par. 32, citant Keith MASON, « The Inherent Jurisdiction of the Court », (1983) 57 *Austl. L. J.* 449.

TABLEAU 14
SIMILARITÉ DU LANGAGE ENTRE LES ACTEURS SOCIAUX ET LA COUR
(R. c. CARON, EXEMPLE 2)

Mémoire de l'ACLC	Motifs de la Cour, par. 24 et 34
<p>Jacob explained that the principled basis for this inherent jurisdiction to see that justice is done is “the authority of <u>the judiciary to uphold, to protect and to fulfill the judicial functioning of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner.</u>” (nos soulignés)</p>	<p>These powers are derived “not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law” (Jacob, at p. 27) to enable “<u>the judiciary to uphold, to protect and to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner</u>” (nos soulignés)</p> <p>Words of authorization in this connection should not be read as words limiting the court’s inherent jurisdiction to do what is essential “<u>to fulfil the judicial function of administering justice according to law in a regular, orderly and effective manner</u>” (nos soulignés)</p>
<p>I.H. Jacob identified a power under the superior courts’ inherent jurisdiction “<u>to render assistance to inferior courts to enable them to administer justice fully and effectively.</u>”⁴⁴⁵ (nos soulignés)</p>	<p>However, as Jacob points out, superior courts <i>do</i> possess inherent jurisdiction “<u>to render assistance to inferior courts to enable them to administer justice fully and effectively</u>”.⁴⁴⁶ (l’italique est de la Cour, les soulignés sont les nôtres)</p>

Pour résumer cette première étude de cas, qui était essentiellement introductive, nous retiendrons six éléments pouvant documenter notre deuxième hypothèse, à savoir :

- Tout comme le font les juges dans leurs décisions, les acteurs qui participent aux débats judiciaires utilisent différentes techniques argumentatives pour convaincre les juges, lesquelles peuvent également être analysées en fonction de la théorie de l’argumentation décrite par Perelman ;

⁴⁴⁵ Mémoire de l’ACLC, par. 15.

⁴⁴⁶ R. c. Caron, préc. note 400, par. 26.

- Ces techniques argumentatives varient en fonction des intérêts et objectifs poursuivis par chaque acteur. Ainsi, l'exemple du dossier *Caron* nous fait remarquer que, de façon bien compréhensible, une partie directement impliquée oriente son raisonnement en fonction de ses intérêts personnels, ce qui l'amène à proposer une argumentation à prédominance conséquentialiste;
- En revanche, nous observons que les acteurs sociaux qui interviennent au dossier ne se soucient pas (ou très peu) de la situation factuelle prévalant dans un dossier, ni du sort particulier qui sera réservé aux parties directement impliquées, puisque leur objectif est de faire évoluer le droit, selon la perception qu'ils en ont. Cette perspective fait en sorte que leur argumentation comporte un caractère déontologique beaucoup plus prononcé que celle d'une partie directement impliquée.⁴⁴⁷
- Les approches à prédominance conséquentialiste ou déontologique adoptées par les différents participants se répercutent nécessairement sur la décision judiciaire, puisque la tâche du juge consiste à trancher entre les « argumentations en sens divers » exprimées par les parties.⁴⁴⁸ Cette constatation est apparue de façon claire dans le dossier *Caron*, alors que la décision de la Cour d'appel (qui ne bénéficiait pas de l'argumentation des acteurs sociaux) s'est avérée plutôt technique, tandis que celle de la Cour suprême a définitivement pris une tournure déontologique.
- Cette approche plus globale préconisée par les acteurs sociaux les pousse à introduire une perspective contextuelle qui pourrait difficilement être amenée par le justiciable directement impliqué. Cette perspective, qui vise essentiellement à décrire la réalité

⁴⁴⁷ Ces deux types d'argumentation, plutôt conséquentialiste pour une partie directement impliquée et plutôt déontologique pour un tiers intervenant, peuvent être reliés à la théorie de la justification proposée par Luc B. Tremblay décrite à la Section C.2 de notre introduction.

⁴⁴⁸ C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 135.

dans laquelle nous vivons (et à la distinguer des apparences⁴⁴⁹) s'avère utile pour un tribunal de dernier ressort comme la Cour suprême, puisque la tâche de celui-ci est de décider si les changements sociaux doivent engendrer une modification des normes. Dans ce dossier *Caron*, nous avons vu que la présentation d'éléments contextuels par les intervenants a incité la Cour à créer une nouvelle norme permettant à un citoyen ordinaire, en certaines circonstances, de demander que son recours soit financé à même le trésor public.

- De façon plus spécifique, nous avons également vu que cette « influence déontologique » s'est notamment matérialisée par des similarités de langage entre les argumentations contenues aux mémoires et celles de la décision judiciaire.

⁴⁴⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 556-557.

2^{ième} THEME - Cas #2 - L'arrêt *Auton* (2004) : la possibilité pour un intervenant individuel de contribuer au débat judiciaire

Quand on parle de l'influence que peuvent avoir les acteurs sociaux sur la scène judiciaire, le premier réflexe est de penser aux actions posées par les associations connues et expérimentées comme l'ACLC ou à d'autres groupes d'intérêt plus ou moins imposants qui défendent différentes causes. Mais il arrive que des individus aient également un impact sur l'issue d'un litige, même s'ils n'ont pas la même expérience ou les mêmes ressources que les organismes établis.

Pour montrer illustrer cette situation, nous avons choisi l'affaire *Auton*, qui traite de la question du financement par l'État des traitements médicaux destinés aux enfants autistes, dans laquelle l'intervenante Michelle Dawson, elle-même une autiste, a réussi à se démarquer.⁴⁵⁰ L'objectif du présent thème est donc de montrer qu'un simple citoyen peut non seulement s'impliquer dans un dossier de la Cour suprême, mais qu'il peut aussi contribuer à l'élaboration des normes.

Présentons le résumé de cette affaire, toujours en nous servant des quatre étapes décrites au modèle Cooper (section A), après quoi nous montrerons le type d'argumentation développé par Madame Dawson et son impact sur la décision finale (section B).

A. Résumé du dossier

Toute l'histoire du dossier *Auton* tourne autour d'un programme thérapeutique destiné à améliorer le comportement des enfants autistes. Désigné en français sous l'acronyme « ABA/ICI » (pour « analyse behaviorale appliquée »/intervention comportementale

⁴⁵⁰ *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur Général)*, [2004] 3 R.C.S. 657 (ci-après « l'arrêt *Auton* »).

intensive »), ce traitement est issu de recherches américaines tenues en 1987 qui concluaient que 17 des 19 enfants soumis à ce programme avaient démontré des améliorations aux niveaux communicationnel et social et que neuf d'entre eux avaient complété leurs premières années scolaires avec des résultats similaires à ceux des enfants non autistes. Un suivi scolaire effectué six ans plus tard par le même groupe de chercheurs concluait que huit de ces neuf enfants avaient continué à progresser, sans nécessiter de support additionnel.⁴⁵¹

Ces recherches ont convaincu certains parents de la Colombie-Britannique d'entreprendre ce type de traitement pour leurs enfants autistes. Ceux-ci s'avérant très dispendieux (de 45 000\$ à 60 000\$ par année), ces parents eurent tôt fait de demander à l'État de les financer. Leurs requêtes furent refusées en raison des coupes budgétaires dans le domaine de la santé, ce qui fut l'élément déclencheur d'une demande de recours collectif par Michelle Auton (à ne pas confondre avec Michelle Dawson), à titre de tutrice pour son fils autiste. Le tribunal de première instance refusa la qualification de la poursuite en tant que recours collectif, mais la demanderesse poursuivit sa demande à titre privé en alléguant que le refus de l'État portait atteinte à son droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*. Subséquemment, trois autres parents d'enfants autistes se joignirent à sa poursuite à titre de codemandeurs.

Au niveau de l'atteinte aux droits, le tribunal de première instance donna raison aux parents, en déclarant que ce genre de thérapie comportementale était un service « médicalement nécessaire » et que l'État avait agi de façon discriminatoire à l'endroit des autistes, puisqu'il refusait de financer les parents autistes, alors qu'il subventionnait d'autres traitements à des personnes atteintes de déficience mentale. Entre autres motifs, la juge affirma que l'absence de financement de programmes destinés aux enfants autistes reposait sur le postulat erroné que l'autisme était une maladie ne pouvant être traitée. À titre de remède, la

⁴⁵¹ Pour un résumé plus détaillé, voir l'article C. P. MANFREDI et A. MARONI, «*Reversal of Fortune : Litigating Health Care Reform in Auton v. British Columbia* », préc. note 397, à partir duquel nous nous sommes inspirés pour ce résumé.

juge força l'État à financer la thérapie comportementale intensive et octroya des dommages-intérêts de 20 000\$ à chaque demandeur.⁴⁵²

Le procureur général de la province porta la cause en appel, mais sans succès. La Cour d'appel confirma la décision du juge de première instance, en statuant qu'il y avait bien eu discrimination et que l'État ne s'était pas acquitté de son fardeau de justifier l'atteinte aux droits à l'égalité. Dans ses motifs, la Cour d'appel insista également sur les avantages du traitement ABA/ICI pour les enfants et pour la collectivité, lesquels leur apparaissaient prometteurs pour réduire les « effets pernicioeux de l'autisme ».⁴⁵³

En mai 2003, le dossier se transporta devant la Cour suprême, ce qui suscita beaucoup d'intérêt de la part des acteurs sociaux, puisque huit groupes sociaux furent autorisés à intervenir, dont quatre organismes qui défendent le droit des autistes.⁴⁵⁴ Par ailleurs, l'élément particulier de cette affaire n'est pas l'implication de ces groupes sociaux, mais plutôt celle d'une simple citoyenne, Michelle Dawson, qui s'est opposé à de nombreux aspects du dossier tel qu'il était constitué jusqu'alors. Essentiellement, la demande d'intervention de cette dernière exprima trois récriminations. Premièrement, elle déplora le fait qu'aucun autiste n'avait été entendu devant le tribunal, ce qui à son avis aurait permis « d'éduquer » la Cour sur leurs forces et les avantages qu'ils ont par rapport aux « Canadiens normaux ».⁴⁵⁵ Deuxièmement, elle s'opposa vigoureusement au postulat accepté par toutes les parties à l'effet que les enfants autistes doivent absolument être traités, de façon à pouvoir ressembler aux personnes non autistes.⁴⁵⁶ Troisièmement, elle s'en est prise au fait que la

⁴⁵² *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2000] 78 B.C.L.R (3d) 55.

⁴⁵³ *British Columbia (Attorney General) v. Auton (Guardian ad litem of)* 2002 BCCA 538, par. 3.

⁴⁵⁴ Société canadienne de l'autisme, Families for Effective Autism Treatment of Alberta Foundation, Families for Early Autism Treatment of Ontario et Friends of Children with Autism et Families. Les autres intervenantes étaient l'Association canadienne pour l'intégration communautaire, Conseil des Canadiens avec déficiences, LEAF et Réseau d'action des femmes handicapées du Canada.

⁴⁵⁵ Affidavit de Michelle Dawson, par. 8 et Notice of Application for Leave to Intervene, Michelle Dawson, 11 février 2004, par. 4.

⁴⁵⁶ Elle compara même cette situation à la perception entretenue jadis à l'endroit des homosexuels, voir son affidavit, par. 10 et sa requête, par. 2.

procédure ABA était présentée par les associations comme un « traitement médicalement nécessaire », ce qu'elle niait de façon catégorique.⁴⁵⁷

Compte tenu de cette vive opposition affichée par Madame Dawson à l'égard des parties, il n'est pas surprenant de constater que sa demande d'intervention fut contestée, tant par les parents demandeurs que par le Procureur général appelant.⁴⁵⁸ Le dossier démontre que Madame Dawson ne s'en est pas laissé imposer et qu'elle a déposé une réplique, tout aussi cinglante à l'endroit des protagonistes principaux.⁴⁵⁹ Suite à ces échanges de procédures, la Cour suprême trancha finalement en faveur de Madame Dawson et l'autorisa à intervenir et à présenter une plaidoirie orale lors de l'audition.⁴⁶⁰ C'est sur cette toile de fond marquée par l'hostilité que nous entamons l'analyse de l'argumentation de cette intervenante.

B. Analyse de l'impact de l'intervenante Michelle Dawson

Pour comprendre l'impact de l'intervenante Michelle Dawson (§2), il convient d'abord de présenter le type de raisonnement qu'elle a privilégié, ce qui nous amène à parler du procédé argumentatif quasi logique (§1).

⁴⁵⁷ Au par. 5 de sa requête.

⁴⁵⁸ Réponse à la requête en autorisation d'intervention, H. Brown, 26 février 2004; réponse à la requête en autorisation d'intervention, Robert E. Houston, 1^{er} mars 2004, dossier Cour suprême no. 29508.

⁴⁵⁹ « First of all, we are disappointed to note that both parties who claim to be representing the interest of autistic individuals claim that the intervention of an autistic individual would serve no useful purpose for this Court. For the reasons that are in our Application for Leave to Intervene we believe it would be extremely beneficial for the Court to have the perspective of at least one autistic individual in this hearing. In addition, we note with some irony that while the Respondents state that Ms. Dawson's Application for Leave to Intervene should be refused since it adds nothing to the matter, the Appellant takes the position that Ms. Dawson's intervention should not be granted since it represents a perspective that was not before the lower courts. In our view, the Respondent is right that the perspective represented by Ms. Dawson's intervention was in fact not before the courts below. Furthermore, our view is that it is vital that such a perspective be before the court and it is precisely because of this unique perspective which Ms. Dawson's intervention brings that the intervention should be granted. », cf. Lettre de Me Doug Mitchell à la Cour suprême, en réplique aux réponses à la requête en autorisation d'intervention, 5 mars 2004.

⁴⁶⁰ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 26 mars 2004, p. 480 et celui du 21 mai 2004, p. 844.

1. La perspective argumentative quasi logique pour rétablir les faits

Dans le vocabulaire de Chaïm Perelman, l'intervention de Michelle Dawson se qualifie essentiellement comme une argumentation de type quasi logique. Comme son nom l'indique, ce genre d'argumentation tire son degré de conviction dans sa comparaison avec la pensée formelle ou mathématique. De façon générale, ce procédé vise à rétablir les faits, en faisant appel à des définitions, des analyses et des tautologies et en se servant de concepts liés à l'incompatibilité, à la contradiction ou à l'insuffisance de l'opinion contraire pour appuyer sa propre position. Souvent utilisé dans un climat d'hostilité (ce qui était le cas en l'espèce), il a parfois recours à l'ironie ou au ridicule pour démolir les thèses adverses.⁴⁶¹ Tous ces éléments se retrouvent dans le mémoire de Madame Dawson.

Pour la décrire de façon simple, son argumentation apparaît ni plus ni moins comme une attaque en règle contre la définition unilatérale de l'autisme ayant été présentée dans ce dossier, à savoir une maladie mentale devant être détectée et traitée dès le jeune âge, afin d'éviter une vie de souffrance et d'isolement. Et elle n'y va pas de mainmorte pour critiquer la position de l'État, de même que celle des représentants des familles autistes :

« Implicit in these proceedings is the notion that autistics are inhuman, and must be therefore made human. It is only then that their rights will have been respected. »⁴⁶²

En somme, l'objectif de son argumentation « quasi logique » est clairement de remettre en question le stéréotype de la personne autiste et de redéfinir la réalité vécue par celle-ci. Dans son mémoire, Madame Dawson reproche notamment aux parties de faire le portrait des autistes à partir de référents non autistes et en omettant de parler de ceux qui s'intègrent bien dans la société, et ce, sans jamais avoir été traités :

⁴⁶¹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 258-279.

⁴⁶² Factum of the Intervener, Michelle Dawson, par. 29.

« Untreated autistic individuals have contributed greatly to society through their autistic traits. In contrast to the doom painted by the parties for all untreated autistics, autistics are in the workforce, they are in academe, they are parents (often of autistic children), they are artists, architects, engineers, physicists, musicians, and writers. Many have, through the brilliance, innovation, impartiality, persistence, and courage with which they are gifted, disproportionately contributed to the progress and enlightenment of society.»⁴⁶³

À partir de cette redéfinition, Mme Dawson contesta non seulement le postulat que tous les jeunes enfants autistes devaient être soignés de façon systématique, mais elle s'en prit également à l'efficacité du traitement ABA/ICI, en le présentant comme une technique controversée et très contestable au point de vue éthique. Elle insista également sur le fait que les chercheurs à l'origine de ce programme avaient fait de nombreux parallèles avec l'homosexualité, qu'ils percevaient également comme une maladie à traiter.⁴⁶⁴ Maniant l'ironie et le sarcasme (souvent utilisée par l'argumentation quasi logique pour critiquer les théories adverses), elle mit l'accent sur un commentaire de l'instigateur du programme ABA/ICI qui décrivait ainsi un enfant autiste :

« [t]he fascinating part for me was to observe persons with eyes and ears, teeth and toenails, walking around yet presenting few of the behaviors one would call social or human. Now, I had the chance to build language and other social and intellectual behaviors where none had existed, a good test of how much help a learning-based approach could offer.»⁴⁶⁵

⁴⁶³ *Id.*, par. 29.

⁴⁶⁴ *Id.*, par. 28.

⁴⁶⁵ *Id.*, par. 53, citant O. I. LOVAAS, The development of a treatment-research project for developmentally disabled and autistic children. (1993) *J. Appl. Behav. Anal.*, 617.

2. L'influence de Michelle Dawson sur la décision de la Cour suprême

Dans une décision qualifiée de dévastatrice pour les organisations de défense des autistes⁴⁶⁶, la Cour a accueilli le pourvoi et infirmé les décisions des tribunaux inférieurs, au motif que le régime législatif mis en place par l'État n'était pas discriminatoire en soi, du fait qu'il assurait le financement d'autres services et qu'il s'agissait d'un régime partiel de soins de santé dont l'objectif n'était pas de répondre à tous les besoins médicaux. Autrement dit, selon la Cour, l'exclusion d'un service non essentiel comme le traitement ABA/ICI ne pouvait constituer à lui seul une distinction préjudiciable fondée sur un motif énuméré et qu'au contraire, une telle exclusion représentait une caractéristique prévisible du régime législatif.⁴⁶⁷

Mais au-delà du lien évident entre le raisonnement juridique de la Cour et celui de Madame Dawson, l'impact qu'a eu cette intervenante sur la décision se trouve davantage dans le fait que la juge en chef s'est également fondée sur sa contestation du traitement ABA/ICI pour établir que cette procédure médicale était controversée et qu'elle ne faisait pas l'unanimité. La juge en chef, écrivant au nom de la Cour, référa même spécifiquement à Mme Dawson :

«Bien qu'elle compte de plus en plus d'adeptes, l'analyse comportementale (ou comportementale) appliquée (« ABA ») ou l'intervention comportementale intensive (« ICI ») ne fait pas l'unanimité. On lui reproche non seulement l'utilisation, à ses débuts, de stimuli grossiers, voire douloureux, mais aussi son objectif de modifier le psychisme et la personnalité de l'enfant. D'ailleurs, l'une des parties intervenantes au présent pourvoi, qui souffre elle-même d'autisme, la réprouve.»⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Ellie VENHOLA, «Goliath Arisen: Taking Aim at the Health Care Regime in *Auton*», (2005) 20 *J.L. & Soc. Pol'y*, 67; Michael P. PERLIN, «Benefits Provided, Hidden and Denied: A Critique of the Supreme Court of Canada's Test in *Auton v. British Columbia*, (2012) 30 *N.J.C.L.* 33.

⁴⁶⁷ *Auton*, préc. note 450, par. 43.

⁴⁶⁸ *Id.*, par. 5.

Si l'on se fie à l'enseignement de Perelman, cette référence explicite à Madame Dawson « qui souffre elle-même d'autisme » pour critiquer le traitement médical au cœur du litige a procuré une très forte valeur argumentative à la décision, puisqu'elle a introduit un « objet d'accord » dans le discours judiciaire, en montrant qu'un des auditoires directement visés (c.-à-d. les autistes eux-mêmes, représentés par Mme Dawson) approuve son opinion. En d'autres mots, en mentionnant spécifiquement que Michelle Dawson – une personne en chair et en os – corrobore la position de la Cour, l'affirmation est en quelque sorte devenue une réalité admise, ce qui est le propre d'un objet d'accord.

On peut donc dire que Madame Dawson a eu un impact significatif sur le jugement de la Cour, puisque selon Perelman, ce genre d'affirmation est une des techniques argumentatives qui s'approche le plus de la « vérité », étant donné qu'elle se présente sous la forme d'un fait indéniable (correspondant au « réel ») ou à titre de présomption difficilement contestable.⁴⁶⁹ Dans le cas qui nous occupe, le fait indéniable est que la seule autiste ayant participé au débat réproouve le traitement AVA/ICI et la présomption difficilement contestable est que, si une personne autiste réproouve ce traitement, il y a de fortes chances que d'autres autistes le réproouvent également.⁴⁷⁰

Pour conclure ce deuxième thème, rappelons trois constats révélés par notre analyse, lesquels servent à documenter notre hypothèse relative à la participation des acteurs sociaux dans la production du droit :

⁴⁶⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 88-92.

⁴⁷⁰ Sur la notion de présomptions servant à l'argumentation, *id.*, p. 93-99.

- Il est tout à fait possible pour un particulier de participer à titre d'intervenant dans un dossier de la Cour suprême, même s'il n'est pas appuyé par une organisation et s'il n'a pas d'expérience devant les tribunaux;
- La disparité de point de vue par rapport à l'opinion générale peut représenter un atout dans l'argumentation d'un acteur social, pourvu qu'elle soit pertinente et bien présentée;
- Le type d'argumentation quasi logique peut s'avérer un bon choix pour un acteur social et, si le raisonnement s'avère convaincant, il peut se transposer en objet d'accord ou en présomption dans les motifs énoncés par la Cour.

Comme constat additionnel, on peut aussi ajouter qu'en autorisant de simples citoyens à participer dans le débat judiciaire, la Cour suprême montre une image de la justice qui est plus inclusive. Ce dernier commentaire apparaît encore plus convaincant lorsqu'on prend connaissance de la réaction publiée par Mme Dawson suite au jugement de la Cour :

« I don't know how much influence I had on the SCC decision. I do know that if I had none at all, I would not have been the only intervener mentioned. "Equality rights advocates" have claimed that the Court tried to "hang" their decision on me, as if I am some kind of victim. I find this offensive. I would not have intervened unless I were willing to take responsibility for influencing the decision. Indeed, this is why I intervened. The intervention was a success. Autistics and our allies in Canada and around the world experienced and expressed intense joy.

In a unanimous decision written by the Chief Justice of the Highest Court of the Land, the voice of an untreated autistic was not only welcomed, but heard, and considered, and noted. Whatever we may have to endure in the wake of this fair and cautious decision, this singular unprecedented victory is permanent, and cannot be erased from us.»⁴⁷¹

⁴⁷¹ Michelle DAWSON, *An Autistic Victory, The True Meaning of the Auton Decision*, non daté, par. 119-120, http://www.sentex.net/~nexus23/naa_vic.html (consulté le 12 mars 2012).

3^{ème} THÈME - Cas # 3 à 9 - Les arrêts *Tessling* (2004), *A.M.* (2008), *Kang-Brown* (2008), *Patrick* (2009), *Gomboc* (2010), *Vu* (2013) et *Spencer* (2014): élaboration d'une grille de lecture servant à mesurer l'impact des intervenants sur les décisions judiciaires, introduction à la rhétorique constitutive et réflexions quant à l'impact graduel des acteurs sociaux sur la production du droit

Après avoir montré de façon liminaire que les acteurs sociaux qui se joignent à un débat judiciaire semblent adopter une perspective différente de celle des parties directement impliquées (cas #1) et qu'il est possible pour n'importe quel acteur social d'avoir un impact sur l'issue d'un litige (cas #2), la présente étude de cas comprend une analyse de sept arrêts rendus par la Cour suprême entre 2004 et 2014 sur le thème du droit à la vie privée. Étendue sur une centaine de pages, cette analyse vise à fournir quatre éléments additionnels importants qui serviront à documenter notre deuxième hypothèse relative à l'influence exercée par les acteurs sociaux sur la production du droit.

Les éléments additionnels couverts par ce thème se présentent en fonction de quatre objectifs interreliés. Le premier est d'établir une nouvelle façon de mesurer l'impact que peuvent avoir les acteurs sociaux dans un dossier judiciaire, à l'aide d'une grille de lecture que nous avons construite, laquelle sera présentée au Tableau 15 ci-dessous.⁴⁷² Après avoir expliqué la façon dont nous avons construit cette grille, nous l'appliquerons à nos sept cas étudiés, dans ce que nous appellerons une « analyse de l'impact des acteurs sociaux ».

Le deuxième objectif du présent thème est de se servir de cette analyse d'impact pour présenter certaines notions de base du concept de rhétorique constitutive, dont nous avons

⁴⁷² Nous utilisons les mots « nouvelle façon » parce qu'à notre connaissance, aucun autre auteur avant nous n'a adopté une telle approche pour mesurer l'influence des acteurs sociaux sur les décisions judiciaires ou sur la production du droit.

discuté dans notre introduction.⁴⁷³ Pour l’instant, notre intention n’est pas de traiter de ce concept de façon approfondie, mais de fournir quelques exemples qui mettront la table pour une discussion plus approfondie qui sera tenue plus loin dans notre thèse. Ces exemples introductifs se retrouveront dans l’étude des dossiers *Tessling* (cas #3), *Gomboc* (cas #7) et *Spencer* (cas #9).

Le troisième objectif consiste à présenter une autre facette de l’impact que peuvent avoir des acteurs sociaux sur la production des normes se matérialise. L’idée sous-jacente à cet objectif se fonde sur le postulat que la confection d’une nouvelle norme par la Cour suprême, quelle qu’elle soit, n’est presque jamais le produit d’un seul arrêt et que, dans la plupart des cas, elle se présente comme l’aboutissement d’un cheminement jurisprudentiel progressif.⁴⁷⁴ Partant de ce constat, la proposition que nous voulons développer – toujours à l’aide de l’analyse d’impact que nous allons faire – est que l’influence des acteurs sociaux sur la production du droit n’est pas toujours spontanée et subite et qu’elle se révèle, elle aussi, « à petites doses », à travers plusieurs arrêts couvrant le même sujet, ce qui s’apparente au concept de « dialogue constitutionnel » proposé par certains auteurs américains.⁴⁷⁵ De façon concrète, cette idée sera explorée en examinant l’impact progressif qu’ont eu deux acteurs sociaux dans sept dossiers traités par la Cour suprême entre 2004 et 2014, lesquels ont servi à développer le droit au respect de la vie privée.⁴⁷⁶ Les deux acteurs sociaux que nous avons ciblés pour cet

⁴⁷³ Rappelons que la rhétorique constitutive correspond essentiellement à présenter une « vision du monde » ou un « univers social », en brossant un portrait de l’identité collective de l’auditoire, laquelle devient un sujet du discours, voir la Section C.3 de notre introduction.

⁴⁷⁴ Parfois, on peut même dire, à tort ou à raison, que ce processus est lent, du fait qu’il intervient sur une période de plusieurs années, voire de décennies.

⁴⁷⁵ Conceptuellement, cet objectif entretient un certain lien avec la notion de « dialogue constitutionnel » développée par des auteurs américains inspirés par Alexandre Bickel, lesquels soutiennent que le système normatif n’est pas le monopole exclusif de la Cour suprême et des tribunaux d’appel, mais qu’il est le produit d’un « colloque continu » entretenu entre les tribunaux et différents acteurs qui gravitent autour du système judiciaire, voir notamment L. FISHER, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* et B. FRIEDMAN, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, préc. note 57.

⁴⁷⁶ Notre prétention n’est évidemment pas de soutenir que le « dialogue » en matière de droit à la vie privée a débuté avec l’arrêt *Tessling* de 2004, mais nous voulons nous servir de cette période pour illustrer le principal général qui sous-tend cette idée de dialogue.

exercice sont l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC ») et l'organisme de défense du droit des accusés désignée sous le nom de Criminal Lawyers' Association (« CLA »), lesquels ont participé à la grande majorité des cas étudiés au présent thème.⁴⁷⁷

Enfin, le quatrième objectif, moins ambitieux que les autres, sera abordé dans l'analyse de l'arrêt *Gomboc*, où nous montrerons une pratique judiciaire qui consiste à référer explicitement à un acteur social, afin d'ajouter de la crédibilité aux propos.

Pour revenir à notre premier objectif – celui ayant trait à l'élaboration d'une grille de lecture servant à mesurer l'impact des acteurs sociaux sur la production du droit – l'idée maîtresse que nous poursuivons est que l'évaluation de l'influence d'un acteur social sur la scène judiciaire a inévitablement un caractère subjectif, ce qui peut teinter la valeur de nos conclusions. Ainsi, pour réduire l'arbitraire, il nous apparaît essentiel de développer un outil méthodologique permettant de relier l'évaluation de cette influence à des observations fiables et concrètes. Dans cette optique, nous avons bâti une grille de lecture qui, sans prétendre à l'objectivité absolue, vise à catégoriser le degré d'impact de chaque acteur social en fonction de critères précis qui se trouvent dans les décisions judiciaires.

Pour construire cette grille de lecture, nous avons donc élaboré un barème qui mesure le niveau d'impact des acteurs sociaux en fonction de huit critères d'analyse contenus aux motifs de la Cour. Tel que conçu, ce barème fait en sorte que, plus nous observons de liens forts entre le discours des juges et les argumentations contenues aux mémoires, plus l'impact des acteurs sociaux sera considéré important. Essentiellement, l'exercice consiste donc à faire l'agrégation des huit éléments empiriquement observables et d'assigner le degré d'influence correspondant, lequel peut osciller entre les niveaux « inexistant » et « majeur ». Ces critères et ces niveaux ont été regroupés dans le tableau suivant :

⁴⁷⁷ Dans un de ces dossiers, nous ferons aussi référence à l'implication de l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« ALCCB »).

TABLEAU 15
CRITÈRES ET NIVEAUX D'IMPACT DES ACTEURS SOCIAUX SUR LA DÉCISION JUDICIAIRE
ET LA PRODUCTION DES NORMES

Critères d'analyse : Référence(s) par la Cour	Niveau d'impact de l'AS					
	Inexistant	Faible	Modéré	Significatif	Élevé	Majeur
...aux arguments de l'AS		x	x	x	x	x
...aux auteurs, rapports ou autorités jurisprudentielles soumis par l'AS			x (un ou l'autre)	y	y	y
...au contexte social décrit par l'AS ou à sa « rhétorique constitutive »				y	y	y
... à l'AS lui-même			y	y	y	y
... à un argument distinctif de l'AS				x	x	x
... à un argument de l'AS, déterminant sur l'issue du litige (ou une façon de voir le litige)				x	y	y
... à un argument de l'AS, déterminant sur la fabrication de la règle de droit					x	x
... au vocabulaire distinctif utilisé par l'AS						x

AS = acteur social

x = critère obligatoire pour que l'argumentation de l'AS se classe selon ce niveau d'impact

y = critère non obligatoire, mais important à considérer puisque révélateur d'impact

Décrivons immédiatement les six niveaux d'impact que nous avons élaborés. Le premier est évidemment le plus simple à expliquer, puisqu'il est le niveau d'impact « inexistant », où toutes les cases du tableau sont vides. Ce niveau correspond à une décision qui ne réfère à aucun des arguments soulevés par un acteur social ayant participé au dossier.

Cette situation est rare, mais elle arrive de façon occasionnelle lorsque l'argumentation de l'intervenant ne répond pas vraiment aux questions en litige ou qu'elle élude le problème de droit en cause, notamment en adoptant une tangente politique plutôt que juridique. Dans ces cas, l'impact est jugé inexistant, car le tribunal ne tient tout simplement pas compte d'une telle argumentation.

Le deuxième niveau identifié dans notre tableau est le niveau « faible », lequel correspond au seuil minimal d'influence de la part d'un acteur social. Cette situation survient lorsque la Cour aborde les arguments d'un acteur social, sans révéler d'indice permettant d'affirmer qu'il s'est démarqué des autres participants ou qu'il a eu une influence quelconque, que ce soit par rapport aux autres acteurs présents au dossier, à l'issue du litige ou à la fabrication de la règle de droit. Dans ces cas, la Cour ne réfère à aucun des auteurs, rapports ou autorités jurisprudentielles distinctes plaidés par l'acteur social et ne fait aucune mention de cet intervenant dans son jugement.

Le niveau « modéré » est le premier échelon où on peut véritablement apercevoir un certain degré d'influence de l'acteur social dans le débat judiciaire. Bien que non négligeable, cette influence est toutefois limitée, dans le sens où l'argumentation n'est pas distinctive par rapport à celles des autres participants et qu'elle n'a pas d'impact significatif sur le sort réservé au litige ou sur la fabrication de la règle de droit. Par exemple, la Cour peut avoir justifié un ou plusieurs de ses motifs à l'aide d'un argument, auteur, rapport ou autorité jurisprudentielle suggérés par l'acteur social (par exemple, une jurisprudence étrangère ou ancienne). Ou encore, on peut observer que les motifs du jugement réfèrent à certains éléments contextuels ou à la « rhétorique constitutive » exposés dans le mémoire de l'acteur social.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ Rappelons que la rhétorique constitutive correspond essentiellement à présenter une « vision du monde » ou un « univers social », en brossant un portrait de l'identité collective de l'auditoire, laquelle devient un sujet du discours. Ajoutons qu'une des façons prises par l'orateur pour convaincre son lecteur est de se présenter lui-même comme un membre de l'auditoire, cf. Section 3.C de notre introduction. Autrement dit, dans sa rhétorique constitutive, l'acteur social, qu'il soit un individu ou un groupe, se présentera lui-même comme un personnage

Un autre exemple d'impact « modéré » est lorsque l'argument de l'acteur social sert à la Cour pour confirmer ou répondre à une prétention ou objection soulevée par un autre acteur au dossier. À noter qu'à partir de ce niveau, le fait que la Cour réfère explicitement à l'intervenant dans la décision (de façon nominative ou générale⁴⁷⁹) ne constitue pas un critère obligatoire, mais témoigne d'une certaine influence de la part de l'acteur social. Cette remarque s'applique également aux niveaux d'impact décrits ci-dessous.

L'échelon suivant est le niveau d'impact « significatif ». Ce niveau n'exige pas nécessairement que la Cour réfère à des auteurs, rapports, autorités jurisprudentielles, contexte social ou rhétorique constitutive suggérés par l'acteur social, quoique si un de ces aspects est présent, il peut définitivement servir d'indicateur au niveau de son impact.⁴⁸⁰ En somme, ce qui importe surtout à ce niveau est que l'argument de l'acteur social (qui peut inclure son apport doctrinal, documentaire, jurisprudentiel ou contextuel) se soit démarqué et qu'il a pesé sur le sort réservé à l'issue du litige. Selon notre barème, ce niveau correspond également à la situation où un acteur social n'a pas nécessairement influencé le sort réservé au litige, mais qu'il a réussi à introduire un angle différent pour voir le litige, par exemple, en proposant de tenir compte d'un élément additionnel pour décider du cas, ce qui poussera la Cour à aborder la question soumise d'une façon différente de celle proposée par les parties. Par contre, le point important qu'il faut noter est qu'à cet échelon « significatif », l'apport de l'acteur social ne contribue pas à la fabrication d'une nouvelle norme par la Cour. Par exemple, on peut conclure que ce niveau s'applique quand on constate qu'un volet de l'argumentation d'un acteur social ou qu'un élément doctrinal, documentaire, jurisprudentiel ou contextuel qu'il a soumis a réussi à convaincre la Cour de la nécessité de ne pas modifier le système normatif et de suivre une norme déjà établie.

situé à l'intérieur du contexte social. Un bon exemple est celui de Madame Dawson dans le dossier *Auton* (cas #2), qui s'est servi de sa situation personnelle pour expliquer la réalité vécue par les autistes.

⁴⁷⁹ Par exemple, lorsque la Cour utilise l'expression « un intervenant plaide que... » et qu'il est possible d'identifier à qui elle réfère.

⁴⁸⁰ Tel que mentionné dans la légende au bas du Tableau 15, ces éléments sont identifiés par le symbole « y », pour signifier que ces critères ne sont pas obligatoires à ce niveau, mais que s'ils se trouvent dans les motifs de la Cour, ils peuvent constituer des indices supplémentaires qui témoignent de l'impact de l'acteur social.

L'échelon suivant est le niveau d'impact « élevé ». À ce niveau, il n'est pas pertinent de se demander si l'argument de l'acteur social a eu une influence sur l'issue du litige proprement dit, puisqu'on s'attache uniquement à son impact sur la fabrication d'une règle de droit établie dans la décision. Autrement dit, si des parallèles faits entre le mémoire d'un acteur social et les motifs de la Cour font conclure qu'il a réussi à convaincre les juges de la nécessité d'établir une nouvelle norme, de modifier une règle ou de raffiner un test normatif, son niveau d'impact sera considéré « élevé », même si l'application par la Cour de la règle ainsi établie, modifiée ou raffinée ne débouche pas nécessairement sur un résultat qu'espéraient les parties au litige. À ce sujet, on se rappellera d'ailleurs que, tel que discuté lors de l'étude du dossier *Caron*, un acteur social qui intervient dans un dossier ne se préoccupe pas trop (parfois pas du tout) du sort particulier réservé par la Cour à la partie directement impliquée, puisque son objectif est essentiellement de faire évoluer le droit, selon la perception qu'il préconise.

Finalement, le niveau supérieur d'influence d'un acteur social dans le débat judiciaire est celui de l'impact « majeur ». Ce niveau ressemble beaucoup au niveau « élevé », car il implique aussi que l'acteur social a contribué à la production du droit. Par ailleurs, selon le barème que nous avons construit, ce qui distingue le niveau « majeur » du niveau « élevé » est la possibilité qu'en plus de contribuer à la fabrication de la norme, il a franchi un pas de plus en collaborant à l'élaboration de nouveaux concepts, mots ou expressions dans le discours judiciaire de la Cour suprême. Sans contredit, une telle contribution est un accomplissement en soi, puisqu'il y a de fortes chances que ce nouveau vocabulaire se propage à l'ensemble des tribunaux. Ainsi, ce degré d'impact « majeur » (et dans une moindre mesure, le niveau « élevé ») représente l'objectif ultime que vise l'acteur social qui s'implique dans l'arène judiciaire : celui de contribuer à façonner le droit, de façon durable.

Avant d'appliquer cette grille de lecture à nos études de cas, deux remarques s'imposent. La première remarque est que, tel que nous l'avons mentionné, il faut concéder que ce barème de lecture n'élimine pas totalement la subjectivité inhérente à l'évaluation qualitative de l'influence d'un acteur social sur la confection du droit. Par contre, même si ce barème ne saurait transformer ce genre d'évaluation en science exacte, il permet néanmoins

d'établir une façon plus objective de mesurer l'impact des acteurs sociaux sur les décisions judiciaires et sur la production des normes. En outre, cette grille permet non seulement d'évaluer l'impact d'un acteur social dans un dossier précis, mais de voir son influence sur le cheminement progressif du système normatif, par rapport à un sujet spécifique. En d'autres termes, en faisant la moyenne des degrés d'impact observés dans des décisions-clés traitant d'un thème commun (sans en faire un calcul mathématique), nous sommes en mesure d'évaluer le niveau d'impact global d'un acteur social sur l'évolution d'un champ spécifique du droit, de façon plus objective.

La deuxième remarque est que, pour pouvoir conclure que la contribution d'un intervenant a eu un impact élevé ou majeur dans le débat judiciaire, il faut la considérer par rapport aux arguments présentés par la partie directement impliquée qu'il a appuyée, puisqu'il est possible que l'apport de l'acteur social ne soit que complémentaire au raisonnement déjà fourni par un appelant ou un intimé. Sans trop nous étendre sur les raisonnements des parties directement impliquées, ce qui alourdirait considérablement notre texte, nous allons tout de même tenir compte de cet aspect dans la conclusion de chacun des dossiers étudiés, afin de voir si notre évaluation du degré d'impact d'un acteur social doit être nuancée.

Cette description des différents degrés d'impact étant complétée, les prochaines pages seront consacrées à montrer des applications concrètes relativement au thème discuté à la présente section, ce qui nous permettra d'affirmer que certains acteurs sociaux ont joué un rôle important sur le développement du droit à la vie privée. Avant d'entrer dans les détails, voyons le tableau suivant, qui présente chacun des arrêts étudiés au présent thème, l'année où ils ont été rendus, les intervenants que nous avons sélectionnés et la technique d'enquête ayant fait l'objet de contestation. Pour chacun des dossiers, nous avons également indiqué la conclusion de la Cour quant à la violation de l'art. 8 de la *Charte* et le degré d'impact que nous avons attribué à chacun des acteurs sociaux ayant été choisis :

TABLEAU 16
BILAN DE L'IMPACT DES ACTEURS SOCIAUX SUR L'ÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE DU
DROIT À LA VIE PRIVÉE (COUR SUPRÊME 2004-2014)

# cas	Année	Arrêt	Acteurs sociaux intervenants	Technique utilisée	Atteinte à la protection de l'art. 8	Degré d'impact des intervenants
3	2004	<i>R. c. Tessling</i>	ACLC	Imagerie infrarouge (détection chaleur)	non	Élevé
4	2008	<i>R. c. A.M.</i>	ACLC, CLA	Chien renifleur (école)	oui	Significatif
5	2008	<i>R. c. Kang-Brown</i>	ACLC, CLA	Chien renifleur (lieu public)	oui	Significatif
6	2009	<i>R. c. Patrick</i>	ACLC, CLA	Saisie de sacs d'ordures	non	ACLC: Significatif CLA: Modéré
7	2010	<i>R. c. Gomboc</i>	ACLC	Compteur intelligent	non	Modéré
8	2013	<i>R. c. Vu</i>	ACLC, CLA, ALCCB	Fouille d'ordinateur	oui	ACLC, CLA : Élevé ALCCB : Majeur
9	2014	<i>R. c. Spencer</i>	ACLC, CLA	Demande au fournisseur internet	oui	ACLC : Élevé CLA : Majeur

Les prochaines sections de ce thème relatent comment nous en sommes arrivés à déterminer ces niveaux d'impact pour chacun des cas sélectionnés. Chaque dossier sera présenté de la même façon, soit une brève introduction du cas étudié, comprenant l'année de décision, sa référence, l'objet du litige et le sort qui lui fut réservé par la Cour suprême, un résumé du cas, établi en fonction des quatre étapes du modèle Cooper (Section A) et une analyse de l'impact des acteurs sociaux sur la norme établie dans l'arrêt, le cas échéant (Section B).

Cas # 3: R.c. Tessling (2004)

Notre analyse de l'impact des acteurs sociaux sur l'évolution du droit à la vie privée débute avec l'arrêt *R. c. Tessling*⁴⁸¹, lequel fut décidé par le plus haut tribunal dix ans avant l'affaire *Spencer*. Cette décision est considérée comme une des principales pierres d'assise d'une approche principielle adoptée par la Cour suprême à l'égard du droit au respect de la vie privée.⁴⁸² Plus particulièrement, elle consistait à déterminer si l'utilisation par les policiers d'un dispositif d'imagerie thermique au-dessus d'une résidence privée, sans avoir obtenu de mandat de perquisition, portait atteinte à la garantie contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte*.

De façon unanime, la Cour suprême a répondu par la négative, au motif principal que lorsqu'elle a été utilisée, la technique en question n'était pas assez développée pour être considérée intrusive. Sous la plume du juge Binnie, la Cour en a profité pour élaborer un test normatif auquel les tribunaux font maintenant référence dans toutes les décisions relatives à l'art. 8 de la *Charte*.

A. Résumé du dossier

Dans cette affaire, la police avait reçu des renseignements de deux informateurs à l'effet que Walter Tessling opérait une culture de marijuana à son domicile et qu'il en faisait probablement le trafic en compagnie d'un complice. Puisque cette culture nécessite généralement de puissantes lampes aux halogénures dégageant une chaleur considérable, les enquêteurs communiquèrent avec Ontario Hydro pour tenter de déterminer s'il y avait consommation anormale d'électricité dans la maison occupée par Monsieur Tessling, mais les résultats fournis indiquèrent une consommation normale. Une surveillance visuelle de la

⁴⁸¹ *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 67 (ci-après « l'arrêt *Tessling* »)

⁴⁸² William MCKINNON, « *Tessling, Brown, and A.M.: towards a principled approach to section 8* », (2007-2008) 45 *Alta. L. Rev.* 79.

maison et des allées et venues du suspect ne donna pas plus d'indices quant à une opération de culture de marijuana.

Persistante, la police décida de survoler la maison de Monsieur Tessling et d'utiliser une technique photographique utilisant un système infrarouge à vision frontale (« FLIR »), laquelle permet d'enregistrer des images de l'énergie thermique ou de la chaleur émanant d'un édifice. Cette fois, l'opération fut concluante pour la police, car elle lui permit d'observer une quantité substantielle de chaleur se dégageant de la résidence. Toutefois, ce dispositif ne permettait pas de déterminer si la chaleur émanant de la maison était celle d'une culture de marijuana ou d'autres appareils, par exemple un sauna, un four à poterie, un appareil en surchauffe ou une lampe halogène. Cette image FLIR, combinée à d'autres renseignements détenus par la police, fut néanmoins suffisante pour autoriser la délivrance d'un mandat de perquisition. Cette perquisition confirma la présence d'une quantité importante de marijuana et d'équipements servant à la produire, ce qui mena le procureur général à déposer des accusations contre Monsieur Tessling.

Au procès, l'accusé argumenta que la garantie constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévue à l'art. 8 de la *Charte* avait été violée et que la preuve ayant servi à obtenir le mandat devait donc être exclue. Dans des motifs peu élaborés, le juge de première instance rejeta cette prétention et déclara l'accusé coupable. La Cour d'appel infirma cette décision, en statuant que la détection de données à l'aide de la méthode FLIR constituait une perquisition abusive, car même si les indices relatifs aux émanations de chaleur avaient été obtenus à l'extérieur de la résidence, la police les avait obtenus pour déterminer la nature des activités se déroulant dans la maison, ce qui avait un caractère intrusif.⁴⁸³ À son avis, cette opération représentait une atteinte constitutionnelle assez grave pour justifier l'exclusion des éléments de preuve ainsi recueillis. Le verdict de condamnation fut donc

⁴⁸³ *R. c. Tessling* (2003), 63 O.R. (3d), 1, par. 61.

renversé. En août 2003, la Cour suprême accepta d'entendre cette cause et en février 2004, elle autorisa l'ACLC à intervenir.⁴⁸⁴

B. Analyse de l'impact de l'ACLC

La principale question en litige devant la Cour suprême consistait donc à déterminer si l'utilisation de l'image FLIR par la police avait porté atteinte à la garantie constitutionnelle de Monsieur Tessling prévue à l'art. 8 de la *Charte*. L'analyse de la décision montre que le juge Binnie, écrivant au nom d'une Cour unanime, a procédé en trois étapes pour répondre à cette question et que l'ACLC a eu une influence à chacune d'elles, ce qui, selon notre grille de lecture, nous permet d'affirmer qu'elle a eu un niveau d'impact « élevé » sur la décision. Ces trois étapes suivies par la Cour furent les suivantes :

- D'abord, le juge Binnie a présenté sa « vision du monde » relativement aux techniques de surveillance des résidences par les policiers, ce qui, on l'aura deviné, nous rapporte à la notion de rhétorique constitutive discutée dans notre introduction.⁴⁸⁵ Tel que nous l'exposerons, l'ACLC a contribué à ce segment de la décision.
- Dans une deuxième étape, la décision rendue dans cette affaire a instauré un test normatif servant à décider si la technique de surveillance utilisée par les policiers constituait une fouille ou perquisition abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Essentiellement, ce test visait à établir un équilibre entre, d'une part, le droit d'un individu de ne pas être importuné par des techniques de surveillance de son domicile et, d'autre part, le devoir de l'État de s'assurer que les lois sont respectées. Selon notre analyse d'impact, l'ACLC a également joué un rôle à ce niveau en fournissant des arguments ayant permis à l'élaboration de ce test normatif. Selon notre grille de

⁴⁸⁴ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 13 février 2004, p. 240-242.

⁴⁸⁵ À la Section C.3

lecture, cette participation à la fabrication des normes nous permet d'affirmer que cette intervenante a eu un impact élevé au niveau de la production du droit dans ce dossier.

- Troisièmement, le juge Binnie a appliqué ce test normatif aux circonstances de l'espèce, ce qui l'a amené à conclure que le droit de Monsieur Tessling prévu à l'art. 8 de la *Charte* n'avait pas été violé. L'ACLC a également contribué en partie à cette discussion, bien qu'elle n'ait pas réussi à convaincre la Cour que la technique FLIR devait être considérée abusive d'un point de vue constitutionnel. Cela dit, comme nous en ferons état ci-dessous, cette étape relative au sort particulier du justiciable n'est pas d'une importance capitale pour l'ACLC, puisque son objectif premier est de faire évoluer le droit, ce qu'elle a réussi à faire.

Voyons comment ces trois segments de la décision peuvent être analysés et de quelle façon nous pouvons conclure que l'ACLC a eu un impact élevé dans cette affaire.

Pour décrire cet impact, nous débiterons par le premier segment de la décision, lequel représente un exemple typique de rhétorique constitutive. Mais avant d'aborder cette partie du discours tenu par le juge Binnie et les liens pouvant être faits avec le mémoire de l'ACLC, rappelons les grandes lignes de ce concept, tel que développé par James Boyd White.

Essentiellement, la notion de rhétorique constitutive sert à décrire un style d'écriture dont l'objectif est présenter une « vision du monde » ou un « univers social », tel que l'orateur se les imagine (selon une perception actuelle ou selon une perspective qu'il souhaite pour le futur). D'un point de vue pratique, le professeur White explique que, pour décrire ce monde, l'orateur met généralement l'accent sur les caractéristiques collectives de son auditoire et les valeurs partagées par ses membres⁴⁸⁶, ce qui, tel que nous en avons déjà parlé, rappelle les

⁴⁸⁶ Voir notamment J.B. WHITE, *Imagining the Law*, préc. note 121.

notions de « prémisses de l'argumentation » et d'«objets d'accord» proposées par Perelman.⁴⁸⁷ En procédant ainsi, l'orateur se trouve à intégrer son auditoire dans le discours et cet auditoire, tel que décrit, agit comme toile de fond du raisonnement. En outre, une des façons pour l'orateur d'interpeller son auditoire est de montrer qu'il en fait lui-même partie, ce qui signifie que, par sa rhétorique constitutive, celui qui parle ou écrit devient lui-même un personnage à l'intérieur de son discours. Tel que nous l'avons exposé dans notre cadre théorique, la forme que revêt cette technique passe souvent par l'emploi de la première personne du pluriel (« nous », « nos », « notre »), ce qui donne l'impression au lecteur que l'orateur est tout aussi impliqué que lui dans l'état de choses qui est décrit.⁴⁸⁸

Pour illustrer la rhétorique constitutive contenue dans l'arrêt *Tessling*, examinons l'extrait suivant, dans lequel le juge Binnie décrit sa « vision du monde », par rapport aux pouvoirs de surveillance d'un domicile par les policiers :

« Peu de choses revêtent autant d'importance pour notre mode de vie que l'étendue du pouvoir conféré à la police d'entrer dans la maison d'un citoyen canadien, de porter atteinte à sa vie privée et même à son intégrité corporelle sans autorisation judiciaire. (...) L'arrivée des policiers en pleine nuit est la plus sombre illustration de l'État policier. C'est ainsi que, dans un discours célèbre prononcé en 1763 devant le Parlement britannique, William Pitt (le Premier Pitt) a prôné le droit de chacun d'interdire aux forces de Sa Majesté l'accès à son domaine privé :

[TRADUCTION] Dans sa chaumière, l'homme le plus pauvre peut défier toutes les forces de la Couronne. Sa chaumière peut bien être frêle, son toit peut branler, le vent peut souffler à travers, la tempête peut y entrer, la pluie peut y pénétrer, mais le roi d'Angleterre, lui, ne peut pas entrer! Toute sa force n'ose pas franchir le seuil du logement délabré.

(Lord H. Brougham, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III* (1855), vol. I, p. 42)⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Voir C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 87-89 et notre discussion dans la section C.3 de notre introduction.

⁴⁸⁸ Voir R. AMOSSY, *L'argumentation dans le discours*, préc. note 62, p. 43-47. Cette auteure traite de plusieurs techniques utilisées dans le discours, en puisant beaucoup aux travaux de Perelman.

⁴⁸⁹ *Tessling*, préc. note 481, par. 13-14 (le souligné est le nôtre).

Le propre de la rhétorique constitutive est de laisser une image dans l'esprit de l'auditoire et, dans ce sens, cet extrait ne laisse place à aucune équivoque dans le message que veut faire passer le juge Binnie. D'abord, on voit qu'en utilisant l'expression « peu de choses revêtent autant d'importance pour notre mode de vie », il souligne non seulement le danger que représentent les risques d'abus policiers, mais il s'implique lui-même dans l'univers social qu'il décrit. Par la suite, il se sert d'images symboliques fortes (arrivée des policiers en pleine nuit, même le roi d'Angleterre ne peut entrer dans un domicile) pour peindre un portrait d'un monde qui doit (en principe) être exempt d'intrusion policière à l'intérieur d'un domicile.

Puisque la rhétorique constitutive consiste à présenter un monde tel que l'auteur se l'imagine, le professeur White explique que la décision judiciaire peut être assimilée à une création littéraire ou à un processus de composition (« a compositional process »⁴⁹⁰), en ce qu'elle puise sans cesse à des images, des figures de style, des narrations et à des auteurs, pour capter l'attention du lecteur.⁴⁹¹ Cette façon de faire est observée dans la décision du juge Binnie, alors qu'il se sert du roman *1984* de George Orwell pour expliquer la crainte des techniques de surveillance abusives :

« ... je partage la préoccupation selon laquelle le droit à la vie privée « est étroitement lié à l'effet qu'une violation de ce droit aurait sur la liberté et la dignité de l'individu en cause » : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 841, par. 19. De la même façon, le juge La Forest a déclaré, dans l'arrêt *Wong*, précité, que « nous devons toujours rester conscient du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s'ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée » (p. 47). Le juge Abella a, comme je l'ai indiqué, évoqué George Orwell. Aussi est-il approprié de citer un passage de *1984* (1950), p. 13 :

Naturellement, il n'y avait pas moyen de savoir si, à un moment donné, on était surveillé. [...] On pouvait même imaginer qu'elle surveillait tout le monde, constamment. [...] On devait vivre, on

⁴⁹⁰ J.B. WHITE, *Heracles' Bow*, préc. note 120, à la p. 238.

⁴⁹¹ Dans le même sens, White suggère que la critique littéraire peut inspirer la critique des décisions judiciaires, J.B. WHITE, *Justice as Translation*, préc. note 130, p. 97. Sur l'aspect « littéraire » du droit, voir aussi J.B. WHITE, *Imagining the Law*, préc. note 121, p. 35.

vivait, car l'habitude devient instinct, en admettant que tout son émis était entendu et que [...] tout mouvement était perçu.⁴⁹²

Comme nous l'avons déjà mentionné, un autre moyen rhétorique dont se sert parfois l'orateur pour décrire sa vision du monde (et pour « constituer » l'identité collective de son auditoire) est de faire appel à ses racines historiques.⁴⁹³ Cette technique est aussi présente dans les motifs du juge Binnie :

« Peut-être qu'un long voyage spirituel sépare le vibrant plaidoyer de Pitt de la tentative de l'intimé de mettre une culture de marijuana à l'abri dans le sous-sol de sa maison de Kingsville en Ontario, mais le principe reste le même. (...) »

La plupart des règles de droit applicables en cette matière trahissent leur rattachement au droit relatif à la violation de la propriété. Autrefois, la vie privée était associée à la propriété privée et la possession de cette propriété constituait une protection contre les intrus. Si les droits de propriété privée étaient respectés et que les rideaux des maisons étaient tirés (ou les ponts-levis des châteaux, levés), les mandataires du roi pouvaient observer à distance, mais ils ne disposaient d'aucun moyen de savoir ce qui se passait à l'intérieur. La protection offerte par les droits de propriété a diminué à mesure que la technologie a progressé. L'écoute électronique, par exemple, peut être mise en œuvre à distance sans intrusion physique. Les images FLIR peuvent être prises d'un avion. Les tribunaux ont hésité à accepter l'idée que l'aire de protection de la vie privée doit rétrécir à mesure que la technologie se développe. Ils ont plutôt reconnu que les droits en matière de propriété privée servaient, dans une certaine mesure, de véhicule au droit à la vie privée que conférait à l'origine la propriété d'un bien et, par conséquent, à mesure qu'augmentait la capacité technique de l'État de fureter, l'idée d'une aire de vie privée protégée s'est précisée et développée. »⁴⁹⁴

Ces courts exemples de rhétorique constitutive étant cités, comment peut-on relier cette « vision du monde » du juge Binnie à l'argumentation de l'intervenante? Pour répondre à cette

⁴⁹² *Tessling*, préc. note 481, par. 58.

⁴⁹³ M. CHARLAND, *Constitutive rhetoric*, préc. note 114, à la p. 616.

⁴⁹⁴ *Tessling*, préc. note 481, par. 15-16.

question, lisons ces extraits contenus au mémoire de l'ACLC, lesquels constituent également des exemples de rhétorique constitutive décrivant l'univers social dans lequel nous devrions vivre :

«It is the CCLA's position that when individuals close their doors and draw their curtains, or otherwise retreat into the sanctity of their homes, they have a presumptive right to be free from warrantless searches.»⁴⁹⁵

«The right to be free from unreasonable search and seizure, or to be "left alone", has for centuries taken on special meaning in the context of a private dwelling-house. This Court has consistently stated that the privacy interest associated with a private home is one of the most sacred rights in a free and democratic society.»⁴⁹⁶

« (...) The home is a unique retreat that allows people to shelter themselves, their lifestyles, and their activities from the prying eyes and ears of others, including those of the state. Absent a warrant or exigent circumstances, individuals should not be vulnerable to the state monitoring these activities in their home.»⁴⁹⁷

«The walls of a home are intended to safeguard personal and private information. It would be perverse to allow the state, without a warrant, to employ those very walls in order to invade that privacy interest.»⁴⁹⁸

On aperçoit donc des liens assez clairs entre ces images peintes par l'ACLC quant à l'inviolabilité du domicile d'un citoyen (« sanctity of their homes », « right to be left alone », « the home is a unique retreat », « the walls of a home ») et celles contenues à la décision de la Cour. En outre, à l'instar du juge Binnie, l'ACLC a également fait appel aux racines historiques du droit à la vie privée, en soumettant un passage d'une opinion dissidente dans un arrêt de la Cour suprême de 1995, lequel citait à son tour des vieux extraits de décisions britanniques datant de plusieurs siècles :

⁴⁹⁵ Mémoire de l'ACLC, par. 10-11.

⁴⁹⁶ *Id.*, par. 11.

⁴⁹⁷ *Id.*, par.

⁴⁹⁸ *Id.*, par. 27.

«It is surprising that nearly four hundred years after *Semayne's Case* (1604), 5 Co. Rep 91, 77 E.R. 194, there should be any debate about the matter. That case firmly enunciated the principle that "a man's home is his castle", and that even the King himself had no right to invade the sanctity of the home without the authority of a judicially issued warrant. That principle has remained ever since as a bulwark for the protection of the individual against the state. It affords the individual a measure of privacy and tranquility against the overwhelming power of the state; see also *Entick v. Carrington* (1765), 19 Tr. 1029. It is a fundamental precept of a free society.»⁴⁹⁹

Ce dernier extrait encore une fois la symétrie entre les rhétoriques constitutives de la Cour et de l'intervenante, puisque le juge Binnie s'est également servi de cette vieille décision *Semayne's Case* pour proposer la métaphore que « la maison de chacun est pour lui son château et sa forteresse ».⁵⁰⁰

En plus de cette similitude entre la rhétorique constitutive de la Cour et celle de l'intervenante, un autre élément encore plus important vient appuyer la conclusion à l'effet que l'ACLC a eu un impact sur la décision. Ce lien se situe dans la deuxième portion du raisonnement adopté par la Cour, soit celle portant sur l'établissement d'un test normatif. À cette étape, le juge Binnie (comme l'ACLC⁵⁰¹) a reconnu que, s'il est vrai que les citoyens tiennent à leur vie privée, ceux-ci manifestent également l'intention d'être protégés.⁵⁰² D'un point de vue normatif, cette allusion à la sécurité des citoyens sous-tend évidemment l'argument voulant que, malgré le droit du citoyen de ne pas être importuné à l'intérieur de son domicile, les policiers doivent quand même être en mesure de faire leur travail et que la

⁴⁹⁹ *Id.*, par. 11, qui cite *R. v. Silveria*, [1995] 2 SCR 297, 319 (juge LaForest).

⁵⁰⁰ *Tessling*, préc. note 481, par. 22.

⁵⁰¹ Mémoire de l'ACLC, par. 8.

⁵⁰² « En même temps, la vie économique et sociale crée des demandes concurrentes. Les citoyens tiennent à leur vie privée, mais ils veulent également être protégés. », *Tessling*, préc. note 481, par. 17. Bien sûr, on reconnaît ici une des notions centrales de l'œuvre de Perelman, à savoir la considération (et l'intégration au discours) de l'attente de l'auditoire, voir C. PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 650 : «... l'argumentation est essentiellement adaptation à l'auditoire... »

garantie prévue à l'art. 8 de la *Charte* ne s'appliquait pas à toutes les fouilles, perquisitions et saisies, mais uniquement à celles qui étaient considérées abusives.

À partir de là, le juge Binnie élaborait un nouveau test normatif qui, selon lui, permettait d'établir un équilibre entre, d'une part, la protection de la vie privée d'un individu et, d'autre part, la répression du crime et la sécurité des citoyens, lesquelles, à son avis, étaient « des préoccupations légitimes tout aussi valides. »⁵⁰³ S'inspirant de l'arrêt *R. c. Edwards* prononcé par la Cour suprême en 1996⁵⁰⁴, le juge décida qu'il fallait d'abord se demander si le citoyen avait une attente subjective en matière de vie privée relativement à la technique de surveillance contestée et, dans l'affirmative, il fallait ensuite évaluer si cette attente se justifiait objectivement, eu égard aux circonstances. Dans cette deuxième portion du test, le juge précisa que les tribunaux devaient décider de cet aspect en considérant une série de facteurs, tels que l'endroit de la fouille, perquisition ou saisie, la nature et la portée de la technique d'intrusion et la question de savoir si l'objet ou les renseignements recherchés par les policiers étaient à la vue du public ou avaient été abandonnés.⁵⁰⁵

Tant vis-à-vis de son fondement que dans ses critères d'application, ce test établi par la Cour fut essentiellement le même que celui proposé dans le mémoire de l'ACLC, ce qui suggère que cette dernière a joué un rôle déterminant dans la fabrication de la norme et qu'elle a eu un impact élevé dans ce dossier (selon notre Tableau 15). En effet, au niveau de son fondement, l'intervenante a également concédé (comme l'avait fait le juge Binnie) que la garantie prévue à l'art. 8 de la *Charte* n'était pas absolue et qu'elle devait tenir compte d'un équilibre entre le droit à la vie privée et le devoir de l'État de s'assurer que les lois sont respectées:

⁵⁰³ *Tessling*, préc. note 481, par. 17.

⁵⁰⁴ *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 45.

⁵⁰⁵ *Tessling*, préc. note 481, par. 32 et 38 à 55.

« In protecting an individual's privacy interest, the court must balance the right of the individual to be free from unreasonable search and seizure against the state's legitimate interest in law enforcement. »⁵⁰⁶

Une fois cette concession faite, l'ACLC avait développé le même genre de critères que le juge pour élaborer son test, soit l'évaluation de l'attente de l'individu par rapport à sa vie privée.⁵⁰⁷ À ce sujet, il faut cependant dire que la version du test proposé par l'ACLC comportait une différence au niveau sémantique par rapport au langage utilisé par la Cour suprême, puisqu'au lieu de parler de deux composantes, l'«attente subjective » et l'«attente de l'individu d'un point de vue objectif», l'intervenante a proposé la notion de «l'attente raisonnable d'un individu quant à sa vie privée » (« an individual's reasonable expectation of privacy »⁵⁰⁸). À notre avis, cette différence sémantique ne diminue en rien l'aspect décisif de la contribution de l'ACLC, puisque sa notion d'«attente raisonnable de l'individu quant à sa vie privée» faisait clairement référence à ce qui devait être acceptable d'un point de vue objectif. De toute façon, on remarque qu'à plusieurs endroits dans le jugement, la Cour réfère invariablement à l'expression « attente raisonnable » (et non attente objective) pour parler du deuxième critère du test.⁵⁰⁹

En outre, pour montrer que le test proposé par l'ACLC est principalement le même que celui établi par la Cour, mentionnons que l'intervenante s'était servie des mêmes critères pour définir l'attente raisonnable du citoyen quant à sa vie privée (la deuxième étape du test) que ceux discutés par le juge Binnie. Par exemple, l'ACLC a discuté du critère lié à l'endroit où se tenait la fouille ou perquisition et du critère lié à la nature et à la portée de la technique de surveillance:

⁵⁰⁶ Mémoire de l'ACLC, par. 8. Encore une fois, on peut relier cette technique discursive à Perelman, qui l'appelle « l'argument de concession », lequel a une force argumentative indéniable, voir C. PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 646.

⁵⁰⁷ Mémoire de l'ACLC, par. 16-22.

⁵⁰⁸ *Id.*, par. 9.

⁵⁰⁹ *Tessling*, préc. note 481, par. 19, 29, 58, 63, 64 et 65.

« The reasonable expectation of privacy regarding activities in the home does not disappear simply because technological advances are capable of penetrating the walls upon which people rely to ensure their residential privacy. Nor is this expectation diminished simply because information penetrates, seeps or leaks through the walls. So long as the human senses cannot readily detect it, there remains a reasonable expectation of privacy in relation to such information.

The infrared light emanating from a private dwelling house is capable of revealing what type of activities are occurring within the home, and also reveals details of the individual's personal lifestyle. (...) »⁵¹⁰

En plus de ces deux critères servant à évaluer la raisonnable de l'attente de l'individu (ou l'objectivité de l'attente subjective, selon le vocabulaire utilisé par la Cour), l'ACLC a également abordé le facteur lié à l'abandon potentiel des renseignements, tout comme la Cour l'a fait dans son jugement.⁵¹¹

Dans un troisième temps, après avoir énoncé sa vision du monde et avoir formulé le test normatif discuté aux paragraphes qui précèdent, l'étape finale du raisonnement déployé par le juge Binnie fut d'appliquer ce test aux circonstances de l'espèce. Comme nous l'avons vu plus haut, ce test se divise en deux étapes, puisqu'il s'agit de se demander si le citoyen avait une attente subjective quant à sa vie privée et, dans l'affirmative, de déterminer si cette attente était objective, eu égard aux circonstances, lesquelles incluent l'endroit visé par les policiers et la nature et portée de la technique de surveillance. Voyons comment l'ACLC a eu un impact partiel sur cette partie de la décision.

Au niveau de l'attente subjective de Monsieur Tessling, le juge Binnie mentionna d'abord qu'il fallait présumer, jusqu'à preuve du contraire, que les occupants d'une résidence

⁵¹⁰ Mémoire de l'ACLC, par. 16-17.

⁵¹¹ *Id.*, par. 27; *Tessling*, préc. note 481, par. 40-41.

considèrent les renseignements se trouvant à l'intérieur de leur résidence comme étant privés. Toutefois, il lui fallait aussi décider si les renseignements se trouvant à l'extérieur d'une résidence (dans ce cas, la fuite de chaleur) devaient également faire l'objet d'une attente de la part d'un propriétaire ou d'un occupant. En d'autres termes, il lui fallait disposer de l'argument du ministère public voulant que, « dans la mesure où des informations pouvaient être observées à l'œil nu, l'information brute avait été abandonnée au domaine public ».⁵¹²

Sur ce point, la Cour a reconnu, dans un premier temps, qu'un individu ne saurait normalement être considéré comme ayant une attente en matière de vie privée si les choses ou renseignements recherchés par la police sont exposés sciemment au public (en tout ou en partie) ou s'ils sont abandonnés dans un endroit public.⁵¹³ Toutefois, appliquant cet aspect à la situation de Monsieur Tessling qui avait laissé s'échapper de la vapeur de sa résidence, le juge Binnie en vint à la conclusion qu'il devait néanmoins être considéré comme ayant eu une attente subjective quant à sa vie privée, puisque ce n'était pas cette émanation de chaleur qui intéressait la police mais les inférences qu'on pouvait en tirer :

« Peu de gens pensent à cacher le profil de perte de chaleur de leur résidence, et ils auraient de la difficulté à le faire s'ils essayaient. Je ne crois pas que l'intimé, qui vit dans un pays de fonte de neige et d'isolation domiciliaire plus ou moins bien faite, puisse revendiquer sérieusement un droit à la vie privée relativement au profil thermique des murs extérieurs exposés de son domicile. La police, toutefois, s'intéressait nettement au « profil thermique », non pour le profil lui-même, mais pour ce qu'il pouvait révéler des activités se déroulant à *l'intérieur* de la résidence. Dans la mesure où cet aspect est en cause, l'intimé conservait une attente subjective en matière de vie privée. »⁵¹⁴

Cette partie s'avère particulièrement importante au niveau du système normatif, parce que la Cour a profité de cette occasion pour énoncer que l'absence d'attente d'un individu

⁵¹² *Id.*, par. 38-39.

⁵¹³ *Id.*, par. 41.

⁵¹⁴ *Id.* (l'italique est de la Cour).

quant à sa vie privée (d'un point de vue subjectif) n'équivalait pas nécessairement à une diminution de sa garantie constitutionnelle contre les fouilles et perquisitions abusives, puisqu'à l'heure des avancées techniques que nous connaissons, certains citoyens ne réalisent même pas qu'ils sont surveillés. En d'autres termes, selon la Cour, il était important de souligner que ce test jurisprudentiel était de nature normative et non descriptive, ce qui, comme nous le verrons plus loin, a eu une importance considérable dans les décisions qui ont suivi. Ce passage de la décision se lit comme suit :

« L'attente *subjective* en matière de vie privée a son importance, mais il ne faudrait pas utiliser trop rapidement son absence pour écarter la protection des valeurs d'une société libre et démocratique qu'offre l'art. 8. (...) Il faut donc réfuter toute affirmation selon laquelle la diminution de l'attente *subjective* en matière de vie privée se traduira automatiquement par une diminution correspondante de la protection constitutionnelle. Affirmer qu'un particulier qui laisse ses ordures au ramassage n'a pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet est une chose. Mais c'en est une toute autre de dire qu'une personne qui craint que son téléphone soit sur écoute n'a plus d'attente *subjective* en matière de vie privée et qu'elle ne peut plus de ce fait revendiquer la protection de l'art. 8. L'attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive. »⁵¹⁵

Sur cette première partie du test, l'ACLC avait suggéré la même chose.⁵¹⁶ Par ailleurs, son opinion quant à la deuxième partie du test n'a pas été retenue par la Cour, puisque pour le juge Binnie, la technique FLIR n'était tout simplement pas assez avancée pour révéler des renseignements d'ordre privé, ce qui voulait dire que, même si Monsieur Tessling avait pu avoir une attente subjective, celle-ci ne pouvait être qualifiée comme étant objectivement raisonnable :

«Pour les raisons que j'ai déjà exposées, je ne pense pas que l'utilisation de la technique FLIR, dans son état présent, équivaille à faire entrer la police dans la résidence. Il n'est pas utile non plus, dans le contexte canadien, de comparer la technologie de 2004 avec celle qui existait en 1867, ou en 1982

⁵¹⁵ *Id.*, par. 42 (les italiques sont aussi de la Cour).

⁵¹⁶ Voir notamment les extraits cités à la note 510.

lorsque l'art. 8 de la *Charte* a été adopté. Pour ce qui est de son *objet*, je ne puis accepter que l'art. 8 doive s'appliquer si une image FLIR révèle la présence dans l'édifice de sources de chaleur d'origine inconnue ou une distribution inégale de la chaleur. Il est certain que l'imagerie FLIR permet d'obtenir des renseignements au sujet de la résidence, mais l'article 8 protège les personnes, non les lieux. Les renseignements que l'imagerie FLIR permet d'obtenir au sujet de l'intimé ne touchent pas « un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel », pas plus qu'ils « tend[ent] à révéler des détails intimes sur [son] mode de vie » (*Plant*, p. 293). Elle indique que certaines activités à l'intérieur de la maison génèrent de la chaleur. Cela ne suffit pas pour donner ouverture à l'application de la garantie constitutionnelle.

La façon dont la chaleur est distribuée sur les surfaces externes d'une maison n'est pas un renseignement à l'égard duquel l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée. Ce renseignement, comme je l'ai dit, ne révèle rien sur la vie privée de l'intimé ni sur « un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel » le concernant. Sa divulgation n'influe guère sur la « dignité, [l]'intégrité et [l]'autonomie » de la personne dont la maison figure sur l'image FLIR (*Plant*, p. 293).⁵¹⁷

Pour conclure ce compte-rendu, on peut donc affirmer qu'en appliquant les critères de notre Tableau 15, l'ACLC a eu un impact élevé dans le dossier *Tessling*, en raison de trois éléments principaux, soit :

- La symétrie entre sa rhétorique constitutive et celle de la Cour suprême et le fait que cette rhétorique a servi de toile de fond au raisonnement;
- Sa contribution à la fabrication de la règle de droit établie dans cette décision, à savoir l'élaboration d'un test normatif relatif à l'interprétation de l'art. 8 de la *Charte*;

⁵¹⁷ *Id.*, par. 62-63 (l'italique est de la Cour). Encore une fois, il faut souligner que, dans cette conclusion finale, le juge Binnie a utilisé l'expression « attente raisonnable » et non « attente objective », ce qui témoigne de la similitude des concepts évoqués par la Cour et par l'ACLC.

- Sa suggestion, retenue par la Cour, à l'effet que la diminution de l'attente subjective d'un individu quant à sa vie privée (le premier critère du test) ne doit pas nécessairement entraîner une diminution correspondante de la protection constitutionnelle ou une renonciation à son droit contre les fouilles, perquisition ou saisie abusive, puisque le test applicable est avant tout normatif et non descriptif.

Comme nous en avons parlé dans l'étude du dossier *Caron*, l'échec ultime de la demande de Monsieur Tessling (du fait que la Cour a conclu que la technique FLIR, telle qu'elle existait alors, n'était pas abusive au sens de la *Charte*) n'a pas vraiment d'importance pour une intervenante comme l'ACLC, puisque l'objectif poursuivi par cette dernière visait plutôt à faire évoluer le droit, ce qu'elle a réussi à faire. En conséquence, pour nos fins, le fait que la Cour ait finalement donné raison au ministère public ne diminue pas le degré d'impact de l'ACLC dans cette affaire.

Cas #4: R. c. A.M. (2008)

D'entrée de jeu, mentionnons que l'étude du dossier *Tessling* a mis en lumière une approche méthodologique qui fonctionne bien pour évaluer l'impact d'un acteur social sur la scène judiciaire.

Cette méthode procède en quatre étapes, à savoir (1) détecter la rhétorique constitutive utilisée par la Cour (2) comprendre la structure du raisonnement déployé par la Cour (3) définir la règle de droit contenue dans la décision judiciaire, le cas échéant, et (4) voir si on peut tracer un parallèle avec la rhétorique constitutive, la structure du raisonnement et la règle de droit contenues dans les mémoires des intervenants. En réalité, cette méthodologie à quatre étapes fonctionne bien pour réaliser notre analyse d'impact, puisqu'à travers elle, on peut faire l'agrégation des critères décrits à notre Tableau 15 et, ultimement, déterminer à quel niveau se situe l'impact des acteurs sociaux sur la décision judiciaire.

En appliquant cette même méthode à l'arrêt *R. c. A.M.* décidé par la Cour suprême en 2008⁵¹⁸, on peut également conclure que l'ACLC et CLA ont eu un certain impact dans ce débat, puisqu'en plus de s'être servi de leur rhétorique constitutive et d'une partie de leurs arguments, les juges majoritaires ont apporté certaines précisions au test *Tessling*, en puisant aux travaux de trois auteurs cités exclusivement par ces acteurs sociaux.⁵¹⁹ Par ailleurs, en tenant compte du raisonnement des autres participants et du fait que ce dossier fut plaidé et décidé en même temps que l'arrêt *Kang-Brown* (cas #5), nous allons voir que le degré d'impact des acteurs sociaux dans ce dossier ne peut être considéré au niveau « élevé » comme dans l'affaire *Tessling*.

En plus de nous montrer l'impact élevé des deux intervenantes, notre analyse de la décision rendue dans *A.M.* laisse entrevoir un début de « dialogue constitutionnel » entre la Cour et les acteurs sociaux, quant à la façon d'interpréter le test *Tessling*. Voyons tout ceci plus en détail selon notre procédure habituelle, soit en résumant ce dossier selon le modèle Cooper (Section A) et en procédant ensuite à notre analyse d'impact (Section B).

A. Résumé du dossier

Dans cette affaire, la police avait accepté une « invitation permanente et ouverte » d'un directeur d'école qui soupçonnait la présence de drogue dans son établissement.⁵²⁰ Lors de cette visite impromptue, les élèves furent rassemblés dans le gymnase de l'école et requis de déposer leurs sacs contenant leurs effets personnels le long d'un mur, aux fins d'être sentis par des chiens renifleurs. Suite à la réaction d'un chien signifiant la présence de substance illicite, un des policiers ouvrit le sac suspect, sans requérir de mandat de perquisition, et l'élève qui en

⁵¹⁸ *R. c. A.M.*, [2008] 1 R.C.S. 569 (ci-après « l'arrêt *A.M.* »).

⁵¹⁹ L'arrêt *Tessling* avait référé à une jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis discutée par l'ACLC, mais l'avait distingué des faits en l'espèce. Nous revenons sur cet aspect au cours des prochains paragraphes.

⁵²⁰ Dans le sens où le directeur avait invité les policiers à se rendre à l'école quand ils voulaient, sans avis préalable, cf. *A.M.*, préc. note 518, par. 20 et 105.

était propriétaire fut mis en arrestation et accusé de possession de marijuana et de psilocybine en vue d'en faire le trafic.

Au procès, l'élève faisant l'objet d'accusation présenta une requête afin d'exclure la preuve obtenue grâce à l'opération canine, au motif que cette technique de fouille avait violé ses droits garantis par l'art. 8 de la *Charte*. La principale question en litige concernait donc la limite des pouvoirs policiers dans la recherche de drogues illicites dans le contexte d'une école. Plus précisément, le juge était appelé à décider si l'intervention d'un chien renifleur pour sentir le sac à dos d'un élève, survenue lors d'une enquête criminelle qui n'impliquait pas un danger pour le public, constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte* et, dans l'affirmative, de statuer si cette fouille était abusive. Si la réponse à cette deuxième question était affirmative, le tribunal devait déterminer si les éléments de preuve ainsi obtenus devaient être écartés de la preuve accumulée contre l'élève accusé.

En première instance, le juge du Tribunal pour adolescents de l'Ontario donna raison à l'élève et prononça un acquittement, au motif qu'il y avait eu non pas une fouille abusive, mais bien deux, à savoir celle du chien et celle du policier ayant ouvert le sac, sans mandat de perquisition.⁵²¹ Cette décision fut maintenue de façon unanime par la Cour d'appel.⁵²² En juin 2006, la Cour suprême accueillit la demande d'autorisation d'appel déposée par le ministère public et quelques mois plus tard, elle autorisa l'ALCC, la CLA et la Canadian Foundation for Children Youth and the Law à intervenir dans le dossier.⁵²³

Dans un jugement divisé (six juges contre trois), la Cour suprême appliqua le test *Tessling* et décida que l'intervention du chien constituait une fouille au sens de la *Charte*, qu'elle était abusive et qu'il y avait lieu d'exclure la preuve obtenue en vertu de l'art. 24(2).

⁵²¹ *R. c. A.M.*, 2004 ONCJ 98.

⁵²² *R. c. A.M.*, (2006), 79 O.R. (3d) 481.

⁵²³ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 13 avril 2007, p. 540-542. À noter que la demande d'intervention de l'ALCCB fut quant à elle rejetée. Notre analyse portera sur l'implication de l'ALCC et de la CLA.

Pour en venir à cette conclusion, la majorité des juges a posé comme règle de droit que, bien que la fouille visait l'air ambiant (qui, en principe, fait partie du domaine public), son objet était véritablement de voir à travers le tissu opaque du sac à dos. Selon la Cour, cette technique avait violé la *Charte*, puisque les adolescents avaient une attente « à ce que la police ne puisse pas, en se fondant sur des conjectures, procéder au hasard à l'examen du contenu de leurs sacs à dos » et que cette attente subjective s'avérait raisonnable (ou objective) d'un point de vue social.⁵²⁴ La Cour affirma également que son opinion aurait été différente si l'existence de soupçons raisonnables avait été démontrée, étant donné que ce pouvoir d'enquête est permis par la *common law*.⁵²⁵

B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux

L'analyse de cette décision s'avère assez complexe du fait qu'elle est divisée en quatre opinions séparées et que les motifs des juges abordent plusieurs questions différentes, notamment déterminer si la technique utilisée devait être considérée comme une fouille, statuer si la fouille était abusive selon l'art. 8 de la *Charte*, décider si la preuve devait être exclue du dossier selon l'art. 24(2) et enfin, se prononcer sur la question de savoir si les fouilles et perquisitions à l'aide de chiens étaient autorisées par la *common law*. L'autre particularité de cette affaire est que l'opinion de quatre juges majoritaires (écrite par le juge Lebel⁵²⁶) précise en seulement deux paragraphes qu'elle est d'accord avec les conclusions de la juge en chef et du juge Binnie (écrite par ce dernier⁵²⁷), mais elle réfère le lecteur aux motifs rendus par les mêmes juges dans la décision *Kang-Brown* prononcée le même jour (notre cas #5). Aux fins de notre analyse, nous allons donc nous en tenir à l'opinion majoritaire écrite par

⁵²⁴ *A.M.*, préc. note 518, par. 63.

⁵²⁵ La Cour a jugé que cette question n'était pas pertinente, puisque de l'avis des juges majoritaires, il s'agissait d'une opération aléatoire.

⁵²⁶ Avec l'accord des juges Fish, Abella et Charron, *A.M.*, préc. note 518, par. 1-2.

⁵²⁷ Avec l'accord de la juge en chef, *id.*, par. 3-99.

le juge Binnie, en ajoutant quelques commentaires au sujet de l'opinion des juges dissidents.⁵²⁸

À l'instar de l'arrêt *Tessling*, le raisonnement du juge Binnie peut se diviser en trois parties :

- D'abord, par sa rhétorique constitutive, le juge a peint l'image d'une société où les citoyens bénéficient d'un droit au respect de la vie privée, peu importe à quel endroit ils se trouvent, que ce soit à l'école, au bureau, en déplacement ou en voyage. De façon corollaire, le juge a présenté sa conception d'une société qui refuse d'autoriser que des policiers aient le pouvoir de fouiller les effets personnels des gens, sans soupçons raisonnables. Tel que nous l'exposerons, l'ACLC et la CLA ont toutes deux contribué à l'élaboration de cette rhétorique constitutive.⁵²⁹
- Deuxièmement, le juge a utilisé le premier volet du test jurisprudentiel établi dans l'arrêt *Tessling* (celui de l'attente subjective du citoyen) et, compte tenu des circonstances de l'espèce, il y a apporté quelques précisions, ce qui a eu pour conséquence d'établir de nouvelles normes. La précision sur laquelle nous voulons nous étendre de façon plus spécifique est celle ayant trait à l'attente subjective en matière de droit à la vie privée dans les cas où la technique de surveillance porte sur « l'air ambiant ».⁵³⁰ Nous verrons l'impact qu'ont eu l'ACLC et la CLA sur l'élaboration de cette nouvelle norme et comment elles ont contribué à ce qui apparaît comme un début de « dialogue continu » au sujet de l'art. 8 de la *Charte*.

⁵²⁸ Trois juges ont exprimé une opinion dissidente, soit la juge Deschamps (avec l'accord du juge Rothstein, par. 100-149) et du juge Bastarache (par. 150-191).

⁵²⁹ *Id.*, par. 61-62.

⁵³⁰ *Id.*, par. 66-68.

- Troisièmement, le juge Binnie a appliqué le deuxième volet du test *Tessling* aux circonstances de l'espèce (celui de l'attente raisonnable ou objective du citoyen), ce qui l'a également amené à apporter quelques précisions quant à la façon d'interpréter la protection constitutionnelle prévue à l'art. 8 de la *Charte*. La précision qui nous intéresse plus particulièrement est celle voulant que l'attente d'un individu quant à sa vie privée ne s'applique pas seulement aux objets qu'il détient légalement, mais aussi à ceux qu'il détient illégalement.⁵³¹ En d'autres mots, utilisant l'expression voulant que la « fin ne justifie pas les moyens », la Cour a affirmé que le fait de découvrir des objets illicites ne saurait valider une fouille ou perquisition effectuée de façon abusive.⁵³² Nous verrons comment l'ACLC et la CLA ont aussi participé à cette discussion.

Voyons ces trois étapes du raisonnement du juge Binnie, en faisant des parallèles avec l'argumentaire des deux intervenantes sélectionnées.

Grâce à un outil comme la rhétorique constitutive, il devient presque fascinant de réaliser comment les juges, par une simple description introductive de leur « vision du monde » entourant les circonstances du litige, annoncent leurs couleurs à l'avance. Par exemple, écartons-nous pour l'instant de la décision majoritaire rédigée par le juge Binnie et examinons le tout premier paragraphe de l'opinion dissidente de la juge Deschamps :

« La présence de drogues dans nos écoles est un problème social très grave. Afin de permettre aux élèves et au personnel enseignant d'évoluer dans un milieu sûr et propice à l'apprentissage, la présence de drogues illicites ne peut être tolérée dans les écoles. En l'espèce, pour faire appliquer la politique de tolérance zéro en matière de drogues d'une école

⁵³¹ *Id.*, par. 69-74.

⁵³² *Id.*, p. 72.

secondaire, un chien renifleur a été utilisé pour détecter la présence de drogues dans un sac à dos laissé sans surveillance dans un gymnase vide de l'école. Même si les élèves et les parents avaient été informés de l'existence de la politique de tolérance zéro et si on avait eu recours à des chiens renifleurs dans le passé, l'intimé A.M. prétend que la preuve de la marijuana et de la psilocybine (les « champignons magiques ») qu'un chien renifleur de la police a permis de trouver dans son sac à dos devrait être écartée parce qu'elle a été obtenue de façon inconstitutionnelle. »⁵³³

C'est ainsi que, sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin dans le jugement, on peut prédire à l'avance que cette opinion rédigée par la juge Deschamps autorisera la présence de chiens renifleurs dans les écoles, pour enrayer ce « problème social très grave », pour « permettre aux élèves et au personnel enseignant d'évoluer dans un milieu sûr et propice à l'apprentissage » et finalement, pour s'assurer que la « politique de tolérance zéro » soit respectée.⁵³⁴ De façon claire, ce type de rhétorique (qui, rappelons-le, entretient des liens étroits avec la notion d'« objet d'accord » de Perelman⁵³⁵) sert de prémisse de base à l'argumentation, en faisant appel au bon sens et aux valeurs partagées par l'ensemble des citoyens. Cette technique vise également à apporter un « fondement légitime » à la justification au sens où l'entend le professeur Tremblay, puisqu'elle a recours au « raisonnable ».⁵³⁶ En effet, qui s'objecterait à ce que l'État prenne les mesures nécessaires pour diminuer les risques d'un « problème social très grave », assurer un milieu sûr et propice à l'enseignement pour les élèves et empêcher la présence de « champignons magiques » dans les écoles?

⁵³³ *Id.*, par. 100.

⁵³⁴ Cette expression de « politique de tolérance zéro » est un autre exemple de la technique dite du « slogan », qui consiste à se servir d'une maxime « concise et facile à retenir » dont le rôle est « essentiellement celui d'imposer, par leur forme, certaines idées à notre attention », PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 225. À noter que la juge Deschamps a utilisé cette expression à quatorze reprises dans son opinion.

⁵³⁵ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 87-89 et section C.1 et C.3 de notre introduction.

⁵³⁶ *Id.* p. 81; voir aussi L.B. TREMBLAY, *Fondement rationnel*, préc. note 93, p. 81 et L.B. TREMBLAY, *Fondement légitime*, préc. note 96, p. 286.

Comme elle agit en toile de fond du raisonnement, la rhétorique constitutive apparaît généralement dans les premiers paragraphes de la décision, mais on constate aussi qu'elle peut s'insérer plus loin dans le jugement. Pour illustrer cet aspect, citons un autre passage de l'opinion dissidente qui constitue un autre bel exemple de rhétorique constitutive servant à présenter une vision du monde:

« Les écoles sont des lieux d'enseignement, mais cet enseignement permettra-t-il aux élèves d'améliorer leur sort et celui de notre société libre et démocratique, ou les écoles deviendront-elles des endroits où les élèves se retrouveront pris au piège de la drogue, des gangs, de la violence et d'autres comportements antisociaux? Il est crucial de reconnaître que l'on ne peut pas raisonnablement dissocier le phénomène des drogues à l'école du problème de la violence physique qui va de pair avec le trafic, l'achat et la consommation de drogues. Notre droit criminel, les lois sur l'éducation et les politiques des conseils scolaires reconnaissent que les élèves sont particulièrement vulnérables aux dangers des drogues illicites, des dangers immédiats si directs et si graves qu'on ne saurait les dissocier des risques que représentent, par exemple, les armes pour la société. Introduire les drogues à l'école équivaut à introduire une substance toxique dans un milieu par ailleurs sécuritaire. Les drogues ne sont pas seulement littéralement et directement toxiques, elles sont également indirectement toxiques si l'on considère le mal et la violence qui vont de pair avec la production, le trafic et la consommation des drogues. Comme ces drogues sont faciles à dissimuler et que, souvent, elles ne dégagent aucune odeur susceptible d'être détectée par l'odorat humain, les autorités scolaires sont tout à fait impuissantes à lutter contre la possession et le trafic de drogues dans ces établissements d'enseignement sans l'aide de policiers et de chiens renifleurs bien dressés.»⁵³⁷

À partir de ces deux exemples contenus à l'opinion dissidente, on ne sera évidemment pas surpris de constater que, même si les conclusions des juges majoritaires se sont avérées diamétralement opposées, ceux-ci se sont tout autant servi de la rhétorique constitutive pour tisser une toile de fond à leur propre argumentation, en puisant également au bon sens et aux valeurs prétendument partagées par la société. Ainsi, sans nier le danger causé par la présence

⁵³⁷ *A.M.*, préc. note 518, par. 146.

de drogue dans les écoles, le juge Binnie a plutôt axé sa vision du monde sur trois aspects qui font également appel à nos valeurs sociales.

Le premier aspect de la rhétorique constitutive du juge Binnie fut orienté sur la nécessité d'éviter qu'une technique policière intrusive et envahissante puisse être autorisée dans des situations qui ne le justifiaient pas. Sa rhétorique constitutive visait donc à peindre un « univers social » qui n'est pas si simple à définir, dans la mesure où la police ne saurait avoir le droit de procéder à des fouilles, perquisitions et saisies aléatoires, lorsque la sécurité publique n'est pas en jeu :

« Dans le présent pourvoi, la Cour doit décider si le fait, pour un chien renifleur, de « flairer » le sac à dos d'un élève constitue une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, elle doit déterminer les circonstances dans lesquelles les policiers peuvent avoir recours à des chiens renifleurs pour effectuer une fouille dans une école à la recherche de drogues illicites. Il s'agit en l'espèce d'une simple enquête criminelle qui ne met pas en cause la présence d'explosifs, d'armes à feu ou d'autres questions de sécurité publique dans les écoles.

L'article 8 s'est avéré l'une des dispositions de la *Charte* les plus difficiles à saisir malgré l'apparente simplicité de son libellé (...)

(...)

Hors de tout contexte pertinent, il n'est guère utile pour trancher les questions soulevées devant nous de s'attarder sur les différences entre le museau d'un chien et une caméra à infrarouge, ou de faire des généralisations au sujet des « émanations ». Il faut plutôt établir un juste équilibre entre le besoin de l'État d'effectuer des fouilles ou des perquisitions (que celles-ci soient nécessaires aux fins de la sécurité publique, d'une simple enquête criminelle ou d'un autre intérêt public) et l'atteinte à la vie privée que la fouille ou la perquisition comporte, notamment l'embarras et le préjudice pouvant être causés aux citoyens respectueux des lois, que ce soit lors de déplacements (comme dans *Kang-*

Brown), à l'école (comme en l'espèce) ou dans la paix et la tranquillité de leur foyer. »⁵³⁸

Deuxièmement, un peu plus loin dans sa décision, le juge a utilisé deux techniques perelmaniennes dont nous avons parlé dans l'étude de l'arrêt *Caron* (cas #1) qui consistent à prétendre qu'un état de choses est préférable du fait qu'il s'insère de façon cohérente dans un ensemble déjà en place (technique dite de « l'inclusion de la partie dans le tout ») et, à l'inverse, de soutenir qu'un argument se justifie du fait qu'il solidifie ou consolide l'ensemble déjà en place en lui ajoutant une partie (celle-ci dite de la « division du tout en ses parties »).⁵³⁹ Appliquant ces deux techniques aux élèves vivant dans une société démocratique, la rhétorique constitutive du juge s'est présentée ainsi :

« Premièrement, il faut reconnaître le type de société dans laquelle les Canadiens ont choisi de vivre en adoptant la *Charte*. « L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique » (*R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428). Les élèves ne méritent pas moins que les adultes de bénéficier d'une protection constitutionnelle, malgré leur âge, leur vulnérabilité et leur présence dans un milieu scolaire, des facteurs qui font partie de « l'ensemble des circonstances ».⁵⁴⁰

Troisièmement, se servant de scènes de la vie quotidienne, le juge a transposé cette image des citoyens ayant le droit de vivre « dans la paix et la tranquillité de leur foyer » à celle de tout homme ou femme d'affaires transportant ses effets personnels dans un autobus ou un ascenseur d'une tour à bureaux :

« Comme les serviettes, les sacs à main et les valises, les sacs à dos contiennent beaucoup d'effets personnels; c'est notamment le cas pour les personnes qui, en raison de leur style de vie, ont à effectuer de nombreux déplacements pendant la journée, par exemple les élèves et les voyageurs. Il

⁵³⁸ *Id.*, par. 3-6 (c'est nous qui soulignons).

⁵³⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 311-325.

⁵⁴⁰ *A.M.*, préc. note 518, par. 35.

n’y a aucun doute que les hommes et les femmes d’affaires ordinaires qui utilisent les transports en commun ou les ascenseurs des tours à bureaux seraient outrés si on laissait entendre que la police pourrait inspecter au hasard le contenu de leurs serviettes même en l’absence de « soupçons raisonnables » qu’un acte illégal est commis. En raison du rôle qu’ils jouent dans la vie des élèves, les sacs à dos exigent *objectivement* une certaine mesure de respect de la vie privée. »⁵⁴¹

Ce genre de rhétorique constitutive liée au sens commun utilisée par le juge Binnie était aussi présent dans l’argumentation de l’ACLC. En effet, l’intervenante a également brossé le portrait d’un univers social devant être exempt de fouille, perquisition et saisie aléatoire, en s’en prenant particulièrement à l’argument du ministère public voulant que ce n’était pas l’État qui surveillait l’élève, mais le chien :

« (...) Students do not waive their Charter rights when they cross their school’s threshold. Although some school officials have some power to search students and their possessions without a warrant, there must be reasonable grounds for any such search. Random and arbitrary detention and/or searches are not permissible.

(...)

The Crown seeks to avoid this common sense conclusion by artificially framing the issue to be whether the dog was engaged in a “search” at the precise moment it sniffed the backpack and detected the odour of narcotics “in the air”.⁵⁴² With respect, dogs do not “search”. Dogs assist the police powers and in particular the power to search and seize. At all material times it is *the police* who search, as an incident of their police power, through the instrumentality of the dog they have trained for that sole purpose.

The common sense reality is that the specially trained police dog is, for the purposes of this appeal, the direct extension of its handler. It is a necessary, direct, and indivisible part of a larger police search. The real focus of the *Charter* analysis is not the metaphysics of the dog sniff, the very last link in

⁵⁴¹ *Id.*, par. 62.

⁵⁴² Pour comprendre ce qui suit, il faut préciser que, selon la version du ministère public, le chien n’avait pas fouillé le sac à dos, puisqu’il avait plutôt reniflé l’air ambiant, ce qui avait provoqué des soupçons raisonnables chez les policiers et les avaient poussés à vérifier le contenu des sacs.

the chain, but the question of what the police were doing in the school in the first place and how they came to apply their dog's snout to the backpacks of the students who had been confined to their classrooms.»⁵⁴³

En outre, utilisant le même genre de rhétorique constitutive que celle du juge Binnie, l'ACLC a également décrit, de façon générale, les dangers de vivre dans une société hypersurveillée par l'État, en offrant l'image que les sacs à dos devaient être assimilés à un genre de « bureau ambulante » et que leur contenu devait être traité de la même façon que les effets personnels situés dans une chambre à coucher. Cette image a été reprise textuellement par la Cour (en mentionnant spécifiquement que l'ACLC avait plaidé cet argument⁵⁴⁴), ce qui constitue un indicateur d'impact clair, selon notre Tableau 15.

Quant à la CLA, on constate le même genre de rhétorique constitutive dans son mémoire, alors qu'elle décrit également le spectre d'une société surveillée par l'État de façon abusive, comme dans ces extraits, tous deux tirés de ce mémoire:

«... [I]f ... there are no privacy implications to a dog sniff, it would follow that there are no public places which the police cannot attend with investigative dogs. This would include the workplace, places of worship, schools, shopping centres, athletic facilities, concert halls, and so forth. Such a finding would implicitly authorize police officers to randomly patrol public spaces with highly trained dogs in the absence of articulable cause, permitting the state to intercept a wide range of personal information. In the CLA's view, the dictates of the ordered liberty of Canadian society do not require or permit such intrusive policing. »⁵⁴⁵

«Because of the association between state agents, the use of dogs, and cruel and inhumane treatment, it would be wrong to give state actors a blank cheque to employ dogs as an instrument of investigation without restriction. A failure to impose restrictions on the police use of dogs would ignore the cultural associations, subjective experiences, and enormously intimidating

⁵⁴³ Mémoire de l'ACLC, par. 5, 7 et 8 (les italiques sont de la Cour).

⁵⁴⁴ *A.M.*, préc. note 518, par. 29; mémoire de l'ACLC, par. 48.

⁵⁴⁵ Mémoire de la CLA, par. 22.

effect that dogs in the hands of law enforcement may have for many members of society.»⁵⁴⁶

Cette symétrie entre les rhétoriques constitutives de l'opinion majoritaire et des mémoires des intervenantes étant constatée, elle ne permet évidemment pas de conclure, à elle seule, à un degré d'impact élevé de l'ACLC et de la CLA dans ce dossier. D'abord parce que, tel que mentionné dans les explications de notre Tableau 15, elle ne constitue qu'un des éléments parmi d'autres. En outre, comme nous en avons également parlé, l'évaluation du niveau d'impact des intervenants doit toujours être faite en fonction de l'argumentaire des autres participants. À cet égard, au-delà de la rhétorique constitutive, il ne fait pas de doute qu'il faut se pencher plus particulièrement sur la contribution des intervenants à l'élaboration des règles de droit, ce qui, disons-le, est l'objectif premier de leur implication. Poursuivons donc notre analyse de la collaboration de l'ACLC et de la CLA dans l'interprétation de l'art. 8 de la *Charte*, en fonction de cette perspective.

Tout d'abord, il va de soi que la Cour suprême a amorcé sa discussion quant au respect de la vie privée des élèves à partir du test jurisprudentiel qu'elle avait elle-même élaboré dans l'arrêt *Tessling* décidé quatre années plus tôt. Comme nous l'avons vu, ce test se divise en deux étapes, puisque le juge doit d'abord se demander si la personne visée par la fouille, perquisition ou saisie avait une attente subjective quant à sa vie privée. Si cette première question est répondue négativement, il n'est pas nécessaire d'aller plus loin, puisque la protection de l'art. 8 de la *Charte* ne s'applique tout simplement pas. En revanche, s'il s'avère que la personne avait une attente subjective (réelle ou présumée, puisqu'il s'agit d'un test normatif et non descriptif), le juge doit se demander si cette attente était raisonnable (ou objective), compte tenu des circonstances de l'espèce.

⁵⁴⁶ *Id.*, par. 29.

Au niveau de l'évaluation de l'attente subjective, deux obstacles se dressaient devant l'élève qui était accusé. Le premier était que, selon la version du ministère public, le chien n'avait pas fouillé son sac à dos, puisqu'il avait plutôt reniflé l'air ambiant, ce qui avait provoqué des soupçons raisonnables chez les policiers et poussé à vérifier le contenu de ces sacs. Le deuxième obstacle auquel l'élève faisait face était de savoir s'il pouvait prétendre que son droit au respect de sa vie privée s'appliquait à des objets qu'il détenait de façon illégale, à savoir des drogues illicites.

Pour soutenir ces deux prétentions, le ministère public n'a pas manqué de souligner que, dans *Tessling*, la Cour suprême avait décidé que la méthode FLIR était constitutionnelle, puisqu'elle n'avait pas révélé d'information précise au sujet des activités de l'accusé et que l'émanation de chaleur n'avait en elle-même « aucune signification ». ⁵⁴⁷ En d'autres mots, pour le procureur général, la technique de surveillance dans *A.M.* devait être traitée de la même façon que dans *Tessling*, puisque le chien renifleur ne révélait pas le contenu du sac à dos et ne faisait qu'hummer l'air ambiant, lequel est du domaine public. ⁵⁴⁸ Aux yeux des représentants de l'État, l'élève ne pouvait donc avoir une attente quant au respect de sa vie privée, étant donné que ce droit ne pouvait couvrir « la couche d'air entourant les sacs à dos ». ⁵⁴⁹

Le juge Binnie a rejeté cet argument du ministère public, en se fondant principalement sur l'arrêt *Kyllo* rendu en 2001 par la Cour suprême des États-Unis. ⁵⁵⁰ À cet égard, ce qui est particulièrement intéressant pour les fins qui nous concernent est de constater que la Cour a disposé de cette question d'une façon qui s'apparente à une forme de « dialogue constitutionnel » amorcé quatre années plus tôt par l'ACLC dans l'arrêt *Tessling*. Dans son mémoire, l'intervenante s'était alors servie de cet arrêt dans les termes suivants :

⁵⁴⁷ *Tessling*, préc. note 481, par. 58 (la Cour avait souligné).

⁵⁴⁸ *A.M.*, préc. note 518, par. 56.

⁵⁴⁹ *Id.*, par. 64.

⁵⁵⁰ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

«In *Kyllo v. United States*, the United States Supreme Court held that the use of FLIR technology to detect heat emanating from a private home without a warrant is an unlawful search and a violation of the Fourth Amendment.

The Court recognized that it is foolish to assert that the degree of privacy of individuals has been entirely unaffected by the advancement of technology. There is a minimum reasonable expectation of privacy that exists with respect of the interior of homes. The state use of sense-enhancing technology to gather information regarding the interior of the home, which could not otherwise have been obtained without physical intrusion into a constitutionally protected area, erodes this minimum expectation of privacy and constitutes a search.

Like the Appellant, the dissent in *Kyllo* was comforted by what is, in the CCLA's respectful submission, a false distinction between "off-the-wall" and "through-the-wall" surveillance. The majority of that Court noted that, if one can legitimately claim that: "a thermal imager captures only heat emanating from a house, so also a powerful directional microphone picks up only sound emanating from a house". The majority rejects such an approach, in part, on the basis that its adoption would undermine the constitutional requirement that the authorities must obtain warrants in order to wiretap conversations in a residence.»⁵⁵¹

Même si la Cour suprême des États-Unis avait déclaré dans cet arrêt *Kyllo* que la technique de surveillance FLIR violait le Quatrième Amendement de la constitution américaine, cette partie de l'argumentation de l'ACLC n'avait pas convaincu la cour canadienne dans l'affaire *Tessling*, parce que cette dernière avait conclu que les informations révélées par la technique FLIR (telle qu'elle existait au jour de cette opération de surveillance) n'avaient pas eu un caractère déterminant dans les circonstances. La Cour avait alors refusé d'appliquer intégralement la notion d'«inviolabilité du foyer » proposée par l'arrêt *Kyllo* dans ce long extrait qui vaut la peine d'être cité au long :

« Dans l'arrêt *Kyllo c. United States*, 553 U.S. 27 (2001), la Cour suprême des États-Unis s'est fortement appuyée sur [TRADUCTION]

⁵⁵¹ Mémoire de l'ACLC (dossier *Tessling*), par. 28-30.

« l'inviolabilité du foyer » (p. 37) pour déclarer inconstitutionnel le recours à la technique FLIR afin d'obtenir des images de l'extérieur d'une maison. Nous n'allons pas aussi loin. Le fait que l'image obtenue par la technique FLIR ait montré la résidence de l'intimé constitue certes un facteur important, mais il n'est pas déterminant; il importe de l'examiner en contexte et en particulier, dans la présente affaire, en relation avec la nature et la qualité de l'information à laquelle la police avait accès grâce à la technique FLIR.

(...)

L'intimé [Monsieur Tessling] s'oppose bien sûr à cette forme de surveillance de sa résidence par l'État. Il signale que si l'on accepte l'argument du ministère public selon lequel le recours à la technique FLIR en l'espèce ne constitue pas une perquisition visée à l'art. 8, on permet à la police de prendre quand elle le veut et sans autorisation judiciaire préalable des « images thermiques » de résidences et d'autres locaux d'habitation en ciblant qui elle veut. C'est vrai, mais je suis d'accord avec le juge Stevens qui dit ce qui suit au nom des juges dissidents dans *Kyllo*, à la p. 45 :

[TRADUCTION] ... les mandataires de l'État ne doivent pas s'empêcher de détecter, par leurs sens ou à l'aide d'appareils, des émissions dans le domaine public comme de la chaleur excessive, des traces de fumée, des odeurs suspectes, des gaz inodores, des particules en suspension dans l'air ou des émissions radioactives, qui pourraient révéler des dangers pour la collectivité.

La juge Abella, au par. 63 de ses motifs, a exprimé des craintes justifiées au sujet du progrès de la technologie de surveillance :

[TRADUCTION] À mon avis, il existe une distinction importante entre les observations à l'œil nu, ou même à l'aide d'accessoires d'amplification comme des jumelles, qui sont d'usage courant, et les observations qui sont le produit de moyens technologiques.

Cet élément a également joué un rôle important dans l'arrêt *Kyllo* de la Cour suprême des États-Unis, où le juge Scalia a conclu au nom des juges majoritaires (p. 40) :

[TRADUCTION] Lorsque, comme en l'espèce, le gouvernement a recours à un dispositif auquel le public n'a pas généralement accès pour scruter, relativement à une résidence, des détails dont il aurait auparavant été impossible de prendre connaissance sans intrusion physique, la surveillance est une « perquisition », et elle est présumée abusive si elle a été effectuée sans mandat. [Je souligne]

Le juge Scalia n'a pas précisé ce qu'il entendait par « un dispositif auquel le public n'a pas généralement accès », et les juges dissidents ont indiqué qu'une telle norme n'était pas applicable (*Kyllo*, précité, p. 47). Selon la preuve produite en l'espèce, l'imagerie FLIR *ne* révèle *pas* « des détails relativement à une résidence » comme nous l'avons vu. Les termes « technique » ou « dispositif auquel le public n'a pas généralement accès » (ou les mots « accessoires d'amplification [. . .] qui sont d'usage courant » employés par la juge Abella au par. 63) sont vagues et englobent beaucoup de choses. Il faut supposer que l'argument est le suivant : si un aspect de notre vie est déjà exposé à une surveillance par des moyens « techniques » facilement accessibles, comme des jumelles, nous *ne* pouvons *plus* avoir à cet égard d'attente raisonnable en matière de vie privée. C'est peut-être le cas, mais quel critère permet de dire s'il s'agit d'un dispositif « auquel le public a généralement accès »? À mon avis, la question n'est pas de savoir si la technique FLIR permet à la police d'entrer dans la maison, ce qui n'est pas le cas, ni si le *public* a généralement accès au FLIR (ce n'est pas le cas), mais plutôt quelles sont la nature et la qualité de l'information que la police peut obtenir au sujet des activités qui se déroulent dans la maison. Selon la preuve, une image FLIR montrant des émanations de chaleur n'a en elle-même, comme la juge Abella l'a reconnu, « aucune signification ». C'est là le point essentiel. »⁵⁵²

Or, ce qui est intéressant de constater est que cette discussion par rapport à l'arrêt *Kyllo* a refait surface dans le dossier *A.M.* Autrement dit, tout n'avait pas été dit (ou écrit) par rapport aux paramètres de cet arrêt et le dialogue amorcé dans l'arrêt *Tessling* s'est poursuivi dans le dossier *A.M.*

Bien sûr, cet arrêt *Kyllo* a encore été invoqué par les acteurs sociaux⁵⁵³, mais c'est surtout les procureurs généraux (le procureur général du Canada qui agissait comme appelant ainsi que les procureurs généraux des provinces étant intervenus au dossier) qui ont tenté de s'en servir, en citant un extrait de l'opinion des juges dissidents (puisque c'est cette partie de

⁵⁵² *Tessling*, préc. note 481, par. 45, 51 et 56-58 (les italiques et soulignés sont de la Cour). Le juge Binnie avait également refusé de suivre l'arrêt *Kyllo*, parce que le juge Scalia de la Cour suprême des États-Unis n'avait pas fait de distinction entre les divers types de renseignements contenus dans la résidence, ce qui, toujours de l'avis du juge Binnie, apparaissait comme une interprétation « originaliste » du Quatrième amendement de la Constitution américaine, *id.*, par. 61.

⁵⁵³ Mémoire de la CLA, par. 14.

la décision de la Cour suprême des États-Unis qui avait été retenue par le juge Binnie dans l'arrêt *Tessling*). Essentiellement, les représentants de l'État s'appuyaient sur la dissidence dans *Kyllo* pour soutenir que le droit à la vie privée ne s'étendait à l'air ambiant. La Cour résume cette prétention des procureurs généraux dans les termes suivants :

« Pour étayer leur argument selon lequel l'art. 8 de la *Charte* ne s'applique pas parce que tous ont accès aux [TRADUCTION] « émissions dans le domaine public », les procureurs généraux ont fait allusion aux motifs dissidents rendus dans *Kyllo c. United States*, 533 U.S. 27 (2001), cité dans *Tessling*, par. 51 :

[TRADUCTION] . . . les mandataires de l'État ne doivent pas s'empêcher de détecter, par leurs sens ou à l'aide d'appareils, des émissions dans le domaine public comme de la chaleur excessive, des traces de fumée, des odeurs suspectes, des gaz inodores, des particules en suspension dans l'air ou des émissions radioactives, qui pourraient révéler des dangers pour la collectivité [p. 45].⁵⁵⁴

Or, dans la même logique que la rhétorique constitutive utilisée au début de sa décision, le juge Binnie a fait remarquer que, contrairement à l'affaire *Kyllo*, les circonstances en l'espèce n'impliquaient pas de danger pour le public :

« Il est clairement question, dans ce passage fréquemment cité de *Kyllo*, de situations où il existe un danger immédiat pour le public et non de simples enquêtes criminelles. Il s'agit toutefois dans le présent pourvoi d'une simple enquête criminelle et non d'un danger pour le public. De plus, on n'a pas demandé aux policiers de « s'empêcher de détecter par leurs sens ». La question dont nous sommes saisis concerne les circonstances dans lesquelles la police peut commencer une enquête en utilisant des chiens renifleurs. »⁵⁵⁵

Mais de façon encore plus significative, le juge Binnie a profité de cette discussion pour spécifier que ce serait une erreur d'appliquer le concept d'air ambiant de *Tessling* à la technique des chiens renifleurs, parce que cette opération ressemblait davantage à une

⁵⁵⁴ *A.M.*, préc. note 518, par. 43.

⁵⁵⁵ *Id.*

opération permettant de voir « à travers les murs », ce qui était une des conclusions de l'arrêt *Kyllo*. Autrement dit, contrairement à ce qui était arrivé dans l'affaire *Tessling*, l'opinion majoritaire de l'arrêt *Kyllo* a (cette fois) été jugée préférable :

« Je ne pense pas que l'arrêt *Tessling* soit très utile au ministère public en l'espèce. Comme dans *Tessling*, il s'agit dans la présente affaire d'émanations provenant d'un objet exposé à la vue du public et un humain ne peut les détecter avec ses seuls sens. Toutefois, contrairement à *Tessling*, l'information fournie par un chien renifleur dressé pour réagir à la présence de drogues contrôlées est complètement différente de celle que transmet une image FLIR en ce qu'elle permet très certainement de tirer des inférences au sujet du contenu précis de la source qui intéresse la police. (...) Ce n'est toutefois pas l'air ambiant de l'espace public que flaire le chien, mais ce qui est dissimulé dans un sac à dos. Suivant le jargon employé dans *Kyllo* (p. 46), le chien qui détecte une odeur est assimilable à une technique permettant de voir « à travers les murs », alors que dans *Tessling*, notre Cour a statué que la technologie FLIR pouvait simplement indiquer « que certaines activités à l'intérieur de la maison génèrent de la chaleur. (...) »

En l'espèce, les tiers ignoraient quel secret coupable contenait le sac à dos de l'accusé. Il s'agissait d'une information précise et significative, destinée à être tenue secrète, et dissimulée dans un espace fermé à l'égard duquel l'accusé avait une attente permanente en matière de vie privée. En se servant du chien, le policier a pu « voir » à travers le tissu opaque du sac à dos. »⁵⁵⁶

En somme, ce que nous voulons souligner par ces extraits est que l'argumentaire amorcé dans *Tessling* à propos de la notion d'air ambiant et de l'arrêt *Kyllo* s'est poursuivi dans l'affaire *A.M.* et, qu'à cet égard, on remarque l'ACLC et la CLA y ont participé activement, tel qu'en témoignent ces extraits tirés de leurs mémoires :

« (...) Section 8 analyses are highly contextual; the result in *Tessling* was restricted to the specific factual attributes of FLIR technology as it then existed. It should not be applied as if it authorized the use of any equipment to detect any emission in any public place. »⁵⁵⁷

⁵⁵⁶ *Id.*, par. 41.

⁵⁵⁷ Mémoire de la CLA, par. 4.

« (...) *Tessling* does not stand for the principle that individuals have no privacy interest in emissions from private to public;

By comparison to the FLIR technology assessed in *Tessling*, the dog sniff is far more intrusive because of the precision and accuracy of the sniff and the proximity of the dog to the person being investigated;

Individuals have a reasonable expectation of privacy in their emissions because of the highly intimate, unique information this data conveys about personal and lifestyle choices.»⁵⁵⁸

«With respect, the characterization of the transaction that led to this appeal as a dog “sniffing the air” defies common sense and strains credulity.

As the police officers explained at trial, the only reason they went to St. Patrick’s was to conduct a “random search” for drugs. They brought with them a dog which they had specially trained to make their search more effective. This conduct was unlawful quite apart from whether, at the very end of the piece, the dog’s biological act of sniffing the bag amounted to a “search”.

However, even if this Court were to accept the Crown’s invitation to scrutinize only the act by the dog of “sniffing”, in isolation from the broader police conduct, it would still follow that the police were conducting an “olfactory search” of the bag. The dog’s seminal sniff and subsequent signal was the end product of specialized police training and specialized police handling in an environment controlled and secured by way of a large scale arbitrary detention. (...)»⁵⁵⁹

En outre, pour montrer l’influence de la CLA quant à cet aspect relié aux techniques d’enquête visant l’air ambiant, on peut souligner que la Cour s’est servie de deux auteurs cités par cette intervenante pour appuyer sa position quant à l’attente raisonnable du citoyen à la protection de sa vie privée.⁵⁶⁰ La Cour a également utilisé un troisième article cité par la CLA

⁵⁵⁸ Mémoire de la CLA, par. 41 (le souligné est de la CLA).

⁵⁵⁹ Mémoire de l’ACLC, par. 38-40.

⁵⁶⁰ Voir la décision aux par. 40, 54 et 68 et le mémoire de CLA aux par. 15 et 19. Les auteurs cités par la CLA dont la Cour s’est servie sont Renée POMERANCE, « Shedding Light on the Nature of Heat: Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling* », (2005) 23 C.R. (6th) 229 et Steve COUGHLAN, « Privacy Goes to the Dogs », (2006) 40 C.R. (6th) 31.

pour traiter de la portée intrusive des techniques de surveillance.⁵⁶¹ Puisque ces auteurs n'étaient cités par aucune autre partie impliquée au dossier, ces références explicites par la Cour constituent des indicateurs d'impact additionnel permettant de conclure que la CLA a joué un rôle décisif joué dans cette décision.

Un autre élément démontrant un certain impact des acteurs sociaux se retrouve dans le troisième segment de l'arrêt *A.M.*, lequel consistait à évaluer si l'attente subjective de l'élève était raisonnable, d'un point de vue social. Pour répondre à cette question, la Cour s'est plus particulièrement attardée à la prétention du ministère public voulant qu'une personne ne puisse avoir une attente raisonnable en matière de vie privée sur un objet ou article détenu illégalement. Puisque cet aspect n'avait pas été plaidé dans l'affaire *Tessling*, il fallait donc apporter une précision quant à cet aspect touchant le deuxième critère du test.

Selon la Cour, cet argument du ministère ne pouvait tenir, notamment du fait que

« [C]et argument comporte un glissement de sens en vertu duquel l'« attente raisonnable » en matière de vie privée se transforme en attente « légitime » en matière de vie privée. »⁵⁶²

« Glissement de sens » puisque, selon le juge Binnie, la question véritable posée par le deuxième critère du test *Tessling* n'était pas de se demander si les personnes commettant des illégalités dans un endroit privé pouvaient s'attendre à la protection de la *Charte*, mais, de façon plus générale, de se questionner sur l'endroit où la fouille avait lieu et à propos des répercussions éventuelles sur la personne visée.⁵⁶³ Se servant notamment de l'arrêt *Wong*

⁵⁶¹ *A.M.*, préc. note 518, par. 40, mémoire de la CLA, par. 19. Les auteurs cités sont Ian KERR et Jena MCGILL, « Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy », (2007) 52 *Crim. L.Q.* 392.

⁵⁶² *A.M.*, préc. note 518, par. 69.

⁵⁶³ *Id.*, par. 70-71.

rendu par la Cour en 1990 (cité par les deux intervenantes⁵⁶⁴), la Cour a disposé de la question dans les termes suivants :

« (...) La découverte après coup d'articles interdits ne devrait pas excuser une fouille effectuée en l'absence de tout soupçon. La fin ne justifie pas les moyens. Le recours non réglementé à des chiens renifleurs suscite le problème très réel des faux positifs, c'est-à-dire ces cas où la réaction d'un chien s'avère erronée ou est mal interprétée par le maître-chien et cause des inconvénients et de l'embarras au citoyen respectueux de la loi.

Par conséquent, je ne puis accepter l'argument du ministère public selon lequel le droit raisonnable de A.M. au respect de sa vie privée en ce qui concerne son sac à dos ne s'appliquait qu'aux articles permis qui s'y trouvaient et excluait tous les articles interdits. Au contraire, je crois que A.M. serait resté indifférent si les policiers avaient trouvé dans son sac une pomme polie pour son enseignant. Il s'inquiétait beaucoup plus de la découverte de drogues illicites. (...) »⁵⁶⁵

Ces trois extraits tirés des mémoires de l'ACLC et de la CLA attestent que la position adoptée par la Cour quant à l'évaluation de la raisonnable de l'attente du citoyen quant à sa vie privée a essentiellement suivi celle que préconisaient les intervenantes :

«The question of whether a reasonable expectation of privacy exists must be framed in broad and neutral terms: do high school students have a reasonable expectation of privacy in their personal effects, and in particular their backpacks? This question must be answered in light of all the circumstances and cannot be made to depend on an *ex post facto* assessment of whether or not those persons were engaged in illegal activities.»⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ *R.c. Wong*, [1990] 3 R.C.S 36; mémoire de la CLA, par. 34-35 et mémoire de l'ACLC, par. 51 et 75.

⁵⁶⁵ *A.M.*, préc. note 518, par. 72-73.

⁵⁶⁶ Mémoire de l'ACLC, par. 51. Quant à l'ACLC, il est également intéressant de constater qu'elle était également intervenue dans le dossier de la Cour d'appel de l'Ontario et que la décision avait cité intégralement un passage de son mémoire qui disait ceci : « There are no contextual factors that diminish students' legitimate expectation of privacy, dignity, and autonomy in their backpacks. Students' expectation of privacy in their backpacks is objectively reasonable. Backpacks are not searched in the normal course of a school day, nor do students come to school expecting that their backpacks will be searched. The students did not consent to their backpacks being searched on November 7, 2002 and the Principal certainly could not consent on their behalf. » cf. *R. v. A.M.* préc. note 518, par. 50.

«(...) [S]uch a determination does not depend on an *ex post facto* assessment of whether or not the persons subjected to the search were engaged in illegal activities.»⁵⁶⁷

«The question at issue in these appeals, therefore, is not whether drug traffickers have a reasonable expectation of privacy, or whether drugs can be considered to be “inherently private”, but whether people traveling on buses or students attending school have a reasonable expectation of privacy from the inspection of their personal effects by state agents.(...)»⁵⁶⁸

En conclusion de cette analyse de l'arrêt *A.M.*, nous retiendrons que les intervenantes ACLC et CLA ont eu un certain impact sur les normes établies dans cette décision, pour quatre raisons :

- La symétrie entre leur rhétorique constitutive et celle de la Cour suprême ;
- Leur contribution à la discussion relative aux techniques de surveillance qui impliquent l'air ambiant, laquelle nuancait le test établi dans *Tessling*, en apportant la précision qu'il fallait tenir compte des inférences pouvant être tirées des informations obtenues par une fouille qui, à première vue, semble être du domaine public;
- Leur apport à l'autre précision apportée au test *Tessling* à l'effet qu'une personne pouvait avoir une attente raisonnable en matière de vie privée, même pour les objets ou articles qu'elle détenait illégalement;
- Le fait que la Cour a référé explicitement à l'ACLC dans sa décision⁵⁶⁹ ainsi qu'à trois auteurs cités par la CLA.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ Mémoire de la CLA, par. 34.

⁵⁶⁸ *Id.* par. 35.

⁵⁶⁹ *A.M.*, préc. note 518, par. 29.

Par contre, comme nous l'avons mentionné dans la description des critères du Tableau 15, le degré d'impact d'un acteur social doit toujours être évalué en fonction de la participation des parties directement impliquées et des circonstances propres à chaque espèce. Or, dans ce cas, on constate qu'une partie de l'argumentaire de la discussion quant à la fouille de « l'air ambiant » avait déjà été déployée devant les instances inférieures, même si cette question n'avait pas été traitée aussi en profondeur. En outre, notre évaluation de l'influence de l'ACLC et de la CLA dans ce dossier *A.M.* doit également tenir compte qu'il a été plaidé et décidé en même temps que le dossier *Kang-Brown* (le prochain cas étudié) et que, dans cette dernière affaire, la partie directement impliquée avait présenté un mémoire assez élaboré sur les arguments dont nous venons de parler. Pour ces raisons, malgré les aspects distinctifs de leurs argumentaires discutés plus haut, nous en sommes venus à la conclusion que le niveau d'impact attribué dans ce dossier *A.M.* ne peut être qualifié d'« élevé », mais de « significatif ».

Au-delà de cet impact, nous avons vu que ce dossier *A.M.* a fourni l'occasion de poursuivre un certain « dialogue » amorcé dans l'arrêt *Tessling*, auquel les intervenantes ont participé. Nous reviendrons sur cet aspect un peu plus loin. Pour l'instant, soulignons cet extrait, dans lequel le juge Binnie confirme que cet arrêt *A.M.* ne saurait fournir toutes les réponses concernant la protection des renseignements et que la discussion se poursuivra dans l'avenir. Cet énoncé de la Cour est d'autant plus intéressant qu'il réfère aux intervenantes :

« Certains des intervenants ont présenté la décision sur la question des chiens renifleurs en l'espèce comme étant cruciale pour l'avenir du droit à la vie privée en ce qui concerne les renseignements personnels. (...) Dans le présent appel, cependant, il n'est pas question de planifier l'avenir de la protection des renseignements personnels plus que ne l'ont fait les arrêts *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, ou *Tessling*. En raison même de l'évolution

⁵⁷⁰ *Id.*, par. 40, 54 et 68.

rapide de ce domaine, les tribunaux devront revenir encore et encore aux principes fondamentaux afin de tracer la limite de ce qui est raisonnable. »⁵⁷¹

Effectivement, nous verrons plus loin que, tel que prévu par la Cour, certains arrêts rendus suite à l'arrêt *A.M.* ont servi à développer cette discussion relative à l'art. 8 de la *Charte* et que certains acteurs sociaux y ont participé.

⁵⁷¹ *Id.*, par. 39.

Cas #5: R. c. Kang-Brown (2008)

Concomitamment à l'arrêt *A.M.*, la Cour s'est penchée sur l'affaire *R. c. Kang-Brown*⁵⁷², dans laquelle on lui demandait également de décider si l'utilisation d'un chien renifleur par les policiers constituait une fouille abusive en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Cette fois, au lieu d'une école secondaire, l'opération en cause avait été effectuée dans le cadre d'un programme entrepris par la Gendarmerie royale du Canada à l'échelle nationale (baptisé le « projet Jetway »), qui visait à détecter et enrayer la présence de drogues dans différents lieux publics, comme les gares d'autobus et les aéroports.

Comme ce fut le cas dans le dossier *A.M.*, cet arrêt *Kang-Brown* a évidemment fait de nombreuses références à l'arrêt *Tessling* et à son test jurisprudentiel.⁵⁷³ Étant donné qu'il concernait l'utilisation de chiens détecteurs de drogues, cette décision a aussi abordé le problème de l'attente subjective au respect de la vie privée quant aux odeurs émanant du domaine public ainsi que celle de la raisonnable attente que peut avoir un individu sur les objets ou articles qu'il détient illégalement. Sur ce plan, nous avons déjà discuté de l'impact qu'ont eu les intervenantes dans le dossier *A.M.* (qui fut plaidé et décidé en même temps que *Kang-Brown*) et il n'est pas nécessaire d'y revenir.

L'angle d'approche que nous voulons adopter dans ce dossier *Kang-Brown* est autant, sinon plus intéressant que celui pris dans l'arrêt *A.M.*, puisqu'il vise à montrer comment l'ACLC et la CLA ont participé au débat judiciaire entourant la pertinence (ou non-pertinence) de créer une nouvelle norme de *common law* applicable à l'utilisation des chiens renifleurs par la police. Cette analyse s'avère donc éclairante pour notre thèse, puisqu'elle touche au cœur même de notre deuxième hypothèse, qui traite de la création des règles de droit elles-mêmes.

⁵⁷² *R. c. Kang-Brown*, [2008] 1 R.C.S. 456 (ci-après « l'arrêt *Kang-Brown* »).

⁵⁷³ Treize références au total, notamment aux par. 55, 136, 139-140, 175, 226-227, 234 et 243 de la décision, alors que l'arrêt *A.M.* en comptait vingt-cinq.

Comme nous allons le voir, la contribution de ces deux acteurs sociaux s'est matérialisée de la façon suivante :

- L'ACLC a prôné une attitude plus stricte à l'égard des fouilles, perquisitions et saisies, en argumentant que la Cour devait disposer du litige en fonction de la norme traditionnelle des « motifs raisonnables et probables de croire à la perpétration d'une infraction » qui existait depuis l'affaire *Hunter c. Southam*⁵⁷⁴ décidée par la Cour dans les toutes premières années de la *Charte*. Cette position a été suivie par quatre des neuf juges de la Cour, qui ont choisi de faire preuve de déférence vis-à-vis du législateur et de ne pas modifier les règles applicables.
- Quant à la CLA, elle a aussi argumenté en faveur de cette même norme, mais à l'aide de la technique perelmanienne dite « de concession »⁵⁷⁵, elle a également proposé une solution alternative qui consistait à créer une nouvelle norme intermédiaire basée sur l'existence de « soupçons raisonnables » de la part des policiers. Cette initiative (également proposée par le Procureur général du Québec qui était lui aussi intervenu au dossier) a eu un impact chez les cinq autres juges, qui ont effectivement accepté d'établir une nouvelle règle de droit, tout en élaborant sur le rôle qui revient aux tribunaux dans les cas de silence du législateur. Nous verrons qu'une des opinions rédigées par ces juges a référé explicitement à la CLA pour justifier sa décision, ce qui confirme assez clairement sa contribution dans le débat.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ *Hunter c. Southam*, préc. note 223 (ci-après désigné « l'arrêt *Southam* »).

⁵⁷⁵ Nous avons effleuré cette technique à la note 506. Sommairement, celle-ci consiste pour l'orateur à concéder certains aspects qui ne lui sont pas favorables et à reconnaître que son argumentation n'est pas exempte d'obstacles. Perelman explique que, plutôt que de nuire à un discours, l'utilisation de la concession comme outil rhétorique peut renforcer la position de l'orateur : « La concession s'oppose surtout aux dangers de la démesure; elle exprime le fait que l'on réserve un accueil favorable à certains arguments réels ou présumés de l'adversaire. En restreignant les prétentions, en abandonnant certaines thèses, en renonçant à certains arguments, l'orateur peut rendre sa position plus forte, plus aisée à défendre, et témoigner en même temps de fair-play et d'objectivité, cf. C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 646.

⁵⁷⁶ *Kang-Brown*, préc. note 572, par. 163.

En examinant cette contribution tangible des acteurs sociaux en fonction de notre grille de lecture décrite au Tableau 15, nous expliquerons pourquoi l'impact de l'ACLC doit être considéré selon l'échelon « modéré », puisqu'elle a contribué à la décision, sans toutefois participer à la fabrication d'une nouvelle norme. Quant à la CLA, nous prétendons que son impact mérite de se qualifier selon le niveau « significatif », puisqu'elle a participé à l'établissement d'une nouvelle règle de droit et que cette contribution a été reconnue explicitement par deux juges de la Cour.

Commençons par résumer ce dossier (Section A), après quoi nous ferons le compte-rendu de notre analyse d'impact (Section B).

A. Résumé du dossier

Les faits de cette affaire se résument à peu de choses. Trois agents de police habillés en civil avaient reçu le mandat de surveiller les allées et venues des voyageurs d'une gare d'autobus de Calgary, dans le cadre d'une vaste opération désignée sous le nom de « Jetway », laquelle avait pour but de freiner les activités des « passeurs de drogue » dans les lieux publics.⁵⁷⁷ D'un point de vue technique, l'objectif des policiers consistait essentiellement à essayer d'engager une conversation avec ces voyageurs afin qu'ils consentent à une fouille de leurs vêtements ou bagages. En cas de refus ou d'objection, la politique prévue à ce programme Jetway leur permettait de les considérer comme des suspects et de recourir à un chien renifleur pour détecter la présence possible de stupéfiants dans leurs effets personnels.

Sortant d'un autobus ayant effectué le trajet de nuit à partir de Vancouver, Gurmakh Kang-Brown capta l'attention de ces trois policiers. Après qu'il eut adressé un « long regard »

⁵⁷⁷ La Cour suprême mentionne que cette technique semblait s'inspirer d'une pratique américaine qui consiste à prétendre que certains comportements, allures, habillements et autres caractéristiques personnelles des voyageurs peuvent constituer des indices d'activités criminelles, *id.* par. 47.

de quelques secondes aux policiers⁵⁷⁸ ainsi qu'un autre « regard vers l'arrière » en sortant de la salle de toilette⁵⁷⁹, il fut aussitôt accosté et requis d'exhiber son sac à dos, ce qui porta immédiatement le chien renifleur à s'asseoir, signe incontestable que le sac contenait une drogue illégale. Le policier inspecta le sac en question, sans obtenir de mandat de perquisition, et suite à la découverte de cocaïne et d'héroïne, le passager fut accusé de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic.⁵⁸⁰

Au procès, Monsieur Kang-Brown invoqua en défense que son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévu à l'art. 8 de la *Charte* avait été violé et que la preuve contre lui devait être exclue aux termes de l'art. 24(2), prétention qui fut rejetée pour de nombreux motifs. Premièrement, la juge de première instance évalua que l'accusé avait eu un comportement suspect, ce qui avait donné des motifs raisonnables aux policiers de le détenir aux fins d'enquête. Deuxièmement, elle se montra aussi d'avis qu'il était impossible de conclure qu'il avait eu une attente subjective quant à sa vie privée (selon le test établi dans *Tessling*), puisqu'il n'avait pas témoigné lors du procès. Troisièmement, elle statua également que même si on pouvait conclure qu'il avait eu une attente subjective quant au respect de sa vie privée, celle-ci ne pouvait être raisonnable, car l'odeur de son sac était une exposition volontaire d'information, donc exposée sciemment au public. Quatrièmement, elle ajouta que les fabricants et trafiquants de drogues ne sauraient avoir droit à la protection constitutionnelle quant aux substances illicites qu'ils transportaient. Finalement, elle invoqua le fait que l'opération se justifiait par la menace constante d'attentat terroriste qui planait dans les lieux publics, en ajoutant que la technique du chien renifleur avait fait ses preuves, puisqu'elle avait un taux de réussite de 92%.

⁵⁷⁸ Ce qui, dans l'opinion des policiers, constituait un élément susceptible de déclencher des soupçons, *id.*, par. 29.

⁵⁷⁹ Ce qui, toujours dans l'opinion des policiers, représentait un autre indice éveillant un soupçon, *id.*, par. 30.

⁵⁸⁰ *Id.*, par. 33.

La Cour d'appel confirma cette décision en ajoutant que, de toute façon, le chien ne pouvait détecter que des drogues illégales et rien d'autre. En novembre 2006, la Cour suprême fut saisie de l'affaire par un avis d'appel déposé par Monsieur Kang-Brown et en avril 2007, elle autorisa les mêmes intervenantes que ceux du dossier *A.M.* à intervenir, soit l'ACLC, la CLA et la Canadian Foundation for Children and Youth.⁵⁸¹

Au niveau de la Cour suprême, tous les juges ont décidé que l'utilisation d'un chien renifleur pour vérifier le sac d'un passager dans un lieu public constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*.⁵⁸² Par ailleurs, la Cour fut divisée sur la question de savoir si cette fouille était abusive, alors que six des neuf juges ont considéré que l'utilisation du chien renifleur avait violé la *Charte* et que la preuve obtenue grâce à cette opération devait être exclue.

Cette position des juges majoritaires coïncidait avec celle préconisée par l'ACLC et la CLA et, en cela, ces deux intervenantes ont eu une influence sur l'issue du litige. Par ailleurs, comme discuté plus haut, le sort particulier réservé à Monsieur Kang-Brown est moins important pour les fins qui nous concernent, puisque nous voulons concentrer notre analyse sur l'impact qu'ont eu les deux intervenantes sur les deux raisonnements qui se sont opposés dans cette affaire quant à la norme devant régir les pouvoirs des policiers de recourir à la technique des chiens renifleurs. Sur ce plan, les juges se sont également montrés divisés, mais à cinq juges contre quatre (soit, d'un côté, deux majoritaires et trois dissidents et, de l'autre, quatre majoritaires). Ces deux conceptions furent les suivantes :

⁵⁸¹ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 13 avril 2007, p. 540-542. Comme pour le dossier *A.M.*, notre analyse porte uniquement sur l'impact de l'ACLC et de la CLA.

⁵⁸² *Kang-Brown*, préc. note 572, par. 1, 13-16 (juge LeBel), par. 26 et 58 (juge Binnie), par. 140-141, 171-179 et 210 (juge Deschamps), par. 227 et 231 (juge Bastarache).

- La première fut exprimée dans l'opinion (majoritaire) du juge Lebel, à laquelle se sont ralliés les juges Fish, Abella et Charron.⁵⁸³ Selon cette conception, la *common law* ne reconnaît pas aux policiers le pouvoir d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur, mais ceux-ci peuvent néanmoins utiliser cette technique si elle est fondée sur l'existence de « motifs raisonnables et probables de croire à la perpétration d'une infraction ». En d'autres termes, cette conception des juges a fait preuve de déférence envers le législateur, en refusant de créer une nouvelle norme jurisprudentielle et s'en tenant à la position traditionnelle qui existe depuis l'arrêt *Southam*.
- La deuxième conception fut exprimée dans l'opinion majoritaire du juge Binnie (avec l'accord de la juge en chef⁵⁸⁴) et dans les deux opinions dissidentes des juges Deschamps (avec l'accord du juge Rothstein⁵⁸⁵) et Bastarache⁵⁸⁶. Cette conception fut à l'effet que la *common law* reconnaît aux policiers le pouvoir d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur et que ce pouvoir sera conforme à la *Charte* en autant qu'il respecte une nouvelle règle de droit, désignée comme étant une « norme intermédiaire des soupçons raisonnables ». Cette conception suppose donc qu'il faut pallier le silence du législateur, puisqu'il s'agit d'une question de *common law* et qu'une telle décision s'inscrit « historiquement et présentement » dans les limites de la compétence institutionnelle de la Cour suprême.⁵⁸⁷

Examinons maintenant comment les deux clans ont justifié leurs conceptions respectives ainsi que l'impact qu'ont eu l'ACLC et la CLA sur ces raisonnements.

⁵⁸³ *Id.*, par. 1-17. Il est important de noter que même si ces juges font partie de la majorité quant à l'issue du litige, cela ne fut pas le cas sur la question de l'établissement d'une nouvelle norme, puisque les cinq autres juges ont décidé différemment.

⁵⁸⁴ L'essentiel de cette conception est exposée aux par. 18-26 et 58-79 de la décision.

⁵⁸⁵ *Id.*, par. 157-169. À noter que ces juges furent dissidents sur la question principale de savoir si la fouille avait violé la *Charte*.

⁵⁸⁶ *Id.*, par. 213-215 et 244.

⁵⁸⁷ *Id.* par. 158.

B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux

Une des façons de comprendre le contexte dans lequel se situait le dossier *Kang-Brown* est de retourner à deux commentaires contenus dans l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Tessling*. Le premier faisait état qu'en raison du développement constant des nouvelles techniques d'enquêtes, il était impossible de construire un « catalogue » judiciaire complet (et à jour) des pratiques pouvant être considérées conformes à la protection constitutionnelle prévue à l'art. 8 de la *Charte*, ce qui obligeait les tribunaux à s'en remettre à un test dont le principe directeur était l'attente raisonnable en matière de droit au respect de la vie privée :

« La Cour a donc très tôt adopté à l'égard de l'art. 8 une méthode téléologique axée principalement sur le respect de la vie privée. « La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable » : *Hunter c. Southam*, précité, p. 159 (souligné dans l'original). Étant donné l'ensemble déconcertant de techniques différentes (existantes ou en développement) qui s'offrent à la police, il ne serait guère réaliste d'appliquer l'autre méthode consistant à établir un « catalogue » judiciaire de ce qui est ou n'est pas permis par l'art. 8. »⁵⁸⁸

Ainsi, puisqu'il n'était pas possible d'établir un tel « catalogue judiciaire », la Cour suprême avait alors déclaré qu'il fallait se rabattre sur l'arrêt *Hunter c. Southam*, lequel soutenait que la norme applicable pour déterminer si fouille, perquisition ou saisie respectait l'art. 8 de la *Charte* était celle de « ... l'existence de motifs raisonnables et probables, établie sous serment, de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition ... ». ⁵⁸⁹

La Cour avait également fait un autre commentaire important dans *Tessling*, alors qu'après avoir élaboré le test à deux volets dont nous avons parlé plus haut, elle avait pris soin

⁵⁸⁸ *Tessling*, préc. note 481, par. 19 (c'est la Cour qui souligne).

⁵⁸⁹ *Southam*, préc. note 223, p. 147.

de préciser que les tribunaux devaient aborder ce test d'un point de vue normatif et non descriptif. Bien que déjà cité, il vaut la peine de reproduire ce passage de la décision *Tessling* :

« L'attente *subjective* en matière de vie privée a son importance, mais il ne faudrait pas utiliser trop rapidement son absence pour écarter la protection des valeurs d'une société libre et démocratique qu'offre l'art. 8. (...) Il faut donc réfuter toute affirmation selon laquelle la diminution de l'attente *subjective* en matière de vie privée se traduira automatiquement par une diminution correspondante de la protection constitutionnelle. Affirmer qu'un particulier qui laisse ses ordures au ramassage n'a pas d'attente raisonnable en matière de vie privée à leur sujet est une chose. Mais c'en est une toute autre de dire qu'une personne qui craint que son téléphone soit sur écoute n'a plus d'attente *subjective* en matière de vie privée et qu'elle ne peut plus de ce fait revendiquer la protection de l'art. 8. L'attente en matière de vie privée est de nature normative et non descriptive. »⁵⁹⁰

Ces deux commentaires énoncés dans l'arrêt *Tessling* sont importants, car ils attestent de la nécessité d'établir une norme générale pour décider du caractère abusif (ou non) de la fouille, perquisition et saisie, mais ils ne répondaient pas au problème sérieux causé par le développement rapide et constant des nouvelles techniques d'enquête, qui, disons-le, ont beaucoup évolué depuis l'arrêt *Southam*.⁵⁹¹ En d'autres termes, la question qui n'avait pas été posée dans l'arrêt *Tessling* (et qui se posait dans *Kang-Brown*) était de savoir si, compte tenu de la sophistication des procédés utilisés par les policiers pour s'assurer du respect des lois, et en l'absence de disposition législative à cet égard, la Cour suprême devrait créer une nouvelle norme mieux adaptée à la réalité que la règle stricte de l'arrêt *Southam*. L'idée sous-jacente à cette question était de déterminer si, de façon concrète, l'exigence d'un mandat préalable ou de « motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été commise », était encore réaliste dans le contexte actuel. C'est donc dans cet esprit que le débat dans l'arrêt *Kang-Brown* a été plaidé devant la Cour.

⁵⁹⁰ *Id.*, par. 42 (les italiques sont aussi de la Cour).

⁵⁹¹ Cet arrêt concernait une perquisition effectuée par des fonctionnaires dans les locaux d'un journal, alors qu'ils étaient munis d'un mandat autorisé en vertu de la loi sur les enquêtes et coalitions de l'époque.

Comme nous l'avons annoncé plus haut, la Cour suprême fut divisée sur cette question, alors que quatre juges décidèrent de s'en tenir à la norme établie dans *Southam* et cinq autres juges décidèrent de créer une nouvelle norme. Avant d'exposer l'opinion des juges ayant décidé de s'en tenir à la norme établie dans *Southam* (exprimée par le juge LeBel), examinons la position prise par l'ACLC quant à cet aspect.

Sans équivoque, l'ACLC a soutenu que la norme devant s'appliquer était celle des « motifs raisonnables » et que la présence de soupçons chez les policiers ne pouvait pas rendre la technique du chien renifleur conforme à la *Charte*. Tout au long de son mémoire, elle a donc invoqué la règle traditionnelle de l'arrêt *Southam*, comme en témoignent ces quelques extraits tirés de son argumentation:

«The police arbitrarily decided that Kang Brown looked suspicious simply because he made eye contact with them and carried a plain bag in an unusual way. The police, acting purely on a hunch, perhaps borne of intuition, stopped him and asked questions which he answered. The police then used a dog to do what they could not lawfully do themselves – search Mr. Kang Brown's bag.

Kang Brown did not evade the police. When the police approached and identified themselves, he stopped, answered their questions and, when requested, produced identification.

MacPhee had no grounds to search Kang Brown when he approached him. At its highest, the officer had a hunch or intuition about Kang Brown.

Kang Brown kept control of his bag at all times. He made it clear he did not want the police to search his bag. The police had no reasonable grounds to search and Kang Brown clearly did not consent to the search. In fact, he expressly attempted to stop the officer from going through his bag.

Police have no right to search a bag without consent or reasonable and probable grounds. Kang Brown exercised his right to be free from unreasonable search and seizure. To allow the police to search a bag with a

tool (in this case a dog) when they clearly could not search the bag themselves would be to undermine s. 8 of the *Charter*.»⁵⁹²

Même son de cloche de la part du juge LeBel, qui a insisté pour dire qu'il fallait s'en tenir à la norme des motifs raisonnables et qu'il ne revenait pas aux tribunaux d'agir à titre de législateur dans ce domaine. Cette question fut attaquée de front, dans les termes suivants :

« Il est acquis qu'aucune disposition législative n'autorise la fouille à l'aide d'un chien renifleur qui a été effectuée à la gare d'autobus de Calgary. La common law ne permettait pas non plus d'arrêter M. Kang-Brown avant la fouille. La question est donc de savoir si, en l'absence de régime législatif, notre Cour devrait tenter de concevoir elle-même une norme moins stricte que celle énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, pour régir l'utilisation des chiens renifleurs par les policiers dans des endroits publics tels qu'une gare d'autobus ou une école, comme dans l'affaire A.M. »⁵⁹³

Dans sa démarche, le juge LeBel a reconnu explicitement que les tribunaux avaient le pouvoir de créer le droit, mais selon lui, la question fondamentale qu'il s'agissait de se poser était celle de savoir comment et dans quels cas il était nécessaire de le faire :

« Les tribunaux créent et modifient le droit (*Canada (Procureur général) c. Hislop*, [2007] 1 R.C.S. 429, 2007 CSC 10, par. 83-87). Une bonne partie de ce qui est reconnu comme du « droit » constitue en fait, sous une forme ou une autre, du droit prétorien (G. V. La Forest, « Judicial Lawmaking, Creativity and Constraints », dans R. Johnson et autres, dir., *Gérard V. La Forest at the Supreme Court of Canada, 1985-1997* (2000), 3). Il s'agit de savoir non pas si ce pouvoir de créer des règles de droit existe, mais plutôt comment et dans quels cas il convient de l'exercer.

Cette question devient particulièrement délicate lorsque, dans des affaires mettant en cause des valeurs et des droits constitutionnels cruciaux, les tribunaux décident d'agir comme législateur à cause de lacunes perçues dans le droit. La common law devrait-elle servir à combler de telles lacunes? Notre Cour l'a parfois utilisée à cette fin dans le domaine du droit dont il est

⁵⁹² Mémoire de l'ACLC, par. 14 et 25 à 28.

⁵⁹³ *Kang-Brown*, préc. note 572, par. 3.

question en l'espèce, notamment dans l'arrêt *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59, 2004 CSC 52 (détentions aux fins d'enquête) et, tout récemment, dans l'arrêt *R. c. Clayton*, [2007] 2 R.C.S. 725, 2007 CSC 32. Cette jurisprudence ne signifie pas que la Cour devrait toujours élargir les règles de common law pour combler les lacunes perçues des pouvoirs policiers ou pour dissiper la crainte d'inaction de la part du législateur, particulièrement lorsque des droits et des intérêts aussi fondamentaux que la vie privée et l'autonomie personnelles sont en jeu. »⁵⁹⁴

À partir de cette prémisse, le juge LeBel réitéra l'importance de l'arrêt *Southam* au niveau du droit à la vie privée :

« L'article 8 de la *Charte* énonce l'une des valeurs fondamentales de notre société : le respect de la vie privée et de l'autonomie personnelles. Une part appréciable des décisions touchant la *Charte* concerne l'interprétation et l'application de l'art. 8. Il est possible d'affirmer que notre jurisprudence relative à la *Charte* a pour point de départ l'arrêt *Hunter c. Southam*, lequel demeure l'un des arrêts charnières qui, à l'instar de l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et du *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, ont jeté les bases de l'interprétation de la *Charte* (voir R. J. Sharpe et K. Roach, *Brian Dickson : À Judge's Journey* (2003), p. 312-316). Bien que l'expression « vie privée » ne figure pas dans la *Charte*, l'art. 8 est devenu, dès les premiers arrêts portant sur son application, un bouclier contre les ingérences injustifiées de l'État dans la vie privée des gens (*Hunter c. Southam*, p. 160). »

(...)

« La protection du droit à la vie privée repose sur les contraintes — telles les exigences d'autorisation préalable et de caractère raisonnable — auxquelles le texte de l'art. 8 et les tribunaux qui appliquent cet article assujettissent ceux et celles qui effectuent des fouilles, perquisitions et saisies. La nécessité de faire respecter la loi doit être prise en compte et soupesée en fonction des attentes raisonnables en matière de vie privée. Néanmoins, dans les décisions de principe relatives à l'art. 8, les tribunaux ont assorti de restrictions importantes les atteintes que des représentants de l'État peuvent porter au droit à la vie privée personnelle. Ces restrictions ont été jugées nécessaires parce que, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Hunter c.*

⁵⁹⁴ *Id.*, par. 5-6.

Southam, « déterminer la prépondérance des droits en concurrence après que la perquisition a été effectuée » constitue une « analyse après le fait [qui] entrerait sérieusement en conflit avec le but de l’art. 8 ». Notre Cour a ensuite souligné que ce but « requiert un moyen de prévenir les fouilles et les perquisitions injustifiées avant qu’elles ne se produisent et non simplement un moyen de déterminer, après le fait, si au départ elles devaient être effectuées » (p. 160 (soulignements omis)). Ces restrictions consistaient et, n’ayant jamais été écartées par notre Cour, consistent généralement à exiger que la fouille, perquisition ou saisie soit fondée sur la loi ou la common law, qu’elle soit préalablement autorisée par un tribunal et qu’il existe des motifs raisonnables et probables de l’effectuer. L’État devait justifier toute dérogation à ce cadre constitutionnel. »⁵⁹⁵

Sur cette base, le juge LeBel récapitula sa position de la façon suivante :

« Ces considérations me ramènent à la question qui se situe au cœur du présent pourvoi : l’exercice approprié par les tribunaux de leur rôle de création de règles de droit. À mon avis, les solutions jurisprudentielles proposées dans les motifs de certains de mes collègues, qui préconisent ouvertement ou implicitement l’établissement de nouvelles règles de common law qui abaisseraient la norme de contrôle applicable aux ingérences de l’État dans la vie privée des gens, ne représentent pas un exercice approprié du pouvoir judiciaire dans les circonstances du présent pourvoi et du pourvoi connexe *A.M.*

(...)

En droit canadien, la norme généralement appliquée en matière de fouilles, perquisitions et saisies — assorties ou non d’une autorisation judiciaire préalable, selon l’urgence de la situation — est celle fondée sur l’existence de motifs raisonnables et probables. (...)

Une disposition législative qui assujettirait l’utilisation des chiens renifleurs pour faire respecter la loi à l’existence de motifs ne respectant pas la norme établie dans l’arrêt *Hunter c. Southam* pourrait devoir être justifiée au regard de l’article premier, mais l’État ne serait pas empêché d’agir pour autant que la norme de justification soit respectée selon la grille d’analyse constitutionnelle pertinente. Obliger le législateur à intervenir en premier permettrait aux tribunaux d’être mieux en mesure de tenir compte des

⁵⁹⁵ *Id.*, par. 8 et 10 (c’est nous qui soulignons).

intérêts opposés qui sont en jeu et ferait en sorte que le processus de justification respecte les normes constitutionnelles. Élargir les pouvoirs que la common law confère aux policiers, comme on propose de le faire en l'espèce, aurait pour effet de couper court au processus de justification et de laisser la Cour établir elle-même la règle de common law sans avoir pleinement bénéficié du dialogue et des analyses qui auraient eu lieu si le législateur était intervenu et avait été tenu de justifier son intervention.»⁵⁹⁶

Cette position exprimée ci-haut par le juge Lebel (partagée par quatre autres juges) apparaît donc avoir été influencée par celle de l'ACLC, mais elle est moins intéressante pour nos fins, puisqu'elle refuse d'élargir la norme existante. Pour nos fins, l'opinion des cinq autres juges est plus utile pour documenter notre deuxième hypothèse, puisqu'elle montre une Cour suprême qui crée une nouvelle règle de droit, avec l'aide des intervenants. Cette position fut exprimée par la CLA et par le Procureur général du Québec, lequel était aussi intervenu au dossier dans le but précis de faire modifier le droit relatif à l'utilisation des chiens détecteurs de drogue. Examinons d'abord la position du ministère public, en commençant par l'extrait suivant, tiré de son mémoire:

« D'autre part, il [le Procureur général du Québec] désire inviter la Cour à ne pas imposer automatiquement les garanties propres aux perquisitions traditionnelles (« mandat » et « motifs raisonnables »), si elle jugeait que l'utilisation d'un chien dépisteur peut être assimilée à une fouille ou perquisition. Il entend démontrer qu'une telle approche, face aux nouvelles méthodes d'enquête et de surveillance policière, risque de nuire non seulement à l'application efficace de la loi, mais également à la protection du droit au respect de la vie privée. Il existe une alternative à cette méthode du « tout ou rien » face à des outils d'enquête peu intrusifs. Une approche nuancée devrait permettre aux policiers d'utiliser certaines techniques d'enquête lorsqu'il existe des soupçons raisonnables de croire à la

⁵⁹⁶ *Id.*, par. 11-14.

perpétration d'une infraction. L'adoption d'une telle voie améliorerait également la sécurité juridique dans le domaine.»⁵⁹⁷

De façon convaincante, le Procureur général du Québec a justifié la nécessité d'établir une nouvelle norme par des motifs fondés à la fois sur l'efficacité de la loi et la protection du droit à la vie privée. En effet, selon lui, exiger des policiers qu'ils aient des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait été commise avant d'utiliser un chien renifleur rendait cette méthode d'enquête inutile, à toutes fins pratiques. À l'inverse, toujours selon le Procureur général, la perspective qu'une telle méthode d'enquête soit banalisée entraînait le risque que les tribunaux ne la considèrent pas comme une fouille ou perquisition au sens de la *Charte*, ce qui diminuait la garantie constitutionnelle des citoyens. Ce double argument s'articula comme suit :

« ... [F]ace aux nouvelles techniques d'enquête policière, les tribunaux inférieurs ont systématiquement imposé les règles propres aux perquisitions traditionnelles dans les commerces ou les demeures (mandat et motifs raisonnables) dès qu'une technique est assimilée à une perquisition.

De même en l'espèce, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *A.M.* et la juge dissidente dans l'affaire *Kang Brown* ont automatiquement conclu à l'application des règles propres aux perquisitions au sens traditionnel.

De l'avis du Procureur général du Québec, une telle approche face aux nouvelles méthodes d'enquête et de surveillance policière risque de nuire à la fois à l'application efficace de la loi et la protection du droit au respect de la vie privée. Ainsi, imposer la règle du mandat et les motifs raisonnables pour de tels outils d'enquête, c'est généralement mettre un terme à leur utilisation puisqu'ils visent justement à obtenir les motifs raisonnables requis. L'application efficace de la loi s'en trouve donc gravement compromise. Par ailleurs, il y a également un sérieux risque que, pour éviter un tel résultat, un tribunal soit porté à juger qu'une technique n'est pas assimilable à une fouille ou perquisition même si elle soulève certaines préoccupations en matière de vie privée. C'est alors le droit au respect de la vie privée qui se trouve menacé puisque ce procédé pourra être utilisé sans aucune forme de contrôle. Ces mêmes lacunes découlant de l'approche du «

⁵⁹⁷ Mémoire du Procureur général, par. 14 (ce sont nos soulignés).

tout ou rien » ressortent également de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis dans ce domaine. Ainsi, les motifs de la majorité dans l'affaire *Kyllo* ont rendu sans intérêt l'utilisation de l'appareil FLIR en imposant la règle du mandat et des motifs raisonnables.»⁵⁹⁸

De façon concrète, la proposition alternative du Procureur général fut donc formulée ainsi :

« (...). Pour réagir aux multiples techniques d'enquête et de surveillance plus ou moins attentatoires au droit au respect de la vie privée, les tribunaux devraient être à la recherche d'un juste équilibre entre les droits et non pas imposer aveuglement les règles élaborées pour encadrer les perquisitions traditionnelles.

(...)

(...) [L]'objectif fondamental poursuivi par l'utilisation d'un chien dépisteur est d'obtenir suffisamment de preuve pour permettre l'arrestation et la fouille incidente d'un contrevenant. Il est donc assez évident que cet objectif ne pourra être atteint si les policiers doivent avoir des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise avant de recourir à l'aide d'un chien. Si les policiers avaient eu des motifs raisonnables, ils auraient immédiatement arrêté M. Kang Brown. Imposer une telle exigence c'est mettre, en bonne partie, un terme à l'utilisation de cette méthode d'enquête alors qu'il s'agit d'un outil important dans la lutte au trafic de drogue. »

(...)

En somme, permettre l'utilisation d'un chien dépisteur à partir du moment où il existe des motifs raisonnables de soupçonner la perpétration d'une infraction apparaît constituer un juste équilibre entre les droits de l'individu et de la société. Cette norme objective évite toute forme d'arbitraire et les tribunaux peuvent, au besoin, s'assurer de son respect par les policiers.»⁵⁹⁹

L'étude des mémoires dans le dossier *Kang-Brown* révèle que la CLA est la seule autre intervenante ayant partagé cette position mitoyenne du Procureur général du Québec. À ce

⁵⁹⁸ *Id.*, par. 31-33 (références omises, les soulignés sont les nôtres). On remarque ici que le Procureur général participe également à la discussion relative à l'arrêt *Kyllo*, dont nous avons parlé dans l'étude de cas précédente.

⁵⁹⁹ *Id.*, par. 37, 40 et 44 (les soulignés sont les nôtres).

sujet, il faut d'abord dire que son argument principal était que la règle applicable devant guider la méthode d'enquête du chien renifleur était celle de l'arrêt *Southam*, laquelle requiert l'émission d'un mandat préalable fondé sur la présence de motifs raisonnables et probables qu'une infraction avait été commise. Toutefois, à l'instar du ministère public, la CLA proposa également une alternative inspirée d'une nouvelle règle établie en 2004 dans le dossier *R. c. Mann*, alors que la Cour avait jugé que la détention pour enquête par les policiers devait être régie par une norme moins rigoureuse que celle de l'arrêt *Southam*.⁶⁰⁰ Dans cette affaire *Mann*, le plus haut tribunal avait, en effet, accepté d'établir une norme basée sur un « critère clairement moins exigeant que les motifs raisonnables et probables requis pour qu'il y ait une arrestation légale », en statuant que « les policiers pouvaient détenir une personne aux fins d'enquête s'ils ont des motifs raisonnables de soupçonner, à la lumière de toutes les circonstances, que cette personne est impliquée dans un crime donné et qu'il est nécessaire de la détenir. »⁶⁰¹ S'appuyant sur cet arrêt, la CLA proposa donc qu'à défaut d'appliquer la règle traditionnelle établie dans *Southam*, la Cour pourrait transposer cette nouvelle règle de l'arrêt *Mann* à la méthode d'enquête du chien renifleur :

«As with other searches under the *Charter*, and given the particularly intrusive nature of dog sniff searches, it is the position of the CLA that state agents utilizing drug-sniffing dogs as instruments of surveillance must meet the constitutional requirements for a search established by this Court in *Hunter v. Southam*. Namely,

- (i) Where feasible, a search must be approved by prior authorization; there is a presumption that a warrantless search is unreasonable.
- (ii) The person authorizing the search must act in a judicial manner. He or she must assess in a neutral and impartial fashion whether a search is appropriate on the evidence available.

⁶⁰⁰ *R. c. Mann*, [2004] 3 R.C.S. 59. Ce dossier était un cas de « palpation » impliquant un policier qui, sentant un objet mou dans les vêtements d'un individu, avait fouillé dans sa poche et trouvé de la marijuana. À noter que la CLA était également intervenue dans cette affaire.

⁶⁰¹ *Id.*, par. 27 et 45.

(iii) The standard for issuance of the warrant are reasonable and probable grounds to believe that an offence has been committed, and that evidence of that offence is to be found at the place to be searched.

Alternatively, and at the very minimum, police should have the grounds required by *R. v. Mann* before conducting the sniff search, e.g. reasonable grounds to suspect in all the circumstances that the individual is connected to a particular crime and that the sniff search is reasonably necessary on an objective view of the circumstances. Dogs should not be used to conduct “speculative sweeps”, except where specific, identifiable security concerns warrant such random searches. Where dogs are being utilized in the context of security measures to prevent threats to human life, the considerations relating to the use of sniffer dogs may be considerably different. At issue in these appeals, however, is the specific use of investigative dogs for the purposes of law enforcement where there is no immediate threat to the protection of life.»⁶⁰²

Cette proposition de la CLA et du Procureur général du Québec a été accueillie favorablement par la majorité des juges dans *Kang-Brown*. D’abord, le juge Binnie se montra d’accord avec le juge LeBel qu’il fallait « une intervention du législateur dans ce domaine controversé », en notant toutefois la différence importante suivante :

« ... contrairement à lui [le juge LeBel], je ne préconise pas une approche ayant pour effet de rendre les chiens renifleurs inutiles tant et aussi longtemps que le législateur n’aura pas choisi d’agir. J’estime, en toute déférence, que, pour être juste envers les parties, la Cour ne devrait pas vaciller de façon imprévisible entre sa volonté d’étudier la possibilité d’ajuster la common law en matière de détention ou de fouilles, perquisitions et saisies fondées sur des soupçons raisonnables - comme c’était le cas dans les arrêts récents *R. c. Mann*, (...) et *R. c. Clayton*, (...) -, et l’attitude non interventionniste ou consistant à laisser au législateur le soin d’agir, que mon collègue préconise en l’espèce »⁶⁰³

⁶⁰² Mémoire de la CLA, par. 38-39 (références omises; nos soulignés). La CLA reproduit cette même suggestion à d’autres endroits dans son mémoire, cf par. 4 et 41.

⁶⁰³ *Kang-Brown*, préc. note 572, par. 22.

À partir de cette prémisse, le juge Binnie (avec l'accord de la juge en chef) s'est ensuite montré d'avis qu'appliquer la norme établie dans l'arrêt *Southam* équivalait à abandonner, à toutes fins pratiques, l'utilisation de chiens renifleurs et que créer une règle moins exigeante respecterait quand même la *Charte* :

« ... l'approche consistant à laisser au législateur le soin d'agir esquivé un problème pratique et immédiat qui se pose en matière d'application de la loi. Au Canada, les services de police utilisent couramment des chiens renifleurs depuis au moins 30 ans. Si la loi ne permet le recours à un chien renifleur que dans le cas où les policiers ont déjà des motifs raisonnables de croire à la présence d'articles interdits, le chien renifleur devient alors superflu et inutile, du fait que les policiers sont déjà censés avoir les motifs requis pour obtenir un mandat les autorisant à effectuer une fouille ou perquisition et qu'ils n'ont pas besoin d'un chien pour confirmer la présence de ces articles.

(...)

« ... j'estime que, dans le cas d'une fouille effectuée à l'aide d'un chien renifleur, la preuve de l'existence de soupçons raisonnables satisfait au critère de la *Charte*. (...) En présence de tels soupçons, la common law autorise les fouilles ou perquisitions à l'aide de chiens renifleurs, et cette règle de common law n'a elle-même rien d'abusif vu le caractère peu envahissant, étroitement ciblé et hautement fiable des fouilles ou perquisitions effectuées à l'aide de chiens qui, comme Chevy, ont fait leurs preuves. »⁶⁰⁴

Le juge Binnie décrit ensuite cette norme dans les termes suivants :

Les « soupçons » sont une impression que l'individu ciblé se livre à une activité criminelle. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Les soupçons « raisonnables » sont plus que de simples soupçons, mais ils ne correspondent pas à une croyance fondée sur des motifs raisonnables et probables. Comme le font observer P. Sankoff et S. Perrault dans leur article intitulé « Suspicious Searches : What's so Reasonable About Them? » (1999), 24 C.R. (5th) 123 :

⁶⁰⁴ *Id.*, par. 21 et 60.

[TRADUCTION] [L]a distinction fondamentale entre un simple soupçon et un soupçon raisonnable tient au fait que, dans ce dernier cas, une croyance subjective sincère ne suffit pas. Pour justifier une fouille ou une perquisition, il faut plutôt que les soupçons reposent sur des éléments factuels pouvant être présentés en preuve et faire l'objet d'une appréciation judiciaire indépendante.

...

Ce qui distingue les « soupçons raisonnables » de la norme plus stricte des « motifs raisonnables et probables » est simplement le degré de probabilité qu'une personne se livre à une activité criminelle, et non l'existence de faits objectivement vérifiables, qui, dans les deux cas, sont nécessaires pour justifier la fouille ou la perquisition. [p. 125-126]⁶⁰⁵

Bien que dissidente sur la question principale de savoir si la *Charte* avait été enfreinte, la juge Deschamps (avec l'accord du juge Rothstein) s'est également montrée d'avis qu'il y avait lieu de créer une nouvelle règle de droit pour décider de la constitutionnalité des techniques d'enquête faisant appel aux chiens renifleurs. Pour arriver à cette décision, la juge Deschamps décrit de façon méthodique la façon d'aborder le test prévu à l'arrêt *Tessling* et mentionna qu'au moment de déterminer si l'attente subjective quant à la vie privée était raisonnable, les tribunaux étaient placés devant un choix de trois normes possibles :

« (...) Pour définir les circonstances dans lesquelles les policiers peuvent utiliser un chien renifleur dans l'exercice d'une fonction légitime, la question cruciale est de savoir quelles raisons, s'il en est, doivent motiver leur utilisation d'un chien pour qu'elle soit conforme à l'art. 8 de la *Charte* et aux pouvoirs qui leur sont conférés par la common law. Trois normes ont été proposées pour déterminer dans quels cas un chien renifleur peut être utilisé. Étant donné que les policiers n'ont aucun pouvoir général d'utiliser systématiquement des chiens renifleurs à quelque fin que ce soit ou en tout temps et en tout lieu, il est nécessaire de déterminer laquelle de ces trois normes s'applique.

⁶⁰⁵ *Id.* par. 75.

Quelles sont les normes proposées? La norme la moins stricte veut qu'aucun motif ne soit nécessaire pour recourir à un chien renifleur, tandis que la norme la plus stricte exige qu'en l'absence d'une situation d'urgence il y ait des motifs raisonnables de croire que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Entre ces deux normes, il y a la norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts. Je vais examiner successivement chacune de ces normes. »⁶⁰⁶

Après avoir fait mention de la norme des motifs raisonnables établie dans l'arrêt *Southam* (laquelle avait été appliquée par la Cour d'appel), la juge Deschamps aborda « la norme intermédiaire des soupçons raisonnables », en mentionnant de façon explicite qu'elle avait été proposée par le Procureur général du Québec et la CLA.⁶⁰⁷ La juge décrivit cette norme de la façon suivante :

« Des précisions s'imposent au sujet de ce que comporte la norme des soupçons raisonnables. Dans l'arrêt *Mann*, notre Cour à la majorité a défini les motifs requis pour justifier une détention aux fins d'enquête. Citant la jurisprudence pertinente, le juge Iacobucci a mentionné un certain nombre de formulations différentes de la norme applicable, notamment : « motifs raisonnables de soupçonner », « soupçons raisonnables », « motifs concrets » et « suffisamment de soupçons précis et raisonnables » (par. 31-32 et 45). Il a indiqué qu'il préférerait utiliser une nouvelle expression, celle des « motifs raisonnables de détention » (par. 33). Toutefois, en résumant la norme qui était appliquée dans cette affaire, le juge Iacobucci a parlé des « motifs raisonnables de soupçonner » (par. 45). À mon avis, l'expression « motifs raisonnables de soupçonner » correspond essentiellement aux « soupçons raisonnables ». Il est clair que la norme adoptée par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Mann* est moins stricte que celle des « motifs raisonnables de croire », et qu'elle s'inspirait de la norme des « motifs concrets » qui a été assimilée à celle des soupçons raisonnables : voir l'arrêt *R. c. Jacques*, [1996] 3 R.C.S. 312, par. 52, le juge Major. À mon avis, la norme des « soupçons raisonnables » s'applique facilement en pratique, est significative pour les policiers et les juges de première instance,

⁶⁰⁶ *Id.*, par. 159-160.

⁶⁰⁷ *Id.*, par. 163 : « La norme intermédiaire des soupçons raisonnables que des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts a été proposée en l'espèce par les intervenants le procureur général du Québec et la Criminal Lawyers' Association (Ontario). »

et est susceptible d'être utilisée dans d'autres cas que ceux où il est question de détention. »

(...)

Cette norme n'est applicable que dans une situation où il existe des garanties contre les atteintes abusives au droit à la vie privée et un équilibre qui assure une protection adéquate. La norme des soupçons raisonnables peut donc être suffisante lorsque la technique d'enquête est relativement peu envahissante et que l'attente en matière de vie privée n'est pas grande. Il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances pour décider si la norme des soupçons raisonnables est respectée dans un cas donné.⁶⁰⁸

Suite à cette description, à l'instar du juge Binnie, la juge Deschamps poursuit en déclarant à son tour que cette nouvelle norme lui apparaissait appropriée pour ce genre d'exercice du pouvoir policier, en s'appuyant également sur le fait qu'imposer la norme établie dans *Southam* ferait des chiens renifleurs « un outil inefficace pour appliquer la loi » :

« (...) En l'espèce, le chien a été utilisé dans un lieu public plutôt que dans une résidence privée ou dans un lieu de travail. Il ne pouvait détecter que les drogues reconnues comme posant de graves problèmes. Les policiers en cause étaient qualifiés et expérimentés, et au lieu d'utiliser le chien de manière systématique ou au hasard, ils y recouraient en dernier ressort dans le cadre d'une enquête progressive tout à fait adéquate, selon la juge du procès. Les policiers, qui avaient des soupçons raisonnables, ont eu recours au chien en tant qu'outil d'enquête impliquant une atteinte minime. De plus, ils n'auraient pas été en mesure d'obtenir un mandat étant donné qu'il ressortait du comportement de l'appelant que celui-ci devenait de plus en plus nerveux et qu'il se préparait à sortir de la gare. Dans ces circonstances, l'application de la norme des soupçons raisonnables constitue un exercice de pouvoirs policiers raisonnablement nécessaire et donc justifiable du fait qu'il permet d'établir un juste équilibre entre le droit raisonnable de l'appelant à la vie privée et l'intérêt qu'a la société à empêcher que les transports publics servent au trafic de substances illicites.

Les chiens renifleurs deviendraient un outil inefficace pour appliquer la loi si notre Cour devait exiger qu'il y ait des motifs raisonnables de croire que

⁶⁰⁸ *Id.*, par. 164 et 168 (nos soulignés).

des éléments de preuve établissant l'existence d'une infraction seront découverts pour que l'utilisation de ces chiens soit conforme à la Constitution.»⁶⁰⁹

Finalement, dans une autre opinion séparée, le juge Bastarache fut le cinquième juge à se montrer d'avis qu'il était nécessaire de créer une nouvelle norme. En fait, de façon un peu étonnante, ce dernier a fait valoir à plusieurs endroits dans ses motifs que cette nouvelle norme des soupçons raisonnables était encore trop sévère et qu'il y aurait peut-être lieu d'appliquer une règle encore moins stricte, qu'il appela la norme des « soupçons généraux », laquelle s'appliquerait aux méthodes d'enquête « préventives et dissuasives de lutte contre le crime » utilisées dans les lieux publics, ce qui, à son avis, incluait les aéroports, les gares d'autobus, les gares ferroviaires et même les écoles.⁶¹⁰ Par contre, un peu plus loin dans sa décision, le juge sembla se rallier à ses quatre autres collègues :

« En l'espèce, il est permis de conclure, après avoir procédé à l'évaluation requise, que la fouille de bagages à l'aide d'un chien renifleur ne contrevient pas à l'art. 8 de la *Charte* lorsque les policiers agissent sur la foi de soupçons raisonnables qu'un crime est commis. Les attentes moindres en matière de vie privée dans les terminaux, l'atteinte minimale portée par la fouille elle-même et l'efficacité de cette technique d'enquête militent toutes en faveur de l'application d'une norme moins stricte que celle des « motifs raisonnables et probables ». À mon avis, les « soupçons raisonnables » constituent une norme suffisante. Dans certains cas, comme la présente affaire, les soupçons raisonnables porteront sur un individu particulier, et les policiers auront recueilli, grâce à l'observation ou à d'autres méthodes,

⁶⁰⁹ *Id.*, par. 191-192 (nos soulignés).

⁶¹⁰ *Id.*, par. 214. Sans fournir de définition tout à fait précise, le juge mentionna qu'elle était une norme de « soupçons raisonnables de nature générale ». À d'autres endroits, il précise ceci : « En permettant ce type de fouille, on reconnaît le rôle important que les chiens renifleurs peuvent jouer en matière non seulement de détection mais encore de prévention et de dissuasion du crime. Compte tenu de la fiabilité et de l'efficacité des fouilles effectuées à l'aide de chiens renifleurs, il est raisonnable de conclure que le fait de savoir que des chiens renifleurs se trouvent ou peuvent se trouver à certains endroits aurait un effet préventif important. Permettre des fouilles au hasard dans certains cas a également pour avantage d'éviter le profilage inapproprié et de diminuer tout embarras susceptible d'être lié à une fouille ciblée. ». Il précisa également : « ... une gare d'autobus est précisément le genre d'endroit où il est approprié d'effectuer une fouille à l'aide d'un chien renifleur sur la foi de soupçons généraux », *id.*, par. 246 et 251.

suffisamment de renseignements à son sujet pour justifier la fouille de ses bagages à l'aide d'un chien renifleur. »⁶¹¹

Résumons-nous. Au-delà de l'implication des acteurs sociaux quant à certaines précisions apportées au test *Tessling* (les mêmes que celles du dossier *A.M.*), l'analyse de ce dossier *Kang-Brown* a révélé que les deux intervenantes ont joué un certain rôle dans un débat en profondeur sur la pertinence pour la Cour de réformer un domaine du droit dans les cas de silence du législateur. À cet égard, l'impact de l'ACLC doit être considéré selon l'échelon « modéré », puisqu'elle a fourni un apport complémentaire dans le débat, sans toutefois participé à la fabrication d'une nouvelle norme. Quant à l'impact de la CLA, les critères de notre Tableau 15 font en sorte qu'elle mérite de se qualifier à un échelon supérieur à celui de l'ACLC, car la majorité des juges se sont servis de son argument distinctif (par rapport à l'appelant) pour justifier leur décision quant à l'établissement d'une « norme intermédiaire des soupçons raisonnables ». En outre, toujours en fonction de notre barème, le fait que la juge Deschamps (appuyée de quatre autres juges) a référé explicitement à la CLA dans ses motifs doit également être pris en considération.

En revanche, comme mentionné plus haut, l'évaluation du degré d'impact d'un intervenant sur une décision doit tenir compte de l'argumentaire des autres participants et à ce titre, il faut souligner que le Procureur général du Québec avait également proposé ce même argument relatif à la « norme intermédiaire des soupçons raisonnables » (ce que la juge Deschamps a également reconnu). Ainsi, en considérant de façon objective l'ensemble de nos critères, l'échelon qui nous semble le plus approprié pour décrire l'influence de l'intervenante CLA dans ce dossier nous apparaît être le niveau d'impact « significatif ».

⁶¹¹ *Id.*, par. 244.

Cas #6: R. c. Patrick (2009)

Le quatrième cas du présent thème est l'arrêt *R. c. Patrick*, décidé par la Cour suprême douze mois après les arrêts *A.M.* et *Kang-Brown*.⁶¹² La principale question dans cette affaire était de décider si la pratique policière de s'emparer des sacs d'ordures d'un individu soupçonné de commettre une infraction criminelle constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*, et dans l'affirmative, si elle devait être considérée abusive. Cette méthode particulière d'enquête impliquait donc la question de savoir si un individu renonce à l'aspect privé des renseignements qu'il jette aux ordures.

Du point de vue de l'analyse d'impact des acteurs sociaux, ce dossier ressemble un peu à l'affaire *Tessling*, dans le sens où les deux intervenantes que nous avons ciblées (l'ACLC et la CLA) n'ont pas réussi à convaincre la Cour qu'il y avait eu violation de la *Charte*, mais qu'elles ont quand même fourni un apport au développement du système normatif relatif à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.⁶¹³ Voyons d'abord le résumé de ce dossier (Section A) et, par la suite, nous examinerons le degré d'impact des deux intervenantes, en mettant un accent particulier sur le caractère distinctif de leur traitement de la jurisprudence, par rapport à celui qu'en a fait la partie qu'elles ont appuyée (Section B). Cette différence dans la façon qu'ont les intervenantes de traiter la jurisprudence par rapport aux parties directement impliquées constituera un autre élément servant à documenter notre deuxième hypothèse.

A. Résumé du dossier

Dans cet arrêt, la technique d'enquête utilisée par les policiers n'était pas sophistiquée, car elle consistait simplement à s'emparer, sans mandat préalablement autorisé, des sacs d'ordures laissés par Russel Stephen Patrick à l'arrière de sa maison en vue de leur ramassage

⁶¹² *R. c. Patrick*, [2009] 1 R.C.S. 579 (ci-après désigné «l'arrêt *Patrick*»).

⁶¹³ La participation de l'ACLC a d'ailleurs été reconnue explicitement dans le jugement de la Cour, *id.*, par. 30.

par les éboueurs. Cette appropriation par les policiers ne nécessitait pas qu'ils pénètrent sur la propriété de Monsieur Patrick, puisqu'ils n'avaient qu'à étendre le bras au-dessus des limites de sa clôture pour quérir ses sacs. Grâce à des documents trouvés dans ces sacs d'ordures, les policiers obtinrent un mandat pour perquisitionner dans sa maison et son garage, ce qui leur a permis de trouver un laboratoire clandestin d'ecstasy et une certaine quantité de drogue, ce qui mena à des accusations de possession et de trafic de substance illicite contre Monsieur Patrick.

Lors du procès, l'accusé s'opposa à ce que les éléments de preuve trouvés dans sa résidence soient introduits en preuve, au motif qu'ils n'auraient jamais pu être obtenus si les policiers n'avaient pas violé son droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives prévues à l'art. 8 de la *Charte* en fouillant dans ses sacs d'ordures. Appliquant le test établi dans *Tessling*, le juge de première instance rejeta cette prétention, parce qu'à son avis, Monsieur Patrick n'avait pas pu avoir d'attente raisonnable quant à la protection de ses renseignements, puisqu'il avait décidé de jeter aux ordures des renseignements sur son identité et ses activités. La Cour d'appel confirma cette décision.

Monsieur Patrick déposa un avis d'appel de cette condamnation devant la Cour Suprême en novembre 2007 et quelques mois plus tard, les deux intervenantes ACLC et CLA furent autorisées à se joindre au débat judiciaire.⁶¹⁴ Dans une décision rédigée par le juge Binnie (au nom de six des sept juges ayant entendu l'appel), la Cour suprême a maintenu la décision des tribunaux inférieurs à l'effet que, compte tenu des circonstances de l'espèce, la prise des ordures de l'accusé ne constituait pas une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Essentiellement, la Cour basa sa décision sur le fait que, même si Monsieur Patrick pouvait être considéré comme ayant eu une attente subjective en matière de droit à la vie privée, d'un point de vue normatif (il n'avait pas témoigné), il fallait conclure que cette attente n'était pas objectivement raisonnable, puisqu'il avait déposé ses ordures à un endroit où tout passant

⁶¹⁴ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 9 mai 2008, p. 784-785 et celui du 20 juin 2008, p. 996-997.

pouvait y avoir accès. En d'autres termes, selon la Cour, sa conduite équivalait à une renonciation à son droit à la vie privée.⁶¹⁵

Dans une opinion séparée, la juge Abella s'est également montrée d'avis qu'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*, mais pour des motifs différents. Selon elle, les ordures représentent un « espace privé par excellence » devant être protégé des « intrusions aléatoires de l'État » et si on conclut que le citoyen qui dispose de ses sacs aux fins de collecte renonce à la protection de ses renseignements personnels qui y sont contenus, il ne les abandonne qu'« au profit » des éboueurs et non des policiers.⁶¹⁶ Elle préféra donc qualifier les agissements de l'accusé comme ceux d'une personne ayant une « attente réduite » au respect de la vie privée plutôt que d'un abandon pur et simple. Cela dit, en raison des circonstances particulières de l'espèce, la juge statua que l'attente réduite de Monsieur Patrick devait céder le pas aux soupçons raisonnables qu'avaient eu les policiers à l'effet qu'une infraction criminelle avait été commise et qu'en conséquence, la fouille n'était pas abusive.⁶¹⁷

B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux

Puisque les intervenantes ont toutes deux plaidé que l'inspection des sacs d'ordures par les policiers constituait une fouille abusive en vertu de l'art. 8 de la *Charte* et que la Cour suprême a décidé le contraire, on ne peut pas dire que les intervenantes ont réussi à convaincre les juges que l'ensemble de leur position était la bonne. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà mentionné à quelques reprises, bien que les acteurs sociaux ne réussissent pas toujours à imposer la totalité de leurs arguments, cela ne les empêche pas de collaborer à l'élaboration de

⁶¹⁵ *Patrick*, préc. note 612, par. 63. Il faut cependant noter que le juge a ajouté qu'il tenait compte de l'endroit où les ordures avaient été placées, en laissant sous-entendre que la décision aurait peut-être été différente si les ordures s'étaient trouvées sur une galerie, dans un garage ou à proximité de la maison, cf. par. 62.

⁶¹⁶ *Id.* par. 77 et 89.

⁶¹⁷ *Id.*, par. 91. La juge ne s'est pas étendue sur la nature de ces soupçons raisonnables et n'a pas élaboré sur les contours de cette norme, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Kang-Brown*.

certaines précisions et nuances aux règles déjà établies. Ce fut le cas en l'espèce, alors que l'ACLC et la CLA ont participé de façon active dans les discussions suivantes :

- Le fait que la pratique policière d'inspecter les sacs d'ordures doit être considérée comme une fouille au sens de la *Charte* (sans nécessairement être qualifiée d'abusives);
- La qualification juridique du contenu des sacs d'ordures, en particulier quant aux renseignements personnels qu'ils peuvent contenir;
- La question de savoir si le dépôt des ordures aux fins de collecte par un citoyen constitue un abandon de ses renseignements contenus aux sacs ou une renonciation à son droit constitutionnel à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

En d'autres mots, la présente analyse montre que, même si le sort final réservé au litige ne penche pas complètement en faveur de la position d'un acteur social, cela ne veut pas nécessairement dire que les acteurs sociaux n'ont pas eu d'influence sur l'un ou l'autre des sujets de discussion entourant une instance. Servons-nous de ce dossier *Patrick* pour décrire cette dynamique, en examinant séparément certains aspects des positions argumentatives de l'ACLC et de la CLA qui ont eu une influence auprès de la Cour. Par la suite, profitons de ce dossier pour documenter notre deuxième hypothèse quant à la façon dont les acteurs sociaux déploient les autorités jurisprudentielles dont ils se servent pour faire valoir ses arguments.

En ce qui concerne l'ACLC, il faut d'abord dire que, conformément au test *Tessling*, la Cour a abordé la question en litige en se demandant si l'accusé avait eu une attente subjective à ce que le contenu de ses sacs d'ordures demeure privé. À cet égard, la question particulière sur laquelle portait la décision était celle de savoir si le fait de se départir volontairement de ses ordures aux fins de collecte par la municipalité (donc par l'État) équivaut à une

renonciation présumée à la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

Selon la Cour, la première étape pour répondre à cette question était d'évaluer si la façon dont l'accusé s'était comporté à l'égard de la chose revendiquée amenait « un observateur raisonnable et indépendant à conclure qu'il est déraisonnable pour cette personne, eu égard à l'ensemble des circonstances, de continuer à revendiquer le droit au respect de la vie privée ». ⁶¹⁸ Cette question nécessitait à son tour de considérer plusieurs éléments, dont celui de déterminer plus précisément l'objet de la fouille et de la perquisition contestées.

C'est surtout sur cet aspect que l'influence de l'ACLC apparaît de façon évidente. En effet, un peu comme l'avait fait la Cour en traitant de l'absence de renonciation quant aux odeurs émanant d'un sac à dos dans l'arrêt *Kang-Brown*, la juge Deschamps a rejeté la prétention du Procureur général voulant qu'une fois jetés aux ordures, les renseignements personnels contenus dans les sacs faisaient partie du domaine public. Pour en décider ainsi, la Cour ne s'est pas montrée impressionnée par l'argument voulant que dès que les ordures étaient placées à l'extérieur d'une résidence, n'importe quel passant pouvait y avoir accès et elle préféra retenir l'argument de l'ACLC (en la nommant de façon explicite) voulant que les sacs d'ordures soient, en réalité, des « sacs d'informations » :

« En l'espèce, les procureurs généraux considèrent que les « ordures » constituent l'objet de la fouille. Mais par cette simplification exagérée ils se trouvent à passer à côté de la question en litige (ou à l'écarter au moyen d'une présomption). En effet, les ordures ménagères renferment une énorme quantité de renseignements personnels sur ce qui se passe à l'intérieur de nos maisons, y compris une grande quantité d'ADN sur les papiers-mouchoirs, des documents très personnels (par exemple des lettres d'amour, des factures en souffrance, des déclarations de revenus) et sur des vices cachés (contenant de médicaments, seringues, accessoires sexuels, etc.). Comme l'a dit l'avocat de l'Association canadienne des libertés civiles, il serait peut-être plus exact de décrire les sacs d'ordures comme des

⁶¹⁸ *Id.*, par. 25.

[TRADUCTION] « sacs d'informations » dont le contenu, considéré dans son ensemble, donne une idée assez précise et complète des activités de l'occupant et de son mode de vie. Bon nombre d'entre nous ne souhaitent pas nécessairement que ces renseignements soient révélés au public en général ou à la police en particulier. »⁶¹⁹

Sur cette base, on peut dire que cette position voulant que les sacs d'ordures constituent des sacs d'information a eu une certaine importance dans le débat judiciaire, puisqu'elle a aidé à conclure que, d'un point de vue normatif, le citoyen qui dépose ses sacs d'ordures à l'extérieur aux fins de cueillette doit être considéré comme ayant eu une attente subjective quant au respect de sa vie privée.⁶²⁰ Cette conclusion s'avère importante puisqu'elle représente l'élément déclencheur de l'analyse de cette fouille en fonction des dispositions de la *Charte*.⁶²¹ Bien que ce seul aspect n'ait pas été considéré suffisant pour faire déclarer cette saisie abusive, il apporte tout de même des précisions importantes sur la question du concept d'abandon, surtout si on tient compte que la Cour a laissé entendre que si les policiers avaient procédé à la fouille des sacs de Monsieur Patrick alors qu'ils se trouvaient près de son garage ou sur sa galerie, sa conclusion quant à l'objectivité de l'attente et à l'aspect abusif de la conduite des policiers aurait pu être différente.⁶²² Dit autrement, dans d'autres circonstances, la prétention de l'ACLC aurait tout aussi bien pu passer le test au niveau de l'objectivité de l'attente subjective, ce qui montre la pertinence de son intervention.

Quant à la contribution de la CLA dans le débat judiciaire, notre analyse permet de voir qu'elle a soutenu une position stricte à l'effet que les renseignements personnels qui étaient « abandonnés » par un citoyen à un tiers ne pouvaient être utilisés que par ceux

⁶¹⁹ *Id.*, par. 30 (les soulignés sont les nôtres). Remarquons, au passage, la rhétorique constitutive contenue à la dernière phrase de cet extrait : « Bon nombre d'entre nous ne souhaitent pas nécessairement... ».

⁶²⁰ Précisons que, dans ce cas précis, la Cour en est venue à cette conclusion même si l'accusé n'avait pas témoigné à son procès, ce qui confirme à nouveau le caractère normatif du test *Tessling*, *id.*, par. 14 et 27.

⁶²¹ Autrement dit, c'est à partir de la constatation qu'il existe une attente subjective que l'on peut considérer qu'il s'agit d'une fouille au sens de l'art. 8. Dans le cas contraire, l'analyse selon la *Charte* se terminerait à la toute première étape du test et il ne serait pas nécessaire d'aborder la question de savoir si l'attente était objectivement raisonnable.

⁶²² *Patrick*, préc. note 612, par. 63.

auxquels ils étaient destinés (donc, dans ce cas précis, aux éboueurs et non aux policiers). Commentant cet argument de façon explicite, la Cour concéda que ce type de raisonnement pouvait se justifier dans le cadre d'une relation entre un médecin et son patient, mais qu'il était trop rigide pour l'appliquer à la collecte des ordures:

« La Criminal Lawyers' Association cherche à rendre applicable à la collecte d'ordures la thèse selon laquelle des renseignements privés ne devraient rester connus que des personnes (en l'occurrence les éboueurs) à qui on entendait les communiquer, et qu'ils ne devraient être utilisés qu'aux fins pour lesquelles ils ont été communiqués, citant *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 108, et *Dyment*, p. 431-432. On peut facilement accepter cette thèse dans le contexte, par exemple, de la relation entre le médecin et son patient. Mais vouloir en étendre l'application à la relation entre l'éboueur et le propriétaire ou l'occupant d'une maison, comme c'est le cas en l'espèce, c'est pousser les choses un peu trop loin. Non seulement l'éboueur ne s'engage pas à préserver la confidentialité des renseignements que contiennent les ordures, mais toute attente en ce sens que pourrait avoir la personne déposant ses ordures pour le ramassage serait carrément déraisonnable. »⁶²³

Malgré cette divergence de vues, on aperçoit quand même une Cour suprême qui prend la peine de répondre de façon explicite à la CLA, ce qui témoigne que, même s'ils ne réussissent pas à convaincre, certains propos ont quand même alimenté le débat judiciaire.

Cela étant dit, comme annoncé plus haut, nous voulons nous servir de ce dossier *Patrick* pour documenter notre deuxième hypothèse quant aux comparaisons qui peuvent être faites entre la façon dont les intervenants se servent de la jurisprudence pour soutenir leurs arguments et celle préconisée par la partie directement impliquée qu'ils appuient.⁶²⁴ Sur ce plan, la première remarque qui s'impose est qu'en vertu de la règle du *stare decisis* et de l'attitude graduelle et cohérentiste inhérente au développement jurisprudentiel, il existe toujours un certain nombre d'arrêts de principe qui sont cités tant par les parties, par les

⁶²³ *Id.*, par. 67.

⁶²⁴ Encore une fois, nous ne prétendons pas qu'il s'agit d'une pratique universelle, mais les remarques contenues aux paragraphes suivants ont été constatées dans plusieurs autres dossiers.

intervenants que par la Cour. Dans ce dossier, ce « tronc commun » jurisprudentiel était composé des neuf arrêts suivants:

TABLEAU 17
TRONC COMMUN DE LA JURISPRUDENCE RETENUE PAR LA COUR SUPRÊME
(DOSSIER *R. c. PATRICK*)

JURISPRUDENCE CITÉE	Appelant Patrick	CLA	ACLIC	Cour
	À moins d'indiquer le nombre de citations, les chiffres de ces colonnes réfèrent aux numéros de paragraphes des mémoires ou du jugement			
<i>Hunter c. Southam</i> [1984] 2 R.C.S. 145	16	16	15	14, 15, 70
<i>R. c. Andrews</i> [2005] J.Q. No. 8595	23	23	11,31	60
<i>R. v. Buhay</i> [2003] 1 S.C.R. 631	7, 20	7, 20	22	38
<i>R. v. Colarusso</i> [1994] 1 S.C.R. 20	7, 16	7, 16	18	38
<i>R. v. Duarte</i> [1990] 1 S.C.R. 30	13	13	30, 38	12
<i>R. v. Dymnt</i> [1988] 2 S.C.R. 471	8,17	8,17	9	8, 17
<i>R. v. Edwards</i> [1996] 1 S.C.R. 128	9 citations	Note ⁶²⁵	9	8 citations
<i>R. v. Plant</i> [1993] 3 S.C.R. 281	5 citations	Note ⁶²⁶	16	6 citations
<i>R. v. Tessling</i> [2004] 3 S.C.R. 432	17 citations	Note ⁶²⁷	8 citations	12 citations

⁶²⁵ Ayant été cité par tous, sauf par la CLA, nous considérons l'arrêt *Edward* comme faisant partie du tronc commun.

⁶²⁶ Ayant été cité par tous, sauf par la CLA, nous considérons également l'arrêt *Plant* comme faisant partie du tronc commun.

⁶²⁷ La CLA n'a pas cité explicitement l'arrêt *Tessling*, mais a fait plusieurs références à son test aux par. 8-14, 22-24 et 28 de son mémoire.

En même temps, l'identification d'un tel tronc commun d'arrêts plaidés par tous les participants met en lumière le fait que, pour faire valoir leur argumentaire, les intervenantes se servent d'une jurisprudence distinctive de celle de la partie qu'elles appuient. Examinons le tableau suivant, qui montre que la CLA et l'ACLC se sont respectivement servies de 11 et 13 arrêts distinctifs pour soutenir leur raisonnement :

TABLEAU 18
JURISPRUDENCE DISTINCTIVE DES INTERVENANTES PAR RAPPORT
À CELLE DE LA PARTIE QU'ELLES APPUIENT (*R. C. PATRICK*)

JURISPRUDENCE CITÉE	Citée par la CLA	Citée par l'ACLC	Citée par Patrick
Arrêts émanant du Canada	Les chiffres de ces colonnes réfèrent aux numéros de paragraphes des mémoires		
<i>R. c. A.M</i> 2008 SCC 19	19	8 citations	non
<i>R. v. Borden</i> [1994] 3 S.C.R. 145	15	-	non
<i>R. v. Law</i> [2002] 1 S.C.R. 227	21	-	non
<i>R. v. Mills</i> [1993] 3 S.C.R. 668	8,17	-	non
<i>R. v. Mohamad</i> [2004] 69 O.R. (3d) 41	-	9	non
<i>R. v. S.A.B. [2003]</i> 2 S.C.R. 678	26	-	non
<i>R. v. Stillman</i> [1997] 1 S.C.R. 607	-	24	non
<i>R. v. White</i> [1999] 2 S.C.R. 417	27	-	non
<i>R. v. Wong</i> [1990] 3 S.C.R. 36	-	9, 27, 30	non
Arrêts émanant de juridictions étrangères (« JE »)			
<i>State v. Boland</i> , 800 P.2d 1112 (Wash. 1990)	-	20	non
<i>State v. Galloway</i> , 109 P.3d 383 (Or. 2005)	-	20	non
<i>State v. Goss</i> , 834 A.2d 316 (N.H. 2003)	5	20	non
<i>State v. Granville</i> , 142 P.3d 933 (N.M. Ct. App. 2006)	5	-	non
<i>State v. Greenwood</i> , 108 S. Ct. 1625 (1988)	5	11,29	non
<i>State v. Hempele</i> , 576 A.2d 793 (N.J. 1990)	-	20	non
<i>People v. Krivda</i> , 486 P.2d 1262 (Cal.1971)	61	-	non
<i>Simpson v. Gowers</i> , (1981), 32 O.R. (2d) 385	-	19	non
<i>State v. Morris</i> , 680 A.2d 90, 165 Vt. 111 (Vt. 1996)	23	20	non
<i>State v. Tanaka</i> , 701 P.2d 1274 at 1276-77 (Haw. 1985)	-	20	non
<i>Williams and Others v. Phillips Roberts and Others v. Phillips</i> , 1957 WL 18264	-	23	non
Nombre d'arrêts distinctifs cités par la CLA et l'ACLC (par rapport à ceux cités par l'appelant)	11	13	-

À partir de ce Tableau 18, l'analyse que nous avons faite fut d'examiner dans quelle mesure cette jurisprudence distinctive a été retenue par la Cour. Les résultats de cet exercice se retrouvent dans le tableau suivant :

TABLEAU 19
JURISPRUDENCE DISTINCTIVE DES INTERVENANTS
RETENUE PAR LA COUR SUPRÊME (R. C. PATRICK)

JURISPRUDENCE CITÉE	Citée par la CLA	Citée par l'ACLCL	Retenue par la Cour suprême
Arrêts émanant du Canada	Les chiffres de ces colonnes réfèrent aux numéros de paragraphes des mémoires ou du jugement		
<i>R. c. A.M.</i> , 2008 SCC 19	19	8 citations	18, 32, 34
<i>R. v. Borden</i> , [1994] 3 S.C.R. 145	15	-	-
<i>R. v. Law</i> , [2002] 1 S.C.R. 227	21	-	21
<i>R. v. Mills</i> , [1993] 3 S.C.R. 668	8,17	-	9, 12
<i>R. v. Mohamad</i> , [2004] 69 O.R. (3d) 41	-	9	-
<i>R. v. S.A.B.</i> , [2003] 2 S.C.R. 678	26	-	-
<i>R. v. Stillman</i> , [1997] 1 S.C.R. 607	-	24	23
<i>R. v. White</i> , [1999] 2 S.C.R. 417	27	-	-
<i>R. v. Wong</i> , [1990] 3 S.C.R. 36	-	9, 27, 30	16, 32
Arrêts émanant de juridictions étrangères (« JE »)			
<i>State v. Boland</i> , 800 P.2d 1112 (Wash. 1990)	-	20	-
<i>State v. Galloway</i> , 109 P.3d 383 (Or. 2005)	-	20	-
<i>State v. Goss</i> , 834 A.2d 316 (N.H. 2003)	5	20	-
<i>State v. Granville</i> , 142 P.3d 933 (N.M. Ct. App. 2006)	5	-	-
<i>State v. Greenwood</i> , 108 S. Ct. 1625 (1988)	5	11,29	61,76
<i>State v. Hemele</i> , 576 A.2d 793 (N.J. 1990)	-	20	-
<i>People v. Krivda</i> , 486 P.2d 1262 (Cal.1971)	61	-	23
<i>Simpson v. Gowers</i> , (1981), 32 O.R. (2d) 385	-	19	-
<i>State v. Morris</i> , 680 A.2d 90, 165 Vt. 111 (Vt. 1996)	23	20	61
<i>State v. Tanaka</i> , 701 P.2d 1274 at 1276-77 (Haw. 1985)	-	20	-
<i>Williams and Others v. Phillips Roberts and Others v. Phillips</i> , 1957 WL 18264	-	23	-
Nombre d'arrêts distinctifs cités par la CLA et l'ACLCL (par rapport à ceux cités par l'appelant)	11	13	-
Nombre d'arrêts distinctifs de source étrangère cités par la CLA et l'ACLCL (par rapport à ceux cités par l'appelant)	5	9	
Nombre d'arrêts distinctifs cités en commun par la CLA et l'ACLCL	4	4	-
Nombre d'arrêts cités en commun retenus par la Cour	3 sur 4	3 sur 4	-
Nombre d'arrêts cités exclusivement par la CLA	7	-	-
Nombre d'arrêts exclusifs de la CLA retenus par la Cour	3 sur 7	-	-
Nombre d'arrêts cités exclusivement par l'ACLCL	-	9	-
Nombre d'arrêts exclusifs de l'ACLCL retenus par la Cour	-	2 sur 9	-
Nombre total d'arrêts distinctifs retenus par la Cour	6 sur 11 (dont 3 JE)	5 sur 13 (dont 3 JE)	-

Les deux derniers tableaux révèlent des renseignements utiles pour documenter notre deuxième hypothèse. Tout d'abord, comme nous l'avons mentionné, le Tableau 18 montre que les intervenantes ont présenté des argumentations jurisprudentielles différentes de celles de la partie qu'elles appuyaient, puisque la CLA a proposé 11 arrêts qui n'ont pas été invoqués par l'appelant Patrick, alors que l'ACLIC en a proposé 13.⁶²⁸ Selon le Tableau 19, seulement 4 de ces 24 arrêts distinctifs ont été cités par les deux intervenantes (rectangles jaune), ce qui démontre que ces acteurs sociaux ont non seulement proposé des autorités distinctes de celles de la partie qu'elles appuient, mais aussi de celles des autres intervenants dans le dossier.

Deuxièmement, on remarque que 3 des 4 arrêts distinctifs plaidés en commun par les intervenantes ont également fait l'objet de discussions par la Cour (rectangles orange) et que les juges ont également référé à 3 arrêts plaidés exclusivement par la CLA et 2 autres arrêts plaidés exclusivement par l'ACLIC (rectangles rose et vert). Cette compilation semble donc révélé une contribution distincte des intervenantes dans le débat jurisprudentiel (bien qu'il ne soit évidemment pas possible d'affirmer que la Cour n'en aurait pas tenu compte si les intervenantes n'en avaient pas parlé).

Troisièmement, on remarque que la CLA et l'ACLIC se sont servies de la jurisprudence étrangère pour appuyer leurs argumentations, ce qui ne fut pas le cas pour l'appelant.⁶²⁹ En outre, on observe que, comme pour la jurisprudence canadienne, une bonne partie des arrêts étrangers suggérés par les intervenantes est spécifique à chacune de leur argumentation, puisque seulement 3 des 11 références étrangères invoquées par la CLA et l'ACLIC se recoupent. On remarque également que trois de ces arrêts étrangers ont été repris par la Cour. Le recours à ces décisions émanant des tribunaux des juridictions situées à l'extérieur du Canada suggère aussi que des organisations telles que la CLA et l'ACLIC veulent que la Cour

⁶²⁸ Il faut aussi noter que certaines références apparaissent à plus d'une reprise dans les mémoires. Par exemple, l'arrêt *Wong* a été cité à trois endroits différents dans le mémoire de l'ACLIC.

⁶²⁹ L'appelant Patrick a référé à 30 décisions dans son mémoire et aucune d'entre elles n'émanent de tribunaux étrangers.

suprême adopte une vision du droit qui est plus globale (ou « internationale ») que celle proposée par les parties directement impliquées.

Finalement, un des aspects intéressants révélés par cette analyse de la jurisprudence citée par les intervenantes est de voir qu'en additionnant leurs arrêts cités de façon distinctive (Tableau 18) et ceux du tronc commun (Tableau 17), on constate qu'un pourcentage considérable d'entre eux a été cité par la Cour. Dans le cas de la CLA, on retient que 12 des 17 arrêts qu'elle a cités à son mémoire ont également été mentionnés dans les motifs de la Cour, ce qui montre un « taux de réussite » de 71% :

TABLEAU 20
JURISPRUDENCE CITÉE PAR LA CLA RETENUE PAR LA COUR SUPRÊME
(R. C. PATRICK)

Nombre d'arrêts	Par. du mémoire	JURISPRUDENCE CITÉE	Retenue par la Cour	Par. de la décision
Arrêts émanant du Canada				
1	16	<i>Hunter c. Southam</i> , [1984] 2 R.C.S. 145	Oui	14, 15, 70
2	23	<i>R. c. Andrews</i> , [2005] J.Q. No. 8595	Oui	60
3	19	<i>R. c. A.M.</i> , 2008 SCC 19	Oui	18, 32, 34
4	15	<i>R. v. Borden</i> , [1994] 3 S.C.R. 145	Non	-
5	7, 20	<i>R. v. Buhay</i> , [2003] 1 S.C.R. 631	Oui	38
6	7, 16	<i>R. v. Colarusso</i> , [1994] 1 S.C.R. 20	Oui	38
7	13	<i>R. v. Duarte</i> , [1990] 1 S.C.R. 30	Oui	12
8	8, 17	<i>R. v. Dymment</i> , [1988] 2 S.C.R. 471	Oui	8, 17
9	21	<i>R. v. Law</i> , [2002] 1 S.C.R. 227	Oui	21
10	9, 12	<i>R. v. Mills</i> , [1993] 3 S.C.R. 668	Oui	9,12
11	26	<i>R. v. S.A.B.</i> , [2003] 2 S.C.R. 678	Non	-
12	27	<i>R. v. White</i> , [1999] 2 S.C.R. 417	Non	-
Arrêts émanant de juridictions étrangères				
13	5	<i>State v. Goss</i> , 834 A.2d 316 (N.H. 2003)	Non	-
14	5	<i>State v. Granville</i> , 142 P.3d 933 (N.M. Ct. App. 2006)	Non	-
15	5	<i>State v. Greenwood</i> , 108 S. Ct. 1625 (1988)	Oui	61,76
16	23	<i>People v. Krivda</i> , 486 P.2d 1262 (Cal.1971)	Oui	23
17	23	<i>State v. Morris</i> , 680 A.2d 90, 165 Vt. 111 (Vt. 1996)	Oui	61
		Nombre total d'arrêts retenus par la Cour	12 sur 17 (71%)	-

Le même genre de propos peut être tenu à l'égard de la jurisprudence citée par l'ACLC, alors que 14 des 22 arrêts cités à son mémoire se sont également retrouvés dans la décision finale de la Cour suprême, tel qu'en témoigne le tableau suivant :

TABLEAU 21
JURISPRUDENCE CITÉE PAR L'ACLC RETENUE PAR LA COUR SUPRÊME
(R. C. PATRICK)

Nombre d'arrêts	Par. du mémoire (ou nombre de citations)	JURISPRUDENCE CITÉE	Retenue par la Cour	Par. de la décision
Arrêts émanant du Canada				
1	15	<i>Hunter c. Southam</i> , [1984] 2 R.C.S. 145	Oui	14, 15, 70
2	11,31	<i>R. c. Andrews</i> , [2005] J.Q. No. 8595	Oui	60
3	7 citations	<i>R. c. A.M.</i> , 2008 SCC 19	Oui	18, 32, 34
4	22	<i>R. v. Buhay</i> , [2003] 1 S.C.R. 631	Oui	38
5	18	<i>R. v. Colarusso</i> , [1994] 1 S.C.R. 20	Oui	38
6	30, 38	<i>R. v. Duarte</i> , [1990] 1 S.C.R. 30	Oui	12
7	9	<i>R. v. Dymont</i> , [1988] 2 S.C.R. 471	Oui	8, 17
8	9	<i>R. v. Edwards</i> , [1996] 1 S.C.R. 128	Oui	17, 20, 26, 81
9	9	<i>R. v. Mohamad</i> , [2004] 69 O.R. (3d) 41	Non	-
10	16	<i>R. v. Plant</i> , [1993] 3 S.C.R. 281	Oui	6 citations
11	24	<i>R. v. Stillman</i> , [1997] 1 S.C.R. 607	Oui	23
12	8 citations	<i>R. v. Tessling</i> , [2004] 3 S.C.R. 432	Oui	12 citations
13	9, 27, 30	<i>R. v. Wong</i> , [1990] 3 S.C.R. 36	Oui	16,32
Arrêts émanant du Canada				
14	19	<i>Simpson v. Gowers</i> , (1981), 32 O.R. (2d) 385	Non	-
15	21	<i>State v. Boland</i> , 800 P. 2d 1112	Non	-
16	20	<i>State v. Goss</i> , 834 A.2d 316 (N.H. 2003)	Non	-
17	20	<i>State v. Granville</i> , 142 P.3d 933 (N.M. Ct. App. 2006)	Non	-
18	20, 36	<i>State v. Hemele</i> , 576 A.2d 793 (N.J. 1990)	Non	-
19	11, 29	<i>State v. Greenwood</i> , 108 S. Ct. 1625 (1988)	Oui	61,76
20	20	<i>State v. Morris</i> , 680 A.2d 90, 165 Vt. 111 (Vt. 1996)	Oui	61
21	20	<i>State v. Tanaka</i> , 701 P.2d 1274 at 1276-77 (Haw. 1985)	Non	-
22	23	<i>Williams and Others v. Phillips Roberts and Others v. Phillips</i> , 1957 WL 18264	Non	-
		Nombre total d'arrêts retenus par la Cour	14 sur 22 (64%)	-

Pour récapituler cette analyse du dossier *Patrick*, nous retiendrons particulièrement que l'impact des deux intervenantes dans ce débat judiciaire se révèle à travers la jurisprudence distinctive qu'elles ont citée par rapport à celle de l'appelant, dont une bonne partie fut retenue par la Cour (Tableaux 18 à 20). Bien sûr, il faut se prémunir contre l'idée d'attribuer un niveau d'impact élevé à un intervenant, dès qu'un des arrêts distinctifs qu'il cite est retenu par la Cour. Cet élément constitue toutefois un facteur pertinent à considérer, puisqu'il montre l'aspect complémentaire de l'argumentation des intervenants par rapport à celle des parties directement impliquées et l'apport distinct qu'ils sont susceptibles de fournir dans les débats judiciaires. En outre, on peut dire que l'influence de l'ACLC dans ce dossier *Patrick* fut plus importante que celle de la CLA, du fait qu'elle a participé directement à la production du droit, en apportant des précisions quant à la règle touchant les fouilles, perquisitions et saisies des sacs d'ordures. Comme marque indélébile de cette contribution, on note que la Cour suprême a pris la peine de citer son procureur de façon explicite.⁶³⁰

Nous avons également profité de ce dossier pour décrire la façon différente dont les intervenantes se servent de la jurisprudence pour appuyer leurs argumentations. Sans reprendre ce que nous venons d'écrire, rappelons que deux caractéristiques qui ressortent de notre examen de façon plus prononcée sont l'aspect distinctif des autorités plaidées par les acteurs sociaux ainsi que le recours à des décisions émanant des tribunaux étrangers.

Cas #7: R. c. Gomboc (2010)

Le cinquième cas de la présente étude est l'arrêt *R. c. Gomboc*, décidé par la Cour suprême en 2010.⁶³¹ Au niveau de la question en litige, ce dossier montre plusieurs points en

⁶³⁰ *Patrick*, note 612, par. 30.

⁶³¹ *R. c. Gomboc*, [2010] 3 R.C.S. 211 (ci-après « l'arrêt *Gomboc* »).

commun avec l'affaire *Tessling*, puisqu'il s'agissait de décider si les policiers avaient enfreint l'art. 8 de la *Charte* en obtenant l'émission d'un mandat de perquisition grâce à des données enregistrées par un ampèremètre numérique (« AN »), lequel avait cette fois été installé sur la résidence d'un individu.

Nous voulons nous servir de ce dossier pour faire état de deux points particuliers. Le premier est d'illustrer le concept de « dialogue continu » auquel nous avons fait référence à quelques reprises jusqu'à maintenant, lequel se révèle notamment par la corrélation qu'on peut observer entre les références jurisprudentielles de l'arrêt *Gomboc* et celles invoquées par les acteurs sociaux dans le dossier *Patrick*. Le deuxième point est de montrer que la présence des acteurs sociaux est susceptible d'apporter une source additionnelle de crédibilité ou de légitimité aux motifs des juges, en ce qu'elle leur permet de référer aux arguments de ces acteurs en les nommant de façon spécifique, ce qui a l'avantage de donner un visage plus concret à leur argumentation.

Avant d'aborder ces deux aspects, deux mises en garde doivent absolument être faites. La première est de mentionner qu'il n'est pas question de prétendre qu'un « dialogue continu » existe dans un dossier dès que la Cour suprême (ou tout autre tribunal) fait référence à une partie ou à un intervenant de façon nominative ou, encore bien moins, lorsqu'elle discute ou retient des arguments, arrêts ou autorités cités par un ou l'autre des participants. En d'autres termes, il ne faut pas succomber à la tentation d'appeler « dialogue continu », ce qui, au fond, n'est que la pratique normale d'un tribunal qui, après tout, est toujours tenu d'en arriver à une conclusion en tenant compte des arguments et de la jurisprudence existant au moment du litige.

L'idée derrière ce « dialogue continu » est plutôt de mettre en exergue qu'à travers une série d'arrêts, certains acteurs qui participent de façon plus ou moins soutenue plus dans les débats judiciaires (comme ceux dont nous discutons à la présente thèse) peuvent être à l'origine d'un argument (ou de la modification d'un argument) et que leur présence peut, à un certain degré, alimenter une « discussion » susceptible d'apporter un changement du système normatif.

Notre deuxième remarque se situe au même niveau, dans le sens où il faut se prémunir contre l'idée que la Cour a absolument « besoin » des acteurs sociaux pour décider des litiges et qu'une référence explicite à un acteur social dans les motifs d'un jugement signifie nécessairement que la décision aurait été différente s'il n'avait pas participé dans le débat. Autrement dit, le fait qu'un juge se serve d'un acteur social pour appuyer ses dires ne signifie pas nécessairement que ce dernier a réussi à faire modifier le jugement qui aurait autrement été rendu. Tout ce qu'on peut faire à ce niveau est de constater qu'un acteur social a soumis un argument distinctif et que la Cour en a parlé dans son jugement, ce qui laisse supposer une certaine corrélation entre les deux raisonnements. Pour cette raison, la grille de lecture que nous avons construite (Tableau 15) invite à considérer d'autres critères (auteurs distinctifs, références explicites par la Cour, etc.) pour mesurer l'impact d'un acteur dans un dossier, étant entendu que l'évaluation comportera toujours un certain volet subjectif.

Ces précisions étant faites, comme pour tous les autres cas, commençons par un résumé du dossier (Section A) et voyons ensuite les deux points particuliers dont nous voulons traiter (Section B).

A. Résumé du dossier

Comme mentionné ci-haut, les faits de cette affaire ressemblent un peu à ceux que nous avons vus dans le dossier *Tessling*, puisqu'ils concernent la surveillance sans mandat d'une résidence par des policiers. Cette surveillance faisait suite à des constatations visuelles laissant croire que la résidence de Daniel Gomboc était un lieu de production de marijuana : condensation des fenêtres, vapeur au-dessous de la terrasse, odeur suspecte, etc. Suite à ces constatations, la police demanda au fournisseur d'électricité d'installer un petit compteur qui mesure et enregistre le courant en ampères sur la ligne électrique (et non sur sa résidence), ce qui permettait d'enregistrer la consommation d'électricité et de détecter des cycles de consommation anormaux.

Effectivement, cet appareil révéla un cycle d'environ 18 heures, lequel, selon l'interprétation des policiers, est compatible avec une culture de la marihuana. Cette information fut donc utilisée par eux pour obtenir un mandat de perquisition, ce qui permit de trouver une quantité considérable de drogue et de l'équipement servant à sa production, ce qui amena le dépôt d'accusation de possession et de production de marihuana en vue d'en faire le trafic contre Monsieur Gomboc.

Au procès, l'accusé plaida que l'obtention de la preuve recueillie par l'AN avait violé son droit contre les perquisitions et fouilles abusives de l'art. 8 de la *Charte* et qu'elle devait être exclue du dossier. Le juge de première instance rejeta cette demande de l'accusé en assimilant la technique de l'AN à celle utilisée dans l'arrêt *Tessling*, laquelle, rappelons-le, avait été déclarée non intrusive. Le juge fonda également sa décision sur le fait qu'une loi nouvellement adoptée par la province de l'Alberta permettait à tout individu de ne pas divulguer ses renseignements personnels et que, comme Monsieur Gomboc ne s'était pas prévalu de cette option, il ne pouvait être considéré comme ayant eu une attente au respect de sa vie privée.

La Cour d'appel infirma cette décision à la majorité, au motif qu'il s'agissait d'une technologie beaucoup plus envahissante et révélatrice que la méthode FLIR et que l'interprétation de la nouvelle loi par le juge du procès était beaucoup trop large, puisqu'elle équivalait à une renonciation implicite par les justiciables à la confidentialité de leurs renseignements personnels.

En septembre 2009, le ministère public déposa un avis d'appel à la Cour suprême et en février 2010, celle-ci autorisa l'ACLC à intervenir.⁶³² Dans un jugement divisé, quatre des juges majoritaires se sont servis du test *Tessling* ainsi que de ses différentes applications dans les arrêts *Kang-Brown* et *Patrick*, pour déterminer qu'il n'y avait pas eu de fouille abusive, car

⁶³² *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 26 février 2010, p. 254-255.

la technique de l'AN, tel qu'elle était développée au moment où elle fut utilisée, ne révélait pas de détails importants quant aux renseignements personnels des occupants.

Dans une opinion séparée, les trois autres juges majoritaires estimèrent au contraire que l'AN constituait une technique intrusive, du fait qu'elle permettait d'inférer des renseignements à l'égard desquels un individu est en droit d'avoir une attente au respect de sa vie privée. Par ailleurs, ces mêmes juges conclurent que, dans ce cas, l'attente ne se justifiait pas objectivement, car l'accusé ne s'était pas prévalu d'un règlement établi en vertu d'une nouvelle loi régissant les paramètres de la relation entre un propriétaire et son fournisseur de services, lequel lui aurait permis de tenir ses renseignements confidentiels.

Cette décision fut marquée par une forte dissidence signée conjointement par la juge en chef et le juge Fish, lesquels se sont montrés en total désaccord avec l'opinion des majoritaires. Après s'être étendus sur le test *Tessling* d'une façon plus élaborée que leurs collègues, les juges décidèrent que, peu importe le comportement spécifique de l'accusé dans ce dossier, il fallait conclure à une attente raisonnable d'un point de vue normatif. Ils statuèrent également que le règlement régissant les relations entre l'accusé et son fournisseur d'électricité n'avait pas altéré la nature de cette attente objective, puisqu'il ne fallait pas présumer qu'un consommateur moyen connaît le menu détail d'un régime de réglementation complexe et que, même si c'était le cas, ce consommateur moyen ne considérerait probablement pas que ce règlement autorise la violation des garanties prévues par la *Charte*.

B. Analyse de l'impact de l'ACLC

Tel qu'annoncé plus haut, deux éléments ont retenu notre attention de façon plus particulière dans ce dossier, soit (1) l'existence d'une certaine forme de « dialogue continu », lequel a notamment servi à étoffer l'interprétation de l'art. 8 de la *Charte* et à préciser certains paramètres du test *Tessling* et (2) le fait que la présence d'un acteur social permet aux juges de faire référence à son argumentation et de le nommer spécifiquement dans la décision judiciaire, ce qui apporte une source additionnelle de légitimité à leur justification.

Quant au premier élément, mentionnons d'abord comment les auteurs américains définissent ce concept du « dialogue » :

« When the Court interprets the Constitution it has plenty of company. Congress, the White House, government agencies, interest groups, the general public, and the states are all legitimate players. (...) »

Just as the Supreme Court leaves its mark on American society, so are social forces part of the mix of constitutional law. The Court, frequently regarded as a nonpolitical and independent branch of government, is very much a product of its times. Justice Cardozo reminded us that the “great tides and currents which engulf the rest of men do not turn aside in their course and pass the judges by”. In 1905, the Supreme Court remarked that as a result of the general grant of powers expressed in the Constitution, “as changes come in social and political life it embraces in its grasp all new conditions which are within the scope of the powers in terms conferred.” At times, those social and political changes are recognized and accepted by the Court; on a number of occasions, they force the Court to make changes in judicial doctrines. (...)

« Social and political forces affect the process by which a multimember Court gropes incrementally toward a consensus and a decision. In such areas as civil rights, sex discrimination, church and state, abortion, and criminal procedures, the Court moves with a series of half steps, disposing of the particular issue at hand while preparing for the next case. Through installments it lays the groundwork for a more comprehensive solution, always sensitive to the response of society and the institutions of government that must enforce judicial rulings. »⁶³³

L'idée maîtresse derrière ce concept est donc de tempérer la fameuse notion de « suprématie judiciaire », en montrant que le droit se construit petit à petit, en collaboration avec les acteurs qui participent aux débats judiciaires.

⁶³³ N. DEVINS et L. FISHER, *Democratic Constitution*, préc. note 57, p. 29-30, citant Benjamin N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Conn, Yale University Press, 1921. Il est intéressant de constater que dans un jugement récent, la Cour suprême du Canada a également référé à cet ouvrage du juge cf. *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 33-36.

Nous inspirant de cette notion, un des éléments qui ressort de notre analyse est que plusieurs discussions ayant été tenues dans les débats judiciaires dont nous avons traités au présent thème refont surface dans l'arrêt *Gomboc*, créant ainsi une chaîne argumentative impliquant les acteurs sociaux et les juges, échelonnée sur une période de cinq ans. Pour détecter la présence de ce « dialogue », l'exercice que nous avons fait a été de comparer les références jurisprudentielles de l'arrêt *Gomboc* avec celles de l'arrêt *Patrick* et de retenir celles qui avaient été suggérées par les acteurs sociaux dans ce dernier dossier. À travers cette analyse, l'objectif que nous nous sommes fixé a été d'examiner si les discussions entamées par les acteurs sociaux dans le dossier *Patrick* s'étaient poursuivies dans le dossier *Gomboc*.

Cet exercice a d'abord révélé que dix arrêts discutés dans le premier dossier (*Patrick*) avaient également été traités dans le deuxième (*Gomboc*). Cette compilation des arrêts cités par les acteurs sociaux et retenus par la Cour dans les deux dossiers a fourni les résultats suivants :

TABLEAU 22 - JURISPRUDENCE CITÉE PAR LES ACTEURS SOCIAUX ET RETENUE PAR LA COUR DANS LES DOSSIERS *PATRICK* ET *GOMBOC*

JURISPRUDENCE CITÉE	Nombre de références par les AS dans le dossier <i>Patrick</i>	Nombre de références par la Cour dans l'arrêt <i>Patrick</i>	Nombre de références par la Cour dans l'arrêt <i>Gomboc</i> *	Par. des références dans l'arrêt <i>Gomboc</i>
<i>Hunter c. Southam</i> [1984] 2 R.C.S. 145	31	3	3	14, 17,75
<i>R. c. A.M.</i> [2008] 1 S.C.R. 569 <i>/R. c. Kang-Brown</i> [2008] 1 R.C.S. 456**	9	8	4	18, 20, 130, 145
<i>R. v. Buhay</i> [2003] 1 S.C.R. 631	3	1	1	108
<i>R. v. Colarusso</i> [1994] 1 S.C.R. 20	3	1	2	27, 78
<i>R. v. Edwards</i> [1996] 1 S.C.R.128	1	4	5	18, 77, 78, 108
<i>R. v. Law</i> [2002] 1 S.C.R. 227	1	1	2	106, 107
<i>R. c. Patrick</i> [2009] 1 R.C.S. 579	-	-	13	18, 20, 25, 27, 37, 39, 45, 49 ,78, 79, 80, 93
<i>R. v. Plant</i> [1993] 3 S.C.R. 281	5	6	18	2, 23, 28, 29, 30, 38, 40, 76, 79, 81, 120, 128, 132
<i>R. v. Tessling</i> [2004] 3 S.C.R. 432	6	17	22	18, 19, 23, 34, 38, 40, 45, 49, 71, 78, 79, 81, 115, 117, 120, 133
Total	59	41	70	-

*Ce chiffre tient compte que certains paragraphes de l'arrêt *Gomboc* réfèrent plus d'une fois à l'arrêt dont il est question.

**Traitant essentiellement des mêmes questions et ayant été plaidés et décidés par la Cour en même temps, ces deux arrêts sont regroupés pour les fins de ce tableau.

À travers ces données, on remarque que 6 des 9 arrêts du « tronc commun » jurisprudentiel du dossier *Patrick* (Tableau 17) réapparaissent dans l'arrêt *Gomboc*, ce qui constitue un premier indice que les discussions quant aux normes applicables aux techniques de surveillance continuent d'un dossier à l'autre.⁶³⁴ Sur ce plan, on note plus particulièrement que le test établi dans l'arrêt *Tessling* demeure un sujet âprement discuté avec 17 citations dans l'arrêt *Patrick* et 22 dans l'arrêt *Gomboc*.

Jusqu'à-là, cet enchaînement de citations entre les mémoires des acteurs sociaux et les arrêts *Patrick* et *Gomboc* n'est pas une grande découverte, puisqu'il est tout à fait normal que la Cour suprême se serve de ses arrêts antérieurs pour justifier une nouvelle décision sur un sujet connexe et que la règle du *stare decisis* elle-même exige de la Cour suprême que, sauf exception, respecte ses propres précédents.⁶³⁵ En outre, il est clair ces discussions tenues dans les deux arrêts n'ont pas débuté dans l'arrêt *Patrick*, mais bien avant, soit dans les dossiers *Kang-Brown, A.M.*, *Tessling* et d'autres qui les ont précédés. Cela dit, le point important que nous voulons souligner à travers ce type d'analyse est le suivant : l'impact que peut avoir un acteur social dans un dossier particulier est susceptible de résonner dans les arrêts subséquents, ce qui constitue une des caractéristiques principales d'un « dialogue continu ». Prenons trois exemples pour illustrer cet aspect.

Tout d'abord, nous avons vu que le test servant à déterminer si une technique d'enquête constituait une fouille, perquisition ou saisie abusive selon la *Charte* a été élaboré dans l'arrêt *Tessling* à l'aide d'arguments fournis par l'ACLC.⁶³⁶ Nous avons également exposé que, toujours à l'aide de l'ACLC, ce même test a été raffiné dans des arrêts subséquents, tels que *Kang-Brown* (cas #5) et *Patrick* (cas #6). Or, dans *Gomboc*, ce

⁶³⁴ Les arrêts *Southam*, *Buhay*, *Colarusso*, *Edwards*, *Plant* et *Tessling*. En outre, la décision dans *Gomboc* réfère évidemment à l'arrêt *Patrick*, à plusieurs reprises.

⁶³⁵ *R. c. Bernard*, [1988] 2 RCS 833, par. 28. Il faut aussi dire qu'il est tout aussi logique que les acteurs sociaux aient recours à ces décisions, puisque celles-ci fixent les paramètres d'interprétation de la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions.

⁶³⁶ Voir notre discussion au cas #3.

développement progressif a été constaté et repris à nouveau de façon explicite par les juges Deschamps et Abella, ce qui, à un certain degré, témoigne du fait que la contribution de l'ACLC dans *Tessling* a également servi à élaborer les motifs dans chacun des arrêts *Kang-Brown*, *Patrick* et *Gomboc*.⁶³⁷

Pour illustrer un deuxième exemple de « dialogue continu » à travers la série d'arrêts dont nous discutons au présent thème, on se rappellera que, dans *Tessling*, l'ACLC avait également contribué à la précision importante voulant que le test servant à interpréter la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives était de nature normative et non descriptive.⁶³⁸ Or, cette discussion quant au caractère normatif du test s'est poursuivie en 2008 dans les arrêts *A.M.* et *Kang-Brown*, alors que la Cour s'est servie de cette notion pour déterminer que les élèves d'une école secondaire et les passagers d'un autobus devaient être considérés comme ayant eu une attente subjective en matière de vie privée quant aux sacs contenant leurs effets personnels.⁶³⁹ En 2009, la Cour a utilisé la même norme dans l'arrêt *Patrick* pour statuer qu'un citoyen avait une attente subjective quant au caractère privé des renseignements contenus dans ses sacs d'ordures.⁶⁴⁰ Par la suite, dans l'arrêt *Gomboc* de 2010, les juges majoritaires (comme les dissidents) ont référé à nouveau à cette notion pour décider que, malgré l'existence d'une renonciation à ses droits contenue dans un contrat qu'il avait conclu avec son fournisseur de services, un citoyen avait quand même une attente subjective à l'effet que ses renseignements biographiques d'ordre personnel ne seraient pas divulgués aux policiers.⁶⁴¹

Finalement, un troisième exemple de « dialogue continu » nous est apparu lors de la comparaison entre le discours tenu dans le mémoire de l'ACLC dans *Tessling* et celui de la

⁶³⁷ *Gomboc*, préc. note 631, par. 78 où la Cour réfère tour à tour aux arrêts *Tessling*, *Kang-Brown*, etc.

⁶³⁸ *Tessling*, préc. note 481, par. 42. Voir à nouveau notre discussion relative au cas #3.

⁶³⁹ *A.M.*, préc. note 518, par. 65; *Kang-Brown*, préc. note 572, par. 139,140 et 226.

⁶⁴⁰ *Patrick*, préc. note 612, par. 14. À noter que la Cour a ultimement décidé que cette attente subjective n'était pas objectivement raisonnable, mais ceci n'est pas notre propos.

⁶⁴¹ *Gomboc*, préc. note 631, par. 34 et 115. La même remarque faite pour l'arrêt *Patrick* s'applique ici, puisque les juges majoritaires dans *Gomboc* ont décidé que la fouille n'était pas abusive.

Cour dans les arrêts *Tessling*, *Patrick* et *Gomboc*, quant à la question de la présomption d'attente subjective quant à la vie privée devant bénéficier à un citoyen qui se trouve à son domicile. Les extraits de ce « dialogue continu » sont reproduits dans le tableau suivant :

TABLEAU 23
ILLUSTRATION D'UN « DIALOGUE CONTINU »
DE L'ARRÊT *TESSLING* (2004) À L'ARRÊT *GOMBOC* (2010)

Source	Argumentation de l'ACLC/Motifs de la Cour
Mémoire de l'ACLC dans <i>Tessling</i> (mars 2004)	« There is a minimum reasonable expectation of privacy that exists with respect of the interior of homes. The state use of sense-enhancing technology to gather information regarding the interior of the home, which could not otherwise have been obtained without physical intrusion into a constitutionally protected area, erodes this minimum expectation of privacy and constitutes a search.» ⁶⁴² «It is the CCLA's position that when individuals close their doors and draw their curtains, or otherwise retreat into the sanctity of their homes, they have a presumptive right to be free from warrantless searches.» ⁶⁴³
Arrêt <i>Tessling</i> , par. 38 (octobre 2004)	« ...je suis d'avis qu'on peut présumer, jusqu'à preuve du contraire, que les occupants d'une résidence considèrent comme privés les renseignements concernant ce qui se passe à l'intérieur de la résidence. »
Arrêt <i>Patrick</i> , par. 37 (avril 2009)	« À l'étape du volet subjectif de l'analyse, la question ne porte pas selon moi sur le « caractère raisonnable » de l'attente. Il s'agit plutôt de déterminer si l'appelant avait — ou était présumé avoir — une attente en matière de respect de sa vie privée à l'égard du contenu informationnel des sacs. Ce critère n'est pas très exigeant. Comme il a été mentionné plus tôt, dans le cas de renseignements sur des activités se déroulant dans la maison, il existe une présomption favorable à l'appelant quant à l'existence d'une telle attente. »
Arrêt <i>Gomboc</i> , par. 25-26 (novembre 2010)	« Par ailleurs, dans l'arrêt <i>Patrick</i> , la Cour a reconnu qu'on peut présumer l'existence d'une attente subjective de respect de la vie privée à l'égard des activités qui se déroulent dans une résidence (par. 37). Je conclus donc que M. Gomboc avait effectivement une attente subjective de respect de la vie privée à l'égard des cycles de consommation d'électricité révélés par l'AN. »

Ces illustrations afférentes au concept de « dialogue continu » étant faites, il convient d'insister à nouveau sur les limites de ce concept, pour se prémunir contre la tentation de surestimer le rôle des acteurs sociaux dans la confection du droit. À notre avis, l'idée la plus importante qui doit être retenue par rapport à cette notion est que la présence soutenue d'un

⁶⁴² Mémoire de l'ACLC dans le dossier *Tessling*, par. 29.

⁶⁴³ *Id.*, par. 10.

acteur social dans différents litiges traitant d'un aspect commun du droit est susceptible d'alimenter le débat selon une perspective différente de celle des parties et, dans certains cas, de participer, à un certain degré, au développement du système normatif.

En plus de servir à mieux comprendre le mécanisme de « dialogue continu », l'arrêt *Gomboc* nous offre l'occasion de documenter notre deuxième hypothèse d'une autre façon, en suggérant que la présence des acteurs sociaux dans un dossier est non seulement utile pour apporter des arguments et alimenter les débats judiciaires, mais aussi pour apporter une source additionnelle de crédibilité (ou de légitimité) aux positions prises par les juges quant au litige.⁶⁴⁴ Essentiellement, cette proposition soutient qu'en mentionnant explicitement qu'un acteur social partage leurs points de vue (ce qu'ils ne pourraient pas faire si l'acteur social ne faisait pas partie du débat), les juges cherchent à intégrer une partie de l'auditoire à leurs discours et à montrer que leur opinion est appuyée par ceux qui se sont impliqués dans le dossier. En faisant cela, les juges visent également à convaincre le lecteur qu'ils ont l'appui d'une partie de la société civile.

Ce qui est particulièrement intéressant pour nos fins est que ce procédé discursif consistant à faire référence aux acteurs sociaux dans la décision judiciaire peut facilement être relié aux trois auteurs sur lesquels repose notre cadre théorique. Premièrement, si on l'amarre à l'enseignement du professeur Tremblay, on voit que cette technique sert à apporter un « fondement légitime » à la décision, puisqu'elle met en valeur les trois grandes caractéristiques d'une « bonne justification », lesquelles, rappelons-le, font appel au caractère

⁶⁴⁴ Cette idée est loin d'être nouvelle, puisqu'elle était invoquée par des auteurs durant les premières années de la *Charte* pour appuyer l'idée que les tribunaux devraient accueillir plus d'intervenants dans les débats judiciaires. Par exemple, le professeur Philip L. Bryden affirmait que les tribunaux auraient avantage à considérer une participation accrue des tierces-parties pour deux raisons : « The first of these is that a variety of inputs is likely to make for more informed and, one hopes, better judicial decision-making (...) The second value served by public interest participation is less obvious but perhaps more important, and that is the value of legitimation of the eventual decision rendered by the court. » P.L. BRYDEN, «Public Interest Intervention in the Courts», préc. note 228, p. 507-508.

acceptable, suffisant et intelligible des motifs.⁶⁴⁵ Deuxièmement, cette technique incarne aussi l'approche de Chaïm Perelman, qui soutient que, pour être convaincant, un orateur doit « accrocher » son argumentation aux thèses de son auditoire :

« L'orateur, en possession d'un langage compris par son auditoire, ne peut développer son argumentation qu'en l'accrochant à des thèses admises par ses auditeurs, à défaut de quoi il risque de commettre une pétition de principe. Il en résulte que toute argumentation dépend, pour ses prémisses, comme d'ailleurs pour tout son déroulement, de ce qui est accepté, de ce qui est reconnu comme vrai, comme normal et vraisemblable, comme valable : par là elle s'ancre dans le social, dont la caractérisation dépendra de la nature de l'auditoire. Les thèses admises seront tantôt celles du sens commun, tel qu'il est conçu par l'auditoire, tantôt celles des tenants d'une discipline déterminée, scientifique, juridique, philosophique ou théologique. »⁶⁴⁶

Troisièmement, cette technique qui consiste à référer explicitement aux acteurs sociaux dans une décision judiciaire peut également être associée au concept de rhétorique constitutive développé par James Boyd White, puisqu'elle permet de montrer que la « vision du monde » soutenue par les juges n'est pas une abstraction et qu'elle existe dans la réalité quotidienne, à travers ceux qui participent au dossier.⁶⁴⁷ En d'autres termes, accoler le nom d'un acteur social spécifique à une allégation faite par les juges aide à « personnifier » l'univers social qu'ils tentent de décrire.

Voyons comment cette technique s'est matérialisée dans l'arrêt *Gomboc*. D'abord, il faut rappeler que cette affaire impliquait l'installation d'un ampèremètre numérique (« AN ») sur une ligne électrique alimentant une résidence, ce qui permettait de détecter les sources de chaleur dégagées par les activités tenues à l'intérieur du domicile. D'un point de vue pratique,

⁶⁴⁵ L.B. TREMBLAY, *Fondement légitime*, préc. note 96, p. 280-285.

⁶⁴⁶ Chaïm PERELMAN, *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires, 1970, p. 26.

⁶⁴⁷ « In every opinion a court not only resolves a particular dispute one way or another, it validates or authorize one form of life – one kind of reasoning, one kind of response to argument, one way of looking at the world....», cf. J.B. WHITE, *Justice as Translation*, préc. note 130, p. 101-102.

cette installation effectuée par le fournisseur de services (à la demande des policiers) servait à fournir des lectures graphiques de la consommation d'électricité de la résidence en question, lesquels pouvaient constituer des indices permettant de conclure que le propriétaire utilisait de l'équipement servant à la production de drogues illicites, notamment la culture de la marijuana.

Comme nous l'avons mentionné, les juges majoritaires, sous la plume de la juge Deschamps, se sont montrés d'avis que la technologie de l'AN ne révélait pas de renseignements privés et qu'en conséquence, l'art. 8 de la *Charte* n'avait pas été enfreint.⁶⁴⁸ Par contre, les juges dissidents (décision rédigée conjointement par la juge en chef et le juge Fish) ont vu la méthode de l'AN d'un œil complètement différent, puisqu'à leur avis, l'installation d'un tel appareil, à l'insu des propriétaires, contribuait à créer un environnement où l'État peut allégrement surveiller les citoyens sans qu'ils s'en aperçoivent. Utilisant la première personne du pluriel (« nous », « nos », « notre ») à vingt-cinq reprises en trois paragraphes – ce qui constitue une technique argumentative visant à montrer que les juges sont animés par le même esprit que leur auditoire⁶⁴⁹ – les juges dissidents se sont d'abord servi d'une rhétorique constitutive assez percutante (inspirée par l'ACLC) pour donner plus de force à leur position quant aux dangers d'atteinte à la vie privée :

« Chaque jour, nous permettons à un certain nombre de personnes d'avoir accès à des renseignements sur les activités qui se déroulent dans nos maisons; pensons notamment à celles qui nous apportent notre courrier, réparent nos appareils en panne, nous livrent du mazout, nous approvisionnent en électricité ou nous fournissent des services téléphoniques, télévisuels ou Internet. Notre consentement à ces « intrusions » dans notre vie privée et dans nos maisons est à la fois nécessaire et conditionnel : nécessaire, parce que nous nous priverions autrement de services considérés comme essentiels de nos jours;

⁶⁴⁸ L'argument principal fut que, bien que l'AN révélait des cycles élevés de consommation d'électricité et que ces cycles sont très souvent associés à une installation de culture de marijuana, la preuve ne permettait pas de conclure que l'AN révélait que la plante cultivée était effectivement de la marijuana, *Gomboc*, préc.note 631, notamment aux par. 6-8 et 12-15.

⁶⁴⁹ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 31.

conditionnel, parce que nous ne donnons accès à nos renseignements personnels que dans le seul but, précis et limité, de recevoir ces services.

Ce consentement nécessaire et conditionnel n'élimine pas pour autant notre attente raisonnable de respect de la vie privée relativement aux renseignements communiqués dans ce but limité et bien compris. Lorsque nous nous abonnons à des services de câblodistribution, nous ne renonçons pas de ce fait à notre attente en matière de vie privée à l'égard des sites que nous visitons sur Internet, des émissions que nous regardons à la télévision ou écoutons à la radio, ou encore des messages que nous échangeons par courriel avec d'autres personnes au moyen de notre ordinateur.

De même, lorsque nous nous abonnons à un service public, nous n'autorisons pas la police à réquisitionner le service concerné pour s'introduire — physiquement ou électroniquement — dans nos foyers, sans autorisation judiciaire, dans le cadre d'une enquête criminelle. Nous n'autorisons ni les agents d'infiltration de la police, ni des employés des services publics qui agiraient pour le compte de celle-ci à s'immiscer ainsi dans notre vie privée. »⁶⁵⁰

Suite à cette « vision du monde » (qui, on le remarque, les impliquent personnellement en tant que citoyens), les juges dissidents ont donné un visage encore plus concret à leurs propos, en référant de façon explicite à l'argumentation de l'ACLC :

« L'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC ») fait valoir que ce type de renseignements peut être utilisé pour formuler un certain nombre d'hypothèses attentatoires à la vie privée au sujet des activités qui se déroulent probablement à l'intérieur d'une maison. L'ACLC affirme, à juste titre à notre avis, qu'il serait possible d'émettre des hypothèses, par exemple, sur la présence ou non de personnes dans la maison, sur l'heure approximative à laquelle les occupants se couchent et se lèvent et sur le type d'appareils électriques utilisés. Évidemment, ces hypothèses ne sont pas des certitudes. Elles sont toutefois susceptibles de révéler des renseignements personnels ou « biographiques », et elles sont beaucoup plus fiables que les hypothèses fondées sur les relevés de

⁶⁵⁰ *Gomboc*, préc.note 631, par. 100-102 (nos soulignés). Au point de vue de l'analyse de discours, ce procédé se définit comme un indice d'allocation et sert à inscrire l'auditoire dans la matérialité du discours, cf. Ruth AMOSSY, *L'argumentation dans le discours*, préc. note 62, p. 43-47.

consommation d'électricité en cause dans l'affaire *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281. »⁶⁵¹

Cet exemple, bien que peu élaboré, permet donc d'illustrer un volet additionnel de la contribution pouvant être apportée par l'acteur social dans le processus d'adjudication.⁶⁵² Ces passages de l'arrêt *Gomboc* nous font constater que la présence d'un acteur social permet aux juges de « s'accrocher » à leurs propos et de donner du poids à leur justification. D'ailleurs, cette technique utilisée par les juges dissidents semble avoir marqué certains points au niveau persuasif, puisque la juge Deschamps, après avoir mentionné qu'elle avait pris connaissance de cette opinion dissidente⁶⁵³, a cru bon d'ajouter le commentaire suivant, dans le but évident de diminuer la valeur de l'argumentation de l'ACLC :

« L'importance des éléments révélés par l'AN et les inférences que les données enregistrées par l'AN permettent de tirer sont au cœur du présent litige. (...) [L]a commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario a exprimé des préoccupations au sujet de la possibilité que des compteurs intelligents révèlent des renseignements au sujet des activités qui se déroulent dans une habitation, un facteur qui, selon l'Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), intervenante en l'espèce, devrait militer en faveur de la reconnaissance de l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cas qui nous occupe. Ces assertions ne sont appuyées par aucun élément de preuve au dossier; il ne s'agit que de conjectures à propos de techniques qui n'ont été ni utilisées ni évaluées en l'espèce. (...) Il ne révèle rien à propos des activités intimes et des activités personnelles fondamentales de ses occupants.»⁶⁵⁴

En conclusion de cette analyse, il ressort de ce qui précède que l'ACLC (seule intervenante au dossier) a eu un certain impact dans cet arrêt *Gomboc*, notamment en raison de sa participation au « dialogue » ayant trait au test *Tessling*. Cela dit, il s'agit effectivement

⁶⁵¹ *Gomboc*, préc.note 631, par. 128.

⁶⁵² Nous approfondirons sur la question de la contribution des acteurs sociaux à la rhétorique constitutive des décisions judiciaires au cas #11.

⁶⁵³ *Id.*, par. 2.

⁶⁵⁴ *Id.*, par. 14.

d'un cas où il est difficile de déterminer l'impact réel qu'a eu l'intervenante dans le débat judiciaire, puisqu'il n'apparaît pas de façon claire que son argumentaire s'est démarqué par rapport à la prestation de l'intimé. Pour toutes ces raisons, en appliquant les critères de notre Tableau 15, nous lui avons attribué le degré d'impact se situant au niveau « modéré ».

Cas #8: R. c. Vu (2013)

Pour reprendre les termes utilisés par la Cour suprême, ce dossier *R. c. Vu* est une affaire où « l'ère du numérique et d'Internet rencontre le droit relatif aux fouilles, perquisitions et saisies. »⁶⁵⁵ D'entrée de jeu, le juge Cromwell posa la question suivante, au nom d'une cour unanime : « Est-il nécessaire de procéder à une certaine actualisation du cadre juridique traditionnel afin de protéger les intérêts uniques en matière de vie privée que met en jeu la fouille des ordinateurs? »⁶⁵⁶ Ces deux phrases annoncent bien que nous avons ici affaire à une décision qui a modernisé le système normatif en matière de fouilles, perquisitions et saisies.

De façon plus spécifique, la question principale à laquelle la Cour fut appelée à répondre fut de savoir si la vieille règle voulant que les policiers qui perquisitionnent un lieu en vertu d'un mandat préalablement autorisé n'aient pas besoin d'obtenir un nouveau mandat spécifique pour fouiller dans des « contenants » (placards, classeurs, etc.) devait s'appliquer de la même façon à la fouille d'ordinateurs. Comme on l'aura deviné, la Cour a répondu par la négative, en statuant que les ordinateurs soulevaient des questions particulières en matière de vie privée et qu'ils ne sauraient être assimilés à des contenants ou placards visés par le cadre juridique traditionnel. En conséquence, la Cour a décidé que la règle traditionnelle devait être modifiée et que les policiers qui entendaient fouiller un ordinateur trouvé dans le lieu perquisitionné pouvaient le saisir aux fins de sécuriser les données, mais que s'ils voulaient

⁶⁵⁵ *R. c. Vu*, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 1 (ci-après « l'arrêt *Vu* »).

⁶⁵⁶ *Id.*

consulter ces données, ils devaient prendre des mesures afin d'obtenir une nouvelle autorisation d'un juge.

Pour l'étude du présent cas, nous avons procédé à une analyse d'impact conventionnelle, dans le sens où nous nous sommes limités à comparer la décision de la Cour et les mémoires des acteurs sociaux, en nous concentrant sur les différents critères d'impact que nous nous sommes fixés au début de ce thème (arguments des acteurs sociaux retenus par les juges, références nominatives, utilisation des auteurs cités, etc.). Ainsi, en appliquant notre barème illustré au Tableau 14, nous avons conclu que l'ACLC et la CLA ont eu un impact élevé dans ce dossier et qu'un troisième intervenant, l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, a eu un impact majeur. Traçons d'abord un résumé du dossier (Section A) et voyons ce qui nous permet de conclure à de tels degrés d'impact (Section B).

A. Résumé du dossier

Soupçonnant qu'un vol d'électricité avait lieu dans une certaine résidence située en Colombie-Britannique, la police obtint un mandat de perquisition pour fouiller à cet endroit. Dans sa dénonciation, l'affiant fit expressément mention de la volonté des policiers de chercher tout élément de preuve et tout équipement utilisé pour détourner l'électricité, y compris « . . . les socles, les compteurs d'électricité, les sceaux — neufs et usagés — du compteur de B.C. Hydro, les notes dactylographiées, manuscrites ou générées par ordinateur se rapportant au vol d'électricité, ainsi que les relevés et documents relatifs à l'occupation de la propriété et au contrôle exercé sur celle-ci et les services électriques fournis ».⁶⁵⁷ Le mandat lui-même ne référerait toutefois pas expressément à des ordinateurs, ni n'autorisait leurs fouilles.

⁶⁵⁷ *Id.*, par. 11.

Lors de leur perquisition, les policiers trouvèrent du matériel servant à produire de la marijuana au sous-sol. Ils trouvèrent également deux ordinateurs et un téléphone cellulaire dont les données permirent l'identification de Monsieur Vu à titre d'occupant de cette résidence. Se prévalant de la règle habituelle qui leur permet de fouiller dans les placards, classeurs ou autres contenants sans demander de nouveau mandat, les policiers saisirent ces appareils et se servirent des données qu'ils contenaient pour déposer des accusations. Comme on peut s'y attendre, la validité constitutionnelle de cette dernière fouille représenta la pièce centrale de ce débat judiciaire.

Au procès, l'accusé plaida que le tribunal devait exclure les éléments de preuve recueillis dans ses ordinateurs et son cellulaire, puisque la dénonciation n'énonçait pas de motifs raisonnables justifiant ce type de fouilles, ce qui contrevenait aux droits qui lui étaient garantis par l'art. 8 de la *Charte*. Le juge de première instance donna raison à l'accusé et décida qu'il fallait effectivement exclure la preuve ayant servi à l'identifier à titre d'occupant de cette résidence, ce qui résulta en un acquittement. La Cour d'appel infirma cette décision, car, à son avis, le texte de la dénonciation était assez large pour conclure que le mandat qui avait été accordé incluait la fouille de ces appareils électroniques, ce qui éliminait du même coup toute atteinte aux droits fondamentaux de l'accusé.

Le 17 mai 2012, la Cour suprême a autorisé la demande d'appel de Monsieur Vu et quelques mois plus tard, elle autorisait l'ACLC, la CLA et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (« l'ALCCB ») à intervenir.⁶⁵⁸ Tel que mentionné ci-haut, dans un jugement unanime rendu le 7 novembre 2013, la Cour décida de rétablir la décision du premier juge et, par le fait même, d'établir une nouvelle norme plus exigeante afin de régir les fouilles, perquisitions et saisies d'ordinateurs par les policiers.

⁶⁵⁸ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 18 janvier 2013, p. 89-90.

B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux

Comme nous l'avons exposé en discutant de notre Tableau 15 (et en examinant les cas *Caron*, *Tessling* et *Gomboc*), une des façons de mesurer l'impact d'un acteur social dans un débat judiciaire est de mettre de côté les motifs de la décision judiciaire qui ont trait à la situation factuelle spécifique des parties directement impliquées (puisqu'elle ne suscite que très peu d'intérêt chez les acteurs sociaux, sinon pas du tout) et d'identifier la ou les règles de droit établies par la Cour, le cas échéant. Une fois cette identification faite, il s'agit ensuite de voir si l'intervenant a joué un rôle quelconque dans l'élaboration de ces normes et de comparer sa prestation à celle de la partie qu'il a appuyée. À cette étape, trois types d'indices contenus dans la décision peuvent être particulièrement utiles pour évaluer cet impact, à savoir (1) les références explicites par les juges à l'un ou l'autre des intervenants, de façon nominative ou pas (2) le recours à des auteurs qui avaient été suggérés par eux ou (3) l'adoption par la Cour d'un nouveau vocabulaire (mots, expressions, concept de droit, etc.) qui avait utilisé l'un ou l'autre des intervenants dans leur mémoire. Selon notre grille de lecture, si l'ensemble de ces trois indices sont présents dans une décision, on peut alors dire que le ou les acteurs sociaux concernés ont eu un impact « élevé » ou même « majeur » dans le débat judiciaire.

La présente affaire illustre cette situation de belle façon, puisque dans un premier temps, l'argumentaire des intervenantes s'est considérablement démarqué de celui de l'intimé Vu.⁶⁵⁹ Deuxièmement, la décision unanime de la Cour (rédigée par le juge Cromwell) a non seulement référé aux arguments de l'ACLC, de la CLA et de l'ALCCB, mais a spécifiquement référé à ces intervenantes dans son jugement, ce qui constitue un témoignage explicite de leur

⁶⁵⁹ Les arguments de celui-ci sont orientés autour de ses propres intérêts, ce qui en résulte que sa perspective peut être moins large que celle des intervenants, ce qui est tout à fait compréhensible. Ainsi, l'analyse révèle que son argumentaire est axé la justesse du test jurisprudentiel appliqué par le dossier de la Cour d'appel (c.-à-d. le test de l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421), auquel la Cour suprême n'a aucunement référé. Aussi, l'intimé a consacré une bonne partie de son mémoire à la question de l'admissibilité de la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la *Charte*. Cette dernière argumentation n'a pas été retenue, puisqu'ultimement, la Cour suprême a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'exclure cette preuve, malgré le caractère abusif de la fouille, cf. *Vu*, préc. note 655, par. 65-74.

apport. Troisièmement, une analyse encore plus pointue montre que la Cour s'est également servie d'auteurs et d'autorités jurisprudentielles pour appuyer ses motifs, lesquels avaient été cités exclusivement par la CLA et l'ALCCB dans des parties cruciales de leur mémoire. Quatrièmement, en comparant les motifs de la décision et l'argumentation de l'ALCCB, on remarque que cette dernière s'est démarquée encore plus que les deux autres intervenantes, puisqu'en plus d'avoir été nommée explicitement par la Cour et d'avoir collaboré à la décision d'un point de vue doctrinal, elle a réussi à faire introduire un nouveau concept de droit dans le discours judiciaire de la Cour suprême, à savoir la notion de « protocole de perquisition ». Comme le juge Cromwell l'a indiqué (sans se prononcer « de façon ferme »⁶⁶⁰), cette notion, bien qu'encore à un état embryonnaire, est susceptible de modifier la façon dont les fouilles, perquisitions et saisies seront effectuées dans l'avenir.

En fonction des critères mentionnés à notre Tableau 15, cette contribution par les différentes intervenantes nous fait conclure que l'ALCCB a eu un impact majeur dans ce débat judiciaire alors que l'impact de l'ALC et de la CLA peut être qualifié d'élevé. Voyons tout ceci un peu plus en détail.

Mettant donc de côté les questions plus spécifiques aux parties directement impliquées, lesquelles n'intéressent pas vraiment les acteurs sociaux⁶⁶¹, débutons par les règles de droit établies par la Cour dans cet arrêt *Vu*. À ce chapitre, nous avons identifié une norme principale et deux normes accessoires :

⁶⁶⁰ *Vu*, préc. note 655, par. 62.

⁶⁶¹ Il faut dire que ces sujets sont quand même intéressants d'un point de vue strictement argumentatif. Par exemple, le juge Cromwell a utilisé la « technique de l'ironie » discutée par Perelman pour disposer de la question de la suffisance des motifs contenus à la dénonciation (cf. *Vu*, préc. note 653, par. 17 et C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 279-281), alors que la CLA a utilisé la « technique du ridicule » pour qualifier les normes relatives aux perquisitions, fouilles et saisies (archaïques selon elle) qui s'appliquaient alors (cf. mémoire de la CLA, par. 2 et C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 258-259).

- La norme principale a définitivement modernisé les règles existantes, en précisant que les ordinateurs trouvés sur les lieux d'une perquisition ne peuvent être assimilés à des contenants ou des placards et que les policiers qui veulent en consulter et en extraire le contenu doivent faire le nécessaire afin d'obtenir un nouveau mandat spécifique :

« Les intérêts en matière de respect de la vie privée que met en jeu la fouille des ordinateurs diffèrent nettement de ceux en cause lors de la fouille de contenants tels des placards et des classeurs. En effet, les ordinateurs sont susceptibles de donner aux policiers accès à de vastes quantités de données sur lesquelles les utilisateurs n'ont aucune maîtrise, dont ils ne connaissent peut-être même pas l'existence ou dont ils peuvent avoir choisi de se départir, et qui d'ailleurs pourraient fort bien ne pas se trouver concrètement dans le lieu fouillé. Je suis d'avis que, considérés au regard des objectifs visés par l'art. 8 de la Charte, ces facteurs commandent l'obtention d'une autorisation expresse préalable. »⁶⁶²

« ... suivant le principe général applicable, l'autorisation de perquisitionner dans un lieu emporte celle de fouiller les espaces et contenants se trouvant dans ce lieu (...) Cette règle générale repose sur l'hypothèse selon laquelle, si l'exécution d'une perquisition dans un lieu pour y chercher certaines choses est justifiée, la recherche de ces choses dans les contenants découverts dans ce lieu est elle aussi justifiée. Toutefois, cette hypothèse *n'est pas* justifiée dans le cas des ordinateurs, étant donné que ceux-ci ne sont pas assimilables aux autres contenants susceptibles de se trouver dans le lieu perquisitionné. La nature particulière des ordinateurs commande une analyse distincte de la question de savoir si l'intrusion que représente la fouille d'un ordinateur est justifiée, auquel cas une autorisation préalable est nécessaire. »⁶⁶³

« ... les ordinateurs diffèrent — et ce nettement — de ceux que mettent en jeu d'autres contenants se trouvant habituellement dans les lieux où des perquisitions peuvent être autorisées. Pour cette raison, je ne peux admettre qu'il faille présumer qu'un juge de paix ayant considéré les intérêts en matière de vie privée que soulève la perquisition envisagée dans un lieu a dûment tenu compte des intérêts particuliers auxquels pourrait porter atteinte la fouille d'un ordinateur. (...) Seul un mandat autorisant expressément la fouille des ordinateurs susceptibles d'être découverts dans

⁶⁶² *Vu*, préc. note 655, par. 24.

⁶⁶³ *Id.*, par. 39 (les italiques sont de la Cour).

le lieu perquisitionné garantit que le juge de paix qui a statué sur la demande d'autorisation a pris en compte l'ensemble des préoccupations distinctives en matière de vie privée que soulève la fouille de ces appareils, puis déterminé que ce critère était respecté eu égard aux circonstances de la fouille particulière projetée. »⁶⁶⁴

- La deuxième norme établie par la Cour, qui n'a toutefois pas été érigée en une règle à caractère constitutionnel, fut à l'effet qu'il serait « souhaitable » que les policiers qui effectuent une fouille d'ordinateurs documentent leurs opérations en prenant des notes manuscrites :

« ... la fouille des ordinateurs en l'espèce présente toutefois deux aspects assez troublants. Premièrement, le sergent Wilde a admis dans son témoignage qu'il avait intentionnellement omis de prendre des notes durant cette fouille afin de ne pas avoir à témoigner sur les détails de celle-ci. Il s'agit là d'une conduite clairement répréhensible, qui ne saurait être tolérée. Bien que je ne décide pas, en l'espèce, que de telles notes sont requises sur le plan constitutionnel, les policiers devraient à mon avis prendre des notes sur la façon dont la fouille est effectuée, sauf en cas de situations pressantes ou inhabituelles. La prise de notes est particulièrement souhaitable lors de la fouille d'ordinateurs, étant donné que les policiers pourraient ne pas être en mesure de se rappeler en détail comment ils y ont procédé. »⁶⁶⁵

- Quant à la troisième norme, qui n'a également pas été dictée comme une règle absolue, le juge Cromwell suggéra qu'il serait peut-être nécessaire « dans le futur » que les mandats autorisés dans certains cas spécifiques soient encadrés par un « protocole de perquisition », lequel préciserait la façon dont les policiers doivent conduire leur opération :

« Bien que j'estime qu'aucun protocole de perquisition n'était requis au vu des faits particuliers de la présente affaire, les juges de paix saisis d'une demande d'autorisation doivent s'assurer que les mandats qu'ils décernent

⁶⁶⁴ *Id.*, par. 47.

⁶⁶⁵ *Id.*, par. 70.

répondent aux objectifs de la procédure d'autorisation préalable établis dans l'affaire *Hunter*. De plus, ils possèdent le pouvoir discrétionnaire d'imposer des conditions à cette fin. Si, par exemple, le juge de paix est en présence de renseignements concernant des droits de propriété intellectuelle confidentiels ou encore des renseignements susceptibles d'être protégés par un privilège, il pourrait décider qu'il est nécessaire et pratique d'imposer des limites quant à la manière dont un ordinateur peut être fouillé. Dans certains cas, le juge de paix peut estimer pratique d'imposer des conditions lorsque les policiers présentent leur demande d'autorisation de perquisitionner initiale. Dans d'autres circonstances, il pourrait préférer une démarche en deux temps, où il décernerait d'abord un mandat autorisant la saisie d'un ordinateur et exigerait que les policiers reviennent ensuite devant lui afin d'obtenir une autorisation supplémentaire leur permettant de fouiller l'appareil saisi. Cette seconde autorisation pourrait comporter des directives sur la manière de procéder à la fouille. En outre, je n'écarte pas la possibilité que l'amélioration de nos connaissances en matière de fouille d'ordinateurs ainsi que l'évolution des technologies puissent justifier, dans le futur, d'imposer des protocoles de perquisition dans un plus large éventail de situations. Je ne me prononce pas de façon ferme sur ces questions, mais il est par ailleurs concevable, selon moi, qu'une telle procédure puisse s'avérer appropriée dans certaines circonstances. »⁶⁶⁶

Une fois ces normes identifiées, comment pouvons-nous les relier à l'argumentaire des intervenantes? Pour répondre à cette question, la Cour elle-même nous donne des indices sérieux, puisque, pour décider de la première règle (celle de la nécessité d'obtenir un nouveau mandat pour fouiller un ordinateur trouvé sur les lieux d'une perquisition), le juge Cromwell s'est servi de quatre arguments principaux, tous issus des arguments émanant des mémoires de l'ACLC, la CLA et l'ALCCB. Résumons-les :

- Le premier argument fut que l'ampleur et la variété des données contenues dans les ordinateurs « rendent irréalistes les comparaisons avec les contenants traditionnels de stockage ». ⁶⁶⁷ Pour justifier cet argument, le juge Cromwell s'est uniquement basé sur l'auteur L.R. Robinton (suggéré exclusivement par l'ALCCB⁶⁶⁸) et sur la décision *R. c.*

⁶⁶⁶ *Id.*, par. 62 (nos soulignés).

⁶⁶⁷ *Id.* par. 41.

⁶⁶⁸ Mémoire de l'ALCCB, par. 10 et 23.

*Mohamad*⁶⁶⁹ rendue par la Cour d'appel de l'Ontario (citée exclusivement dans les mémoires de l'ALCLC et de la CLA⁶⁷⁰). De façon claire, l'ALCCB, l'ALCLC et la CLA ont donc contribué de façon directe à l'élaboration de cet argument.

- Le deuxième argument du juge Cromwell pour justifier la nécessité d'obtenir un nouveau mandat pour fouiller un ordinateur trouvé sur les lieux d'une perquisition fut de dire que cet appareil électronique génère même des données à l'insu de son utilisateur. Cette fois, on note que le juge a référé explicitement à l'appelant et à la CLA, en les nommant spécifiquement, en plus de se servir d'un article écrit par A.D. Gold (suggéré par la CLA⁶⁷¹) et d'un autre article d'O.S. Kerr (suggéré à plusieurs reprises par l'ALCCB⁶⁷²). Citons cet extrait du jugement de la Cour qui parle de ce deuxième argument :

« Deuxièmement, comme le soulignent l'appelant et l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario), les ordinateurs renferment des données qui sont générées automatiquement, souvent à l'insu de l'utilisateur. Comme l'a dit A. D. Gold, l'ordinateur [TRADUCTION] « tient les dossiers de façon très méticuleuse » (par. 6). En effet, il arrive souvent que les logiciels de traitement de texte génèrent automatiquement des fichiers temporaires permettant aux analystes de reconstituer l'élaboration d'un fichier et d'avoir accès à des renseignements indiquant qui a créé le fichier et qui y a travaillé. De même, la plupart des navigateurs utilisés pour consulter Internet sont programmés pour conserver automatiquement des renseignements concernant les sites Web que l'utilisateur a visités dans les semaines précédentes, ainsi que les syntagmes de recherche qu'il a utilisés pour y accéder. Normalement, ces renseignements peuvent aider l'utilisateur à retracer ses démarches cybernétiques. Dans le contexte d'une enquête criminelle, toutefois, ils peuvent également permettre aux enquêteurs d'avoir accès à des détails intimes concernant les intérêts, les habitudes et l'identité de l'utilisateur, à partir d'un dossier que ce dernier a créé sans le savoir : O. S. Kerr,

⁶⁶⁹ *R. c. Mohamad* (2004), 69 O.R. (3d) 481, cité au par. 41 de la décision.

⁶⁷⁰ Mémoire de l'ALCLC, par. 15 et mémoire de la CLA, par. 3, 12 et 24.

⁶⁷¹ Mémoire de la CLA, par. 16.

⁶⁷² Mémoire de l'ALCCB, par. 6, 7, 8, 10 et 19.

« Searches and Seizures in a Digital World » (2005), 119 *Harv. L. Rev.* 531, p. 542-543. Les renseignements de ce genre ne possèdent pas d'équivalents dans le monde concret qui est celui des autres types de contenants. »⁶⁷³

- Les troisième et quatrième arguments du juge Cromwell établissaient qu'un ordinateur est susceptible de révéler des informations que l'utilisateur croit avoir supprimées et qu'en plus, il contient également une quantité de données provenant d'autres internautes partout dans le monde. Encore une fois, on constate l'apport direct des intervenantes, car le juge s'est encore appuyé sur l'auteur Kerr (suggéré par l'ALCCB⁶⁷⁴) pour justifier la première partie de l'argument et qu'il a donné le crédit de la deuxième partie de son argument à l'ALC, en la nommant explicitement :

« Troisièmement, l'ordinateur conserve des fichiers et des données même après que les utilisateurs croient les avoir détruits. Comme l'explique un auteur américain fréquemment cité, O. S. Kerr (...)

(...) Bien que les documents physiques auxquels on a accès dans un classeur se trouvent toujours au même endroit que le classeur lui-même, on ne peut en dire autant des renseignements auxquels on peut avoir accès au moyen d'un ordinateur. L'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles souligne que les ordinateurs qui sont connectés à Internet servent de portails à une quantité presque infinie de données qui sont partagées entre différents utilisateurs et stockées presque n'importe où dans le monde. De même, un ordinateur connecté à un réseau permettra à la police d'avoir accès à des renseignements se trouvant dans d'autres appareils. Par conséquent, la fouille d'un ordinateur connecté à Internet ou à un réseau permet d'avoir accès à des données et à des documents qui ne se trouvent pas concrètement dans le lieu où la fouille est autorisée.»⁶⁷⁵

On constate donc, dans un premier temps, que les trois intervenantes ont contribué de façon directe à l'élaboration de la règle de droit principale établie dans cet arrêt, ce qui, selon

⁶⁷³ *Vu*, préc. note 655, par. 42.

⁶⁷⁴ Mémoire de l'ALCCB, par. 6, 7, 8, 10 et 19.

⁶⁷⁵ *Id.*, par. 43-44.

notre grille de lecture, nous permet d'affirmer qu'elles ont eu un impact élevé dans ce débat judiciaire.⁶⁷⁶ Par ailleurs, dans un deuxième temps, l'ACLC et l'ALCCB ont également contribué à deux autres aspects normatifs de la décision qui, sans être érigées en règles constitutionnelles absolues, ont fait l'objet de discussions assez intenses de la part du juge Cromwell. Ces deux volets sont les suivants :

- Le juge Cromwell a mentionné qu'à l'avenir, il serait « souhaitable » que les policiers documentent leurs opérations en prenant des notes.⁶⁷⁷ Cet argument avait été suggéré spécifiquement par l'ACLC.⁶⁷⁸
- Sans se prononcer de « façon ferme » sur la question, le juge Cromwell a également mentionné que l'amélioration des connaissances et l'évolution des technologies de l'informatique pourraient justifier, dans le futur, l'imposition de « protocoles de perquisition », lesquels serviraient à encadrer le travail des policiers lorsqu'ils ont affaire à des ordinateurs ou appareils électroniques.⁶⁷⁹ Cette nouvelle notion représentait le cœur de l'argumentation de l'ALCCB⁶⁸⁰, ce qui explique pourquoi le juge a référé de façon nominative à cette intervenante.

Ce dernier élément relatif à la contribution de l'ALCCB a ceci de particulier qu'il constitue un cas où la Cour suprême a décidé d'intégrer le vocabulaire d'un acteur social dans le discours judiciaire, alors qu'il n'existait pas auparavant. Cet aspect montre que l'ALCCB s'est démarqué encore plus que l'ACLC et la CLA, puisqu'elle a contribué à modifier le

⁶⁷⁶ Du point de vue des techniques argumentatives, on voit que la Cour a adopté un style typiquement perelmanien de présentation des thèses soutenues par ses différentes auditoires, en les désignant par leurs noms. C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 31; C. PERELMAN, *Logique juridique*, préc. note 66, p. 108-109 et 117.

⁶⁷⁷ *Vu*, préc. note 655, par. 70.

⁶⁷⁸ Mémoire de l'ACLC, par. 19-21.

⁶⁷⁹ *Vu*, préc. note 655, par. 62. La Cour discute également de cette question aux par. 25, 52, 53 et 56 à 61.

⁶⁸⁰ L'intervenante réfère à cette proposition à 45 reprises dans son mémoire, cf. aux par. 3 à 6, 8 à 13, 18 et 21 à 23

langage par lequel s'exprime la Cour, en transposant un mot ou une expression de la société civile dans le système normatif. Cet impact de la part d'un acteur social est d'autant plus grand lorsqu'on constate que le nouveau vocabulaire en question (« protocoles de perquisition ») a déjà été repris dans des jugements subséquents rendus à travers le Canada.⁶⁸¹ Le tout est résumé au tableau suivant, lequel applique les critères de notre Tableau 15 au cas spécifique de l'arrêt *Vu*⁶⁸²:

TABLEAU 24
ÉLÉMENTS D'IMPACT DES ACTEURS SOCIAUX DANS LE DOSSIER *VU* (2013)

Acteur social (AS)	CRITÈRES D'ANALYSE DE LA DÉCISION JUDICIAIRE			
	Référence aux auteurs/autorités distinctifs de l'AS	Référence explicite à l'AS par la Cour	Référence à un argument de l'AS ayant un impact sur la production des normes	Adoption par la Cour du vocabulaire de l'AS
ACLC	<i>R. c. Mohamad</i> D : 41, M:15	Implication de l'internet sur la quantité de données stockées D : 44 M : 16,17	Nécessité d'un mandat spécifique pour perquisition d'un ordinateur Nécessité de documenter la fouille à l'aide de notes D : 70, M : 19-21	-
CLA	Gold D : 40,42 M : 16 <i>R.c. Mohamad</i> D : 41, M :3,12,24	Génération automatique données à l'insu de l'utilisateur D : 42, M : 16,17	Nécessité d'un mandat spécifique pour perquisition d'un ordinateur	-
ALCCB	Kerr D : 42, 43, 58 M : 6-8, 10,19 Robinton D : 41 M : 10, 23	Discussion quant à la nécessité d'un « protocole de perquisition » D : 53 M : 1-17	Nécessité d'un mandat spécifique pour perquisition d'un ordinateur Un « protocole de perquisition » comme outil « dans le futur » D : 25, 52, 53, 56-62 M : 3 à 6,8 à 13, 18 et 21 à 23	« Protocole de perquisition » D : 25, 52, 53, 56-62 M : 1-17

⁶⁸¹ Voir notamment *R. v. Nurse and Plummer*, 2014 ONSC 5989; *R. v. Vye*, 2014 BCSC 93; *Romain c. R. (2014) QCCS 4265* (juge Jerry Zigman); *Construction de Castel Inc. c. Paré*, 2015 QCCS 269; *R. v. Hotte* 2015 ABQB 323.

⁶⁸² La mention « AS » signifie « acteur social », alors que les lettres « D » et « M » renvoient aux paragraphes de la décision et des mémoires.

Pour conclure sur ce dossier *Vu*, récapitulons en disant que l'ACLC et la CLA ont eu un impact élevé dans ce débat et qu'en raison de sa participation à l'élaboration d'un nouveau vocabulaire dans le discours de la Cour suprême, l'ALCCB a atteint le degré ultime d'impact, qui est celui du niveau « majeur ». Comme mentionné plus haut, ces niveaux d'impact tiennent compte de l'aspect distinctif des arguments déployés par ces acteurs sociaux par rapport à ceux de l'intimé Vu.⁶⁸³

Cas #9: R. c. Spencer (2014)

Le septième et dernier cas du présent thème est l'arrêt *R. c. Spencer* décidé par la Cour suprême en 2014.⁶⁸⁴ Dans cette affaire, la principale question en litige était de déterminer si une demande faite par les policiers à un fournisseur de services internet afin qu'il divulgue l'identité reliée à une adresse IP constituait une fouille au sens de l'art. 8 de la *Charte*, et dans l'affirmative, si elle était abusive.

Dans une décision unanime qualifiée de victoire éclatante par (et pour) les défenseurs des droits fondamentaux⁶⁸⁵, la Cour suprême a donné raison aux acteurs sociaux s'étant impliqués dans ce dossier, en décidant que ce type de demande par les policiers violait la *Charte*, parce qu'elle enfreignait l'attente raisonnable de l'accusé quant à la protection de son anonymat. Cela dit, cette victoire des acteurs sociaux s'est avérée un échec complet pour

⁶⁸³ Nous avons expliqué un peu plus haut que les arguments contenus au mémoire de cet intimé ont surtout été axés sur la justesse du test jurisprudentiel de l'arrêt *Garofoli* appliqué par la Cour d'appel, ce qui n'a pas été considéré par la Cour suprême. Nous avons également fait état qu'une bonne partie de son mémoire a porté sur l'admissibilité de la preuve et cet aspect a été rejeté par la Cour. Il est vrai que la Cour a référé à l'appelant quant à l'argument voulant que les ordinateurs renferment des données qui sont générées automatiquement à l'insu de l'utilisation (au par. 42 de la décision), mais cette question n'a fait l'objet que de quelques lignes au mémoire de l'intimé (par. 64 de son mémoire).

⁶⁸⁴ *R. c. Spencer*, [2014] 2 R.C.S. 212 (ci-après « l'arrêt *Spencer* »).

⁶⁸⁵ CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, *A Win at the Supreme Court on Internet Policy*, 13 juin 2014. Voir aussi Michael GEIST, *Supreme Court delivers huge victory for internet Privacy and blows away government plans for reform*, 13 juin 2014, <http://www.michaelgeist.ca/2014/06/scc-spencer-decision/> (consulté le 4 septembre 2014).

l'accusé lui-même, puisqu'au vu des faits de l'espèce, la Cour a quand même refusé d'exclure la preuve et a annulé les acquittements prononcés par les instances inférieures.

À nouveau, ce dossier documente notre deuxième hypothèse en montrant deux facettes de la participation des acteurs sociaux dans le débat judiciaire, à savoir (1) la façon dont ils s'y prennent pour influencer la production des normes et (2) le fossé séparant les objectifs des intervenants sociaux de ceux de la partie directement impliquée qu'ils ont appuyée. En outre, ce dossier *Spencer* est particulièrement éclairant, du fait qu'il montre que le « dialogue » à propos des paramètres du droit à la vie privée s'est poursuivi, alors que les acteurs sociaux et la Cour ont poursuivi le débat en référant (notamment) aux six arrêts analysés dans le présent thème (cas #3 à 8), lesquels ont servi à développer progressivement les contours de l'art. 8 de la *Charte*.

Comme nous l'avons fait précédemment, résumons cette affaire (Section A) et rendons compte de notre analyse de l'impact qu'ont eu l'ACLC et la CLA dans ce dossier (Section B).

A. Résumé du dossier

Ce dossier concerne des événements survenus en Saskatchewan, où Matthew David Spencer habitait avec sa sœur et se connectait à Internet à partir d'un compte détenu par cette dernière. Jusque-là, rien de plus banal, sauf que la situation commença à se corser pour Monsieur Spencer lorsqu'il décida d'utiliser le logiciel de partage de dossier LimeWire, afin de consulter et télécharger de la pornographie juvénile à partir d'ordinateurs utilisés par d'autres utilisateurs exerçant le même genre d'activités. Cette utilisation illégale attira l'attention de policiers qui, à l'affût des prédateurs sexuels, surveillaient ce genre de stratagème de façon parallèle.

Au niveau technique, cette surveillance par les policiers leur permettait de « voir » tout ce que les autres utilisateurs du programme Limewire pouvaient « voir », notamment le contenu des répertoires partagés et les adresses IP de ceux qui s'échangeaient des fichiers et ce, en temps réel.⁶⁸⁶ Cette seule information quant à l'adresse IP ne permettait toutefois pas aux policiers de l'associer à une personne en particulier, mais elle leur indiquait néanmoins le nom du fournisseur de service internet (« FSI ») de l'utilisateur. En comparant ces informations avec une base de données qu'ils avaient déjà, ils découvrirent qu'une des adresses IP suspectes semblait se trouver à Saskatoon et ils cherchèrent à en savoir plus.

Poursuivant donc leurs démarches, les policiers ont présenté une « demande de renseignements » au FSI en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*⁶⁸⁷ (« LPRPDE ») afin qu'il divulgue le nom, l'adresse et le numéro de téléphone correspondant à l'adresse IP suspecte, en indiquant que cette demande était reliée à une enquête en cours en vertu du *Code criminel*. Il s'agissait donc d'une demande formulée sans mandat de perquisition. Le FSI obtempéra et indiqua que l'adresse IP correspondait à un compte appartenant à la sœur de Monsieur Spencer et ils divulguèrent son adresse à Saskatoon. Grâce à ces renseignements, les policiers obtinrent un mandat permettant de perquisitionner sa résidence et y trouvèrent l'ordinateur appartenant à son frère. Suite à la saisie et la fouille de cet appareil, deux accusations furent portées contre Monsieur Spencer, soit un chef de possession de pornographie juvénile et un deuxième chef d'avoir permis l'accès à ce contenu pornographique à d'autres internautes.

Au procès, l'accusé, un étudiant en droit qui se défendait lui-même, demanda l'exclusion de la preuve recueillie dans son ordinateur, au motif que la « demande de renseignements » au FSI ayant servi à faire émettre un mandat constituait une fouille ou une perquisition abusive, en contravention avec l'art. 8 de la *Charte*. Essentiellement, son

⁶⁸⁶ *R. c. Spencer*, préc. note 684, par. 8.

⁶⁸⁷ L.C. 2000, ch. 5.

argument était que cette fouille et perquisition visait beaucoup plus que les nom et adresse reliés à l'adresse IP, puisqu'ils cherchaient à obtenir des renseignements sur ses activités personnelles. Le juge de première instance rejeta cette prétention de l'accusé au motif qu'il n'avait pas démontré d'attente quant à sa vie privée, ni subjective, ni objective.⁶⁸⁸ Il décida donc qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur l'exclusion de la preuve et le condamna conformément au premier chef de pornographie juvénile. Il acquitta toutefois l'accusé sur le chef d'avoir permis l'accès à du matériel illicite, au motif qu'il ne savait pas que ses fichiers étaient partagés et que la *mens rea* n'avait donc pas été établie.

La Cour d'appel confirma la décision du juge relativement à la fouille ou perquisition, en statuant que, même si l'accusé avait eu une attente subjective au respect de sa vie privée, cette attente ne se justifiait pas objectivement, vu les termes du contrat de service entre sa sœur et le FSI, qui prévoyaient spécifiquement que le fournisseur pouvait divulguer des informations à la police dans les cas où on soupçonnait la tenue d'activités criminelles.⁶⁸⁹ Quant au deuxième chef, la Cour d'appel annula l'acquittement au motif que l'accusation de « rendre accessible » du matériel illicite ne nécessitait pas de *mens rea*, au sens où l'entendait le juge du procès.⁶⁹⁰ Aucun acteur social n'est intervenu dans le dossier devant la Cour d'appel.

En janvier 2013, la demande d'autorisation d'en appeler par Monsieur Spencer fut accueillie par la Cour suprême et l'ACLC et la CLA furent subséquemment autorisées à participer dans le dossier à titre d'intervenantes.⁶⁹¹ Tel que mentionné plus haut, la Cour suprême se montra d'avis qu'il fallait conclure qu'il y avait eu une attente raisonnable de la part de l'accusé quant à sa vie privée, mais qu'au vu des faits de l'espèce, il n'y avait pas lieu

⁶⁸⁸ *R. v. Spencer*, 2009 SKQB 341, par. 18.

⁶⁸⁹ *R. v. Spencer*, 2011 SKCA 144, par. 32-33.

⁶⁹⁰ *Id.*, par. 77-79.

⁶⁹¹ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 12 juillet 2013, p. 1269-1270.

d'exclure la preuve obtenue contre lui grâce à la « demande de renseignements », ce qui résulta en une ordonnance de nouveau procès.

B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux

Le pourvoi devant la Cour suprême fut divisé en quatre questions. Tout d'abord, il s'agissait de se demander si l'obtention par la police des renseignements auprès du FSI constituait une fouille ou une perquisition aux termes de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'affirmative, la Cour était appelée à déterminer si cette fouille était autorisée par la loi (c.-à-d. par la LPRPDE). La troisième question concernait l'admissibilité de la preuve obtenue lors de cette opération policière. Finalement, une quatrième question consistait à évaluer si le juge du procès avait erré quant à l'absence de *mens rea* relative à l'accusation d'avoir permis l'accès au contenu pornographique.

Comme nous allons le voir, l'argumentaire de l'intimé Spencer s'est principalement penché sur les troisième et quatrième questions, alors que ceux de l'ACLC et la CLA ont évité de se prononcer sur les aspects touchant le sort particulier de l'accusé, en se concentrant sur les questions #1 et #2. Quand on déconstruit le raisonnement de ces deux intervenantes, quatre arguments ressortent de façon distincte et chacun d'eux ont joué un rôle dans la décision. Ces quatre arguments se décrivent comme suit :

- *Argument #1* : Les intervenantes ont prétendu que, contrairement à la prétention du ministère public, la question véritable soulevée par ce dossier ne devait pas se limiter à la portée des termes d'un contrat entre un FSI et un individu soupçonné de commettre un acte illégal, mais devait plutôt être traitée comme un débat plus large touchant le droit de l'État de porter atteinte au droit

à la vie privée des Canadiens en obtenant des renseignements sur les adresses IP sans mandat préalable;⁶⁹²

- *Argument #2* : Selon l'ACLC et la CLA, le fait que les développements technologiques permettaient maintenant à des experts (dont les policiers) d'accéder à des détails intimes quant aux habitudes et modes de vie des internautes, il était nécessaire de modifier les normes, de façon à tenir compte du « droit à l'anonymat », lequel est une composante essentielle de l'aspect informationnel de la vie privée. Selon elles, la clé pour percer cet anonymat étant la divulgation de l'adresse IP, la Cour devrait donc décider que toute demande visant à l'obtenir du FSI devrait être soumise à la garantie de l'art. 8 de la *Charte*, laquelle devait être évaluée de façon normative;⁶⁹³
- *Argument #3* : Les intervenantes ont aussi suggéré une façon d'interpréter la LPRPDE, sur laquelle les policiers s'étaient appuyés pour demander les renseignements sur l'adresse IP auprès du FSI. À leur avis, cette loi, qui visait avant tout à protéger la vie privée des Canadiens, ne pouvait servir à autoriser des fouilles sans mandat et le fait que la demande de renseignement invoquait l'existence d'une enquête en vertu de l'art. 487.014(1)⁶⁹⁴ du *Code criminel* ne diminuait pas la portée de cette protection constitutionnelle;⁶⁹⁵
- *Argument #4* : L'ACLC et la CLA ont finalement soutenu que les termes du contrat de service liant l'utilisateur et le FSI ne devraient pas être un élément décisif dans l'interprétation de la protection constitutionnelle accordée à la vie

⁶⁹² Mémoire de l'ACLC, par. 3-4; mémoire de la CLA, par. 3, 5 et 15.

⁶⁹³ Mémoire de l'ACLC, par. 2, 5-12 et 17; mémoire de la CLA, par. 2i), 7 et 10-14.

⁶⁹⁴ Cet article 487.014(1) prévoit qu'une ordonnance de communication n'est pas nécessaire pour qu'un agent de la paix « demande une à une personne de fournir volontairement des documents, données ou renseignements qu'aucune règle de droit n'interdit à celle-ci de communiquer ».

⁶⁹⁵ Mémoire de l'ACLC, par. 2, 13 et 20; mémoire de la CLA, par. 2ii) et 9.

privée. Selon elles, l'application de l'art. 8 de la *Charte* étant soumise à un test de nature normative, elle ne saurait dépendre des clauses d'un contrat d'adhésion qui, de toute façon, sont très rarement lues ou comprises par l'utilisateur.⁶⁹⁶

Tel que mentionné, ces quatre arguments ont servi à la Cour pour disposer des deux premières questions en litige, alors qu'elle a décidé que la « demande de renseignements » auprès du FSI constituait effectivement une fouille ou une perquisition aux termes de l'art. 8 de la *Charte* et qu'elle n'était pas autorisée par la LPRPDE. Décrivons cet impact des acteurs sociaux un peu plus en détail.

Tout d'abord, pour décider de la première question en litige (celle demandant de statuer si l'obtention par la police des renseignements constituait une fouille ou une perquisition aux termes de l'art. 8 de la *Charte*), le juge Cromwell a répondu affirmativement au souhait des acteurs sociaux (leur argument #1), en refusant de restreindre sa décision au cas particulier de l'espèce et en embrassant une large perspective. Sans reprendre la rhétorique constitutive du juge Cromwell (inspirée de celle exprimée aux mémoires de l'ACLC et de la CLA), contentons-nous de dire qu'il souligna que cette affaire soulevait « une multitude de questions inédites et épineuses » à propos de la protection garantie par l'art. 8 de la *Charte* et que ces questions devaient être abordées selon

« ... une approche téléologique axée principalement sur la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l'épanouissement personnel et à l'autonomie ainsi qu'au maintien d'une société démocratique prospère. »⁶⁹⁷

⁶⁹⁶ Mémoire de l'ACLC, par. 2 et 14-19; mémoire de la CLA, par. 2iii) et 4.

⁶⁹⁷ *Spencer*, préc. note 684, par. 1 et 15. On remarque les similarités de langage avec cet énoncé contenu au mémoire de l'ACLC: « Privacy is both an individual right, essential for personal autonomy and dignity, and a societal good, a necessary underpinning for a functional democracy... », cf. mémoire de l'ACLC, par. 1.

Par la suite, comme l'avaient suggéré les deux intervenantes, le juge rappela que cette question en litige était de nature normative (tel que défini dans l'arrêt *Tessling* et réitéré dans les arrêts *Patrick* et *Gomboc*), et que la protection de l'art. 8 s'appliquait uniquement dans les cas où l'accusé avait une attente raisonnable quant au respect de sa vie privée. Ainsi, dans un procédé qui s'apparente au concept de « dialogue continu » évoqué plus haut, le juge réitéra le principe de base de ces arrêts à l'effet qu'il fallait tenir compte d'un grand nombre de critères regroupés en quatre catégories, à savoir (1) l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée, (2) le droit du demandeur à l'égard de l'objet, (3) l'attente subjective du demandeur en matière de respect de sa vie privée relativement à l'objet et (4) la question de savoir si cette attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l'ensemble des circonstances. Ayant conclu que Monsieur Spencer avait une attente subjective, le juge s'attarda ensuite sur la question de l'objet de la fouille et celle de savoir si l'attente de l'accusé était raisonnable.

Pour déterminer l'objet de la fouille, le juge Cromwell s'est également appuyé sur plusieurs éléments soulevés par les intervenantes. D'abord, le juge nota que cette affaire concernait l'aspect informationnel de la vie privée et qu'au-delà des renseignements précis recherchés – en l'occurrence, les nom et adresse civique liés à l'adresse IP – il fallait aussi tenir compte « de la possibilité que ces renseignements révèlent des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu », tel que les intervenantes l'avait suggéré (leur argument #2).⁶⁹⁸ Comme les intervenantes l'avaient suggéré, le juge adopta le même type de perspective large que celle adoptée dans les arrêts *Tessling*, *A.M.*, *Kang-Brown*, *Patrick* et *Gomboc*, où la Cour avait évalué les inférences pouvant être tirées par les policiers quant aux renseignements obtenus, que ce soit la chaleur émanant d'une résidence, l'odeur des sacs d'école ou de voyage ou le contenu des ordures.⁶⁹⁹ Ainsi, en utilisant cette approche, le juge

⁶⁹⁸ *Spencer*, préc. note 684, par. 25. On peut comparer ce passage à un autre extrait du mémoire de l'ACLC : « Internet browsing and surfing activities tend to reveal intimate details about a person's lifestyle and personal choices », cf. par. 2.

⁶⁹⁹ *Id.*, par. 28-30; voir les mêmes analogies aux par. 5 à 12 du mémoire de l'ACLC.

Cromwell détermina que l'objet de la fouille n'était pas seulement le nom et la résidence liés à l'adresse IP, mais l'utilisation particulière des services par l'accusé.⁷⁰⁰

Cet objet de la fouille étant précisé, le juge Cromwell procéda à définir la nature de l'intérêt en matière de vie privée ayant potentiellement été enfreint par l'État et c'est probablement sur ce plan que les intervenantes ont eu le plus grand impact, puisque le juge s'est abondamment appuyé sur le concept d'anonymat discuté dans les mémoires de l'ACLC et de la CLA. Essentiellement, le juge nota que la Cour suprême avait toujours souligné l'importance, lorsqu'il est question de renseignements personnels, d'interpréter l'aspect informationnel de la vie privée en fonction de la confidentialité (c.-à-d. le caractère privé des renseignements personnels, comme un dossier médical) et du contrôle des renseignements (accès et dissémination de l'information), mais qu'il était maintenant nécessaire « d'élargir quelque peu cette interprétation de manière à tenir compte du rôle que joue l'anonymat dans la protection des droits en matière de vie privée sur Internet. »⁷⁰¹

S'appuyant abondamment sur les auteurs Westin, Slane et Austin (cités tant par l'ACLC⁷⁰² que la CLA⁷⁰³, mais non cités par l'intimé Spencer), ainsi que sur des notions techniques reliées à l'usage de l'internet (également plaidées par les intervenantes), le juge souligna qu'à son avis, « il faut reconnaître que l'identité d'une personne liée à son utilisation d'Internet donne naissance à un intérêt en matière de vie privée qui a une portée plus grande que celui inhérent à son nom, à son adresse et à son numéro de téléphone qui figurent parmi les renseignements relatifs à l'abonné » et que « pour protéger les droits en matière de vie privée dans certains contextes, il nous faut reconnaître l'anonymat comme une des conceptions de la vie privée ». ⁷⁰⁴ En traitant de cet aspect, le juge référa d'ailleurs à l'ACLC

⁷⁰⁰ *Id.*, par. 32-33.

⁷⁰¹ *Id.*, par. 34.

⁷⁰² Mémoire de l'ACLC, par. 7.

⁷⁰³ Mémoire de la CLA, par. 8.

⁷⁰⁴ *Spencer*, préc. note 684, par. 44 et 47. Le juge cita Westin aux par. 40, 43, 44 et 45 et Slane et Austin au par. 43.

de façon explicite, ce qui, comme nous l'avons vu dans notre explication du Tableau 16, représente un indice révélateur d'impact.⁷⁰⁵

Cette reconnaissance du droit à l'anonymat ne disposait pas complètement du litige, puisque le juge devait aussi décider si l'atteinte subjective de l'accusé quant au respect de sa vie privée était raisonnable, ce qui impliquait notamment d'examiner le cadre contractuel et législatif applicable à cette affaire. Encore là, le juge a adopté le raisonnement proposé par les intervenantes (leur argument #3), en décidant que ni la LPRPDE ni son effet combiné avec le *Code criminel*, ne conférait de pouvoirs aux policiers en matière de fouilles, de perquisitions ou de saisie, puisque l'objectif de cette loi est d'accroître la protection des renseignements personnels et non de l'amenuiser.⁷⁰⁶ À propos du cadre contractuel, le juge s'est montré d'accord avec les intervenantes (leur argument #4), en mentionnant que les termes spécifiques d'un contrat d'adhésion avec un fournisseur de services Internet étaient pertinents quant à la question de savoir s'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée, mais pas nécessairement déterminants, en ajoutant que, tel que décidé dans l'arrêt *Gomboc*, « la prudence était évidemment de mise. »⁷⁰⁷

Alors que cette symétrie entre les arguments des intervenantes et les motifs de la Cour apparaît de façon très claire, on ne peut en dire autant du raisonnement contenu au mémoire de l'intimé Spencer. En effet, son mémoire est laconique sur plusieurs aspects cruciaux du litige, notamment sur la notion du concept d'anonymat.⁷⁰⁸ En fait, de façon compréhensible, l'intimé s'est longuement attardé sur les faits particuliers de l'affaire, de même que sur la contestation de l'interprétation qu'en faisait le ministère public.⁷⁰⁹ En outre, une bonne partie de son mémoire fut axé sur la question de l'exclusion de la preuve en vertu de l'art. 24(2) de la

⁷⁰⁵ *Id.*, par. 42 : « Comme l'a fait valoir l'Association canadienne des libertés civiles, intervenante en l'espèce, dans ses observations, [TRADUCTION] « le maintien de l'anonymat peut être essentiel pour garantir la protection de la vie privée » : mémoire, par. 7. »

⁷⁰⁶ *Id.*, par. 71-73.

⁷⁰⁷ *Id.*, par. 54.

⁷⁰⁸ Il n'y réfère que par trois courtes phrases générales contenues aux par. 39, 83 et 93 de son mémoire.

⁷⁰⁹ Mémoire de l'intimé Spencer, notamment aux par. 1-37 et 57-76.

Charte et sur celle de l'absence de *mens rea* au niveau du chef d'accusation d'avoir rendu accessible la pornographie juvénile qu'il avait consultée⁷¹⁰, ce sur quoi les acteurs sociaux n'avaient pris aucune position. Quant à ces deux derniers points, la Cour a refusé de suivre les arguments de l'intimé.⁷¹¹ Comme dans le dossier *Vu*, nous avons préparé un tableau qui résume l'apport de ces deux intervenantes :

TABLEAU 25
ÉLÉMENTS D'IMPACT DES ACTEURS SOCIAUX DANS L'ARRÊT *SPENCER* (2014)

Acteur social (AS)	CRITÈRES D'ANALYSE DE LA DÉCISION JUDICIAIRE		
	Références aux auteurs/autorités distinctifs de l'AS	Référence explicite à l'AS par la Cour	Références aux arguments des AS ayant un impact sur la production des normes
ACLC	Westin, D : 40, 43-45 M : 7 Slane et Austin, D : 43 M : 7 <i>R.v. Trapp</i> , D : 25, 32, 72 M 20 <i>R. c. Ward</i> , D : 8,17, 18, 23, 31, 37, 48, 6, 71, 73 M : 3, 20	Droit à l'anonymat D : 42 M : 1, 2, 5-12	#1 : Adoption d'une approche large du droit au respect de la vie privée #2 : L'anonymat comme facette du droit à la vie privée #3 : La LPRPDE protège les renseignements personnels et ne peut servir à accroître le pouvoir de perquisition, fouille et saisie des policiers
CLA	Slane et Austin, D : 43 M : 8 <i>R.v. Trapp</i> , D : 25, 32, 72 M : 7, 8 <i>R. c. Ward</i> , D : 8,17, 18, 23, 31, 37, 48, 6, 71, 73 M : 7, 8, 13, 16-18	-	#4 : L'aspect relatif du contrat liant le citoyen avec son FSI

En conclusion de cette analyse du dossier *Spencer*, et en appliquant les critères de notre Tableau 15, nous sommes d'avis que la CLA et l'ACLC ont eu un impact direct dans ce débat

⁷¹⁰ Ces questions se trouvent aux par. 90 à 117 de son mémoire.

⁷¹¹ Quant à la troisième question, la Cour a décidé que la conduite des policiers n'était pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et qu'étant donné la gravité des infractions, il y avait lieu de ne pas exclure la preuve, cf. *Spencer*, préc. note 684, par. 75-81. Quant à la quatrième question, la Cour ordonna un nouveau procès sur la question de la *mens rea*, parce qu'à son avis, le juge du procès n'avait pas tenu compte de la notion d'aveuglement volontaire, *id.* par. 82-86.

et que cette dernière s'est encore plus démarquée par son argumentaire relatif au droit à l'anonymat devant s'appliquer au niveau de l'utilisation de l'Internet. Pour ces raisons, l'impact de la CLA sera qualifié selon le niveau « élevé » et celui de l'ACLC selon le niveau « majeur ».

Pour conclure ce troisième thème composé de sept arrêts, rappelons les quatre objectifs que nous nous étions fixés ainsi que les résultats que nous avons obtenus :

- Comme premier objectif, nous avons voulu établir une façon de mesurer l'impact que peuvent avoir des acteurs sociaux dans le débat judiciaire, en adoptant une approche à la fois originale et objective. Sur ce plan, nous avons construit notre grille de lecture reproduite au Tableau 15 et nous en avons appliqué les différents critères tout au long de nos sept études de cas du présent thème.
- Notre deuxième objectif était d'introduire quelques exemples simples de rhétorique constitutive, dans le but d'y revenir un peu plus loin dans cette thèse. Ces exemples ont été discutés dans l'étude des dossiers *Tessling* (cas #3), *A.M.* (cas #4) et *Gomboc* (cas #7). Nous reviendrons sur ce concept dans l'analyse du cas #11.
- Le troisième objectif cherchait à soumettre l'idée que l'impact des acteurs sociaux sur la production des normes s'effectue de façon progressive, à la manière d'un « dialogue continu » entre les acteurs sociaux et la Cour suprême, lequel s'échelonne sur un certain nombre d'arrêts. Cette proposition fut élaborée dans les arrêts *A.M.*, (cas #4) *Patrick* (cas #6), *Gomboc* (cas #7) et *Spencer* (cas #9).
- Comme quatrième objectif, nous avons aussi profité du dossier *Gomboc* (cas #7) pour montrer que la présence des acteurs sociaux dans un dossier est susceptible d'apporter une source additionnelle de crédibilité et de légitimité aux motifs des juges, en ce qu'elle leur permet de référer à leurs arguments en les nommant de façon spécifique, ce qui a l'avantage de donner un visage plus concret à leur argumentation.

4^{ème} THÈME - Cas # 10 – L’arrêt *Congrégation des témoins de Jéhovah* (2004) : l’influence des acteurs sociaux sur la façon d’aborder un litige

Ce quatrième thème a pour but d’apporter un élément additionnel à la documentation de notre deuxième hypothèse, en montrant comment la présence d’acteurs sociaux dans un dossier peut potentiellement influencer la façon dont la Cour suprême aborde un litige. Pour ce faire, nous nous servons de l’arrêt *Congrégation des témoins de Jéhovah*⁷¹², en nous concentrant sur la participation de trois intervenantes en particulier, à savoir l’ACLC, l’Alliance évangélique du Canada (« Alliance évangélique ») et l’Église adventiste du septième jour (« Église adventiste »). Sans plus tarder, voyons le résumé de cette affaire (Section A), ce qui nous permettra de mieux comprendre le rôle joué par ces intervenantes, une fois que le dossier est parvenu devant la Cour suprême (Section B).

A. Résumé du dossier

Pour saisir l’apport des intervenantes dans le dossier de la Cour suprême, il convient d’expliquer la situation factuelle de cette affaire et de présenter la position prise par la partie directement impliquée devant les cours inférieures.

Sur le plan factuel, il faut d’abord dire que ce dossier impliquait une organisation de témoins de Jéhovah (la « Congrégation ») qui cherchait à acquérir un terrain dans la zone P-3 de la municipalité de Lafontaine, afin d’y construire ce qu’ils appellent leur « Salle du Royaume », dont l’unique objet était de se réunir pour prier, partager leurs croyances et célébrer les mariages et funérailles des membres de leur communauté. Cette zone P-3 était spécifiquement ciblée du fait qu’elle était le seul quartier de la municipalité permettant l’établissement ou la construction d’un lieu de culte. Toutefois, l’achat dans cette zone s’est

⁷¹² *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 S.C.R. 650 (ci-après « l’arrêt *Congrégation* »).

avéré difficile, en raison de la rareté des terrains et de la réticence des propriétaires à les vendre à la Congrégation.

En 1992, après plus de trois années de recherche infructueuse, les représentants de la Congrégation décidèrent finalement de déposer une offre d'achat sur un terrain situé en dehors du secteur en question, en l'assortissant d'une condition reliée à l'obtention d'une dérogation ou la modification du zonage par la municipalité. Même si ce terrain faisait partie d'une zone résidentielle, l'organisation était confiante d'obtenir une dérogation, puisqu'un autre citoyen de cette municipalité avait déjà réussi à obtenir une modification de zonage dans cette section du territoire. Cet optimisme fut cependant de courte durée, car leur demande fut refusée par la municipalité. Parmi ses motifs de refus, cette dernière invoqua qu'elle possédait le pouvoir discrétionnaire de disposer d'une telle demande en vertu de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*⁷¹³, et que, puisqu'un tel lieu de culte étant exempt de taxes foncières, elle jugeait qu'une telle construction serait un fardeau additionnel pour les citoyens, lesquels étaient déjà surtaxés. Elle invoqua également qu'en vertu de cette même loi, tout changement de zonage l'obligeait à obtenir l'assentiment des contribuables par voie de référendum, ce qui entraînerait des coûts excessifs et des problèmes logistiques pour la municipalité.

Abandonnant son offre d'achat conditionnelle, la Congrégation poursuivit ses démarches pour dénicher un autre terrain. Vu l'impossibilité de trouver un propriétaire disposé à lui vendre un terrain dans la zone P-3 et suite au refus de la municipalité de lui accorder une dérogation dans la zone résidentielle, la Congrégation jeta finalement son dévolu sur un lot situé dans la zone commerciale C-3. Comme cette zone ne permettait pas plus de construire un lieu de culte, la Congrégation déposa une nouvelle demande de dérogation, laquelle fut également refusée par la municipalité. Offusquée, la Congrégation persista dans ses démarches et déposa une deuxième demande de dérogation quant à ce même terrain, sans plus de succès.

⁷¹³ L. R. Q., c. A-19.1.

En octobre 1994, la Congrégation décida d'intenter une requête en mandamus pour obliger la municipalité à autoriser la construction de son lieu de culte, en soumettant que les articles de la loi provinciale invoqués par la municipalité étaient inconstitutionnels, puisqu'ils portaient atteinte à sa liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*. Une véritable saga judiciaire s'ensuivit. Tout d'abord, la municipalité présenta une requête en irrecevabilité à l'encontre de cette demande en mandamus, laquelle fut accueillie par la Cour supérieure. La Congrégation décida de se pourvoir en appel de cette décision et la municipalité présenta une nouvelle requête en irrecevabilité qui, cette fois, fut rejetée par la Cour d'appel. En novembre 1996, cette même Cour d'appel décida d'infirmer le jugement du premier juge ayant accueilli la requête en irrecevabilité et ordonna que le dossier original soit retourné devant la Cour supérieure.

Au terme de cette nouvelle audition devant la Cour supérieure, tenue en 1998, le juge de première instance rejeta la requête en mandamus de la Congrégation et décida qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur la validité constitutionnelle de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, puisque d'autres terrains étaient encore disponibles dans la zone P-3.⁷¹⁴ La Congrégation interjeta appel de cette décision et, dans une décision divisée, la Cour d'appel jugea également qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions légales, puisque la municipalité n'avait pas la responsabilité de veiller à ce que les communautés religieuses puissent implanter un lieu de culte sur son territoire.⁷¹⁵

En avril 2003, la Cour suprême accepta d'entendre l'appel de la Congrégation.⁷¹⁶ Quelques semaines plus tard, conformément aux règles de la Cour suprême applicables aux appels de nature constitutionnelle⁷¹⁷, la Congrégation présenta une requête afin de faire

⁷¹⁴ *Congrégation des Témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine et als. c. Lafontaine (Municipalité)*, 1998 CanLII 9474 (QC C.S.).

⁷¹⁵ *Congrégation des Témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine et als. c. Municipalité du village de Lafontaine (Municipalité)*, 2002 Can LII 41250 (QC C.A.).

⁷¹⁶ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 3 octobre 2003, p. 1497.

⁷¹⁷ *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, art. 60.

préciser les termes exacts des questions qu'elles désiraient soumettre, lesquelles étaient essentiellement les mêmes que celles soulevées devant les instances inférieures. Le libellé de ces questions se lisait comme suit:

1. Les articles 123 à 130 et 132 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, portent-ils atteinte au droit à la liberté de religion garanti par l'al. 2a) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?
2. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?
3. Les articles 123 à 130 et 132 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, L.R.Q., ch. A-19.1, portent-ils atteinte au droit à l'égalité, indépendamment de toute discrimination, garanti par le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?
4. Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* ?⁷¹⁸

Ces questions, qui, tel que mentionné plus haut, reprenaient la même position que celle exprimée par la Congrégation devant la Cour supérieure et la Cour d'appel, furent acceptées de façon intégrale par la Cour suprême, en date du 5 juin 2003.⁷¹⁹ Quelques trois mois plus tard, soit en septembre 2003, la Cour suprême autorisa l'Alliance évangélique et l'Église adventiste à se joindre au dossier à titre d'intervenantes, en leur ordonnant de déposer un mémoire conjoint.⁷²⁰ En novembre 2003, la Cour suprême accepta également la demande d'intervention de l'ACLC.⁷²¹

⁷¹⁸ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 20 juin 2003, p. 1021.

⁷¹⁹ *Id.*

⁷²⁰ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 3 octobre 2003, p. 1497.

⁷²¹ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 14 novembre 2003, p. 1789.

B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux

Ce qui est particulièrement intéressant de constater dans ce dossier est que les trois intervenantes ont abordé le litige de façon très différente de celle proposée par la Congrégation depuis le tout début des procédures et que la Cour suprême en a fait de même. En effet, faisant abstraction de la question touchant la validité constitutionnelle de la loi provinciale, l'ACLC, l'Alliance évangélique et l'Église adventiste ont suggéré que la Cour devait d'abord examiner cette affaire en tenant compte du fait qu'il s'agissait d'une demande visant à faire reconnaître la dimension collective (ou communautaire) de la liberté de religion :

« ... members of a religious groups have a constitutionally protected right to worship communally and to build a place of worship for that purpose.»⁷²²

«Building a place of worship is an activity that logically and necessarily comes within the protection of s. 2(a) of the *Charter*. Religious practices have an associational aspect. Members of the same religion are entitled to come together to worship communally and, to that end, possess and maintain a place of worship. Institutions that are created for communal religious purposes play an important role in maintaining the life and health of religious communities.»⁷²³

«Worship and practice, as well as teaching and dissemination all involve religious believers meeting together. These activities are not carried out by the individual alone. Further, the activities cannot be fully carried out in the absence of a structure.»⁷²⁴

«... [D]enial of the ability to construct a place of worship is a denial of the ability to practice one's religion within one's religious community. It is a fundamental interference with the practice of religion.»⁷²⁵

Se fondant sur une telle approche principielle, les intervenantes ont suggéré que la question en litige devait être résolue par la Cour en se fondant sur la justesse du comportement

⁷²² Mémoire de l'ACLC, par. 14.

⁷²³ *Id.*, par. 24.

⁷²⁴ Mémoire conjoint de l'Alliance évangélique et de l'Église adventiste, par. 32.

⁷²⁵ *Id.*, par. 35.

de la municipalité, en tant qu'autorité publique placée devant une demande fondée sur une dimension collective de la liberté de religion :

« The CCLA's position is that a case of this nature calls for the development of a principled approach to the interrelation between municipal zoning decisions and freedom of religion in a pluralist society. In general terms, a balance must be struck between the role that municipalities play in regulating urban planning, and the impact that regulation may have on members of the community seeking to practice their religion freely.»⁷²⁶

«The CCLA submits that, presumptively, a municipality may not make any zoning decision which effectively precludes a religious group from building a place of worship within the municipality. (...) Such a decision goes to the very heart of the right to gather communally for the purpose of manifesting religious beliefs through practice.»⁷²⁷

«The case at bar is novel in the Supreme Court of Canada. This Court has not addressed the specific question of the right to construct houses of worship as part of the protection afforded by section 2(a) of the Charter and section 3 of the Quebec Charter of Human Rights and Freedoms ("Quebec Charter"). Nor has this Court addressed the role of local government authorities in recognizing and respecting the exercise of this right or the duty to accommodate construction of houses of worship.»⁷²⁸

«The refusal of the Village de Lafontaine to rezone land for church use infringed the religious freedom of the Congrégation des Témoins de Jéhovah de St-Jérôme Lafontaine in that such action unduly restricted the ability of the Congrégation to construct a house of worship.»⁷²⁹

Cette perspective différente de la part des intervenantes semble avoir eu un impact sur la Cour, car la décision montre que les juges majoritaires ont suivi cette approche pour disposer du litige. En effet, plutôt que de traiter l'affaire par rapport à la constitutionnalité de la loi provinciale (comme le suggérait la Congrégation depuis le tout début des procédures), les juges l'ont plus simplement abordée en traitant du « contenu de l'obligation d'équité

⁷²⁶ Mémoire de l'ACLC, par. 2.

⁷²⁷ *Id.*, par. 36.

⁷²⁸ Mémoire conjoint de l'Alliance évangélique et de l'Église adventiste, par. 4.

⁷²⁹ *Id.*, par. 11.

procédurale » incombant à la municipalité en tant qu'organisme public tenu de répondre à une demande touchant les droits d'une personne :

« Un organisme public comme une municipalité est tenu à une obligation d'équité procédurale lorsqu'il rend une décision administrative qui touche les droits, privilèges ou biens d'une personne. La décision de refuser la demande de modification de zonage a touché les droits de la Congrégation. Il ne fait donc aucun doute que la municipalité avait une obligation d'équité envers la Congrégation.

Le présent pourvoi porte sur le contenu de cette obligation. Plus particulièrement, et au vu des faits constatés, la municipalité était-elle tenue de fournir à la Congrégation les motifs sur lesquels se fondait son refus de modifier le zonage? La municipalité avait-elle plutôt le pouvoir discrétionnaire absolu de rejeter la demande de la Congrégation?»⁷³⁰

Partant de ce point de vue, la Cour s'est ensuite penchée sur les critères applicables pour juger de la conduite des dirigeants du village de Lafontaine et, dans cette évaluation, elle s'est notamment appuyée sur l'importance du refus municipal pour la Congrégation et sur les attentes légitimes que celle-ci avait entretenues vis-à-vis de cette décision.⁷³¹ Cette position a fait en sorte que, tel que le suggéraient les intervenantes dans leurs mémoires, les juges majoritaires se sont prononcés, quoique brièvement, sur la dimension collective de la liberté de religion :

« Le troisième facteur nous impose de tenir compte de l'importance de la décision pour la Congrégation. La rigueur des protections procédurales est directement proportionnelle à l'importance de la décision dans la vie des personnes visées et à la nature de ses répercussions sur ces personnes. (...) En l'espèce, la décision devient importante en ce qu'elle touche l'exercice par la Congrégation de sa religion. Le droit d'adhérer librement à une croyance et de se rassembler avec d'autres pour professer cette croyance est d'une importance capitale, comme en témoigne la protection que lui

⁷³⁰ *Congrégation*, préc. note 712, par. 4 (le souligné est de la Cour).

⁷³¹ *Id.*, par. 5.

confèrent la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, L.R.Q., ch. C-12. »⁷³²

À l'instar de l'arrêt *Caron*, le dossier *Congrégation* illustre donc le fait que les acteurs sociaux sont susceptibles d'apporter une perspective différente pour aborder un litige et que cette approche distincte peut influencer la décision finale et aider la partie qu'ils appuient à avoir gain de cause. On voit aussi que, comme nous l'avons déjà fait remarquer dans d'autres dossiers, les intervenantes se préoccupent plus ou moins de la façon dont les parties impliquées pilotent leur dossier, puisque ce qui les intéresse est plutôt de faire avancer les règles de droit, en l'espèce la conception large de la garantie prévue à l'al. 2a) de la *Charte*.⁷³³ Sans trop extrapoler sur ce sujet, on notera d'ailleurs que les acteurs sociaux discutés dans le présent thème ont également participé à d'autres instances subséquentes où la Cour suprême a développé encore plus ce concept de dimension collective de la liberté de religion, ce qui, à l'instar des arrêts discutés à notre troisième thème, laisse supposer une collaboration échelonnée dans le temps.⁷³⁴

⁷³² *Id.*, par. 9.

⁷³³ À cet égard, on remarque que, malgré sa dissidence, le juge LeBel a présenté une conception encore plus élaborée de la dimension collective de la liberté de religion en mentionnant qu'elle incluait le droit de « professer ouvertement ses croyances » et le droit au prosélytisme, *id.*, par. 65. Dans un autre passage sur la neutralité religieuse de l'État, le juge affirmait aussi que les élus avaient l'obligation de « mettre en place un cadre social et juridique où les membres des diverses confessions pourront s'associer pour exercer la liberté de culte qui exprime un aspect collectif fondamental de la liberté de religion et pour organiser leurs Églises ou leurs communautés, *id.*, par. 68.

⁷³⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, préc. note 291; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12.

5^{ième} THÈME - Cas # 11 – L’arrêt *PHS Community* (2012) : l’impact des acteurs sociaux sur la rhétorique constitutive de la Cour

Le présent thème a comme objectif d’approfondir le concept de rhétorique constitutive. Jusqu’à présent, nous avons discuté de cette notion de façon générale, en la décrivant comme une technique discursive par laquelle l’intervenant ou le juge assortit son discours d’une certaine conception du monde, actuelle ou souhaitable, afin de soutenir son argumentaire.⁷³⁵ Nous avons aussi mentionné que, de façon générale, l’objectif de ce procédé n’est pas d’ajouter un argument proprement dit, mais de présenter un contexte factuel, éthique, politique, sociologique et/ou philosophique, selon les circonstances propres à chaque dossier, afin de créer une « ambiance » ou une toile de fond autour d’un argument juridique.

Ainsi, la rhétorique constitutive s’incarne parfois dans l’image d’une situation que nous réprouvons⁷³⁶ ou celle d’une scène de la vie quotidienne.⁷³⁷ Dans d’autres situations, la rhétorique constitutive peut faire référence aux valeurs au sens large, comme dans l’arrêt *Spencer* (cas #9), où le juge Cromwell invoquait l’importance de l’épanouissement personnel et de l’autonomie de l’individu pour justifier son interprétation du droit à l’anonymat.⁷³⁸ Pour donner un autre exemple de rhétorique constitutive à portée large qui est encore plus récent, on peut citer dans l’opinion de la juge Abella dans l’arrêt *Loyola*, laquelle faisait référence aux valeurs associées à la solidarité civique, lesquelles aident les citoyens « à forger des liens malgré leurs différences. »⁷³⁹

⁷³⁵ Voir la section C.3 de notre introduction.

⁷³⁶ Comme celle des policiers qui arrivent en pleine nuit dans un domicile décrite dans l’arrêt *Tessling* (cas #3) ou celle utilisée dans l’arrêt *A.M.* (cas #4) qui laissait entendre que les écoles pourraient devenir des lieux où les élèves seraient pris au piège de la drogue, des gangs et de la violence.

⁷³⁷ Comme celle décrite par l’arrêt *Gomboc*, (cas #7) où les juges McLachlin et Fish ont utilisé l’image d’un citoyen ordinaire devant composer quotidiennement avec des fournisseurs de service de toutes sortes, pour expliquer qu’il ne renonçait pas pour autant à son droit au respect à la vie privée.

⁷³⁸ *Spencer*, préc. note 684, par. 15.

⁷³⁹ *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, préc. note 734, par. 47.

L'objectif de la présente étude est d'aller au-delà des courts exemples que nous avons vus jusqu'à présent, en examinant ce concept de rhétorique constitutive de façon plus étendue et en scrutant plus attentivement comment les acteurs sociaux s'en servent pour influencer le discours de la Cour suprême. Cet exercice nous permettra de considérer des exemples où la rhétorique constitutive déployée par les acteurs sociaux se retrouve effectivement dans les décisions judiciaires, ce qui servira à documenter davantage notre deuxième hypothèse.

Tel que mentionné plus haut, les exemples de rhétorique constitutive dont nous nous sommes servis jusqu'à présent ont plutôt présenté cette notion comme une version perelmanienne des « prémisses de l'argumentation », lesquelles visent essentiellement à insérer des « objets d'accord » dans le discours, à partir d'un inventaire de faits, vérités, présomptions et valeurs qui apparaissent à l'orateur comme étant partagés ou admis par son auditoire.⁷⁴⁰ Cette affirmation est exacte, mais elle ne rend pas compte de la fécondité de ce concept. En effet, le concept de rhétorique constitutive est beaucoup plus riche qu'un inventaire de techniques argumentatives, puisque selon la conception développée par James Boyd White, cette notion sert aussi à saisir comment le droit se construit. Pour appréhender et appliquer cette dimension large de la rhétorique constitutive, cinq étapes doivent être franchies.

La toute première étape est d'observer la place centrale qu'occupe la rhétorique dans notre vie de tous les jours. Selon White, la rhétorique est un outil dont nous disposons tous afin d'interagir avec les autres, que ce soit avec notre conjoint(e), un membre de notre parenté, un ami, une connaissance, un client, une personne en autorité ou n'importe quelle autre personne avec qui nous entretenons des relations. L'idée maîtresse qui sous-tend cette proposition est que la vie constitue un large exercice rhétorique où, à travers le langage, chacun échange avec les autres et essaie de les convaincre de la pertinence et de la justesse de

⁷⁴⁰ C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 87-153. Voir nos commentaires sur les rapprochements entre la rhétorique constitutive et la notion de « prémisses de l'argumentation » de Perelman, à la section C.3 de notre introduction.

son point de vue. Par définition, la rhétorique n'est donc pas une opération statique et à sens unique, puisqu'elle s'alimente des réactions et des opinions de ceux auxquels on s'adresse. Ce qu'il faut retenir ici est un concept de rhétorique qui exclut l'argumentation formelle et scientifique et qui est orienté autour des notions de persuasion et d'interaction.

La deuxième étape est de voir qu'à partir du moment où le sujet discuté prend le moindrement d'importance, le droit commence à se « faufiler » dans notre rhétorique. Dans quel genre de monde vivons-nous? Quel type de société voulons-nous? Comment devrait-on se comporter? Quelles valeurs devrait-on prioriser? Comment assurer l'ordre social? Quels gestes devrions-nous poser pour faire preuve de plus de tolérance ou de respect vis-à-vis des autres? Toutes ces questions, et bien d'autres, nous obligent à intégrer des notions de droit à notre opinion. À partir de là, notre rhétorique devient donc « constitutive », en ce sens qu'elle cherche à instaurer une vision du monde qui intègre des questions relatives à notre culture et à notre communauté.

La troisième étape consiste à réaliser que la portée ou l'influence de la « rhétorique constitutive » d'un individu est variable en fonction de trois facteurs. Le premier est évidemment la pertinence ou l'aspect raisonnable des propos. Le deuxième est la façon dont la rhétorique s'exprime, ce qui renvoie aux techniques argumentatives de Perelman ou aux critères de suffisance, de clarté et d'intelligibilité du professeur Tremblay. Le troisième facteur est le mode d'expression, dans le sens où la portée ou l'influence d'une rhétorique dépend inévitablement de la tribune occupée par l'orateur. Cet aspect constitue une évidence, puisque les propos tenus dans une conversation privée ou en petits groupes n'auront évidemment pas le même impact que ceux qui s'expriment à travers l'éditorial d'un grand journal, le discours politique ou la décision judiciaire. Dans tous les cas, la rhétorique est constitutive, mais elle a un rayonnement différent : parfois elle est « sociale » ou d'autres fois, elle est « institutionnelle ». ⁷⁴¹

⁷⁴¹ J.B. WHITE, *Imagining the Law*, préc. note 121 p. 29-55.

La quatrième étape nous ramène à la notion d'interaction discutée à la première étape, dans le sens où la rhétorique constitutive « sociale » et la rhétorique « institutionnelle » ne sont pas tout à fait étanches, puisqu'elles s'influencent l'une l'autre. En d'autres mots, même si elle s'exprime sous la plume d'un éditorialiste, d'un premier ministre ou d'un juge, la rhétorique constitutive institutionnelle est quand même influencée par la rhétorique constitutive véhiculée dans la société, et vice-versa. Les deux types de rhétorique constitutive s'alimentent l'un l'autre et s'influencent mutuellement. À cette étape, la rhétorique constitutive fait toujours appel à des notions de persuasion et d'interaction, mais, pour être encore plus convaincante, elle s'appuie sur les concepts d'identification, de collectivisation et d'interpellation. Celui qui discourt cherche ici à montrer que sa vision du monde, actuelle ou souhaitable, correspond à celle de la collectivité ou à celle que la collectivité devrait suivre.⁷⁴²

Cette influence mutuelle et cette interpellation étant comprises, la cinquième étape consiste à examiner comment la rhétorique constitutive des acteurs sociaux et des juges se matérialise et, de façon plus particulière pour nos fins, à voir comment elle sert à construire le droit. Pour comprendre comment cette rhétorique constitutive opère, le professeur White n'impose pas de règles d'analyse strictes, mais il nous invite à poser différentes questions, que nous avons regroupées en trois catégories.

La première catégorie de questions suggérée par le professeur White concerne non pas le message lui-même, mais ceux qui le transmettent, ceux qui le reçoivent et ceux qui gravitent autour. À cette étape, il s'agit donc d'examiner comment s'affichent celui ou ceux qui prennent la parole? Comment se présentent-ils? Quel rôle s'attribuent-ils? Ce questionnement cherche aussi à détecter les auditoires auxquels ils s'adressent. De qui parlent-ils? Qui visent-ils? Qui critiquent-ils? De qui s'inspire leur vision?⁷⁴³

⁷⁴² M. CHARLAND, *Constitutive rhetoric*, préc. note 114, p. 618.

⁷⁴³ Ces deux questions entretiennent des liens très étroits avec les notions *d'ethos* et d'auditoire que nous avons abordées plus haut.

La deuxième catégorie de questions s'attache au contenu du message lui-même. Quelle vision du monde les orateurs nous présentent-ils? Quel type d'univers social tentent-ils de « constituer »? Comment articulent-ils leurs conceptions? Quels sont les principes ou valeurs invoqués ou véhiculés? Quels principes et valeurs priorisent-ils?

La troisième catégorie est également une analyse de contenu, mais elle se penche plus particulièrement sur le caractère identitaire du message. Quel genre de collectivité ou de communauté nous présente-t-on? Est-ce une description actuelle ou une description qui tend vers un idéal? Cette vision du monde invite-t-elle à la suivre? Constitue-t-elle une interpellation? Propose-t-elle une nouvelle façon de voir le monde?⁷⁴⁴

C'est à travers ce genre de questions que nous abordons les prochains cas, en commençant par l'arrêt *PHS Community*.

A. Résumé du dossier

Les faits du dossier *PHS Community*⁷⁴⁵ se déroulent dans le district appelé Downtown Eastside de Vancouver, lequel, comme nous l'avons vu dans l'arrêt portant le même nom, est un quartier extrêmement perturbé par le fléau de la drogue. L'histoire entourant ce litige remonte au début des années quatre-vingt-dix, alors que suite à une épidémie de sida et d'hépatite parmi les résidents de ce quartier, les autorités responsables de la santé publique décidèrent de déclarer l'état d'urgence et d'unir leurs efforts afin de mettre en place des solutions novatrices pour répondre aux besoins de la population. Après de nombreuses rencontres, études et analyses, la solution trouvée fut d'instaurer un programme élaboré de

⁷⁴⁴ J.B. WHITE, «Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life», préc. note 136, p. 701-702; J.B. WHITE, *Judicial Criticism*, préc. note 136, p. 847.

⁷⁴⁵ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134 (ci-après « l'arrêt *PHS Community* »).

soins aux toxicomanes qui, au lieu de se concentrer uniquement sur les façons de cesser la consommation, les aiderait à chaque étape du traitement de leur maladie. Cette proposition était novatrice, car elle incluait un centre d'injection de drogue supervisé par un personnel médical (le « centre Insite »), lequel, bien que controversé sur notre continent, avait fait ses preuves en Europe et en Australie.

Puisque ce nouveau programme impliquait l'injection de substances considérées illicites, ce centre d'injection se devait d'obtenir une exemption le soustrayant aux lois interdisant la possession et le trafic de substances désignées. Une telle demande fut présentée au Ministre de la Santé en septembre 2003, laquelle fut approuvée par le Ministre de la Santé, en vertu du pouvoir discrétionnaire qui lui était accordé par la loi. Cette décision du Ministre faisait d'Insite le premier centre d'injection supervisée en Amérique du Nord. Ce permis étant d'une durée initiale de trois ans, une nouvelle demande d'exemption fut présentée en 2006, laquelle fut accordée pour une année. Par la suite, une autre prolongation d'une année fut autorisée en 2007, mais le Ministre de la santé en place indiqua alors qu'il s'agissait de la dernière extension et qu'il n'accorderait plus d'autre demande.

Cette décision du Ministre de ne pas renouveler le permis d'exploitation déclencha l'institution d'une action en jugement déclaratoire par l'exploitant d'Insite, dont la conclusion principale était de statuer que la loi fédérale n'était pas applicable aux opérations du centre Insite, puisqu'elles relevaient d'un champ de compétence provinciale exclusive. Subsidiairement, l'action demanda de déclarer que cette loi et/ou ce refus du Ministre de la Santé violaient les droits fondamentaux des usagers du centre, garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

Le juge du procès a rejeté l'argument de l'exclusivité des compétences, en statuant que les deux ordres de gouvernement pouvaient légiférer dans le domaine de la santé. Toutefois, il fit droit aux arguments du centre Insite quant à l'inconstitutionnalité de la loi, en se montrant d'avis qu'elle violait les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne de façon arbitraire, puisqu'elle interdisait la gestion de la dépendance aux drogues et des risques qui y

sont associés. Selon lui, l'État n'avait pas réussi à justifier l'atteinte aux droits fondamentaux des usagers et, en conséquence, il accorda une exemption constitutionnelle au centre Insite. Cette décision fut confirmée dans un jugement divisé de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

La demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême fut autorisée le 24 juin 2010 et le 17 février 2011, elle autorisa la présence de quinze intervenants sociaux.⁷⁴⁶ Les trois questions en litige soumises au plus haut tribunal furent les mêmes que celles traitées par les cours inférieures.

B. Analyse de l'impact des acteurs sociaux

Pour déterminer si la rhétorique constitutive des acteurs sociaux a eu impact sur la décision de la Cour, nous avons examiné leur mémoire en fonction des questions suggérées par le professeur White : quel genre d'univers social nous présentent-ils? Quel genre de communauté ou de collectivité tentent-ils de « constituer » et comment l'articulent-ils? Quels sont les principes ou valeurs invoqués et priorisés? En présentant cette vision, à qui s'adressent-ils? Qui visent-ils? Qui critiquent-ils? Et finalement, la question ultime nous préoccupant au premier chef : ont-ils eu une influence sur la décision et si oui, de quelle façon? Voyons le compte-rendu de ces différents questionnements.

En tout premier lieu, avant d'analyser le contenu de la vision du monde proposée, l'un des constats principaux qui peuvent être faits en matière d'analyse de discours judiciaire est d'affirmer que la rhétorique des acteurs sociaux s'adresse aux juges de la Cour suprême,

⁷⁴⁶ Dr. Peter AIDS Foundation, Vancouver Coastal Health Authority, ACLC, ALCCB, Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association, CACTUS Montréal, Association des infirmières et infirmiers du Canada, l'Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario, Association of Registered Nurses of British Columbia, Association of Canadian Registered Nurses of British-Columbia, Association canadienne de santé publique, Association médicale canadienne, British-Columbia Nurses' Union et REAL Women of Canada, cf. *Bulletin de la Cour suprême*, 25 février 2011, p. 288-289.

puisque ce sont ces derniers, et eux seuls, qui scelleront l'issue du litige. Cette affirmation n'est pas fausse, mais elle n'est pas complète. En effet, une telle généralisation comporte une faille importante, puisqu'il faut réaliser que la rhétorique des acteurs sociaux (dans ce dossier comme dans n'importe quel autre), répond d'abord et avant tout à celle de la partie adverse. Ainsi, pour comprendre la rhétorique exprimée par un participant, il faut toujours la superposer à celle préconisée par les autres participants qui ne partagent pas le même point de vue. En somme, il faut situer la thèse d'un participant dans une perspective absolue, mais aussi dans son cadre délibératif, puisque c'est à partir des thèses présentées par l'ensemble des participants que la Cour fera son choix.

Dans *PHS Community*, la rhétorique constitutive des acteurs sociaux sur lesquels nous nous sommes concentrés⁷⁴⁷ visait clairement à contredire celle du ministère public. Or, quel était «l'univers social» présenté par ce dernier? À ce chapitre, le constat est très clair. L'univers social décrit par le Procureur général est un monde où les individus doivent assumer les choix qu'ils font. Appliqué au dossier qui nous occupe, cet univers social froid et rationnel, qui fait abstraction des conditions médicale ou mentale des individus, implique que les usagers d'Insite devaient subir les conséquences de leur « choix » de s'injecter des drogues :

«The difficulty with the approach of the courts below is that it absolves drug users of responsibility for the choices they make. (...)

No one would deny that the intravenous use of dangerous and addictive substances like cocaine and heroin presents tangible risks to life and personal security of the user. But these risks are attributable to the use of the substances themselves, not to the law prohibiting their possession and distribution. (...)

The trial judge's conclusion also offends basic notions of personal autonomy, in that it is premised on a claim that addicts are incapable of

⁷⁴⁷ Soit l'organisme PHS Community lui-même, ainsi que l'ACLC, Réseau canadien VIH/sida et Dr. Peter Aids Foundation.

making rational choices. Taken to its logical conclusion, it would mean that no addict would ever be cured.»⁷⁴⁸

Ce genre d'univers social fondé sur l'autonomie personnelle, dépourvu de toute sympathie ou compassion pour les toxicomanes, fut également adopté par un groupe issu de la société civile, soit REAL Women of Canada, qui a pris le parti du gouvernement fédéral :

«One cannot ignore the fact that those who inject themselves with illicit drugs often have committed crimes to generate the monies to buy the drugs from traffickers that are then brought to the Insite facility for "protected" self-injection.

There can be no right to inject, whatever the reason or motivation, into oneself a psychotropic drug that causes alteration of mental function and thereby raises issues of public health and safety "both for the user as well as for those in the broader society affected by his or her conduct", as was said in Malmo-Levine. If this can be said of the consumption of marijuana, surely it can be said of the injection of heroin, cocaine and methamphetamine.»⁷⁴⁹

En revanche, l'univers social présenté par d'autres acteurs issus de la société civile ayant participé à ce dossier (incluant PHS Community, également un acteur social) comporte trois grandes caractéristiques, dont la première est celle de la vulnérabilité des usagers d'Insite:

« ... Most have been incarcerated for their drug use; most are living in poverty; and many are homeless, have no or poor access to transportation, and limited access to primary health care. A significant number of injection drug users in the Downtown Eastside are urban Aboriginals with tenuous, if any, links to their home communities; many have histories of sexual and physical abuse; and many have resorted to the survival sex trade or other criminal activity.

(...) There have been outbreaks of transferable tuberculosis, syphilis and Hepatitis A and B in the neighbourhood. Rates of chronic mental illness are

⁷⁴⁸ Mémoire du Procureur général du Canada, par. 98-100 (les soulignés sont du Procureur général).

⁷⁴⁹ Mémoire de REAL Women of Canada, par. 35-36.

high. Common health issues among the patients at the Portland Hotel medical clinic include HIV, Hepatitis C, internal organ and soft tissue infection, malnutrition, depression, anxiety and psychiatric and thought disorders, such as schizophrenia.»⁷⁵⁰

«The Downtown East Side of Vancouver is one of the poorest neighbourhoods in Canada. It has high rates of unemployment, homelessness and extreme poverty. Many of its residents suffer from serious health problems, with alarming rates of Hepatitis C, HIV/AIDS, serious mental illnesses and premature death.

(...)

The injection drug users themselves, comprising a significant portion of the Downtown East Side of Vancouver population, have almost uniformly tragic histories and are clinging to the very margins of society. Estimates of the rates of childhood abuse and/or neglect among injection drug users range as high as 100%. A significant number of injection drug users are homeless or under-housed. Many are involved in the sex trade. Most have been incarcerated for their drug addiction.»⁷⁵¹

«Canada asserts as part of its causation argument that drug use is invariably a function of “individual choice”. This is wrong. The respondent Shelly Tomic first used drugs at the age of seven, when a relative injected her with speed. (...) The Charter is not so cruel nor so feeble as to deny those who break the law any possible recourse against government action that harms their health and lives. Moreover, the law-breaking here is attributable in part to the government’s own failure to provide adequate support and solutions to those with addictions.»⁷⁵²

La deuxième grande caractéristique de l’univers social décrit par les acteurs sociaux que nous avons retenus tient à la nécessité de trouver des solutions novatrices pour faire face aux nécessités médicales créées par une réalité changeante. Cette dimension fut particulièrement présente dans les argumentations présentées par la Dr. Peter AIDS Foundation et l’Association médicale canadienne :

⁷⁵⁰ Mémoire de PHS Community Services, par. 6-7.

⁷⁵¹ Mémoire de l’ACLC, par. 5 et 7.

⁷⁵² Mémoire de Réseau juridique canadien VIH/sida, par. 7.

«The Foundation's position is that supervising injections is a necessary component of its integrated model for the delivery of health care to participants who inject drugs. Supervised injection service has allowed the delivery of improved health care to an extremely vulnerable section of the population who would otherwise be at greater risk in terms of their own physical health as well as their capacity to transmit HIV to others. (...)

These services are provided as part of a program of necessary, comprehensive health care in order to address clients' special needs arising from their HIV status, and on the basis that such service forms part of the scope of clinical nursing practice ... »⁷⁵³

«Fair and equitable access to medically necessary, evidenced-based health care is of fundamental importance to Canadian patients and physicians, as this Court recognized in *Chaoulli*.

Where life and security of a person is at risk because of a medical condition, like drug addiction, the Court's delineation of a government or legislature's constitutional obligations should be guided by facts. Unfounded ideological assumptions about the character of patients must not trump clinical judgment based on the best medical evidence available; otherwise, the life, liberty and security of patients is put at risk arbitrarily, contrary to section 7 of the Charter.

The Appellants' position that those addicted to drugs have foregone any right to access medical treatment is antithetical to the raison d'être of the Canadian health care system and inconsistent with the federal government's obligations under section 7 of the Charter.

Neither the statutory law nor the Constitution allows the state to deny access to health care because of "lifestyle" choices or presumed waiver of legal or constitutional rights.»⁷⁵⁴

Enfin, la troisième grande caractéristique de la vision proposée par les acteurs sociaux est celle d'un monde qui a besoin d'organismes comme le centre Insite et ce, non seulement au bénéfice des usagers de ce centre, mais aussi pour la société en général. Cet aspect apparaît dans leurs prétentions voulant que le centre d'injection sauvait littéralement des vies, qu'il

⁷⁵³ Mémoire de Dr. Peter AIDS Foundation, par. 3 et 5.

⁷⁵⁴ Mémoire de l'Association médicale canadienne, par. 1-4.

était bien accueilli par la population et qu'il n'entraînait pas une augmentation de la criminalité.⁷⁵⁵

On aura probablement déjà deviné que les trois caractéristiques de la rhétorique constitutive des acteurs sociaux se sont retrouvées dans celle de la Cour suprême. En effet, il ne fait aucun doute que la vulnérabilité des usagers d'Insite a été une composante importante de l'univers social présenté par la Cour suprême, puisque dès les premiers paragraphes de sa décision, la juge en chef, écrivant au nom de la Cour, a offert une image de désolation extrême qui vaut la peine d'être énoncée au long:

« Dans le quartier DTES, le problème de la consommation de drogues injectables s'étale au grand jour. À n'importe quelle heure, on peut assister à des achats de drogue sur le parvis même du Carnegie Community Centre, un édifice historique situé à l'angle des rues Main et Hastings. À quelques pas de là, dans des ruelles, des toxicomanes se font un garrot pour trouver une veine dans laquelle s'injecter de l'héroïne et de la cocaïne, ou encore fument du crack dans des pipes de verre.

Les résidants du quartier DTES qui consomment des drogues intraveineuses sont d'origines diverses et leur histoire personnelle diffère, mais ils possèdent souvent certains traits communs. Nombre d'entre eux ont subi dans leur enfance des agressions physiques et sexuelles, ont des antécédents familiaux de toxicomanie, ont été exposés très tôt à des drogues dures et souffrent d'une maladie mentale. De nombreux consommateurs de drogues intraveineuses de ce quartier sont héroïnomanes depuis plusieurs décennies et ont entamé des programmes de désintoxication à plusieurs reprises. Beaucoup sont polytoxicomanes et souffrent d'alcoolisme. Certains sont réduits à faire le trottoir pour financer leurs dépendances. Il devrait ressortir clairement de ces données que ces personnes ne consomment pas à des fins récréatives : elles souffrent de dépendance. Leur consommation de drogues injectables est à la fois l'effet et la cause d'une vie qui représente un combat quotidien.

⁷⁵⁵ Voir notamment au par. 143-152 du mémoire de PHS Community Services, aux par. 5-9 du mémoire de Dr. Peter Aid Foundation et aux par. 21-24 de l'Association médicale canadienne.

Bien que le quartier DTES offre des logements abordables, bien des Canadiens seraient horrifiés des conditions de vie qui y règnent. C'est l'un des rares endroits de Vancouver où les personnes les plus démunies, invalides et toxicomanes, peuvent trouver refuge. Vingt pour cent de la population est sans abri. Une grande proportion de ceux qui ont un toit logent dans des maisons de chambres insalubres, où la sécurité, l'intimité et les installations sanitaires se font rares. Souvent, un immeuble ne compte qu'une seule salle de bains, que tous les locataires doivent partager. Les maisons de chambres sont fréquemment infestées de punaises et de rats. On y mène une vie morose.

(...)

Par la nature même de leur dépendance, les consommateurs de drogues injectables mènent une vie désespérée et dangereuse. Sans compter les dangers que présentent les drogues, les toxicomanes sont susceptibles de se livrer à une panoplie d'autres pratiques qui mettent leur vie en danger. Bien que beaucoup de toxicomanes sachent comment éviter les comportements à risque, l'état de manque ou la crainte que la police découvre et confisque leur drogue peuvent l'emporter même sur des habitudes de protection bien ancrées. Les toxicomanes partagent leurs seringues, se piquent à la hâte dans des ruelles et puisent dans des flaques d'eau stagnante pour dissoudre leur héroïne avant de se l'injecter dans les veines. S'ils sont victimes d'une surdose dans ces ruelles, les toxicomanes se trouvent souvent seuls et loin des services médicaux. Les seringues partagées peuvent transmettre le VIH et l'hépatite C. L'insalubrité cause des infections. Le toxicomane qui rate une veine dans sa hâte risque de développer un abcès. En ne prenant pas le temps nécessaire pour préparer sa dose, il risque de mal mesurer la quantité de la substance qu'il s'injecte. Il n'est pas rare pour les consommateurs de drogues injectables de souffrir d'endocardite ou d'infections dangereuses. Ces risques sont exacerbés par le fait que ces toxicomanes forment une population marginalisée que les professionnels de la santé ont toujours eu du mal à rejoindre.»⁷⁵⁶

La deuxième grande caractéristique de l'univers social présenté par les acteurs sociaux, soit celle de la nécessité de trouver des solutions novatrices pour faire face à une réalité changeante, s'est également transposée dans les motifs de la décision. En effet, la Cour suprême a intégré cette caractéristique à sa propre rhétorique en expliquant que la décision

⁷⁵⁶ *PHS Community*, préc. note 745, par. 6, 7, 8 et 10.

d'ouvrir un centre d'injection supervisée était le fruit de plusieurs années de recherche, de planification et de collaboration intergouvernementale et que ce genre d'endroit répondait à un besoin exprimé dans des rapports préparés par des groupes issus de la société civile.⁷⁵⁷ Utilisant la technique argumentative de la comparaison, la Cour s'est notamment servie du fait que des centres d'injection existaient déjà dans soixante-dix villes d'Europe, ainsi qu'en Australie.⁷⁵⁸

Enfin, la troisième caractéristique de la vision du monde présentée par les acteurs sociaux (celle d'un monde meilleur grâce à un organisme comme Insite) est également présente dans la rhétorique constitutive de la Cour suprême. En effet, cette dernière a louangé les services de ce centre d'injection, en le décrivant comme un établissement soumis à des règles strictes qui appliquait des politiques et des procédures rigoureuses. Elle précisa également que le centre ne fournissait aucune drogue à ses clients, que ceux-ci étaient suivis de près pendant et après l'injection et que des lignes directrices avaient été mises en place quant au matériel d'injection usagé et le confinement des drogues inutilisées.⁷⁵⁹ En bref, l'univers social souhaitable peint par la Cour suprême devait inclure la présence du centre Insite :

« Insite est le fruit du fédéralisme coopératif, issu des efforts concertés des instances locales, provinciales et fédérales. Il s'agissait d'une expérience, et l'expérience a réussi. Insite a sauvé des vies et a eu un effet bénéfique en matière de santé, et ce, sans provoquer une hausse des méfaits liés à la consommation de drogues et de la criminalité dans le quartier. La police de Vancouver appuie Insite. La ville et le gouvernement provincial veulent qu'il demeure ouvert. »⁷⁶⁰

⁷⁵⁷ *Id.*, par. 12-14.

⁷⁵⁸ *Id.*, par. 15. Sur cette rhétorique, voir C. PERELMAN et L. OLBRECH-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, préc. note 67, p. 326-333.

⁷⁵⁹ *Id.*, par. 18.

⁷⁶⁰ *Id.*, par. 19; voir aussi au par. 133.

Bien des choses pourraient encore être écrites sur le concept de rhétorique constitutive, mais l'objectif que nous poursuivions a été réalisé, soit de montrer comment la « vision du monde » présentée par des acteurs sociaux peut influencer celle de la Cour suprême. Dans le cas de cet arrêt *PHS Community*, deux grands constats peuvent être tirés :

- D'abord que, bien que la comparaison entre la rhétorique constitutive des intervenants et celle des juges ne soit pas une science exacte, il apparaît clairement que ces derniers ont choisi l'image de l'univers social présentée par les acteurs sociaux dont nous avons parlé, laquelle était basée sur trois grandes caractéristiques discutées plus haut;
- Cette vision a servi de toile de fond et d'ancrage à la décision de la Cour suprême pour déclarer inconstitutionnelle la décision du Ministre de la Santé de refuser d'accorder une exemption à ce centre d'injection.

Cet exemple est donc éclairant, tant pour documenter notre deuxième hypothèse que pour appréhender la richesse d'un concept comme la rhétorique constitutive.

6^{ième} THÈME - Cas # 12 – L'arrêt *Bragg* (2012) : les acteurs sociaux comme « courroies de transmission » de la société civile

L'arrêt rendu en 2012 par la Cour suprême dans le dossier *Bragg*⁷⁶¹ est un autre bon exemple permettant d'appréhender la relation changeante entre les acteurs de la société civile et la Cour suprême et, à plusieurs égards, il pourrait servir à corroborer plusieurs points qui ont été abordés précédemment, notamment :

- Attester de la nouvelle tendance des juges d'accueillir plus d'acteurs sociaux à l'intérieur du forum judiciaire;⁷⁶²
- Démontrer que le plus haut tribunal n'hésite pas à moderniser le système normatif afin d'améliorer l'accès à la justice, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Caron* de 2011 (cas #1) et dans l'arrêt *Downtown Eastside*, prononcée une semaine seulement avant l'arrêt *Bragg*;⁷⁶³
- Révéler la volonté d'implication et la persévérance déployées par la jeune demanderesse pour faire changer le droit en faveur des jeunes, ce qui rappelle les démarches prises par Michelle Dawson dans le dossier *Auton* pour protéger les autistes (cas #2);⁷⁶⁴

⁷⁶¹ *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, [2012] 2 R.C.S. 567 (ci-après « l'arrêt *Bragg* »).

⁷⁶² Dans ce dossier, la Cour a accepté d'autoriser douze intervenants issus de la société civile à participer dans ce débat judiciaire.

⁷⁶³ Nous verrons plus loin que la Cour a accepté que les jeunes victimes d'intimidation qui intentent des recours en justice puissent le faire de façon anonyme. Cette décision a d'ailleurs été acceptée avec enthousiasme par ceux qui prônent un meilleur accès à la justice par les acteurs sociaux, cf. Paul BURD, « Privacy trumps the press: The Supreme Court grants anonymity to victims of cyberbullying in *AB v Bragg Communication Inc.* », 3 octobre 2012, <http://www.thecourt.ca/2012/10/03/privacy-trumps-the-press-the-supreme-court-grants-anonymity-to-victims-of-cyberbullying-in-ab-v-bragg-communications-inc/> (consulté le 8 décembre 2013); Jeffrey LEON, Ranjan K. AGARWAL et Michael PARIS, « Supreme Court Grants Enhanced Access to Justice for Victims of Cyberbullies », (2012) 10 *Canadian Privacy L. Rev.* 1.

⁷⁶⁴ Le dossier révèle clairement que l'appelante A.B. s'est positionnée comme la représentante de l'ensemble des jeunes victimes d'intimidation sur les réseaux sociaux au Canada. En effet, même si d'un point de vue procédural, il ne s'agissait pas d'une demande d'intérêt public, les arguments de A.B. ont toujours été présentés

- Illustrer l'influence des acteurs sociaux en fonction du barème élaboré dans notre 3^{ième} thème (Tableau 15 et cas #3 à 9) ce qui montrerait qu'au moins cinq intervenants ont eu un impact dans ce débat judiciaire, à différents degrés.

Mais puisque tout cela a déjà été discuté, et dans le but d'apporter un volet additionnel aux réflexions touchant notre deuxième hypothèse, nous avons choisi un angle d'approche différent, afin de montrer comment les acteurs sociaux parviennent à faire changer le droit en se présentant comme des « courroies de transmission » de la société civile. En d'autres mots, l'objectif que nous poursuivons dans la présente étude de cas est d'exposer la façon dont les acteurs sociaux se servent de travaux permettant de documenter le point de vue de divers segments de la société civile au sujet de problématiques sociales pour influencer les juges.

Comme à l'habitude, nous commencerons par un résumé du dossier (Section A) et nous ferons ensuite un compte-rendu de notre analyse (Section B).

A. Résumé du dossier

Les faits pertinents à l'affaire *Bragg* débutent en mars 2010, alors qu'une adolescente de 15 ans (désignée sous le pseudonyme « A.B. ») découvre avec stupéfaction qu'un utilisateur mal intentionné avait créé un profil fictif sur Facebook en utilisant sa photographie ainsi qu'une version légèrement modifiée de son nom. Caché derrière son écran d'ordinateur, l'auteur de cette supercherie avait ajouté des commentaires explicites à caractère sexuel en utilisant la première personne du singulier, pour tenter de faire croire qu'ils émanaient d'A.B. Évidemment, ces propos offensants se sont vite propagés à travers les réseaux sociaux et ont profondément troublé la jeune fille ainsi que sa famille.

au nom des enfants mineurs qui sont ciblés et harcelés par des internautes sans scrupules, cf. mémoire de l'appelante, notamment au par. 38.

Suite à la découverte de ce profil, A.B. a réussi à faire supprimer cette page et à obtenir l'adresse IP de cet utilisateur malveillant, laquelle était associée à un compte situé à Darmouth, en Nouvelle-Écosse. Son enquête a ensuite révélé qu'il s'agissait d'une « adresse Eastlink » desservie par le serveur de la société Bragg Communication Inc., fournisseur de service Internet de cette région (« Bragg »). Requête de fournir des renseignements plus précis sur cette adresse, cette dernière indiqua à A.B. qu'elle obtempérerait à cette demande uniquement si une ordonnance du tribunal était rendue en ce sens.

Par l'entremise de son père qui agissait comme tuteur, A.B. a donc déposé une requête devant la Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation de l'utilisateur de l'adresse IP, en l'assortissant d'une demande de procéder de façon anonyme et d'une demande de non-publication du faux profil Facebook. Selon l'affidavit déposé au soutien de cette requête, le père tuteur expliqua que ces deux demandes accessoires relatives à l'anonymat et à la non-publication visaient à minimiser le risque de préjudice additionnel que sa fille pourrait subir en raison de la médiatisation des procédures, précisant même que, si son identité devait être dévoilée, elle abandonnerait tout simplement ses procédures.⁷⁶⁵

Bragg montra une certaine collaboration en ne contestant pas la requête présentée par A.B. Toutefois, lorsque les demandes relatives à l'anonymat et à la non-publication furent portées à l'attention des médias écrits et parlés de la région, certains d'entre eux (Halifax Herald et Global Television) intervinrent au dossier pour s'opposer aux demandes, au nom de la liberté de la presse et du principe de la publicité des débats judiciaires (« open-court principle »). Des représentants d'autres organisations médiatiques furent également présents

⁷⁶⁵ Cet affidavit du tuteur était joint au mémoire d'A.B. à la p. 123. Pour alléger le texte qui suit, nous ferons abstraction de la présence du tuteur, comme si A.B. agissait de son propre chef.

lors de l'audition, sans toutefois intervenir officiellement au dossier.⁷⁶⁶ Aucun intervenant issu de la société civile ne s'est alors joint au dossier pour appuyer A.B. en première instance.

La Cour supérieure de la Nouvelle-Écosse accorda la demande d'ordonnance enjoignant la société Bragg à divulguer les informations relatives à l'adresse IP, mais refusa celles relatives à l'utilisation d'un pseudonyme et à la non-publication. Le motif principal pour rejeter la demande de procéder de façon anonyme fut que la victime n'avait pas fait la preuve d'un préjudice spécifique.⁷⁶⁷ Quant à sa décision de rejeter l'ordonnance de non-publication, le juge donna comme raison que la divulgation publique des faits en litige lui apparaissait comme un moyen potentiellement efficace pour contrer l'intimidation :

« I believe that bullying and this type of pernicious conduct should be exposed and condemned by society. Only if the public know the extent of such conduct and its likely result, will society speak up for better control of such conduct arising from free and unlimited ability to publish such material on internet sites. »⁷⁶⁸

Pour A.B., cette décision constituait un échec cinglant, car même si le juge de première instance avait ordonné à Bragg de lui divulguer les informations relatives à l'adresse IP, cette jeune victime n'était pas disposée à poursuivre son recours en dévoilant son identité.⁷⁶⁹ Elle décida donc de poursuivre la bataille, en interjetant appel de la portion du jugement ayant refusé ses demandes d'anonymat et de non-publication.

Malheureusement pour elle, la Cour d'appel confirma la décision du premier juge et, dans une décision unanime de ses trois juges, se montra d'avis que le « choix » de A.B. de

⁷⁶⁶ Tel que rapporté dans la décision du premier juge, cf. *A. B. v. Bragg Communications Inc.* 2010 NSSC 215, par. 24.

⁷⁶⁷ *Id.*, par. 37.

⁷⁶⁸ *Id.*, par. 33.

⁷⁶⁹ Sans compter que, dans une décision subséquente rendue quelques semaines plus tard, le juge de première instance la condamna aussi à payer une partie des dépens de \$2,250 au Halifax Herald et à Global Television, ce qui, avouons-le, n'encouragea pas A.B. à continuer ses procédures, cf. *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2010 NSSC 356.

recourir au tribunal impliquait une obligation de révéler publiquement son identité, de même que les faits relatifs à sa demande. Encore pire, les juges décidèrent que de permettre que cette justiciable procède dans l'anonymat irait carrément à l'encontre de l'intérêt public :

«A.B., through her guardian, has instigated these proceedings, thereby choosing to participate in a public forum where the trial may be attended by an interested public, and reported on by a free and independent press. Restrictions which might otherwise apply in family law, or crimes of a sexual nature, have no application here. I agree with Ms. Rubin's very persuasive submission that it would be contrary to the public interest in a case of this kind to permit a plaintiff who had initiated such an action, to then pursue her claim anonymously, with her identity kept secret.»⁷⁷⁰

Ainsi, la Cour d'appel s'est montrée insensible à l'argument d'A.B. voulant que la divulgation de l'identité des victimes de cyberintimidation les rende hésitantes à faire valoir leurs recours devant les tribunaux, soutenant qu'il ne s'agissait que de spéculation.⁷⁷¹ Cette impression d'intransigeance de la part de la Cour d'appel vis-à-vis de la jeune victime est apparue de façon encore plus nette dans cet autre extrait :

« ... suppose the appellant discovers the identity of the person who posted the fake Facebook profile poster, and it turns out to be another 15 year old. Would he or she then apply for a similar anonymity protection order? An anonymous plaintiff, an anonymous defendant, and no words ever published. The prospect seems absurd, yet that is a foreseeable outcome if one were to accept the appellant's logic. »⁷⁷²

En outre, pour ajouter au désarroi d'A.B., la Cour d'appel mentionna que la divulgation de l'identité et des faits du litige par les médias était une bonne chose pour A.B. elle-même, puisque dans l'éventualité où elle réussissait dans son recours en diffamation, elle serait louangée pour son courage :

⁷⁷⁰ *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2011 NSCA 26, par. 85.

⁷⁷¹ *Id.*, par. 99.

⁷⁷² *Id.*, par. 84.

« Let me conclude these reasons by suggesting that the effect of the judge’s decision will be to produce a laudatory result. (...) Should she be successful, one might expect that she will be lauded for her courage in defending her good name and rooting out on-line bullies who lurk in the bushes, behind a nameless IP address. The public will be much better informed as to what words constitute defamation, and alerted to the consequences of sharing information through social networking among “friends” on a 21st century bulletin board with a proven global reach.»⁷⁷³

Malgré les rudes conclusions du jugement de première instance ainsi que de celui de la Cour d’appel (qui la condamna également aux dépens dans les deux cours), A.B. demanda la permission d’interjeter appel devant la Cour suprême du Canada, laquelle fut accueillie le 13 octobre 2011.⁷⁷⁴ Dans les mois suivants cette autorisation, un fait assez rare s’est produit au niveau procédural, alors que les organisations médiatiques s’étant opposées à A.B. devant les cours inférieures manifestèrent leur intention de ne plus participer à ce pourvoi, ce qui porta la juge Abella, siégeant en chambre, à nommer un *amicus curiae* afin de les représenter, de façon à ce que le litige puisse se poursuivre.⁷⁷⁵ Le même jour, elle accueillit les douze demandes d’interventions déposées au dossier par des acteurs sociaux⁷⁷⁶ et le 30 avril de la même année, le juge Rothstein permettait à six d’entre eux de plaider oralement.⁷⁷⁷ Pour nos fins, notre analyse se limitera à l’impact qu’ont eu deux intervenantes en particulier, à savoir UNICEF Canada et Jeunesse J’écoute.⁷⁷⁸

B. Analyse de l’impact des acteurs sociaux

D’un point de vue juridique, l’obstacle majeur se dressant devant A.B. était que ses demandes relatives à l’anonymat et à la non-publication devaient satisfaire aux exigences d’un

⁷⁷³ *Id.*, par. 102.

⁷⁷⁴ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 11 octobre 2011, p. 1421-1422.

⁷⁷⁵ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 13 avril 2012, p. 569-570.

⁷⁷⁶ *Id.*, p. 570-571.

⁷⁷⁷ *Bulletin des procédures, Cour suprême du Canada*, 11 mai 2012, p. 741-742.

⁷⁷⁸ Pour faire un retour à notre première partie, soulignons que ces deux intervenantes peuvent être qualifiées de « nouveaux acteurs sociaux », du fait qu’il s’agissait de leur toute première expérience à titre d’intervenantes dans un dossier de la Cour suprême du Canada, cf. Section B.3 de notre Partie 1.

test normatif établi dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* rendus par la Cour suprême en 1994 et 2001, lesquels avaient énoncé des conditions strictes devant être respectées par quiconque tentait de restreindre la liberté de la presse et le principe de la publicité des débats judiciaires protégés par la *Charte*.⁷⁷⁹ Par ailleurs, l'espoir entretenu par A.B. que ce test soit assoupli par la Cour suprême était fondé, car aucun des jugements de plus haut tribunal s'étant prononcés sur la question (une douzaine) n'avait abordé le sujet en fonction de l'identité d'un enfant qui intente un recours judiciaire, encore moins dans une matière touchant l'intimidation.⁷⁸⁰

Pour le décrire sommairement, le cadre analytique établi dans les arrêts *Dagenais* et *Mentuck* comportait deux volets, soit d'évaluer si l'interdiction de publication était véritablement nécessaire pour protéger la bonne administration de la justice et, dans l'affirmative, de soupeser l'effet de cette interdiction sur d'autres droits, notamment ceux touchant la liberté d'expression, la liberté de la presse et la publicité des débats judiciaires.⁷⁸¹ Dans cet exercice de pondération, l'exigence de preuve s'avérait alors d'une importance capitale, tel que la Cour l'avait exprimé dans l'arrêt *Mentuck*, qui avait poursuivi l'approche prudente établie dans *Dagenais*:

« C'est justement parce que la présomption voulant que les procédures judiciaires soient publiques et que leur diffusion ne soit pas censurée est si

⁷⁷⁹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 (ci-après « l'arrêt *Dagenais* »); *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442 (ci-après « l'arrêt *Mentuck* »).

⁷⁸⁰ Les causes ayant abordées le test *Dagenais/Mentuck* au jour de la plaidoirie dans *Bragg* sont les suivantes : *R. c. O.N.E.*, [2001] 3 R.C.S. 478; *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522; *R. c. Brown*, [2002] 2 R.C.S. 185; *Vancouver Sun (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 332; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, [2005] 2 R.C.S. 188; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2010] 1 R.C.S. 721; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)* [2011] 1 R.C.S. 19; *Société Radio-Canada c. La Reine*, [2011] 1 R.C.S. 65; *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395.

⁷⁸¹ L'arrêt *Dagenais* est d'ailleurs devenu un des arrêts de principe à l'effet que la réconciliation des conflits entre les valeurs inscrites à la *Charte* devait se régler par un exercice de pondération et de conciliation contextuelle des droits, cf. Stéphane BERNATCHEZ, « Quand appliquer les chartes, c'est hiérarchiser les droits », (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 61.

forte et si valorisée dans notre société que le juge doit disposer d'une preuve convaincante pour ordonner une interdiction. »⁷⁸²

Sans trop entrer dans les détails, ce qui est le plus important de souligner pour nos fins est que, d'un point de vue qualitatif, le degré de preuve requis par la Cour suprême pour renverser cette présomption « forte et valorisée » (et acquérir le niveau de « preuve convaincante ») avait alors été défini en termes de « danger grave à éviter », du point de vue de la bonne administration de la justice :

« L'un des éléments requis veut que le risque en question soit sérieux ou, pour reprendre l'expression du juge en chef Lamer dans *Dagenais*, p. 878, « réel et important ». Il doit donc s'agir d'un risque dont l'existence est bien appuyée par la preuve. Il doit également s'agir d'un risque qui constitue une menace sérieuse pour la bonne administration de la justice. En d'autres termes, il faut que ce soit un danger grave que l'on cherche à éviter, et non un important bénéfice ou avantage pour l'administration de la justice que l'on cherche à obtenir. »⁷⁸³

Avant de mesurer l'impact qu'ont eu les acteurs sociaux dans ce dossier, disons d'abord que, sans renier le test *Dagenais/Mentuck*, la Cour suprême, sous la plume de la juge Abella, a décidé de tempérer sa rigueur, en décidant que le degré de preuve requis dans les cas d'intimidation en ligne pouvait être évalué en se basant sur le bon sens, la logique et la raison (plutôt que sur la base d'une preuve spécifique de préjudice).⁷⁸⁴ Partant de là, la Cour a conclu que la cyberintimidation à caractère sexuel occasionnait un « préjudice objectivement discernable » aux jeunes victimes et que le système de justice devait leur permettre de procéder de façon anonyme. Ce faisant, elle créa une nouvelle norme permettant aux jeunes victimes d'intimidation d'intenter un recours judiciaire sous un pseudonyme, ce qui leur

⁷⁸² *Mentuck*, préc. note 779, par. 39.

⁷⁸³ *Id.*, par. 34.

⁷⁸⁴ *Bragg*, préc. note 761, notamment aux paragraphes 16 et 27.

accorde dorénavant un degré de protection de leur vie privée similaire à celui prévu à l'article 486.4 du Code criminel pour les victimes d'agression sexuelle.⁷⁸⁵

Tel que mentionné plus haut, ce qui nous intéresse particulièrement dans ce dossier est de voir comment les deux intervenantes sélectionnées s'y sont prises pour convaincre la Cour que l'intimidation entraîne un « préjudice objectivement discernable » aux jeunes victimes et qu'il y avait lieu d'assouplir la rigueur du test *Dagenais/Mentuck*. Présentons donc un résumé de chacune de leurs argumentations et voyons comment la Cour s'en est servie pour rendre son jugement.

Selon UNICEF, la Cour devait procéder en trois temps pour rendre sa décision dans un tel contexte. À son avis, elle devait d'abord reconnaître que le principe de la vulnérabilité des enfants devait prévaloir sur la liberté de presse et la publicité des débats judiciaires. Ensuite, sur la base de ce principe, la Cour devait établir que les jeunes ont le droit d'accéder à la justice comme n'importe quel autre citoyen, peu importe leur âge. Troisièmement, pour s'assurer que ce droit de recourir à la justice existe réellement, il fallait absolument leur permettre de procéder de façon anonyme, afin d'éviter le préjudice additionnel causé par la publicité des procédures judiciaires.⁷⁸⁶ D'un point de vue sémantique, UNICEF décrit globalement cette thèse comme une façon pour les tribunaux d'éviter une « revictimisation » de l'enfant intimidé.⁷⁸⁷

Ce qui nous apparaît particulièrement pertinent pour nos fins est que, pour appuyer sa thèse, UNICEF s'est principalement appuyée sur un rapport intitulé « La sécurité des enfants

⁷⁸⁵ Il est même possible de croire que cette norme soit appliquée dans un cadre plus large que celui de l'Internet, puisque dans ses motifs, la Cour a fait référence à « l'importance du droit de l'enfant de se protéger contre l'intimidation, qu'elle se manifeste sur l'Internet ou sous d'autres formes », *id.*, par. 27. Quant à l'autre demande formulée par A.B. de ne pas divulguer publiquement les faits du litige, la Cour n'a pas ordonné que cette affaire soit placée sous un interdit de publication, puisqu'à son avis, l'anonymat la protégeait suffisamment. Selon la Cour, le droit du public à la publicité des débats et la liberté de la presse devaient prévaloir quant à cet aspect, puisque le contenu du faux profil Facebook ne permettait pas d'identifier A.B., *id.* par. 30.

⁷⁸⁶ Mémoire UNICEF, par. 11, 12, 22 et 32.

⁷⁸⁷ *Id.*, par. 15, 26 et 33.

en ligne : Défis et stratégies mondiaux », lequel avait été préparé quelques mois auparavant par son centre de recherche, à partir de situations et de commentaires issus de la population et de différents organismes issus de la société civile, dont une du Canada.⁷⁸⁸ Le passage suivant de l'introduction décrit le mandat de ses rédacteurs et expose les sources de ce rapport :

«À n'en pas douter, Internet apporte de nombreuses possibilités et avantages aux enfants en termes d'impact sur leur niveau d'instruction et d'inclusion sociale. Toutefois, il les expose aussi à des dangers en dépit de leur âge, de leur situation géographique et d'autres limites qui sont plus nettement démarquées dans le monde réel. Sur Internet, les enfants et les jeunes risquent ainsi de voir des images abusives les mettant en scène, d'être manipulés ou attirés dans des dialogues à connotation sexuelle, voire dans une exploitation perpétrée par des adultes délinquants, d'être victimes d'intimidation ou de harcèlement en ligne.

Sur la base de ce constat, le Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, en partenariat avec le Centre de protection contre l'exploitation des enfants en ligne au Royaume-Uni, a collaboré avec un certain nombre d'acteurs afin de réaliser cette étude et d'analyser le comportement en ligne des enfants, les risques et leur vulnérabilité aux préjudices et d'inventorier les mesures de prévention et de protection existantes pour lutter contre les abus et l'exploitation en ligne. L'étude tire des leçons des pays à revenu élevé et intermédiaire vus à travers le prisme de la dynamique que d'autres pays pourraient avoir à partager dans un avenir proche, compte tenu de la vitesse de l'innovation.»⁷⁸⁹

Il n'est pas nécessaire pour notre propos d'en dire plus long sur ce rapport, sauf pour souligner qu'en l'introduisant dans le dossier, UNICEF agissait en quelque sorte comme le porte-parole de ceux qui y avaient participé et qu'elle leur permettait, quoique de façon indirecte, d'avoir une voix dans ce litige. En d'autres mots, on peut dire que, dans une certaine mesure, UNICEF a, ni plus ni moins, servi de courroie de transmission aux membres de la société civile ayant collaboré à ce rapport et qu'elle a permis à la Cour suprême de prendre

⁷⁸⁸ UNICEF, Centre de Recherche Innocenti, *La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux*, Florence, 2011 (ci-après le « rapport UNICEF »). L'organisme canadien est la Société pour l'aide à l'enfance d'Ottawa. La liste des organisations ayant participé à ce rapport se trouve à la page ii du rapport.

⁷⁸⁹ *Id.*, p. iv. Le concept de revictimisation est notamment expliqué au par. 15, 26 et 33 du mémoire d'UNICEF.

connaissance de ces consultations tenues dans l'espace public au sujet de l'intimidation des jeunes.

Mais ce qui est encore plus intéressant pour notre recherche est de constater que cette thèse avancée par UNICEF (à travers ce rapport issu des commentaires et réflexions tenus à l'intérieur de la société civile) a clairement eu une influence sur la décision de la Cour. En effet, comme l'intervenante l'avait suggéré, la juge Abella a d'abord reconnu que la vulnérabilité de l'enfant était un principe enraciné dans le droit canadien et que, dans certains cas, ce principe devait prévaloir sur la transparence des procédures judiciaires.⁷⁹⁰ Ensuite, la Cour a déclaré que les jeunes avaient tout autant le droit de recourir à la justice que les autres citoyens et qu'il ne fallait pas décourager une telle pratique. Troisièmement, tant dans son jugement que lors de l'audition, la juge Abella a mentionné à plusieurs reprises que, compte tenu de cette vulnérabilité des enfants, il fallait effectivement éviter que ceux qui décident de s'adresser aux tribunaux subissent un traumatisme additionnel, en divulguant leur identité.⁷⁹¹ Or, pour cette dernière partie de son opinion (qui fut à la base de la nouvelle norme établie par la Cour), la juge s'est fondée de façon explicite sur le rapport déposé par UNICEF, tel qu'en témoigne cet extrait :

« Des études ont confirmé que le fait d'autoriser les médias à diffuser les noms des enfants victimes et d'autres renseignements permettant de les identifier peut aggraver le traumatisme subi, compliquer le rétablissement, dissuader les dénonciations futures et faire obstacle à la collaboration avec les autorités. (Voir, par exemple, Centre de recherche Innocenti de l'UNICEF, *La sécurité des enfants en ligne : Défis et stratégies mondiaux...* »).⁷⁹²

⁷⁹⁰ Bragg, préc. note 761, par. 13 et 17.

⁷⁹¹ La juge a notamment mentionné ceci à l'ami de la Cour qui représentait les médias: «If you are not able to accept that there is some common sense inference to be drawn from the fact that a 15 year-old who has been cyberbullied sexually is going to suffer harm, what about the kind of harm that Chief Justice Lamer referred to in *Canadian Newspapers*, the harm related to access to justice, the fear - without studies - that people will refuse to come forward to vindicate their rights on the basis that there is this fear of publicity? I don't see how that doesn't equally apply, arguably, to circumstances where you got young people who are being cyberbullied who may be afraid to come forward unless their identity is protected.», cf. Audition Bragg, minutes 121:25.

⁷⁹² Bragg, préc. note 761, par. 26-27.

En outre, au paragraphe suivant, comme pour consacrer la thèse présentée par UNICEF, la juge Abella mentionna explicitement le concept de « revictimisation » pour justifier son raisonnement, mot qui n'avait jamais été mentionné dans un jugement de la Cour suprême auparavant, ce qui témoigne de l'impact majeur de cette intervenante dans ce débat judiciaire (puisqu'elle a réussi à intégrer un nouveau vocable dans le discours de la Cour suprême):

« Si nous attachons de l'importance au droit des enfants de se protéger contre l'intimidation, qu'elle se manifeste sur l'Internet ou sous d'autres formes, si le bon sens et la preuve nous persuadent que les jeunes victimes de harcèlement à caractère sexuel sont particulièrement vulnérables au préjudice de la revictimisation consécutive à la publication et si nous admettons que, en l'absence de la protection conférée par l'anonymat, la plupart des enfants ne pourront pas se prévaloir du droit à la protection, nous sommes fortement portés en l'espèce à autoriser A.B. à procéder de façon anonyme à la recherche de l'identité de l'auteur de la cyberintimidation. »⁷⁹³

Ce genre d'impact de la part d'UNICEF, grâce à un rapport issu de consultations tenues auprès de citoyens et groupes sociaux, ne fut pas le seul dans le dossier *Bragg*, puisque nous avons constaté que l'intervenante Jeunesse J'écoute a également réussi à influencer la Cour à l'aide du même procédé. En effet, cette dernière a utilisé une approche tout à fait similaire, en se servant de deux autres rapports d'enquêtes réalisés à la suite de consultations tenues de façon récente auprès de la société civile.

Le premier élément auquel elle a puisé était le rapport de la « Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation » présidée par le professeur A. Wayne MacKay, lequel avait été dévoilé au grand public à peine trois mois avant l'audition.⁷⁹⁴ Comme l'intervenante l'a expliqué, ce rapport représentait un portrait concret de la réalité vécue par les jeunes de la

⁷⁹³ *Id.*, par. 27.

⁷⁹⁴ *Respect et responsabilité dans les relations, Y a pas d'app (sic) pour ça*, Rapport sur la Commission d'étude sur la cyberintimidation, A. Wayne MacKay, président, 29 février 2012 (ci-après désigné le « rapport MacKay »).

Nouvelle-Écosse, car cette commission avait été instaurée par le gouvernement provincial suite à une série tragique de suicides de victimes d'intimidation et de cyberintimidation survenus récemment dans cette province.⁷⁹⁵ Qui plus est, l'intervenante a insisté sur le fait que ce rapport révélait des exemples tangibles de la vie quotidienne des victimes d'intimidation, puisque trente-cinq groupes composés d'utilisateurs d'âge mineur avaient fait valoir leurs points de vue et qu'il faisait également état d'autres commentaires provenant de jeunes défavorisés et de membres provenant de communautés marginalisées, notamment des gais et lesbiennes, des afro-néoécossais et des autochtones de la région.⁷⁹⁶ Pour attester de la pertinence de ce rapport, il fut également mentionné que le comité d'étude avait tenu compte de l'opinion d'une panoplie de gens travaillant auprès des jeunes, issus des services communautaires, du monde étudiant, du personnel enseignant, d'administrations scolaires, de corps policiers, d'organismes de la santé ou du domaine des technologies de l'information.⁷⁹⁷

Essentiellement, Jeunesse J'écoute s'est servi de ce rapport pour montrer que, considéré objectivement, l'intimidation des jeunes entraînait des effets préjudiciables chez les jeunes (perte d'estime de soi, anxiété, peur, etc.) et des séquelles physiques et psychologiques (maux de tête, troubles de sommeil, colère, etc.), qui pouvaient occasionner une série de conséquences négatives allant de la perte de la faculté d'apprentissage aux tentatives de suicide, en passant par l'abandon scolaire et l'usage de drogues.⁷⁹⁸ Elle l'utilisa également pour exposer ce qui se passait dans la société canadienne, alors qu'on y soulignait que 252,000 cas d'intimidation étaient rapportés chaque mois dans les écoles secondaires, ce qui en faisant la préoccupation majeure du personnel scolaire.⁷⁹⁹ Ce rapport faisait également état du fait troublant que 85% des victimes d'intimidation en ligne se disaient également confrontés aux harcèlements psychologiques (et parfois physique) de leurs pairs à l'école.

⁷⁹⁵ Ce rapport faisait référence à des exemples concrets, notamment deux tragédies survenues dans cette province où des adolescentes âgées de quinze ans se sont enlevées la vie après avoir été intimidées sur le réseau Facebook.

⁷⁹⁶ Rapport MacKay, préc. note 794, p. 24-28.

⁷⁹⁷ *Id.*, p. 5, 13, 24, 25 et 85.

⁷⁹⁸ Ces commentaires sont dispersés un peu partout dans son mémoire.

⁷⁹⁹ Mémoire de Jeunesse J'écoute, par. 15; rapport MacKay, préc. note 794, p. 1, 5, 7, 10, 39, 10-12, 39.

Le deuxième outil dont Jeunesse J'écoute s'est servi pour rendre compte du contexte relatif à l'intimidation envers les jeunes fut une étude réalisée par la professeure de psychologie Dr. Lisa M. Jones et deux de ses collègues de l'Université du New Hampshire.⁸⁰⁰ À l'instar du rapport MacKay, cette étude s'appuyait sur des situations réelles et des sondages effectués auprès de la population et concluait que l'identification des jeunes victimes par les médias entraînait des traumatismes additionnels à ceux déjà subis. Cela dit, son argument principal fut de dire que la publicité associée aux recours judiciaires (par la divulgation de l'identité des poursuivants ou tout autre élément factuel permettant de les identifier) nuisait à leur rétablissement et décourageait les dénonciations et que, pour remédier à cette situation, il fallait absolument que les personnes à qui les victimes demandaient de l'aide (thérapeutes, policiers, etc.) prennent des mesures concrètes afin de mieux les protéger. De cette idée maîtresse, l'intervenante Jeunesse J'écoute suggéra à la Cour que les juges faisaient partie de cette gamme d'individus ayant le devoir de protéger les jeunes et que, s'ils voulaient véritablement les aider, ils devaient adopter des mesures pour préserver leur anonymat:

«A third contextual factor, related to the first two, is the importance of protecting children's anonymity to ensure that they seek therapeutic assistance and other remedies, including legal remedies where appropriate. Numerous studies have confirmed that allowing the names of child victims and other identifying information to appear in the media can exacerbate trauma, complicate recovery, discourage future disclosure, and inhibit cooperation with authorities for the children involved. (...) Child victims need to be able to trust that their privacy will be protected as much as possible by those whom they have turned to for help. The alternative means not only the risk of heightened distress (...) but also the possibility that fewer victims will come forward to get help at all. Victims are very concerned about the possibility that their private trauma may be broadcast publicly. »⁸⁰¹

⁸⁰⁰ Lisa M. JONES, David FINKELHOR et Jessica BECKWITH, «Protecting victims' identities in press coverage of child victimization», (2010) 11 *Journalism* 347.

⁸⁰¹ Mémoire de Jeunesse J'écoute, par. 16.

Comme ce fut le cas avec UNICEF, les deux rapports produits par Jeunesse J'écoute ont joué un rôle prépondérant dans la décision de la Cour. Tout d'abord, la juge Abella a référé à plusieurs reprises au rapport MacKay pour justifier son opinion à l'effet que l'enfant faisant l'objet d'intimidation subissait un « préjudice objectivement raisonnable » et qu'il fallait en tenir compte dans l'application du test *Dagenais/Mentuck*.⁸⁰² Citons à ce sujet quelques extraits pertinents du jugement :

« Il est logique d'inférer que la cyberintimidation peut causer un préjudice aux enfants. Cette conclusion est compatible avec la toxicité psychologique de ce phénomène décrit dans le rapport de la Commission d'étude sur l'intimidation et la cyberintimidation de la Nouvelle-Écosse présidée par le professeur A. Wayne MacKay, la première commission provinciale qui a examiné l'intimidation en ligne (...). La commission d'étude a été mise sur pied à la suite d'une "série tragique de suicides de jeunes" »⁸⁰³

« Le rapport [MacKay] a défini ainsi l'intimidation... »⁸⁰⁴

« Le rapport [MacKay] indiquait également que la cyberintimidation peut avoir un effet particulièrement préjudiciable parce que sa teneur peut être diffusée sur une grande échelle, très rapidement et dans l'anonymat :... »⁸⁰⁵

« Le rapport du professeur Mac Kay permet d'inférer que, si on lui refuse l'anonymat, l'enfant intimidé pourra s'abstenir d'engager une poursuite. Selon l'auteur, la moitié des incidents d'intimidation ne sont pas signalés, dans une large mesure par crainte que le signalement n'apportera pas les solutions ni la compréhension suffisantes pour surmonter la peur des représailles : p. 10-11. Par conséquent, l'une des recommandations formulées portait sur l'établissement de mécanismes de signalement *anonyme* de la cyberintimidation»⁸⁰⁶

⁸⁰² Il faut bien sûr reconnaître que la juge Abella aurait pu prendre connaissance d'office de ce rapport, mais, compte tenu de l'accent mis par Jeunesse J'écoute sur son contenu, et le fait que la Cour a référé explicitement à cette intervenante dans son jugement (tel que mentionné plus loin), il est plausible de supposer que cet acteur social a eu une influence sur la décision.

⁸⁰³ Bragg, préc. note 761, par. 20.

⁸⁰⁴ *Id.*, par. 21. La Cour a ensuite reproduit un passage du rapport que nous omettons volontairement.

⁸⁰⁵ *Id.*, par. 22. Cette fois, la Cour a cité un long passage de quatre paragraphes du rapport.

⁸⁰⁶ *Id.*, par. 24 (l'italique est de la Cour). Cet extrait, tiré du rapport MacKay, était le cœur de l'argumentation d'A.B. et des intervenantes que nous avons choisies.

L'étude du Dr. Jones produite par Jeunesse J'écoute a également été utilisée par la Cour pour justifier ses motifs, quoiqu'avec moins d'insistance que le rapport MacKay. Par ailleurs, ce qui est particulièrement intéressant à ce niveau est qu'en citant cette étude de Jones, la Cour en a profité pour louer l'intervenante pour la « façon constructive » avec laquelle elle avait présenté cet argument :

« Il n'est pas nécessaire de recourir à une analyse approfondie pour conclure que la probabilité qu'un enfant se protège contre l'intimidation sera grandement favorisée s'il peut demander la protection de façon anonyme. Comme l'indique de façon constructive le mémoire de Jeunesse J'écoute (au par. 16), la protection de l'anonymat des enfants pourrait faire en sorte que ceux-ci demandent une assistance thérapeutique et d'autres mesures correctives, notamment des mesures prévues par le droit s'il y a lieu. Plus particulièrement, [TRADUCTION] «[b]ien que la couverture médiatique soit susceptible d'avoir un effet négatif sur toutes les victimes, il y a lieu de porter en particulier l'attention sur les enfants victimes. [. . .] Les enfants victimes doivent être en mesure de compter que leur vie privée sera protégée le mieux possible par les personnes auxquelles ils se sont adressés pour obtenir de l'aide» : Lisa M. Jones, David Finkelhor et Jessica Beckwith, « Protecting victims' identities in press coverage of child victimization » (2010), 11 *Journalism* 347, p. 349-350. »⁸⁰⁷

En conclusion sur ce thème, ce recours par les intervenantes à des rapports décrivant l'opinion de divers segments de la société civile au sujet de problématiques sociales et, surtout, le fait que la Cour ait choisi de s'en servir pour justifier ses motifs, nous font voir un aspect assez saisissant de la participation des acteurs sociaux sur la scène judiciaire, puisqu'ils montrent que ces derniers agissent non seulement comme des vecteurs de changement au niveau du droit, mais qu'ils arrivent à leurs fins en se servant d'outils documentant le point de vue de la société civile. Par voie de conséquence, ce constat nous permet d'ajouter une autre

⁸⁰⁷ *Id.*, par. 25.

dimension à la démonstration de notre deuxième hypothèse, en affirmant que, dans certaines circonstances, la présence des acteurs sociaux peut permettre à la société civile d'avoir une voix devant les tribunaux et qu'à certaines occasions, cette expression citoyenne peut même participer à la production des normes, puisqu'elle permet aux juges de justifier leurs décisions.

Conclusion générale

« Il faut rentrer en communication avec le public, avec les vivants; être aussi objectif, simple, clair que possible. »

*Henri-Frédéric Amiel*⁸⁰⁸

« Comme toute autre discipline humaine, la réflexion sur la justice n'est pas une activité solitaire. (...) Non seulement le dialogue et la communication ont leur place dans la théorie de la justice (nombreuses sont les raisons de douter de la possibilité d'une « justice sans discussion »), mais la nature, la vigueur et la portée des théories proposées dépendent aussi des apports du débat. »

*Amartya Sen*⁸⁰⁹

Prenant comme postulat que la société civile canadienne manifeste de plus en plus le désir de s'exprimer, de s'impliquer et d'intervenir dans le débat public, l'objectif principal de cette thèse a été d'examiner si ce phénomène se transposait dans l'arène judiciaire et, dans l'affirmative, d'en mesurer certains impacts par rapport à deux défis de taille auxquels l'institution judiciaire est confrontée, soit de favoriser l'accès à la justice et de garantir le caractère objectif des décisions judiciaires. En se concentrant sur les dossiers de la Cour suprême en matière de droits fondamentaux, notre projet visait plus particulièrement à étudier les interactions entre les acteurs de la société civile et le plus haut tribunal, sous l'angle de l'accès à la justice et de l'objectivation des décisions judiciaires.

Nous avons procédé en deux temps. Dans notre première partie, notre objectif principal s'est d'abord orienté autour du défi relatif à l'accès à la justice. Nous avons alors formulé l'hypothèse que la volonté des acteurs de la société civile de se faire entendre par les

⁸⁰⁸ Henri-Frédéric AMIEL, *Journal intime, Tome IV*, Lausanne, Éditions L'Age d'Homme, 1981, p 31.

⁸⁰⁹ Amartya SEN, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2012, p. 123.

gouvernements se transposait dans le forum judiciaire et qu'elle se reflétait par accroissement de la participation citoyenne auprès de la Cour suprême.⁸¹⁰ Sans reprendre de façon détaillée tous les éléments que nous avons constatés dans cette première partie, résumons-en les grandes lignes :

- Dans la Section A, nous avons vu que la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires n'a pas une très longue histoire, puisqu'avant 1974, ceux-ci ne semblaient pas intéressés à intervenir dans les dossiers existants ou à tenter des recours au nom de l'intérêt public. Par ailleurs, nous avons nuancé cette affirmation en suggérant que cette absence d'intérêt avait peut-être quelque chose à voir avec l'attitude peu avenante affichée par la Cour suprême dans l'arrêt *Smith*, alors qu'elle avait catégoriquement refusé de reconnaître le droit d'un justiciable de contester la constitutionnalité d'une loi, du fait qu'il n'avait pas un intérêt distinct par rapport aux autres citoyens. On se rappellera que la Cour avait même assimilé ce genre de recours à une atteinte potentielle à l'ordre public, ce qui n'a certainement pas encouragé les citoyens à s'adresser aux tribunaux.⁸¹¹
- Quoi qu'il en soit, à compter de 1974, avec l'arrivée du juge Laskin à la Cour suprême, les portes des tribunaux se sont ouvertes devant les acteurs sociaux, tant au niveau des interventions judiciaires (*Lavell, Morgentaler*⁸¹²) qu'au niveau des demandes d'intérêt public (*Thorson, McNeil, Borowski et Finlay*⁸¹³). Cette attitude d'ouverture s'est toutefois estompée au début des années quatre-vingt-dix, alors que des auteurs et des juges ont commencé à critiquer la façon dont les groupes d'intérêts se servaient de la Cour afin de promouvoir leurs objectifs. À la même époque, l'arrêt *Conseil canadien des églises* a resserré le troisième critère du test

⁸¹⁰ Nous nous sommes limités aux dossiers impliquant au moins une question touchant les droits fondamentaux.

⁸¹¹ Section A.1 de la première partie.

⁸¹² Section A.2a) de la première partie.

⁸¹³ Section A.2b) et A.4 de la première partie.

jurisprudentiel régissant l'octroi de la qualité pour agir dans l'intérêt public, ce qui a eu pour conséquence de freiner de façon draconienne l'implication des acteurs sociaux dans les dossiers.⁸¹⁴ Ces critiques et cet arrêt furent les points marquants d'une période défavorable à la participation citoyenne devant les tribunaux, qu'on peut situer entre 1992 et 2009.

- La revue historique de la jurisprudence précédant 2010 que nous avons faite a donc révélé des fluctuations assez importantes dans l'attitude de la Cour suprême à l'endroit de la participation des acteurs sociaux dans les débats judiciaires, tel que nous l'avons récapitulé dans notre Tableau 3. Sur le plan de l'argumentaire, notre analyse de six arrêts-clés et de certaines autres circonstances a montré que, de façon générale, les juges ont adopté un raisonnement à prédominance conséquentialiste durant les courants défavorables⁸¹⁵ et un raisonnement à prédominance déontologique durant les courants favorables.⁸¹⁶ En d'autres mots, lorsque la Cour suprême montrait une attitude d'ouverture, elle invoquait généralement le droit du citoyen de s'adresser aux tribunaux pour que les lois respectent la Constitution, tandis que durant les périodes où elle est apparue réfractaire, elle orientait plutôt ses décisions sur les conséquences néfastes d'une présence citoyenne accrue sur la bonne gestion des ressources judiciaires.
- À partir de ce constat, notre première partie a pris un virage quantitatif (Section B), alors que nous avons compilé les statistiques relatives aux demandes d'intervention dans les dossiers de la Cour suprême traitant des droits fondamentaux décidés entre le 1^{er} janvier 2008 et le 30 juin 2015 (184 dossiers au total). En choisissant ces dates, notre but était de voir si, d'une part, nous pouvions confirmer les statistiques peu encourageantes pour la participation citoyenne en Cour suprême à la fin de la

⁸¹⁴ Section A.5 de la première partie.

⁸¹⁵ Périodes 1924-1973, 1982-1985 et 1992-2009.

⁸¹⁶ Périodes 1974-1981 et 1986-1991.

première décennie de l'année 2000⁸¹⁷ et, d'autre part, de voir si cette tendance à la baisse s'était renversée à partir de 2010.

- Effectivement, cette analyse quantitative a révélé qu'un revirement de situation assez spectaculaire s'est produit à partir de 2010, alors que le nombre de demandes d'intervention par des acteurs sociaux a plus que triplé en cinq ans et ce, même si le nombre de dossiers est demeuré stable (Tableaux 4, 5 et 6).⁸¹⁸ Nous avons également vu que cette volonté d'implication est reçue favorablement par la Cour suprême, puisque les demandes d'intervention sont accueillies dans des proportions variant entre 90% et 100%, dépendant des années (Tableaux 7 et 8). D'autres observations et calculs afférents à cette période ont démontré qu'aucune organisation ne monopolise les débats (Tableau 9), qu'il existe une grande diversité parmi les acteurs sociaux (Tableau 10), que certains acteurs sociaux effectuent un retour en force devant le plus haut tribunal après plusieurs années d'absence (Tableau 11) et que de nouveaux joueurs n'ayant aucune expérience préalable en Cour suprême commencent à s'impliquer dans les débats judiciaires (Tableau 12).
- Après avoir complété ce segment quantitatif, nous avons procédé à une analyse du discours judiciaire tenu dans la décision unanime dans l'affaire *Downtown Eastside* (Section C), laquelle s'est avérée très révélatrice de la nouvelle attitude de la Cour à l'endroit de la participation citoyenne dans les débats judiciaires. Sommairement décrite, notre analyse (effectuée à l'aide des techniques argumentatives décrites par Perelman) a montré l'image d'une Cour suprême qui privilégie le même type d'approche déontologique que celui ayant prévalu durant la période 1974-1986 et qui minimise les conséquences négatives de la présence des acteurs sociaux sur les ressources judiciaires. Notre analyse historique (Section A), quantitative (Section

⁸¹⁷ Voir les articles d'Alarie, Greene et Rodgers cités à la note 138.

⁸¹⁸ Entre 2008 et 2014, le nombre moyen d'acteurs sociaux ayant déposé des demandes d'intervention par dossier est passé de 1,6 à presque 6,7 (7,0 durant les six premiers mois de l'année 2015).

B) et qualitative (Section C) s'est donc avérée cohérente, puisque le courant favorable à la participation citoyenne devant les tribunaux auquel nous assistons aujourd'hui s'inscrit en droite ligne avec l'approche souple et libérale préconisée par les arrêts *Thorson, McNeil, Borowski* et *Finlay*.

Ces conclusions relatives à notre première partie sont loin d'être banales, puisqu'elles démontrent un changement de cap important dans les relations entre les acteurs sociaux et la Cour suprême. De façon concrète, ce virage se constate d'au moins trois façons :

- Dans le fait que le nombre d'acteurs sociaux voulant participer dans les dossiers de la Cour suprême en matière de droits fondamentaux atteint des sommets inégalés et qu'il augmente d'année en année depuis 2010.⁸¹⁹
- Dans l'attitude plus accueillante de la Cour à l'endroit des tiers voulant s'impliquer, laquelle se reflète (1) dans les statistiques relatives aux demandes d'interventions accueillies (2) dans l'assouplissement du test jurisprudentiel relatif aux demandes fondées sur l'intérêt public qui prévalait depuis l'arrêt *Conseil canadien des églises* et (3) dans la façon dont la Cour a parlé des acteurs sociaux dans la décision *Downtown Eastside*, en valorisant leurs expertises et compétences, en confirmant qu'ils peuvent agir avec rigueur et habileté et en reconnaissant qu'ils sont en mesure de représenter les citoyens ordinaires.⁸²⁰

⁸¹⁹ Au cours des six premiers mois de l'année 2015, le nombre d'acteurs sociaux admis dans les dossiers a presque dépassé le nombre total de l'année 2014.

⁸²⁰ *Downtown Eastside*, préc. note 301, notamment aux par. 73-74. Nous avons vu que l'ouverture affichée dans *Downtown Eastside* a déjà des répercussions au niveau des tribunaux inférieurs, cf. décisions citées aux notes 391 à 393.

- Dans les réactions favorables des organisations civiles et de certains auteurs suite à cet arrêt *Downtown Eastside*, certains l’ayant même qualifié de « nouvelle ère » et de « triomphe pour l’accès à la justice ». ⁸²¹

Fort de la confirmation de notre première hypothèse quant à l’accroissement de la participation des tiers dans l’arène judiciaire, notre deuxième partie s’est articulée autour de notre seconde hypothèse voulant que les acteurs sociaux ont un impact réel sur la production des normes. À ce chapitre, nos douze études de cas ont servi à documenter cette hypothèse sous différents aspects, qu’on peut résumer comme suit ⁸²²:

- Nous avons démontré que les acteurs sociaux ne poursuivent pas nécessairement les mêmes objectifs que les parties directement impliquées, car ils visent à faire évoluer le droit, sans trop se préoccuper du sort particulier réservé à l’individu ou l’organisme qu’ils appuient (cas *Caron*). Sur ce plan, nous avons d’ailleurs vu que certains arrêts sont considérés comme des gains ou des « victoires » pour les acteurs sociaux, même si les décisions se sont soldées par un échec pour la partie qu’ils supportaient (cas *Tessling, Patrick et Vu*).
- Nous avons discuté du fait qu’il n’est pas nécessaire d’être une grande organisation pour intervenir dans un dossier de la Cour suprême, puisqu’un particulier peut aussi participer dans les débats judiciaires et qu’il peut même s’imposer (cas *Auton et Bragg*).

⁸²¹ K. DUNN, *A pathway to justice? Has the Supreme Court of Canada’s ruling in SWUAV ushered in a new era of public interest litigation?*, préc. note 302; J. BAILEY, *On Being « Part of the Solution » : Public Interest Standing after SWUAV SCC*; K. MITCHELL, *Supreme Court of Canada decision to promote access to justice for all*, préc. note 302; D. BENNETT, *The Pivot Legal Society, The SCC decision in SWUAV: a triumph for access to justice*; D. PHILIPS, «Public Interest Standing, Access to Justice, and Democracy under the Charter: *Canada (AG) v. Downtown Eastside Sex Workers United against Violence*», préc. note 302; A. GERAMI, «DESWUAV : Why the SCC’s flexible, pragmatic and purposive approach promotes access to justice», préc. note 302.

⁸²² Les éléments principaux de nos études de cas sont aussi résumés au Tableau 12, dans l’introduction de la deuxième partie.

- Nous avons construit une grille de lecture permettant de mesurer plus objectivement l'impact que peuvent avoir les acteurs sociaux dans un dossier (Tableau 15). Sans prétendre à l'exactitude mathématique, cette grille permet néanmoins d'identifier le degré approximatif d'influence des intervenants, en comparant les motifs exprimés par les juges et les éléments contenus aux mémoires. En appliquant cette grille aux cas étudiés à notre 3^{ième} thème, nous avons montré que les acteurs sociaux avaient bel et bien eu un impact dans ces débats judiciaires, à différents degrés.
- Le 3^{ième} thème a également servi à montrer que l'impact des acteurs sociaux sur la production des normes s'effectue parfois de façon lente et progressive, ce que nous avons associé à la notion de « dialogue continu » développée par certains auteurs américains. Nous avons apporté certaines nuances quant à ce concept, mais, mises à part ces réserves, il apparaît quand même assez clair que la fabrication de certaines normes par la Cour suprême est, à différents degrés, le produit d'une interaction avec certains acteurs sociaux qui se joignent aux débats judiciaires.
- Le 4^{ième} thème a été l'occasion d'exposer que l'intervention d'acteurs sociaux dans un dossier de la Cour suprême peut parfois modifier la façon d'aborder le litige. À l'occasion de ce thème, nous avons constaté qu'un acteur social peut offrir une perspective différente pour résoudre les questions en litige et que cet angle d'approche distinct peut exercer une influence sur la solution adoptée par la Cour.
- Au 5^{ième} thème, nous avons tenté d'illustrer comment le concept de rhétorique constitutive permet de mieux comprendre les décisions judiciaires et de voir que les juges présentent leur « vision du monde » ou leur « univers social », en toile de fond de leur raisonnement. Sur cette notion, des exemples ont montré que la rhétorique constitutive utilisée dans les mémoires peut influencer celle contenue dans les décisions judiciaires, ce qui constitue une autre forme d'impact des acteurs sociaux sur la production des normes (cas *Tessling*, *A.M. Gomboc* et *PHS Community*).

- Finalement, au 6^{ième} thème, nous avons expliqué à travers l'étude du cas *Bragg* qu'une des techniques utilisées par les acteurs sociaux pour influencer les juges est de se servir de travaux permettant de documenter le point de vue de divers segments de la société civile au sujet de problématiques sociales et qu'en agissant ainsi, les acteurs sociaux deviennent des « courroies de transmission » pour des personnes qui ne participent pas physiquement dans les dossiers. Par ce procédé, les acteurs sociaux deviennent en quelque sorte des porte-paroles de la société civile. En outre, nous avons vu que, lorsque la Cour décide de référer à ces travaux (comme ce fut le cas dans *Bragg*), l'impression qui en ressort est que la société civile elle-même a réussi à s'introduire dans le débat judiciaire et qu'elle peut (indirectement) participer à la fabrication des normes.

Quatre pistes de réflexion

Avant de mettre le point final à cette thèse, il nous apparaît important de faire un bref retour sur les quatre pistes de réflexion qui ont particulièrement inspiré ce projet et sur lesquelles nous nous sommes appuyés dès le départ pour tenter de faire avancer les connaissances quant à l'implication des acteurs sociaux sur la scène judiciaire constitutionnelle au Canada. Rappelons ces quatre pistes de réflexion:

- Le courant de pensée qui propose d'appréhender le processus d'adjudication en matière de droits fondamentaux en tenant compte de la réalité à laquelle les juges font face, notamment celle de la complexité des litiges occasionnée par le pluralisme, les changements de mœurs et les nouvelles technologies.⁸²³

⁸²³ Voir nos commentaires relatifs aux notes 54 à 56.

- L'idée que la fabrication des normes en droit constitutionnel n'est pas le produit exclusif de l'appareil judiciaire, puisqu'elle résulterait aussi des interactions entre les acteurs sociaux et la Cour suprême.⁸²⁴
- La possibilité de faire des liens entre la participation des acteurs de la société civile sur la scène judiciaire et le concept de « démocratie délibérative ».⁸²⁵
- Le recours aux théories de l'argumentation et à la rhétorique, pour comprendre les mécanismes de la fabrication du droit.⁸²⁶

La première piste que nous avons suivie était inspirée par ceux qui préconisent d'axer les recherches sur l'adjudication constitutionnelle en fonction de *ce que les juges font réellement*, plutôt que de tenter d'appréhender leur travail à travers des échafaudages abstraits ou des théories globales essayant de définir les différents mécanismes du processus décisionnel. Dans cet esprit de simplicité, nous avons voulu montrer (en nous servant de *ce que les juges font réellement*) que la participation des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires est susceptible d'améliorer l'accès à la justice et l'objectivation des décisions judiciaires. Cet appel à la réalité concrète des juges, empreint d'humilité épistémologique, met aussi en relief que l'adjudication en matière constitutionnelle n'est pas une œuvre oraculaire et qu'elle est d'abord et avant tout un « travail » entrepris par les juges⁸²⁷ et que, comme nous avons tenté de le démontrer, leur tâche bénéficie parfois de la collaboration des acteurs sociaux.

Notre deuxième piste de réflexion fut inspirée par les travaux de recherche insistant sur l'importance de l'apport des acteurs de la société civile dans la fabrication du droit. À cet

⁸²⁴ Voir nos commentaires relatifs aux notes 57 à 59.

⁸²⁵ Voir nos commentaires relatifs à la note 60.

⁸²⁶ Voir nos commentaires relatifs à la note 62.

⁸²⁷ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et D. LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain - L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, préc. note 55, p. 74 à 76.

égard, nous croyons avoir illustré que cet apport n'est pas toujours spectaculaire ni évident, mais qu'il est souvent présent, puisque les juges ne peuvent pas décider sans tenir compte des positions, idées et suggestions de ceux qui se donnent la peine de participer dans les débats (lesquels sont de plus en plus nombreux). En définitive, si le législateur profite des débats publics pour confectionner des lois, pourquoi la Cour suprême ne profiterait-elle pas aussi de la contribution offerte par les acteurs sociaux qui participent aux débats judiciaires? Sur ce plan, nous ne pouvons faire mieux que d'exprimer notre accord avec la position exprimée par deux pionniers du concept de « dialogue constitutionnel », lesquels affirment qu'un tel processus est non seulement inévitable, mais souhaitable :

« Social and political forces affect the process by which a multimember Court gropes incrementally toward a consensus and a decision. In such areas as civil rights, sex discrimination, church and state, abortion, and criminal procedures, the Court moves with a series of half steps, disposing of the particular issue at hand while preparing for the next case. Through installments it lays the groundwork for a more comprehensive solution, always sensitive to the response of society and the institutions of government that must enforce judicial rulings. This social and political framework sets the boundaries for judicial activity and influences the substance of specific decisions, if not immediately, then within a few years. A purely technical approach to the law misses the constant, creative interplay that takes place between the judiciary and society at large.»⁸²⁸

« ... courts cannot be separated from the social and influences that permeates all aspects of constitutional decision making. Perhaps more fundamental, we think that the dialogue that takes place among the Court, elected government, and the American people is as constructive as it is inevitable. Because each part of government has unique strengths and weaknesses, constitutional interpretation is improved by broad and vigorous participation. Furthermore, the Constitution is made more vibrant and more stable by these constitutional dialogues – because the courts, elected officials, and the people all see themselves as stakeholders.»⁸²⁹

⁸²⁸ N. DEVINS et L. FISHER, *The Democratic Constitution*, préc. note 57, p. 30.

⁸²⁹ *Id.*, p. 238.

En troisième lieu, notre analyse de la participation des acteurs de la société civile dans les débats judiciaires a été enrichie par la réflexion de certains auteurs au sujet du concept de « démocratie délibérative ». Tel que nous l'avons vu, le professeur Luc B. Tremblay avait évoqué l'idée que d'élargir le forum judiciaire à la délibération démocratique était susceptible de rehausser le potentiel de légitimité des décisions judiciaires⁸³⁰ et, à un certain degré, nous croyons que nos études de cas ont confirmé ce point de vue. Mais, comme nous l'avons déjà mentionné, le nombre limité de décisions que nous avons analysées dans le cadre de cette thèse n'a pu rendre justice à la richesse du concept de démocratie délibérative et n'a pu confirmer qu'un tel modèle est définitivement embrassé par la Cour suprême du Canada. En cela, il est à souhaiter que d'autres travaux s'inspirent de notre projet pour traiter ce sujet de façon plus spécifique.⁸³¹

Finalement, nous ne pouvons terminer sans dire, comme l'ont déjà fait deux auteurs québécois⁸³², que la piste de réflexion qui consiste à étudier le phénomène de la production du droit en se servant des théories de l'argumentation et de la rhétorique nous apparaît très prometteuse. À ce sujet, nous nous sommes limités aux théories de Perelman, Tremblay et White, mais plusieurs autres pourraient être sollicitées pour d'autres travaux.⁸³³

Tenant compte des résultats de notre recherche et des réflexions qu'elle suscite, nous soumettons que cette thèse offre des réponses aux critiques de la Cour suprême qui suggèrent

⁸³⁰ L.B. TREMBLAY, *Jugement pratique*, préc. note 92, p. 87-94.

⁸³¹ En plus de notre projet, ces chercheurs pourraient s'inspirer du concept général de « cour constitutionnelle délibérative » récemment proposé par le professeur Conrado H. Mendes qui, sans être entré dans les détails, a quand même suggéré que les acteurs issus de la société étaient parfois des participants actifs dans les débats judiciaires, cf. C. H. MENDES, *Constitutional Courts and Democratic Deliberations*, Oxford, Oxford University Press, 2013, préc. note 112.

⁸³² Les professeurs Mark Gold et Andrée Lajoie, dans leurs commentaires et ouvrages cités à la note 69.

⁸³³ Voir à ce sujet les deux excellents articles suivants sur l'utilité de la rhétorique pour comprendre le droit : L. BERGER, « Studying and Teaching "Law as Rhetoric", A Place to Stand », préc. note 62. J.C. GOOCH, « Reading, Writing, and Imagining the Law: Using James Boyd White's Theories as an Approach to Analyzing Legal Rhetoric », préc. note 62.

(ou seraient tentés de suggérer) que les juges logent dans une tour d'ivoire, qu'ils sont insensibles aux changements sociétaux et que l'adjudication en matière de droits fondamentaux constitue ni plus ni moins qu'un exercice fondé sur l'arbitraire, comme cette image du pauvre juge Bridioie de Rabelais, qui préférait s'en remettre au sort des dés pour décider des litiges.⁸³⁴ Au contraire, nous croyons avoir démontré que la Cour suprême est une institution de plus en plus ouverte à l'implication des citoyens et qu'elle encourage leur participation à l'élaboration du droit. Dans cette optique, bien qu'elle ne constitue pas la solution à tous les maux, la relation changeante entre les acteurs de la société civile et la Cour suprême est certainement un gage d'espoir pour l'accès à la justice et l'objectivation des décisions, puisqu'elle élargit le cadre des débats judiciaires. Il est à souhaiter que cette bonne relation se poursuive, au bénéfice du droit et de tous ceux qui s'en préoccupent.

⁸³⁴ F. RABELAIS, *Le Tiers-Livre* (1546), préc. note 11, p. 371-377 et 407-411.

Bibliographie

A. OUVRAGES

Ouvrages individuels

ALTHUSSER, L., *Lenin and Philosophy and other Essays*, London, NLB, 1971.

AMIEL, H.-F., *Journal intime, Tome IV*, Lausanne, Éditions L'Age d'Homme, 1981.

AMOSSY, R., *L'argumentation par le discours*, Paris, A. Colin, 2013.

ANDERSON, E.M., *Judging Bertha Wilson: Law as Large as Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2001.

ASEN, R., *Democracy, Deliberation, and Education*, University Park, Penn State University Press, 2015.

BARAK, A., *The Judge in a Democracy*, Princeton N.J., Princeton University Press, 2006.

BARAK, A., *Purposive Interpretation in Law*, Princeton N.J., Princeton University Press, 2005.

BEATTY, D., *Talking Heads and the Supremes - The Canadian Production of Constitutional Review*, Toronto, Carswell, 1990.

BICKEL, A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed., New Haven, Yale University Press, 1986, [1962].

BOUDON, R., *Le Juste et le vrai, Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Paris, Fayard, 1995.

BOUDON, R., et R. FILLIEULE, *Les méthodes en sociologie*, Paris, Que sais-je? 12^{ième} éd., 2002.

BOUDON, R., *Raison, Bonnes raisons*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003.

BOUDON, R., *Renouveler la démocratie, Éloge du sens commun*, Paris, Odile-Jacob, 2006.

BOUDON, R., *La sociologie comme science*, Paris, La Découverte, 2010.

BRODIE, I.R., *Friends of the Court: The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Albany NY, State University of New York Press, 2002.

BURKE, K., *A Grammar of Motives*, Berkeley, University of California Press, 1969 [1945].

- BURKE, K., *A Rhetoric of Motives*, Berkeley, University of California Press, 1969 [1950].
- BUSHNELL, I., *The Federal Court of Canada : A History 1875-1992*, Toronto, Osgoode Society, 1997.
- BUSHNELL, I., *The Captive Court: A Study of the Supreme Court of Canada*, Montreal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1992.
- CARDOZO, B.N., *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Conn, Yale University Press, 1921.
- CLARK, W., *Government by Judges*, Cooper Union, New York City, Washington Government Printing Office, 1914.
- COOPER, P.J., *Hard Judicial Choices: Federal District Court Judges and State and Local Officials*, Oxford University Press, 1988.
- CROMWELL, T.A., *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*, Toronto, Carswell, 1986.
- DEVINS, N. et L. FISHER, *The Democratic Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- EPP, C.R., *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Court in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.
- ESTLUND, D., *Democratic Authority: a philosophical framework*, Princeton, N.J., Princeton, University Press, 2008.
- FAURE F. et R. GRIFFITHS (dirs.), *La société canadienne en débats : what holds Canada together?* Paris, L'Harmattan, 2008.
- FOUCAULT, M., *Dits et écrits, 1954-1988*, Tome IV : 1980-1988, Paris, éditions Gallimard, 1994.
- FISHER, L., *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton N.J., Princeton, University Press, 1998.
- FRIEDLAND, M.L., *A Century of Criminal Justice: Perspectives on the Development of Canadian Law*, Toronto, Carswell, 1984.
- FRIEDMAN, B., *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York, Farrard, Strauss & Giroux, 2009.

- GAUDREAU-DESBIENS, J.F. et D. LABRÈCHE, *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain - L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009.
- GIRARD, P., *Bora Laskin: Bringing Law to Life*, Toronto, University of Toronto Press, 2005.
- GOLTZBERG, S., *Perelman, L'argumentation juridique*, Paris, Michalon, 2013.
- GRIFFITHS, R., *Who we are – A citizen's manifesto*, Vancouver, Toronto, D&M Publishers Inc., 2009.
- LAFOND, P.-C., *L'accès à la justice civile au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012.
- LARSON, M., *Before the Law: An Interpretation*, Law and Society, 2013.
- LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Dalloz, c1921.
- LUTKEHAUS, N.C., *Margaret Mead: The Making of an American Icon*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 2010.
- MACE, G. et F. PÉTRY, *Guide d'élaboration d'un projet de recherche*, 2^{ième} éd., Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2000.
- MATHIAS, P., *Montaigne ou l'usage du monde*, Paris, Vrin, 2006.
- MENÉTREY, S., *L'amicus curia, vers un principe commun de droit procédural?* Paris, Dalloz, 2010.
- MENDES, C.H., *Constitutional Courts and Democratic Deliberations*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- MORTON, F.L. et R. KNOPFF, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Broadview, 2000.
- MULDOON, P.R., *Law of Intervention: Status and Practice*, Aurora, Canada Law Book, 1989.
- NOREAU, P. et E. BERNHEIM, *La déontologie judiciaire appliquée*, 3^{ième} édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013.
- PERELMAN, C., *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires, c1970.
- PERELMAN, C., *Logique juridique - Nouvelle Rhétorique*, 2^{ième} éd., Paris, Dalloz, 1979.
- PERELMAN C. et L. OLBRECHT-TYTECA, *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, 3^{ième} éd., Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 1976, [1970].

- RABELAIS, R., *Le Tiers-Livre (1546)*, Paris, Éditions du Seuil, 1997.
- ROSANVALLON, P., *La contre-démocratie, La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Éditions du Seuil, 2006.
- ROSANVALLON, P., *La légitimité démocratique: impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Éditions du Seuil, 2008.
- ROSANVALLON, P., *La société des égaux*, Paris, Les Livres du Nouveau Monde, 2011.
- ROSANVALLON, P., *La crise de l'État providence*, Paris, Seuil, 1992.
- ROSANVALLON, P., *La nouvelle question sociale : repenser l'État-providence*, Paris, Éditions du Seuil, 1995.
- ROSANVALLON, P., *La démocratie inachevée: histoire de la souveraineté du peuple en France*, Paris, Gallimard, 2000.
- SACHS, A., *The Strange Alchemy of Life and Law*, London, Oxford University Press, 2009.
- SAUVAGEAU, F., D. SCHEIDERMAN et D. TARAS, *La Cour suprême du Canada et les médias : à qui le dernier mot?* Québec, Presses de l'Université Laval, 2006.
- SEN, A., *L'idée de justice*, trad. par Paul Chemla, Paris, Flammarion, 2012.
- SHARPE, R.J. et K. ROACH, *Brian Dickson, A Judge's Journey*, Toronto, The Osgoode Society, 2003.
- SHEOL, J. *Supreme Power: Franklin Roosevelt vs. the Supreme Court*, New York, W.W. Norton, 2010.
- TINDALE, C.W., *Rhetorical Argumentation*, Thousand Oaks, CA, Sage Publications, 2004.
- TRACY, K., *Challenges of Ordinary Democracy: A Case Study in Deliberation and Dissent (Rhetoric and Democratic Deliberation)*, University Park, Penn State University Press, 2010;
- WHITE, J.B., *From Expectation to Experience, Essays on Law and Legal Education*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1999.
- WHITE, J.B., *Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law*, Madison, Wis., University of Wisconsin Press, 1985.
- WHITE, J.B., *Justice as Translation: An Essay in Cultural and Legal Criticism*, Chicago, Chicago University Press, 1990.

WHITE, J.B., *When Words Lose their Meaning – Constitutions and Reconstitutions of Language, Character, and Community*, Chicago et Londres, The University of Chicago Press, 1984.

WETSTEIN, M. et C.L. OSTBERG, *Attitudinal decision making in the Supreme Court of Canada*, Vancouver, UBC Press, 2007.

Ouvrages collectifs

BOHMAN, J. et W. REGH (dirs.), *Deliberative Democracy, Essays on Reason and Politics*, Londres, Cambridge, Mass., The MIT Press, 1997.

FAURE, A. et R. GRIFFITHS (dirs.), *La société canadienne en débats : what holds Canada together?* Paris, L'Harmattan, 2008.

KLATT M., (dir.), *Institutionalized Reason, The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2012.

MORTON, F.L. (dir.), *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 2000.

SEIDLE, F.L. (dir.), *Equity & Community, the Charter, Interest advocacy and representation*, Montreal, Institute for Research in Public Policy, 1993.

TREBILCOCK, M., A. DUGGAN et L. SOSSIN (dirs.), *Middle Income Access to Justice*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.

WARD, K.D. et C.R. CASTILLO (dirs.), *The Judiciary and American Democracy – Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory*, Albany, State University of New York Press, 2005.

B. ARTICLES DE DOCTRINE

Articles spécialisés issus de périodiques

ABELLA, R.S., «The Judicial Role in a Democratic State», (2001) 26 *Queen's L. J.* 573.

ALARIE, B. et A.J. GREEN, «Charter Decisions in the McLachlin Era: Consensus and Ideology at the Supreme Court of Canada», (1998) 47 *S.C.L.R. (2d)* 475.

- ALARIE, B. et A.J. GREEN, «Interventions at the Supreme Court of Canada: Accuracy, Affiliation and Acceptance», (2010) 48 *Osgoode Hall L. J.* 381.
- ALEXY, R., «Law and Correctness», (1998) 51 *Current Legal Problems* 205.
- ALEXY, R., «Balancing, constitutional review, and representation», (2005) 3 *Int. J. Constitutional Law*, 572.
- BAILEY, J., « Re-opening Law's Gate: Public Interest Standing and Access to Justice», (2011) 44 *U.B.C. L Rev* 255.
- BAILEY, J., On Being « Part of the Solution »: Public Interest Standing after SWUAV SCC», (2012) *C. J. Poverty Law*, 121.
- BATEUP, C., «The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue», (2005-2006) 71 *Brook. L. Rev.* 1109.
- BATEUP, C., «Expanding the Conversation: American and Canadian Experiences of Constitutional Dialogue in Comparative Perspective», (2007), 21 *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 1.
- BERGER, L.B., «Studying and Teaching "Law as Rhetoric ", A Place to Stand», (2010) 16 *Journal of the Legal Writing Institute* 3.
- BERNATCHEZ, S., «Quand appliquer les chartes, c'est hiérarchiser les droits», (2012) 4 *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 61.
- BEZES, P., «Le modèle de "l'État stratège": genèse d'une forme organisationnelle dans l'administration française», (2005) 4 *Sociologie du travail* 431.
- BLACHÈRE, P., «Le Conseil constitutionnel en fait-il trop? », (2013) 105 *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, 17.
- BOUDIN, L.B., «Government by Judiciary», (1911) 26 *Polit. Sci. Quart.* 238.
- BRUN, H., « La décision dans *Lavell* ou les bonds de la Cour suprême », (1973) 14 *C. de D.* 541.
- BRYDEN, P.L., Public Interest Intervention in the Courts, (1987) 66 *R. du B. Can.* 490.
- CHEVRETTE, F. et G.C.N. WEBBER, «L'utilisation de la procédure de l'avis consultatif devant la Cour suprême du Canada : Essai de typologie», (2003) 82 *R. du B. Can.* 757.
- COUGHLAN, S., « Privacy Goes to the Dogs », (2006) 40 *C.R. (6th)* 31.
- DICKENS, B.M., «The Morgentaler Case: Criminal Process and Abortion Law», (1976) 14 *Osgoode Hall L.J.* 229.

FRIEDMAN, B., «The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five», (2002) 112 *Yale L.J.* 153.

FRIEDMAN, B., «The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship», (2001) 95 *Nw. U. L. Rev.* 933.

FRIEDMAN, B., «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», (1998) 73 *N. Y. U. L. Rev.* 333.

FRISON-ROCHE, M.A., « La rhétorique juridique » (1995) 16 *Hermès* 73.

GAUDREAU-DESBIENS, J.F., «Religion, expression et libertés : l'offense comme raison faible de la régulation juridique», (2010) *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* 53.

GARNER, B.A., «Interview with Justice Clarence Thomas», (2010) *Scribes J. Leg. Writing* 99.

GERAMI, A., DESWUAV : «Why the SCC's flexible, pragmatic and purposive approach promotes access to justice», (2012) 13 *Advocates' Society Journal*, 38, 39.

GLEN, P.J., « The Deconstruction and Reification of Law in Franz Kafka's "Before the Law" and "The Trial" », (2007) 7 *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 23.

GOOCH, J.C., «Reading, Writing, and Imagining the Law: Using James Boyd White's Theories as an Approach to Analyzing Legal Rhetoric», (2011), 4 *Revue de la Société canadienne pour l'étude de la rhétorique*, 1.

GREEN, C., «An Intellectual History of Judicial Activism», (2009) 58 *Emory L. J.* 1195.

KOCK, J., «Making Room: New Directions in Third Party Intervention», (1990) 48 *U. Toronto Fac. L. Rev.* 151.

HUSSON, L., «Réflexions sur la théorie de l'argumentation de Ch. Perelman », (1977) 40 *Archives de la philosophie* 435.

JONES, L.M., D. FINKELHOR et J. BECKWITH, «Protecting victims' identities in press coverage of child victimization», (2010) 11 *Journalism* 347.

KERR, I. et J. MCGILL, « Emanations, Snoop Dogs and Reasonable Expectations of Privacy », (2007) 52 *Crim. L.Q.* 392.

KLOEGMAN, L., «A Democratic Defence of the Court Challenges Program», (2007) 16 *Const. F.*, 107.

KRISLOV, S., «The Amicus Curia Brief: From Friendship to Advocacy», (1963) 72 *Yale L. J.* 694.

- LAROCQUE, F., « La Proclamation du 6 décembre 1869 », (2010) 33 *Man. L. J.* 296.
- LASKIN, B., «The Institutional Character of the Judge», (1972) 7 *Israel Law Rev.* 329.
- LASKIN, B., «The Judicial Process in Common Law Canada», (1959) 37 *Can. Bar Rev.* 265.
- LECLAIR, J., « L'avènement du constitutionnalisme en Occident: fondements philosophiques et contingences historiques », (2011) 41 *R.D.U.S.* 159.
- LECLAIR, J., «Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien», (2003) *R. du B., numéro spécial*, 379.
- LEON, J., R.K. AGARWAL et M. PARIS, «Supreme Court Grants Enhanced Access to Justice for Victims of Cyberbullies», (2012) 10 *Canadian Privacy L. Rev.* 1.
- LOVAAS, O.I., «The development of a treatment-research project for developmentally disabled and autistic children», (1993) 26 *J. Appl. Behav. Anal.* 617.
- MACDONALD, R.A., « Access to Justice and Law Reform » (1990) 10 *Windsor Y.B. Access Just.* 287.
- MANFREDI, C.P. et A. MARONI, «*Reversal of Fortune: Litigating Health Care Reform in Auton v. British Columbia* », (2005) 29 *S.C.L.R. (2d)* 111.
- MARONEY, T.A., «Emotional Common Sense as Constitutional Law», (2009) 62 *Vand. L. Rev.* 849.
- MASON, K., The Inherent Jurisdiction of the Court (1983) 57 *Austl. L. J.* 449.
- MATHEN, C., «Access to Justice and the Rule of Law», (2008) 25 *Nat'l J. Const. L.* 191.
- MCLACHLIN, B.M., «Charter Myths», (1999) 33 *U.B.C. L. Rev.* 23.
- MCKINNON, W., «*Tessling, Brown, and A.M.: towards a principled approach to section 8* », (2007-2008) 45 *Alta. L. Rev.* 79.
- MENDELSON, W., « Jefferson on Judicial Review: Consistency through Change », (1962) 29 *Univ. Chi. L. Rev.* 327.
- MORISSETTE, Y.M., «Figure actuelle du Juge dans la cité», (1999) 30 *R.D.U.S.* 1.
- MORISSETTE, Y.M., «L'impact des sciences exogènes au droit sur le métier des praticiens», (2009) 43 *R.J.T.* 455.

- MORTON F.L. et A. ALLEN, «Feminist and the Courts: Measuring Success in Interest Group Litigation in Canada», (2001) 34 *Can. J. of Pol. Sci.* 55.
- MORTON, F.L. et R. KNOPFF, «Judges, the Court Party and the Charter Revolution», *Policy Options*, April 2000, 55.
- NEUBORNE, B., «Judicial review and separation of powers in France and the United States», (1982) 57 *N.Y.U. L. Rev.* 363.
- NOREAU, P., «L'acte de juger et son contexte: éléments d'une sociologie politique du jugement», (2001) 3 *Éthique Publique* 17.
- PERLIN, M.P., «Benefits Provided, Hidden and Denied: A Critique of the Supreme Court of Canada's Test in *Auton v. British Columbia*, (2012) 30 *Natl. J. Const. L.* 33.
- POMERANCE, R., «Shedding Light on the Nature of Heat: Defining Privacy in the Wake of *R. v. Tessling* », (2005) 23 *C.R. (6th)* 229.
- ROSS, J.M., « Standing in Charter Declaratory Actions », (1995) 33 *Osgoode Hall L. J.* 151.
- SHAH, S., T. POOLE et M. BLACKWELL, «Rights, Interveners and the Law Lords», (2013) *Oxford Journal of Legal Studies* 1.
- SONGER, D.R. et S.W. JOHNSON, «Judicial Decision Making in the Supreme Court of Canada: Updating the Personal Attribute Model», (2007) 40:4 *Can. J. of Pol. Sci.* 911.
- SOPINKA, J., « Intervention », (1988) 46 *Advocates Q.* 883.
- SOSSIN, L., «The Justice of Access: Who should have standing to challenge the constitutional adequacy of legal aid?», (2007) 40 *U.B.C. L. Rev.* 727.
- SUGUNASIRI, S., «Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability», (1999) 22 *Dalhousie L. J.* 126.
- TREMBLAY, L.B., «La justification de la législation comme jugement pratique», (2001) 47 *R.D. McGill* 59.
- TREMBLAY, L.B., «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement rationnel », (1999) 44 *R.D. McGill* 39.
- TREMBLAY, L.B., «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : une affaire de rationalité ou de légitimité? », (1999) 10 *Natl. J. Const. L.* 41.
- TREMBLAY, L.B., «La justification des restrictions aux droits constitutionnels : la théorie du fondement légitime », (2001-2002) 47 *R.D. McGill* 271.

VANHALA, L., «Civil Society Organisations and the Aarhus Convention in Scotland: Judicialisation from below in Scotland? », (2013) 49 *Representation* 309.

VENHOLA, E., «Goliath Arisen: Taking Aim at the Health Care Regime in Auton», (2005) 20 *J.L. & Soc. Pol'y* 67.

WELCH, J., «No Room at the Top: Interest Group Intervenors and Supreme Court Charter Litigation», (1985) 43 *U. Toronto L. Rev.* 204.

WILSON, B., «Decision-Making in the Supreme Court» (1986) 36 *U.T.L.J.* 227.

WHITE, J.B., «Judicial Criticism», (1985-1986) 20 *Ga. L. Rev.* 835.

WHITE, J.B., «Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life», (1985) *Univ. of Chi. L. Rev.* 684.

Articles spécialisés issus d'ouvrage collectifs

CHARLAND, M., «Constitutive rhetoric», dans SLOANE, T. O. (dir.), *Encyclopedia of Rhetoric*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 616-619.

FONTAN, J.- M., « Un portrait de la société civile : réalité québécoise », dans FAHMY, M. (dir.), *L'état du Québec – Tout ce qu'il faut savoir sur le Québec d'aujourd'hui*, Institut du Nouveau Monde, Montréal, Éditions Fides, 2008, p. 354-358.

GAUDREAU-DESBIENS, J.F., « Splendeurs et misères de la gouvernance par le droit dans les sociétés hypermodernes », dans Institut canadien d'études juridiques supérieures (dir.), *Droits de la personne. Éthique et droit : nouveaux défis*, Actes des Journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 2008, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 555-622.

HUSSON, L., « Les trois dimensions de la motivation », dans C. PERELMAN et P. FORIERS, *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Établissements Emile Bruylant, 1978.

MACDONALD, R.A., «L'accès à la justice aujourd'hui au Canada – étendue, envergure et ambitions», dans BASS, J., W.A. BOGART et F.H. ZEMANS, (dirs.), *L'accès à la justice pour le nouveau siècle: Les voies du progrès*, Toronto, Le Barreau du Haut-Canada, 2005, p. 23-136.

MANFREDI, C., «Strategic Judicial Behaviour and the Canadian Charter of Rights and Freedoms», dans JAMES P., D. ABELSON et Michael LUSZTIG (dirs.), *The Myth of the Sacred: The Charter, The Courts and the Politics of the Constitution in Canada*, Montreal, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2002, p. 147-167.

MASTERMAN, M., « The Nature of a Paradigm », dans LAKATOS, I. et A. MUSGRAVE (dirs.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, p. 59-90.

MATHEN, C., «The Expanding Role of Interveners: Giving Voice to Non-Parties », dans YARD, D. et E. FINKBEINER (dirs.), *Competence and Capacity: New Directions*, The 2000 Isaac Pitblado Lectures, Law Society of Manitoba, p. 85-119.

MAYEDA, G., «Between Principle and Pragmatism : The Decline of Principled Reasoning in the McLachlin Court», dans RODGERS, S. et S. MCINTYRE (dirs.), *The Supreme Court of Canada and Social Justice*, p. 41-88.

MORISSETTE, Y.M. , «Le Juge canadien et le rapport entre la légalité, la constitutionnalité et la légitimité», dans MOSMANN, M.J. et G. OTIS (dirs.), *La montée en puissance des juges: ses manifestations, sa contestation*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 30-65.

MORTON, F.L. et KNOPFF, R., «The Supreme Court as the Vanguard of the Intelligentsia: The Charter Movement as Postmaterialist Politics», dans AJZENSTAT, J. (dir.), *Canadian Constitutionalism. 1791-1991*, Ottawa, Canadian Study of Parliament Group, 1992, p. 54-78.

NOREAU, P., « Légitimité du juge contemporain et image publique de la magistrature : ambiguïté et mutation d'une figure d'autorité », dans *Quel juge pour quelle société?*, Actes du congrès de la Magistrature, 2008, p. 99-106.

PERELMAN, C., *La motivation des décisions de justice*, essai de synthèse », dans PERELMAN, C. et P. FORIER (dirs.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Émile Bruylant, 1978, p. 415-426.

RODGERS, S., «Getting Heard: Leave to Appeal, Interveners and Procedural Barriers to Social Justice in the Supreme Court of Canada», dans RODGERS, S. et S. MCINTYRE (dirs.), *The Supreme Court of Canada and Social Justice*, Markam, Ont., LexisNexis, 2010, p. 1-40.

SCHOLTE, J.A., « La société civile et la démocratie dans la gouvernance mondiale », dans DUCHASTEL, J. et R. CANET (dirs.), *Crise de l'État, revanche des sociétés*, Outremont, Québec, Athéna, 2006, p. 271-292.

STRAUSSMAN, J.D., «Kurt Thurmaier, The Case of Jail Litigation», dans RUBIN, I.S., *Public Budgeting: Policy, Process and Politic*, New York, Routledge, 2008, p. 376-386.

SWAN, K., «Intervention and Amicus Curiae status in Charter Litigation», dans BEAUDOIN, G. (dir.), *Charter Cases 1986-87*, Cowansville, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc., c1987, p. 95-113.

THERIAULT, J.Y., «L'État stratège ou les enjeux d'une nouvelle social-démocratie québécoise», dans LÉVESQUE, B., G. MORNEAU et L. CÔTÉ, L. (dirs.), *État Stratège et Participation citoyenne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 73-90.

VAILLANCOURT, Y., «Vers un État stratège partenaire de la société civile», dans LÉVESQUE, B., G. MORNEAU et L. CÔTÉ (dirs.), *État Stratège et Participation citoyenne*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2009, p. 237-262.

VILA, V., « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans AMSELEK, P. (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 288-291.

WEINSTOCK, D., «La citoyenneté en mutation», dans BOISVERT, Y., J. HAMEL et M. MOLGAT (dirs.), *Vivre la citoyenneté - Identité appartenance et participation*, Montréal, Liber, 2000, p. 15-26.

WHITE, J.B., «Imagining the Law», dans Sarat, A. et T.R. Kearns (dirs.), *The Rhetoric of Law*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994, p. 29-55.

Articles juridiques en version électronique

LECLAIR, J., *Les périls du totalisme conceptuel en droit et en sciences sociales*, Lex Electronica, vol. 14, n°1 (Printemps 2009).

Articles de journaux (écrits et électroniques)

BENNETT, D., *The Pivot Legal Society, The SCC decision in SWUAV: a triumph for access to justice*, 21 septembre 2012.

BOWCOTT, O., *Stop deferring to human rights courts, says senior judge*, The Guardian, 27 novembre 2013.

BRODIE, I., *From NAACP to LEAF, American Legal Exports to Canada*, Department of Political Science, University of Western Ontario, 14 août 2002.

BURD, P., *Privacy trumps the press: The Supreme Court grants anonymity to victims of cyberbullying in AB v Bragg Communication Inc.*, The Court, Osgoode Hall Law School, 3 octobre 2012.

BUSSEY, B.W., *Religious Freedom : À Communal Right, Intersection*, 24 mars 2015.

BUTLER, D., *Self-represented litigants “treated with contempt” by many judges, study finds*, Ottawa Citizen, 31 décembre 2012.

CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, *A Win at the Supreme Court on Internet Policy*, 13 juin 2014.

CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, *Supreme Court issues a strong decision on freedom of religion in Loyola v. Quebec*, 19 mars 2015.

CANADIAN CIVIL LIBERTIES ASSOCIATION, *CCLA welcomes Supreme Court decision to access justice*, 4 février 2011.

CHWIALKOWSKA, L., *Rein in lobby groups, senior judges suggest “We’ve opened the door probably too widely, Supreme Court justice tells Post*, National Post, 6 avril 2000.

CHESTER, S., *The Thomas Cromwell Pages – 10 things he will bring to the Court*, Slaw, janvier 2009.

DE CHARRETTE, L., *Les juges européens de la CEDH sous le feu des critiques*, Le Figaro, 29 janvier 2012.

DOUGHTY, S., *Why our meddling judges have never been so powerful*, The Daily Mail, 24 juin 2015.

DUNN, K., *A pathway to justice? Has the Supreme Court of Canada’s ruling in SWUAV ushered in a new era of public interest litigation?* National Magazine, février 2013.

FRASER, I., *Public faces barriers in accessing Canadian courts, chief justice says*, Globe & Mail, 11 août 2012.

GERVAIS, L.M., *La lutte des étudiants est juste, dit Guy Rocher*, Le Devoir, 11 avril 2012.

GOAR, C., *A slightly less « just society »*, Toronto Star, 2 octobre 2006, p. A18.

GRAHAM, J., *Access to justice in Canada « abysmal » and « radical reforms » need to be made to legal system, report says*, Presse Canadienne, 18 août 2013.

HAINSWORTH, J., *“Window of opportunity” closing to fix country’s access to justice Cromwell urges stakeholders at every level to get involved in an urgent need for change*, The Lawyers Weekly, 28 mai 2013.

HUSCROFT, G. *«Yes, the Charter of Rights has given too much power to the judges»*, Globe & Mail, 19 avril 2012.

KNOPFF, R., *Using Charter hyperbol to further political ends*, National Post, 17 avril 2012.

LIPTAK, A., et M.D. SHEAR, *Republicans Turn Judicial Power Into a Campaign Issue*, New York Times, 23 octobre 2011.

MAKIN, K., *Intervenors: How many are too many?* The Globe & Mail, 10 mars 2000, A2.

ROCHER, G. *Les droits de scolarité à l'université: « Juste part » ou « Lutte juste »?*, Lettre ouverte au Journal Le Devoir, 11 avril 2012.

SHEAR, M.D., *Republicans Turn Judicial Power Into a Campaign Issue*, New York Times, 23 octobre 2011.

TVA NOUVELLES, *Cour Suprême - Cérémonie d'accueil officielle pour Clément Gascon*, 6 octobre 2014.

TYLER, T., *The Dark Side of Justice*, Toronto Star, 3 mars 2007.

VAN PRAAGH, S., *Why not take the Supreme Court's religious-studies ruling into the classroom?* Globe & Mail, 19 mars 2015.

YOUNG, M., *Justice on the block: Cutting federal money for the Court Challenges Program hardest on those most in need of their constitutional rights*, Vancouver Sun, 12 octobre 2006.

Jurisprudence canadienne

A.B. v. Bragg Communications Inc. 2010 NSSC 215.

A.B. v. Bragg Communications Inc., 2010 NSSC 356.

A.B. c. Bragg Communications Inc., 2011 NSCA 26.

A.B. c. Bragg Communication, [2012] 2 R.C.S. 567.

Air Canada c. Thibodeau, [2012] FCA 246.

Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, [2009] 2 R.C.S. 567.

Alliance for Marriage And Family c. A.A., [2007] 3 R.C.S. 124.

Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur Général), [2004] 3 R.C.S. 657.

Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General), [2000] 78 B.C.L.R. (3d) 55.

Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada, [2009] 1 R.C.S. 222.

B.C.G.E.U. c. British Columbia (A.G.), [1988] 2 R.C.S. 214.

B.C./Yukon Association of Drug War Survivors v. Abbotsford (City), 2014 BCSC 1817.

Bilodeau c. P. G. (Manitoba) [1986] 1 R.C.S. 449.

British Columbia (Attorney General) v. Auton (Guardian ad litem of) 2002 BCCA 538.

Canada (Procureur général) c. Bedford, [2013] 3 R.C.S. 1101.

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society, [2011] 3 R.C.S. 134.

Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan [2003] 3 R.C.S. 371.

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650.

Congrégation des Témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Municipalité), 1998 CanLII 9474 (QCCS).

Congrégation des Témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Municipalité du village de Lafontaine (Municipalité), 2002 Can LII 41250 (QCCA).

Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) [1992] 1 R.C.S. 236.

Construction de Castel Inc. c. Paré, 2015 QCCS 269.

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), [2004] 2 R.C.S. 248.

Dagenais c. Société Radio-Canada [1994] 3 R.C.S. 835.

Canada (Procureur Général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society [2012] 2 R.C.S. 524.

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), [2004] 2 R.C.S. 248.

Doré c. Barreau du Québec, [2012] 1 R.C.S. 395.

École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général), 2015 CSC 12.

Fédération des parents francophones de Columbie- Britannique v. British Columbia (Attorney General) [2012], BCCA 422.

Finlay c. Canada (Ministre des Finances), [1986] 2 R.C.S. 607.

Globe and Mail c. Canada (Procureur général), [2010] 2 R.C.S. 592.

Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique, [2009] 2 R.C.S. 295.

Hunter c. Southam, [1984] 2 R.C.S. 145.

Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général) [1993] 3 R.C.S. 675.

Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran, [2014] 3 R.C.S. 176.

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada, no.2 [2007] 1 R.C.S. 38.

Manitoba Metis Federation c. Canada (P.G), [2013] C.S.C. 14.

Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés et al. c. Canada (Procureur général) et Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, 2014 C.F. 651.

Ministre de la Justice du Canada c. Borowski, [1981] 2 R.C.S. 575.

MoCreebec Council of the Cree Nation c. Québec (Procureur général), 2013 QCCS 95.

Morgentaler c. La Reine, [1976] 1 R.C.S. 616.

Nova Scotia Board of Censors c. McNeil, [1976] 2 R.C.S. 265.

Ogg-Moss c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 171.

Ontario c. Criminal Lawyer's Association of Ontario, [2013] 3 R.C.S. 3.

Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général), [1993] 3 R.C.S. 675.

Personne désignée c. Vancouver Sun, [2007] 3 R.C.S. 253.

P. G. (Manitoba) c. Forest. [1979] 2 R.C.S. 1032.

Procureur Général du Canada c. Lavell, [1974] R.C.S. 1349.

Québec (Procureur général) c. A, [2013] 1 R.C.S. 61.

R. c. A.M., 2004 ONCJ 98.

R. c. A.M., (2006) 79 O.R. (3d) 481.

R. c. A.M., [2008] 1 R.C.S. 569.

R. c. Andrews, [2005] J.Q. No. 8595

R. c. Beaulac, [1999] 1 R.C.S.768.

R. c. Bernard, [1988] 2 R.C.S. 833.

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295.

R. v. Borden, [1994] 3 R.C.S. 145.

R. c. Brown, [2002] 2 R.C.S. 185.

R. v. Buhay, [2003] 1 R.C.S. 631.

R. c. Caron [2011] 1 R.C.S. 78.

R. c. Chehil, [2013] 3 R.C.S. 220.

R. c. Clayton, [2007] 2 R.C.S. 725,

R. v. Colarusso [1994] 1 R.C.S. 20.

R. c. Drybones, [1970] R.C.S. 282.

R. v. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30.

R. v. Dymnt [1988] 2 R.C.S. 471.

R. c. Edwards, [1996] 1 R.C.S. 128.

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713.

R. v. Hotte 2015 ABQB 323.

R. c. Kang-Brown, [2008] 1 R.C.S. 456.

R. v. Law, [2002] 1 R.C.S. 227.

R. c. Mann, [2004] 3 R.C.S. 59.

R. c. Mentuck, [2001] 3 R.C.S. 442.

R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234.

R. v. Mills [1993] 3 R.C.S. 668.

R. v. Mohamad, [2004] 69 O.R. (3d) 41.

R. v. Nurse and Plummer, 2014 ONSC 5989.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

R. c. O.N.E., [2001] 3 R.C.S. 478.

R. c. Paquette, [1990] 2 R.C.S. 1103.

R. v. Plant [1993] 3 R.C.S. 281.

R. v. S.A.B., [2003] 2 R.C.S. 678.

R. v. Silveria, [1995] 2 R.C.S. 297.

R. c. Singh, [2007] 3 R.C.S. 405.

R. c. Smith (2014) BCCA 322.

R. v. Spencer, 2009 SKQB 341.

R. v. Spencer, 2011 SKCA 144.

R. c. Spencer, [2014] 2 R.C.S. 212.

R. v. Stillman, [1997] 1 R.C.S. 607.

R. c. Tessling, [2004] 3 R.C.S. 67.

R. c. Tessling (2003), 63 O.R. (3d) 1.

R. c. Tran, [2010] 3 R.C.S. 350.

R. v. Trapp, 2011 SKCA 14.

R. c. Vu, [2013] 3 R.C.S. 657.

R. v. Vye, 2014 BCSC 93.

R. v. Ward, 2012 ONCA 660.

R. v. White, [1999] 2 R.C.S. 417.

R.c. Wong, [1990] 3 R.C.S. 36.

Reference Re Certain Titles to Land in Ontario, (1973) 35 D.L.R. (3d) 10.

Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North America Act [1928] R.C.S. 276.

Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721.

Renvoi relatif à la sécession du Québec [1998] 2 R.C.S. 217.

Romain c. R. (2014) QCCS 4265.

Robertson and Roselanni v. R. [1963] R.C.S. 651.

Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, [2013] 1 R.C.S. 467.

Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances), [2002] 2 R.C.S. 522.

Smith c. Attorney General of Ontario, [1924] R.C.S. 331.

Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général), [2011] 1 R.C.S. 19.

Société Radio-Canada c. La Reine, [2011] 1 R.C.S. 65.

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551.

Thibodeau c. Air Canada, [2014] 3 R.C.S. 340.

Thorson c. Attorney General of Canada, [1975] 1 R.C.S. 138.

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada, [2010] 1 R.C.S. 721.

Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario, [2005] 2 R.C.S. 188.

Vancouver Area Network of Drug Users v. British Columbia Human Rights Tribunal, 2015 BCSC 534.

Vancouver Sun (Re), [2004] 2 R.C.S. 332.

Jurisprudence étrangère

Airey v. Ireland (1979) 2 EHHR 305.

Doe v. Bolton 410 U.S. 179 (1973).

Griswold v. Connecticut 381 U.S. 479 (1965).

Kyllo v. United States, 533 U.S. 27 (2001).

Marbury c. Madison, (1803) 5 U.S. 137.

People v. Krivda, 486 P.2d 1262 (Cal.1971).

Roe v. Wade 410 U.S. 113 (1973).

State v. Boland, 800 P.2d 1112 (Wash. 1990).

State v. Galloway 109 P.3d 383 (Or. 2005).

State v. Goss, 834 A.2d 316 (N.H. 2003).

State v. Granville, 142 P.3d 933 (N.M. Ct. App. 2006).

State v. Greenwood, 108 S. Ct. 1625 (1988).

State v. Hemele, 576 A.2d 793 (N.J. 1990).

Simpson v. Gowers (1981), 32 O.R. (2d) 385.

State v. Morris, 680 A.2d 90, 165 Vt. 111 (Vt. 1996).

State v. Tanaka 701 P.2d 1274 at 1276-77 (Haw. 1985).

Williams and Others v. Phillips Roberts and Others v. Phillips, 1957 WL 18264

Discours et allocutions

BRYDEN, P., *In search of the reasonable person in Canadian Law: Are we asking the wrong question?* Presentation to the 24th Annual Conference of the Council of Canadian Administrative Tribunals, Ottawa, June 25-27, 2008 (non publié).

MCLACHLIN, B.M., *Remarks at the Advocates' Society End of Term Diner*, Toronto, 7 juin 2000.

MCLACHLIN, B.M., «*There is no justice without access to justice: Chief Justice Beverley McLachlin*», Keynote Address, Faculty of Law, University of Toronto, 11 novembre 2011.

MCLACHLIN, B.M., *Les rapports entre les tribunaux et les médias*, allocution prononcée à l'Université Carleton, Ottawa, 31 janvier 2012.

MCLACHLIN, B.M., «*Les défis auxquels nous faisons face*», Allocution de la très honorable Beverley McLachlin, P.C. devant l'Empire Club of Canada, Toronto, 8 mars 2007.

Rapports

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Les solutions de rechange sous-étudiées à l'intention de la classe moyenne - Nouveau regard sur l'égalité devant la justice*, Comité permanent de l'accès à la justice, février 2013.

BARREAU DU QUÉBEC, *Améliorations de l'accès aux tribunaux – Le Barreau du Québec estime que la simplification des procédures et la réduction des coûts s'imposent*, 20 février 2008.

BOROVYOY, A.A., Brief of Canadian Civil Liberties Association, *Canadian Civil Liberties Association's Submissions to the Supreme Court of Canada Re: Interventions in Public Interest Litigation*, July 17, 1984.

CANADIAN BAR ASSOCIATION, *Underexplored Alternatives for the Middle Class, Envisioning Equal Justice*, Report of the Standing Committee on Access to Justice, February 2013.

COMITÉ D'ACTION SUR L'ACCÈS À LA JUSTICE EN MATIÈRE CIVILE ET FAMILIALE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale*, octobre 2013.

COMMISSION ROMANOW, *Rapport sur le dialogue entre Canadiens sur l'avenir des soins de santé au Canada, Guidé par nos Valeurs: L'avenir des soins de santé au Canada, Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada*, juin 2002, ISBN 0-662, 87955-4.

COMMISSION BOUCHARD-TAYLOR, BOUCHARD, G. et C. TAYLOR, Rapport de la COMMISSION DE CONSULTATION SUR LES PRATIQUES D'ACCOMMODEMENT RELIÉES AUX DIFFÉRENCES CULTURELLES, *Fonder l'avenir – Le temps de la conciliation*, Gouvernement du Québec, 22 mai 2008.

FONDS D'ACTION ET D'ÉDUCATION JURIDIQUE POUR LES FEMMES (LEAF), *Interventions at the Supreme Court of Canada*, Juin 1986.

FORUM CANADIEN SUR LA JUSTICE CIVILE, *L'accès à la justice en matière civile et familiale - Une feuille de route pour le changement, Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale*, octobre 2013.

THE LAW SOCIETY OF UPPER CANADA, *Access to Justice Committee, Report to Convocation*, 26 juin 2003.

HALL, M.H., C.W. BARR, M. EASWARAMOORTHY, W. SOKOLOWSKI et L.M. SALAMON, *Analyse comparative du secteur sans but lucratif et bénévole du Canada*, Imagine Canada, 2005.

MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, Le nouveau gouvernement du Canada élimine des programmes ruineux, recentre les ressources financières sur les priorités et procède à une réduction importante de la dette, comme promis, Communiqué de presse, 25 septembre 2006.

MACKAY, A.W., *Respect et responsabilité dans les relations, Y a pas d'app pour ça*, Rapport sur la Commission d'étude sur la cyberintimidation, 29 février 2012.

MOORE, K. et L. SWYSTUN, *Democratic Engagement, A report of the Canadian Index of Wellbeing* (CIW), Institute of Wellbeing, January 2009.

UNICEF, INNOCENTI RESEARCH CENTER, *Child Safety Online: Global Challenges and strategies*, Florence, 2011.

Reportages

CBC NEWS, *Canada's top justice slams "inaccessible justice"*, 18 août 2013, <http://www.cbc.ca/news/canada/saskatoon/canada-s-top-judge-slams-inaccessible-justice-1.1306993> (consulté le 30 novembre 2013).

CBC NEWS, *Canadian courts not accessible enough, says chief justice*", Canadian Press, 12 août 2012, <http://www.cbc.ca/news/canada/canadian-courts-not-accessible-enough-says-chief-justice-1.1163318> (consulté le 30 novembre 2013).

CBC NEWS, *Mansbridge One on One, Beverley McLachlin: Chief Justice of the Supreme Court of Canada*, 26 octobre 2013, <http://www.cbc.ca/player/News/TV+Shows/Mansbridge+One+on+One/ID/2414536928/> (consulté le 30 novembre 2013).

RADIO-CANADA, *Le juge Wagner s'inquiète pour le système judiciaire canadien*, Radio-Canada 12 décembre 2012, <http://www.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2012/12/12/004-001-justice-richard-wagner.shtml> (consulté le 15 janvier 2013).

Comités de nominations des juges de la Cour suprême

Comité Spécial des Nominations des juges de la Cour suprême du Canada, 4 octobre 2012, http://www.justice.gc.ca/fra/nouv-news/nj-ja/2012/doc_32800.html, (juge Richard Wagner)

Comité Spécial des Nominations des juges de la Cour suprême du Canada, 19 octobre 2011, http://www.justice.gc.ca/eng/news-nouv/ja-nj/2011/doc_32665.html, (juges Andromache Karakatsanis et Michael J. Moldaver).

Lois et règlements

Acte des Territoires du Nord-Ouest, S.C.R. 1886, c. 50.

Canada Temperance Act 10 Geo. V, c. 8.

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, appendice 3.

Loi sur l'aménagement et l'urbanisme L. R. Q., c. A-19.1.

Loi sur l'immigration de 1976, S.C. 1976-77, ch. 52.

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5.

Loi sur les langues officielles, S.R.C. 1970, c. 0-2.

Ontario Temperance Act 6 Geo. V, c. 50.

Proclamation royale de 1869, (1870) 5 Documents de la session, No. 12.

Régime d'assistance publique du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-1.

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS 2002-156.

Divers

DAWSON, M., *An Autistic Victory, The True Meaning of the Auton Decision*, non daté, par. 119-120, http://www.sentex.net/~nexus23/naa_vic.html.

Annexe : Présence des acteurs sociaux dans les dossiers de la Cour suprême (1^{er} janvier 2008 au 30 juin 2015)

2015							
#	Intitulé de l'arrêt	Dossiers Charte	Dossiers non- Charte	Nature du droit fondamental et article(s) de la Charte invoqué(s) (QC = Charte québécoise)	Nombre d'acteurs sociaux ayant demandé autorisation d'intervenir	Nombre d'acteurs sociaux admis à participer	Identité des acteurs sociaux admis à participer <i>(N.B. ACLC réfère à l'Association canadienne des Libertés civiles et ALCCB réfère à l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique)</i>
1	Société en commandite Place Mullins c. Services immobiliers Diane Bisson inc.		x				
2	Hinse c. PG Canada	x		erreur judiciaire, art. 49 QC	3	3	Association in defense of the Wrongly Convicted, Centre Pro Bono Québec, Pro Bono Law Ontario
3	R. c. Smith	x		Droit à la vie, liberté, sécurité, qualité pour agir, art. 1, 7	8	7	<u>Accueillie</u> : ACLC, ALCCB, Santé Cannabis, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Société canadienne du sida, Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario <u>Rejetée</u> : Medicinal Cannabis Patients' Alliance of Canada Inc.
4	R. c. Tatton		x				
5	PG Canada c. Barnaby	x		Droit de l'accusé, principe de justice fondamentale, art. 7	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
6	Caplin c. PG Canada	x		Extradition, principe de justice fondamentale, art. 7	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux

7	Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat	x		<i>Droit à l'égalité, art. 15(1)</i>	2	0	Canada sans pauvreté, Comité de la Charte et des questions de pauvreté;
8	R. c. Barabash	x		<i>Droit criminel (moyen de défense, pornographie juvénile, art. 1, 2b)</i>	3	3	ACLC, Au-delà des frontières, Centre canadien de protection de l'enfance
9	R. c. Kokopenace	x		<i>Droit à un procès équitable, art. 11d), 11f)</i>	7	7	Advocates' Society, Nation Nishnawbe Aski, David Asper Centre for Constitutional Rights, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (LEAF), Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.
10	R. c. St-Cloud	x		<i>Droit criminel, mise en liberté provisoire, procès équitable, art. 11d), 11e), 24(2)</i>	2	2	ACLC, Criminal Lawyers' Association (Ontario)
11	Comm. Scolaire francophone du Yukon c. PG Yukon	x		<i>Droits linguistiques, art. 23</i>	4	4	Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique, Fédération des parents francophones de l'Alberta, Fédération nationale des conseils scolaires francophones et Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada
12	Établissement de Bowden c. Khadr		x				
13	Henry c. PG Colombie Britannique	x		<i>Justice fondamentale, équité procédurale, art. 7, 11d), 24(1)</i>	6	6	ACLC, ALCCB, Association in Defence of the Wrongly Convicted, David Asper Centre for Constitutional Rights, Association canadienne des libertés civiles, Criminal Lawyers' Association et Association canadienne des juristes de l'État
14	White Burgess Langile Inman c. Abbot and Haliburton Co.		x				
15	Association des parents de l'école Rose-des-Vents c. Colombie Britannique (Éducation)	x		<i>Droit à l'éducation, droits linguistiques, art. 23</i>	2	2	Fédération nationale des conseils scolaires francophones, Conseil des écoles fransaskoises
16	PG Canada c. Barnaby		x				
17	Caplin c. PG Canada		x				
18	PG Québec c. PG Canada		x				

19	Sanofi-Aventis c. Apotex		x				
20	Zurich Cie d'Assurance-Vie c. Chubb du Canada Cie d'Assurance		x				
21	Theratechnologies inc. c. 121851 Canada		x				
22	Carey c. Laiken		x				
23	Mouvement laïque québécois c. Ville de Saguenay	x		<i>Liberté de conscience et de religion, art. 1, 2, 27 CA et nombreux articles de la Charte québécoise</i>	6	6	ACLCL, Alliance évangélique du Canada, Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance, Association des parents catholiques du Québec, Canadian Secular Alliance
24	R. c. Nur	x		<i>Traitement ou peine inusitée, art. 1, 12</i>	9	9	ACLCL, ALCCB, Pivot Legal Society, Société John Howard du Canada, Advocates' Society, Association du Barreau canadien, Association canadienne pour les armes à feu, Association canadienne pour l'intégration communautaire et Clinique juridique africaine canadienne
25	PG Québec c. PG Canada	x		<i>Droit constitutionnel, partage de compétence, armes à feu, art. 52 loi constitutionnelle 1982, art. 91(27) loi constitutionnelle de 1867</i>	2	2	Coalition pour le contrôle des armes et Association canadienne pour les armes à feu
26	R. c. Sanghera		x				
27	École secondaire Loyola c. PG Québec	x		<i>Éducation, liberté de religion, 1, 2a), 24(1) CA, art. 3. 41 QC</i>	16	16	ACLCL, Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Alliance évangélique du Canada, Alliance des chrétiens en droit, World Sikh Organization of Canada, Association of Christian Educators and Schools Canada, Ligue catholique des droits de l'homme, Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance, Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal, Faith, Fealty and Creed Society, Home School Legal Defence Association of Canada, Église adventiste du septième jour au Canada, Église adventiste du septième jour au Canada — Fédération du Québec, Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et Archevêque catholique romain de Montréal

28	R. c. Araya		x				
29	Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick		x				
30	R. c. Grant		x				
31	R. c. Perrone		x				
32	PG Canada c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada	x		<i>Liberté, justice fondamentale, fouille et perquisition, art. 1, 7, 8,</i>	7	7	Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association canadienne des libertés civiles, Law Society of British Columbia, Association du Barreau canadien, Advocates' Society, Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec
33	R. c. Goleski		x				
34	Carter c. PG Canada	x		<i>Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne (euthanasie), art. 1, 7, 15</i>	25	23	<u>Accueillies</u> : ACLC, Conseil des Canadiens avec déficiences, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Alliance des chrétiens en droit, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association for Reformed Political Action Canada, Collectif des médecins contre l'euthanasie, Alliance évangélique du Canada, Christian Medical and Dental Society of Canada, Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies, Dying With Dignity, Association médicale canadienne, Alliance catholique canadienne de la santé, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Farewell Foundation for the Right to Die, Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité, Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance, Protection of Conscience Project, Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society, Conseil unitarien du Canada, Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia <u>Rejetées</u> : Advocates' Society, David Asper Center for Constitutional Rights

35	Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan	x		Liberté d'association, art. 1, 2d)	35	24	<p>Accueillies: ALCCB, Canadian Constitution Foundation, Saskatchewan Union of Nurses, SEIU-West, United Nurses of Alberta, Alberta Federation of Labour, Institut professionnel de la fonction publique du Canada, Association des pilotes d'Air Canada, Conseil du patronat du Québec, Conseil canadien des employeurs, Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes, ssoociation internationale des machinistes et des travailleurs et travailleuses de l'aérospatiale, British Columbia Teachers' Federation, Hospital Employees' Union, Congrès du travail du Canada, Alliance de la Fonction publique du Canada, Alberta Union of Provincial Employees, Confédération des syndicats nationaux, Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, Cypress Regional Health Authority, Five Hills Regional Health Authority, Heartland Regional Health Authority, Sunrise Regional Health Authority, Prince Albert Parkland Regional Health Authority, Saskatoon Regional Health Authority, 25-Syndicat national des employées et employés généraux du secteur public</p> <p>Rejetées: ACLC, Employment Law Alliance, Université de la Saskatchewan, Ontario Public Service Employees Union, Centrale des syndicats du Québec, Association canadienne des avocats du mouvement syndical, Saskatchewan Chamber of Commerce, Fédération interprofessionnelle de la Santé du Québec – FIQ et l'Association canadienne des avocats d'employeurs</p>
36	Tervita Corp. C. Commissaire de la concurrence du Canada		x				
37	Association de la police montée de l'Ontario c. PG Canada	x		Liberté d'association, art. 1, 2d)	11	8	<p><u>Accueillies:</u> ACLC, ALCCB, Alliance de la Fonction publique du Canada, Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, Confédération des syndicats nationaux, Association canadienne des policiers, Congrès du travail du Canada</p> <p><u>Rejetées:</u> Alberta Union of Provincial Employees, SAIT Academic Association, Saskatchewan Federation of Labour</p>
38	Meredith c. PG Canada	x		Liberté d'association, art. 1, 2d)	6	6	Congrès du travail du Canada, Institut professionnel de la fonction publique du Canada, Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 675, Alliance de la Fonction publique du Canada, Confédération des syndicats nationaux et Syndicat des agents correctionnels du Canada
TOTAL 2015 (sur 38 arrêts)		22	16		154	135	
2014							
1	R. c. MacLeod		x				

2	R. c. Fearon	x		<i>Fouille, perquisition et saisie, art. 8, 24(2)</i>	9	6	<u>Accueillies:</u> ACLC, ALCCB, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet Samuelson-Glushko, Criminal Trial Lawyers Association (division Alberta), Association canadienne des chefs de police, Criminal Trial Lawyers Association <u>Rejetées:</u> Wen Tung Yu, Justice for Children and Youth, South Asian Legal Clinic
3	R. c. Wilcox		x				
4	R. c. Day		x				
5	R. c. Wills		x				
6	Wakeling c. États-Unis d'Amérique	x		<i>Fouille, art.8</i>	2	2	ACLC, ALCCB
6	British Columbia Teachers' Federation c. British Columbia Public School Employers' Association	x		<i>Droit à l'égalité</i>	2	2	BC. Public School Employer's Association, West Coast LEAF
8	Bhasin c. Hrynew		x				
9	R. c. Dunn		x				
10	Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	x		<i>Principes justice fondamentales, droit de l'accusé, art. 7</i>	5	4	<u>Accueillies:</u> ACLC, Amnistie Internationale, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés <u>Rejetée:</u> Refugee Law Initiative
11	Thibodeau c. Air Canada (demande au nom de l'intérêt public)		x	<i>Droits linguistiques, art. 16(1), 20(1)</i>	3	0	<u>Rejetées:</u> Ontario Civil Liberties Association, Gabor Lukacs, Association de transport aérien
12	Pétrolière Impériale c. Jacques	x		<i>Fouilles et perquisition, art. 8, 24(1)</i>	23	23	Coop Fédérée, Société coopérative agricole des Bois-Francis et 21 individus
13	R. c. Bouchard		x				
14	R. c. Lépine		x				
15	Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran	x		<i>Sécurité de la personne, droit des réfugiés, immunité des États, art. 7, 9, 12, 15</i>	15	11	ACLC, ALCCB, Canadian Lawyers for International Human Rights, Amnistie internationale, Section Canada francophone, Redress Trust Ltd., Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Association du Barreau canadien, Centre canadien pour la justice internationale, David Asper Centre for Constitutional Rights, International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law et Iran Human Rights Documentation Center <u>Rejetées:</u> Houshang Bouzari, Fereshteh Yousefi, Shervin Bouzari et Narvan Bouzari

16	R. c. Mohamed		x				
17	R. c. Steele		x				
18	R. c. Conception	x		<i>Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne, art. 7</i>	2	2	Criminal Lawyers' Association of Ontario et Mental Health Legal Committee
19	Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (P.G.)	x		<i>Accès à la justice, art. 1, 2, 7, 24(1), 33</i>	4	3	Accueillies: Advocates' Society, West Coast Women's Legal Education and Action Fund et David Asper Centre for Constitutional Rights <u>Rejetée</u> : Pro Bono Law Ontario
20	R. c. Mack	x		<i>Fouille et perquisition, admissibilité de la preuve, art. 8, 24(2)</i>	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
21	Banque Amex du Canada c. Adams		x				
22	Banque de Montréal c. Marcotte		x				
23	Marcotte c. Fédération des caisses Desjardins du Québec		x				
24	R. c. Mian	x		<i>Fouille, droit de l'accusé, art. 8, 9, 24(2)</i>	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
25	Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.		X				
26	R. c. Hart	x		<i>Droit criminel (preuve), art. 7, 10B), 11, 24</i>	6	5	Accueillies: ALCCB, ACLC, Association in Defence of the Wrongly Convicted, Criminal Lawyer's Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal Rejetée: Gerard Robert Ryan
27	Québec (CNT) c. Asphalte Desjardins inc.		x				
28	R. c. Taylor	x		<i>Fouille, droit à l'avocat, art. 8, 10b, 24(2)</i>	1	1	ALCL
29	Canada (P.G.) c. Confédération des syndicats nationaux		x				

30	Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)	x		<i>Droits ancestraux, promesses constitutionnelles, art. 91-92, 109 Loi Constitutionnelle</i>	17	17	Grand Conseil du Traité no 3, Tribu des Blood, Nation crie de Beaver Lake, Nation crie d'Ermineskin, Nation Siksika, Première Nation du Lac Whitefish no128, Première Nation de Fort McKay, Association du traité des Te'mexw, Première Nation Ochiichagwe'Babigo'Ining, Première Nation des Ojibways d'Onigaming, Première Nation de Big Grassy, Première Nation de Naotkamegwanning, Métis Nation of Ontario, Tribus Cowichan, représentées par le Chef William Charles Seymour, en son propre nom et aux noms des membres des Tribus Cowichan, Première Nation du Lac Seul, Première Nation du Lac Sandy et Assemblée des Premières Nations/Fraternité des Indiens du Canada
31	R. c. Sîpos		x				
32	R. c. Quesnelle	x		<i>Fouille et perquisition, art. 8</i>	3	3	Association canadienne des chefs de police, Criminal Lawyers' Association of Ontario et Barbra Schlifer Commemorative Clinic
33	Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 503 c. Wal-Mart Canada		x				
34	Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique	x		<i>Droits ancestraux, droit à un procès équitable, art. 1, 11</i>	34	27	Accueillies: Amnistie Internationale, Secours Quaker Canadien, Association du traité des Te'mexw, Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia, Association for Mineral Exploration British Columbia, Assemblée des Premières Nations, Chefs héréditaires gitanyows de Gwass Hlaam, Gamlaxyltxw, Mali, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur propre nom et au nom de tous les Gitanyows, Groupe du Traité des Hul'qum'num, Council of the Haida Nation, Office of the Wet'suwet'en Chiefs, Association du Barreau Autochtone du Canada, Sommet des Premières Nations, Première nation de Tsawout, Première nation de Tsartlip, Première nation Snuneymuxw, Première nation Kwakiutl, Coalition of the Union of B.C. Indian Chiefs, Okanagan Nation Alliance, Shuswap Nation Tribal Council et collectivités qui en font partie, Bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake et de Neskonlith, Bande indienne Splatsin, Bernard Conrad Lewis en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Nation Gitxaala, Chilko Resorts and Community Association et Conseil des Canadiens Rejetée: Première nation des Chippewas de Nawash Unceded, Première nation Saugeen, Première nation de Walpole Island, United Chiefs and Councils of Mnidoo Mnising, Grand Council Treaty #3, Stó:lō Nation Chiefs Council, Leslie Cameron en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation de Wabauskang
35	R. c. Spencer	x		<i>Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)</i>	2	2	ACLCL, Criminal Lawyers' Association of Ontario

36	Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada		x				
37	R. c. Anderson	x		1.7. 15(1)		2	David Asper Centre for Constitutional Rights et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.
38	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)		x				
39	McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l.		x				
40	Stubicar c. Canada		x				
41	Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat	x		<i>Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne, art. 1, 7, 24(1)</i>	10	10	ACLC, ACLCB, Conseil canadien des avocats de la défense, Association du Barreau Canadien, Association canadienne des avocats et avocates endroit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens), Amnistie internationale et Criminal Lawyers' Association (Ontario)
42	Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada		x				
43	Untel c. Ontario (Finances)		x				
44	Union Carbide Canada Inc. c. Bombardier Inc		x				
45	Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Québec (Ville)		x				
46	Dionne c. Commission scolaire des Patriotes		x				

47	Renvoi relatif à la réforme du Sénat		x				
48	Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels) c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)		x				
49	Peracomo Inc. c. Société TELUS Communications		x				
50	R. c. Jackson		x				
51	R. c. Carvery		x				
52	R. c. Clarke		x				
53	R. c. Summers	x		<i>Droit criminel, détermination de la peine, art. 24(1)</i>	4	4	ALCL, ALCCB, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Société John Howard du Canada
54	Martin c. Alberta (Workers' Compensation Board)		x				
55	Établissement de Mission c. Khela	x		<i>Droit carcéral, équité procédurale, art. 7, 9</i>	4	4	ALCL, ACLCB, Association canadienne des sociétés Elizabeth Fry, Société John Howard du Canada
56	R. c. Leinen		x				
57	R. c. Vokurka		x				
58	Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6		x				
59	Canada (Procureur général) c. Whaling	x		<i>Droit criminel, (détermination de la peine), art. 1, 7, 11g)h)j)</i>	1	1	ALCCB
60	R. c. Hutchinson	x		<i>Droit criminel (preuve), dignité humaine, art. 7, 15</i>	2	2	Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario
61	R. c. Babos	x		<i>Fouille, équité procédurale, art. 8, 11b, 24</i>	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux

62	R. c. Hogg		x				
63	R. c. Waite		x				
64	R. c. Sekhon		x				
65	R. c. Flaviano		x				
66	Bernard c. Canada (Procureur général)	22		<i>Liberté d'association, fouille, communication de renseignements, art. 2d, 8</i>	5	5	ACLC, Canadian Constitution Foundation, Alberta Federation of Labour, Association des avocats d'employeurs, Merit Canada
67	A.I. Enterprises Ltd. c. Bram Enterprises Ltd.		x				
68	Telecommunications Employees Association of Manitoba Inc. c. Manitoba Telecom Services Inc.		x				
69	R. c. Clark		x				
70	Bruno Appliance and Furniture, Inc. c. Hryniak		x				
71	Hryniak c. Mauldin		x				
72	R. c. Koczab		x				
73	R. c. Yelle		x				
74	R. c. Auclair		x				
75	R. c. Davis		x				
76	R. c. James		x				
77	R. c. MacDonald	x		<i>Fouille et perquisition, art. 8</i>	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
78	R. c. W.E.B.		x				
79	Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello		x				
	TOTAL 2014 (sur 79 arrêts)	23	56		154	136	

2013

1	Cinar Corporation c. Robinson	x		Dommages-intérêts punitifs, art. 1, 4, 6, 49, 49 QC	1	1	Music Canada (autres intervenants à but lucratif non comptabilisés)
2	Canada (PG) c. Bedford	x		Droit à la sécurité de la personne, liberté d'expression, art. 1, 2b), 7	32	23	<p><u>Accueillies</u>: ALCCB, Pivot Legal Society, Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, PACE Society, Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida, Alliance évangélique du Canada, Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Alliance des chrétiens en droit, Ligue catholique des droits de l'homme, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Institut Simone de Beauvoir, AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc; <u>Rejetées</u>: Prostitutes of Ottawa-Gatineau, Work, Educate and Resist, Maggie's: The Toronto Sex Workers Action Project et Stella, l'amie de Maimie, Feminist Coalition, ACLC, Scarlett Alliance-Australian Sex Workers Association, New Zeland Prostitutes Collective Trust, Rosea-Riksorgagnisationen For Sex and Erotikarbetare.</p>
3	Wood c. Schaeffer	x		Droit à l'assistance d'un avocat, art. 10b)	8	8	<p>ALCL, ALCCB, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Criminal Lawyers' Association (Ontario), Richard Rosenthal, Chief Civilian Director of the Independent Investigations Office of British Columbia, Alliance urbaine sur les relations interraciales, Association canadienne des policiers et Police Association of Ontario</p>
4	IBM Canada Limitée c. Waterman		x				
5	AIC Limitée c. Fischer		x				
6	R. c. McRae		x				
7	McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)		x				

8	Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest	x		Déni de justice, art. 2e) Déclaration canadienne des droits	1	1	ACLC
9	Québec (Agence du Revenu) c. Serv. Environnementaux AES inc.		x				
10	Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)		x				
11	La Souveraine, Compagnie d'assurance générale c. Autorité des marchés financiers		x				
12	Alberta c. Travailleurs et Travailleurs Unis de l'Alimentation et du Commerce	x		Liberté d'expression, droit à la vie privée, art. 1, 2b)	7	5	<u>Accueillies:</u> ACLC, ALCCB, Coalition of British Columbia Businesses, Merit Canada, Alberta Federation of Labour <u>Rejetées:</u> Conseil canadien du commerce de détail, Chambre de commerce du Canada
13	R. c. Hay		x				
14	R. c. Vu	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	3	3	ACLC, ALCCB, Criminal Lawyers' Association
15	Infineon Technologies AG c. Option consommateurs		x				
16	Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation,		x				
17	Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company		x				
18	R. c. Cairney		x				
19	R. c. Pappas		x				

20	Cuthbertson c. Rasouli		x				NB. 9 intervenants sociaux non comptabilisés (dossier sur consentement aux traitements médicaux)
21	R. c. R.L.		x				
22	Castonguay Blasting Ltd. c. Ontario (Environnement)		x				
23	Colombie-Britannique (Forêts) c. Teal Cedar Products		x				
24	R. c. Chehil	x		Fouille et perquisition, art. 8,9,24(2)	3	3	ACLCC, ALCCB, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko
25	R. c. Mackenzie	x		Fouille et perquisition, art. 8,9,10b),24(2)	3	3	ACLCC, ALCCB, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko
26	Envision Credit Union c. Canada		x				
27	Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)	x		Liberté de circulation et d'établissement, droit d'entrer au Canada, art. 1,6, 32,33	6	3	Accueillies: ACLC, ALCCB, David Asper Centre for Constitutionnal Rights Rejetées: Canadian Prison Law Association, Newton Cohen, André Picard
28	Régie des rentes du Québec c. Canada Bread Company		x				
29	Payette c. Guay inc		x				
30	Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)		x				
31	Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario	x		Droit de l'accusé, procès équitable, amicus curia, 24(1)	3	3	ALCCCB, Advocates' Society et Mental Health Legal Committee
32	Conseil scolaire francophone de la Col.-Britannique c. Col.-Britannique	x		Droits linguistiques, art. 16-20, 23	1	1	Association des juristes d'expression française de la Colombie-Britannique
33	R. c. Youvarajah		x				

34	Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	x		Réfugiés, crime contre l'humanité, conventions internationales signées par le Canada	5	5	ACLIC, Amnistie Internationale, Centre canadien pour la justice internationale, International Human Rights Program at the University of Toronto Faculty of Law, Conseil canadien pour les réfugiés
35	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP		x				
36	R. c. Vuradin		x				
37	Sable Offshore Energy Inc. c. Ameron Int. Corp.		x				
38	Agraira c. Canada	x		Immigration, norme de contrôle judiciaire, valeurs sous-jacentes de la Charte	6	6	ACLCCB, Ahmad Daud Maqsudi, Conseil canadien pour les réfugiés, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Fédération canado-arabe et Congrès Tamoul Canadien
39	R. c. Baldree		x				
40	Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée	x		Protection de la vie privée, respect de la dignité humaine, art. 7	13	13	ACLIC, Construction Owners Association of Alberta, Construction Labour Relations Enform, Alberta Federation of Labour, Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 707, Alliance des Manufacturiers et Exportateurs du Canada, Association minière du Canada, Mining Association of British Columbia, Mining Association of Manitoba Inc., Association minière du Québec, Ontario Mining Association, Saskatchewan Mining Association et Power Workers' Union
41	Nishi c. Rascal Trucking Ltd		x				
42	R. c. Gauthier		x				
43	R. c. Ibanescu		x				
44	Cojocar c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre		x				2 intervenants non comptabilisés
45	Daishowa-Marubeni International Ltd. c. Canada,		x				

46	R. c. A.D.H.		x				
47	R. c. Buzizi,		x				
48	Behn c. Moulton Contracting Ltd		x				8 intervenants non comptabilisés (groupes autochtones)
49	R. c. Levkovic	x		Liberté et sécurité de la personne, art. 1,7	1	1	Criminal Lawyers' Association of Ontario
50	R. c. G.M		x				
51	R. c. MacIntosh		x				
52	R. c. W.H		x				
53	R. c. Lévesque		x				
54	R. c. Murphy		x				
55	Penner c. Niagara (Comm. régionale de services policiers)		x				NB. 5 intervenants sociaux non comptabilisés (dossier ne traitant pas des droits fondamentaux)
56	Ediger c. Johnston		x				
57	R. c. Mailhot		x				
58	R. c. Société TELUS Communications	x		Droit vie privée (interception de communications) art. 8, 24(2)	2	2	ACLC, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko
59	R. c. Pham		x				
60	Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada	x		Droits ancestraux, promesses constitutionnelles	5	5	Ralliement national des Métis, Métis Nation of Alberta, Métis Nation of Ontario, Premières nations du traité no 1 et Assemblée des premières nations
61	Antrim Truck Centre Ltd. c. Ontario (Transports)		x				
62	R. c. J.F		x				

63	Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott	x		Liberté d'expression, liberté de religion, art. 1, 2, 15	20	19	Accueillies: ACLC, LEAF, Canadian Constitution Foundation, Egale Canada Inc., Congrès juif canadien, Unitarian Congregation of Saskatoon, Conseil unitarien du Canada, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Association du Barreau canadien, Alliance des chrétiens en droit, Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada, Alliance évangélique du Canada, Église Unie du Canada, Assemblée des Premières Nations, Federation of Saskatchewan Indian Nations, Métis Nation—Saskatchewan, Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance et African Canadian Legal Clinic Rejetée: Association for Reformed Political Action Canada
64	R. c. Personne désignée B		x				
65	R. c. Taylor		x				
66	R. c. Blacklaws		x				
67	R. c. Bélanger		x				
68	Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos		x				
69	Québec (Procureur Général) c. A	x		Droit à l'égalité (conjoints de fait), art. 1, 15	2	2	LEAF et Fédération des associations de familles monoparentales recomposées du Québec
70	R. c. Sanichar		X				
71	R. c. Ryan	x		Droit criminel (moyen de défense), art. 1, 7	3	3	LEAF, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry
72	R. c. Manning		x				
73	R. c. O'Brien		x				
TOTAL 2013 (sur 73 arrêts)		19	54		125	110	
2012							
1	R. c. Davey	x		Protection des droits juridiques, art. 7, 11d)	4	4	ALCL, ALCCB, David Asper Centre for Constitutionnal Rights, Criminal Lawyers' Association of Ontario
2	R. c. Emms		x				
3	R. c. Yumnu	x		Communication de renseignements, art. 7, 11d)	5	5	ALCL, ALCCB, David Asper Centre for Constitutionnal Rights, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Ontario Crown Attorneys Association

4	R. c. N.S.	x		Liberté de religion, droit à un procès équitable, 2a), 7, 11d)	8	8	ACLC, LEAF, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Barbra Schlifer Commemorative Clinic, Muslim Canadian Congress, South Asian Legal Clinic of Ontario, Barreau du Québec, Canadian Council on American-Islamic Relations
5	Institut professionnel de la fonction publique du Canada c. Canada		x				
6	R. c. Khawaja	x		Liberté d'expression, principe de justice fondamentale, art. 1, 2, 7	4	3	ACLC, ALCCB, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de Droit de l'Université Laval (accueillies); Canadian Coalition against Terror (rejetée)
7	Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique	x		Liberté de circulation, équité procédurale, 1, 2, 6(1), 7	3	2	ACLC, ALCCB (accueillies); Canadian Coalition against Terror (rejetée)
8	Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168		x				
9	Terre Neuve et Labrador c. Abitibi Bowater Inc.		x				
10	R. c. Aucoin	x		Fouille et perquisition, art. 8, 9, 10b), 24(2)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
11	Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc		x				
12	Canada (Procureur général) c. Kane		x				
13	R. c. D.J.W		x				
14	Moore c. Colombie-Britannique	x		Droit à l'éducation, droit à l'égalité de traitement, art. 8 BC Human Rights Code	9	9	Justice for Children and Youth, British Columbia Teachers' Federation, Conseil des Canadiens avec déficiences, International Dyslexia Association, Ontario Branch, Association canadienne des troubles d'apprentissage, Canadian Constitution Foundation, West Coast LEAF, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada

15	R. c. P.D.T		x				
16	Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada inc.		x				
17	R. c. Nedelcu	x		Droit criminel, preuve (auto-incrimination), art. 11c), 13	2	2	Criminal Lawyers' Association of Ontario, Advocates' Society
18	R. c. Dineley	x		Droit criminel, moyen de défense, art. 1, 7, 11d)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
19	R. c. St-Onge Lamoureux	x		Droit criminel, moyen de défense, art. 1, 7, 11c), d)	4	4	Criminal Lawyers' Association of Ontario, Criminal Trial Lawyers's Association, Barreau du Québec, Association Québécoise des avocats et avocates du Québec
20	R. c. Boudreault	x		Droit de l'accusé, art. 1	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
21	Opitz c. Wrzesnewskij		x				
22	R. c. Cole	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	3	3	ACLC, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association canadienne des avocats d'employeurs
23	R. c. Picot		x				
24	Canada c. GlaxoSmith Kline Inc.		x				
25	Southcott Estates Inc. c. Toronto Catholic District School Board		x				
26	R. c. Rochon		x				
27	R. c. Prokofiew	x		Principe de justice fondamentale	2	2	ACLC, Criminal Lawyers' Association of Ontario
28	R. c. D.C.		x				NB. 12 intervenants sociaux mais cette instance ne concerne pas les droits fondamentaux
29	R. c. Mabior	x		Droit criminel, droit à l'égalité, valeurs de la Charte, art. 7	12	12	même 12 intervenants que R. c. D.C. (ci-haut)
30	A.B. c. Bragg Communications Inc	x		droit à la vie privée, droit de l'enfant, art. 7, 8 et conventions internationales	11	11	ACLC, ALCBC, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, BullyingCanada Inc., Jeunesse J'écoute, Journaux canadiens, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Association canadienne des journalistes, Professional Writers Association of Canada, Book and Periodical Council, , Comité Unicef Canada, Au-delà des frontières

31	Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society	x		Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne, liberté d'expression, art. 2b), d) 7, 15	18	14	Accueillies: ACLC, ALCBC, David Asper Centre for Constitutional Rights, Community Legal Assistance Society, Ecojustice Canada, West Coast LEAF, Justice for Children and Youth, ARCH Disability Law Centre, Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Positive Living Society of British Columbia Rejetées: Prostitutes of Ottawa-Gatineau, Work, Educate and Resist, Maggie's: The Toronto Sex Workers Action Project, Stella, l'amie de Maimie, Trial Lawyers Associations of BC
32	R. c. Bellusci	x		Droit criminel, réparation, pouvoir discrétionnaire du juge, art. 7, 24(1)			aucun intervenant social
33	Canada c. Craig		x				
34	R. c. Knott		x				
35	R. c. Walle		x				
36	R. c. Vu,		x				
37	R. c. Punko		x				
38	Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)		x				NB. 17 intervenants sociaux mais cette instance ne concerne pas les droits fondamentaux (droit d'auteur)
39	Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique,		x				
40	Ré:Sonne c. Féd. des associations de propriétaires de cinémas du Canada		x				

41	Rogers Communications Inc. c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada		x				
42	Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada		x				NB. 4 intervenants sociaux mais cette instance ne concerne pas les droits fondamentaux (droit d'auteur)
43	R. c. Venneri		x				
44	Clements c. Clements		x				
45	R. c. Mayuran		x				
46	Westmount (Ville) c. Rossy		x				
47	Halifax (Regional Municipality) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)		x				
48	R. c. Gibbons,		x				
49	Annapolis County District School Board c. Marshall		x				
50	R. c. Roy		x				
51	Cinar Corporation c. Robinson		x				
52	R. c. Maybin		x				
53	Tessier Ltée c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)		x				
54	R. c. R.P		x				
55	R. c. Jesse		x				

56	Calgary (Ville) c. Canada		x				
57	Breeden c. Black		x				
58	Club Resorts Ltd. c. Van Breda		x				NB. 5 intervenants sociaux mais cette instance ne concerne pas les droits fondamentaux (droit international privé)
59	Éditions Écosociété Inc. c. Banro Corp.	x		Diffamation, droit à la réputation, valeurs de la Charte	2	2	ACLC, ALCBC
60	R. c. Tse,	x		1, 7, 8	3	3	ACLC, ALCCB, Criminal Lawyers' Association of Ontario
61	Fundy Settlement c. Canada		x				
62	R. c. Kociuk		x				
63	R. c. Ipeelee	x		Droit criminel (détermination de la peine), art. 7, 12	2	2	ACLC, ALCBC
64	Doré c. Barreau du Québec	x		Contrôle judiciaire de constitutionnalité, liberté d'expression, art. 1, 2b)	3	3	ACLC, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada et Association du Jeune Barreau de Montréal
65	R. c. Eastgaard		x				
66	Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)	x		Norme de contrôle judiciaire, discrimination, art. 15	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
67	Momentous.ca Corp. c. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.		x				
68	Richard c. Time Inc.		x				
69	S.L. c. Commission scolaire des Chênes	x		Liberté de religion, art. 1, 2a)	8	8	ACLC, Christian Legal Fellowship, Coalition pour la liberté en éducation, Alliance évangélique du Canada, Regroupement Chrétien pour le droit parental en éducation, Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Fédération des commissions scolaires, Association canadienne des commissaires d'écoles catholiques
70	R. c. T.L.M.		x				

71	R. c. D.A.I.	x		Droit criminel (preuve, procès équitable), art. 11	4	4	LEAF, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, Conseil des Canadiens avec déficiences
72	Renvoi relatif à la Loi sur la radiodiffusion		x				
73	Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)		x				
74	Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)		x				
75	Banque TD c. Canada		x				
TOTAL 2012 (sur 75 arrêts)		23	52		107	101	
2011							
1	Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières		x				
2	L.M.P. c. L.S		x				
3	R.P. c. R.C.		x				
4	Copthorne Holdings Ltd. c. Canada		x				
5	Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve- et-Labrador (Conseil du Trésor)		x				
6	Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association		x				

7	Québec (Procureur général) c. Canada (Ressources humaines et Développement social)		x				
8	Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals		x				
9	R. c. Bouchard -Lebrun	x		Droit criminel (moyen de défense), art. 7,11	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
10	Alliance de la fonction publique du Canada c. Société canadienne des postes		x				
11	Bande indienne Lax Kw'alaams c. Canada (PG)		x				
12	R. c. Banwai		x				
13	R. c. Sarrazin	x		Droit criminel (réparation), art. 11f)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
14	Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)	x		Norme de contrôle, dépens, art. 126 QC	5	2	Association du Barreau canadien et Conseil des Canadiens avec déficiences (accueillies), Kasha Whyte, Cindy Richards et Ruth Walden (rejetées)
15	Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola	x		Norme de contrôle, tribunal administratif, art. 15	3	2	Vancouver Area Human Rights Coalition Society, Coalition of BC Businesses (accueillies), Ontario Network of Injured Workers' Groups (rejetée)
16	R. c. Barros	x		Droit criminel, (privilège de l'indicateur), art. 7	4	4	ACLCL, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association canadienne des chefs de police, Association canadienne d'échec au crime
17	R. c. Dorfer		x				

18	R. c. Katigbak	x		Droit criminel (moyen de défense), art. 2b)	2	1	ACLC (accueillie), Beyond Borders (rejetée)
19	R. c. Whyte		x				
20	Crookes c. Newton	x		diffamation sur internet, droit à la réputation (sous-jacent aux droits de la Charte)	11	11	ACLC, ALCCB, Clinique d'intérêt public et de politique d'internet du Canada Samuelson-Glushko, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Magazines Canada, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Writers' Union of Canada, Professional Writers Association of Canada, PEN Canada et Canadian Publishers' Council
21	R. c. Côté	x		Fouille et perquisition, exclusion de la preuve, art. 7, 8, 10, 24	1	1	Criminal Lawyers' Association of Ontario
22	R. c. J.M.H.		x				
23	Canada (Procureur général) c. PHS Community Services	x		Droit à la vie, liberté et sécurité de la personne, art. 1, 7, 24(1)	15	15	ACLC, ALCCB, Dr. Peter AIDS Foundation, Vancouver Coastal Health Authority, Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association, CACTUS Montréal, Association des infirmières et infirmiers du Canada, Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario, Association of Registered Nurses of British Columbia, Association canadienne de santé publique, Association médicale canadienne, British Columbia Nurses' Union et REAL Women of Canada
24	R. c. Topp		x				
25	R. c. Imperial Tobacco Ltée		x				
26	Kuwait Airways Corp. C. Irak		x				
27	R. c. Sinclair		x				
28	Dubé c. Canada		x				
29	Succession Bastien c. Canada		x				
30	Alberta (Affaires autochtones et développement du Nord) c. Cunningham	x		Droit à l'égalité, art. 1, 2d), 7, 15	9	9	LEAF, East Prairies Métis Settlement, Elizabeth Métis Settlement, Métis Settlements of Alberta, Ralliement National des Métis, Métis Settlements General Council, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Gift Lake Métis Settlement et Association des femmes autochtones du Canada
31	Hypothèques Trustco Canada c. Canada		x				
32	Schreyer c. Schreyer		x				

33	R. c. Nixon	x		Droit à la vie, liberté et sécurité de la personne, art. 7, 24(1)	2	2	Criminal Lawyers' Association of Ontario, Criminal Trial Lawyers' Association of Ontario
34	Aecon Buildings c. Stephenson Engineering Ltd.		x				
35	R. c. Campbell	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	1	1	Criminal Lawyers' Association of Ontario
36	R. c. E.M..W.		x				
37	Canada (PG) c. Mavi		x				
38	R. c. O'Brien		x				
39	R. c. J. A.		x				
40	Masterpiece inc. c. Alavida Lifestyles		x				
41	iTrade Finance Inc. c. Banque de Montréal		x				
42	Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)	x		Liberté d'expression, accès à l'information, art. 2b)	4	4	ACLIC, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Association canadienne des journalistes
43	Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society	x		Droit à l'égalité (recours collectif), art. 1, 15, 24(1)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
44	Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.		x				
45	R. c. V.Y.		x				
46	R. c. Loewen	x		Fouille et perquisition, art. 8, 9, 24(2)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux

47	Ontario (Procureur général) c. Fraser	x		Liberté d'association, droit à l'égalité et autres, 1, 2a(b)d), 7-12, 15, 23, 32, 33	12	12	ACL, Fédération de l'agriculture de l'Ontario, Employeurs des transports et communications de régie fédérale, Conseil du patronat du Québec Inc., Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, Conseil canadien des employeurs, Coalition of BC Businesses, British Columbia Agriculture Council, Justicia for Migrant Workers, Industrial Accident Victims Group of Ontario, Congrès du travail du Canada, Association canadienne des policiers
48	R. c. Reynolds		x				
49	Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik	x		Droit criminel (preuve, demande Rowbotham), art. 24(1)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
50	R. c. J.A.A.		x				
51	R. c. St-Onge		x				
52	Seidel c. Telus Communications Inc.		x				
53	R. c. S.D.		x				
54	R. c. White		x				
55	Withler c. Canada (Procureur général)	x		Droit à l'égalité, art.1, 15	1	1	LEAF
56	Québec (Procureur général) c. Canada		x				
57	Kerr c. Baranow		x				
58	Bou Malhab c. Diffusion Métromédia inc.	x		Diffamation, liberté d'expression, art. 2b) CA, 3 QC	5	5	ACL, Conseil National des Citoyens et Citoyennes d'origine Haitienne, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Association canadienne des journalistes
59	R. c. Miljevic		x				
60	Smith c. Alliance Pipeline Ltd.		x				
61	R. c. Ahmad	x		Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne, art. 7, 11b) d) 24(1)	1	1	ACL

62	R. c. Caron	x		Provision pour frais, droits linguistiques, art. 24(1)	7	7	ACLC, LEAF, David Asper Centre for Constitutional Rights, Conseil des Canadiens avec déficiences, Comité de la Charte et des questions de pauvreté, Poverty and Human Rights Centre, Association canadienne-française de l'Alberta
63	R. c. Bruce		x				
64	Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)	x		Liberté d'expression, art. 1, 2b)	9	9	ACLC, ALCCB, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Association canadienne des journalistes, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Canadian Publishers' Council
65	Société Radio-Canada c. La Reine	x		Liberté d'expression, publicité des débats judiciaires, art. 2b)	2	2	ACLC, ALCCB
66	Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)		x				
TOTAL 2011 (sur 66 arrêts)		23	43		94	89	
2010							
1	Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada		x				
2	Canada (Procureur général) c. McArthur	x		Compensation pour détention arbitraire, art. 9, 12, 24(1)	1	1	Ronald Inglehart et als (groupe de 85 individus)
3	Canada (Procureur général) c. Telezone inc.		x				
4	Manuge c. Canada	x		Réparation (prestations d'invalidité), art. 15(1), 24	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux

5	Nu-Pharm inc. c. Canada (Procureur général)		x				
6	Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)		x				
7	Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée	x		Partage des pouvoirs en matière médicale, art. 1	3	3	Michael Awad, Conférence des Évêques catholiques du Canada, Alliance Évangélique du Canada
8	Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)		x				
9	R. c. Tran	x		Droit criminel (Provocation comme moyen de défense), valeurs sous- jacentes aux droits de la Charte	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
10	Gavrila c. Canada (Justice)	x		Extradition (réfugiés), art. 7	3	3	ACLC, Amnesty International (Canada francophone), Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration
11	Németh c. Canada (Justice)	x		Extradition (réfugiés), art. 7	3	3	Barreau du Québec, Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration et Conseil canadien pour les réfugiés
12	R. c. Gomboc	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	1	1	ACLC
13	Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks		x				
14	R. c. Hay		x				
15	R. c. White		x				
16	R. c. Lee		x				
17	de Montigny c. Brossard (Succession)	x		Réparations, dommages punitifs, art. 24(1) QC	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
18	R. c. Imoro		x				

19	Banque de Montréal c. Innovation Credit Union		x				
20	Banque Royale du Canada c. Radius Credit Union Ltd		x				
21	R. c. Lutoslawski		x				
22	NIL/TU,O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union,		x				
23	Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Native Child and Family Services of Toronto		x				
24	Christensen c. Archevêque catholique romain de Québec		x				
25	Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani		x				
26	R. c. Allen		x				
27	Globe and Mail c. Canada (Procureur général)	x		art. 2b, 32	5	5	ACLC, Fédération professionnelle des journalistes du Québec, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association; Barreau du Québec, Joël-Denis Bellavance
28	Kuwait Airways Corp. c. Irak		x				
29	Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association		x				

30	Québec (Procureur général) c. Lacombe		x				
31	R. c. McCrimmon	x		Droit à l'avocat, 7, 10b) 24(2)	3	3	ACL, ALCCB, Criminal Lawyers' Association of Ontario
32	R. c. Sinclair	x		Droit à l'avocat, art. 1, 7, 8, 10, 11, 13, 24(2)	3	3	ACL, ALCCB, Criminal Lawyers' Association of Ontario
32	R. c. Willier	x		Droit à l'avocat, art. 7, 10b) 24(2)	3	3	ACL, ALCCB, Criminal Lawyers' Association of Ontario
34	Burke c. Cie de la Baie d'Hudson		x				
35	Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard		x				
36	R. c. Cornell	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	2	2	ACL, ALCCB
37	R. c. Pickton		x				
38	Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)		x				
39	Syndicat des professeurs du Cégep de Ste-Foy c. Québec (Procureur général)		x				
40	Syndicat des professeurs et des professeures de l'Université du Québec à Trois-Rivières c. Université du Québec à Trois-Rivières		x				
41	Vancouver (Ville) c. Ward	x		Réparations (fouille), art. 8, 9, 24, 32	6	6	ACL, Criminal Lawyers' Association of Ontario, David Asper Center for Constitutional Rights, Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Association in Defence of the Wrongly Convicted, Association canadienne des chefs de police

42	R. c. Levigne		x				
43	R. c. Shea		x				
44	R. c. Nolet	x		Fouille et perquisition, art. 1, 8, 9, 24(2)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
45	Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association	x		Liberté d'expression, art. 1, 2b), 7, 11b) d)	6	6	ALCCB, Association du Barreau Canadien, Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, Association canadienne des journalistes
46	R. c. Conway	x		Réparations (accusations abusives), art. 2b, d) 7, 8, 9, 12, 15(1), 24	4	4	David Asper Centre for Constitutionnal Rights, Criminal Lawyers' Association, Mental Health Legal Committee et Mental Health Legal Advocacy Coalition, Community Legal Assistance Society
47	Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada,	x		Liberté d'expression, art. 1, 2b, 11e)	7	7	N.S. (un adolescent au sens de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents); N.Y. (un adolescent au sens de la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents), ACLC, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes
48	R. c. S.G.T.	x		Droit criminel (preuve), art. 24(2)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
49	Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.		x				
50	Québec (Procureur général) c. Moses		x				
51	R. c. Hurley		x				
52	R. c. National Post	x		Liberté d'expression, art. 1, 2b), 3, 7, 8, 24(2)	14	14	ACLC, ALCCB, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Professional Writers Association of Canada, Magazines Canada, Canadian Publishers' Council, Book and Periodical Council, Writers' Union of Canada et PEN Canada
53	R. c. Szczerbaniwicz		x				
54	Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal		x				

55	R. c. Briscoe	x		Droit criminel (mens rea), art. 7	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
56	R. c. Laboucan		x				
57	Renvoi relatif à Broome c. Île-du-Prince-Édouard		x				
58	R. c. Cunningham		x				
59	R. c. Baker,		x				
60	R. c. Morelli	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
61	R. c. Beaulieu	x		Fouille et perquisition (preuve), art. 8, 24(2)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
62	R. c. Nasogaluak	x		Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne, art. 7, 8,9, 10b) 11d), 12, 15, 24(1)	3	3	ACLC, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Criminal Trial Lawyers' Association of Ontario
63	Fallowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.		x				
64	Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)		x				
65	Canada (Premier ministre) c. Khadr	x		Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne, réparation, rapatriement au Canada, etc. , art. 7, 24(1)	13	13	ACLC, ALCCB, David Asper Centre for Constitutionnal Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Amnesty International (Canadian Section, English Branch), Human Rights Watch, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Program, Coalition canadienne pour les droits des enfants, Justice for Children and Youth, Association du Barreau canadien, Avocats sans frontières Canada, Groupe d'étude en droits et libertés de la Faculté de droit de l'Université Laval et National Council for the Protection of Canadians Abroad
66	Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)		x				
67	R. c. J.Z.S.	x		Procès équitable, art. 7, 11d)	1	1	Justice for Children and Youth
TOTAL 2010 (sur 67 arrêts)		26	41		81	81	

2009

1	Grant c. Torstar Corp.	x		Diffamation art. 1, 2b)	2	2	ACLC, Coalition des médias
2	Quan c. Cusson		x				
3	Cooperators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens		x				
4	R. c. Bird		x				
5	R. c. Dudley		x				
6	R. c. Burke		x				
7	R. c. Legare		x				
8	Desbiens c. Compagnie Wal-Mart du Canada		x				
9	Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada Inc.	x		Relations de travail, art. 2d) CA, art. 3 QC	6	6	Alliance des Manufacturiers et exportateurs du Canada, aussi connu sous le nom de Manufacturiers et exportateurs du Canada, Fédération des travailleurs du Québec, Coalition of British Columbia Businesses, Chambre de commerce du Canada, ACLC et du Conseil du patronat du Québec
10	Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters		x				
11	R. c. Basi	x		Droit criminel (preuve), art. 7	2	2	Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association canadienne des chefs de police
12	Miazga c. Kvello (Succession)		x				
13	Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)		x				
14	Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny		x				
15	Galambos c. Perez		x				

16	Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)	x		Droits linguistiques en matière d'éducation, art. 1, 23	2	2	Association provinciale des enseignantes et des enseignants du Québec, Association des écoles privées du Québec
17	Canada (Justice) c. Fischbacher	x		Extradition, art. 7	1	0	requête en intervention de Abdellah Ouzgar rejetée
18	R. c. Last	x		Droit criminel (procédure) valeurs de la Charte	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
19	Breslaw c. Montréal (Ville)		x				
20	Marcotte c. Longueuil (Ville)		x				
21	R. c. Jaw		x				
22	États-Unis d'Amérique c. Anekwu	x		Extradition, art. 8, 24	0	N/A	aucune demande d'intervention
23	Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales		x				
24	Nolan c. Kerry (Canada) Inc.		x				
25	R. c. Bjelland	x		Droit criminel (procédure, réparation, art. 7, 24(1), 24(2))	0	N/A	aucune demande d'intervention
26	Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony	x		Liberté de religion art. 1, 2a) 15, 24(1), 33	4	4	ACLCL, ALCCB, Alliance évangélique du Canada, Alliance des chrétiens en droit
27	R. c. Layton		x				
28	R. c. Grant	x		Détention arbitraire), art. 1, 7-10, 11c), 13, 24	2	2	ACLCL, Criminal Lawyers' Association of Ontario
29	R. c. Harrison	x		Procédure criminelle, art. 8, 9, 24(2)	2	2	ACLCL, Criminal Lawyers' Association of Ontario
30	R. c. Shepherd	x		Fouille et perquisition, art. 8, 9, 24(2)	1	1	Criminal Lawyers' Association of Ontario
31	R. c. Suberu	x		Droit à l'avocat, art. 1, 9, 10, 24(2)	3	3	ACLCL, Criminal Lawyers' Association of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal

32	Greater Vancouver Transportation Authority c. Féd. canadienne des étudiantes et étudiants — Section Col.-Britannique	x		Liberté d'expression, art. 1, 2b) 15, 24(1), 32	2	2	ALCBC, Adbusters Media Foundation
33	A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)	x		Liberté et sécurité de la personne, art. 1, 2a) 7, 15	1	1	Justice for Children and Youth
34	Caisse populaire Desjardins de l'Est de Drummond c. Canada		x				
35	R. c. Griffin		x				
36	R. c. Ellard		x				
37	R. c. Godin	x		Droit d'être jugé dans un délai raisonnable, art. 11b)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
38	R. c. Craig		x				
39	R. c. Nguyen		x				
40	R. c. Ouellette		x				
41	R. c. Van,		x				
42	R. c. Middleton		x				
43	United Parcel Service du Canada Ltée c. Canada		x				
44	Chatterjee c. Ontario (Procureur général)		x				
45	R. c. Laboucan		x				
46	R. c. Patrick	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	2	2	ACLC, Criminal Lawyers' Association of Ontario
47	B.M.P. Global Distribution Inc. c. Banque de Nouvelle-Écosse,		x				

48	Société canadienne des postes c. Lépine		x				
49	R. c. S.J.L.	x		Procédure criminelle, art. 11f)	1	1	Association des avocats de la défense de Montréal
50	R. c. Royz		x				
51	Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa		x				
52	Teck Cominco Metals Ltd. c. Lloyd's Underwriters		x				
53	Rick c. Brandsema		x				
54	Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada	x		Droit autochtone, (redevances pétrolières), art. 15	1	1	Assemblée des Premières nations
55	DesRochers c. Canada (Industrie)	x		Droits linguistiques, art. 16(1), 20(1)	1	1	Fédération Franco-Ténoise
56	Ravndahl c. Saskatchewan	x		Droit à l'égalité (prestations sociales), art. 15, 24	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
57	Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.		x				
58	R. c. Khela		x				
59	R. c. Smith		x				
60	R. c. McNeil	x		Droit criminel (preuve), art. 7	3	3	Criminal Lawyers' Association (Ontario), Matthew Marshall, Police Association of Ontario et Criminal
61	R. c. Strecko		x				
62	Lipson c. Canada		x				
	TOTAL 2009 (sur 62 arrêts)	22	40		36	35	

2008

1	Confédération des syndicats nationaux c. Canada (PG)		x				
2	R. c. Lacroix		x				
3	Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Royal et Sun Alliance du Canada, Sociétés d'assurances		x				
4	Ciment St-Laurent inc. c. Barrette		x				
5	R. c. Caissey		x				
6	R. c. Mahalingan	x		Droit criminel, équité procédurale, art. 11h)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
7	R. c. Solowan		x				
8	Apotex inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada inc.		x				
9	R. c. J.F.		x				
10	R. c. Pritchard		x				
11	R. c. Illes	x		Droit criminel, équité procédurale, art. 11h)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
12	R. c. Rojas		x				
13	Saulnier c. Banque Royale du Canada		x				
14	R. c. Dowe		x				
15	RBC Dominion Valeurs Mobilières inc. c. Merrill Lynch		x				

16	F.H. c. McDougall	x		Droit criminel (preuve)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
17	R. c. H.S.B.		x				
18	R. c. R.E.M.		x				
19	M.R. c. J.-Y. T.		x				
20	R. c. L.T.H	x		Droit criminel (preuve), art. 10, 11b), 14, 24(2)	1	1	Justice for Children and Youth
21	Montréal (Ville) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse	x		Droit à l'égalité, art. 10, 10.1, 18.1, 18.2, 20 QC	1	1	Office des droits des détenus
22	R. c. S.A.C.		x				
23	Redeemer Foundation c. Canada (Revenu National)		x				
24	Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan inc	x		Discrimination fondée sur l'âge, nombreux articles de la Charte et chartes provinciales	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
25	Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health		x				
26	Hydro-Québec c. Syndicat des employés de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro Québec	x		Discrimination (handicap), contrainte excessive, charte QC	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
27	Holland c. Saskatchewan		x				

28	Honda Canada c. Keays	x		Mesures discriminatoires, Charte CA et art. 5 Code des droits de la personne	6	6	Alliance des manufacturiers et exportateurs du Canada, Association des professionnels(elles) en ressources humaines de l'Ontario, National ME/FM Action Network, Conseil des Canadiens avec déficiences, Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et Ontario Network of Injured Workers' Groups
29	R. c. Kapp	x		Droit à l'égalité, art. 15	9	9	Première nation Tsawwassen, Nation Haisla, Assemblée des Premières nations, Nations Te'mexw, Sportfishing Defence Alliance, B.C. Seafood Alliance, Pacific Salmon Harvesters Society, United Fishermen and Allied Workers Union, Japanese Canadian Fishermans Association
30	WIC Radio c. Simpson	x		Liberté d'expression, art. 2b)	3	3	ACLCL, ALCCB, Coalition des médias
31	Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)	x		Droit à la vie, liberté, sécurité de la personne, art. 7, 11b)	6	6	Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association du Barreau canadien, Barreau du Québec, Amnistie internationale, Association des avocats de la défense de Montréal et Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration
32	R. c. Blackman		x				
33	BCE inc. Détenteurs de débetures de 1976		x				
34	R. c. Devine		x				
35	Stein c. Stein		x				
36	R. c. Walker		x				
37	R. c. Wittwer	x		Droit criminel (preuve), art. 24(2)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
38	Ass. des courtiers et agents immobiliers du Québec c Proprio Direct inc.		x				
39	R. c. J.H.S.		x				
40	R. c. L.M.		x				

41 -	Canada (Justice) c. Khadr	x		Liberté de la personne, admissibilité de la preuve, art. 7 Charte et conventions internationales	9	4	<u>Accueillies:</u> ALCCB, University of Toronto, Faculty of Law - International Human Rights Clinic, Human Rights Watch, Criminal Lawyer's Association (Ontario) <u>Rejetées:</u> Amnistie internationale Canada, Fédération canado-arabe, American Civil Liberties Union, International Human Rights Law Clinic, American University Washington College of Law
43	Canada c. McLarty		x				
44	Mustapha c. Culligan du Canada Ltée		x				
45	R. c. D.B.	x		Liberté, principe de justice fondamentale, art. 1, 7	1	1	Justice for Children and Youth
46	R. c. Dinaldo		x				
47	Design Services Ltd. C. Canada		x				
48	Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	x		Liberté de circulation, extradition, art. 1. 6(1), 7	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
49	Evans c. Teamsters Local Union No. 31		x				
50	R. c. Mathieu		x				
51	R. c. A.M.	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	3	3	ACLC, Justice for Children and Youth, Criminal Lawyer's Association (Ontario)
52	R. c. Kang-Brown	x		Fouille et perquisition, art. 8, 24(2)	2	2	ACLC, Criminal Lawyer's Association (Ontario)
53	R. c. Gibson	x		Droit criminel (preuve), art. 1, 11d)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
54	R. c. Turningrobe		x				
55	Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada	x		Droits linguistiques, art. 16(1), 16 (2), 20, 24	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
56	Canada (PG) c. Lameman		x				

57	Société de l'assurance-automobile du Québec c. Cyr		x				
58	Société Télé-Mobile c. Ontario		x				
59 - 61	Canada (PG et als.) c. Kadhr						requêtes incidentes aux dossiers 41-42 (non comptabilités)
62	R. c. McIvor		x				
63	R. c. Stirling		x				
64	Dunsmuir c. Nouveau Brunswick	x		extradition, norme de contrôle judiciaire, rôle de tribunaux, loi constitutionnelle	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
65	Juman c. Doucette	x		Droit criminel (preuve), art. 7, 11c), 13	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
66	620 Connaught Ltd. C. Canada (PG)	x		Droit constitutionnel, pouvoir de taxation, art. 53, loi constitutionnelle de 1867	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
67	R. c. Ferguson	x		Peine cruelle et inusitée, art. 12, 24(1)	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
68	R. c. Beatty	x		Principe de justice fondamentale reliés à la justice pénale, éléments de l'infraction, art. 7	0	N/A	aucune demande d'intervention par des acteurs sociaux
69	Colombie-Britannique c. Zastowny		x				
70	Colombie-Britannique (PG) c. Insurance Corp. Of British Columbia		x				
71	R. c. C.L.Y		x				

72	R. c. Beaulieu		x				
	TOTAL 2008 (sur 72 arrêts)	26	46		41	36	

