

LE RÔLE DU JUGE DANS LA SOCIÉTÉ CANADIENNE

Serge Rousselle*

Au cours des dernières années, plusieurs juges, du moins des juges de nos tribunaux supérieurs, ont été pointés du doigt pour leur attitude face à la fonction judiciaire. À cet égard, certains médias font grand état de leur activisme judiciaire et certains se demandent si, dans l'exercice de leur charge, ils manifestent suffisamment de déférence envers le Parlement et les législatures provinciales. Cette situation mérite qu'on y réfléchisse: quels sont le rôle et les devoirs des juges dans le système étatique canadien? Plus particulièrement, quelle place occupe le pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir législatif?

Ce genre d'interrogations ne date pas d'hier dans un pays de tradition britannique où la common law, c'est-à-dire une bonne partie de notre droit, provient des décisions judiciaires plutôt que du processus législatif auquel participe les élus du peuple. À ce sujet, il faut se rappeler que, loin de se contenter d'interpréter le droit, les juges l'ont d'abord créé dans certains domaines, l'ont fait évoluer et, bien souvent, n'ont pas hésité à le modifier en usant parfois, il est vrai, de subterfuges pour justifier ces modifications ou ces créations.

Ainsi, conscient que pour des sociétés différentes, il existe différents modèles institutionnels qui permettent de classer les rôles des divers pouvoirs étatiques, force est d'admettre que dans notre société canadienne, et surtout dans les provinces dites de common law, il a toujours été loisible aux tribunaux de produire du droit nouveau. Il suffit pour s'en convaincre de penser, par exemple, aux fiducies par interprétation et à la doctrine des contrats iniques ou exorbitants.

D'ailleurs, tout en reconnaissant, dans cet esprit, le truisme selon lequel le rôle des juges est de trancher des conflits, il faut bien admettre qu'ils ont souvent été amenés à résoudre des questions sociales difficiles, voire épineuses, en créant, puis en interprétant les règles de common law applicables. Pour ne citer qu'un exemple, il suffit de mentionner la responsabilité civile délictuelle relative au droit de *l'enfant en ventre sa mère* qui, dans le cadre de l'arrêt *Dobson c. Dobson*, [1999] 2 R.C.S.

* Doyen et professeur de droit à l'Université de Moncton. Il y enseigne le droit de l'environnement et le droit fiscal. La plupart de ses recherches, publications et communications ont d'ailleurs trait à ses domaines d'enseignement.

753, a récemment fait les manchettes de l'actualité.

Dans le même ordre d'idées, lorsque les conditions sociales l'exigent, les juges peuvent adapter la common law aux réalités de la société ambiante, même si cela signifie ne pas se contenter de faire des changements superficiels ou purement symboliques aux règles existantes. En font foi les multiples modifications apportées par les tribunaux canadiens au cours des trente dernières années aux règles de preuve en matière de ouï-dire, de déclarations antérieures incompatibles, de moralité des victimes d'agressions sexuelles et de corroboration.

De même, bien avant l'avènement en 1982 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, au moment de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la nature fédérale de notre pays a imposé à notre magistrature la tâche de décider de la validité constitutionnelle de lois fédérales et provinciales au regard du partage des pouvoirs respectifs entre les provinces et le fédéral, lui conférant ainsi, dès la naissance de notre pays, un droit de regard sur le travail de nos législateurs en limitant leur pouvoir. Dans la même veine, le pouvoir législatif a explicitement imposé aux juges en 1982 le devoir de statuer sur la conformité des lois et actions gouvernementales aux libertés et aux droits fondamentaux.

À ce sujet, il leur incombe désormais de jouer le rôle crucial d'arbitre ultime du conflit inévitable que fait naître le choc entre les valeurs fondamentales d'une démocratie constitutionnelle et la volonté de ceux et de celles qui veulent que l'État favorise une homogénéité sociale plus importante. Ce rôle donne souvent l'impression aux citoyens, surtout à ceux qui forment la majorité, que les juges ont une fonction législative pour ne pas dire politique.

Autrement dit, par l'adoption en 1982 de la *Charte*, nos législateurs ont donné clairement aux juges le dernier mot sur la validité des lois et actions gouvernementales au regard du respect des droits et libertés fondamentales, exacerbant par le fait même les appréhensions des personnes moins bien au fait des exigences juridiques qu'impose une démocratie constitutionnelle de type libéral. Cette constatation ne doit cependant pas nous faire oublier que les juges, jouissant d'une indépendance qui constitue le pilier de l'édifice judiciaire au pays, doivent également apprendre comment exercer ces pouvoirs relativement nouveaux, d'autant plus qu'ils doivent étudier et analyser des questions de politiques publiques qui vont au cœur de leur moralité et de celles des autres citoyens de ce pays.

Dans ce contexte, il ne fait aucun doute à mes yeux qu'ils doivent exercer leurs pouvoirs avec circonspection, demeurant conscients de leurs croyances, de leurs

valeurs, de leur partialité, sans doute naturelle et inévitable, afin de ne pas prendre appui sur des vues purement personnelles dans le cadre d'une société libre et démocratique. À cet égard, s'il est une chose dont le postmodernisme nous a fait prendre conscience, c'est celle de la difficile quête de l'objectivité dans une société multidimensionnelle où, loin de retrouver l'homogénéité d'autrefois, nous devons tenir compte du droit à la différence et à la diversité au cœur même de nos réflexions les plus profondes. En ce sens, ce n'est pas sans raison que la fragilité de la notion d'objectivité conduit certains à mettre en doute la possibilité réelle de l'impartialité judiciaire.

En fait, nous faisons tous preuve de partialité, que nous l'admettions ou non. Mon point de vue me paraît purement objectif, bien qu'il puisse vous sembler, je le reconnais, très subjectif. Il ne faut jamais oublier que les valeurs morales de chacun sont le produit d'une socialisation issue d'une combinaison complexe de différents facteurs, dont ceux qui sont reliés, par exemple, à la diversité du contexte économique, linguistique, de classe, de sexe, de religion et d'origine de nos concitoyens. En d'autres termes, nous sommes le produit de toutes nos expériences, notre socialisation ayant tout simplement fait de nous l'être que nous sommes, d'où la difficulté, eu égard à notre bagage personnel, d'être tout à fait objectif; il faut prendre conscience de ce fait pour être mieux à même de juger l'autre et d'être alors meilleur juge.

Ainsi, reconnaissant la fragilité de la notion d'objectivité ainsi que sa propre partialité, et forte des traditions du Canada, des précédents et de l'évolution sociale de plus en plus rapide de notre civilisation, notre magistrature - qui, Dieu merci!, est de plus en plus plurielle,- doit relever les défis contemporains d'une société dont la diversité fait la richesse et dont l'essentiel des valeurs du respect de l'autre et de la différence vont aux sources mêmes des libertés et des droits fondamentaux que garantit la *Charte*.

D'ailleurs, nos juges ne sont-ils pas le rempart ultime contre les assauts de la majorité, qui, parfois, voudrait imposer ses vues pour uniformiser nos différences? Ainsi, me semble-t-il, ce n'est pas parce que la Cour suprême du Canada a rendu des décisions qui ne répondent pas aux vœux de la majorité, ou encore qui limitent la capacité d'intervention de nos législateurs et ce, au nom des libertés et des droits fondamentaux et de l'égalité réelle, qu'il faut sacrifier sur l'autel de l'homogénéité le rôle primordial accordé aux juges d'être les protecteurs des valeurs et des principes sur lesquels est fondée notre société libre et démocratique.

Par conséquent, les droits et les libertés reconnus dans la *Charte* constituent la

protection suprême de l'individu contre les abus du pouvoir étatique et font des tribunaux le gardien ultime de nos droits et libertés. Pour s'en convaincre, pensons, par exemple, aux décisions relatives aux droits scolaires de la minorité de langue officielle et aux droits autochtones.

En ce sens, une des beautés de la *Charte*, c'est qu'elle a retiré des mains de la majorité la protection des minorités pour la confier aux tribunaux, ceux-ci étant moins soumis que les élus aux caprices de l'opinion publique. Ce dernier énoncé prend toute son importance lorsqu'on songe au droit de vote prévu à l'article 3, à la gestion scolaire, à l'article 23 et, dans une certaine mesure, au droit à l'égalité, à l'article 15 qui, en contenant des éléments de droit positif, donne clairement un rôle d'élaboration des politiques au pouvoir judiciaire (voir, par exemple, les jugements *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, et *Arsenault-Cameron c. Ile-du-Prince Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, qu'a rendus la Cour suprême du Canada).

De plus, il faut bien admettre que, si le législateur n'intervient pas lorsque se posent certaines problématiques sociales ou politiques épineuses et qu'un conflit est soumis à l'appréciation des tribunaux, les juges se doivent de jouer leur rôle d'arbitre en tenant compte des outils qui sont mis à leur disposition. À cet égard, il serait parfois utopique d'attendre que nos parlementaires agissent devant la pression sociale de la majorité, aussi les juges se doivent-ils d'intervenir pour assurer que justice soit rendue dans le cadre des valeurs fondamentales qui constituent les assises de notre société. Un très bel exemple à ce sujet a trait aux droits autochtones; devant l'inaction de nos gouvernements à respecter et à actualiser ces droits, les tribunaux ont dû, par application de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les interpréter et reconnaître leur existence et leur caractère péremptoire.

En somme, les tribunaux ont très peu de contrôle sur leur rôle et sur leur mandat. Selon ma subjectivité qui m'apparaît objective, il n'y a pas vraiment de choix à faire entre des interprétations restrictives ou larges des documents constitutionnels, des lois et des précédents. Il faut rendre justice au mieux de ses capacités et de sa conscience, en reconnaissant sa propre partialité.

Ainsi, l'activisme judiciaire perçu par certains - l'ancien juge en chef Antonio Lamer préférerait, à l'aube de sa retraite, parler du dynamisme judiciaire - n'est en fait que la simple exécution du rôle attribué aux juges lorsque nous sommes passés d'une démocratie parlementaire à une démocratie constitutionnelle. Les juges s'acquittent de la mission que leur a confiée nos dirigeants lesquels, doit-on le souligner, peuvent toujours manifester leur désaccord, soit en invoquant l'article 33 de la *Charte*, soit

en adoptant une nouvelle loi dans un domaine pour contrecarrer ou modifier la common law, ou pour assurer le respect des libertés et droits fondamentaux, poursuivant ce faisant un dialogue constructif entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire.