



Les opinions dissidentes au Canada

Présentation à la Cour de cassation de France
18 octobre 2005

par
Marie-Claire Belleau
Professeure titulaire de la Faculté de droit de l'Université Laval
Et
Rebecca Johnson
Professeure agrégée de la Faculty of Law de l'University of Victoria

1

Nous tenons à vous remercier pour l'invitation à participer à ce débat sur les opinions dissidentes. Nous sommes honorées. Nous désirons également reconnaître la contribution du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada pour le financement de ce projet de recherche¹.

¹ Le présent texte reproduit une présentation visuelle et les commentaires qui l'accompagnaient. Cette présentation a été offerte le 18 octobre 2005 à la Cour de cassation de France à Paris dans le cadre du cycle de conférences « Les méthodes de jugement » organisé par le Laboratoire de Sociologie Juridique de l'Université Panthéon-Assas et l'Association Française de Sociologie du Droit, en collaboration avec la Cour de cassation, le Conseil d'État et l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

La question

Faut-il ou non publier le contenu des opinions dissidentes et l'identité de leur signataire?

Le Canada répond **oui**

2

À la question « faut-il ou non publier le contenu des opinions dissidentes et l'identité de leur signataire? », le Canada répond par un « oui » non équivoque pour des raisons historiques et de tradition juridique.

Dans cette présentation, nous n'allons pas exposer les justifications invoquées en faveur de ce choix. Vous connaissez déjà plusieurs de ces arguments puisque ce sont, pour la plupart, ceux qui sont utilisés par les détracteurs de la publication des opinions dissidentes. En effet, notre présentation ne vise pas à vous convaincre de la justesse de cette façon de faire. Nous allons plutôt vous présenter des faits de l'expérience canadienne qui révèlent l'invisibilité de certaines voix dans le monde judiciaire et qui soulèvent la question de l'importance de la représentation de différents groupes au sein de la magistrature. Aussi, nous allons plutôt vous initier au concept d'espace noétique et vous révéler qui sont les juges qui l'occupent.

Mettons tout de suite cartes sur table: par formation ou par déformation professionnelle, Rebecca et moi sommes toutes deux favorables à la publication des opinions dissidentes. Nous sommes conscientes qu'en épousant cette idée dans le contexte actuel, nous nous inscrivons en dissidence par rapport à la perspective de plusieurs d'entre vous. Toutefois, notre argument principal en faveur de la publication des opinions dissidentes réside précisément dans la possibilité de faire entendre les voix souvent muettes, de rendre visibles des histoires invisibles.

<i>Plan de la présentation</i>	
Remarques préliminaires	
Partie I	Quels juges écrivent les opinions dissidentes?
Partie II	Quel espace occupent les opinions dissidentes?
Conclusion	

Dans le cadre de cette présentation, nous effectuerons d'abord des remarques préliminaires sur le système judiciaire canadien. Puis, nous vous donnerons dans la première partie quelques statistiques fort révélatrices sur les auteurs des opinions dissidentes dans le contexte judiciaire canadien. Nous expliquerons en deuxième lieu le concept d'espace noétique et nous conclurons en identifiant une série de questions que soulèvent ces constatations.

Mais d'abord, les remarques préliminaires...

<i>Remarques préliminaires</i>	
--------------------------------	--

Rappel sur le système judiciaire canadien

- Cour suprême du Canada: la plus haute instance judiciaire du pays
- Composition: 9 juges
- Bancs: 5, 7 ou 9 juges
- Juridiction générale
- Pourvoi sur requête pour permission d'appeler
- ± 100 pourvois par année

5

Pour votre information, la Cour suprême du Canada est la plus haute instance judiciaire du pays. Elle est composée de 9 juges qui siègent en bancs de 5, 7 ou 9. Elle décide en dernière instance dans tous les domaines du droit. Elle n'est donc pas une cour uniquement constitutionnelle. De plus, sachez que pour faire appel à la Cour suprême du Canada, il faut faire une requête pour permission d'en appeler. Il existe un appel de plein droit mais uniquement dans certains cas de droit criminel. Enfin, la Cour suprême du Canada n'entend qu'une centaine de pourvois par année.

Les opinions de la Cour suprême du Canada

- La publication des opinions
- Décisions unanimes
- Décisions à la majorité
- Différentes opinions:
 - Majoritaire
 - Dissidente sur les motifs
 - Dissidente sur le résultat

6

À la Cour suprême du Canada, toutes les opinions sont publiées. La Cour peut se prononcer à l'unanimité. Toutefois, cela arrive rarement, d'autant plus dans les affaires qui touchent des questions qui soulèvent des débats sociaux. La Cour

suprême du Canada siège en nombre impair, 5, 7 ou 9, afin d'assurer qu'une décision sera prise à la majorité, même si les juges sont divisés et qu'ils ne partagent pas tous le même point de vue.

Les décisions de la Cour suprême du Canada conduisent donc à différents types d'opinions. Les opinions majoritaires désignent celles qui sont écrites et signées par la majorité (minimum de 3 juges sur un total de 5, 4/7 ou 5/9). C'est cette opinion qui détermine le droit, celui qui est applicable au Canada à un moment précis dans le temps. Les autres opinions sont des décisions dissidentes qui sont de deux types principaux. 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 résultat². Il existe plusieurs autres catégories³ et typologies des types d'opinions⁴. Toutefois, les quelques catégories que nous venons d'exposer suffiront pour nos fins. 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 des décisions majoritaires subséquentes reprendront l'argumentation qu'elles contenaient.

Passons maintenant à la première partie de notre présentation, qui traite des statistiques de la Cour suprême du Canada. Nous allons examiner la répartition des opinions judiciaires et identifier qui sont ceux et celles qui écrivent des opinions dissidentes.

² Dans le présent article, nous employons le terme « dissidence » reconnu en droit canadien pour désigner l'opinion dissidente. Le terme juridique anglais *concurrency* désigne la dissidence sur les motifs. Voir Marie-Claire Belleau et Rebecca Johnson, « La dissidence judiciaire : réflexions préliminaires sur les émotions, la raison et les passions du droit/Judicial Dissent : Early Reflections on Emotion, Reason and Passion in Law » dans Marie-Claire Belleau et François Lacasse, dir., *Claire L'Heureux-Dubé à la Cour suprême du Canada, 1987-2002/ Claire L'Heureux-Dubé at the Supreme Court of Canada, 1987-2002*, Québec, Wilson & Lafleur, 2004 aux pp. 699-719.

³ Par exemple, les opinions séparées, plurielles, multiples ou concordantes.

⁴ Voir Wanda Mastor, *Les opinions séparées des juges constitutionnels*, Économica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection droit public positif, 2005.

Partie I

Quels juges écrivent
les opinions dissidentes?

7

La répartition des opinions judiciaires à la Cour suprême du Canada

Dans les causes qui ne sont pas unanimes

- En accord avec la majorité:
 - Moyenne: **65%**
- En désaccord avec la majorité: dissidence
 - Moyenne: **35%**
- Les opinions dissidentes sur le résultat varient entre **10%** et **17%**
- Les opinions dissidentes sur les motifs varient entre **18%** et **25%**

8

Depuis les années 1960, dans les causes où les juges ne sont pas unanimes, les juges se rallient avec la majorité dans 65% des cas en moyenne. En conséquence, les juges sont en désaccord dans ces affaires (sur le résultat, sur les motifs ou sur les deux à la fois) dans une proportion de 35%. Plus spécifiquement, au cours des quarante dernières années, les dissidences sur le résultat ont varié entre 10 et 17%. Pour leur part, les dissidences sur les motifs ont varié entre 18% et 25%.

Les opinions dissidentes sont donc une partie intrinsèque de la pratique judiciaire au Canada. Elles n'ont rien d'exceptionnel. Elles sont acceptées tant par la communauté juridique que non juridique comme appartenant à la tradition judiciaire

canadienne. En ce sens, elles ne peuvent être écartées ni de l'analyse ni de la pratique juridique sous prétexte qu'elles constituent des anomalies du système de droit. De plus, les dissidences sur les motifs et sur le résultat sont apparentées car elles s'opposent toutes les deux à des éléments du raisonnement judiciaire majoritaire.

Le professeur Peter McCormick a rassemblé un ensemble de statistiques à propos du processus décisionnel judiciaire à la Cour suprême pour la période 1949-1999⁵. Les tableaux 1 et 2 tracent un portrait de cette cour de 1984 à 1999, période où elle a connu la gouverne de deux juges en chef, soit Brian Dickson et Antonio Lamer. Ces deux tableaux révèlent la pratique individuelle des juges dans leurs décisions. Ils nous éclairent également sur la proportion des opinions majoritaires et dissidentes signées par chaque juge.

Tableau 1

Dissidences sur les résultats, sur les motifs et décisions, par juge Décisions publiées de la Cour suprême, 1984-1990						
Juge	Entendues	Écrite pour la majorité	Écrite par le ou la juge	Avec la majorité	Dissidence sur les motifs	Dissidence sur les résultats
Dickson	427	24,4 %	30,0 %	81,5 %	5,8 %	12,7 %
Beetz	295	11,2 %	17,3 %	66,3 %	20,0 %	13,8 %
Estey	196	15,8 %	25,0 %	64,9 %	17,5 %	17,5 %
McIntyre	366	14,2 %	23,0 %	63,1 %	16,4 %	20,5 %
Chouinard	168	11,3 %	13,1 %	76,9 %	5,1 %	17,9 %
Lamer	507	20,1 %	28,0 %	68,0 %	14,6 %	17,4 %
Wilson	532	13,2 %	29,7 %	51,5 %	19,6 %	28,9 %
Le Dain	228	11,0 %	16,7 %	73,3 %	20,0 %	6,7 %
La Forest	419	11,9 %	22,4 %	66,5 %	17,7 %	15,9 %
L'Heureux-Dubé	294	7,5 %	19,0 %	50,8 %	10,0 %	39,2 %
Sopinka	194	17,5 %	35,6 %	50,0 %	27,4 %	22,6 %
Cory	160	15,6 %	23,1 %	72,4 %	8,6 %	19,0 %
Gonthier	154	9,7 %	11,7 %	88,5 %	3,3 %	8,2 %
McLachlin	110	19,1 %	35,5 %	56,8 %	15,9 %	27,3 %
Total	4073	14,9 %	24,3 %	65,2 %	14,8 %	20,0 %

⁵ Peter McCormick, *Supreme at Last : The Evolution of the Supreme Court of Canada*, Toronto, James Lorimer & Company Ltd., 2000. Les tableaux 1 et 2 sont des adaptations des tableaux 7.1 et 8.1 de Peter McCormick qui sont reproduits avec la permission de l'auteur.

À titre d'exemple, pendant la période examinée dans le tableau 1, le juge Brian Dickson a participé à 427 affaires. Il a rédigé un ensemble de décisions (qu'elles soient majoritaires ou encore dissidentes sur les motifs ou sur les résultats) dans 30% des cas. Dans 24,4% des décisions, il a écrit pour la majorité. Les résultats des trois dernières colonnes permettent de tirer des conclusions. Ainsi, le juge Brian Dickson a fait partie de la majorité dans 81,5% des jugements. Il a été dissident sur les motifs dans 5,8% des jugements et dissident sur les résultats pour 12,7% des affaires dans lesquelles il a siégé.

La dernière ligne du tableau indique les statistiques totales pour la période visée. En moyenne, les juges ont signé des décisions avec la majorité à un taux approximatif de 65%. Ils ont été dissidents sur les résultats dans 20% des cas et dissidents sur les motifs dans environ 15% des cas. Les juges les plus enclins à se trouver en dissidence ont été le juge John Sopinka et les trois premières femmes nommées juges à la Cour suprême du Canada, soit les juges Claire L'Heureux-Dubé et Bertha Wilson de même que la juge en chef Beverley McLachlin. Ces quatre juges se ralliaient dans moins de 60% des cas à la décision majoritaire.

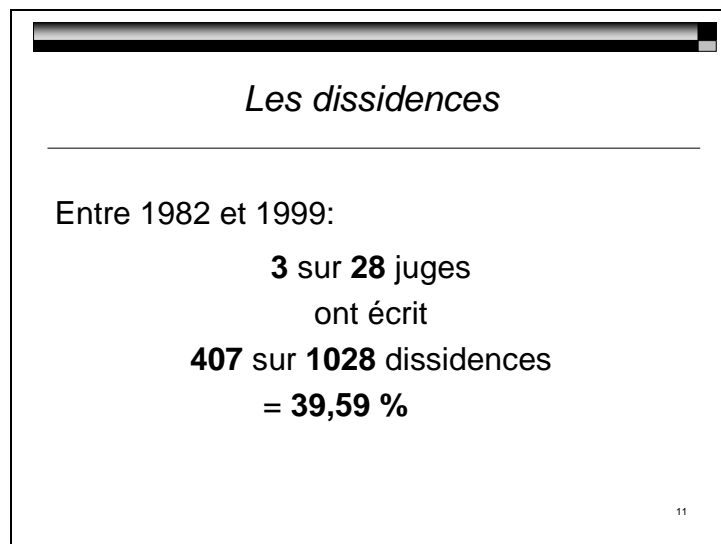
Tableau 2

Dissidences sur les résultats, sur les motifs et décisions, par juge						
Décisions publiées de la Cour suprême, 1990-1999						
Juge	Nombres de cause entendues	Écrite pour la majorité	Écrite par le ou la juge	Avec la majorité	Dissidence sur les motifs	Dissidence sur les résultats
Lamer	544	32,0 %	42,5 %	68,3 %	15,3 %	16,4 %
Wilson	22	22,7 %	59,1 %	50,0 %	50,0 %	0,0 %
La Forest	611	13,9 %	25,0 %	65,0 %	19,7 %	15,3 %
L'Heureux-Dubé	694	8,9 %	29,7 %	39,5 %	28,5 %	32,0 %
Sopinka	679	20,8 %	31,2 %	65,5 %	16,3 %	18,2 %
Cory	775	17,0 %	22,5 %	80,4 %	9,6 %	9,9%
Gonthier	766	7,6 %	13,1 %	68,2 %	16,3 %	15,4 %
McLachlin	771	10,1 %	24,6 %	48,5 %	24,4 %	27,1 %
Stevenson	92	10,9 %	23,9 %	58,3 %	25,0 %	16,7 %
Iacobucci	742	14,0 %	18,9 %	79,0 %	9,4 %	11,6 %
Major	546	8,1 %	15,8 %	68,9 %	10,2 %	20,9 %
Bastarache	105	13,3 %	21,9 %	71,4 %	11,9 %	16,7 %
Binnie	65	6,2 %	15,4 %	72,4 %	13,8 %	13,8 %
Total	6412	14,2 %	24,3 %	64,5 %	17,1 %	18,4 % ¹⁰

Il existe des similarités et des différences dans la manifestation des dissidences au sein de la Cour suprême lorsqu'elle a été dirigée par le juge en chef Antonio Lamer.

Pendant cette période, le juge John Sopinka ne peut plus être qualifié de « dissident », car son profil s'assimile désormais à la moyenne. De leur côté, les juges Claire L'Heureux-Dubé et Bertha Wilson de même que la juge en chef Beverly McLachlin demeurent les membres les plus susceptibles de signer des opinions distinctes. La fréquence de leurs dissidences a même augmenté : elles se rallient désormais à la majorité dans moins de 50 % des cas. Notons que Claire L'Heureux-Dubé va dans le sens de la majorité dans moins de 40 % des décisions. Comme le démontrent clairement les statistiques de la Cour suprême de 1987 à 1999, la juge Claire L'Heureux-Dubé méritait bien le titre de « grande dissidente » (*The Great Dissenter*).

Notez ici que ces trois juges, les trois femmes, non seulement votent en faveur de l'opinion dissidente de leurs collègues, mais elles produisent elles-mêmes un nombre effarant d'opinions dissidentes. Voici les chiffres :



En effet, entre 1982 et 1999, 3 juges sur les 28 qui ont siégés à la Cour suprême du Canada ont écrit 407 sur les 1028 opinions dissidentes produites par la Cour pendant cette période pour un total de près de 40%.

En somme, depuis le début des années 80⁶, les trois juges qui détiennent le taux de dissidence le plus élevé sont les juges Bertha Wilson, Claire L'Heureux-Dubé ainsi que la juge en chef Beverly McLachlin, soit les trois premières femmes nommées à la Cour suprême.

Les grandes dissidentes?

- Bertha Wilson
- Claire L'Heureux-Dubé
- Beverley McLachlin

12

En conséquence, il est difficile d'éviter de conclure que le sexe entraîne certaines différences dans le processus décisionnel judiciaire. Et pourtant, une telle conclusion n'amène-t-elle pas à suggérer une certaine forme d'essentialisme en ce qui a trait aux femmes et à l'acte de juger? Rappelons que l'essentialisme consiste à réduire une identité à une essence, soit à quelques traits conçus comme nécessaires, inévitables, généraux et généralisés. Par exemple, l'« essentialisation » de la « femme » consisterait à penser le féminin comme nécessairement maternel, instinctif, émotif et attentif⁷. Ces statistiques suggèrent-elles que les femmes partagent une perspective « essentialisante » sur le monde, une perspective qui découle, par nécessité, de leur essence féminine? Est-il permis de conclure que ces

⁶ Les travaux de Peter McCormick démontrent que, depuis le début des années 70, les taux des opinions qui appuient la majorité sont demeurés relativement stables, soit autour de 65 %. Voir ses tableaux 5.1, 6.1, 7.1 et 8.1, *ibid.*, aux pp. 65, 90-91, 113, 133.

⁷ L'article classique sur l'essentialisme demeure celui d'Angela P. Harris, « Race and Essentialism in Feminist Legal Theory » (1990) 42 *Stan. L. Rev.* 581. Pour une discussion sur l'histoire des débats féministes sur l'essentialisme, voir Rebecca Johnson, *Taxing Choices : The Intersection of Class, Gender, Parenthood, and the Law*, Vancouver, UBC Press, 2002 aux pp. 3-10.

femmes juges s'expriment d'une «voix différente»⁸? Nous répondons à ces questions: pas nécessairement.

Pour votre information, sachez que la juge Bertha Wilson a été nommée à la Cour suprême du Canada en 1982, la juge Claire L'Heureux-Dubé en 1987 et l'actuelle juge en chef Beverley McLachlin l'a été à son tour en 1989. Elle a été nommée juge en chef de la Cour suprême en 2000. Ces trois premières femmes juges ont donc été incluses dans les études statistiques existantes avec lesquelles nous avons travaillé pour préparer cette présentation. Depuis, le visage de la Cour suprême du Canada a changé. En effet, la juge Louise Arbour a été nommée à cette cour en 1999, mais elle a quitté cette fonction en 2004. La juge Marie Deschamps a accédé à la Cour suprême en 2002 et les juges Rosalie Abella et Louise Charron, en 2004. Notre Cour suprême du Canada compte donc aujourd'hui 4 femmes sur 9 juges, dont la juge en chef.

<i>Nominations des femmes juges à la Cour suprême du Canada</i>	
□ 1982	Bertha Wilson
□ 1987	Claire L'Heureux-Dubé
□ 1989	Beverly McLachlin
□ 1999	Louise Arbour
□ 2002	Marie Deschamps
□ 2004	Rosalie Abella
□ 2004	Louise Charron

⁸ Voir Carol Gilligan, *In a Different Voice : Psychological Theory and Women's Development*, Cambridge, (Mass.), Harvard University Press, 1982. Les travaux de Carol Gilligan suggèrent que les filles et les garçons sont socialisés de telle sorte qu'ils atteignent un développement moral différent. Les garçons expriment plus fréquemment des jugements moraux dans le langage des droits, alors que les filles emploient plus souvent celui de la sollicitude (*language of care*). Une autre articulation classique de cette ligne de pensée se trouve dans Mary Field Belenky *et al.*, *Women's Ways of Knowing : The Development of Self, Voice, and Mind*, New York, Basic Books, 1986.

Deux autres cas particuliers

- Bora Laskin

- John Sopinka

14

Dans le 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 dans le contexte multiculturel canadien, était considéré comme le premier juge de la Cour suprême du Canada à se distinguer de par l'ethnie dont il était issu. 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. Malgré une réponse à ce questionnement, notons 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. En effet, 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, ce dernier se caractérise par une dissidence accrue, et non par un ralliement progressif de leurs opinions vers les positions

majoritaires. En conséquence, l'argument voulant que les cinq juges qui ont écrit le plus 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 sexe, la religion ou l'ethnicité – peut être valablement avancé.

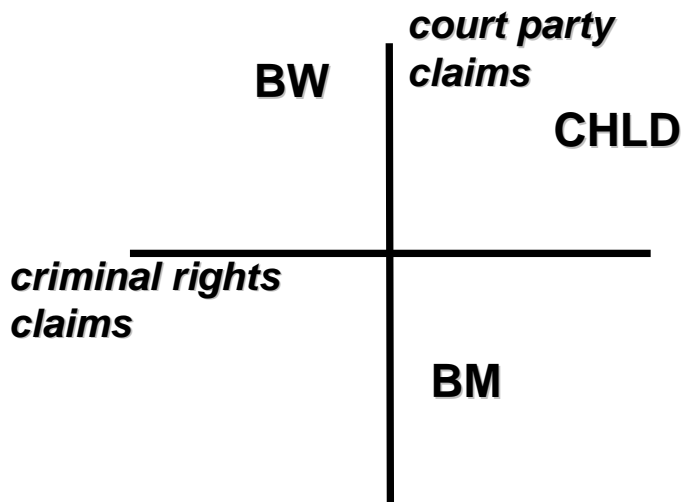
Dans leur analyse de la jurisprudence issue de la première décennie d'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, Frederick Lee Morton et ses coauteurs⁹ ont noté la fréquence des opinions distinctes des femmes. Toutefois, dans leur étude des décisions concernant la Charte uniquement, ils affirment que les similitudes s'arrêtent à cette constatation. Ils ont classé les décisions des juges de la Cour suprême du Canada dans des quadrants déterminés par deux axes¹⁰. D'une part, l'axe vertical concerne la reconnaissance ou non des droits des groupes historiquement marginalisés (*court party claims*). L'expression anglaise *court party claims* inclut les demandes des féministes, des Premières Nations, des minorités linguistiques et autres minorités, des environmentalistes, 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 élues¹¹. D'autre part, l'axe horizontal porte sur la reconnaissance ou non des garanties juridiques des accusés en matière criminelle (*criminal rights claims*).

⁹ Frederick Lee Morton, Peter H. Russell et Troy Riddell, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms : A Descriptive Analysis of the First Decade, 1982-1992 » (1994) 5:1 *Nat. J. of Const. L.* 1.

¹⁰ *Ibid.* à la p.49.

¹¹ *Ibid.* aux pp. 44 et 45.

Des perspectives différentes entre elles



15

Dans ce contexte, les décisions des femmes qui portent le titre de juge 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 sexe 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, peu importe la position de cette dernière.

Quelques observations

- Pas une surprise
- Position des femmes et des minorités visibles:
 - Distincte
 - Périphérique
- Expression des nuances de leur raisonnement juridique
- Faire valoir publiquement leur point de vue
- Force de travail inusitée
- Perception et compréhension différente

16

À première vue, ce constat ne semble pas très surprenant. Les juges de la Cour suprême se positionnent, en tant que femmes, distinctement par rapport à la majorité des juges et à la pratique discursive des décisions qui forment le centre du pouvoir judiciaire. Elles montrent un véritable besoin d'exprimer les nuances de leur raisonnement juridique et de faire valoir publiquement leur point de vue particulier. Possédant également une force de travail inusitée pour produire autant d'opinions distinctes, elles ont une plus grande propension que la moyenne à percevoir et, par la suite, à comprendre différemment de la majorité des juges ce qui leur est présenté.

Passons maintenant à la deuxième partie de notre présentation.

Partie II

Quel espace occupent
les opinions dissidentes?

17

Les juges sont dissidents sur plusieurs points qui donnent lieu à ce qui pourrait être qualifié de types de dissidences. Ces opinions dissidentes se distinguent puisqu'elles vont des divergences les plus simples aux plus complexes. Par exemple, elles peuvent porter sur:

Types de dissidences

- Points techniques
- Éléments procéduraux
- Qualification des faits
- Concepts: famille, consentement, déraisonnable, etc...
- Développements dans un domaine du droit
- Désaccords entre des juges qui sont experts sur des points spécifiques au droit
- Aspects particuliers aux parties impliquées dans une affaire
- Désaccords sur les limites et les possibilités du pouvoir judiciaire
- Qui doit être protégé? Comment établir la démarcation entre la collectivité et l'individu?
- Conflits sur des débats de société


18

Enfin, il importe de noter que certaines opinions dissidentes ont deux lignes alors que d'autres s'expriment en plus de 80 pages. Dans le cadre de notre recherche,

nous nous intéressons à tous ces types de dissidences. Nous voulons savoir quels juges écrivent quels types d'opinions dissidentes puisqu'elles n'ont pas toutes la même portée et qu'elles n'occupent pas toutes le même espace.

Or, il apparaît clairement des statistiques que nous avons examinées que l'identité et les expériences des juges jouent un rôle complexe et déterminant dans l'opinion dissidente. Toutefois, cette identité et ces expériences ne permettent pas de prédire la propension à la dissidence ni son résultat. De plus, ces éléments n'ont d'intérêt que dans la mesure où nous accordons de l'importance à l'opinion de la dissidence et qu'il nous importe d'entendre des voix nouvelles et différentes. Or, certains juges souhaitent entendre ces nouvelles voix.

Par exemple, pour la juge Claire L'Heureux-Dubé, le processus de la dissidence participe à imaginer des valeurs nouvelles et à explorer des avenues juridiques innovatrices. Elle écrit¹² :



Claire L'Heureux-Dubé, «L'opinion dissidente : voix de l'avenir?» (2000) C. du Cons. Const. 85

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

19

¹² Claire L'Heureux-Dubé, «L'opinion dissidente : voix de l'avenir?» (2000) C. du Cons. Const. 85 à la p. 94.

À ce sujet, les paroles du juge Brennan de la Cour suprême des États-Unis demeurent inégalées¹³:

*William J. Brennan, Jr., «In Defense of Dissents»
(1999) 50 Hastings L.J. 671*

« The most enduring dissents are the ones in which the authors speak as « Prophets with Honor ». These are the dissents that often reveal the perceived congruence between the Constitution and the “evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society”, and that seek to sow seeds for future harvest. These are the dissents that soar with passion and ring with rhetoric. These are the dissents that, at their best, straddle the worlds of literature and law. »

20

Dans le cadre de cette recherche, nous nous intéressons particulièrement aux opinions dissidentes qui occupent l'espace que nous qualifions de noétique.

Notre lecture et notre analyse des opinions dissidentes de la Cour suprême du Canada nous ont convaincues qu'elles ouvrent un espace au sein du droit. En nous inspirant de l'ouvrage « *Minding the Law* »¹⁴ écrit par deux juristes américains, Anthony G. Amsterdam et Jerome Bruner, nous qualifions cet espace de noétique.

¹³ William J. Brennan, Jr., «In Defense of Dissents» (1999) 50 Hastings L.J. 671 à la p. 675.

¹⁴ Antony G. Amsterdam et Jerome Bruner, *Minding the Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2000 aux pp. 237-238.

Définition de l'espace noétique

Noésis:

- « *nous* » en grec
- Délibérations de l'esprit rationnel mais aussi des croyances, des désirs, des sentiments, des espoirs, des intentions
- Exemples: art, philosophie, roman, théâtre

L'espace noétique:

- Espace pragmatique où la raison rencontre le monde de l'imaginaire tout en respectant les limites du réalisme
- Tester le monde des possibles en identifiant ses limites
- Imaginer des valeurs nouvelles et explorer des avenues juridiques innovatrices

21

Noésis signifie « nous » en grec soit les délibérations de l'esprit rationnel mais aussi des croyances, des désirs, des sentiments, des espoirs et des intentions. Des exemples de l'espace noétique incluent l'art, la philosophie, le roman et le théâtre, auxquels nous ajoutons les opinions dissidentes.

L'espace noétique désigne l'espace pragmatique où la raison rencontre le monde de l'imaginaire tout en respectant les limites du réalisme. En effet, elles testent le monde des possibles en identifiant ses limites. Elles imaginent des valeurs nouvelles et explorent des avenues juridiques novatrices. Ainsi, même restreinte par les règles de l'argumentaire juridique, l'opinion dissidente ouvre l'espace de l'imaginaire précisément parce qu'elle ne jouira que d'une autorité persuasive, par opposition à la celle de la loi. En ce sens, les opinions dissidentes occupent l'espace noétique ou en sont une expression lorsqu'elles s'aventurent vers les idéaux de la justice et la recherche de l'équité.

Exemples d'espace noétique

- Évoquer prophétiquement un changement qui s'annonce et le rapprocher du droit

- Révéler une réalité qui existe mais
 - Qui demeure invisible au droit
 - ou
 - Qui est niée par le droit

22

Nous allons ici illustrer nos propos par deux prototypes des opinions dissidentes comme espace noétique. Le premier consiste à évoquer prophétiquement un changement qui s'annonce et à le rapprocher du droit. Le juge dissident dit à ses collègues: « Venez avec moi, il faut que vous changiez le droit ». Par exemple, la reconnaissance des relations conjugales entre personnes de même sexe a fait l'objet d'une dizaine de décisions dont la première fut une opinion dissidente majeure¹⁵. La Cour suprême du Canada a passé en 11 ans du refus de reconnaître les couples de même sexe dans l'opinion majoritaire de cette même cause à une décision unanime imposant la reconnaissance officielle par voie législative du mariage entre homosexuels¹⁶.

Un deuxième exemple de l'espace noétique consiste à révéler une réalité, une vérité qui existe mais qui demeure invisible au droit et qui est niée par le droit. Ici, la juge dissidente dit à ses collègues: « Venez avec moi, il faut que vous voyez cette vérité, il faut ouvrir les yeux ». Par exemple, dans les causes sur la pertinence des expériences sexuelles préalables des victimes de viols, certains juges font office de

¹⁵ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554

¹⁶ Les principales décisions de la Cour suprême du Canada sur les relations entre personnes de même sexe sont : *Mossop, ibid.*, *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S., *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772, *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698.

« diseurs de vérité » en dénonçant les stéréotypes et les préjugés sur la sexualité féminine pour les remplacer par les expériences réelles et vécues des femmes¹⁷.

L'espace noétique et l'identité

- Il n'y a pas de lien nécessaire entre
 - le genre, l'identité et l'expérienceet
 - l'espace noétique
- Les juges qui écrivent des opinions dissidentes:
 - n'occupent pas nécessairement l'espace noétique de façon disproportionnée
 - n'occupent pas toujours l'espace noétique

23

Quelques remarques s'imposent : il n'y a pas de lien nécessaire entre le genre, l'identité et l'expérience, d'une part et l'espace noétique, d'autre part. Par exemple, si nous savons que les femmes écrivent des opinions dissidentes, nous ne savons pas encore si elles occupent l'espace noétique plus fréquemment que leurs homologues masculins. L'état actuel de nos travaux de recherche ne nous permet pas de déterminer s'il existe un lien entre l'espace noétique et des éléments de l'identité des juges. Nous ne voulons nullement avancer l'idée que les juges blancs, masculins et hétérosexuels, par exemple, n'occupent pas l'espace noétique. Ainsi, les juges qui écrivent des opinions dissidentes n'occupent pas nécessairement l'espace noétique de façon disproportionnée et ces mêmes juges n'investissent certainement pas toujours ce lieu.

Il s'avère important de se pencher sur l'espace qu'entrouvre la dissidence judiciaire. La dissidence sexuée, tout comme les dissidences qui sont issues des autres perspectives historiquement marginalisées, propose de surcroît une pléthore de questions fort intéressantes et importantes, des questions auxquelles seule une analyse des données empiriques pourrait répondre. Par exemple :

¹⁷ R. c. Seaboyer, R. c. Gayme, [1991] 2 R.C.S. 577, R. c. Ewanchuk, [1999] 1 R.C.S. 330

Une pléthore de questions

- Les dissidences visent-elles des objectifs différents de ceux des décisions majoritaires?
- Les objectifs des décisions sont-ils les mêmes pour les femmes, les hommes et les membres des minorités visibles qui agissent à titre de juges?
- Quels sont les thèmes au sujet desquels les juges écrivent des opinions dissidentes?
- Existe-t-il diverses façons d'exprimer une opinion dissidente? Le ton et le style des opinions dissidentes se distinguent-ils de ceux des opinions de la majorité?

24


Une pléthore de questions (suite)

- Les dissidences des femmes et des membres des minorités visibles qui exercent la fonction de juge sont-elles quantitativement ou qualitativement différentes de celles qui sont rédigées par leurs homologues juges?
- Y a-t-il des modèles, des répétitions, des résonances, des points communs à dégager des dissidences?
- Les différences quant aux opinions distinctes dépassent-elles celles du sexe pour inclure d'autres identités liées à la race, à la classe sociale, à la religion, au handicap ou à l'orientation sexuelle?

25

C'est à cette analyse des données empiriques que nous nous attaquons dans le cadre de notre recherche. Le projet nous emballa et nous passionne.

Enfin, quelques remarques en guise de conclusion :



Conclusion

- Les opinions dissidentes participent aux méthodes de jugement dans tous les systèmes juridiques
- Selon le système, elles n'empruntent potentiellement pas les mêmes formes et elles s'expriment possiblement dans des forums différents
- Publiques ou non, les opinions dissidentes existent et sont susceptibles de faire l'objet d'une typologie
- Quand la dissidence devient publique, elle donne accès à certains processus des méthodes de jugement autrement invisibles aux juges eux-mêmes et au monde juridique
- Peu importe la forme qu'il emprunte, l'espace noétique se situe près de la quête de justice par les juges.

26

Il vous appartient maintenant de nous révéler où se situe l'espace noétique dans votre système juridique.