

## Les Cahiers de droit



# Le défi du changement au sein du système judiciaire à l'aube du nouveau millénaire

Michel Bastarache

Volume 39, Number 1, 1998

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043484ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043484ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Bastarache, M. (1998). Le défi du changement au sein du système judiciaire à l'aube du nouveau millénaire. *Les Cahiers de droit*, 39(1), 189–194.  
<https://doi.org/10.7202/043484ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1998

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**Érudit**

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

### ***Le défi du changement au sein du système judiciaire à l'aube du nouveau millénaire\****

Michel BASTARACHE\*\*

Lorsque j'ai commencé à enseigner le droit des biens, il y a vingt ans, j'ai dû me plonger dans l'histoire du droit anglais. Comme vous le savez, le droit des biens en common law est profondément ancré dans le droit féodal anglo-normand. J'ai appris que l'histoire de la common law est marquée de façon plus générale par la procédure civile, ce qu'on appelait à l'origine le « système des brefs ». Toute action devait satisfaire aux exigences d'un bref, sans quoi aucun recours n'était ouvert au plaignant. Les brefs étaient limités et les catégories, fermées. L'absence de flexibilité dans le système produisait bien des injustices. Pour pallier le problème, les avocats et juges eurent recours à des fictions juridiques. C'était trop peu. D'autres tribunaux viennent concurrencer ceux du Roi — cours municipales et cours d'équité notamment. Ces dernières, celles du Chancelier, permettaient de contourner les limites du système des brefs. Les tribunaux du Roi ont ensuite ajouté des brefs. Puis, ce système fut abandonné et l'on se mit à plaider directement les règles de droit substantif, de contrat, de délit, règles qui étaient restées dans l'ombre. L'ère moderne s'ouvrait.

Cette simplification historique sert seulement à introduire mon sujet. Est-ce que les changements sociaux sont assez importants aujourd'hui pour provoquer une réforme profonde du système judiciaire ? Est-ce que les

---

\* Le présent texte reprend le contenu d'une conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université Laval, le 6 février 1998.

\*\* Juge, Cour suprême du Canada.

insuffisances du système actuel sont assez importantes pour nous amener à conclure que des aménagements mineurs ne suffiront pas ?

Il est impossible de prédire quels changements sociaux vont secouer profondément le système judiciaire. Il y a cependant un certain nombre de situations qui ont le potentiel de créer un besoin de changement profond tant au plan du droit substantif qu'au plan du règlement des différends. D'abord, il y a aujourd'hui une demande réelle pour élargir les sources mêmes du droit. Pensons ici aux domaines du droit des autochtones et du droit international. Deuxièmement, l'élargissement des connaissances humaines va occasionner la remise en cause de beaucoup d'idées reçues. Les données scientifiques et technologiques rendent difficile l'application du droit comme il s'est développé, dans un autre contexte, à des situations nouvelles. Troisièmement, les recours et moyens de régler les différends qui se développent dans la société risquent de mettre en question la suprématie formelle du système judiciaire tel que nous le connaissons.

Je me propose de passer en revue ces trois situations et de vous dire ce que je pense des pressions qu'elles exerceront sur le système judiciaire.

Les auteurs de l'époque classique en common law ont affirmé que la Cour découvre le droit et qu'elle ne le crée pas. Le fondement de cette pensée, c'est qu'il y a une vérité fondamentale à découvrir, et aucun *vacuum* dans l'ordre juridique. Il me semble bien difficile de croire à une théorie de la vérité objective aujourd'hui. Cela ne signifie pas que les juges doivent décider les questions nouvelles en se fondant sur leurs « instincts ». Il faut, au contraire, que les juges acceptent que le développement du droit fait appel à des jugements moraux qui sont touchés par les préjugés et les idéologies de chaque décideur. C'est en prenant conscience du bagage moral et éthique qui le caractérise que le juge pourra viser à atteindre l'impartialité. C'est en prenant conscience du fait que le contenu moral et éthique d'une décision peut être bien différent pour diverses personnes qu'il pourra tenir compte de la diversité de la société.

C'est probablement en raison de cette diversité et du constat que les tendances idéologiques comptent pour quelque chose que l'on en est venu à remettre en question l'exclusivité des sources traditionnelles du droit. Le meilleur exemple à cet égard se retrouve dans les motifs du juge en chef Lamer dans l'affaire *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*<sup>1</sup>. Dans cette affaire, la Cour reconnaît certaines normes propres aux autochtones comme faisant partie du droit au même titre que la common law. Le point de vue des autochtones concernant leurs droits fonciers devient un critère juridique pour établir leur droit à la possession des terres autochtones. Con-

---

1. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

crètement, cela signifie que les règles traditionnelles du droit foncier ne sont pas suffisantes pour expliquer et encadrer le droit de propriété foncière des autochtones. Il y a donc un droit de propriété *sui generis* ici. Il fallait reconnaître le droit des autochtones. Le nouveau défi, c'est de les situer dans la hiérarchie des droits existants. Cela va prendre du temps et occasionner l'examen de plusieurs règles jusque-là immuables.

Je passe au droit international. Celui-ci est sujet à un développement extraordinaire depuis quelques années. De nombreux traités et conventions créent des obligations d'agir pour les États signataires. La « mondialisation » a accéléré le développement du droit normatif et soulevé de nombreuses difficultés en matière de recours. Le droit international n'est plus considéré comme le seul droit des États-nations. La règle traditionnelle d'étanchéité entre le droit international et le droit interne est remise en cause. Déjà, l'on a recours au traité pour interpréter la loi de mise en œuvre. L'on accepte de se référer aux sources du droit international pour interpréter la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>2</sup>. Rien n'empêche en principe de recourir au droit international dans l'examen des principes fondamentaux qui sous-tendent les règles de la common law ; cela a déjà été accepté en Australie. En fait, on est allé encore plus loin en Australie en décidant que la ratification d'un traité peut créer des « attentes légitimes » chez certains requérants en matière administrative, même si le traité n'a pas été formellement incorporé au droit interne (affaire *Teoh*<sup>3</sup>, 1994). Les coutumes internationales ont par ailleurs déjà été reçues dans le droit interne, pourvu qu'elles ne soient pas en conflit avec la législation nationale. Cela est significatif parce que l'on considère aujourd'hui que la coutume internationale se crée à un rythme accéléré. Un exemple en est la reconnaissance du principe des « mesures préventives » aux termes duquel les États doivent prendre des mesures pour prévenir les dommages à leurs ressources frontalières lorsqu'elles sont à risque, l'incertitude quant aux causes et données scientifiques n'étant pas une excuse pour retarder l'action préventive. Je ne connais pas exactement le statut de cette règle mais m'y réfère pour montrer comment l'action rigoureuse des États dans certains domaines est en train de bouleverser les règles traditionnelles en matière de droit international, et comment la coutume internationale peut potentiellement prendre de

---

2. *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

3. *Teoh v. Minister for Immigration, Local Government & Ethnic Affairs*, [1994] ACL Rep 77 FC 32 ; (1994) 49 FCR 409 ; (1994) 121 ALR 436 ; (1994) 32 ALD 420. *Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs* (QL DOC DB AHC 6276). *Contra* : *Baker c. Canada* (Cour fédérale, div. d'appel), [1996] FCJ n° 1570.

l'importance dans l'ordre juridique interne dans l'avenir. L'évolution du droit va aussi dépendre de la flexibilité des juges, cela va de soi.

Ce qui est intéressant, eu égard au droit autochtone et au droit international, c'est que nous nous retrouvons devant le fait que l'évolution du droit est dorénavant touchée par des sources externes au système traditionnel. Ces sources sont dominées par des gens de cultures différentes, influencés par une histoire différente et des idéologies différentes. La structure assez homogène qui a présidé à l'évolution du droit jusqu'à ce jour va être remplacée par une structure pluraliste.

Une autre situation, qui est créée par le développement scientifique cette fois, mérite d'être mentionnée. Il s'agit de la création de l'univers « cybernétique ». Celui-ci lance un véritable défi aux normes actuelles du droit. D'abord, s'agit-il d'un « univers », c'est-à-dire d'un espace juridique nouveau ? Si oui, qui a compétence pour créer les normes cybernétiques ? Qui est le cyber-citoyen ? Certains juristes voient là un ordre juridique nouveau et autonome. D'autres, non.

Mais il faut faire preuve d'imagination pour faire entrer la cybernétique dans l'ordre juridique normal. La nature même de la cybernétique pose un problème en termes d'ordre juridique. Au plan du droit international privé, où se situe l'acte posé — contrat, crime ? La diffamation est-elle justiciable — sous quel régime juridique ? Comment sanctionner le discours haineux, le jeu interdit, la pornographie — sous quel régime juridique ? Le *chatroom* est-il public ou privé ? S'agit-il d'un domicile cybernétique ? La Charte s'applique-t-elle à la communication cybernétique — et que faire si elle est en conflit avec le droit américain en matière de liberté d'expression ?

Plusieurs se demandent aussi comment traiter des problèmes de propriété intellectuelle dans ce domaine. En somme, l'univers cybernétique va nous obliger à réexaminer les règles établies en matière de droit civil, droit criminel, délits... sans mentionner le droit international. Faut-il une nouvelle doctrine de droit pour la cybernétique ? Et cette doctrine peut-elle se développer dans l'ordre juridique interne ?

En matière de développement scientifique, l'on ne saurait passer sous silence le défi incroyable que pose au droit le domaine de la bioéthique. La recherche sur les tissus du fœtus, la recherche génétique, les traitements de fertilité vont ouvrir de nouveaux horizons au plan des relations interpersonnelles. Ce ne sont pas des questions juridiques pures qui sont posées, mais des questions avec une dimension éthique et morale. Les considérations éthiques et morales feront de plus en plus partie du discours juridique.

En dehors des questions plus exotiques, tel le clonage, il y a des questions plus mondaines qui font surface en raison de la réalisation du

projet de recherche sur le génome humain. Ce projet est mondial. Il consiste à établir une carte génétique complète de l'être humain. Le potentiel de cette découverte est inestimable. Il soulève aussi des inquiétudes sérieuses. À titre d'exemple, une compagnie d'assurances américaine a révélé que, parmi ses 400 entreprises clientes, 15 p. 100 projettent, d'ici l'an 2000, de se servir de données génétiques dans leur processus d'embauche. Les données génétiques révèlent en effet des caractéristiques et des tendances qui vont définir les personnes autant que la race. L'on risque ainsi de porter atteinte aux principes de la non-discrimination et du mérite. Peut-on accepter le critère génétique sans compromettre le principe de la dignité de la personne ? Peut-on accepter le filtre du déterminisme dans le domaine privé et enlever ainsi à des milliers de personnes l'égalité de chances, l'espoir en l'avenir ?

Les espoirs et les craintes restent vagues et indéfinis, mais la science progresse et nous presse. La réconciliation de la science et de l'ordre juridique est un défi immense.

Outre les questions normatives soulevées ici, il nous faut considérer les questions relatives aux recours et à la résolution des différends. Ce n'est pas seulement le problème ésothérique de l'utilité d'une cour cybernétique qui se pose ici, c'est celui de la meilleure façon d'arbitrer et de régler les conflits dans notre société. Les délais et les coûts du système judiciaire ont forcé la société à recourir davantage à la médiation et à l'arbitrage, à toutes sortes de mécanismes de rechange en vue du règlement des différends. Mais il faut se questionner sur le coût qu'implique la mise à l'écart du cadre formel de la norme juridique. Au Canada, les tribunaux administratifs se sont multipliés et les tribunaux ont changé les critères de révision judiciaire pour laisser une très grande latitude aux organes administratifs lorsqu'ils font preuve d'expertise. L'évolution de l'arbitrage privé, notamment en matière commerciale, soulève d'autres problèmes, notamment au plan de l'uniformité dans l'application des règles juridiques et au plan du développement du droit. Aux États-Unis, l'on craint aussi que les parties plus faibles ne soient contraintes de renoncer à leurs recours légaux. L'on pourrait aussi mentionner les difficultés inhérentes au système des recours collectifs.

Le domaine des sentences est à la une des grands quotidiens. Les criminologues, sociologues et juristes avancent leurs théories de justice rétributive ou restaurative. Certains autochtones réclament le *sentencing circle* pour les crimes mineurs, le jury de même culture pour les crimes sérieux. Certains pensent que le *sentencing circle* est possible en milieu urbain. Ce serait même là un mécanisme utile pour façonner un sens d'appartenance communautaire et renforcer la légitimité du système. C'est là que se pose le problème de l'appartenance morale dont j'ai parlé à une autre occasion. Ce concept vise l'acceptation de l'ordre juridique et social grâce

à la possibilité de contribuer à la société et à la garantie que l'on sera traité justement par ses institutions. Cela est très important à l'ère de la Charte où les décisions judiciaires sont perçues comme véhiculant une réalité politique certaine. Une façon de démontrer aux Canadiens que les tribunaux ne sont pas un frein aux valeurs démocratiques, c'est de leur donner accès à ceux-ci lorsque leurs intérêts sont mis en cause, au civil comme au criminel. L'accès à la justice doit être garanti à tous. Si l'accès est fonction des moyens financiers de chacun, l'autorité morale du droit sera déplacée par les forces du marché. L'accès à la justice pose un défi en soi.

J'ai commencé en vous parlant de l'évolution de la common law, emprisonnée pendant des siècles dans le système des brefs. Aujourd'hui encore, le monde a changé. Il se transforme de plus en plus vite sous nos yeux, et notre système judiciaire doit s'adapter. Notre défi est de faire preuve d'ouverture et d'imagination, de repenser le régime juridique qui encadre notre société. Qu'il s'agisse de reconnaître le besoin de faire justice aux autochtones, d'incorporer le droit international, de faire face aux pressions qu'exerce la science sur nos valeurs, le besoin est toujours le même. Refaire le droit en vue d'atteindre un plus haut niveau de justice et de moralité. Je ne pense pas que nous en sommes aujourd'hui là où se trouvaient les Anglais au temps du système des brefs, mais il ne faut faire preuve d'aucune complaisance. Nous avons devant nous un défi de taille.