

LA DIVERSITÉ IDENTITAIRE ET LES OPINIONS DISSIDENTES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA : CONSÉQUENCES SUR LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ?

Marie-Claire BELLEAU and Rebecca JOHNSON

Volume 110, Number 2, September 2008

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045541ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045541ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BELLEAU, M.-C. & JOHNSON, R. (2008). LA DIVERSITÉ IDENTITAIRE ET LES OPINIONS DISSIDENTES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA : CONSÉQUENCES SUR LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ? *Revue du notariat*, 110(2), 319–335.
<https://doi.org/10.7202/1045541ar>

LA DIVERSITÉ IDENTITAIRE ET LES OPINIONS DISSIDENTES DE LA COUR SUPRÊME DU CANADA : CONSÉQUENCES SUR LA SÉCURITÉ JURIDIQUE ?

Marie-Claire BELLEAU et Rebecca JOHNSON*

1. DÉFINITIONS DE LA NOTION DE SÉCURITÉ JURIDIQUE	322
1.1 La notion de sécurité juridique	322
1.2 Les rapports entre sécurité juridique et fonction judiciaire	323
2. REMARQUES GÉNÉRALES ET STATISTIQUES SUR LA COUR SUPRÊME DU CANADA.	327
2.1 La Cour suprême du Canada	327
2.2 Quelques statistiques concernant la Cour suprême du Canada	328
2.3 Les juges et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada	330
Deux questions en guise de conclusion.	333

* Marie-Claire Belleau est professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval. Rebecca Johnson est professeure associée à la Faculté de droit de l'Université de Victoria. Les auteures souhaitent remercier le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada pour son soutien à cette recherche sur la pratique des opinions dissidentes à la Cour suprême du Canada. Elles souhaitent aussi remercier leurs assistante et assistant de recherche Valérie Bouchard et Francis Beauchamp-Goyette.

Résumé

Les opinions judiciaires dissidentes sont les motifs des juges qui n'arrivent pas à la majorité des voix. Elles ne constituent donc pas le droit. Toutefois, elles affectent la sécurité juridique en offrant des perspectives nouvelles et en remettant en question le raisonnement de la décision majoritaire. Or, il existe des liens entre les opinions dissidentes et l'identité des juges à la Cour suprême du Canada. À l'aide d'analyses de quelques statistiques, les auteures explorent les effets potentiels de la diversité identitaire sur le processus décisionnel judiciaire et ses conséquences sur la prévisibilité et la certitude de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada.

Ce bref exposé explore quelques pistes de réflexion qui nous mèneront à interroger, par l'analyse des opinions dissidentes, l'impact sur la sécurité juridique de la diversité identitaire des juges de la Cour suprême du Canada.

La pratique de l'opinion dissidente fait partie intrinsèque de la tradition juridique canadienne. L'opinion dissidente porte la diversité, mais trouble la prévisibilité. Elle offre de nouvelles perspectives et remet parfois en question le raisonnement de l'opinion majoritaire qui constitue le droit. En ce sens, la pratique des opinions dissidentes affecte la sécurité juridique. Or, les statistiques révèlent que certaines personnes sont plus susceptibles que d'autres d'écrire et de signer des opinions judiciaires minoritaires. Dans le contexte canadien, la représentation de groupes historiquement marginalisés dans toutes les sphères du pouvoir constitue une préoccupation grandissante liée à la légitimité des institutions. En jumelant les statistiques sur les auteurs des opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada à la question de la sécurité juridique, nous nous interrogeons sur les conséquences potentielles d'une plus grande représentation au sein de la Cour suprême du Canada en rapport avec la certitude du droit.

D'abord, nous définirons ce que nous entendons par le concept de sécurité juridique aux fins de cet exposé¹ (I). Ensuite, nous décri-

1. En soi, le besoin de définir le concept de « sécurité juridique » exprimé par chacun des conférenciers et des conférencières participant à ce Congrès est révélateur de
(à suivre...)

vons brièvement la Cour suprême du Canada et nous présenterons quelques statistiques relatives à cette institution (II). Enfin, nous posons deux questions en guise de conclusion.

1. DÉFINITIONS DE LA NOTION DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

Nous débuterons cette première partie par une définition générale de la sécurité juridique (1.1) pour ensuite l'examiner dans ses rapports avec la fonction judiciaire (1.2). Notre objectif consiste à jeter un regard sur l'arbitrage de l'incertitude du droit par les juges qui se traduit parfois dans la pratique de l'opinion dissidente. Nous interrogerons les relations entre la sécurité juridique et la division de la décision judiciaire.

1.1 La notion de sécurité juridique

Dès 1911, dans son œuvre magistrale intitulée *Les notions fondamentales du droit privé : Essai critique*², l'éminent juriste français René Demogue consacrait deux chapitres entiers à la question de la sécurité³. Il évoquait d'abord la place fondamentale de la quête de la sécurité⁴ :

Nous touchons ici peut-être au plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale, au moteur central, le besoin de sécurité. [...] Donner de la sécurité aux individus, cette idée, si simple a dans le droit de nos jours une importance colossale.

Il distinguait ensuite deux conceptions de la sécurité : 1) la sécurité dynamique, celle qui « pousse à l'action »⁵, qui facilite les transactions⁶ et 2) la sécurité statique selon laquelle une personne

(...suite)

l'ambiguïté de cette notion. La particularité du débat contemporain en France autour de la sécurité juridique tel qu'en ont témoigné les présentations des participants français dans le cadre du Congrès illustre la polysémie de cette notion et sa dépendance au contexte culturel et politique dans lequel il s'inscrit.

2. Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911. Sur l'importance de l'œuvre de René Demogue et sur son influence sur la pensée juridique des États-Unis, voir Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », (2006) 56 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 163.

3. *Ibid.*, Partie I, Chapitre II « La sécurité », aux p. 63 à 87 et Chapitre III « L'évolution et la sécurité », aux p. 88 à 110.

4. *Ibid.*, p. 63. Le mot « quête » est de mise, surtout quand Demogue écrit : « La sécurité n'est-elle pas à la base du respect de toutes les théories, de tous les principes, comme même elle est à la base du besoin de foi religieuse ? », *ibid.*

5. *Ibid.*, p. 72.

titulaire d'un droit « ne doit pas pouvoir en être privé juridiquement par le fait d'un tiers »⁷. Demogue déduit que ces deux notions sont porteuses d'un incommensurable conflit :

En somme il y a donc un conflit insoluble entre deux conceptions de la sécurité. Seulement, s'il en est ainsi en théorie, le conflit se trouve masqué en pratique par l'heureuse courte vue de la moyenne de l'humanité.⁸

Il concluait en identifiant l'utopie de cette quête de sécurité et en soulignant dans le même paragraphe la grande liberté d'action du juge dans la détermination de la justice :

Enfin, il faut encore remarquer que cette sécurité si importante, dont on fait volontiers la base du droit, est un idéal utopique dans une certaine mesure. Non seulement les événements naturels y mettent obstacle, mais dans le domaine du droit, on ne parvient pas à la réaliser. Dans une certaine mesure, la justice varie avec les juges, les systèmes doctrinaux, souvent inspirés de la logique sont multiples. Même, en se plaçant sous le manteau de l'interprétation logique le juge parvient à faire ce qu'il veut et à tourner la loi.⁹

1.2 Les rapports entre sécurité juridique et fonction judiciaire

Cette opposition entre la sécurité et l'incertitude dans le rapport avec la fonction judiciaire est aussi reprise par plusieurs auteurs contemporains.

Le doyen Cornu définit la « sécurité » comme « toute garantie, tout système juridique de protection tendant à assurer, sans surprise, la bonne exécution des obligations, à exclure ou au moins réduire l'incertitude dans la réalisation du droit »¹⁰. Pour sa part, Moncef Khdhir écrit que la sécurité juridique constitue « [...] une garantie, une protection tendant à exclure, du champ juridique, le risque d'incertitude ou de changement brutal, dans l'application du droit »¹¹. En ce sens, la finalité de la sécurité juridique consiste en

6. *Ibid.*, p. 71.

7. *Ibid.*, p. 72.

8. *Ibid.*, p. 74.

9. *Ibid.*, p. 86.

10. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 7^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 776-777.

11. Moncef KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », (1993) 276 *La revue administrative : revue bimestrielle de l'administration moderne* 538.

« la recherche d'un système plus stable, accessible et prévisible »¹². Enfin, selon la poétique expression de la professeure Vivian Grosswald Curran, la sécurité juridique vise à « réduire l'inattendu »¹³.

Il importe de noter que, contrairement à la thèse avancée par René Demogue, le concept de sécurité juridique s'inscrit traditionnellement d'un seul côté du paradoxe du droit¹⁴ :

Pour les uns, comme Georges Ripert, qui était un juriste conservateur, le droit est stabilité : « Le droit, écrivait-il, est la formulation de l'ordre social établi et non la représentation d'un ordre futur, il est la défense du présent et non l'anticipation de l'avenir. » Pour d'autres, au contraire, tel François Rigaux, qui est un juriste progressif, le droit est instrument de changement : « La valeur fondamentale du droit, écrit-il, est la prospective. Si le droit a un sens, c'est de nous offrir un projet de société future, et de contribuer, par les méthodes qui sont les siennes, à la réaliser. »

François Rigaux ajoute qu'à « l'incertitude du droit correspond plutôt, selon le langage des Réalistes américains, la notion d'indétermination (*indeterminacy*) »¹⁵. S'intéressant à cette notion d'« indétermination »¹⁶, Rigaux s'interroge sur les liens qu'entretiennent les juges avec la loi et les précédents judiciaires afin de restituer au droit sa certitude :

Aucun législateur ne saurait, à l'avance, déterminer les réponses [aux questions de conflits entre les normes juridiques]. Seul le juge est à même de le faire et, après qu'il s'est prononcé sur un cas d'espèce déterminé, toute l'incertitude n'est pas levée à l'égard d'hypothèses futures différentes.¹⁷

12. Appel à communication de l'Association internationale de méthodologie juridique, 18 janvier 2007.

13. Expression employée par la professeure GROSSWALD CURRAN, « La sécurité juridique à l'ère de la mondialisation », (2008) 110 *R. du N.* 311.

14. François OST, « L'instantané ou l'institué ? L'institué ou l'instituant ? Le droit a-t-il pour vocation de durer ? », dans François OST et Mark VAN HOECKE (dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ? / Time and Law. Is it the Nature of Law to Last ?*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 7.

15. François RIGAUX, « Le juge, arbitre de la certitude du droit », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les certitudes du droit / Certainty and the Law*, Montréal, Éditions Thémis, 2000, p. 19.

16. Pour les fins de cet exposé, nous utilisons les expressions « sécurité », « certitude » et « détermination » du droit comme des concepts parents et interreliés dont nous laissons à d'autres le soin de départager, s'il y a lieu.

17. *Ibid.*, p. 27.

Rigaux affirme qu'« à la Cour suprême des États-Unis, les opinions composites (*plurality opinions*) sont devenues de plus en plus nombreuses »¹⁸. Il conclut son analyse « en observant que les juges sont parfois en défaut d'arbitrer l'incertitude du droit et qu'en affichant leur division, ils contribuent à l'entretenir »¹⁹. C'est cette dernière question concernant la fonction de la jurisprudence, le rôle des juges et la division de la décision judiciaire qui suscite notre attention dans le cadre de ce bref exposé sur la sécurité juridique.

En effet, les auteurs adoptent différentes perspectives sur cette question. Par exemple, Paul Amselek épouse une conception du droit empreinte d'indétermination :

En définitive, on le voit, la réglementation juridique, tant par sa non-objectivité que par son incomplétude, apparaît bien dans son essence même comme une réalité aux contours irrésolus, à la « texture ouverte ». Un pareil support ne peut donner lieu qu'à une pratique juridique très chatoyante.²⁰

Or, Amselek affirme sur le rôle des tribunaux qu'il²¹ :

[...] ne se réduit pas à celui de simples justiciers chargés de réprimer les comportements s'écartant du droit et de faire ainsi régner l'ordre dans la Cité ; il est d'abord de faire régner l'ordre dans le droit lui-même, dans les représentations que l'on s'en fait. Il s'agit, par l'autorité même qui s'attache caractéristiquement à leur magistrature, de préserver l'expérience juridique du chaos et de la cacophonie dont elle se trouve virtuellement menacée.

Toutefois, après une évocation des nombreuses limites, contradictions et lacunes potentielles des décisions judiciaires et de la force relative des autorités jurisprudentielles, Amselek qualifie ainsi la place du juge dans l'ordonnement du droit : « Mais cet équilibre régulateur qui s'opère par l'office du juge n'est pas seulement subtil, diffus, incertain : il est, par ailleurs, instable, précaire, changeant²². » Ainsi, même si le juge doit faire « régner l'ordre dans le droit

18. *Ibid.*, p. 36.

19. *Ibid.*, p. 37.

20. Paul AMSELEK, « Le doute sur le droit ou la teneur indécise du droit », dans François TERRÉ (dir.), *Le doute et le droit*, Philosophie et théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1994, p. 71.

21. *Ibid.*, p. 73-74.

22. *Ibid.*, p. 75-76.

lui-même » et le préserver « de la cacophonie et du chaos »²³, il résulte de la jurisprudence une incertitude juridique généralisée :

Il y a, par là, toujours une incertitude pour les acteurs juridiques contrôlés par le juge, mais en même temps toujours une possibilité de faire revenir ce dernier sur ses intermédiations antérieures, d'obtenir un revirement de jurisprudence consacrant leurs propres représentations juridiques ou des représentations s'en rapprochant ; il est, de même, toujours possible à des juridictions inférieures d'entrer en dissidence calculée avec la jurisprudence de la Cour suprême et d'espérer parvenir, à travers cette fronde, à convaincre cette cour de donner son aval à de nouvelles représentations juridiques.²⁴

D'autres auteurs s'inscrivent en faux face à ce « chatolement » du droit. Par exemple, Moncef Kdhir trouve dans l'institution judiciaire la solution à l'insécurité juridique ambiante. En effet, il écrit :

Une ébauche de construction nouvelle consiste à voir dans le juge un organe primordial de la sécurité juridique permettant ainsi de dissiper les *brumes* dans lesquelles baignent les normes juridiques. Dans cette perspective, la sécurité juridique n'est plus un texte permanent et clair, mais c'est le juge dans sa décision définitive.²⁵

Or, cette affirmation soulève le questionnement évoqué plus haut par Rigaux et par Amselek : la sécurité juridique est-elle atteinte par la décision judiciaire ? Qu'en est-il de la décision divisée ou plurielle en rapport avec l'idéal de sécurité juridique ? Il importe de noter que ces remarques de Kdhir, comme d'ailleurs celles d'Amselek, s'inscrivent dans le contexte judiciaire français où les décisions des plus hautes instances, comme la Cour de cassation, sont unanimes et anonymes²⁶. En ce sens, les décisions judiciaires sont définitives, mais uniquement pour le cas d'espèce. Rappelons le propos de François Rigaux cité plus haut : « L'incertitude n'est pas levée à l'égard d'hypothèses futures différentes²⁷. » La question de la sécurité juridique en rapport avec la décision judiciaire demeure donc entière, et ce, particulièrement, dans les milieux juridiques qui admettent l'opinion dissidente. Aux fins de notre étude, nous prendrons pour exemple la pratique judiciaire de la Cour suprême du Canada qu'il importe maintenant de présenter.

23. *Ibid.*, p. 71.

24. *Ibid.*, p. 77.

25. *Loc. cit.*, note 11, 543.

26. Wanda MASTOR, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Paris, Économica, 2005, p. 133, 169-196.

27. *Op. cit.*, note 15, p. 27.

2. REMARQUES GÉNÉRALES ET STATISTIQUES SUR LA COUR SUPRÊME DU CANADA

Dans cette partie, nous décrivons succinctement la Cour suprême du Canada (2.1). Nous mettrons ensuite en exergue certaines statistiques au sujet des décisions du plus haut tribunal du pays (2.2). Nous examinerons enfin plus spécifiquement la pratique des opinions dissidentes en déterminant quels juges les rédigent et les signent (2.3).

2.1 La Cour suprême du Canada

La Cour suprême du Canada, constituée en 1875, est le plus haut tribunal du pays. Chaque année elle entend environ 80 pourvois. En tant que cour générale d'appel, elle est habilitée à décider, en dernière instance, des appels provenant de tous les tribunaux inférieurs, et ce, en toute matière, même constitutionnelle. Une affaire peut être portée devant la Cour suprême de différentes manières. La façon la plus traditionnelle est la permission d'appel accordée par la Cour suprême : pour que la Cour accorde la permission d'appeler, il faut d'abord que l'affaire implique une question d'importance nationale.²⁸

La Cour suprême du Canada est composée de neuf juges siégeant à neuf, sept ou même parfois cinq juges. Elle compte aujourd'hui quatre femmes, dont la juge en chef.

Toutes les opinions, majoritaires ou dissidentes, sont publiées. Les opinions majoritaires désignent celles qui sont écrites et signées par la majorité (minimum de trois juges sur un total de 5, de 4 juges sur 7 ou de 5 sur 9). C'est cette opinion qui détermine le droit applicable au Canada à un moment précis dans le temps. Les autres opinions sont des décisions dissidentes qui sont principalement de deux types. Les opinions dissidentes sur les motifs désignent celles qui sont écrites par une ou un juge qui, bien que d'accord avec le résultat de l'opinion majoritaire, ne partage pas les arguments qui l'ont motivée. Les opinions dissidentes sur le résultat qualifient celles qui sont écrites par la ou le juge qui n'est pas d'accord avec la majorité, ni sur les raisons de la décision, ni sur le résultat ou la conclusion de la décision. Les opinions dissidentes peuvent également porter sur les deux à la fois, soit les motifs et le résultat. Enfin, les opinions dissidentes ne constituent pas le droit. Elles ont par contre une certaine autorité de persuasion. De plus, ces opinions peuvent devenir le droit dans la mesure où

28. La seconde façon est limitée au droit criminel : dans les affaires criminelles où existe une dissidence à la Cour d'appel, il y a automatiquement appel de plein droit ; l'affaire sera entendue par la Cour suprême même s'il est clairement reconnu qu'elle ne soulève aucune question d'importance nationale.

des décisions majoritaires subséquentes ou des édits législatifs reprendront l'argumentation qu'elles contenaient.

Passons maintenant à quelques statistiques qui documentent la pratique des opinions plurielles à la Cour suprême du Canada.

2.2 Quelques statistiques concernant la Cour suprême du Canada

Environ 50 % des décisions de la plus haute cour du Canada incluent des opinions dissidentes. Depuis 1982, dans les causes où les juges ne rendent pas une décision unanime, les juges sont en accord avec la majorité dans 60,6 % des cas en moyenne. En conséquence, les juges sont en désaccord (sur le résultat, sur les motifs ou sur les deux) dans 39 % des causes. Les opinions dissidentes sont donc une partie intrinsèque de la pratique judiciaire au Canada ; elles ne sont donc ni inhabituelles, ni pathologiques. Elles sont acceptées, par la communauté juridique et non juridique, comme appartenant à la tradition judiciaire canadienne.

Le tableau qui suit fait état de plusieurs dimensions de la différence d'opinion judiciaire en comptabilisant les statistiques de tous les juges ayant siégé à la Cour suprême du Canada entre 1982 et le 15 juin 2007. Ces données sont répertoriées en ordre croissant de dissidences, c'est-à-dire du juge le moins dissident à la juge la plus susceptible de signer ou d'écrire une opinion minoritaire.

La première colonne fait état du nombre total de causes entendues par chaque juge. La deuxième colonne indique les pratiques reliées à la rédaction en donnant la proportion en pourcentage des arrêts rédigés par chaque juge en rapport avec le nombre de causes entendues. Il s'agit ici de toutes les opinions écrites, qu'elles soient unanimes, majoritaires et dissidentes sur les motifs ou sur le résultat. Les trois colonnes qui suivent décrivent quantitativement les votes : la proportion des votes d'un juge pour la majorité, pour la dissidence sur les motifs ou sur le résultat. La dernière colonne combine toutes les dissidences pour produire un indicateur du nombre de fois qu'un juge prend une position qui diverge de celle de la majorité.

Dissidences et décisions rédigées et signées par juge Décisions rapportées de la Cour suprême du Canada, 1982-2007 (15 juin 2007)						
Juge	Non unanime (nominal)	A pris part par écrit (%)	Avec la majorité (%)	Avec la dissidence sur les motifs (%)	Avec la dissidence sur le résultat (%)	Avec la dissidence (total) (%)
Moyenne	243,8 Total : 6340	34,0	60,6	19,6	16,8	39,0
Rothstein	19	36,8	73,7	10,5	15,8	26,3
Iacobucci	420	24,8	72,9	14,3	10,2	26,4
Charron ♀	63	28,6	73,0	7,9	14,3	27,0
Binnie	221	28,5	72,4	7,2	16,3	27,6
Le Dain	70	30,0	68,8	24,3	5,7	30,0
Cory	397	35,5	68,0	19,4	9,8	31,0
Arbour ♀	108	37,0	67,6	10,2	14,8	32,4
Abella ♀	65	30,8	66,0	10,8	21,5	33,8
Chouinard	86	16,3	65,1	20,9	12,8	34,9
Gonthier	506	17,2	62,6	21,3	12,5	35,2
Major	384	24,7	64,0	14,3	19,5	35,4
Estey	107	42,1	61,7	17,8	17,8	37,4
Fish	82	22,0	62,2	9,8	25,6	37,8
Deschamps ♀	109	33,0	60,6	10,1	23,9	39,4
Dickson	229	39,3	59,4	27,9	12,2	40,5
Bastarache	235	41,3	58,7	13,6	25,1	41,3
Beetz	134	22,4	57,5	29,1	11,1	41,6
Stevenson	70	25,7	57,1	28,8	14,3	42,9
McIntyre	183	37,2	55,8	23,5	16,4	43,7
LeBel	166	39,8	55,4	15,1	24,7	44,6
Sopinka	382	46,1	54,2	25,7	17,3	44,8
Lamer	502	44,5	54,9	29,1	13,4	45,0
La Forest	467	38,8	54,8	30,4	12,0	45,2
McLachlin ♀	555	43,8	53,1	23,6	19,6	46,1
Wilson ♀	249	55,0	40,2	32,1	22,5	59,8
L'Heureux- Dubé ♀	531	42,7	35,6	31,5	28,1	63,3

Par exemple, la présidente de notre atelier, la juge Marie Deschamps, a entendu 109 causes depuis qu'elle siège à la Cour suprême du Canada. Elle a écrit une opinion dans 33 % de ces causes, ce qui la place dans la moyenne de la Cour, qui est de 34 %. Son profil général avec ou contre la majorité est le suivant : elle a rallié son opinion à la majorité dans 60,6 % des cas (le même pourcentage que la moyenne de la Cour) ; à celle des dissidents sur les motifs dans 10 % des cas (ce qui est bien au-dessous de la moyenne qui est de près de 20 %) et à celle de la dissidence sur le résultat dans 24 % des cas (ce qui est bien au-dessus de la moyenne de la cour qui se situe à 17 %). La juge Deschamps tend donc à être plus souvent dissidente sur le résultat qu'uniquement sur les motifs que la moyenne de la Cour. Au total, la juge Deschamps a été dissidente dans 39,4 % des causes qu'elle a entendues par rapport à une moyenne presque identique de 39 % pour la Cour.

2.3 Les juges et les opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada

Comme vous pouvez le constater, entre 1982 et 2007, les juges qui étaient les plus susceptibles d'être dissidents étaient les juges Claire L'Heureux-Dubé, Bertha Wilson et Beverley McLachlin. Elles étaient les trois premières (en fait les trois seules femmes) juges à la Cour suprême du Canada jusqu'à la nomination de la juge Arbour en 1999. Les nombres répertoriés plus haut justifient d'attribuer à la juge Claire L'Heureux-Dubé le titre de la « grande dissidente ». Ils démontrent également que pendant son court passage à la Cour suprême du Canada, la juge Arbour n'a pas fait montre d'une tendance accentuée pour la dissidence.

Entre 1982 et 1999, les juges de la Cour suprême ont écrit 1 272 opinions dissidentes sur les motifs et sur le résultat. Or, trois des juges ont rédigé 455 de ces opinions. Ainsi, trois juges sur 23 ont généré 36 % des opinions divergentes écrites. En somme, 13 % des juges ont produit trois fois le nombre de dissidences attendues. Il s'agissait des juges Bertha Wilson, Claire L'Heureux-Dubé et Beverley McLachlin, qui est aujourd'hui juge en chef.

Dans leur analyse de la jurisprudence issue de la première décennie d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Frederick Lee Morton et ses coauteurs ont noté la fréquence des opi-

nions distinctes des femmes²⁹. Toutefois, dans leur étude des décisions concernant la Charte uniquement, ils affirment que les similitudes s'arrêtent à cette constatation. Ils ont classé les décisions des juges de la Cour suprême dans des quadrants déterminés par deux axes. D'une part, l'axe vertical concerne la reconnaissance ou non des droits des groupes historiquement marginalisés (*court party claims*)³⁰. D'autre part, l'axe horizontal porte sur la reconnaissance ou non des garanties juridiques des accusés en matière criminelle (*criminal rights claims*). Ainsi classées, les décisions des femmes juges se trouvent alors dans trois catégories distinctes. Les résultats mettent en relief les différences entre les trois juges mentionnées plus haut. Malgré un fort taux de dissidence, chacune exprime son opinion d'une façon différente : la juge Bertha Wilson le faisait en défendant à la fois les droits des groupes historiquement marginalisés et les garanties juridiques des accusés en matière criminelle ; la juge Claire L'Heureux-Dubé, en appuyant les droits des groupes historiquement marginalisés, mais en s'opposant à ceux des criminels ; et la juge en chef Beverley McLachlin, en manifestant une forte opposition aux droits des groupes historiquement marginalisés jumelée à un appui modéré aux garanties juridiques des accusés en matière criminelle. Ces statistiques suggèrent que le genre de la personne qui siège à un tribunal ne peut permettre de prédire le résultat auquel elle arrivera, et que les femmes qui exercent cette fonction ne partagent pas nécessairement une idéologie commune. Toutefois, les mêmes statistiques démontrent également que les femmes juges ont un point commun, soit le fait d'être dissidentes par rapport à la majorité, quelle que soit la position de cette dernière.

Dans un même ordre d'idées, notons que les deux juges qui se sont démarqués par leurs opinions dissidentes, après les trois juges mentionnées plus haut, étaient le juge en chef Bora Laskin, premier juge juif nommé à la Cour suprême, ainsi que le juge John Sopinka, qui, en raison de son héritage ukrainien, était considéré comme le

29. F.L. MORTON, Peter H. RUSSELL et Troy RIDDELL, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : A Descriptive Analysis of the First Decade, 1982-1992 », (1994) 5 *National Journal of Constitutional Law* 1.

30. L'expression anglaise *court party claims* inclut les demandes des féministes, des Premières Nations, des minorités linguistiques et autres minorités, des environnementalistes, des homosexuels et des lesbiennes ainsi que des activistes pour la paix et le désarmement. Les intérêts prioritaires de ces groupes minoritaires qui recherchent l'égalité ont pour objet la réforme et ils tendent à défendre leurs projets politiques dans des litiges devant les tribunaux plutôt que par l'adoption de lois issues d'instances législatives élues.

premier juge « ethnique » de la Cour suprême³¹. En conséquence, l'argument voulant que les cinq juges qui ont le plus écrit de dissidences à la Cour suprême ont en commun de démontrer individuellement un certain degré d'« extériorité » par rapport à la majorité – extériorité fondée sur le genre, la religion ou l'ethnicité – peut être valablement avancé. Toutefois, les statistiques laissent voir également que la jurisprudence des juges John Sopinka et Bora Laskin change au sein de la plus haute instance judiciaire du Canada. Alors que ces deux juges affichent un fort taux de dissidence durant la première moitié de leur carrière à la Cour suprême, ils démontrent une propension plus grande à se joindre à la majorité pendant la seconde moitié. Ainsi, il demeure légitime de s'interroger sur ce que ces statistiques reflètent véritablement. S'agit-il d'un changement dans la pratique des juges dissidents, ou bien sommes-nous plutôt en présence d'un changement de la pratique des autres juges ? En effet, la dissidence des uns s'écrit par rapport aux opinions des autres. Notons également que le mouvement de la périphérie vers le centre, tel qu'on le constate chez certains hommes qui siègent à la Cour suprême, ne s'opère pas pour les trois grandes dissidentes. S'il y a un mouvement à observer dans les décisions des trois premières femmes juges de la Cour suprême, du moins jusqu'en 1999, c'est une dissidence accrue, et non un ralliement progressif de leurs opinions vers les positions majoritaires.

Évidemment, souligner l'identité à partir de catégories nous place au centre de débats hautement politiques : quelles identités privilégier ? Quel est le contenu de ces identités ? Et comment déterminer correctement quelles identités attacher à quels corps ? Nous souhaitons souligner, par exemple, que les sept femmes juges qui ont siégé et qui siègent à la Cour suprême ont en commun non seulement le genre, mais aussi la « blancheur ». En effet, aucun juge des Premières Nations ou juge appartenant à des minorités visibles n'a été nommé à la Cour suprême. En conséquence, la blancheur est une caractéristique partagée par les femmes juges, mais également par tous nos juges. Une telle unité peut être obstruée par une attention trop particulière aux différences liées au genre.

En rendant visibles les caractéristiques identitaires, nous tentons de demeurer conscientes des risques d'appréhender fausse-

31. Voir les statistiques dans Peter McCORMICK, *Supreme At Last : The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer and cie, 2000, p. 65 (Tableau 5.1), 90-91 (Tableaux 6.1A et 6.1B), 113 (Tableau 7.1) et 133 (Tableau 8.1).

ment les différences de « genre » qui pourraient trouver leurs racines dans d'autres sources. En effet, les identités « intersectent » de façons multiples et compliquées. Par exemple, il est utile de noter que l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, notre plus grande dissidente, détient plusieurs marqueurs de différence identitaires : le genre, la langue et la culture québécoise.

Ces statistiques, même si elles sont suggestives, ne nous conduisent pas à des conclusions simplistes sur les effets potentiels que des différences identitaires (tels que le genre, la race, la langue, la religion ou la province d'origine) peuvent ou non engendrer sur les opinions judiciaires. En fait, loin de nous fournir des réponses, ces statistiques nous dirigent plutôt vers de nouvelles questions.

Deux questions en guise de conclusion

Deux questions nous préoccupent dans le rapport entre décisions plurielles, identités et sécurité juridique. Est-ce que la plus grande représentation de multiples identités dans les tribunaux apporte une plus importante pluralité dans les décisions ? Si, aux fins de l'argumentation, la réponse est positive, est-ce qu'une augmentation de la pluralité des opinions dans les décisions affecte la sécurité du droit ?

Ainsi, quel est l'effet potentiel d'une plus grande représentation au sein des tribunaux par le biais d'une multiplicité d'identités sur la pluralité dans les décisions ? Pour l'heure, l'analyse de la dissidence dirige notre étude vers les questions identitaires. Toutefois, nous l'avons vu, l'identité ne permet pas de prédire la dissidence. De même, la dissidence ne permet pas de prédire l'identité. En fait, la dissidence et l'identité excèdent leur propre valeur prédictive. Cependant, la différence constitue le terrain des possibles, pour l'identité et pour la justice. De plus, si l'identité forme la dissidence, la dissidence forme aussi l'identité. En bout d'analyse, la différence importe.

Ce faisant, cette augmentation potentielle de la pluralité des opinions dans les décisions affecte-t-elle la sécurité juridique ? D'une part, une survalorisation du concept de sécurité juridique peut conduire « à l'immobilisme, à la rigidité et à la fixité des règles de droit »³². Or, la pratique de la dissidence prévient un tel immobi-

32. *Supra*, note 12.

lisme en évoquant d'autres possibles juridiques. D'autre part, la dissidence rencontre la sécurité, celle qui est une « réduction de l'inattendue » ou une « exclusion de changement brutal ». En effet, la dissidence sème les germes de transformations potentielles sans pour autant changer l'état du droit.

Nous pourrions même pousser notre argument jusqu'à faire valoir que la dissidence soutient la sécurité en rendant audibles des voix à l'intérieur d'un forum contenu, autorisé et autoritaire. En ce sens, la pratique de la dissidence permet à plus de personnes de bénéficier de la stabilité du droit. Les justiciables n'ont pas nécessairement besoin de gagner ou de perdre. Il suffit parfois qu'ils soient entendus.

La dissidence offre aussi une carte plus complète du terrain juridique et une meilleure pratique judiciaire puisqu'elle teste l'argumentation de la majorité et refuse une part de l'inaudible. Parfois, une seule voix discordante permet d'identifier le problème occulté.

La stabilité de l'opinion majoritaire dépend de la nécessité de répondre aux préoccupations de la minorité. Ceux et celles qui écrivent les opinions dissidentes peuvent changer, mais la présence de corps multiples engendre la possibilité de perspectives diverses du droit et de la justice.

Dans le paradoxe du droit qui oppose sécurité et changement, la majorité incarne la sécurité par le *statu quo* ou le changement par le renversement jurisprudentiel. Selon la position adoptée par la majorité, la dissidence engendre soit la possibilité future de changements sans pour autant transformer l'état du droit actuel, soit la sécurité en réitérant le *statu quo*. Ainsi, dans les rapports dialectiques entre sécurité et changement, les opinions judiciaires plurielles transigent cet éternel conflit du droit, sans pour autant affecter la sécurité juridique immédiate.

Amselek attribue aux tribunaux la fonction de préserver l'expérience juridique du chaos et de la cacophonie³³. Or, en 2002, la plus grande dissidente du Canada, l'honorable Claire L'Heureux-Dubé, fait l'éloge de la dissidence non pas en termes de cacophonie, mais plutôt de polyphonie. Elle écrit :

Dans ce monde polyphonique, il me semble important de reconnaître la valeur d'une source potentielle de mélodies nouvelles [...]

33. *Op. cit.*, note 22.

L'expérience canadienne et américaine tend à démontrer, à mon avis, que les opinions dissidentes dans les jugements dont l'objet revêt une grande importance pour la société civile, ou qui soulèvent des questions de droit nouvelles, permettent au droit de s'adapter aux valeurs nouvelles de la société, de façon graduelle, à travers l'exploration et l'explication par les juges, et par les juristes actuels et futurs, des diverses approches possibles face à une même problématique.³⁴

L'accès à la Cour suprême de membres de groupes historiquement marginalisés risque de rendre audible la polyphonie juridique. En son sein, de nouvelles voix se font entendre, et souvent en dissidence. Ces voix préservent le droit tout en lui permettant de se familiariser avec de nouvelles perspectives sans apporter, pour l'heure, de changements inquiétants. Elles sèment les germes d'avenues alternatives au droit positif. Les opinions dissidentes sont le possible en devenir du droit positif et si elles insécurisent la pensée, elles ne déstabilisent point le droit.

34. Claire L'HEUREUX-DUBÉ, « L'opinion dissidente : voix de l'avenir ? », (2000) *Cahiers du Conseil Constitutionnel* 85, p. 94.