



uOttawa

Faculté de droit
Faculty of Law
Section de common law
Common Law Section

REVUE DE DROIT D'OTTAWA
OTTAWA LAW REVIEW



2014-2015

Volume 46, no 1

Faculté de droit, Section de common law

Volume 46, No 1

Faculty of Law, Common Law Section

161 La pluralisation culturelle de la *Charte canadienne*
à l'aune de la marge d'appréciation

LUDOVIC LANGLOIS-THÉRIEN

La pluralisation culturelle de la *Charte canadienne* à l'aune de la marge d'appréciation

LUDOVIC LANGLOIS-THÉRIEN*

À l'automne 2013, le gouvernement québécois a présenté une charte de la laïcité prévoyant plusieurs mesures qui empièteraient sur la liberté de religion articulée dans la *Charte canadienne*. Prenant part au débat public, le constitutionnaliste Daniel Turp a suggéré que le Québec, en tant que « nation » reconnue par le parlement canadien, pourrait se prévaloir d'une marge d'appréciation en faisant référence au régime européen des droits de la personne. En apparence peu plausible, cette suggestion permet néanmoins d'évaluer la problématique de fédéralisme sous-jacente à l'interprétation de la *Charte canadienne* par une institution centrale à la lumière du droit international des droits de la personne. Cet exposé examine l'hypothèse de la marge d'appréciation dans le contexte d'un recours fondé sur la *Charte canadienne* porté devant la Cour suprême du Canada.

In the autumn of 2013, the Government of Quebec presented a secular charter providing for many measures that would impinge upon the freedom of religion set out in the *Canadian Charter*. Taking part in public debate, constitutionalist Daniel Turp suggested that Quebec, as a "nation" recognized by the Canadian parliament, could make use of a margin of appreciation by calling upon the European human rights regime. While seemingly unlikely, this suggestion nevertheless allows for an evaluation of the issue of federalism underlying the interpretation of the *Canadian Charter* by a central institution in light of international human rights law. This article examines the theory of the margin of appreciation in the context of an action brought before the Supreme Court of Canada pursuant to the *Canadian Charter*.

* Ludovic Langlois-Thérien s'intéresse à l'interprétation des droits de la personne au Canada, à la culture et au droit international. Après avoir obtenu son baccalauréat en droit (B.C.L./LL.B., Hons.) à l'Université McGill, il complète sa maîtrise en droit (LL.M.) à l'Université de Californie Berkeley. Durant ses études à la Faculté de droit de McGill, Ludovic a agi à titre de coordonnateur exécutif de la Chaire Hans & Tamar Oppenheimer en droit international public, a effectué des recherches pour une coalition d'ONG dans la ville de Yaoundé, au Cameroun, et a produit un rapport parallèle sur les violations du droit au logement pour le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU.

Table des matières

163	I.	INTRODUCTION
166	II.	PREMIÈRE PARTIE : LE DÉVELOPPEMENT DE LA MARGE D'APPRÉCIATION
170	A.	Marge d'interprétation ou marge d'appréciation ?
172	III.	DEUXIÈME PARTIE : L'APPRÉCIATION DES DROITS ET LA <i>CHARTÉ CANADIENNE</i>
180	IV.	TROISIÈME PARTIE : L'OPÉRATIONNALISATION DE LA MARGE D'APPRÉCIATION
181	A.	La doctrine de la marge d'appréciation en tant que norme internationale ?
186	B.	La présomption de conformité de la <i>Charte canadienne</i> vis-à-vis du mouvement des droits de la personne
187	C.	La doctrine de la marge d'appréciation en tant qu'élément « pertinent et persuasif »
189	V.	QUATRIÈME PARTIE : LA MARGE D'APPRÉCIATION EN TANT QUE CADRE DE RÉFLEXION
190	A.	La « géométrie variable » de la doctrine de la marge d'appréciation
194	B.	La marge d'appréciation et le dialogue constitutionnel
195	VI.	REMARQUES FINALES

La pluralisation culturelle de la *Charte canadienne* à l'aune de la marge d'appréciation

LUDOVIC LANGLOIS-THÉRIEN

I. INTRODUCTION

Je n'accorde pas une valeur absolue et éternelle aux structures politiques et aux formes constitutionnelles des États... À l'exception de quelques grands principes qui doivent être sauvegardés, tels la liberté et la démocratie, le reste doit être adapté aux circonstances historiques, aux traditions, à la géographie, aux cultures et aux civilisations¹.

Si les droits de la personne ont pu « remporter le combat idéologique de la Modernité »², leur popularisation a aussi entraîné la remise en question de leur caractère « universel »³. En effet, l'applicabilité des droits de la personne en tant que langage moral à un grand nombre d'individus différents suppose une certaine flexibilité pour prendre en compte ces différences. La remise en question de l'universalité des droits de la personne s'est principalement manifestée dans la problématisation du développement du discours des droits de l'homme sur la base du pluralisme culturel⁴. Sur le plan juridique, les régimes des droits de la personne ont dû adapter la portée normative du projet des droits de la personne aux impératifs de la démocratie, du libéralisme et de la primauté du droit⁵. Ces régimes ont donc développé des mécanismes pour apprécier les droits de la personne, comme le test

1 Pierre Elliott Trudeau, *Le fédéralisme et la société canadienne-française*, Montréal, HMH, 1967 à la p 12.

2 Costas Douzinas, *The End of Human Rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart, 2000 à la p 2.

3 Voir Christina M Cerna, « Universality of Human Rights and Cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts » (1994) 16:1 Hum Rts Q 740. Voir aussi Kenneth Cmiel, « The Recent History of Human Rights » (2004) 109:1 American Historical Rev 117.

4 Voir Jack Donnelly, « Cultural Relativism and Universal Human Rights » (1984) 6:1 Hum Rts Q 400.

5 Voir Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2^e éd, Ithaca, Cornell University Press, 2003 aux pp 185–204.

*Oakes*⁶ de la *Charte canadienne des droits et libertés*⁷ (ci-après « *Charte canadienne* ») ou la doctrine de la marge d'appréciation de la *Convention européenne des droits de l'Homme*⁸ (ci-après « *CEDH* »). Ces mécanismes jouent un rôle crucial en permettant entre autres de tenir compte de la diversité culturelle dans l'interprétation et l'application des droits de la personne.

Au Canada, la problématisation culturelle des droits de la personne s'est manifestée par rapport à l'application de la *Charte canadienne* au Québec. La province du Québec a souvent fait valoir une interprétation particulière de certains droits pour protéger sa spécificité, notamment en ce qui concerne la pérennité de la langue française, le statut légal des conjoints de fait ou, plus récemment, la neutralité religieuse de l'État. En effet, le développement et la diversification de la société canadienne ont eu pour effet de marginaliser la société québécoise traditionnelle. Ce malaise identitaire aurait résulté en un certain scepticisme à l'égard des accommodements religieux – allant jusqu'à justifier la création de la Commission Bouchard-Taylor (ci-après la « Commission ») en 2007 pour enquêter sur les ramifications de ce malaise et offrir des pistes de solutions et incidemment, le développement de la part du gouvernement du Parti québécois d'un projet de loi visant à encadrer la laïcité au sein de la société québécoise en 2013⁹. Cette loi (la « *Charte des valeurs québécoises* ») interdirait le port de signes religieux ostentatoires par le personnel de l'État et obligerait le visage découvert lorsqu'on donne ou reçoit un service de l'État¹⁰. La grande majorité des commentateurs se sont entendus pour dire que de telles mesures iraient à l'encontre de la liberté religieuse articulée dans la *Charte canadienne*. Cependant, certains experts se sont montrés plus nuancés. L'ancien député et professeur Daniel Turp a suggéré que si la loi portait effectivement atteinte à la liberté de religion contenue dans la *Charte canadienne*, le Québec pourrait se prévaloir de la marge d'appréciation à la manière des pays européens vis-à-vis de la *CEDH*¹¹. La doctrine de la marge d'appréciation désigne la déférence que les organes européens confèrent aux branches législatives, exécutives et judiciaires des États membres avant de pouvoir déclarer

6 *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103, 26 DLR (4^e) 200.

7 *Loi constitutionnelle de 1982*, Partie I, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

8 *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [*CEDH*].

9 Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, présidé par Gérard Bouchard et Charles Taylor, Gouvernement du Québec, 2008 aux pp 15–22 [*Rapport de la Commission Bouchard-Taylor*].

10 Québec, Secrétariat à l'accès à l'information et à la réforme des institutions démocratiques, communiqué, « *Charte des valeurs québécoises – Québec présente ses propositions en matière de neutralité religieuse de l'État et d'encadrement des accommodements religieux* » (10 septembre 2013), en ligne : Site officiel du Secrétariat <<http://www.institutions-democratiques.gouv.qc.ca/laicite-identite/communiqués/2013/2013-09-10.htm>>.

11 Sean Fine, « *Is Quebec's secular charter constitutional?: Nine legal experts weigh in* », *The Globe and Mail* (14 septembre 2013), en ligne : <<http://www.theglobeandmail.com/news/politics/is-quebecs-secular-charter-constitutional-nine-legal-experts-weigh-in/article14324825/?page=all>>.

qu'une dérogation de la *CEDH*, qu'une restriction ou qu'une limitation de droits garantis par la *CEDH*, puisse constituer une violation en substance de la *CEDH*¹². Cet article examinera la pertinence de cette suggestion plutôt inusitée en mettant l'accent sur la relation entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif et la problématisation culturelle des droits de la personne. Dans le contexte de notre argument, la marge d'appréciation réfèrera spécialement au concept de droit international permettant d'interpréter une norme des droits de la personne de manière différente selon l'État (dans le contexte du Canada, la province) en vertu de sa culture particulière.

Enfin, rappelons que le supposé malaise identitaire du Québec a eu un impact métaconstitutionnel surprenant! En 2006, en plein cœur du débat public sur le multiculturalisme et les accommodements religieux, le Parlement fédéral a adopté une motion pour affirmer « que les Québécoises et les Québécois [formaient] une nation au sein d'un Canada uni »¹³. En prenant soin de ne pas encourager la fragmentation du Canada, les échanges parlementaires ont tout de même spécifié que le terme « nation » puisse impliquer l'idée d'une société distincte¹⁴. Bien que cette motion n'ait *a priori* aucune force obligatoire en droit, la profondeur des échanges parlementaires ayant mené à son adoption lui confère une force probante par rapport à l'évaluation du fait culturel québécois distinct et de son rôle normatif. Ainsi, en poussant la logique, pourrions-nous envisager que la distinction culturelle québécoise puisse justifier un dédoublement de certaines normes des droits de la personne de la *Charte canadienne*?

Cette question constitue la prémisse sur laquelle se base l'hypothèse d'utiliser la marge d'appréciation pour protéger une conception de la liberté de religion propre au Québec et qui serait distincte de celle qui prévaut au Canada. Le présent article argumentera qu'une telle appréciation des droits de la personne pose des questions sur la relation entre les différentes branches du pouvoir (Cour suprême vis-à-vis du Parlement et des législatures provinciales), entre les différents paliers du pouvoir (fédéral vis-à-vis provincial) et entre les différentes communautés affectées (dans ce cas-ci, la majorité au Québec vis-à-vis les minorités). Dans la première partie, nous décrirons le développement de la marge en droit européen et en droit international. Dans la deuxième partie, nous délimiterons le cadre dans lequel s'inscrit la pertinence de la marge d'appréciation quant à l'interprétation de la *Charte canadienne*. Dans la troisième partie, nous examinerons concrètement de

12 Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1996 à la p 13. Au cours de ce texte, lorsque nous référerons à la « doctrine de la marge d'appréciation », nous entendons précisément la doctrine de la marge d'appréciation développée et appliquée en droit européen.

13 *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl, 1^{re} sess, n° 87 (27 novembre 2006) à la p 1245 (Stéphane Dion). Voir *ibid* aux pp 1239–1355.

14 Voir par ex *Débats de la Chambre des communes*, 39^e parl, 1^{re} sess, n° 87 (27 novembre 2006) à la p 1234 (Garth Turner : « Je n'ai rien contre la notion selon laquelle les Québécois constituent une société distincte »).

quelle manière la marge d'appréciation pourrait prendre effet en droit canadien. En admettant qu'il soit peu probable que la marge d'appréciation s'applique au Canada, il reste que son examen rend compte des limites du discours judiciaire de la *Charte canadienne* par rapport au pluralisme culturel.

II. PREMIÈRE PARTIE: LE DÉVELOPPEMENT DE LA MARGE D'APPRÉCIATION

Le développement de la marge d'appréciation dans le régime européen des droits de la personne est lié étroitement au développement de la communauté européenne. En effet, depuis l'établissement du régime européen en 1954 jusqu'à la première évocation de la doctrine de la marge d'appréciation en 1960, la *CEDH* ne s'appliquait qu'à quelques pays occidentaux relativement similaires. Or, au fil de la croissance du régime de la *CEDH*, celui-ci s'est non seulement renforcé substantivement, mais il s'est aussi étendu à plus de quarante-sept pays aux cultures très diverses, incluant notamment la Turquie et plusieurs pays de l'ex-URSS. L'histoire de la marge d'appréciation met en évidence la problématique de la légitimité posée par le déficit démocratique d'un régime supranational des droits de la personne et les défis de la diversité culturelle.

La notion de la marge d'appréciation a été esquissée par rapport à la détermination d'un « danger public » de la part d'un État défendeur au sens de l'article 15 de la *CEDH*, qui stipule « [qu'en] cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention » dans les premiers arrêts de la Commission¹⁵. Cette interprétation doit être évaluée à la lumière du contexte d'adoption de la *CEDH* en 1950. Face à la menace du totalitarisme, l'établissement de la *CEDH* est perçu comme la garantie d'un standard minimal plutôt qu'un instrument dynamique de propagation des droits de la personne¹⁶. À ce moment, plusieurs membres du Conseil de l'Europe, le Royaume Uni en tête, sont plutôt sceptiques à l'idée de renoncer à une part de leur souveraineté au profit d'un régime supranational obligatoire des droits de la personne¹⁷. L'acceptation des protocoles et des clauses optionnelles portant sur la juridiction et l'effet de la *CEDH* est un processus éminemment politique : par exemple, les petits pays s'engagent car ils ont peu à perdre, l'Allemagne et l'Autriche s'engagent pour s'exorciser de leur rôle lors de la Seconde Guerre mondiale¹⁸. La marge d'appréciation sert donc initialement à protéger le régime de la *CEDH* d'une application trop stricte

15 *CEDH*, *supra* note 8, art 15.

16 Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, New York, Oxford University Press, 2010 aux pp 8–10 [Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*].

17 Ces réticences sont notamment démontrées dans les débats au cours de la création de la *CEDH*. Voir John T P Humphrey, *Human Rights & the United Nations: a great adventure*, New York, Transnational, 1984 à la p 95. Voir aussi Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, *supra* note 16 à la p 8.

18 Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, *supra* note 16 aux pp 175–76.

susceptible de nuire à sa crédibilité et à son effectivité à long terme¹⁹. En bref, le régime de la *CEDH* veut éviter les controverses et cherche plutôt à consolider son autorité. La marge d'appréciation sert donc à réconcilier les appréhensions des États membres avec les questions politiques sensibles que la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CrEDH ») est appelée à examiner.

Cette consolidation a lieu au cours des années 1960. Alors que la plupart des colonies deviennent indépendantes, les anciennes métropoles ont plus de facilité à accepter le rôle de la Cour²⁰. L'activité de la Cour s'intensifie peu à peu jusqu'à l'*Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*²¹ en 1965 portant sur l'éducation de Francophones en langue flamande en Belgique. La notion de marge d'appréciation fait place à l'idée d'une « certaine discrétion » dans l'interprétation des droits. La Cour tolère la discrimination lorsque son but poursuivi est « légitime » et que la manifestation de la discrimination est proportionnelle au but recherché²². Par la suite, la Cour évoquera l'expression « pouvoir national d'appréciation » dans les affaires *Vagrancy* et *Golder*²³. Dans l'affaire *Engel*, la Cour déclarera que les inégalités engendrées par l'application de la discipline militaire font partie de la « marge d'appréciation considérable » allouée à chaque État²⁴.

En 1976, la doctrine de la marge d'appréciation est articulée sous sa forme actuelle dans l'affaire *Handyside c Royaume Uni*. M. Handyside s'était fait interdire la publication d'un livre pour enfants contenant des passages controversés sur la sexualité. Il avait alors porté plainte pour atteinte à sa liberté d'expression protégée par l'article 10 de la *CEDH*. Après avoir examiné les motifs des autorités britanniques selon lesquels le livre pouvait « corrompre et dépraver » les enfants, la CrEDH déclara qu'on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale »²⁵.

19 La marge d'appréciation est ainsi connexe au principe général de subsidiarité selon lequel la responsabilité d'une politique devrait incomber au plus bas pallier possible de gouvernement. Ainsi, en droit européen, le principe de subsidiarité vise à promouvoir les initiatives locales dans la mesure où elles sont efficaces. Voir EUR-Lex - Synthèses de la législation de l'UE, « Le principe de subsidiarité » (4 mars 2010), en ligne : Site officiel de l'Union européenne <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_fr.htm>.

20 Notamment le Royaume-Uni en 1966. Voir Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, supra note 16 à la p 186. La France acceptera cette juridiction seulement en 1981. Voir généralement Gérard Cohen-Jonathan, « La reconnaissance par la France du droit de recours individuel devant la Commission européenne des Droits de l'Homme » (1981) 27 AFDI 269.

21 (1968), 6 Cour Eur DH (Sér A) 4, 1 EHRR 252.

22 Voir Robert Pelloux, « L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire linguistique belge (fond) » (1968) 14 AFDI 201 aux pp 208–09.

23 Voir *Affaires De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagabondage »)* (1971), CEDH (Sér A) 4 au para 93, 1 EHRR 373, [*DeWilde, Ooms et Versyp*]; *Golder c Belgique* (1975), 18 CEDH (Sér A) 20 au para 45, 1 EHRR 524 [*Golder*].

24 *Engel et autres c Pays-Bas (n° 2)* (1976), 22 CEDH (Sér A) 29 au para 72, 1 EHRR 706 [*Engel*].

25 Voir *Handyside c Royaume-Uni* (1976), 24 CEDH (Sér A) 21 au para 48, 1 EHRR 737 : « En particulier, on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale ». L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur

La marge d'appréciation s'impose alors définitivement comme un outil de dialogue sensible aux impératifs politiques de la légitimité entre les États, leurs branches judiciaires et les institutions européennes centrales. En articulant la marge d'appréciation, la CrEDH s'ouvre au pluralisme des interprétations des droits de la personne. Le droit à la liberté d'expression doit respecter la « morale » et cette dernière peut varier d'une société à l'autre ; ainsi, le droit à la liberté d'expression varie lui aussi intrinsèquement d'une société à l'autre. Ce faisant, la CrEDH n'émet pas nécessairement un blâme envers le Royaume Uni ; au contraire, elle se refuse la possibilité d'effectuer un jugement, qu'il soit positif ou négatif, sur ce qui constitue la « morale » britannique.

Plus de dix ans plus tard, dans l'affaire *Müller c Suisse* concernant la confiscation de peintures supposément obscènes, la CrEDH indique que « comme à la date de l'arrêt *Handyside*, [...] on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers États contractants une notion uniforme de [la morale] »²⁶. En 1994, dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c Autriche* concernant un film diffamant la religion catholique, la CrEDH étend son interprétation de la « morale » à la religion en stipulant que « [c]omme pour la « morale », il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société ; semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays »²⁷. Sur cette base, la CrEDH refuse de reconnaître une « atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci s'exerce contre les sentiments religieux d'autrui », il est préférable de s'en remettre aux autorités locales²⁸. Cette approche sera confirmée dans les affaires *Wingrove* (1997) puis *Murphy* (2003), où la CrEDH confirme la grande variabilité des croyances et de ce qui peut être considéré offensant²⁹.

En parallèle, notons que la consolidation du régime européen des droits de l'Homme s'est complétée durant les années 1980 et 1990, jusqu'à l'adoption en 1998 du Protocole n°11 abolissant la *CEDH* et consacrant l'autorité de la CrEDH³⁰. Pendant cette période, et plus spécialement après la chute du mur de

pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre. La Cour note à cette occasion que si l'adjectif « nécessaire », au sens de l'article 10 § 2, n'est pas synonyme d'« indispensable » [...] [i]l n'en appartient pas moins aux autorités nationales de juger, au premier chef, de la réalité du besoin social impérieux qu'implique en l'occurrence le concept de « nécessité ». Dès lors, l'article 10 par. 2 (art. 10-2) réserve aux États contractants une marge d'appréciation » [nous soulignons].

26 *Müller et autres c Suisse* (1988), 133 CEDH (Sér A) 6 au para 35, 13 EHRR 212.

27 *Otto-Preminger-Institut c Autriche* (1994), 295 CEDH (Sér A) 3 au para 50, 19 EHRR 34.

28 *Ibid.*

29 Voir *Murphy c Irlande*, n° 44179/98, [2003] IX CEDH 33, au para 67, 38 EHRR 212 : « Du reste, comme dans le domaine de la morale, et peut-être à un degré plus important encore, les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à « la protection des droits d'autrui » s'agissant des attaques contre des convictions religieuses. Ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions » [nous soulignons]. Voir également *Wingrove c Royaume-Uni* (1996), 23 CEDH (Sér A) 1937, 24 EHRR 1.

30 Voir Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, *supra* note 16 aux pp 391–431.

Berlin, le régime de la *CEDH* a dû faire face à une diversité croissante de plaignants et de contextes³¹. La doctrine de la marge d'appréciation permet d'accommoder la diversité culturelle de l'Europe³². Malgré le préambule de la *CEDH* proclamant une « conception commune et [le] commun respect des droits de l'Homme », la CrEDH ne semble pas promouvoir délibérément une uniformisation des droits de la personne³³. Au contraire, le régime européen internalise la problématisation culturelle des droits de la personne et adopte une position plus nuancée. La CrEDH pousse ainsi l'interprétation flexible des normes de la *CEDH* vers la prise en compte des solutions développées dans les juridictions nationales, sans toutefois nécessairement « valider » ces solutions.

Ce changement a été perçu dans d'autres systèmes des droits de la personne. Par exemple, en 1981, dans l'affaire *Shirin Aumeeruddy-Cziffra*, alors qu'il est question de législation discriminant les femmes mariées mauriciennes, le Comité des droits de l'Homme de l'ONU (ci-après le « Comité ») indique que « la protection juridique et les mesures qu'une société ou un État peuvent accorder à la famille peuvent varier d'un pays à l'autre et dépendre des diverses situations et traditions sociales, économiques, politiques et culturelles »³⁴. En 1985, dans l'affaire *Hertzberg*, le Comité examine la censure de propos concernant l'homosexualité et déclare que « la notion de moralité publique varie beaucoup. Il n'existe pas, à cet égard, de critère universellement applicable. En conséquence, un certain pouvoir d'appréciation doit être reconnu dans ce domaine aux autorités nationales »³⁵. Or, comme dans le contexte du régime européen, cette marge d'appréciation n'est pas illimitée. Ainsi, la décision *Hertzberg* doit être contextualisée à la lumière de l'affaire *Toonen* (1992), où le Comité indiqua qu'il ne pouvait pas « accepter l'idée que [...] les questions de morale [soient] exclusivement du ressort interne car ce serait retirer au Comité son droit de regard sur un grand nombre de textes qui peuvent représenter une immixtion dans la vie privée »³⁶. L'objectif de la marge

31 *Ibid.*

32 Patricia Wiater, *Le dialogue interculturel dans le système européen de protection des droits de l'homme*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2011 aux pp 23–24.

33 Hélène Surrel, « Pluralisme et recours au consensus dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » dans Michel Levinet, dir, *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 61.

34 *Shirin Aumeeruddy-Cziffra et 19 autres Mauriciennes c Maurice*, Déc Comité des droits de l'homme 35/1978, supp n° 40, Doc AG NU A/36/40 (1981) 144 au para 9.2.b) 2.ii) 1 [*Aumeeruddy-Cziffra*].

35 *Leo Hertzberg et al c Finlande*, Déc Comité des droits de l'homme 61/1979, Doc off AG NU, 37^e sess, supp n° 40, Doc NU A/37/40 (1982) 178 au para 10.3 [*Hertzberg*]. La marge d'appréciation est aussi reconnue dans le régime interaméricain des droits de la personne. En 1984, dans l'affaire *Amendements proposés aux dispositions de naturalisation de la constitution du Costa Rica*, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme déclare qu'elle « est parfaitement consciente de la marge d'appréciation réservée aux États par rapport [aux prérogatives reliées à la citoyenneté] » [notre traduction]. Voir *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica* (1984), Avis consultatif OC-4/84, Inter-Am Ct HR (Sér A) n° 4, en ligne : <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/advisory-opinions>>.

36 *Toonen c Australie*, Déc Comité des droits de l'homme 488/1992, Doc off AG NU, 49^e sess, supp n° 40, Doc NU A/49/40, vol II (1994) 242 au para 8.6.

d'appréciation n'est pas d'enrayer la standardisation des droits de la personne, mais plutôt que cette standardisation soit plus flexible. Ainsi, bien que les problématiques morales puissent être à la fois du ressort domestique et international dans différentes mesures, la marge d'appréciation existe justement pour permettre au Comité d'évaluer plus précisément ces mesures, et de pouvoir tenir compte de la différence culturelle le cas échéant. L'interprétation du Comité des droits de l'Homme s'inscrit pleinement dans la remise en question de l'universalité des droits de la personne, et de la nécessité de valoriser les rapports interculturels.

Dans le régime européen de la *CEDH*, l'instrumentalisation de la marge d'appréciation pour accommoder diverses cultures se manifeste de manière particulièrement évidente par rapport au droit à la liberté de religion. En effet, la CrEDH a adapté son raisonnement développé dans *Otto-Preminger-Institut, Wingrove* et *Murphy* à la Turquie. Ainsi, dans l'affaire *Leyla Sahin c Turquie*, en examinant si une université turque avait le droit d'interdire le port du voile par une Musulmane, la Cour délimite l'ampleur de cette marge d'appréciation « [en tenant compte] de l'enjeu, à savoir la protection des droits et libertés d'autrui, les impératifs de l'ordre public, la nécessité de maintenir la paix civile et un véritable pluralisme religieux, indispensable pour la survie d'une société démocratique »³⁷. En tenant compte de la valeur spéciale de la laïcité en Turquie, notamment par rapport à la menace islamiste, la Cour a jugé que les autorités turques avaient agi à l'intérieur de leur marge d'appréciation, et qu'elle n'était donc pas en mesure d'évaluer leurs actions. Ce faisant, la CrEDH rappelle que dans les décisions *Karaduman*³⁸ et *Dahlab*³⁹, la Commission européenne des droits de l'Homme avait affirmé que la perception extérieure du port du voile par les tiers parties pouvait être un élément déterminant⁴⁰. Ainsi, force est de constater que le recours à la déférence de la CrEDH se conjugue à un effort explicite pour considérer la communauté concernée, même si certains doutent de la validité de cet effort⁴¹.

A. Marge d'interprétation ou marge d'appréciation ?

Il convient ici d'ouvrir une parenthèse afin de définir clairement la notion de marge d'appréciation à la lumière des différents rôles qu'elle a joués au cours des cinquante dernières années en droit international. En effet, la marge d'appréciation a entre autres servi d'élément protégeant la légitimité du régime européen et d'outil de

37 *Leyla Sahin c Turquie*, n° 44774/98, [2005] XI CEDH 115 au para 110, 41 EHRR 109 [*Sahin*].

38 *Karaduman c Turquie*, n° 16278/90, (1993) DR 74.

39 *Dahlab c Suisse*, n° 42393/98, [2001] V CEDH 429.

40 *Sahin*, *supra* note 37 au para 111.

41 Cet effort est l'objet d'âpres critiques, qui soulignent la superficialité et le simplisme de l'examen de la CrEDH. Voir notamment Benjamin Bleiberg, « Unveiling the Real Issue: Evaluating the European Court of Human Rights' Decision to Enforce the Turkish Headscarf Ban in *Leyla Sahin v Turkey* » (2005) 91:1 Cornell L Rev 129 [Bleiberg].

gestion de la diversité culturelle entre les différentes communautés de l'Europe⁴². Dans le contexte de l'interprétation juridique, la « marge » réfère à un certain écart par rapport à la norme. Or, il existe différents types d'écart selon qu'on parle des limites raisonnables posées aux droits ou de la substance même des droits. Dans le contexte du régime européen des droits de la personne, il existe une confusion par rapport à ces deux idées parce que la Cour réfère uniformément à la « doctrine de marge d'appréciation » pour exprimer les différents types d'écart dont elle se prévaut⁴³.

Lorsque la Cour fait la lecture des termes de la *CEDH* en fonction « [des] circonstances, [des] demandes et [du] contexte », elle ne fait qu'interpréter le droit ; lorsqu'elle évoque la pertinence de « la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants », elle fait référence à la marge d'appréciation entre les États⁴⁴. Le professeur Letsas nomme ces différentes marges : marge d'appréciation « substantive » et marge d'appréciation « structurelle »⁴⁵. D'une part, la marge « substantive » sert à évaluer la portée des droits de la personne à travers le concept de limites excusables ; ces limites contribuent à définir la « substance » des normes. Dans ce cas, l'expression « marge d'appréciation » sert simplement à présenter le résultat d'une interprétation flexible et contextualisée des droits de la personne⁴⁶. Cette marge s'appuie sur une

42 Sweeney arrive à une conclusion similaire, tout en reconnaissant l'universalité du système européen des droits de la personne, dans son analyse des décisions de la CrEDH. Voir notamment James A Sweeney, « Margins of appreciation, cultural relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era » (2005) 54:2 ICLQ 459 [Sweeney, « Margins of appreciation in the Post-Cold War Era »]. Voir aussi James A Sweeney, *Margins of appreciation, cultural relativity and the European Court of Human Rights*, thèse de doctorat en droit, University of Hull – Department of Law, 2003 [non publiée] en ligne : University of Hull < <https://hydra.hull.ac.uk/resources/hull:3557> > aux pp 169–76 [Sweeney, *Margins of appreciation*].

43 Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste » (2001) 46:4 RD McGill 923 aux pp 925–28 [Delmas-Marty et Izorche]. Voir aussi George Letsas, « Two Concepts of the Margin of Appreciation » (2006) 26:4 Oxford J Legal Stud 705 [Letsas].

44 Delmas-Marty et Izorche, *supra* note 43 à la p 935.

45 Letsas, *supra* note 43 à la p 706.

46 Voir l'opinion concordante du juge Rozakis dans *Odièvre c France* [GC], n° 42326/98, [2003] III CEDH 1, à la p 34, 38 EHRR 871 : « Je souscris entièrement à la conclusion de la majorité de la Grande Chambre selon laquelle il n'y a pas eu en l'espèce violation de l'article 8 de la Convention. Toutefois, j'aimerais exprimer un point de vue différent quant au raisonnement qui a conduit à cette conclusion, plus particulièrement quant au poids que la majorité a accordé à la marge d'appréciation dont bénéficie l'État français dans les circonstances de la cause. Bien entendu, je ne nie pas qu'en l'absence de normes européennes communes en matière d'abandon d'enfants dans le secret et l'anonymat, la France jouisse d'une certaine marge d'appréciation pour fixer les modalités selon lesquelles seront divulguées les informations relatives à l'identité des parties ; la Cour s'y réfère d'ailleurs à juste titre. Cependant, il me paraît que, dans son raisonnement, la Cour a accordé une trop grande place à cet aspect particulier de la marge d'appréciation [...] au lieu de montrer qu'elle a établi un équilibre juste et satisfaisant entre la marge d'appréciation limitée (une "certaine" marge d'appréciation) dont jouit la France et le critère de nécessité (nécessaire dans une société démocratique) qui est pour moi le critère fondamental à appliquer dans les circonstances de la cause. De fait, lorsque, comme en l'espèce, la Cour a en sa possession une multitude d'éléments permettant de conclure qu'il est satisfait au critère de nécessité et prend la peine de procéder à une analyse soi-

norme unique puisqu'elle ignore la possibilité d'une pluralisation des standards inscrits dans la *CEDH*. Il s'agit de la marge donnée au législateur par le test *Oakes*.

Il s'agit donc de l'autre marge, la marge « structurelle », qui nous intéresse. Elle permet une pluralisation de la norme en admettant qu'un droit puisse se manifester différemment selon les contextes culturels. Le juge international valide l'interprétation du juge national, même si elle diffère de pays en pays. Ainsi, tel que défini dans l'affaire *Irlande c Royaume Uni* : « en contact direct et constant avec les réalités pressantes du moment, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international »⁴⁷. La meilleure position des autorités nationales a pour corolaire la position « moins bonne » de la CrEDH. En d'autres mots, la CrEDH admet alors qu'elle est incapable de discerner clairement les enjeux en question, et elle refuse donc de procéder à une évaluation de ces enjeux, tout en permettant, dans une certaine mesure, que plusieurs lectures d'une même norme puissent coexister. C'est ce qui est survenu dans l'affaire *Handyside* lorsque la Cour décida qu'elle ne pouvait pas évaluer la « morale » britannique par rapport aux « morales » d'autres pays européens.

III. DEUXIÈME PARTIE : L'APPRÉCIATION DES DROITS ET LA CHARTE CANADIENNE

L'utilité de la marge d'appréciation est liée étroitement à la nature de l'instrument juridique qu'elle sert à interpréter. Ainsi, la doctrine de la marge d'appréciation s'est développée en rapport constant avec le développement de la *CEDH*. Ce rapport est mis en évidence par l'incorporation de la marge dans d'autres systèmes des droits de la personne. Par exemple, comme le Comité des droits de l'Homme de l'ONU est *de facto* non-obligatoire, nous pouvons présumer qu'il n'est pas autant préoccupé par sa légitimité que pouvait l'être la CrEDH ; il est donc normal que l'attrait du Comité pour la marge ait porté sur sa capacité à concilier différentes approches

gneuse de tous ces éléments, la référence à la marge d'appréciation devrait être reléguée à un rôle subsidiaire. En lisant attentivement l'arrêt, on se rend compte que la Cour a procédé à une analyse des intérêts concurrents en jeu en appliquant de manière explicite ou implicite sa propre jurisprudence afin de rechercher lesquels des intérêts de la requérante, d'une part, et de la société démocratique, de l'autre, méritent le plus d'être protégés et pourquoi. [...] Dans une affaire où les intérêts protégés semblent être d'une égale importance au regard de la Convention, et où l'intérêt général ainsi que des valeurs plus élevées doivent l'emporter sur les intérêts individuels, la solution adoptée par la France face à ce dilemme semble pertinente et suffisante [...]. Il ressort clairement de l'analyse des éléments pris en compte qui précède que la Cour a traité de manière approfondie du fond de l'affaire et qu'en réalité la marge d'appréciation a joué un rôle assez marginal dans cette appréciation. Or, comme je l'ai déjà déclaré, le libellé de l'arrêt peut donner une fausse impression et affaiblir la règle énoncée dans l'affaire *Mikulić c Croatie* (n° 53176/99, CEDH 2002-I) rappelée en l'espèce, à savoir que les principes applicables sont les mêmes que les obligations découlant de l'article 8 soient positives ou négatives : « En particulier, dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation ».

47 *Irlande c Royaume-Uni* (1978), 25 CEDH (Sér A) 5 au para 207, 2 EHRR 25.

culturelles. Dans le même ordre d'idées, nous proposerons que la pertinence potentielle de la marge d'appréciation au Canada puisse dépendre de la nature de la *Charte canadienne* dans le contexte juridique et constitutionnel du Canada.

Comme nous l'avons mentionné plus tôt, la *Charte canadienne* a été adoptée lors du rapatriement de la Constitution canadienne en 1982. Cet événement est souvent interprété en tant que réaction à l'émancipation sociopolitique du Québec ; la *Charte canadienne* aurait ainsi été un moyen de renforcer un sentiment d'unité canadienne⁴⁸. Ainsi, en encourageant les instances judiciaires à « contrôler » les initiatives provinciales selon un modèle unitaire, la *Charte canadienne* a été initialement perçue comme allant à l'encontre du principe du fédéralisme canadien⁴⁹. C'est dans ce contexte que la Cour suprême élaborera le principal mécanisme d'appréciation des droits de la personne au Canada : le test *Oakes*. Après les psychodrames constitutionnels de l'accord du Lac Meech (1988) et de l'accord de Charlottetown (1992), et le second référendum sur la souveraineté du Québec (1995), les rôles de la Cour suprême et de la *Charte canadienne* ont passablement évolué.

En effet, à travers plusieurs décisions célèbres, dont notamment le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁵⁰ et *Delgamuukw*⁵¹, la Cour suprême s'est imposée en tant qu'acteur constitutionnel significatif⁵². L'importance croissante de la Cour suprême a eu un impact direct sur la nature de la *Charte canadienne*, qui est devenue l'outil de prédilection pour faire progresser les droits des minorités⁵³. Plutôt que d'assister à une « judiciarisation » du pouvoir au Canada, l'action de la Cour suprême et l'avancement des droits de la personne ont été redéfinis selon les termes d'un dialogue constitutionnel entre la Cour suprême et la branche législative⁵⁴. Ce dialogue décrivait alors le processus selon lequel les décisions de la Cour suprême entraînaient des modifications législatives de la part des législatures fédérales et provinciales dépendant de l'objet de la loi, sans pour autant que ces modifications aillent complètement à l'encontre de l'objet initialement recherché par la loi⁵⁵.

48 Sujit Choudhry, « Bills of Rights as Instruments of Nation-Building in Multinational States: The Canadian Charter and Quebec Nationalism » dans James B Kelly et Christopher P Manfredi, dir, *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, 233.

49 Voir notamment Guy Laforest, *Trudeau and the End of a Canadian Dream*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1995 à la p 134 ; Fernand Dumont, *Raisons communes*, Montréal, Boréal, 1995 à la p 40. Voir aussi Jean-François Gaudreault-DesBiens, « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë » (2003) n° spécial, R du B 271.

50 [1998] 2 RCS 217, 161 DLR (4^e) 385.

51 [1997] 3 RCS 1010, 153 DLR (4^e) 193.

52 Voir James B Kelly et Michael Murphy, « Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism: Canada's Supreme Court as Meta-Political Actor » (2005) 35:2 *Publius* 217 [Kelly et Murphy].

53 Luan-Vu N Tran, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Justification, Methods, and Limits of a Multicultural Interpretation » (1996) 28:1 *Colum HRLR* 33.

54 Peter Hogg et Allison A Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts And Legislatures (Or Perhaps The Charter Of Rights Isn't Such A Bad Thing After All) » (1997) 35:1 *Osgoode Hall LJ* 75 [Hogg et Bushell].

55 *Ibid* aux pp 80–82.

Cette conception du dialogue a été affinée au cours des dernières années : aujourd'hui, la Cour suprême peut être perçue comme une institution « métapolitique », car son activité engage non seulement un dialogue avec la branche législative du pouvoir, mais aussi directement avec les différentes communautés impliquées, notamment lorsque ces communautés ont une saveur constitutionnelle particulière⁵⁶. Par exemple, dans le contexte des communautés autochtones, la Cour suprême a défini les paramètres de l'interaction entre les populations autochtones et le gouvernement⁵⁷. Dans le contexte du Québec, la Cour suprême a contribué à l'interaction entre l'Assemblée nationale, le Ministère de la Justice et la Commission québécoise des droits de la personne⁵⁸. La Cour suprême s'est aussi appuyée sur le caractère distinct du Québec pour interpréter certains droits⁵⁹. C'est dans ce cadre que nous examinerons la pertinence de la doctrine de la marge d'appréciation, tel qu'elle a été développée en droit européen.

Si la doctrine de la marge d'appréciation ne fait pas partie du droit canadien, il reste qu'elle trouve un certain écho dans le discours judiciaire de la *Charte canadienne* et du fédéralisme. À mesure que la Cour suprême s'est imposée en tant qu'acteur métapolitique, la *Charte canadienne* a acquis une résonance ressemblant à celle de la *CEDH*. La *Charte canadienne* est ainsi appelée à gérer la « souveraineté » des différentes provinces constituant le Canada, tout en promouvant certaines valeurs communes. Bien que la *Charte canadienne* régisse aussi la sphère fédérale, la présente thèse envisage la résonance de la marge d'appréciation au Canada dans la mesure où il peut y avoir une adéquation entre une culture distincte et une unité territoriale politique. Au Canada, les exemples les plus évidents d'une telle adéquation concernent la province du Québec, comme démontré par l'adoption de la motion sur la « nation québécoise », et le Nunavut. La présente thèse considèrera uniquement l'exemple du Québec. Dans cette optique, notre examen de la résonance de la marge d'appréciation s'articule principalement dans le contexte de la Cour suprême du Canada, en tant qu'organe chargé de superviser des régimes de droit et des communautés diversifiés.

56 Kelly et Murphy, *supra* note 52. Voir aussi F L Morton, « The Effect of the Charter of Rights on Canadian Federalism » (1995) 25:3 *Publius* 173; James B Kelly, « Reconciling Rights and Federalism during Review of the Charter of Rights and Freedom: The Supreme Court of Canada and the Centralization Thesis, 1982 to 1999 » (2001) 34:2 *Revue canadienne de science politique* 321.

57 Kelly et Murphy, *supra* note 52 aux pp 222–32.

58 *Ibid* aux pp 232–41.

59 Voir *Ford c Québec (PG)*, [1988] 2 RCS 712 à la p 781, 54 DLR (4^e) 577 [*Ford*] où la Cour discute de la nécessité de préserver le « visage linguistique du Québec ». Voir aussi *R c Advance Cutting & Coring Ltd*, 2001 CSC 70, [2001] 3 RCS 209. Voir notamment au paragraphe 239 où le Juge Lebel, en se référant aux circonstances entourant l'industrie de la construction au Québec, explique que « [les] considérations politiques, sociales et économiques pertinentes débordent largement du domaine d'expertise des tribunaux. Cette démarche restrictive et prudente en matière d'intervention des tribunaux dans le domaine des relations du travail reflète une bonne compréhension des fonctions des tribunaux et de celles des législatures. Dans l'application de la *Charte*, elle évite également que tout genre d'action gouvernementale visant la protection des droits de la personne soit considérée, à première vue, comme une violation de la *Charte* qui doit être justifiée aux termes de l'article premier ».

L'interprétation de la *Charte canadienne* donne lieu à une certaine flexibilité. Cette flexibilité s'exprime notamment par le biais de l'article 1, qui assujettit l'exercice des droits de la personne à des « [limites raisonnables] et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique »⁶⁰; et de manière plus abstraite, par le biais de l'article 27, stipulant que l'interprétation de la *Charte canadienne* « doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens »⁶¹. À ces clauses explicites s'ajoutent certains principes non écrits du droit canadien, notamment le fédéralisme, le constitutionnalisme et la primauté du droit, la démocratie, et le respect des minorités.

Dès la mise en œuvre de la *Charte canadienne*, l'article 1 a été perçu comme la pierre angulaire du nouveau régime canadien des droits de la personne⁶². Du moment que la restriction d'un droit prévu par la *Charte canadienne* résulte d'une « règle de droit », cette restriction doit suivre un « test » de proportionnalité, dont les termes rappellent vaguement l'approche de la CrEDH dans *Handyside*⁶³. Ce test,

60 *Charte canadienne*, *supra* note 7, art 1.

61 *Ibid* à l'art 27. Cette disposition, relativement imprécise, est souvent déboutée comme un « emportement rhétorique » plutôt qu'une source de droit à part entière. Or, le législateur ne s'exprime pas en vain; l'article peut avoir un effet concret. Par exemple, elle a préfiguré le test *Oakes* en étant examinée dans l'affaire *Big M Drug Mart*; la Cour avait alors affirmé qu'imposer le dimanche comme jour de repos « ne [concordait] guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens », tel que prévu par l'article 27. Voir *R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295, aux pp 336–38, 18 DLR (4^e) 321. Dans *R c R(DS)*, la Cour a confirmé ce raisonnement en indiquant que la promotion du patrimoine culturel canadien avait un impact sur la manière dont les autorités judiciaires devaient présenter leurs décisions. Voir *R c R(DS)*, [1997] 3 RCS 484 au para 95, 151 DLR (4^e) 193. L'article 27 a aussi été utilisé pour supporter les limites de l'exercice de droits allant sévèrement à l'encontre des valeurs du multiculturalisme, comme les discours de haine. Voir *Canada (Commission des droits de la personne) c Taylor*, [1990] 3 RCS 892, 75 DLR (4^e) 577. Néanmoins, il est important de noter que l'article 27 est principalement interprété comme protégeant les minorités culturelles partout au Canada. À cet égard, voir Gilles Paquet, *Deep Cultural Diversity: A Governance Challenge*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2008 à la p 43.

62 Paul A Bender, « Justifications for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms: Some Remarks about the Proper Role of Section One of the Canadian Charter » (1983) 13 *Man LJ* 669 aux pp 678–70. L'esprit de la marge « substantive » se retrouve dans toutes dispositions prévoyant un exercice « raisonnable » (mesuré) des droits : « The balancing criteria in these substantive Charter sections are, if you will, among the “reasonable limits, prescribed by law” to which section 1 refers. And it is worth noting, I think, that a perhaps surprising number of substantive *Charter* sections do indeed contain, in varying degrees of explicitness, their own balancing criteria. In addition to sections 4, 8 and 12, which I have already mentioned, I commend to your attention, among others, section 9 (guaranteeing the right to be free from “arbitrary” detention or imprisonment), section 11 (a) (requiring trial within a “reasonable” time), section 11 (d) (requiring a “fair” trial), section 11 (e) (“reasonable” bail) and section 2(d) (freedom of “peaceful” assembly). The same kind of balancing language, it seems to me, may well also be present in section 7 (“principles of fundamental justice”) and in section 15. The latter section prohibits certain forms of “discrimination”. That is a word that might easily (and I think quite properly) be read as referring not to all classifications along racial and similar lines, but only to classifications that are, to a significant degree, invidious or otherwise seriously unjustifiable. »

63 Voir Jeremy A Clarke, « The Charter of Rights and a Margin of Appreciation for Federalism: Lessons from Europe » dans Michael Behiels et François Rocher, dir, *The State in Transition: Challenges for Canadian Federalism*, Ottawa, Invenire Books, 2011, 119 aux pp 127–29 [Clarke, « The Charter of Rights »]. Dans cet ouvrage, Clarke réfère implicitement à la marge « substantive ».

initialement proposé dans l'affaire *Oakes*, se déroule en quatre étapes : 1) l'objectif de la règle doit être assez important pour justifier l'interférence avec un droit de la *Charte canadienne* ; 2) il doit y avoir un lien rationnel entre la limite du droit et l'objectif de la règle ; 3) la limite du droit doit être aussi faible que possible ; 4) les bénéfices de la limite doivent être proportionnels aux effets négatifs de la limitation⁶⁴.

Avant que le test *Oakes* ne s'impose comme le mode d'interprétation décisif des limites des droits de la personne, la doctrine européenne de la marge d'appréciation a été explicitement considérée par quelques juges au Canada⁶⁵. Suite à l'avènement de la *Charte canadienne*, plusieurs cours se sont alors tournées vers le droit international dans un esprit comparatif⁶⁶. Cette ouverture au droit international a permis la considération de la notion européenne de marge d'appréciation lors des balbutiements du régime de la *Charte canadienne*. Cependant, la Cour suprême ne semble pas avoir saisi toute la portée de la doctrine de la marge d'appréciation. Ainsi, au fur et à mesure que le régime de la *Charte canadienne* s'est solidifié, la notion de marge d'appréciation a évolué indépendamment de son interprétation en Europe. En droit canadien, elle n'est jamais devenue une doctrine claire et précise ; elle désigne plutôt une « porte de sortie » pour exprimer l'inconfort de la Cour faisant face à des problématiques trop complexes pour donner lieu à une décision complètement rationnelle.

Moins de deux semaines après que la Cour suprême ait rendu le jugement *Oakes* en 1986, deux juges dans deux provinces différentes ont fait référence à la marge d'appréciation pour rendre compte d'une flexibilité des droits de la *Charte canadienne*. Dans l'affaire *Badger c Manitoba*, alors qu'il est question du controversé droit de vote des prisonniers, la Cour supérieure du Manitoba (Queen's Bench) compare l'écart entre les valeurs des différentes communautés provinciales du Canada à celui des différents États membres de l'Europe. Le juge Scolin affirme :

[En vertu] de cette variation, une «marge d'appréciation» existe et une [action législative] peut être démontrée comme étant justifiée dans une société démocratique sans qu'elle soit adoptée par toutes les unités politiques à l'intérieur de cette société. [...] La Charte n'est pas un outil pour faire du Canada un monolithe, elle n'est pas non plus une affirmation de la primauté du plus bas dénominateur commun » [notre traduction]⁶⁷.

64 Robert J Sharpe et Kent Roach, *The Charter of Rights and Freedoms*, 3^e éd, Toronto, Irwin Law, 2005 aux pp 65–66.

65 Voir par ex *Badger v Manitoba (AG)* (1986), 39 Man R (2^e) 107, 30 DLR (4^e) 108 [*Badger*]; *Black & Company v Law Society of Alberta* (1986), 68 AR 259, 27 DLR (4^e) 527 (CA Alta) [*Black*].

66 Voir par ex *Badger*, *supra* note 65 ; *Black*, *supra* note 65.

67 *Badger*, *supra* note 65 au para 12.

À l'inverse, dans *Black c Law Society*, la Cour d'appel d'Alberta rejette la possibilité que les autorités judiciaires n'aient pas la légitimité d'interpréter les limites des droits de la personne en faisant référence à *Handyside*⁶⁸.

Cependant, après que le test *Oakes* se soit imposé en tant que mode d'interprétation définitif de l'article 1 de la *Charte canadienne*, les étapes du test ont parfois fait l'objet d'une certaine flexibilité rappelant la marge « structurelle », donc laissant entendre une certaine pluralisation de la norme. Dans *Irwin Toy*, en examinant si une limitation du droit à l'expression est aussi faible que possible conformément à la troisième étape du test *Oakes*, la Cour suprême propose que la législature puisse bénéficier d'une « certaine latitude » (*margin of appreciation*) dans l'évaluation de l'importance de l'objectif d'une loi lorsqu'il n'existe pas de « preuves en matière de sciences humaines [...] concluantes » pour baliser la portée de la limitation⁶⁹. Cette version limitée de la marge d'appréciation sera reprise de façon aléatoire à chaque fois qu'un membre de la Cour pense ne pas suffisamment comprendre la problématique en cause pour pouvoir effectuer les étapes du test *Oakes*. Ainsi, dans les affaires *Butler* (1992)⁷⁰, *RJR-Macdonald* (1995)⁷¹, *Sharpe* (2001)⁷², *Sauvé* (2002)⁷³, *Trociuk* (2003)⁷⁴ et *Saskatchewan (Human Rights Commission)* (2013)⁷⁵, la notion de « marge d'appréciation » est justifiée par l'absence de « preuves en matière de sciences humaines [...] concluantes » quant au lien rationnel entre la limite du droit et l'objectif de la loi. Dans les affaires *Lavoie* (2002)⁷⁶, *Nova Scotia (Workers' Compensation Board)* (2003)⁷⁷, *Newfoundland (Treasury Board)* (2004)⁷⁸, *Chaoulli* (2005)⁷⁹ et *Hape* (2006)⁸⁰, la notion de « marge d'appréciation » exprime plus largement la discrétion des législatures et des gouvernements dans le choix de la manière pour réaliser leurs objectifs. Enfin, dans l'affaire *Fraser* (2011), la notion de « marge d'appréciation » est assimilée au principe général de déférence, tel qu'affirmé par la Cour : « [la] déférence envers le législateur joue comme il se doit non pas dans la définition de la nature et de la portée d'un droit constitutionnel, mais bien dans l'appréciation [(*margin of appreciation*)] que permet le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Oakes*, spécialement à l'étape de l'atteinte minimale »⁸¹. Ainsi, la Cour suprême admet qu'une norme puisse s'élever partiellement à l'extérieur de sa propre lecture du droit.

68 *Black*, supra note 65.

69 *Irwin Toy Ltd c Québec (PG)*, [1989] 1 RCS 927 aux pp 989–90, 58 DLR (4^e) 577.

70 *R c Butler*, [1992] 1 RCS 452 à la p 503, 78 Man R (2^e) 1.

71 *RJR-MacDonald Inc c Canada (PG)*, [1995] 3 RCS 199 au para 104, 127 DLR (4^e) 1.

72 *R c Sharpe*, 2001 CSC 2 au para 160, [2001] 1 RCS 45.

73 *R c Sauvé*, 2002 CSC 68 au para 150, [2002] 3 RCS 519 [*Sauvé*].

74 *Trociuk c Colombie-Britannique (PG)*, 2003 CSC 34 au para 36, [2003] 1 RCS 835.

75 *Saskatchewan (Human Rights Commission) c Whatcott*, 2013 CSC 11 au para 134, [2013] 1 RCS 467.

76 *Lavoie c Canada*, 2002 CSC 23 au para 125, [2002] 1 RCS 769.

77 *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c Martin*, 2003 CSC 54 au para 82, [2003] 2 RCS 504.

78 *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c NAPE*, 2004 CSC 66 au para 84, [2004] 3 RCS 381.

79 *Chaoulli c Québec (PG)*, 2005 CSC 35 au para 276, [2005] 1 RCS 791.

80 *R c Hape*, 2007 CSC 26 au para 172, [2007] 2 RCS 292.

81 *Ontario (PG) c Fraser*, 2011 CSC 20 au para 81, [2011] 2 RCS 3.

Au final, la Cour suprême n'a pas développé une doctrine uniforme de la marge d'appréciation. Bien qu'elle utilise constamment l'expression « margin of appreciation » en anglais, son vocable change en français ; la Cour utilise aléatoirement les expressions « certaine latitude », « marge de manœuvre », « marge de discrétion », « appréciation ». La notion de marge d'appréciation sert plutôt à exprimer tantôt la déférence due à une insuffisance d'information empirique pour pouvoir appliquer le test *Oakes* correctement, tantôt les limites inhérentes à l'interprétation des droits de la personne, mais jamais une pluralisation expresse de la norme sur la base de distinctions culturelles — l'objet de la présente thèse.

À cet égard, dans l'affaire *Québec (Procureur général) c A* (2013), la juge Deschamps a évoqué que la marge d'appréciation puisse s'appliquer par rapport à la distinction culturelle provinciale. En considérant si la limite au droit à l'égalité posée par le régime des conjoints de fait au Québec était proportionnelle à l'objectif recherché, la juge Deschamps a affirmé :

L'incidence du régime québécois sur l'exercice et la jouissance du droit à l'égalité est considérable [...]. Cependant, la question que doit trancher la Cour est celle de savoir si le malheureux dilemme auquel sont confrontées les femmes comme A est disproportionné par rapport à l'ensemble des avantages que procure le texte législatif, au point de le rendre inconstitutionnel. Compte tenu de la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude (« margin of appreciation ») quant aux questions sociales difficiles à trancher ainsi que de la nécessité d'être sensible à la responsabilité qui incombe à chaque province, en vertu de la Constitution, de légiférer pour sa propre population, c'est par la négative qu'il faut répondre à la question [nous soulignons]⁸².

L'appréciation de la *Charte canadienne* serait ainsi reliée au fédéralisme canadien : en vertu de leur population culturellement distincte, les provinces bénéficient d'une certaine marge pour interpréter et appliquer les droits de la personne⁸³. En attendant qu'une telle position fasse jurisprudence, la marge d'appréciation en droit canadien et la doctrine du même nom en droit international constituent deux idées apparentées, mais distinctes. Le fait que la doctrine de la marge d'appréciation en droit international n'existe pas en droit canadien actuellement n'empêche pas

82 *Québec (PG) c A*, 2013 CSC 5 au para 449, [2013] 1 RCS 61 [*Québec c A*].

83 À cet égard, voir l'examen rigoureux de Jeremy Clarke dans « In the Case of *Federalism v Charter*: The Processes and Outcomes of a Federalist Dialogue » (2007) 36 R Intl d'études Can 41. Clarke conclut d'ailleurs que la marge d'appréciation permettrait de reconnaître la valeur du pluralisme au sein de la *Charte canadienne*, et constituerait une manière utile de concevoir la relation entre la *Charte* et le fédéralisme. Le présent article confirme la thèse de Clarke, et pousse l'argument jusqu'à envisager comment la marge d'appréciation pourrait prendre forme concrètement dans les décisions de la Cour suprême.

la démonstration de sa pertinence dans la mesure où le droit canadien peut être réceptif au droit international.

À cet égard, la disqualification initiale de la doctrine européenne de la marge d'appréciation semble avoir été motivée par un refus de considérer les points communs entre le régime canadien et le régime européen des droits de la personne. Par exemple, dans l'affaire *Keegstra*, en 1988, la juge McLachlin expliquait que la propension de la CrEDH à permettre des interférences avec la liberté d'expression « [convenait] [...] dans le cas d'un instrument international destiné à limiter le moins possible la souveraineté des nations signataires »⁸⁴. McLachlin exprime un certain scepticisme par rapport à la viabilité d'une divergence explicite des interprétations au sein d'un régime non international. Bien que sa lecture de la doctrine de la marge d'appréciation et de la nature du régime européen puisse avoir semblé adéquate en 1988, il convient de la réactualiser à la lumière d'une part de l'évolution du régime européen des droits de la personne et d'autre part, du développement de la doctrine de la marge d'appréciation en tant qu'outil permettant une déférence pour des motifs culturels.

En parallèle au développement du droit de la *Charte canadienne*, la notion de la « déférence » des autorités judiciaires au Canada a aussi été articulée en fonction de la doctrine de la justiciabilité des questions politiques⁸⁵. La doctrine des questions politiques implique que certaines questions sont essentiellement de nature « politique » plutôt que « juridique » et ne devraient donc pas faire l'objet d'un examen judiciaire. Ainsi, dans *Operation Dismantle*, la Cour suprême suggère que certaines questions « devaient être considérées comme non justiciables des tribunaux non seulement à cause des difficultés de preuve, mais surtout parce qu'elles mettent en cause des considérations morales et politiques qu'il n'est pas du ressort des tribunaux d'évaluer »⁸⁶. Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour suprême précise qu'elle peut refuser de répondre à une question soumise par renvoi dans les circonstances suivantes: « (i) en répondant à la question, la Cour outrepasserait ce qu'elle estime être le rôle qui lui revient dans le cadre constitutionnel de notre forme démocratique de gouvernement, ou (ii) la Cour ne pourrait pas donner une réponse relevant de son champ d'expertise: l'interprétation du droit »⁸⁷. En d'autres mots, à la manière de la CrEDH dans les affaires *Handyside* et *Leyla Sahin*, la Cour suprême reconnaît qu'elle ne peut pas répondre à certaines questions lorsqu'elles impliquent certaines « considérations morales et politiques ».

84 *R c Keegstra*, [1990] 3 RCS 697 à la p 820, 114 AR 81 [*Keegstra*].

85 La justiciabilité d'une question réfère à son potentiel d'être adjugée par une cour de justice et se base sur une préoccupation à l'égard du rôle approprié des tribunaux vis-à-vis des autres branches du pouvoir. Selon cette doctrine, certaines questions seraient non-justiciables et donc du ressort exclusif du parlement, car celui-ci a une plus grande capacité pour examiner des preuves, et une plus grande légitimité du fait qu'il est élu. Voir *Operation Dismantle c La Reine*, [1985] 1 RCS 441 à la p 459, 18 DLR (4^e) 481.

86 *Ibid* à la p 465.

87 *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, *supra* note 77 au para 26.

L'expérience de la CrEDH démontre que certaines questions de droits de la personne liées à la diversité culturelle impliquent précisément ce genre de considérations. La présente thèse argumente que les « considérations morales et politiques » liées à la diversité culturelle pourraient être prises en compte à travers l'opérationnalisation de la marge d'appréciation, et suggère comment pourrait s'effectuer concrètement cette opérationnalisation.

IV. TROISIÈME PARTIE : L'OPÉRATIONNALISATION DE LA MARGE D'APPRÉCIATION

Depuis l'avènement de la *Charte canadienne*, le droit canadien s'est résolument ouvert au droit international. Cette ouverture a été motivée par le fait d'une part, que les concepts portés par la *Charte canadienne* étaient novateurs au sein du droit canadien et donc nécessitaient de nouvelles sources d'interprétation et d'autre part, que l'interprétation de ces concepts s'inscrivait dans le mouvement global des droits de la personne. En d'autres mots, la *Charte canadienne* constituait un nouveau rameau de l'arbre des droits de la personne et il paraissait naturel d'observer l'allure des autres branches pour déterminer comment sa mise en œuvre évoluerait. Cette position paraissait d'autant plus naturelle que le Canada a été fière partie prenante du mouvement des droits de la personne depuis ses débuts⁸⁸.

Outre l'application des sources conventionnelles du droit international, il est aujourd'hui admis que le droit international général peut faire partie de la méthodologie d'interprétation juridique au Canada, sans être nécessairement contraignant. L'ensemble du droit international agit à titre de quincaille juridique où il peut être utile d'aller piger certains outils pour mieux construire le droit canadien. Le rôle du droit international s'appuie sur le « principe moderne », stipulant « que les mots d'une loi doivent être lus dans leur contexte entier ainsi que dans leur sens grammatical ordinaire, en accord avec le programme sous-tendant la loi, l'objet de la loi et l'intention du Parlement » [notre traduction]⁸⁹. Le rôle du droit international non conventionnel s'articule ainsi principalement autour du « contexte entier de la loi » et de « l'intention du Parlement ». Dans cette optique, le rôle du droit international dépend de sa capacité à convaincre. Ce rôle peut se manifester de différentes façons, avec différentes forces. Ainsi, nous proposerons que dépendamment de la force normative prêtée à la doctrine de la marge d'appréciation, son opérationnalisation peut avoir lieu par la technique de la « présomption de conformité au droit international » ou simplement en tant qu'argument de contexte.

La présomption de conformité de droit international est dérivée du principe de la présomption de l'intention législative. Selon ce principe, les juges

88 Voir William A Schabas, *International Human Rights Law and the Canadian Charter*, 2^e éd, Scarborough (Ont), Carswell, 1996, ch 1.

89 Elmer A Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd, Toronto, Butterworths, 1983 à la p 87.

peuvent présumer que le législateur a une volonté implicite et interpréter la loi en fonction de cette volonté implicite⁹⁰. Par rapport au droit international, il y aurait ainsi un devoir d'exprimer (*construe*) les normes internes en conformité avec le droit international⁹¹. En ce qui concerne les droits de la personne, dans la mesure où la marge d'appréciation serait considérée comme un principe normatif d'interprétation ou d'application des droits de la personne, elle pourrait être opérationnalisée au Canada en vertu de la présomption de conformité de la *Charte canadienne* au mouvement global des droits de la personne.

Par ailleurs, il est possible que la doctrine de la marge d'appréciation n'ait pas une force normative suffisamment probante pour qu'elle puisse amorcer la présomption de conformité. Dans ce cas, l'opérationnalisation pourrait avoir lieu à travers un argument de contexte. En d'autres mots, en admettant que la marge d'appréciation porte certaines valeurs du droit international des droits de la personne et que le Canada est sensible à ces valeurs, il serait possible pour les autorités judiciaires de démontrer leur recours à la doctrine de la marge d'appréciation. Comme le fonctionnement de ces techniques d'opérationnalisation dépend de la force normative de la doctrine de la marge d'appréciation, nous analyserons d'abord cette force normative. Par la suite, nous évaluerons les deux techniques d'opérationnalisation par rapport à la doctrine de la marge d'appréciation.

A. La doctrine de la marge d'appréciation en tant que norme internationale ?

La CrEDH utilise l'expression « marge d'appréciation » pour décrire deux phases distinctes de son raisonnement : premièrement, la marge d'appréciation décrit l'idée que les droits de la personne peuvent faire l'objet de « limites raisonnables », donc qu'ils sont *appréciés* par le juge ; deuxièmement, la marge d'appréciation décrit l'idée que la détermination de ces « limites raisonnables » est une prérogative de l'État membre dans certaines circonstances – par exemple, lorsque ces limites s'appuient sur des arguments moraux ou culturels. Dans le contexte du Canada, cette idée permettrait ultimement que le Québec, en tant que société distincte, puisse formuler ses propres standards des droits de la personne au sein d'une certaine marge lorsqu'il est question de sa propre culture ou de sa morale. Dans cette optique, nous allons examiner comment la doctrine de la marge d'appréciation pourrait alors être perçue comme un principe général d'application et d'interprétation des droits de la personne.

Depuis son avènement dans l'affaire *Handyside* en 1974, la doctrine de la marge d'appréciation est progressivement devenue un principe important du

90 Stéphane Beaulac, « Interlégalité et réception du droit international en droit interne canadien et québécois » dans Stéphane Beaulac et Jean-François Gaudreault-DesBiens, dir, *JurisClasser Québec : Droit constitutionnel*, feuilles mobiles (consultées le 8 octobre 2014), Montréal, LexisNexis, 2011, fasc 23 au para 65 [Beaulac].

91 *Ibid* au para 66.

mouvement des droits de la personne. Dans la sphère internationale, la présomption que les autorités nationales d'un État connaissent mieux les particularités morales, culturelles et politiques pouvant justifier des limitations aux droits de la personne a été confirmée par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme en 1984, puis par la Commission interaméricaine des droits de l'Homme en 1999 dans l'affaire *Walter Humberto Vasquez Vejarano v Peru*. Dans cette affaire, en analysant la portée de son pouvoir, la Commission réaffirma que le Pérou bénéficiait d'une marge d'appréciation pour déterminer ce que signifiait un « état d'urgence », quoique cette marge n'était pas illimitée⁹². En 2004, la Commission africaine des droits de l'Homme et des Peuples déclara que, à l'instar de tout système international ou régional des droits de la personne, son activité était assujettie au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation reconnaissant que « l'État membre était mieux positionné pour adopter des règles, des politiques et des lignes directrices dans la promotion et la protection des droits de la personne en vertu de sa connaissance continue de sa société, ses besoins, ses ressources, sa situation économique et politique, ses pratiques juridiques et de l'équilibre fragile entre les forces conflictuelles qui forgent sa société » [notre traduction]⁹³. Comme la Commission interaméricaine, la Commission africaine spécifie néanmoins que cette « marge d'appréciation » n'est pas absolue⁹⁴.

De plus, bien que le Comité des droits de l'Homme ait utilisé la doctrine de la marge d'appréciation pour justifier son action ou son inaction dans seulement quelques affaires, cette doctrine est un élément important de son interaction avec les États⁹⁵. Notons que le plus souvent, ce sont les États qui invoqueront la doctrine. Le

92 *Walter Humberto Vasquez Vejarano v Peru* (2000), Inter-Am Comm HR, No 48/00 au para 55, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights : 1999*, OEA/Ser.L/V/II.106/doc.3 1200.

93 *Prince v South Africa* [2004] AHRLR 105 (ACHPR) aux para 50–51 : « The African Commission notes the meaning attached to these doctrines by the respondent state as outlined in its submissions to the former. The principle of subsidiarity indeed informs the African Charter, like any other international and/or regional human rights instrument does to its respective supervisory body established under it, in that the African Commission could not substitute itself for internal/domestic procedures found in the respondent state that strive to give effect to the promotion and protection of human and peoples' rights enshrined under the African Charter. Similarly, the margin of appreciation doctrine informs the African Charter in that it recognises the respondent state in being better disposed in adopting national rules, policies and guidelines in promoting and protecting human and peoples' rights as it indeed has direct and continuous knowledge of its society, its needs, resources, economic and political situation, legal practices, and the fine balance that need to be struck between the competing and sometimes conflicting forces that shape its society. »

94 *Ibid* aux para 52–53.

95 Voir *Novotny c République tchèque*, Déc Comité des droits de l'homme 1778/2008, Doc off AG NU, 65^e sess, supp n° 40, Doc NU A/65/40, vol II (2010) 510 au para 4.6 ; *El-Hichou c Danemark*, Déc Comité des droits de l'homme 1554/2007, Doc off AG NU, 65^e sess, supp n° 40, Doc NU A/65/40, vol II (2010) 235 au para 4.12 ; *Brandsma c Pays-Bas*, Déc Comité des droits de l'homme 977/2001, Doc off AG NU, 59^e sess, supp n° 40, Doc NU A/59/40, vol II (2004) 483 au para 4.2 ; *Ilmari Lämsman et consorts c Finlande*, Déc Comité des droits de l'homme 511/1992, Doc off AG NU, 50^e sess, supp n° 40, Doc NU A/50/40, vol II (1999) 69 au para 9.4 ; *Althammer c Autriche*, Déc Comité des droits de l'homme 803/1998, Doc off AG NU, 57^e sess, supp n° 40, Doc NU A/57/40, vol II (2002) 300 au para 4.6 ; *Mahuika et consorts c Nouvelle-Zélande*, Déc Comité des droits de l'homme 547/1993, Doc off AG NU, 56^e sess, supp n° 40, Doc NU A/56/40, vol II (2001) 1 au para 9.8 ; *Bakhtiyari c Australie*, Déc Comité des droits de l'homme 1069/2002, Doc off AG NU, 59^e sess, supp n° 40, Doc

Comité a néanmoins utilisé la doctrine pour justifier un dédoublement des standards dans *Leo Hertzberg v Finland* et *Aumeeruddy-Cziffra v Mauritius*, comme nous l'avons vu dans le premier chapitre. Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale tient aussi compte de la doctrine de la marge d'appréciation dans son rapport avec les États membres⁹⁶. Enfin, la doctrine de la marge d'appréciation a aussi été invoquée dans le cadre de l'activité du Groupe de travail sur la détention arbitraire, au sein du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies⁹⁷. Néanmoins, la marge d'appréciation n'a jamais été qualifiée de norme internationale.

Si les mentions éparses de la doctrine de la marge d'appréciation ne sont pas indicatives d'une norme précise, elles attestent tout de même de la valeur du pluralisme au sein du mouvement universel des droits de la personne. En ce sens, la dissémination de la doctrine de la marge d'appréciation dans les discours des institutions internationales des droits de la personne s'inscrit dans le phénomène d'une décentralisation éthique reconnaissant l'interaction entre différents types de moralité⁹⁸. Même si les détracteurs de la doctrine de la marge d'appréciation, incluant des juges de la CrEDH, suggèrent qu'elle devrait être raffinée, elle fait partie du mouvement des droits de la personne.

À cet égard, certains régimes nationaux des droits de la personne ont abordé la question de l'application de la marge d'appréciation, telle qu'on la retrouve en droit européen, au sein de la sphère nationale⁹⁹. Par exemple, les autorités judiciaires

NU A/59/40, vol II (2004) 322 au para 3.3 ; *Sechremelis et consorts c Grèce*, Déc Comité des droits de l'homme 1507/2006, Doc off AG NU, 66^e sess, supp n° 40, Doc NU A/66/40, vol II (2011) 160 au para 8.2 ; *Aumeeruddy-Cziffra*, supra note 30 au para 9.2(b)(2)(ii) ; *Hertzberg*, supra note 31 au para 124 ; *Zavrel c République tchèque*, Déc Comité des droits de l'homme 1615/2007, Doc off AG NU, 65^e sess, supp n° 40, Doc NU A/65/40, vol II (2010) 311 au para 4.6.

96 Voir notamment *La communauté juive d'Oslo et al c Norvège*, Déc Comité pour l'élimination de la discrimination raciale 30/2003, Doc off AG NU, 60^e sess, supp n° 18, Doc NU A/60/18 (2005) 167 ; *Stephen Hagan c Australie*, Déc Comité pour l'élimination de la discrimination raciale 26/2002, Doc off AG NU, 58^e sess, supp n° 18, Doc NU A/58/18 (2003) 142 ; *Examen des rapports, observations et renseignements présentés par les États parties conformément à l'article 9 de la Convention*, Doc off AG NU, 60^e sess, supp no 18, Doc NU A/60/18 (2005) 21. Les États évoquent aussi la doctrine lorsqu'ils s'adressent au Comité : *Bj c Danemark*, Déc Comité pour l'élimination de la discrimination raciale 17/1999, Doc off AG NU, 55^e sess, supp n° 18, Doc NU A/55/18 (2000) 95 aux para 4.6, 4.10 ; *Murat Er c Danemark*, Déc Comité pour l'élimination de la discrimination raciale 40/2007, Doc off AG NU, 62^e sess, supp n° 18, Doc NU A/62/18 (2007) aux para 4.6–4.7.

97 Voir Conseil des droits de l'homme, Groupe de travail sur la détention arbitraire, *MM, A, B, C, and D c Égypte*, Déc 42/2008, 13^e sess, Doc NU A/HRC/13/30/Add1 (2010) 115 au para 12 ; Conseil des droits de l'homme, Groupe de travail sur la détention arbitraire *Manzoor Ahmad Waza c Inde*, Déc 45/2008, 13^e sess, Doc NU A/HRC/13/30/Add1 (2010) 127 au para 42.

98 Sweeney, « Margins of appreciation in the Post-Cold War Era », supra note 42.

99 Par exemple, dans l'affaire *S v Makwanyane and Another* concernant l'interprétation de cet article pour déterminer si la peine de mort était constitutionnelle, la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud a assimilé la doctrine de la marge d'appréciation européenne au test *Oakes* de la *Charte canadienne*. Dans son examen de la marge d'appréciation, la Cour constitutionnelle reconnaît que par rapport « à la morale ou les politiques sociales, les autorités nationales bénéficient d'une plus grande marge d'appréciation » [notre traduction], mais réduit ce mécanisme d'interaction entre la CrEDH et ses États membres comme étant spécifique à la sphère internationale, où la « souveraineté doit être accommodée ». L'analyse ne va pas plus loin, et ne s'attarde pas à la qualification de la souveraineté – celle-ci est perçue comme un obstacle immuable avec lequel doivent composer les régimes supranationaux. Voir

de l'Australie ont dévoué une attention approfondie à la marge d'appréciation, qui a d'ailleurs été décrite par la Haute Cour d'Australie (l'équivalent de la Cour suprême canadienne) comme un « aspect fondamental de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de la personne » [notre traduction]¹⁰⁰. Bien que l'Australie n'ait pas d'instrument telle que la *Charte canadienne*, elle reste un exemple intéressant car on y a examiné l'applicabilité de la marge dans un contexte domestique. Le juge Gerard Brennan (plus tard juge en chef de la Haute Cour d'Australie) s'est appuyé sur la jurisprudence de la CrEDH pour suggérer que la doctrine de la marge d'appréciation était applicable en Australie. Dans l'affaire *Australian Capital Television Pty Ltd* (1992), l'interprétation du juge Brennan réfère à la marge d'appréciation comme principe de séparation des pouvoirs, et la conjugue en fonction de la tradition du parlementarisme britannique¹⁰¹.

Il était alors question d'un prétendu droit à la liberté d'expression non-écrit au sein de la constitution australienne. Bien que l'analyse du juge Brennan fait état d'une déférence parlementaire, au même titre que le prévoit l'usage de l'expression « marge d'appréciation » au Canada, le motif de cette déférence provient « des conditions

S v Makwanyane and Another [1995] 6 B Const LR 665 aux para 103-09 (CC). Or, comme nous l'avons vu, le caractère de la souveraineté des États membres au sein du régime de la CrEDH a grandement évolué depuis son commencement. Dans le contexte de la marge d'appréciation, la prérogative de l'État souverain n'est pas un privilège irrémédiable, mais plutôt le constat d'une différence sociétale. Ainsi, la marge d'appréciation peut être directement liée au particularisme moral ou culturel, à une absence d'uniformité. Par exemple, dans l'affaire *Leyla Sahin*, c'est le particularisme culturel de la Turquie qui justifie la marge d'appréciation octroyée par la CrEDH. Voir *Sahin*, *supra* note 37. Aussi souverain qu'un État peut l'être, si la CrEDH juge qu'un droit fait l'objet d'une interprétation uniforme parmi la communauté européenne, cet État ne pourra pas bénéficier d'une marge d'appréciation significative. En d'autres mots, si un droit est interprété de la même manière dans la plupart des pays, ce droit ne pourra pas faire l'objet d'une grande marge d'appréciation puisqu'on estimera qu'il existe un consensus suffisamment établi pour établir un standard uniforme. Rappelons que cette qualification de la souveraineté a aussi été ignorée par la Cour suprême canadienne dans son évaluation initiale de la doctrine européenne. Voir *Keegstra*, *supra* note 84.

100 Voir Jeremy Kirk, « Constitutional Guarantees, Characterisation and the Concept of Proportionality » (1997) 21 Melbourne UL Rev 1 à la p 56, tel que cité dans L'honorable Michael Kirby (ancien juge de la High Court d'Australie), « Australia and the European Court of Human Rights », Conférence on Re-Appraising The Judicial Role – European and Australian Comparative Perspectives, présentée au Centre for European Studies de l'Australian National University à la p 28, n 75, 14 février 2011 [non publiée], en ligne : Centre for European Studies <ces.anu.edu.au> [Kirby].

101 *Australian Capital Television Pty Ltd and New South Wales v Commonwealth of Australia* (n° 2), [1992] HCA 45, 177 CLR 106 à la p 158–59 : « The Constitution does not operate in a political vacuum. It operates in and upon contemporary conditions. Some parts of the Constitution, notably Pts II, III and IV of Ch I, govern the political branches of government. It follows that when an implication, drawn from these provisions, of a freedom of political communication is relied on to invalidate a law, the implied freedom must be considered in the context of the contemporary and relevant political conditions in which the impugned law operates. If the content of the implied freedom of political discussion were ascertainable by reference solely to the constitutional text, and without reference to the political conditions in which the impugned law operates, the scope of the freedom would have to be expressed as a mere matter of form, not as a matter of substance. If it were to be expressed as a mere matter of form, the Court would be the only forum competent to express it definitively but the Court could hardly evaluate with any pretence to accuracy the substantive effect of a freedom thus expressed on the political milieu in which the law is to operate. It follows that the Court must allow the Parliament what the European Court of Human Rights calls a “margin of appreciation” » [nous soulignons].

pertinentes contemporaines et politiques, dans lesquelles la loi opère » et s'appuie directement sur la jurisprudence de la CrEDH. En d'autres mots, le juge Brennan propose que la Cour ne soit pas en mesure d'évaluer la liberté d'expression à cause de sa compréhension limitée « des conditions pertinentes contemporaines et politiques ». La marge est ainsi utilisée en tant que corolaire du principe de proportionnalité : dès que l'empiètement sur un droit est proportionnel à l'objectif recherché par la législature, celle-ci bénéficie « d'une marge d'appréciation »¹⁰². Cette approche a été confirmée dans l'affaire *Leask* en 1996¹⁰³, puis dans *Levy v Victoria* en 1997¹⁰⁴.

L'Honorable Michael Kirby, ancien juge à la Haute Cour d'Australie, convient que la doctrine de la marge d'appréciation est « d'expression obscure, sert des objectifs plutôt vagues et est responsable de permettre de s'écarter de normes fondamentales sur des bases nécessairement imprécises. Sur un continent aussi diversifié que l'Europe, cette doctrine est peut-être inéluctable. Sur un continent avec relativement peu de différences internes, comme l'Australie, cette notion est moins attirante » [notre traduction]¹⁰⁵. Kirby perçoit la société australienne comme moins diversifiée que la société européenne. Ainsi, même en évacuant la problématique de la souveraineté, Kirby considère la doctrine de la marge d'appréciation comme un « mal nécessaire » dont l'Australie peut se passer puisqu'elle ne fait pas face à la même diversité que l'Europe. Selon un argument *a contrario*, cette position laisse présager une force normative plus élevée de la doctrine de la marge d'appréciation en contexte canadien, du fait de la grande diversité interne du Canada et de son engagement envers le multiculturalisme.

En somme, la doctrine de la marge d'appréciation fait partie du mouvement des droits de la personne, du moins dans la sphère internationale. La force normative de la doctrine de la marge d'appréciation est manifestement plus évasive dans un contexte national puisque la doctrine a été initialement conçue pour accommoder la souveraineté des États. Cependant, l'expérience de l'Australie atteste d'une certaine valeur de la marge pour gérer la relation entre les différentes branches du pouvoir par rapport au développement des normes, lorsque les autorités judiciaires ne se conçoivent pas en mesure d'évaluer les facteurs devant influencer ces normes. La doctrine a notamment été utilisée pour exprimer le principe de déférence par rapport au contrôle judiciaire d'une loi lorsque les autorités législatives connaissent mieux les circonstances d'application de cette loi. L'expérience de l'Australie avec la doctrine est néanmoins limitée par l'uniformité culturelle de la société australienne — dans la jurisprudence européenne, la source de la marge d'appréciation peut

102 *Cunliffe and another v The Commonwealth of Australia*, [1994] HCA 44, 182 CLR 272 à la p 325.

103 *Leask v Commonwealth of Australia*, [1996] HCA 29, 187 CLR 579.

104 *Levy v Victoria*, [1997] HCA 31, 189 CLR 579 aux pp 646–47.

105 Kirby, *supra* note 100 à la p 28. La citation originale se lit comme suit : « The difficulties of the concept include that it is unclear in expression, somewhat vague in purpose and liable to allow departure from basic norms on grounds that are necessarily imprecise. On a continent as diverse as Europe, this may be an inescapable necessity. In a continental country with relatively few basic internal differences, such as Australia, the notion seems less attractive. »

être le fait d'un ordre moral ou culturel distinct. Nous pouvons donc établir une corrélation entre la valeur normative de la doctrine de la marge d'appréciation et la diversité morale et culturelle du système dans lequel elle opère. Les deux prochaines sections analyseront la possibilité de l'opérationnalisation de la doctrine en vertu de la diversité reconnue du Canada.

B. La présomption de conformité de la *Charte canadienne* vis-à-vis du mouvement des droits de la personne

Dans l'interprétation des lois, il est permis de présumer que l'intention du législateur concorde avec un certain consensus dans la communauté. Cette présomption force le législateur à être explicite lorsqu'il souhaite aller à l'encontre du consensus. Cette présomption existe certainement dans le domaine des droits fondamentaux, « où [elle] signifie que, pour réaliser une intention législative allant à contresens, le texte de loi doit être on ne peut plus explicite, imposant ainsi un fardeau de plus aux parlementaires démocratiquement élus »¹⁰⁶. Cette présomption existe aussi en ce qui a trait au droit international.

La présomption de conformité au droit international existe en *common law* anglaise, et c'est à ce titre qu'elle s'est glissée dans le droit canadien¹⁰⁷. Dans le contexte des droits de la personne, à cause de l'importance des intérêts en cause, cette présomption est encore plus forte : la volonté du législateur est à la fois présumée s'accorder avec le mouvement des droits de la personne et avec le droit international.

Cette présomption accrue provient du fait que le mouvement des droits de la personne, dont la portée normative entière n'est pas nécessairement entérinée dans des instruments légaux internationaux, porte en lui-même une grande force persuasive pour la société canadienne. Cette présomption accrue a été reconnue dans l'affaire *R c Hape*. Cette affaire concernait l'application extraterritoriale de la *Charte canadienne* en vertu de l'article 32 stipulant que le champ d'application s'étendait au « Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement »¹⁰⁸. Le juge Lebel indiqua que « l'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel »¹⁰⁹. Dans le contexte de la *Charte canadienne*, cette présomption est d'autant plus valable que la rédaction de celle-ci s'inscrivait dans un effort délibéré d'accorder la tradition canadienne de protection des droits de la personne avec le mouvement international des droits de la personne.

Ainsi, pourrions-nous présumer que la marge d'appréciation s'applique dans le contexte de la *Charte canadienne*? Au sein du mouvement des droits de la personne, la doctrine de la marge d'appréciation n'est plus nécessairement fondée

106 Beaulac, *supra* note 90 au para 65.

107 *Ibid.*

108 *Charte canadienne*, *supra* note 7, art 32.

109 *R c Hape*, 2007 CSC 26 au para 53, 2 RCS 292 [*Hape*].

sur la souveraineté, mais aussi sur la reconnaissance que différentes cultures peuvent donner lieu à différents standards des droits de la personne et sur la plus faible légitimité des autorités judiciaires pour évaluer ces standards par rapport aux autorités élues.

En Australie, la doctrine a été importée dans le contexte où l'appréciation d'une liberté était due à des « conditions politiques contemporaines » particulières. À cet égard, plutôt que d'affirmer que la liberté faisait l'objet de limites raisonnables, la Haute Cour d'Australie a conclu qu'elle ne pouvait pas façonner la substance de la liberté en question parce qu'elle n'était pas en mesure de comprendre ses « conditions politiques contemporaines » [notre traduction]¹¹⁰. En rétrospective, la pertinence de la doctrine a été critiquée du fait que l'Australie est un continent relativement uniforme, et donc que les autorités judiciaires sont généralement plus « proches » de la société australienne que peut l'être la CrEDH par rapport aux divers États membres. En apposant ce raisonnement à la situation du Canada, il semble que la marge d'appréciation pourrait y être appliquée. En effet, d'une part, la société canadienne est très diversifiée ; comme nous l'avons vu, elle reconnaît le caractère distinct du Québec. L'usage de l'expression « marge d'appréciation » par la Cour suprême révèle déjà l'idée que parfois, la Cour n'a pas la capacité de juger pour des raisons de preuves. Il s'agirait simplement d'élargir et de clarifier la portée de l'expression « marge d'appréciation » pour intégrer le motif de la différence culturelle.

Cette hypothèse est limitée du fait que la marge d'appréciation n'est pas exprimée clairement dans le mouvement des droits de la personne. Elle constitue une notion confuse, s'appuyant sur plusieurs principes généraux comme la subsidiarité et la proportionnalité et dont les différents utilisateurs semblent la réactualiser à leur guise¹¹¹. À cet égard, plutôt que de constituer une norme *per se*, la marge d'appréciation peut être considérée comme l'expression de certaines valeurs (le respect de la souveraineté étatique ou la valorisation de la diversité culturelle, par exemple) dont l'importance a crû dans le mouvement des droits de la personne. Le juge Lebel a affirmé que « l'organe législatif est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel »¹¹² ; si la doctrine de la marge d'appréciation ne peut pas être considérée un « principe du droit international coutumier et conventionnel », il peut toutefois constituer une expression de certaines valeurs du droit international des droits de la personne. Par conséquent, il serait viable d'opérationnaliser la marge simplement en vertu de son caractère « pertinent et persuasif ».

110 *Australian Capital Television Pty Ltd and New South Wales v Commonwealth*, [1992] HCA 45 au para 16, 177 CLR 106.

111 Voir Steven Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files n° 17, Strasbourg, Council of Europe Publishing à la p 32.

112 *Hape*, *supra* note 109 au para 53.

C. La doctrine de la marge d'appréciation en tant qu'élément « pertinent et persuasif »

La qualification de « pertinent et persuasif » apposée au droit international provient du juge en chef Dickson, qui a affirmé que les normes de droit international « constituent une source pertinente et persuasive d'interprétation des dispositions de cette dernière, plus particulièrement lorsqu'elles découlent des obligations internationales contractées par le Canada sous le régime des conventions sur les droits de la personne »¹¹³. La « normativité » devient la conséquence de la pertinence de l'argument issu du droit international. Même si certains principes du droit international ne lient pas le Canada de manière obligatoire, ces principes peuvent demeurer pertinents dans l'interprétation du droit canadien, et dans cette mesure obtenir un caractère normatif.

Cette compréhension de la normativité est particulièrement appropriée pour traiter des questions de droits de la personne. En effet, contrairement au droit international ordinaire, le mouvement des droits de la personne aspire à une résonance universelle qui transcende la sphère nationale ou internationale. La supposition que l'essence des droits de la personne soit « universelle » a entraîné une ouverture à la fertilisation croisée des concepts entre les différents régimes des droits de la personne¹¹⁴. La dissémination de la notion de marge d'appréciation en est un exemple flagrant. Au Canada, cette normativité du mouvement des droits de la personne a été reconnue dans l'affaire *Baker* (1999)¹¹⁵. Dans cette affaire, la Cour suprême (*per* L'Heureux-Dubé) s'est servie d'un instrument international ratifié, mais non incorporé dans le droit canadien, sur la base que cet instrument exprimait des valeurs qui étaient pertinentes, et que dans cette mesure « [l]es valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne [pouvaient], toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »¹¹⁶.

Le droit international peut donc servir à formuler un argument de contexte qui, selon son caractère « pertinent et persuasif », obtiendra une certaine normativité¹¹⁷. La juge L'Heureux-Dubé a même souligné dans la doctrine de Ruth Sullivan que « dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes [du droit international] »¹¹⁸. L'importance du contexte des droits de la personne est réitérée de façon particulièrement limpide dans *Suresh c Canada* (2002) :

113 Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb)*, [1987] 1 RCS 313 aux pp 349–50, 38 DLR (4^e) 161.

114 Voir Mario Prost, *Unitas Multiplex : Unités et fragmentations en droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013 à la p 157.

115 *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 RCS 817, 174 DLR (4^e) 193 [*Baker*].

116 *Ibid* au para 70.

117 Beaulac, *supra* note 90 au para 63.

118 Baker, *supra* note 115 au para 70.

[L]es principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte* ainsi que les limites à ces droits qui peuvent être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte* ne sauraient être examinés indépendamment des normes internationales qu'ils reflètent. Pour bien comprendre la Loi et la *Charte*, il faut examiner le contexte international¹¹⁹.

L'examen du contexte international est plus qu'une simple suggestion, il est nécessaire pour dégager le sens optimal de la *Charte canadienne*.

L'opérationnalisation de la doctrine de la marge d'appréciation dépend donc de son caractère « pertinent et persuasif » et ce caractère « pertinent et persuasif » dépend à la fois de l'importance de la doctrine de la marge d'appréciation dans le contexte international et de sa congruence avec les valeurs déjà promues au Canada. Il n'existe pas de démonstration claire de ce caractère « pertinent et persuasif ». D'une part, la marge d'appréciation est devenue un élément important du mouvement des droits de la personne, mais elle est encore très contestée et ne saurait être établie clairement en tant que « norme » internationale. D'autre part, le Canada est toutefois fondé sur des valeurs intrinsèques à la doctrine de la marge d'appréciation comme le pluralisme culturel, le respect des minorités et le fédéralisme et constituerait un terreau fertile pour l'application de la doctrine. Par exemple, dans le contexte du Québec, il existe une adéquation entre son état de juridiction provinciale et sa culture distincte. Cette adéquation est reconnue politiquement et juridiquement. Ainsi, en tant qu'institution judiciaire supra-provinciale, la Cour suprême pourrait se servir de la doctrine de la marge d'appréciation pour évaluer sa capacité à effectuer un jugement lorsque des questions de droits de la personne interagissent trop étroitement avec la distinction culturelle du Québec.

V. QUATRIÈME PARTIE : LA MARGE D'APPRÉCIATION EN TANT QUE CADRE DE RÉFLEXION

La déférence que permet la doctrine de la marge d'appréciation n'est donc pas nécessairement motivée par des considérations culturelles. Comme nous l'avons tout juste rappelé, la marge d'appréciation a joué plusieurs rôles. La relation entre ces différents rôles permet de réfléchir à la manière dont la culture est prise en compte par l'architecture des droits de la personne et de façon plus large, par la constitutionnalisation de ces droits. Par exemple, l'usage de la doctrine de la marge d'appréciation révèle une relation entre la différenciation culturelle et la déférence envers les autres branches du pouvoir. En effet, il existe une constance entre l'usage de la doctrine de la marge d'appréciation sur la base de la différence culturelle en Europe, l'usage de la doctrine en Australie par rapport aux circonstances politiques

119 *Suresh c Canada*, 2002 CSC 1 au para 59, [2002] 1 RCS 3.

au sein du parlement, et l'usage de la notion de « marge d'appréciation » au Canada par rapport au déficit de preuve. Cette constance est la perception inquiète de la part des autorités judiciaires d'une absence de fondements rationnels pour supporter leur action.

Cette inquiétude est liée à la structure de la discrétion judiciaire. Cette discrétion n'est pas objective, elle se manifeste au sein d'un enchevêtrement de principes et de politiques. Ainsi, la perception de ce qui constitue suffisamment de fondements pour pouvoir justifier une décision varie d'un système juridique à l'autre. D'une part, cette perception est influencée par les principes juridiques du système. Par exemple, dans un système où la volonté du parlement est supposément suprême, les autorités judiciaires tendront à être plus timides et à requérir des fondements plus étayés pour justifier leurs décisions. D'autre part, cette perception est influencée par le contexte social du système. Par exemple, dans le contexte de l'Australie où la culture nationale est relativement uniforme, l'ancien juge Kirby est d'avis qu'une marge d'appréciation fondée sur la différence culturelle ne serait pas pertinente¹²⁰. Kirby appuyait alors sa position sur sa perception de l'Australie en tant que société plus uniforme culturellement que l'Europe. En ce sens, l'analyse de la doctrine de la marge d'appréciation révèle d'abord la délimitation du rôle joué par les autorités judiciaires.

A. La « géométrie variable » de la doctrine de la marge d'appréciation

Les critiques de la marge d'appréciation ne ciblent pas tant l'idée d'une variabilité des standards des droits de la personne que le supposé manque de cohérence de cette variabilité¹²¹. En d'autres mots, ce n'est pas la marge qui pose problème, mais le fait que sa largeur ne serait pas assujettie à un cadre d'analyse rigide. L'expression « marge d'appréciation » agirait comme un paravent dissimulant la balance de divers intérêts de la part de la Cour. Certains vont jusqu'à dire que la marge d'appréciation ne constitue pas une doctrine juridique, mais plutôt une figure de rhétorique exprimant un sens du raisonnable. Par exemple, pour Eyal Benvenisti, il est déjà problématique que la balance du respect de la diversité et de l'universalité des standards des droits de la personne soit du ressort exclusif d'autorités judiciaires *supranationales*¹²². Benvenisti est d'avis que ce processus de balance est trop controversé pour ne pas être encadré clairement. Lord Lester résume ces critiques en attaquant directement la nature de la marge d'appréciation :

120 Kirby, *supra* note 100.

121 Pour un résumé de ces critiques, voir Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012 à la p 39 [Legg].

122 Eyal Benvenisti, « Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards » (1999) 31:1 NYUJ Int'l L & Pol 843 aux pp 852–53.

[Cette doctrine] est devenue aussi glissante qu'une anguille. [La CrEDH] l'utilise de plus en plus en tant que substitut à une analyse juridique cohérente des enjeux. L'usage continu de cette doctrine sans standard risque de résulter en une "géométrie variable" pernicieuse des droits de la personne, érodant les "acquis" de la jurisprudence existante [notre traduction]¹²³.

Ces critiques doivent être nuancées à la lumière des différents rôles de la doctrine de la marge d'appréciation. Rappelons que la doctrine de la marge d'appréciation a vu le jour à une époque où les États membres étaient relativement similaires culturellement, où le paradigme de la souveraineté de l'État obligeait une plus grande déférence et où la CrEDH cherchait activement à renforcer sa légitimité et son influence¹²⁴. De plus, l'universalité des droits de la personne n'avait pas encore fait face concrètement à la diversité culturelle. Si nous avons proposé que la marge d'appréciation ait d'abord évolué au gré de la croissance du mouvement des droits de la personne, cette évolution s'est manifestée dans les facteurs concrets pris en compte pour déterminer la largeur de la marge.

En établissant la notion de la marge d'appréciation en tant que « doctrine » dans l'affaire *Handyside*, la CrEDH a mis en place un cadre d'analyse reposant sur trois critères, tel que prévu dans la formulation de la *CEDH*¹²⁵. Premièrement, la limitation du droit doit être prescrite par la loi. Deuxièmement, cette limitation doit avoir un objectif légitime. Troisièmement, cette limitation doit être « nécessaire dans une société démocratique ». La deuxième et la troisième étape font l'objet d'un test de proportionnalité. Dans ce cadre d'analyse, en présumant que la limitation du droit est proportionnelle à l'objectif poursuivi, c'est à la dernière étape que la Cour considère habituellement la possibilité d'une marge d'appréciation. L'examen de la Cour porte alors successivement sur le motif de la limitation et la nature du droit en question.

Tout d'abord, pour savoir si la limitation d'un droit est bien « nécessaire dans une société démocratique », la CrEDH examine sur quoi s'appuie la limitation. Ces motifs sont formulés dans la *CEDH*. Dans *Sunday Times*, la CrEDH a ainsi établi que chaque motif pouvait donner lieu à une largeur de marge distincte¹²⁶. Par

123 Lord Lester of Herne Hill, QC, « The European Convention on Human Rights in the New Architecture of Europe: General Report », 8th International Colloquy on the European Convention On Human Rights, Strasbourg: Council of Europe, 1995, cité dans Onder Bakircioglu, « The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases » (2007) 8:7 German LJ 711 aux pp 731–32.

124 Legg, *supra* note 121, ch 2.

125 Voir *CEDH*, *supra* note 8, art 10(2) : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

126 *The Sunday Times c The United Kingdom* (1979), 30 CEDH (Sér A) 4, 2 EHRR 245.

exemple, dans *Handyside*, la CrEDH a affirmé que les questions « morales » étaient sujettes à une plus large marge d'appréciation. Bien que cette marge ne soit pas absolue, la position de la CrEDH a été réaffirmée depuis, notamment dans l'affaire *Open Door and Dublin Well Woman* sur l'avortement, où il a été précisé que les questions « morales » ayant trait à des sujets controversés, telles que la nature de la vie humaine, bénéficieraient d'une marge encore plus large¹²⁷. Cette marge repose sur la meilleure position à la fois objective et symbolique de l'État membre pour jauger sa propre morale. Dans ces cas, plus la limitation est de nature subjective, plus la CrEDH sera susceptible de conférer une large marge d'appréciation à l'État membre.

En parallèle à l'analyse du motif de la limitation, la CrEDH porte aussi son attention sur la nature du droit en question. Par exemple, le droit à la vie, l'interdiction de la torture et l'interdiction de l'esclavage ne peuvent tout simplement pas faire l'objet d'une appréciation¹²⁸. D'autres droits, comme le droit à un procès équitable et le droit à la liberté, ne sont pas formulés de manière à admettre une large marge d'appréciation. La CrEDH est d'avis que ces droits sont essentiellement « objectifs » puisqu'une majorité d'États s'entendent sur leur contenu. Par ailleurs, la CrEDH tend à restreindre l'appréciation des droits considérés comme fondamentaux à une société démocratique. Par exemple, dans l'affaire *Dudgeon* concernant la criminalisation des relations homosexuelles, la CrEDH s'est détachée de l'idée de « morale » pour affirmer que la protection de la vie intime avait en soit une valeur particulière¹²⁹. Aussi, la CrEDH s'est montrée bienveillante à la liberté de presse en affirmant « qu'elle jouait un rôle essentiel dans une société démocratique », même lorsqu'elle interférait avec la dignité d'autrui¹³⁰. La Cour précise alors que si cette liberté faisait l'objet d'une marge d'appréciation, la presse risquerait de ne plus pouvoir jouer son rôle de gardien de l'ordre public¹³¹.

La détermination de la marge par rapport à la « morale » se base donc entre autres sur la nature du droit en question et son utilité par rapport au maintien d'une société démocratique¹³². Comme avec les droits dits « objectifs », la largeur de la marge d'appréciation dépend donc ultimement de la perception d'un consensus interétatique¹³³. Ainsi, plus la « concordance de vues au sein des États membres »

127 *Open Door et Dublin Well Woman c Irlande* (1992), 246 CEDH (Sér A) 3 au para 68, 15 EHRR 244.

128 Sweeney, « Margins of appreciation in the Post-Cold War Era », *supra* note 42 à la p 211.

129 *Dudgeon c Royaume-Uni* (1982), 45 CEDH (Sér A) 4, 4 EHRR 149.

130 *Dichand et autres c Autriche*, n° 29271/95 (26 février 2002).

131 *Ibid.*

132 Pour une discussion plus détaillée de ces facteurs, voir Legg, *supra* note 121 aux pp 67–174.

133 La CrEDH a clarifié cette position dans l'affaire *Nikula c Finlande*, n° 31611/96, [2002] II CEDH 324 au para 46 : « Les autorités nationales jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de la nécessité d'une ingérence en la matière, mais cette marge va de pair avec un contrôle européen portant à la fois sur les normes pertinentes et sur les décisions les appliquant [...] Toutefois, dans le domaine à l'étude en l'espèce, il n'existe pas de circonstances particulières – telles qu'une absence évidente de concordance de vues au sein des États membres quant aux principes en cause ou à la nécessité de tenir compte de la diversité des conceptions morales – qui justifieraient d'accorder aux autorités nationales une large marge d'appréciation. »

est faible par rapport à la nature d'une problématique, plus la marge sera large. En bref, en présumant que le test de proportionnalité est satisfait, la largeur de la marge d'appréciation repose essentiellement sur l'évaluation « des vues des États membres » et de leur concordance, de la part des autorités judiciaires. Cette évaluation n'est pas méthodique : sa profondeur varie en fonction de la nature de la problématique¹³⁴.

Évidemment, une telle évaluation mérite d'être critiquée. D'une part, lorsqu'il ne s'agit pas d'une régulation ou d'une pratique précise, ce qui constitue la « vue » d'un État membre est nébuleux. En effet, dans une certaine mesure, la CrEDH peut donc être condamnée à réifier le cadre moral ou culturel d'une société donnée. Par exemple, tel qu'évoqué au cours du premier chapitre, dans l'affaire *Leyla Sahin c Turquie*, la CrEDH a adjugé l'interdiction du port du voile sur la base de l'évaluation d'une menace islamique de la part des autorités locales en Turquie ; or, certains ont critiqué l'examen superficiel du contexte turc de la part de la CrEDH¹³⁵. D'autre part, ce que constitue une « concordance » suffisante entre les différentes « vues » n'est pas explicite. À cet égard, la CrEDH se laisse une discrétion par rapport à la nature des faits. Par exemple, dans le contexte de la notion d'obscénité, la CrEDH s'est montrée plus sévère à l'égard d'images pornographiques à caractère commercial que celles à caractère artistique¹³⁶.

En somme, dans le contexte de la diversité culturelle, la « géométrie variable » de la marge d'appréciation repose ultimement sur la perception des autorités judiciaires des diverses « vues » à travers la communauté européenne. Cette perception est nécessairement réductrice, notamment à cause du niveau d'activité de la Cour qui ne cesse d'augmenter et de la complexité des problématiques dans une communauté aussi diversifiée que l'Europe. Dans la mesure où les autorités judiciaires n'ont pas les ressources pour rationaliser adéquatement leur perception de la différence culturelle, la marge d'appréciation est motivée par la plus grande légitimité symbolique et démocratique des autorités nationales. Ce jeu entre les motivations objectives et symboliques derrière la notion de marge d'appréciation se manifeste aussi dans le fédéralisme canadien. D'une part, le fédéralisme est basé sur la nécessité objective de pourvoir à la diversité. D'autre part, la balance des pouvoirs entre la Cour suprême et les branches législatives des provinces est basée sur la nécessité symbolique que pose la réalisation de la démocratie dans une communauté diversifiée.

134 Sweeney, *Margins of appreciation*, supra note 42 aux pp 218–19. Dans un autre ordre d'idées, cette sensibilité de la CrEDH face au « consensus » peut être reliée à la règle d'interprétation du droit international qui reconnaît l'impact normatif de l'interprétation donnée à un traité par les États parties après ratification. Voir *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU 331, art 31(3), RT Can 1980 n° 37 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980).

135 Voir par ex Bleiberg, supra note 41 aux pp 153–56.

136 Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, New York, Intersentia, 2001 à la p 207.

B. La marge d'appréciation et le dialogue constitutionnel

La géométrie variable de la marge d'appréciation ne dépend pas seulement de la nature de la communauté sous la juridiction du régime, mais aussi du rôle des autorités judiciaires par rapport aux autres branches du pouvoir. Ainsi, la démonstration d'une similarité entre la diversité européenne et la diversité canadienne doit aussi prendre en compte le rôle que les différentes branches de pouvoir jouent dans le développement des droits de la personne vis-à-vis de cette diversité. Bien que le rôle des autorités judiciaires canadiennes par rapport à la *Charte canadienne* et celui de la CrEDH par rapport à la *CEDH* aient été imaginés différemment, leurs évolutions respectives permettent d'imaginer leur comparaison.

Dans le contexte européen, le rôle de la CrEDH a initialement été conçu à titre auxiliaire par rapport aux États membres. À cet égard, le premier article de la *CEDH* oblige d'abord « [les] Hautes Parties contractantes [à reconnaître] à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés [...] de la [...] Convention »¹³⁷; la responsabilité de la mise en œuvre de la Convention repose ainsi d'abord sur les branches du pouvoir législatif, exécutif et judiciaire des États membres. Comme le rappelle Bates, le système de contrôle original du régime européen portait principalement sur la Commission européenne des droits de l'Homme et le Comité des ministres et n'envisageait que « potentiellement » la création d'une Cour européenne des droits de l'Homme¹³⁸. Cette position s'explique par l'importance de la souveraineté et le scepticisme de l'époque à l'égard d'instruments supranationaux obligatoires. Or, tel qu'expliqué précédemment, la CrEDH a tranquillement accru son autorité pour finalement s'imposer comme institution judiciaire centrale légitime et fonctionnelle à travers la communauté européenne.

Dans le contexte canadien, il semble que le mouvement se soit effectué de façon inverse. L'avènement de la *Charte canadienne* a initialement été perçu comme une augmentation significative de la portée du pouvoir judiciaire¹³⁹. Il était alors admis que les juges auraient un rôle prédominant dans le développement du régime de la *Charte canadienne*¹⁴⁰. Or, au gré du développement de la jurisprudence de la *Charte canadienne*, cette perception a été nuancée pour s'exprimer selon l'idée d'un dialogue constitutionnel entre les branches du pouvoir. Selon ce dialogue, bien que l'interprétation des droits de la *Charte canadienne* demeure principalement une prérogative des autorités judiciaires, celles-ci n'ont pas nécessairement le « dernier mot » par rapport à l'orientation pratique des politiques.

Selon cette idée, après qu'une loi ait été invalidée par les autorités judiciaires, les autorités législatives iraient modifier la loi en question ou répondre par une nouvelle loi plus nuancée, ou encore utiliser la clause nonobstant et déroger

137 *CEDH*, *supra* note 8, art 1.

138 Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, *supra* note 16 à la p 119.

139 Clarke, « The Charter of Rights », *supra* note 63 à la p 131.

140 Voir *ibid*, soit l'opinion de L'honorable Brian Dickson, tel que cité par Jeremy Clarke.

délibérément aux standards de la *Charte canadienne*¹⁴¹. Par exemple, dans l'affaire *Ford*, la Cour suprême avait établi que l'interdiction d'afficher dans une autre langue que le français violait le droit à la liberté d'expression¹⁴². Comme le gouvernement québécois de l'époque n'était pas prêt politiquement à amender cette interdiction, il s'est alors tourné vers la clause nonobstant. Cet usage de la clause nonobstant n'a pas été renouvelé à la suite de son échéance et les autorités législatives du Québec décidèrent finalement de suivre les recommandations émises par la Cour suprême dans le verdict *Ford* et modifièrent la loi. Pour Peter Hogg et Allison Bushell, le dialogue entre les autorités judiciaires est ainsi révélé par les réponses législatives à la suite de verdicts, la promptitude de ces réponses et l'adoption du langage de la *Charte* par la branche législative¹⁴³. Au cours des dernières années, la Cour suprême s'est appropriée la métaphore du dialogue à la fois pour justifier son contrôle judiciaire lors de cas controversés, concernant notamment la diversité culturelle du Canada et ses différentes « morales »¹⁴⁴ et pour justifier sa déférence aux autorités législatives dans les cas où une loi, modifiée après avoir été invalidée préalablement, faisait l'objet d'un second recours au contrôle judiciaire¹⁴⁵.

Comme nous l'avons évoqué plus tôt, l'acceptation générale de la métaphore du dialogue constitutionnel pour expliquer le rapport entre la Cour suprême et les autorités législatives provinciales par rapport à la *Charte* implique l'acceptation de valeurs sous-jacentes au régime européen des droits de la personne. La sauvegarde d'une diversité dans la mise en œuvre des droits de la personne au Canada passe donc par l'importance accordée aux branches législatives et exécutives. Ainsi, tout comme la CrEDH, la Cour suprême du Canada ne semble pas se prévaloir d'une interprétation absolue de la *Charte*. Les autorités législatives provinciales ne sont pas simplement assujetties à l'interprétation de la Cour suprême selon une hiérarchie rigide. Plutôt, à la manière du régime européen, il existe un espace pour que ces autorités puissent faire valoir leur propre mise en œuvre de la *Charte*.

VI. REMARQUES FINALES

La diversification culturelle des sociétés ayant embrassé le mouvement des droits de la personne a engendré une tension entre la force centralisatrice des droits de la personne et leur idéal de démocratie, incluant un certain respect de la différence. Cette tension a été vécue de façon particulièrement notable au Québec au cours des dix dernières années alors que le débat public s'est emporté pour la problématique des accommodements religieux et a fait valoir une conception de la liberté de religion différente de celle prévalant au Canada.

141 Hogg et Bushell, *supra* note 54 à la p 80.

142 *Ford*, *supra* note 59.

143 Hogg et Bushell, *supra* note 54 aux pp 96–104.

144 Par exemple, voir *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493 aux para 29–36, 212 AR 237.

145 Par exemple, *Sauvé*, *supra* note 73.

Dans le régime européen des droits de la personne, la CrEDH s'est servie de la marge d'appréciation pour traiter la tension entre la diversité culturelle et les droits de la personne. L'application de la marge d'appréciation comprend justement cette reconnaissance effective de la différence entre culture dominante et culture dominée en conférant un plus grand espace aux cultures dominantes dans la formation des standards des droits de la personne auxquels elles sont soumises¹⁴⁶. Ainsi, dans l'affaire *Handyside*, les autorités britanniques ont pu faire valoir une conception de la morale interdisant la publication d'un livre d'éducation sexuelle pour enfants. Plus récemment, dans l'affaire *Leyla Sahin*, les autorités turques ont pu faire valoir une conception de la liberté de religion restreignant le port du voile dans certains espaces publics.

La marge d'appréciation se base sur l'idée que certaines questions liées aux droits de la personne ne sont pas de nature strictement juridique, auxquels cas la CrEDH n'a ni la capacité ni la légitimité d'évaluer ces questions. En effet, la doctrine de la marge d'appréciation a d'abord été développée par rapport à la sensibilité entourant les questions de sécurité. Comme il était plus difficile pour la CrEDH de justifier son ingérence face à des questions impliquant une menace « à la vie de la Nation », la CrEDH a choisi de protéger sa pérennité politique en conférant une marge d'appréciation aux États faisant face à de telles menaces. Par la suite, cette marge d'appréciation fut étendue à des considérations de diversité culturelle. Ainsi, dans le régime européen, l'articulation d'une sensibilité envers la diversité culturelle s'est effectuée à l'encontre de la portée du pouvoir de la CrEDH.

Dans le cas du Canada, l'articulation d'une sensibilité envers la diversité culturelle se manifeste à travers l'article 1 qui prévoit des « limites raisonnables » aux droits de la personne et l'interprétation possible de ces limites en fonction du contexte culturel de la province. L'usage de la marge d'appréciation est cohérent avec cet objectif. L'examen de la marge d'appréciation permet de saisir plus profondément l'ontologie d'une sensibilité envers la diversité culturelle au Canada, à la fois à travers les droits de la personne et la structure du fédéralisme. En effet, comme nous l'avons vu, la Cour suprême du Canada est devenue un acteur métapolitique. Lorsqu'elle se prononce sur les standards des droits de la personne d'une province donnée, son activité s'inscrit non seulement dans une relation particulière entre les autorités judiciaires et les autorités législatives, mais aussi entre une autorité centrale — la Cour suprême — et une autorité satellite — les autorités provinciales. La problématisation culturelle des droits de la personne suppose que bien que plusieurs sociétés distinctes puissent souscrire à une même norme générale — par exemple, la liberté de religion — le sens concret de cette norme dans chaque société dépend du contexte de chaque société¹⁴⁷. La marge

146 Voir généralement *Rapport de la Commission Bouchard-Taylor*, supra note 9 aux pp 19, 257.

147 Voir Michael Walzer, *Spheres of Justice: a defence of pluralism and equality*, Basic Books, New York, 1983.

d'appréciation rend compte de cette compréhension du pluralisme au sein du mouvement des droits de la personne.

Pour revenir à la question de départ, à savoir si la *distinction* culturelle québécoise pouvait justifier un dédoublement de certaines normes des droits de la personne, la réponse canadienne permet cette justification sans souscrire à une marge d'appréciation du ressort exclusif de la branche judiciaire comme en Europe. Plutôt, le pluralisme culturel se manifeste à travers le « dialogue constitutionnel » entre la Cour suprême et les autorités provinciales. Depuis l'avènement de la *Charte canadienne*, le rôle de la Cour suprême a évolué d'une manière à mieux tenir compte des différentes communautés du Canada. Cette évolution est cohérente avec le développement plus général d'un fédéralisme plus reconnaissant des particularismes culturels. Un exemple particulièrement évident de ce développement fut l'adoption de la motion affirmant que le Québec constitue une nation au sein du Canada. Néanmoins, la *Charte canadienne* ne prévoit pas explicitement une marge de manœuvre. La Cour suprême doit se prononcer sur le caractère raisonnable des limites aux droits de la personne, même lorsque ces limites engagent des « considérations morales ou politiques » qu'elle n'est pas vraiment en mesure d'évaluer. Dans ce contexte, la dynamique du dialogue entre les autorités judiciaires et législatives permet de tendre vers un point d'équilibre à travers un rapprochement de part et d'autre. Ce point d'équilibre suppose toujours une norme unique, sans dédoublement. Néanmoins, tel que suggéré par la juge Deschamps, la recherche de ce point d'équilibre devrait peut-être impliquer « la nécessité de laisser au législateur une certaine latitude quant aux questions sociales difficiles à trancher ainsi que de la nécessité d'être sensible à la responsabilité qui incombe à chaque province, en vertu de la Constitution, de légiférer pour sa propre population »¹⁴⁸ : en d'autres mots, une forme de déférence basée sur la différence culturelle entre les différentes provinces.

148 Québec c A, *supra* note 82 au para 449.