



Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada

Aurélie Laurent

► To cite this version:

Aurélie Laurent. Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux : étude comparée entre l'Union européenne et le Canada. Droit. Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole); Université d'Ottawa, 2015. Français. <NNT : >. <tel-02294616>

HAL Id: tel-02294616

<https://hal.science/tel-02294616v1>

Submitted on 23 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization



uOttawa

THÈSE

En vue de l'obtention du Doctorat de L'Université de Toulouse, délivré par l'Université
Toulouse 1 Capitole, discipline ou spécialité : Droit

Présentée dans le cadre des exigences du programme de doctorat en droit (Ph. D.),
cotutelle internationale avec l'Université d'Ottawa

Présentée et soutenue par

Aurélie LAURENT

Le 30 octobre 2015

**Titre : PLURIJURIDISMES, JUGES SUPRÊMES ET DROITS FONDAMENTAUX :
ÉTUDE COMPARÉE ENTRE L'UNION EUROPEENNE ET LE CANADA**

JURY

Monsieur **Pierre FOUCHER**, Professeur, Université d'Ottawa, rapporteur

Monsieur **Ghislain OTIS**, Professeur, Université d'Ottawa, codirecteur de thèse

Monsieur **Sébastien PLATON**, Professeur, Université de Bordeaux, rapporteur

Monsieur **Serge REGOURD**, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole

Monsieur **David ROBITAILLE**, Professeur, Université d'Ottawa, président du jury

Madame **Frédérique RUEDA**, Professeure, Université de Bordeaux, codirectrice de thèse

Ecole doctorale : Sciences Juridiques et Politiques. Unité de recherche : Institut du Droit de
l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication.

Études supérieures en droit, Faculté des études supérieures et postdoctorales, Université d'Ottawa

Directeurs de Thèse : Madame Frédérique Rueda et Monsieur Ghislain Otis

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Ce travail ne se serait jamais achevé sans le soutien de nombreuses personnes, je leur suis reconnaissante d'avoir fait de ces années de doctorat un parcours si stimulant.

Je tiens à exprimer ma sincère gratitude envers mes directeurs de recherche. Je remercie Madame la Professeure Frédérique Rueda, de m'avoir accordé continuellement sa confiance et apporté son soutien, tout en me laissant une grande liberté. La rigueur et la précision de ses conseils m'ont guidée tout au long de ces années de recherche et ont été déterminantes dans la volonté d'entreprendre ce travail et de le mener à bien. Je voudrais également remercier Monsieur le Professeur Ghislain Otis de m'avoir fait découvrir avec son enthousiasme et son intelligence le droit canadien et le droit des peuples autochtones, ainsi que de sa disponibilité, ses précieux conseils et ses encouragements tout au long de ces années. Les discussions enrichissantes que nous avons eues, et sa passion pour la recherche ont été une grande source d'inspiration. Je suis également infiniment reconnaissante pour l'appui qu'il a pu m'apporter lors de mes séjours à l'Université d'Ottawa dans le cadre la Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones.

Je tiens également à remercier le personnel de l'Université d'Ottawa et de l'Université de Toulouse 1 Capitole qui a été d'une aide précieuse lors de la préparation de la cotutelle internationale de thèse, tant sur le volet administratif que financier. Je souligne à cet égard l'estimable support financier de la bourse de la fondation juge Raoul Barbe et Yolande Larose.

J'adresse aussi mes remerciements à l'Institut de recherche de droit européen international et comparé (IRDEIC) qui m'a accueilli durant mes premières années de doctorat et à l'Institut du droit de l'espace, des territoires et de la communication (IDETCOM) qui m'a ensuite aidé à poursuivre ma thèse. Je suis également reconnaissante à l'Université de Bordeaux, la section de droit public, le Centre de recherches et de documentations européennes et internationales (CRDEI) et le Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État (CERCCLE) pour leur accueil et leur soutien dans le cadre de mes activités de chargée de travaux dirigés.

J'exprime toute ma reconnaissance aux enseignants, docteurs et doctorants de ces trois universités avec lesquels j'ai eu le privilège d'échanger et qui ont concouru par leurs remarques et leurs analyses à ma recherche.

Je souhaite également témoigner toute ma gratitude envers mes proches, pour avoir partagé avec moi les moments de joie et de doute, pour leur soutien moral et logistique, leurs encouragements constants et leurs corrections linguistiques. Je remercie à cet égard mon époux, mes parents, ma belle-famille, mes amies de toujours, ainsi que Laure Marguery pour son assistance dévouée et Julien Ancelin pour ses précieux conseils.

Enfin ce travail n'aurait jamais pu être réalisé sans l'appui infaillible et l'amour de ma famille, mes parents, mon époux. Sylvain, merci pour ton infinie patience, ta confiance et pour faire partie de ma vie. Justin, merci de m'avoir donné tant de joie cette année et d'avoir été un bébé extraordinaire qui m'a permis de continuer de travailler.

RESUME

Les juges sont aujourd'hui des acteurs indispensables : garants des droits et libertés fondamentaux et arbitres des relations entre les ordres juridiques, ils exercent des missions essentielles qu'il n'est pas toujours aisé de concilier. Cette étude comparative entre l'Union européenne et le Canada propose d'en analyser les ressorts en s'intéressant aux interactions entre un mode d'organisation juridique particulier (le plurijuridisme), un organe (une juridiction suprême) et des normes spécifiques (les droits fondamentaux). En effet, la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne sont d'abord essentielles pour accommoder un ordre juridique commun (canadien ou européen) avec la préservation d'une certaine diversité juridique (entre les États membres de l'Union européenne ou bien entre les provinces et communautés autochtones canadiennes). Elles doivent ensuite garantir les droits de la personne, ce qui implique notamment, une pluralité d'instruments de protection et des modalités d'application complexes des Chartes canadienne et européenne. Les plurijuridismes canadien et européen se trouvent toutefois bouleversés puisque la structure du contentieux des droits fondamentaux et la manière dont les juges manient les standards de protection tendent à favoriser l'unité et à engendrer une homogénéisation. Une protection substantielle des droits fondamentaux dans le respect du plurijuridisme reste pourtant possible à la faveur d'une méthode dialogique et pluraliste.

Mots clés : Union européenne, Canada, droits fondamentaux, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Charte canadienne des droits et libertés, peuples autochtones du Canada, Provinces, État membre, plurijuridisme, pluralisme, fédéralisme, juges suprêmes, Cour suprême du Canada, Cour de justice de l'Union européenne, droit comparé, droit constitutionnel, dialogue.

ABSTRACT

Nowadays judges are indispensable actors: as guardians of fundamental rights and freedoms and as arbiters of the relationships between legal systems. They perform essential tasks which are not always easy to reconcile. This comparative study between the European Union and Canada is a depth analysis of interactions between a specific way to organise law (“multijuralism”), a body (a supreme court), and specific rules (human rights). Indeed, the Supreme Court of Canada and the European Court of Justice are essential to accommodate a common legal order (in Canada or in the European Union) with the preservation of a certain legal diversity (between the Member States of the European Union, or between the provinces and the Indigenous communities of Canada). Then, they must ensure human rights, which involve a multilevel protection and complex ways to implement Canadian and European charters. However European and Canadian multijuralisms are modified since the structure of the human rights litigation and the way judges handle standards of protection tend to favor the unity and lead to homogenization. Nonetheless, substantial protection of fundamental rights in respect of multijuralism remains possible, as far as a pluralist and dialogical method is followed.

Keywords: European Union, Canada, Human Rights, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Canadian Charter of Human Rights and Freedom, Indigenous Peoples of Canada, Provinces, Member State, Multijuralism, Pluralism, Federalism, Supreme judges, Supreme court of Canada, European Court of Justice, Comparative law, Constitutional Law, Dialogue.

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	III
Résumé	IV
Abstract	V
Table des matières.....	VI
Liste des principales abréviations.....	XXI
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
SECTION 1. DU PLURIJURIDISME OU COMMENT APPREHENDER LA DIVERSITE JURIDIQUE	
DANS UNE PERSPECTIVE COMPAREE.....	3
I. <i>Le choix terminologique du plurijuridisme</i>	<i>4</i>
A. La terminologie du plurijuridisme.....	4
B. La terminologie du pluralisme juridique	5
C. La terminologie du fédéralisme.....	8
II. <i>Le cadre analytique issu du plurijuridisme</i>	<i>13</i>
A. La nécessité d'une grille d'analyse permettant de se distancer du cadre étatique.....	13
B. Les théories de la complexité juridique.....	19
C. Une analyse comparée : intérêt et méthode.....	23
SECTION 2. DE L'UTILITE D'ETUDIER L'IMPACT DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE ROLE DU JUGE SUPREME D'UN ESPACE PLURIJURIDIQUE	26
I. <i>Délimitation de l'étude : quels droits fondamentaux, quels juges ?</i>	<i>26</i>
A. Les terminologies en matière de droits et libertés	26
B. Droits fondamentaux et juges : une définition des droits et libertés inscrite dans un contexte prétorien.....	28
C. Deux juges singuliers : la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne	29
II. <i>Justification du questionnement principal de l'étude.....</i>	<i>30</i>
A. De l'intérêt d'évaluer la protection des droits et libertés par les juges suprêmes à l'aune du plurijuridisme	30
B. De la légitimité de s'interroger sur le rôle du juge par rapport au plurijuridisme, y compris lorsqu'il protège les droits et libertés.....	34
C. Le rôle des juges quant aux « dynamiques plurijuridiques »	38

PREMIÈRE PARTIE : JUGES SUPRÊMES ET PLURIJURIDISMES : UNE MISSION D'ÉQUILIBRE ENTRE UNITÉ ET DIVERSITÉ	44
TITRE I. LA CONSTRUCTION DES PLURIJURIDISMES AU CANADA ET DANS L'UNION EUROPEENNE.....	46
CHAPITRE 1. LES CONTEXTES HISTORIQUES ET NORMATIFS DES PLURIJURIDISMES.....	47
SECTION 1. LES TEXTES FONDATEURS DES PLURIJURIDISMES	47
I. <i>Le cadre constitutionnel du fédéralisme canadien.....</i>	<i>47</i>
A. L'acte de naissance de la fédération canadienne : l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867	47
B. La Loi constitutionnelle de 1982.....	52
II. <i>Comprendre la nature du plurijuridisme canadoautochtone à l'aune de l'histoire : une construction moniste ?.....</i>	<i>53</i>
A. L'évolution de l'autochtonie au Canada : un bref aperçu des enjeux juridiques.....	54
B. Les instruments étatiques du plurijuridisme : une structure coloniale ?	57
III. <i>Retour aux sources de l'Union européenne : la construction de traités en traités d'une entité juridique supranationale</i>	<i>63</i>
A. Les États membres : maîtres des traités ?.....	67
B. Les traités, des instruments constitutifs d'un ordre juridique européen intégré dans celui des États	71
SECTION 2. LES SOURCES COMPLEMENTAIRES DES PLURIJURIDISMES.....	84
I. <i>Les pratiques constitutionnelles du fédéralisme canadien.....</i>	<i>85</i>
A. Les conventions constitutionnelles.....	85
B. La pratique du fédéralisme exécutif ou l'importance des relations intergouvernementales au Canada.....	86
II. <i>Les traités : instruments privilégiés du plurijuridisme canadoautochtone ?</i>	<i>88</i>
III. <i>Les instruments plurijuridiques du droit dérivé communautaire</i>	<i>93</i>
SECTION 3. UNE COMPARAISON FRUCTUEUSE DE TROIS PLURIJURIDISMES ORIGINAUX ...	99
I. <i>Trois plurijuridismes singuliers</i>	<i>99</i>
A. Le Canada, un régime atypique, mais indubitablement fédéral	99
B. La double nature du plurijuridisme canada-autochtone moderne : intégrée, mais ouverte	107
C. Une nature sui generis de la construction européenne, mais indéniablement plurijuridique.....	109

II. Des constructions juridiques de l'unité et la diversité comparables	111
A. Les dynamiques de constructions plurijuridiques	112
B. Les instruments normatifs du plurijuridisme.....	113
C. Les mécanismes du plurijuridisme	116
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	120

CHAPITRE 2. LA CONSOLIDATION DES AUTONOMIES NORMATIVES PAR LES JUGES SUPREMES, CONDITION ESSENTIELLE A L'EXISTENCE DU PLURIJURIDISME121

SECTION 1. LE JUGE SUPRÊME CANADIEN, GARDIEN DU PACTE FÉDÉRATIF : QUELLE PLACE POUR L'AUTONOMIE PROVINCIALE ?.....	121
--	-----

I. La Cour suprême du Canada et la modification du pacte fédératif.....	122
A. Le Renvoi sur le rapatriement et ses conséquences	122
B. Le Renvoi sur la sécession du Québec	127
C. Les Renvois de 2014 sur la Cour suprême et le Sénat	129
II. La « sécurisation » du fédéralisme canadien dans le contentieux de la répartition des compétences.....	131
A. Les fondements jurisprudentiels du fédéralisme canadien initiés par le Conseil privé de Londres.....	131
B. Des fondements non démentis par la Cour suprême du Canada	133

SECTION 2. LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET LES PEUPLES AUTOCHTONES : UNE PROTECTION DE L'AUTONOMIE NORMATIVE AUTOCHTONE INDÉCISE ET TOURNÉE VERS LE PASSÉ	134
--	-----

I. La reconnaissance constitutionnelle des droits des peuples autochtones : quelle interprétation ?.....	136
A. Les droits ancestraux	137
B. Le titre foncier ancestral, sous-catégorie des droits ancestraux	140
C. Les droits issus de traités.....	142
II. La nature singulière de l'autonomie normative induite par les droits de peuples autochtones de l'article 35(1)	143
A. Le refus de la Cour suprême du Canada d'une consécration générale de l'autonomie gouvernementale autochtone.....	143
1. Une revendication aux contours flous et complexes.....	143
2. <i>Pawamejon</i> et <i>Delgamuukw</i> : la Cour suprême du Canada face à l'autonomie gouvernementale	144

3. <i>Campbell et Sga'nism</i> : l'autonomie gouvernementale issue des traités vue par les juridictions de Colombie-Britannique	147
B. La reconnaissance implicite de droits-compétences, véritable source jurisprudentielle d'autonomie normative autochtone.....	150
1. Des droits-activités aux droits-compétences : le caractère collectif des droits des peuples autochtones	150
2. Une reconnaissance fragmentée de l'autonomie normative s'expliquant par le terme de « droits ».....	153
SECTION 3. LE RÔLE MOTEUR DE LA COUR DE JUSTICE DANS LE PROCESSUS	
D'INTÉGRATION EUROPÉEN, OU L'AFFIRMATION DE L'AUTONOMIE NORMATIVE DE L'UNION....	155
I. <i>Les principes prétoriens propres à garantir effectivité et autonomie</i>	157
A. Le principe de l'effet direct : le droit communautaire face aux particuliers	157
B. Le principe de la primauté : le droit communautaire contre le droit étatique.....	162
II. <i>Une interprétation tournée vers la satisfaction d'objectifs communs</i>	168
A. L'application uniforme du droit communautaire, pour un véritable droit commun.....	168
B. Une méthode fonctionnelle, une interprétation propre à dégager l'effet utile des traités.....	169
CONCLUSION DU CHAPITRE	173
CONCLUSION DU TITRE I.....	177
TITRE II. LA PRÉSERVATION DU PLURIJURIDISME PAR LE JUGE SUPRÊME : À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE.....	178
CHAPITRE 1. LA RÉPARTITION PRÉTORIENNE DES COMPÉTENCES : UNE DÉLIMITATION CLASSIQUE DES DIVERSES AUTONOMIES NORMATIVES.....	180
SECTION 1. ASSOUPPLISSEMENT OU CENTRALISATION DU FÉDÉRALISME PAR LA COUR SUPRÊME DU CANADA ?	180
I. <i>Les étapes du raisonnement prétorien dans la répartition des compétences</i> ...181	
II. <i>Les théories jurisprudentielles sur le fédéralisme moderne : entre efficacité et coopération</i>	184
A. Les théories clairement favorables au pouvoir central.....	184
B. Un renouvellement de l'équilibre fédératif à travers le fédéralisme coopératif ?.....	186
SECTION 2. L'ACTION DE LA COUR DE JUSTICE SUR LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES : UNE LOGIQUE D'INTÉGRATION AU PROFIT DE L'UNION.....	196

I. Une Cour gardienne de la répartition des compétences entre deux espaces juridiques, une neutralité apparente	196
A. Le contrôle de la base juridique adéquate	197
B. Le contrôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité	199
II. Une jurisprudence communautaire au soutien de la compétence européenne : une Union sans cesse plus étroite	202
A. La protection des compétences de l'Union par leur intangibilité.....	203
B. L'extension des compétences de l'Union justifiée par le processus d'intégration	204
1. Les compétences implicites, purement jurisprudentielles.....	204
2. Des compétences subsidiaires prévues par les traités et interprétées favorablement.....	206
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	210

CHAPITRE 2. DES JUGES SUPREMES FACE A DES EQUILIBRES COMPLEXES : LES DIMENSIONS CULTURELLES ET MATERIELLES DES PLURIJURIDISMES .217

SECTION 1. LA COUR SUPRÊME DU CANADA ET LA DUALITÉ FRANCO-ANGLAISE	217
I. Le bijuridisme : entre dualité et interaction des traditions juridiques au Canada.....	218
II. Les autres protections constitutionnelles issues de la dualité culturelle canadienne... ..	224
SECTION 2. LE JUGE SUPRÊME AU CŒUR DE L'ÉQUILIBRE DU PLURIJURIDISME CANADOAUTOCHTONE OU LES LIMITES DE L'AUTONOMIE NORMATIVE AUTOCHTONE	228
I. La création prétorienne de limites justifiées aux droits autochtones.....	228
A. La justification prétorienne des limites aux droits autochtones	228
B. La nécessaire justification étatique de la restriction à un droit autochtone..	230
C. Les limites intrinsèques.....	233
II. L'insertion du plurijuridisme dans un autre : celui de la fédération canadienne.....	237
A. La question de l'étouffement de l'autonomie normative autochtone par la division fédérale des pouvoirs.....	237
B. La répartition prétorienne des compétences fédérale et provinciale concernant les autochtones : quelle place pour l'autonomie normative autochtone ?.....	241
C. Le plurijuridisme canadoautochtone à la lumière du plurijuridisme fédéral : des natures distinctes, mais compatibles	248

SECTION 3. LA COUR DE JUSTICE, UN JUGE AU CŒUR D'UN ÉQUILIBRE SUBTIL.....	252
I. Une jurisprudence encadrant les compétences des États membres, leur nécessaire soumission aux objectifs d'intégration européenne	253
II. Un juge de l'Union inséré dans un contexte pluriculturel et « pluriconstitutionnel »	258
A. Des cultures juridiques plurielles	258
B. De l'importance des droits constitutionnels nationaux européens	262
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	270
CONCLUSION DU TITRE II	275
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	276
DEUXIÈME PARTIE : JUGES SUPRÊMES ET DROITS FONDAMENTAUX : UNE STRUCTURE TENDANT À L'HOMOGÉNÉISATION.....	278
TITRE I. LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS PAR LE JUGE SUPRÊME : IMBRICATION OU PERTURBATION DU PLURIJURIDISME ?.....	280
CHAPITRE 1. L'AVÈNEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX : LES CHARTES ET LA DIVERSITÉ DES INSTRUMENTS DE PROTECTION.....	281
SECTION 1. L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS AU CANADA : UN PLURALISME LIMITÉ DES SOURCES.....	281
I. La carence initiale de la Constitution canadienne et des remèdes prétoriens insatisfaisants	282
II. La protection textuelle « quasi constitutionnelle » dans chacun des niveaux de gouvernements.....	286
A. Les textes fédéraux.....	286
B. Les textes provinciaux.....	288
C. La notion de quasi-constitutionnalité	291
D. Les Chartes autochtones des droits et libertés.....	294
III. La Charte canadienne : un instrument constitutionnel éclipsant les textes précédents.....	295
A. L'élaboration « multi dialogique » de la Charte canadienne.....	295
B. Le contenu de la Charte canadienne : des dispositions classiques et nationales.....	296
C. La portée constitutionnelle de la Charte canadienne.....	297
D. La persistance des autres instruments de protection	300

SECTION 2. L'ÉMERGENCE EN EUROPE DE LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS : UNE ACCUMULATION DE SOURCES DIVERSES ET PLURALISTES	302
I. <i>Au commencement de la protection des droits fondamentaux : des Constitutions nationales, une Convention européenne et une Cour de justice</i>	302
A. Les protections préexistantes des droits et libertés en Europe	303
B. La carence initiale des traités et l'appel à la Cour de justice	304
II. <i>L'émergence d'une protection jurisprudentielle des droits fondamentaux communautaire : les principes généraux du droit</i>	308
A. La naissance des principes généraux du droit garantissant les droits fondamentaux	308
B. Les droits fondamentaux communautaires protégés par les PGD : entre autonomie et légitimité venue d'ailleurs	312
III. <i>Les réponses textuelles du droit communautaire aux droits fondamentaux prétoriens : une consécration croissante jusqu'à la Charte</i>	316
A. Avant la Charte : Une insertion graduelle dans les textes communautaires de la protection des droits et libertés.....	317
B. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : une confirmation pluraliste des droits et libertés ?	320
1. L'élaboration de la <i>Charte européenne</i>	320
2. Le contenu de la <i>Charte européenne</i>	322
3. La portée de la <i>Charte européenne</i>	324
4. Le pluralisme des sources de la protection des droits fondamentaux	326
CONCLUSION DU CHAPITRE	330
CHAPITRE 2. LE BOULEVERSEMENT DU PLURIJURIDISME : LES DROITS DE LA PERSONNE METTANT EN DANGER LA DIVERSITÉ JURIDIQUE	334
SECTION 1. LES DÉFIS DOGMATIQUES ET POLITIQUES : LES DROITS ET LIBERTÉS, UN DANGER EN SOI POUR LA DIVERSITÉ ?.....	335
I. <i>La contestation relativiste de la protection des droits et libertés</i>	335
A. Les rejets de principe des droits fondamentaux fondés sur le relativisme ...	335
B. La persistance d'une utilité transcendante de garantir les droits et libertés	338
II. <i>La suspicion d'une instrumentalisation des droits et libertés au profit des politiques européenne et canadienne</i>	341
A. La consolidation de l'identité nationale canadienne : un objectif sous-jacent de la Charte.....	341

B. Une protection communautaire des droits fondamentaux en faveur de l'Union.....	347
1. <i>La Charte de l'Union européenne</i> et le renforcement de la politique européenne....	347
2. La méfiance réciproque entre les niveaux de protection.....	354
SECTION 2. LES DÉFIS JURIDIQUES DE L'HOMOGENÉISATION : DES DROITS FONDAMENTAUX CENTRALISATEURS OU UNIFORMISATEURS ?	360
I. <i>Centralisation et droits fondamentaux : une équivoque terminologique pour des effets contenus</i>	360
A. L'ambivalence des termes	360
B. Compétences législatives et droits et libertés au Canada	362
1. Les controverses canadiennes autour de la compétence relative aux droits et libertés.....	362
2. De la possible confusion entre répartition législative et droits et libertés	364
C. Les Compétences limitées de l'Union européenne quant aux droits fondamentaux : un effet centralisateur circonscrit	371
1. À la recherche de la compétence communautaire de protection des droits fondamentaux.....	371
2. Une centralisation <i>stricto sensu</i> introuvable, une homogénéisation législative possible.....	378
II. <i>L'homogénéisation potentielle en raison de l'uniformisation des valeurs par le juge suprême</i>	383
A. Un espace décisionnel prétorien fondé sur les droits et libertés ayant un effet uniformisant	383
B. Le défi de l'homogénéisation partiellement relevé par les clauses horizontales des instruments de protection des libertés.....	387
1. Les clauses de neutralité quant à la répartition des compétences : une non-réponse quant à l'uniformisation prétorienne	388
2. Les clauses portant <i>in fine</i> sur le champ d'application des droits fondamentaux..	389
a) Le cas particulier des Peuples autochtones : une homogénéisation empêchée par les clauses des instruments de protection ? De l'article 25 de la Charte canadienne	389
b) L'article 33 : la possibilité de déroger ponctuellement à la Charte canadienne.....	392
c) Les clauses européennes et canadiennes portant explicitement sur le champ d'application des droits fondamentaux	393
3. Les clauses de non-régression et de reconnaissance de sources externes de protection des droits fondamentaux.....	393
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	394

CONCLUSION DU TITRE I.....	396
TITRE II. LES FACTEURS STRUCTURELS PESANT SUR LA FONCTION DU JUGE SUPRÊME EN TANT QUE PROTECTEUR DES DROITS ET LIBERTÉS.....	398
CHAPITRE 1. L'ENCADREMENT DE LA COMPÉTENCE PRÉTORIENNE DE GARANTIE DES DROITS ET LIBERTÉS : LE FACTEUR DU CHAMP D'APPLICATION.....	399
SECTION 1. LE CHAMP D'APPLICATION DES INSTRUMENTS DE PROTECTION AU CANADA	399
I. <i>Les champs d'application respectifs de la Charte canadienne et des instruments quasi constitutionnels.....</i>	<i>399</i>
A. Les champs d'application des instruments quasi constitutionnels canadiens : limités par la répartition des compétences, mais liant aussi bien l'État que les particuliers.....	399
B. Le champ d'application de la Charte canadienne : une soumission de l'ensemble des pouvoirs de la fédération	402
II. <i>L'inapplication de la Charte canadienne aux rapports privés et ses conséquences quant au plurijuridisme.....</i>	<i>404</i>
A. Les fondements du champ d'application de la Charte canadienne : L'arrêt Dolphin Delivery	404
B. Les conséquences quant à l'impact de la Charte canadienne sur le bijuridisme.....	408
C. La possible complémentarité entre les instruments de protection des droits et libertés au Canada	412
III. <i>La possibilité de déroger aux textes de protection des libertés</i>	<i>417</i>
IV. <i>Les instruments étatiques de protection des droits et libertés et les peuples autochtones du Canada : quelle application ?.....</i>	<i>422</i>
A. La Charte canadienne et les peuples autochtones	422
B. Les instruments quasi constitutionnels de protection de la personne et les peuples autochtones du Canada.....	434
SECTION 2. LE CHAMP D'APPLICATION DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE, ENJEU ESSENTIEL D'INTEGRATION VIS-A-VIS DES ÉTATS.....	437
I. <i>De l'importance du champ d'application matériel des droits fondamentaux de l'Union, par rapport aux autres conditions d'invocabilité</i>	<i>437</i>

II. <i>Le champ d'application matériel de la Charte à l'égard des États membres, une continuité par rapport aux principes généraux de droit</i>	442
A. L'extension progressive du champ d'application matériel des droits fondamentaux consacrés par les principes généraux de droit	443
B. L'article 51(1) de la Charte et le doute sur son équivalence avec la jurisprudence antérieure	446
C. « Opting-out » vis-à-vis de la Charte ou simple explicitation des États vis-à-vis de l'application de la Charte ?	452
III. <i>À la recherche du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union : une complexité au nom du respect du plurijuridisme ?</i>	454
A. La situation de mise en œuvre du droit de l'Union stricto sensu	454
B. Le cas des droits substantiels garantis par les traités	455
1. Les droits primaires visant la réalisation du marché intérieur	455
2. La citoyenneté européenne	458
C. La place du droit dérivé européen	461
1. Application des droits fondamentaux et droit dérivé	461
2. Droit dérivé et personnes privées, le possible effet horizontal indirect des droits fondamentaux européens	463
CONCLUSION DU CHAPITRE	469

CHAPITRE 2. DES JUGES SUPRÊMES COMME CLÉS DE VOÛTE DE LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS : LE FACTEUR DE L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE472

SECTION 1. LA COUR SUPRÊME DU CANADA : UNE COUR NATIONALE AU SOMMET D'UN ORDRE JURIDICTIONNEL HIÉRARCHISÉ.....473

I. <i>Un système juridictionnel essentiellement unifié : un plurijuridisme insuffisamment reconnu au niveau juridictionnel ?</i>	473
A. Juridictions fédérales et provinciales : une architecture intégrée	474
B. L'absence d'organes de règlement des différends autochtones : l'unité juridictionnelle canadienne au prix d'une interprétation judiciaire externe aux cultures autochtones	481
C. La Cour suprême du Canada, ultime symbole d'un système unifié	487
II. <i>Les juridictions chargées de protéger les droits et libertés : des spécificités ne remettant pas en cause le caractère intégré</i>	494
A. L'originalité des tribunaux des droits de la personne au Canada : une protection spécialisée des droits et libertés quasi constitutionnels	494

1. Des commissions et tribunaux spécialisés dans la lutte contre les discriminations.....	495
2. Des tribunaux des droits de la personne intégrés à l'architecture juridictionnelle canadienne	498
B. Les juridictions chargées de la protection constitutionnelle des droits et libertés et leur encadrement.....	501
C. De l'indépendance des juridictions protégeant les droits et libertés	507
SECTION 2. LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE : UNE COUR	
SUPRANATIONALE AU CENTRE D'UN ESPACE JURIDICTIONNEL DE COLLABORATION	511
I. <i>La répartition des compétences juridictionnelles : un droit au juge national ou au juge de l'Union ?</i>	512
A. La Cour de justice européenne : cour suprême des juridictions de l'Union instituées par les traités	512
B. L'accès restreint des particuliers à la Cour de justice, limite à la protection des droits fondamentaux ?.....	516
C. La responsabilité encadrée des juridictions étatiques quant à la protection des droits de l'Union.....	521
II. <i>Le renvoi préjudiciel : coopération ou coordination entre le juge national et la Cour de justice ?</i>	526
A. Une procédure préjudicielle stimulée par la Cour de justice.....	527
1. Des conditions de recevabilité facilitées	527
2. Les facultés et les obligations de saisine protégées et renforcées	529
3. Des réponses préjudicielles effectives	530
B. Les mérites de la procédure préjudicielle : entre respect des juridictions nationales et protection effective des droits de l'Union	532
III. <i>L'introduction d'une verticalité dans l'architecture juridictionnelle par des mécanismes de responsabilité des États membres et de leurs juridictions</i>	538
A. Le recours en manquement : la voie prévue par les traités pour contraindre les États membres	539
B. L'encadrement supplémentaire créé par la Cour et la responsabilisation des juridictions nationales	541
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	547
CONCLUSION DU TITRE 2.....	551
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	552

**TROISIÈME PARTIE : PLURIJURIDISMES ET DROITS FONDAMENTAUX :
QUELLE PROTECTION SUBSTANTIELLE PAR LES JUGES SUPRÊMES ?.....554**

**TITRE I. LA LOGIQUE VERTICALE : UNE INTERPRÉTATION DES DROITS ET
LIBERTÉS TEMPÉRANT PEU L'UNIFORMISATION.....557**

**CHAPITRE 1. UNE IMPLEMENTATION DESCENDANTE DES DROITS ET
LIBERTES : LA VERTICALITE ASSUMEE.....559**

SECTION 1. LA SOLUTION HIÉRARCHIQUE FACE AUX CONFLITS DE DROITS

FONDAMENTAUX559

*I. La hiérarchie comme prépondérance normative, deux fonctions spécifiques
dans le plurijuridisme.....560*

*A. La supériorité constitutionnelle de la Charte canadienne à l'égard des
instruments quasi constitutionnels561*

*B. La primauté du droit de l'Union européenne, y compris s'agissant de droits et
libertés.....568*

*II. Une coexistence non entièrement résolue par la hiérarchie : la persistance des
concurrences575*

A. Une résolution hiérarchique des seules incompatibilités575

B. L'absence de hiérarchie matérielle entre droits fondamentaux.....578

Conclusion de la section 1.....582

**SECTION 2. LA CONVERGENCE MAÎTRISÉE PAR LE JUGE SUPRÊME : LA DÉTERMINATION DE
STANDARDS COMMUNS583**

*I. Au Canada, un alignement des standards pas toujours justifié : vers
l'effacement des différences des protections ?584*

A. La convergence observée en cas de concurrence directe entre les normes..584

*B. L'assimilation des standards en cas de concurrence indirecte des instruments
de protection.....587*

*II. La place des protections nationales dans les standards des droits et libertés de
l'Union européenne : une influence limitée, une confluence domestiquée594*

*A. La congruence par les PGD et l'utilisation des traditions constitutionnelles
communes.....595*

*B. Sous l'ère de la Charte : les convergences produites par les clauses
horizontales..599*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1.....607

CHAPITRE 2. LE REJET D'UNE MISE EN ŒUVRE HÉGÉMONIQUE DES DROITS ET LIBERTÉS : LA VERTICALITÉ TEMPÉRÉE609

SECTION 1. DES ATTEINTES AUX LIBERTÉS NE POUVANT MINER DIRECTEMENT LE PLURIJURIDISME610

I. Une définition des droits et libertés canadiens ne portant pas directement atteinte au fédéralisme611

II. Une possible interprétation du contenu des droits et libertés sensible aux cultures autochtones du Canada ?614

III. La détermination de l'atteinte aux libertés fondamentales de l'Union européenne n'entraînant pas par essence d'uniformisation616

SECTION 2. LA JUSTIFICATION DE L'ATTEINTE AUX DROITS ET LIBERTÉS : MARGES ET DEFERENCE POUVANT LIMITER L'HOMOGENEISATION619

I. Des techniques prétorienne comparables quant au contrôle de la proportionnalité619

II. Des modes de raisonnement spécifiques quant à la détermination de la place des particularismes locaux.....624

A. La place des particularismes provinciaux du Canada et le critère de l'atteinte minimale.....624

1. L'assouplissement opéré dans la foulée de Oakes625

2. Les jurisprudences plus récentes : une atteinte minimale toujours potentiellement dangereuse pour la diversité fédérale628

3. L'échec de la clause de la société distincte ayant vocation à protéger la spécificité québécoise 635

B. L'article 25 de la Charte canadienne et l'impératif vraisemblable de respecter la différence autochtone lors de la justification.....637

1. La prise en compte prétorienne des cultures juridiques autochtones dans la justification des atteintes aux libertés637

2. Quels rôles possibles pour l'article 25 de la Charte dans la mise en équilibre ? ..639

C. La marge d'appréciation laissée aux États membres de l'Union européenne.... 643

1. Marges d'appréciation nationale et les délicates mises en équilibres substantielles... 645

2. Marge d'appréciation nationale et respect des particularismes étatiques.....654

CONCLUSION DU CHAPITRE 2.....667

CONCLUSION DU TITRE I671

TITRE II. UNE LOGIQUE HORIZONTALE À APPROFONDIR POUR UNE PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS PLURALISTE673

CHAPITRE 1. L'AMORCE D'UNE GESTION HORIZONTALE DE LA COEXISTENCE DES DROITS ET LIBERTÉS676

SECTION 1. UNE LOGIQUE HORIZONTALE PLÉBISCITÉE DE L'EXTÉRIEUR : LA PERSISTANCE DES CONTESTATIONS ET FRICTIONS, SALUT DU PLURIJURIDISME ?.....676

I. Dissensions et revendications de distinctions substantielles dans la protection des libertés au Canada.....676

A. Les revendications relativement orthodoxes des acteurs non juridictionnels.....677

B. Les dissensions décelables quant à certains droits fondamentaux681

II. Les contestations de principe des États européens : entre apaisement des frictions et défense des standards nationaux.....689

A. Les allégations des juridictions nationales quant à la prévalence des standards nationaux de protection691

1. Les contestations nationales « abruptes » des standards de protection de l'Union européenne..693

2. La tendance des juridictions nationales à protéger uniquement le cœur de leur droit constitutionnel ou leur identité constitutionnelle694

3. Le principe de l'équivalence des protections dans les jurisprudences nationales .696

B. Les résistances nationales à la logique descendante à travers les textes normatifs de l'Union704

Conclusion de la section 1710

SECTION 2. UNE SOLUTION DE RECHANGE FASTIDIEUSEMENT MISE EN ŒUVRE PAR LES JUGES SUPRÊMES DANS LA CONCURRENCE DES PROTECTIONS711

I. La timide horizontalité quant à la gestion des concurrences directes des normes de protection au Canada.....711

II. L'horizontalité limitée en matière de concurrence des standards dans l'Union européenne..719

CONCLUSION DU CHAPITRE.....730

CHAPITRE 2. LA MÉTHODOLOGIE DIALOGIQUE : LE JUGE SUPRÊME COMME NŒUD DU RÉSEAU D'INTERPRÉTATION NORMATIVE DES DROITS ET LIBERTÉS732

SECTION 1. REPENSER LE CADRE THÉORIQUE DE L'INTERPRÉTATION DES DROITS ET LIBERTÉS DANS LE PLURIJURIDISME : LE RECOURS AU DIALOGUE	732
I. <i>Les théories du dialogue de part et d'autre de l'Atlantique</i>	733
A. Le processus dialogique et les cultures juridiques autochtones au Canada	734
B. La théorie du dialogue au Canada : la Cour suprême du Canada et le politique.....	736
C. Le dialogue des juges en Europe : la Cour de justice européenne et les États.....	744
II. <i>Quelle théorie du dialogue pour une gestion « horizontale » des droits fondamentaux ?</i>	754
A. Les droits et libertés, objets propices au dialogue.....	755
B. Le cadre du dialogue : un égal respect entre interlocuteurs et un espace de discussion ouvert	760
C. Le juge suprême, un acteur contraint pour un dialogue à visée pluraliste ...	764
SECTION 2. LES OUTILS INTERPRÉTATIFS DES DROITS FONDAMENTAUX POUVANT LIMITER L'HOMOGENÉISATION	772
I. <i>L'impact du dialogue sur la prise de décision du juge suprême</i>	772
II. <i>Les processus d'une gestion horizontale des droits et libertés</i>	775
III. <i>Des principes régulateurs comme critères d'une gestion horizontale des droits et libertés</i>	781
IV. <i>La méthodologie prétorienne horizontale illustrée</i>	787
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	793
CONCLUSION DU TITRE II	795
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	797
CONCLUSION GÉNÉRALE	799
BIBLIOGRAPHIE	810
INDEX DES MATIÈRES	894
ANNEXE : TABLEAU ILLUSTRANT LA MÉTHODOLOGIE DIALOGIQUE PAR LE JUGE SUPRÊME.....	905

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

§	paragraphe
A.C.	Appeal Cases (The Law Reports)
<i>A.C.D.P</i>	<i>Annuaire Canadien des Droits de la Personne</i>
<i>ADE</i>	<i>Annuaire de droit européen</i>
<i>Adm. pub. Can.</i>	<i>Canadian Public Administration</i>
<i>AFDI</i>	<i>Annuaire français de droit international</i>
aff.	affaire
aff. jtes	affaires jointes
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique – droit administratif</i>
<i>Alta L. Rev.</i>	<i>Alberta Law Review</i>
<i>Am. J. Comp. L.</i>	<i>American Journal of Comparative Law</i>
art.	article
c.	contre
<i>C. de D.</i>	<i>Cahiers de droit</i>
C.S.C.	Canada Supreme Court Cases
<i>Can. J. Pol. Sc.</i>	<i>Canadian Journal of Political Science</i>
<i>Can.J.L. & Society</i>	<i>Canadian Journal of Law and Society</i>
CC	Conseil Constitutionnel
<i>CCC</i>	<i>Cahiers du Conseil Constitutionnel</i>
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de Droit européen</i>
CE	Conseil d'État
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CED	Communauté européenne de défense
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés
CEE	Communauté économique européenne
<i>Chi. J. Int'l L.</i>	<i>Chicago Journal of International Law</i>
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne

<i>CML Rev.</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>Colum. J. Eur. L.</i>	<i>Columbia Journal of European Law</i>
comm.	commentaire
<i>Crim. L.Q.</i>	<i>Criminal Law Quarterly</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
dir.	sous la direction de
<i>D.L.R.</i>	<i>Dominion Law Reports</i>
e. a.	et autres
<i>E.C.L. Review</i>	<i>European Constitutional Law Review</i>
éd.	édition
<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>EPL</i>	<i>European Public Law</i>
fasc.	fascicule
<i>Fordham Int'l L.J.</i>	<i>Fordham International Law Journal</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>G.C.</i>	<i>Grande Chambre</i>
<i>Harv. Hum. Rts. J.</i>	<i>Harvard Human Rights Journal</i>
<i>HRLR</i>	<i>Human Rights Law Review</i>
<i>Hum. Rts. Q.</i>	<i>Human Rights Quarterly</i>
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>Int'l & Comp. L.Q.</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>Int'l. J. Constit. L.</i>	<i>International Journal of Constitutional Law</i>
<i>JCl.</i>	<i>Jurisclasseur</i>
<i>JDE</i>	<i>Journal de droit européen</i>
<i>Law & Contemp.</i>	<i>Law and Contemporary Problems</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>McGill L.J.</i>	<i>McGill Law Journal</i>
<i>MJ</i>	<i>Maastricht Journal of European and Comparative Law</i>
<i>MLR</i>	<i>The Modern Law Review</i>
n°	numéro
<i>OJLS</i>	<i>Oxford Journal of Legal Studies</i>
<i>Osgoode H.L.J.</i>	<i>Osgoode Hall Law Journal</i>

<i>Ottawa L.R.</i>	<i>Ottawa Law Review</i>
p.	page
PESC	Politique étrangère et de sécurité commune
pp.	de la page... à la page...
préc.	précité
PUF	Presses universitaires de France
<i>Queen's L.J.</i>	<i>Queen's Law Journal</i>
<i>R. du B.</i>	<i>Revue du Barreau</i>
<i>R. du B. can.</i>	<i>Revue du Barreau Canadien</i>
R.C.S.	Canada suprême court reports, recueil des arrêts de la Cour suprême du
<i>R.D. McGill</i>	<i>Revue de droit de McGill</i>
<i>R.D.U.N.-B.</i>	<i>Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick</i>
<i>R.D.U.S.</i>	<i>Revue de droit de l'Université de Sherbrooke</i>
<i>R.G.D.</i>	<i>Revue Générale de Droit</i>
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.R.Q.	Rapports judiciaires révisés de la Province de Québec
<i>R.J.T.</i>	<i>Revue Juridique Thémis</i>
<i>RAE-LEA</i>	<i>Revue des affaires européennes</i>
<i>RCDIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à</i>
<i>RDUE</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil</i>
<i>Rép. Dalloz dr. com.</i>	<i>Répertoire Dalloz de droit communautaire</i>
req.	requête
<i>Rev. études const.</i>	<i>Revue d'études constitutionnelles</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFDC</i>	<i>Revue Française de droit constitutionnel</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RMCUE</i>	<i>Revue du marché commun de l'Union européenne</i>
<i>RTDE</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
<i>RUDH</i>	<i>Revue Universelle des Droits de l'Homme</i>

s.	suivantes
<i>Sask.L.Rev.</i>	<i>Saskatchewan Law Review</i>
spéc.	spécialement
<i>Sup. Ct. L. Rev. (2d)</i>	<i>Supreme Court Law Review (Canada). Second Series</i>
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
<i>U. of T. L.J.</i>	<i>University of Toronto Law Journal</i>
<i>U.B.C.L. Rev.</i>	<i>University of British Columbia Law Review</i>
UE	Union européenne
vol.	volume

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« La grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans quel cas il faut l'uniformité et dans quel cas il faut des différences ? »¹.

« Faites un juge et faites un droit, et l'unité sera donnée par surcroît »².

« La liberté ne peut être limitée qu'au nom de la liberté elle-même »³.

- 1 Plurijuridismes, juges suprêmes et droits fondamentaux, trois concepts recelant leur part de complexité, trois objets d'étude qui demandent pourtant de ne pas s'appréhender en vase clos. Car si chacun d'entre eux pouvait donner lieu à des questionnements autonomes (celui de l'aménagement juridique de la diversité et de l'unité, celui du rôle des hautes juridictions et celui de la limitation libérale des droits individuels) leurs interactions caractériseraient davantage toute la complexité normative moderne, voire postmoderne. *A priori*, rien n'empêche que, dans le cadre d'un mode d'organisation juridique composite (le plurijuridisme), une institution particulière (le juge suprême) n'applique des normes spécifiques (les droits fondamentaux). Mais derrière cette apparente simplicité, les relations entre cet agencement, cet organe et ce type de normes recèlent bien des intrications tant au Canada que dans l'Union européenne.
- 2 L'hypothèse de départ quant à l'interdépendance de chacun de ces trois objets juridiques est que les droits fondamentaux, et le contentieux qu'il génère auprès du juge suprême reflètent des intérêts contradictoires. Ils mettent en lumière la difficile conciliation entre la construction d'un ordre commun d'une part, et la préservation d'une certaine diversité juridique d'autre part. Cette diversité juridique correspond à des identités spécifiques et des cultures juridiques différentes qui existent sur un même espace normatif et qui font l'objet d'un aménagement juridique particulier, par exemple entre les États membres de l'Union européenne⁴ ou bien entre les provinces et

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, livre xxix, chap. xviii.

² R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 (réimpression de l'ouvrage de 1976), 321 p., pp. 305-306.

³ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987 et 1997, 666 p., p. 280.

⁴ Nous utiliserons le plus possible le terme d'« Union européenne » pour désigner l'Europe des 28 qui a connu diverses appellations dont les Communautés européennes, la Communauté économique européenne ou la Communauté européenne. L'adjectif « communautaire » pourra en revanche désigner ce qui relève de l'Union

communautés autochtones canadiennes. Ces droits et libertés, qui ont pourtant une vocation universelle, sont confrontés à des visions divergentes au sein de ces espaces juridiques complexes quand il s'agit de définir les contours exacts de ces droits et de les mettre en œuvre.

- 3 Il existerait alors des « enjeux pluralistes », des enjeux relatifs à la préservation d'une certaine diversité dans un espace englobant de protection des droits et libertés, enjeux au centre desquels on trouve un acteur clé, le juge suprême. Pour en saisir toutes les dimensions, nous proposons d'effectuer une étude comparée fondée sur le « plurijuridisme ».
- 4 Afin de poser le cadre de l'étude proposée, il est nécessaire de définir le plurijuridisme et de justifier l'intérêt d'une analyse fondée sur ce concept lorsqu'on s'intéresse à la diversité juridique dans une perspective comparatiste (I). Il conviendra ensuite d'examiner l'utilité de cette grille d'analyse dans l'évolution du rôle du juge suprême qui a été considérablement modifié par l'apparition des droits et libertés (II).

Section 1. Du plurijuridisme ou comment appréhender la diversité juridique dans une perspective comparée

- 5 Comparer deux espaces aussi différents que l'Union européenne et le Canada constitue un véritable défi tant les deux unités comparées semblent à première vue dissemblables. Cette comparaison se justifie pourtant en partie par l'étude de phénomènes juridiques similaires qui concerne l'organisation d'une certaine diversité juridique dans un espace donné. Les « enjeux pluralistes » qui nous intéressent particulièrement au Canada sont relatifs à la diversité juridique entre provinces, à la question de la particularité du Québec et à la question autochtone. En Europe, les enjeux du pluralisme se situent surtout autour de la diversité juridique parmi les États membres. Or, ces phénomènes juridiques peuvent s'appréhender au travers du concept de plurijuridisme (I), duquel il sera possible de tirer une grille d'analyse commune (II).

européenne tant sous ses formes antérieures qu'actuelles dans la mesure où il n'existe pas d'adjectif équivalent relatif à l'Union.

I. Le choix terminologique du plurijuridisme

A. La terminologie du plurijuridisme

- 6 Jean-Louis Bergel⁵ propose ce terme pour décrire un pluralisme qui « ne se réduit pas au pluralisme des sources du droit. [Le plurijuridisme] s'attache plus précisément au pluralisme des systèmes juridiques, voire au pluralisme des ordres juridiques, susceptibles de coexister en un même lieu et en même temps ». C'est une « pluralité d'ensembles cohérents de règles et d'ordonnancements juridiques, dotés, chacun, à la fois d'unité qui en relie les différents éléments et d'une autonomie sociale, organique ou organisationnelle qui en consacre la spécificité »⁶.
- 7 Ainsi, ce terme trouve à s'appliquer à des hypothèses très différentes, dont notre cas d'étude comparée entre l'Europe et le Canada. Selon Jean-Louis Bergel, « il peut d'abord s'agir d'une pluralité de systèmes juridiques étatiques, mais distincts au sein d'une structure fédérale ou unitaire et plus ou moins décentralisée, dans laquelle le degré d'autonomie respectif des systèmes est variable ». Cela comprend également « la coexistence de l'ordre juridique international et des ordres juridiques nationaux » (ou le cas des ordres supranationaux, tel que l'Union européenne ou le système conventionnel européen) qui implique alors « un pluralisme hétérogène ». En conséquence de quoi, le concept de plurijuridisme se révèle pertinent à la construction européenne, mais aussi à des phénomènes tels que le bijuridisme⁷ canadien, et l'on peut très bien y trouver un cadre d'analyse pertinent pour la prise en compte du droit coutumier autochtone.
- 8 Le plurijuridisme constitue une des manières possibles d'appréhender la diversité juridique, mais en tenant compte des phénomènes normatifs liés à la pluralité juridique d'une manière à la fois dynamique et interconnectée.
- 9 En effet, la diversité caractérise ce qui est à la fois multiple et dissemblant, et s'opposerait donc à l'unité. Ce faisant, elle correspondrait à un concept plutôt descriptif. Pourtant, si l'on devait trouver d'autres antonymes à la « diversité juridique », on serait tenté de citer aussi l'uniformité ou l'homogénéité du droit. Cela démontre en réalité que les problématiques liées à la pluralité juridique sont surtout intimement associées aux processus de construction du droit, à son évolution qui peut être plus ou moins pluraliste. Il s'agit de s'intéresser non seulement à la

⁵ J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 368 p.

⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁷ Voir infra § 553 et s.

différence des règles applicables aux situations comparables, mais aussi aux raisons qui expliquent les différences, leurs sources et éventuellement les mécanismes qui régissent les relations entre ces normes diverses. En outre, la diversité ne connote pas l'idée d'un enchevêtrement spatial, personnel ou matériel des espaces normatifs. Le plurijuridisme est donc un outil conceptuel plus pertinent pour décrire ces processus que celui de diversité qui renvoie à un simple constat statique.

- 10 Le plurijuridisme permet une analyse de la diversité juridique en s'intéressant aux dynamiques d'échanges entre les espaces juridiques producteurs de cette pluralité, et pas seulement à la disparité des règles juridiques applicables aux situations semblables, qui correspondrait au concept de diversité juridique. À cet égard, il se distingue à la fois de deux terminologies plus connues, le pluralisme juridique et le fédéralisme, et les englobe.

B. La terminologie du pluralisme juridique

- 11 Une des premières terminologies qui vient à l'esprit lorsqu'il s'agit d'analyser des phénomènes normatifs pluriels est celle du « pluralisme juridique ». Cette terminologie aurait l'avantage de la simplicité : il s'agit finalement de théoriser une réalité constatée, la pluralité, en une doctrine construite, le pluralisme, puis de qualifier ce pluralisme de juridique, étant donné que le champ de l'étude est, bien entendu, le droit. Cette apparente clarté terminologique cache en réalité un courant doctrinal spécifique. Il s'agit d'un mouvement doctrinal, mais aussi d'un champ d'études et d'une hypothèse de travail⁸, qui naît de l'anthropologie et de la sociologie du droit et qui se distingue du plurijuridisme. Toutefois, on ne manquera pas de tirer les leçons de certaines analyses qui en sont issues.
- 12 Le mouvement du pluralisme juridique se développe en particulier à partir de l'étude des sociétés coloniales, puis postcoloniales⁹. En effet, l'apport majeur du pluralisme juridique est de considérer comme juridiques des normes et des ensembles de normes qui ont eu tendance à se voir refuser cette qualité par une certaine vision du droit, une vision positiviste et moniste¹⁰. Ce

⁸ R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *R.D.U.S.*, vol. 33, 2002, p. 133, spéc. p. 137.

⁹ B. Z. TAMANAHA, « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global », *SydLR*, vol. 30, 2008, pp. 375-411, spéc. p. 381.

¹⁰ L'exemple topique est le refus des positivistes européens de reconnaître comme juridiques les règles coutumières des peuples colonisés. La coutume est ainsi un champ d'études privilégié de ce courant. Sur la notion de coutume : J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1997, 123 p., p. 47 et s.

champ de recherche s'intéresse surtout à des phénomènes juridiques dont la source normative est indépendante de l'État, ou de ses résurgences, même si ces normes extraétatiques interagissent ensuite avec les normes étatiques ou quasi étatiques.

- 13 En simplifiant, l'idée du pluralisme juridique signifie que, dans une société déterminée, des mécanismes juridiques différents s'appliquent à des situations identiques. Autrement dit, il s'agit d'étudier la superposition dans l'espace et pour les mêmes matières de plusieurs ordres juridiques (ou systèmes juridiques), notamment non étatiques, autonomes entre eux. Ce premier élément de définition du pluralisme juridique correspond à la « première définition de Jacques Vanderlinden » de 1969¹¹.
- 14 Puis l'anthropologue du droit ajoute une nouvelle dimension en 1993, et reconstruit sa définition en insistant sur le fait que l'individu est le centre de cette coexistence de systèmes juridiques¹². Ce qui compte finalement, c'est que l'individu est enchâssé dans de multiples réseaux¹³. Le pluralisme juridique est nouvellement défini comme « la situation, pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnancements différents sont susceptibles de s'appliquer à sa situation »¹⁴.
- 15 On retrouve une idée similaire chez Roderick MacDonald. La focale de l'analyse n'est pas tellement la pluralité dans un système ou une société, mais la pluralité normative susceptible de s'appliquer à un individu, sujet de droit, et dans une certaine mesure, aussi créateur de droit. Cette hypothèse¹⁵ « relativise, par contre, l'ordre juridique étatique en nous invitant à voir une multiplicité d'ordres juridiques concurrents »¹⁶. Aussi, « tout ordre juridique est constitué par les pratiques et les croyances des sujets. Le droit trouve sa source non pas dans la coercition qu'impose le pouvoir politique, mais plutôt dans les interactions humaines »¹⁷. Il s'agit alors

¹¹ J. VANDERLINDEN, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique » dans É. LE ROY, dir., *Les pluralismes juridiques*, Paris, Éditions Krathala, 2003, p. 21, p. 26.

¹² J. VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 2, 1993, p. 573.

¹³ *Ibid.*, p. 580.

¹⁴ *Ibid.*, p. 583.

¹⁵ Aussi selon lui, « le pluralisme juridique se conçoit comme une hypothèse pour imaginer et pour aborder la normativité dans les sociétés hétérogènes, de manière à mieux actualiser les idées de liberté, d'égalité et de fraternité ». R. A. MACDONALD, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *préc.*, p. 138.

¹⁶ *Ibid.*, p. 140.

¹⁷ *Ibid.*

plutôt de se demander « comment les sujets de droit contribuent à la création du droit », que de comprendre comment le droit agit sur le sujet de droit¹⁸.

- 16 Norbert Rouland synthétise ces différentes définitions en expliquant que le pluralisme juridique est un :

« courant doctrinal insistant sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques multiples, agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation ; l'individu est un acteur du pluralisme juridique dans la mesure où il se détermine en fonction de ses appartenances multiples à ces réseaux sociaux ou juridiques »¹⁹.

- 17 Le pluralisme juridique dans cette perspective anthropologique ou sociologique n'est pas un courant doctrinal homogène, si bien qu'il faut examiner « les pluralismes juridiques »²⁰. La nature des relations qu'entretiennent les ordres ou systèmes juridiques autonomes divise ainsi la doctrine du pluralisme juridique. Si dans la définition donnée précédemment l'auteur envisage la possibilité d'une « collaboration » entre les systèmes juridiques, d'autres positions plus radicales estiment que la simple coordination entre ces ensembles normatifs est une négation du « véritable pluralisme », en ce que cela crée un ordre nouveau ou un métaordre qui revient à nier la pluralité juridique²¹. D'autres auteurs sont plus enclins à admettre une intensité dans le pluralisme juridique, avec un pluralisme plus ou moins fort, ainsi qu'une forme de coordination entre les ensembles normatifs.

- 18 Ce faisant, Gordon Woodman a pu avancer que l'existence du pluralisme à l'intérieur d'un seul ordre juridique pouvait être reconnue comme une forme de pluralisme juridique²², tandis que pour d'autres ce n'est pas suffisant, le pluralisme trouvant sa source dans des ordres juridiques distincts, qui coexistent dans un champ social semi-autonome²³. Pour d'autres, comme Franz Von Benda-Beckmann, les deux possibilités constituent des formes différentes de pluralisme juridique, l'un étant un pluralisme interne au système et l'autre un pluralisme de systèmes²⁴.

¹⁸ *Ibid.*, p. 151.

¹⁹ N. ROULAND, « Être Amérindien en Guyane : de quel droit ? », *RFDC*, vol. 27, 1996, p. 493, spéc. p. 494.

²⁰ É. LE ROY, dir., *Les pluralismes juridiques*, Paris, Éditions Krathala, 2003, Cahiers d'anthropologie du droit, 231 p.

²¹ Ce sont les positions de Vanderlinden et MacDonald.

²² G. R. WOODMAN, « Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 42, 1998, p. 21.

²³ Voir à propos de la vision de John Griffiths notamment : F. v. BENDA-BECKMANN, « Who's afraid of legal pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 47, 2002, p. 37, spéc. p. 62.

²⁴ *Ibid.*, p. 63.

19 Ce champ de recherche s'intéresse surtout à des phénomènes juridiques dont la source normative est indépendante de l'État, ou de ses résurgences, même si ces normes extraétatiques interagissent ensuite avec les normes étatiques. Le plurijuridisme peut donc décrire des situations de pluralisme juridique, mais l'inverse n'est pas possible. En effet, le plurijuridisme peut concerner des phénomènes juridiques qui sont uniquement étatiques ou quasi étatiques, ce qui est principalement le cas dans notre recherche, tandis que le terme de pluralisme juridique ne concerne pas essentiellement ce champ d'études. De plus, il y a une controverse doctrinale parmi les théoriciens du pluralisme juridique sur la question de l'interconnexion entre les espaces normatifs. Or l'optique que nous souhaitons développer consiste précisément à s'intéresser à ces mécanismes de croisement, ces passerelles, ces « charnières juridiques »²⁵ entre les espaces juridiques. L'étude s'intéresse en particulier à un « lieu de rencontre » précis de cette pluralité qui est le contentieux des droits fondamentaux devant le juge suprême. Par conséquent, nous sommes très loin d'une vision pluraliste radicale.

C. La terminologie du fédéralisme

20 Plurijuridisme et fédéralisme ne se recoupent pas totalement non plus, bien que le fédéralisme constitue une théorie permettant également d'appréhender la diversité juridique. La théorie fédérale nous semble moins complète que celle du plurijuridisme, plus moderne pour appréhender les phénomènes juridiques au cœur de notre recherche.

21 Il est certain que le fédéralisme a pour mission, pour fonction, de maintenir une diversité politique, sociale, culturelle, religieuse, linguistique et juridique. En effet, le mécanisme de la répartition des compétences entre plusieurs niveaux de gouvernement va permettre de créer des sphères politiques autonomes qui constituent des ensembles normatifs (des ordres juridiques) dotés d'une certaine autonomie.

22 Il est donc tout à fait classique de dire que le fédéralisme permet de concilier diversité et unité²⁶, à tout le moins qu'il recherche un équilibre entre ces deux tensions contradictoires. Le fédéralisme naît souvent d'une union, d'un pacte (*foedus*) d'entités, voire de nations, distinctes qui s'unissent dans un certain but, tout en gardant leur identité. Cette identité se trouve affirmée

²⁵ É. DUBOUT et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 3

²⁶ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GELINAS, « Introduction » dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GELINAS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 2, p. 8.

et valorisée par un particularisme normatif qui est protégé par les principes de superposition, d'autonomie, et parfois, par celui de participation²⁷.

- 23 On a pu ainsi rattacher le fédéralisme à une forme de pluralisme juridique²⁸, au point, parfois, d'élargir considérablement la notion de fédéralisme. En effet, on considère généralement que le fédéralisme est intrinsèquement lié à la notion de territoire, c'est une manière d'organiser la diversité juridique en divisant le pouvoir selon une grille territoriale²⁹. Mais certains auteurs ont proposé une rupture avec le paradigme du territoire en acceptant l'idée d'un « fédéralisme personnel ». Cela permettrait donc à l'individu de choisir la collectivité reconnue constitutionnellement à laquelle il désire s'associer. Il s'agit en réalité de rattacher le principe de personnalité des lois à la notion de fédéralisme³⁰. Dans la même perspective, Roderick MacDonald propose de lire le fédéralisme à partir du concept de pluralisme juridique (au sens sociologique ou anthropologique radical)³¹. Il suggère ainsi la notion de « fédéralisme kaléidoscopique », qui serait une manière de renouer avec l'idée de pluralisme juridique en rejetant l'analyse « stato centrée » à la faveur d'une analyse qui se concentrerait sur la multiplicité des sources normatives qui s'applique à l'individu. Un tel fédéralisme aurait alors non seulement une dimension territoriale, mais aussi personnelle ou psychologique.

²⁷ Pour une théorie du fédéralisme mettant l'accent sur les principes d'autonomie et de participation voir : L. L. FUR, *État fédéral et confédération d'Etats*, Paris, Panthéon-Assas-Paris II, 2002, 839 p.

²⁸ Philippe Lauvaux nous rappelle ainsi que Carl Friedrich concevait le fédéralisme comme une dynamique, une construction qui se fait à partir de la pluralité économique, sociale, culturelle, religieuse et politique. La notion fonctionnaliste du fédéralisme, c'est-à-dire celle qui analyse « la fonction d'une relation fédérale », permet alors de définir le fédéralisme comme un « processus politique » où l'accent est mis sur « l'esprit fédéral, c'est-à-dire la ferme détermination de maintenir à la fois la diversité et l'unité par un processus continu d'adaptation mutuelle ». P. LAUVAUX, « Le principe fédératif : première théorie constitutionnelle du pluralisme ? » dans L. FONTAINE, dir., *Droit et pluralisme : actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006 / organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D)*, Bruxelles, Nemesis Bruylant, 2007, p. 53.

²⁹ D'où bien souvent, une conception du fédéralisme comme étant une manière constitutionnelle de se conformer à la séparation des pouvoirs, qui est alors qualifiée de verticale car la répartition du pouvoir se fait entre le centre et la périphérie, entre le global et le local. La territorialité est la « base prépondérante pour procéder à la gestion de la diversité dans les États fédéraux et représente le fondement des relations de pouvoirs pour les États eux-mêmes » : M. BURGESS, « Gérer la diversité dans les États fédéraux : approches conceptuelles et perspectives comparatives » dans A.-G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 490, p. 496.

³⁰ A. N. MESSARRA, « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme » dans A. G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 227.

³¹ R. A. MACDONALD, « Kaleidoscopic Federalism » dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261.

- 24 Dans cette optique le fédéralisme correspond davantage à une forme de pluralisme juridique que de fédéralisme, au sens où il est généralement entendu, dans la mesure où il est « déterritorialisé ».
- 25 À l’opposé, une autre difficulté liée au concept de fédéralisme tient à son éloignement des enjeux pluralistes pour certains spécialistes. En effet, ces auteurs³² ont mis à jour le fait que l’échec ou le succès du fédéralisme a tendance à se mesurer à l’aune de sa flexibilité et son efficacité à mettre en œuvre les politiques publiques voulues par les citoyens. La question de l’équilibre entre la diversité et l’unité ne serait plus pertinente afin d’évaluer le bon fonctionnement d’un système fédéral. C’est d’ailleurs pourquoi certains universitaires se sont attachés à défendre un type de fédéralisme qui prendrait plus spécifiquement en compte le pluralisme, en particulier celui fondé sur la différence entre nations³³. Les réflexions des politologues menées sur la « démocratie multinationale » permettent également de replacer la question de la diversité au centre, car la reconnaissance de la pluralité des nations dans un espace politique donné permettrait la négociation et la discussion de ces membres pour la reconnaissance et l’accommodement de la diversité³⁴.
- 26 Nous estimons toutefois l’idée de plurijuridisme plus opportune pour notre analyse en ce qu’elle évite de devoir donner une définition opérationnelle en droit de la « nation », notion éminemment politique et épineuse. Mettre la nation au centre de notre analyse nécessiterait sans doute de revoir la place de l’État membre de l’Union européenne pour mettre en avant les régions se

³² F. ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l’idéal fédéral » dans A.-G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l’Université de Montréal, 2006, pp. 93-146 ; J. LECLAIR, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » dans F. GELINAS et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 383-414.

³³ Sur la Nation en tant que concept complexe voir par exemple : E. BROUILLET, *La négation de la nation. L’identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec Septentrion, 2005, 478 p ; M. SEYMOUR, dir., *États-nations, multinationales et organisations supra-nationales*, Montréal, Liber, 2002, 499 p. Alain Gagnon défend un fédéralisme multinational qui selon lui aurait « l’avantage de mettre en valeur le pluralisme identitaire et donne une forte légitimité aux communautés nationales dans la construction du sujet politique ; il contribue ainsi au développement d’une culture propre et, ce faisant, vient enrichir le libéralisme communautaire ». A.-G. GAGNON, « Le fédéralisme asymétrique au Canada » dans A. G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l’Université de Montréal, 2006, p. 287, p. 288. Sur la distinction entre le fédéralisme territorial et le fédéralisme multinational, voir aussi : E. FOSSAS, « National Plurality and Equality » dans F. REQUEJO, dir., *Democracy and National Pluralism*, Florence, KY Routledge, 2001, pp. 63-83.

³⁴ A.-G. GAGNON et J. TULLY, dir., *Multinational democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 411 p. Voir en particulier l’introduction de Alain-G. GAGNON et James TULLY p. 1 et s.

considérant comme des nations non constituées en État, ce qui va bien au-delà des ambitions de cette étude et manquerait de fondement en droit positif³⁵.

- 27 Le fédéralisme est donc une manière d'aménager la pluralité juridique ; il pose toutefois problème, car il peine à faire l'unanimité comme étant une réponse adéquate aux nouveaux défis canadiens et européens.
- 28 Au Canada, la question récurrente de l'indépendance du Québec peut se concevoir comme une tension intrinsèque au phénomène fédéral, puisque le point d'équilibre est instable et sans cesse remis en cause. La question autochtone constitue certainement un autre défi du fédéralisme canadien. On peut dire, grâce au travail des anthropologues du droit notamment, que le droit coutumier des autochtones est de plus en plus reconnu comme du droit. En tout état de cause, les revendications politiques de ces peuples poussent les juristes à trouver des outils et des théories adéquats à cette prise en considération. Certains auteurs ont pu envisager des théories qui se rattachent au fédéralisme et qui considèrent les peuples autochtones comme un troisième ordre de gouvernement³⁶. Si cette option est en théorie envisageable, en pratique il semble difficile d'envisager une répartition des pouvoirs selon un modèle fédéral, en particulier au Canada, compte tenu de la structure fédérale existante. En effet, il n'existe pas une population autochtone, mais des peuples autochtones à travers tout le territoire : cette multiplicité rend donc complexe le rattachement territorial et la répartition de pouvoirs sur plusieurs niveaux³⁷ (le fédéralisme personnel reste, de ce point de vue, une optique plus adéquate).
- 29 La construction européenne peut également être tenue comme une construction fédérale. Il y a de très nombreuses études doctrinales qui rattachent l'Union européenne (ou l'ancienne Communauté européenne) au fédéralisme³⁸. Des auteurs ont pu ainsi faire des analyses de droit

³⁵ Sur ce sujet, voir par exemple : C. CLOSA, « National Plurality within Single Statehood in the European Union » dans F. REQUEJO, dir., *Democracy and national pluralism*, Florence, Ky, USA, Routledge, 2001, pp. 84-102.

³⁶ Voir par exemple : J. LECLAIR, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », *Queen's L.J.*, vol. 31, 2006, pp. 521-535 ; M. PAPILLON, « Canadian Federalism and the Emerging Mosaic of Aboriginal Multilevel Governance » dans H. BAKVIS et G. SKOGSTAD, dir., *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Toronto, Oxford university Press, 2008, pp. 291-313.

³⁷ M. PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones » dans A. G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain - fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 461-486.

³⁸ Pour une conception normativiste de la construction européenne : C. KAKOURIS, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) » dans P. PESCATORE et P. CAPOTORTI, dir., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden Nomos Verlagsgesellschaft 1987, pp. 319-345. Pour une conception plus « pluraliste » : J. H. WEILER, « Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg » dans K.

comparé avec les systèmes fédéraux reconnus et conclure au caractère fédéral ou quasi fédéral de l'Union européenne³⁹. D'autres auteurs se sont focalisés à démontrer que l'Union européenne n'était pas une « organisation fédérale de type classique »⁴⁰.

- 30 Dans une perspective comparée ou théorique, on a pu identifier des principes, ou des outils, qui constituent un faisceau d'indices permettant de conclure au caractère fédéral ou non d'une organisation politique : le principe d'attribution des compétences, le principe de primauté du droit de l'entité globale sur l'entité particulière, le principe de l'effectivité à l'égard des individus de chacun des droits des différents niveaux, les mécanismes régulateurs (comme le principe de subsidiarité) ou encore l'autonomie des deux niveaux de gouvernement⁴¹. Des éléments plus « matériels » ont été avancés pour caractériser un système fédéral comme le droit de conduire des relations diplomatiques et de conclure des traités de la part de l'entité englobante⁴², ou l'existence d'une cour suprême.
- 31 Mais, de l'avis unanime de la doctrine, des juges et des citoyens, l'Union européenne n'est pas un État. Le raisonnement a tendance à rester bloqué à ce constat, parce que trop souvent, faute de pouvoir trouver un élément de comparaison, l'idée de système fédéral renvoie à l'idée d'État fédéral.
- 32 C'est donc une des difficultés majeures de la terminologie fédérale dans une optique comparatiste. L'attachement au critère étatique est d'ailleurs un problème fondamental de toute étude sur la diversité juridique, qu'elle soit sous l'angle du pluralisme juridique, du fédéralisme ou du plurijuridisme. Il est toutefois possible de le dépasser en partie à condition d'établir un cadre analytique adéquat.

NICOLAIDIS et R. HOWSE, dir., *The federal vision: Legitimacy and levels of governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001, p. 54; J. H. H. WEILER et M. WIND, dir., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2003, 244 p.

³⁹ N. ARONEY, « Federal Constitutionalism / European Constitutionalism in Comparative Perspective », en ligne: *University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper*, vol.7, 2005, <<http://ssrn.com/abstract=890789>>. T. C. HARTLEY, « Federalism, Courts, and Legal System: The Emerging Constitution of the European Community », *Am. J. Comp. L.*, vol. 34, 1986, pp. 229-247 ; E. CLOOTS, G. BAERE et S. SOTTIAUX, dir., *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 414 p.

⁴⁰ J.-C. PIRIS, « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, vol. 2, 2005, p. 243.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² T. C. HARTLEY, « Federalism, Courts, and Legal System », préc.

II. Le cadre analytique issu du plurijuridisme

A. La nécessité d'une grille d'analyse permettant de se distancer du cadre étatique

- 33 Il n'aura échappé à personne que le Canada est un État alors que l'Union européenne ne l'est pas. Cela aurait pu être un obstacle à la comparaison, mais précisément, la terminologie du plurijuridisme a notamment comme avantage de pouvoir raisonner au-delà de ce critère.
- 34 En effet, les études sur la pluralité juridique se heurtent souvent à la question de l'État, voire même se situent « contre l'État ». Le terme « contre » renvoie à l'idée d'opposition, mais aussi à celle d'être collé, attaché ou plaqué à quelque chose. Les théories pluralistes sont ainsi en opposition à l'égard de l'État westphalien, mais restent aussi souvent attachées, arrimées à cette conception du droit, tant l'attractivité du modèle est forte.
- 35 Ainsi, le pluralisme juridique s'attache surtout à démontrer qu'il existe des phénomènes juridiques qui sont en dehors de l'État et qui le dépassent, il s'agit donc d'une contestation du monisme de type positiviste. En effet, la pensée normativiste et étatique a écarté du champ juridique tout ce qui n'entrait pas dans le cadre de son champ conceptuel, ce qui a plus ou moins réduit la sphère de la juridicité aux phénomènes d'origine étatique. Dans les différentes théories normativistes,⁴³ la question de l'origine de la validité des normes est essentielle, et cette validité découle d'une norme unique, la norme fondamentale ou la norme de reconnaissance. Ce fondement unique de validité des normes a pour conséquence une conception moniste du droit qui a eu tendance à assimiler droit et État⁴⁴. La rencontre du concept de l'État avec les théories normativistes a conduit à reconnaître à l'État un « monopole juridique ». L'État a notamment pour caractéristique, bien exprimée par Max Weber, de détenir le monopole de la violence légitime. Il est ainsi le seul pouvant disposer de la contrainte physique comme sanction ultime d'une norme. Or, ne reconnaître comme juridique que la norme susceptible d'être sanctionnée par la contrainte physique, a mené à la conclusion biaisée que seul l'État pouvait être auteur de normes.

⁴³ Retenons celle de Kelsen et celle de Hart dans les deux ouvrages de référence : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, 2^e édition, 1962, Paris, L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, 367 p ; H.L.A. HART, *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd. augmentée, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 344 p.

⁴⁴ Nous tirons ces conclusions de la manière dont a été retenu ce normativisme par une majorité de juristes. Les conséquences que nous tirons sont dues à la fois à une conception théorique et de son utilisation historique.

- 36 Droit et État se sont donc retrouvés comme fusionnés. Le monisme étatique⁴⁵ prend ici le sens de « monolithique », la seule normativité juridique reconnue est faite du seul et même « granit étatique ». La présomption de complétude de l'ordre juridique plaide ainsi en faveur de la reconnaissance de cette seule normativité. Les autres formes de normativité sont alors soit écartées, ou au moins minimisées ou rabaissées⁴⁶, soit « étatisées », c'est-à-dire incorporées au système étatique selon ses propres conditions.
- 37 Il s'agit là d'un hégémonisme étatique, qui va être contesté par les auteurs pluralistes, en particulier sur le terrain empirique. Le pluralisme est ainsi, selon eux, une « réalité », un « fait », comme l'écrivait John Griffiths⁴⁷. Les théoriciens pluralistes ont signalé que la colonisation avait nié ou ignoré le caractère juridique des relations qui existaient au sein des peuples colonisés. Cela a produit une superposition d'ensembles normatifs très différents, dont certains sont de nature étatique. Et cette superposition a subsisté après la décolonisation.
- 38 Le problème de cette contestation de la sphère de la juridicité par le pluralisme juridique est qu'elle nécessite un travail de redéfinition du droit lui-même. Cette redéfinition des concepts oscille nécessairement entre le connu et l'innovant, entre une résurgence de la pensée étatique et son dépassement. La discussion porte sur la circonscription *a priori*, ou non, des phénomènes juridiques : peuvent-ils s'étendre à toutes sortes de phénomènes ? Pour les pluralistes les plus radicaux, il n'y *a priori* aucune limite au phénomène juridique puisque que ce sont les sujets de droit qui en fixent le cadre : est du droit ce qui est estimé comme tel par les sujets de droit, par les gens. D'autres, comme Brian Tamahana⁴⁸, fixent la limite de la définition du droit à son utilisation non pas par les sujets, mais par les acteurs juridiques. Tandis que pour les

⁴⁵ Cette idée de monisme ne fait pas référence à la distinction utilisée en droit international entre monisme et dualisme. Dans le premier cas, le droit international trouve à s'appliquer directement dans l'ordre interne, car finalement il n'existe qu'un seul ordre juridique plus ou moins centralisé, dans le second cas, l'ordre interne et l'ordre international sont considérés comme indépendants l'un de l'autre et le droit international ne s'applique dans l'ordre interne que dans la mesure où il a été transposé selon une procédure de droit interne. Si cette distinction théorique très tranchée a des répercussions juridiques importantes dans la mise en œuvre du droit international, il reste que dans les deux cas, le droit dont il s'agit est de nature étatique (les auteurs du droit international restant les États) et est ordonné de manière hiérarchique. C'est pour cela que nous avons défini le monisme de manière plus large que la simple référence à l'application du droit international. Mais cette théorie illustre toutefois le caractère fortement hiérarchique du monisme normativiste.

⁴⁶ L'idée « *d'infradroit* » développée par le Doyen Carbonnier illustre ainsi cette difficulté de penser comme du droit « véritable » des formes de normativité qui se développent en dehors de l'État : Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, 320 p.

⁴⁷ Voir B. Z. TAMANAHA, « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global », préc., p. 396.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 394.

normativistes le phénomène juridique est restreint à la question de sa validité au regard de l'ordre juridique, et se résume au phénomène étatique.

- 39 Trancher cette question de la définition du droit dépasse l'ambition de cette étude, elle ne s'avère pas non plus utile dans la mesure où l'étude se concentre sur une analyse jurisprudentielle, c'est-à-dire que sera du droit ce que vont considérer comme tel les acteurs juridictionnels. Le débat ressurgira toutefois dans l'étude du raisonnement des juges, dans le contentieux du droit des peuples autochtones du Canada en particulier. Il faut donc s'affranchir pour partie du cadre étatique pour considérer, comme nous le ferons, que les normes élaborées par les peuples autochtones relèvent de la sphère juridique et du droit⁴⁹.
- 40 L'Union européenne n'est pas non plus en reste sur cette difficulté liée au stato-centrisme. En créant une structure ni étatique ni internationale, ou mi-étatique mi-internationale, la construction européenne a, elle aussi, bouleversé les schémas de pensée classique, si bien qu'elle est souvent qualifiée d'entité *sui generis*. Le qualificatif d'entité « supranationale » est souvent utilisé et montre bien que l'Union européenne implique de penser au-delà de l'État, en particulier au-delà de l'État-nation, en bousculant, notamment, la hiérarchie normative classique. Les idées de « Fédération d'États-Nation »⁵⁰ ou de « d'Union postnationale »⁵¹ ont aussi été avancées.
- 41 On retrouve cette difficulté de se détacher de la pensée moniste et normativiste dans les théories fédéralistes et même plus généralement dans les théories constitutionnelles. Les signes de cet arrimage au phénomène étatique se retrouvent dans les débats que suscite l'utilisation de tel ou tel terme, comme celui de souveraineté, de primauté, de nation et de leurs dérivés.

⁴⁹ Mais il n'est pas non plus utile pour cette recherche de s'en affranchir complètement et de s'inscrire dans la lignée des penseurs du pluralisme juridique. Si nous avions choisi une recherche pluraliste au sens de l'anthropologie juridique notamment, nous aurions pu procéder par exemple à des enquêtes empiriques auprès d'acteurs de terrain influençant la protection des droits et libertés et la diversité juridique ou devant les mettre en œuvre au quotidien dans un cadre scolaire ou pénitentiaire. N'étant pas nécessairement habilités par une autorité compétente, il aurait fallu s'inscrire pour une telle étude dans une définition plus large du phénomène juridique que ce dont nous avons besoin ici, dans une analyse essentiellement jurisprudentielle.

⁵⁰ Voir le discours prononcé par le ministre des affaires étrangères allemand, Joschka Fischer, devant l'Université Humboldt de Berlin, le 12 mai 2000 et le débat doctrinal qui a suivi, par exemple : *Harvard Jean Monnet Working Paper No.7/00, Symposium : Responses to Joschka Fischer*, en ligne : <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0301.html> ou V. CONSTANTINESCO, « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? » dans R. DEHOUSSE, dir., *Une Constitution pour l'Europe*, Paris, Presse de la F.N.S.P., 2002, p. 132.

⁵¹ Par exemple : E. O. ERIKSEN, C. JOERGES et F. RÖDT, dir., *Law and Democracy in the Post-National Union*, Oslo, ARENA Centre for European Studies University of Oslo, 2006, 454 p.

- 42 Aussi, on a pu observer l'ambivalence des théories liées au fédéralisme, qui ont tendance à vouloir rentrer dans le moule étatique et en sortir à la fois. Plus spécifiquement, le fédéralisme est une théorie qui permet de sortir du cadre de l'État-nation, mais qui reste lié au phénomène étatique, tout simplement, car le fédéralisme s'est concrétisé historiquement sous la forme d'États fédéraux. De plus, conceptuellement, le fédéralisme reprend les trois éléments qui caractérisent l'État, c'est-à-dire le territoire, la population et un gouvernement, mais en acceptant une superposition, un dédoublement, des éléments en fonction d'un morcellement territorial arrêté. Le fédéralisme engendre, dès lors, des disputes relatives à l'attribution du caractère étatique à tel ou tel niveau, étant donné que le caractère étatique est valorisé comme une fin en soi, un aboutissement. L'attribution des termes d'« État » au niveau de gouvernement ayant la plus grande base territoriale, ou au contraire à ceux ayant une assise territoriale restreinte, n'a rien d'anodin dans la construction politique et juridique d'un système fédéral⁵². Les tensions politiques sur l'attribution de la souveraineté peuvent s'analyser en ce sens. D'où la création de paradoxes et de néologismes qui reprennent la terminologie étatique et qui tentent de contenter les deux niveaux de gouvernement (on va alors parler de souveraineté partagée ou divisible par exemple).
- 43 En Europe, il existe plusieurs théories qui tendent à tenir compte de ces difficultés en redéfinissant le phénomène fédéral, en l'épurant des dimensions étatiques qui constituaient un frein à l'acceptation de l'Union européenne comme phénomène fédéral. On peut citer par exemple Olivier Beaud⁵³, qui propose une théorie proche du fédéralisme qui se détacherait de l'idée de souveraineté et d'État. Il suggère ainsi les concepts de Fédération (pour l'entité englobante du pacte dans son ensemble), fédération (pour l'entité institutionnelle constituant le niveau de gouvernement applicable sur l'ensemble du territoire de la Fédération) et d'État membre (les États membres sont les entités de départ qui se sont unies et qui conservent un niveau de gouvernement). Même si la distinction entre les termes « fédération » avec ou sans

⁵² Voir : É. ZOLLER, « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État » dans B. REBER et R. SÈVE, dir., *Le pluralisme*, Paris, Dalloz, 2006, p. 109.

⁵³ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.

majuscule a ses limites d'un point de vue pédagogique⁵⁴, la théorie est fort stimulante dans la mesure où elle présente une nouvelle facette du fédéralisme applicable au cas européen.

44 Il demeure qu'en Europe la terminologie fédérale fait régulièrement l'objet de débats politiques. Elle a été, jusqu'à présent, plutôt rejetée politiquement, par incompréhension du fédéralisme ou par peur d'une centralisation des pouvoirs au profit des institutions européennes. Politiquement, l'Union européenne n'est donc pas fédérale, même si, juridiquement, il est admis qu'elle en a la plupart des caractères⁵⁵.

45 Le terme de « constitution » a également une propension à se rapporter à un ordre étatique, et a posé beaucoup de problèmes dans la construction européenne, bien que, d'un point de vue juridique, nous soyons en présence d'une constitution fonctionnelle. Les débats extrêmement abondants dans la littérature juridique⁵⁶ (qui ont d'ailleurs trouvé une résonance importante dans le débat citoyen, au moment de l'émergence du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*) tendent à montrer l'extrême réticence à accepter un terme qui recèle une connotation étatique. Un peu comme pour le débat sur la terminologie fédérale, on peut y voir une cassure entre le refus politique d'une mention expresse du terme et l'existence juridique de la fonction concrète du sens que l'on attribue au terme. Ainsi, même au sein du débat doctrinal juridique, certains estiment que le terme de constitution entre en opposition avec celui de pluralisme⁵⁷.

46 Les réflexions théoriques en Europe se sont aussi tournées vers des concepts valorisant davantage le pluralisme dans la construction européenne, tels que le « pluralisme constitutionnel »⁵⁸, « le

⁵⁴ Il est sans doute dommage que les subtilités du fédéralisme n'apparaissent alors qu'à ceux qui lisent, le fédéralisme n'étant pas du seul ressort des théoriciens, peut-être que les différences terminologiques devraient davantage « parler » à tous, et donc s'entendre clairement.

⁵⁵ T. C. HARTLEY, « Federalism, Courts, and Legal System », préc.

⁵⁶ Par exemple : J. H. WEILER, « Federalism without Constitutionalism », préc., p. 54 ; J. H. WEILER et M. WIND, dir., « European Constitutionalism Beyond the State », préc. ; J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p. ; C. BLUMANN, « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », *Les mutations contemporaines du droit public, mélanges B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2001, p. 277 ; K. LENAERTS et P. V. NUFFELEN, « La Constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *CDE*, 2005, pp. 13-125 ; K. LENAERTS, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *Am. J. Comp. L.*, vol. 38, 1990, pp. 205-263 ; D. ROUSSEAU, « Pour une Constitution européenne », *Débat*, vol. 108, 2000, p. 66.

⁵⁷ Par exemple : N. KRISCH, « The Open Architecture of European Human Rights Law », *MLR*, vol. 71, 2008, p. 183.

⁵⁸ M. AVBELJ et J. KOMAREK, « Four Visions of Constitutional Pluralism », en ligne : *EUI Working Papers LAW*, vol. 21, 2008, <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/9372/1/LAW_2008_21.pdf> ; N. MACCORMICK, « Beyond the Sovereign State », *MLR*, vol. 56, 1993, pp. 1-18 ; K. JAKLIC, *Constitutional Pluralism in the EU*, New York, Oxford University Press, 2014, 357 p. ; G. D. BÚRCA et J. H. WEILER, dir., *The Worlds of European*

pluralisme constitutionnel en réseau »⁵⁹ ou « la théorie du réseau dans la théorie de la supranationalité »⁶⁰, « le constitutionnalisme à plusieurs niveaux »⁶¹ ou encore « le pluralisme dans le droit post national »⁶². Certaines de ces théories s'inspirent directement des « théories de la complexité », comme celle du réseau de François Ost et Michel Van de Kerchove. Elles ont pour objectif de repenser les rapports normatifs en Europe en dehors du cadre conceptuel étatique de la souveraineté et de la verticalité hiérarchique stricte, pour mettre en exergue un pluralisme postwestphalien ou postnational dans lequel les rapports normatifs sont plus horizontaux et le droit plus composite. Ce faisant, les auteurs se sont beaucoup interrogés sur la notion de constitution, et se sont demandés si l'on pouvait concevoir une notion de constitution qui ne soit ni expresse, ni le fondement d'un ordre hiérarchisé. Certains ont ainsi émis l'idée que l'Union européenne pouvait être dotée d'une constitution fonctionnelle s'écrivant à la fois au niveau des États membres et de l'Union, permettant dès lors un fonctionnement pluraliste et dynamique en Europe. D'autres auteurs rejettent les termes fondés sur une terminologie constitutionnelle et préfèrent l'idée de pluralisme supra ou postnational.

- 47 Dans tous les cas, il s'agit de tenter de dépasser un étatsisme hiérarchique, bien que la terminologie étatique ou pseudoétatique persiste sous forme de négation ou de néologismes (en

Constitutionalism, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 348 p. M. KUMM, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *ELJ*, vol. 11, 2005, pp. 262-307; M. KUMM, « Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe ? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice », *CML Rev.*, vol. 36, 1999, pp. 351-386 ; N. WALKER, « EU Constitutionalism in the State Constitutional Tradition », en ligne : *EUI Working Papers LAW*, vol.21, 2006, <<http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6248/1/LAW-2006-21.pdf>> ; N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », en ligne : *the Modern Law Review* vol.65, 2002, <<http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6248/1/LAW-2006-21.pdf>> ; M. POIARES MADURO, « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », en ligne : *conférence de clôture du cycle de droit européen de la Cour de cassation*, 2007, <http://www.reseau-presidents.eu/IMG/pdf/conferencia_paris__2_.pdf> (consulté le 30 juin 2009) ; A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 224 p ; D. HALBERSTAM, « Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States » dans J. L. DUNOFF et J. TRACHTMAN, dir., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 326-355.

⁵⁹ F. GIORGI, « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », Communication au VIIème Congrès de l'Association française de droit constitutionnel à Paris, 25-27 septembre 2008, en ligne : <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/GiorgiTXT.pdf>>.

⁶⁰ K.-H. LADEUR, « Towards a Legal Theory of Supranationality - The Viability of the Network Concept », *ELJ*, vol. 3, 1997, pp. 33-54.

⁶¹ I. PERNICE, « Multilevel constitutionalism in the European Union », *European Law Review* vol. 27, 2002, pp. 511-529.

⁶² N. KRISCH, « The Case for Pluralism in Postnational Law », en ligne: *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, vol.12, 2009, <<http://ssrn.com/abstract=1418707>>.

tournant autour des idées de « constitution » et de « nation »). Et c'est à ce courant de pensée que se rattache notre cadre théorique, dans la mesure où nous puisons dans des références communes que nous appellerons les « théories de la complexité ». L'avantage du terme choisi de plurijuridisme permet en outre de se détacher des termes ayant un « arrière-goût étatique », tels que « constitution » ou « nation », et de penser au-delà du simple cas européen grâce à la comparaison.

B. Les théories de la complexité juridique

- 48 L'inscription du plurijuridisme dans les théories de la complexité a également encouragé le choix de cette terminologie pour cette thèse, car cette caractéristique permet non seulement d'avoir un cadre conceptuel, le plurijuridisme, mais également un cadre d'analyse aidant à comprendre les dynamiques qui se jouent notamment dans le contentieux des droits et libertés soumis aux deux juges suprêmes étudiés⁶³.
- 49 La complexité peut être définie comme « l'état d'un ensemble diversifié qui défie les possibilités de compréhension ou de gestion par la multiplicité et la variété de ses éléments constitutants et de leurs interrelations »⁶⁴. Il s'agit donc de théories qui partent du constat de l'existence d'une diversité juridique et qui s'interrogent sur le défi d'organiser cette diversité, mais aussi des difficultés du monde juridique moderne ou plutôt postmoderne⁶⁵ à rester dans un carcan hiérarchique binaire et arrêté. Elles ont pour point commun de refuser ou de relativiser l'alternative entre désordre et unité en acceptant la « grande complexité juridique du monde »⁶⁶. Elles offrent ainsi des solutions pour la comprendre de manière logique et harmonieuse, même si elles sont nécessairement moins géométriquement parfaites que la théorie si pure de Kelsen, mais

⁶³ D'ailleurs, l'ouvrage sur le plurijuridisme a réuni des auteurs comme M. Van de Kerchove, M. Delmas-Marty, ou P. Glenn, qui peuvent se rattacher à ce que nous qualifierons de « théorie de la complexité juridique ».

⁶⁴ COENEN-HUTHER, J., « Complexité », dans A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 82, cité dans H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique » dans G. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, pp. 135-182, p. 141.

⁶⁵ Hassan Abdelhamid a en effet démontré que le pluralisme juridique en tant que nouvelle approche pour étudier la réalité juridique s'inscrit dans une idéologie postmoderne. Il définit la postmodernité comme un paradigme dépassant celui de la modernité, fondée sur une logique binaire et universalisante, pour proposer les bases d'une théorie fondée sur la complexité et le relativisme. La postmodernité se fonde ainsi « sur une réalité discontinue, fragmentée, modulaire ». *Ibid.*

⁶⁶ M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde » dans P. BOURGINE, D. CHAVALARIAS et C. COHEN-BOULAKIA, dir., *Déterminismes et complexités, du physique à l'éthique : autour d'Henri Atlan*, Paris, La Découverte, 2008, p. 349.

c'est sans doute le prix de la pensée plurielle⁶⁷. En effet, l'ordonnancement proposé par ces théories relativise souvent la place de l'État et le modèle hiérarchique⁶⁸.

- 50 Ainsi, le paradigme du « réseau » est une métaphore de plus en plus utilisée pour décrire les entrecroisements normatifs de notre temps⁶⁹. La métaphore du réseau opère un glissement du paradigme ancien de la pyramide (logique hiérarchique) à une logique plus horizontale et pluraliste. Ce changement de paradigme a été formulé par François Ost et Michel Van de Kerchove dans leur ouvrage *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*⁷⁰. Le titre de l'ouvrage est explicite, les auteurs engagent en effet une réflexion sur la transformation du droit causée par les « bougés de la pyramide » à la faveur d'un droit en réseau qui fonctionnerait selon une dialectique.
- 51 Les auteurs partent d'une constatation de la fin des monopoles, de nature étatique surtout, et analysent les raisons pour lesquelles le paradigme de la pyramide se trouve ébranlé, tant du point de vue du mode de production du droit, que du rôle nouveau de l'État ou des rapports d'interdépendance entre systèmes juridiques.
- 52 L'analyse sur les rapports entre systèmes juridiques, « entre clôture et ouverture »⁷¹, est particulièrement pertinente pour notre étude en ce qu'elle vise à établir des catégories de relations pluralistes entre systèmes juridiques⁷². Ainsi les relations entre les systèmes juridiques peuvent relever de la « trans-systématicité » (il s'agit d'une intégration dans un système plus vaste), de la « plurisystématicité » (où il y a une coexistence indifférente) ou de l'« intersystématicité » (dans le sens d'internormativité, où il y a des interpénétrations entre systèmes juridiques ou une

⁶⁷ À ce titre ces théories constituent un véritable défi. Comme l'explique Hassan Abdelhamid, « la complexité est avant tout un défi, parce qu'elle n'a pas pour objectif de donner une définition du réel, mais de trouver le bon angle pour l'étudier, c'est-à-dire en intégrant la complication, l'incertitude et la contradiction » H. ABDELHAMID, « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique », préc., p. 143.

⁶⁸ La relativisation de l'État et du modèle hiérarchique qui en découle implique que ces derniers soient évalués par rapport aux nouveaux éléments, nouvelles « espèces juridiques » de notre temps.

⁶⁹ Cette expression est d'ailleurs utilisée par les tenants de ce que nous avons appelé le pluralisme juridique anthropologique, comme Jacques Vanderlinden, voir J. VANDERLINDEN, *Anthropologie juridique*, préc. Voir aussi la définition du multijuridisme comme « la multiplicité des réseaux qui refaçonnent notre sociabilité » développée par É. L. ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité » dans A. LAJOIE, et al., dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 29, p. 36.

⁷⁰ F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

⁷¹ *Ibid.*, p. 183.

⁷² La définition de « système juridique » dans cette théorie, est caractérisée par une identité plus ou moins intense que l'on peut reconnaître par trois critères, c'est-à-dire trois sortes d'autonomies une sociale, une organique et une organisationnelle. *Ibid.*, p. 188 et s.

interlégatité formée de transitions et d'empiètements)⁷³. Les auteurs reprennent notamment l'idée de relevance de Santi Romano en tant que point de rencontre entre systèmes⁷⁴. Il y a donc relevance lorsque « l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre [est] conforme aux conditions visées par un autre ordre »⁷⁵, et irrelevance quand il n'y a pas de relations, ces relations d'indifférence étant de plus en plus rares.

- 53 Les relevances sont de nature diverse, et peuvent correspondre à des relations allant de l'indépendance, la subordination, la coordination, la présupposition à la dépendance. Les outils de description du monde juridique actuel proposés couvrent ainsi un nuancier du type des relations entre systèmes qui permettent de tenir compte à la fois des survivances du modèle hiérarchique, et des rapports dialectiques horizontaux.
- 54 De la même manière, le « pluralisme ordonné » de Mireille Delmas-Marty⁷⁶ part de l'idée que ni l'utopie de la grande unité juridique du monde ni le pluralisme de séparation (c'est-à-dire l'autonomie parfaite) ne sont ce que l'on constate, ou même ce qui est souhaitable. L'auteur propose également une analyse dynamique des mouvements juridiques désordonnés, qui, tels des nuages, interagissent dans un certain flou, en prenant en compte des espaces mouvants (des espaces presque psychologiques), et des vitesses d'évolution différentes (synchronisation et désynchronisation).
- 55 La complexité, le flou, le mou, le doux et l'instabilité juridiques font partie de notre réalité, sans qu'il faille pour autant renoncer à un certain ordre. Il est en effet possible « d'ordonner ces nuages » par des dispositifs d'équilibrage ou un bricolage de régulation, de réglage et d'évaluation.
- 56 Cette complexité de la pluralité se manifeste par les processus juridiques d'intégration par ordonnancement (relations verticales, hiérarchiques, mais assouplies) ou d'entrecroisement (relations horizontales de coopération ou de coordination ou encore de co-détermination). Mais cette verticalité et cette horizontalité se brouillent à nouveau à cause des impérativités comme le *jus cogens* qui « verticalise » l'intégration horizontale, et par des techniques d'assouplissement de

⁷³ *Ibid.*, p. 198.

⁷⁴ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2002, 174 p.

⁷⁵ F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, préc., p. 198 et 199.

⁷⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, Paris, Seuil, 2006, La couleur des idées, 303 p.

l'intégration verticale, comme la marge nationale d'appréciation (les transcendances nouvelles comme les droits humains deviennent à leur tour plurielles⁷⁷...).

- 57 Le pluralisme ordonné, c'est accepter la complexité et trouver les mécanismes qui permettent une mise en ordre douce et apaisée de ces interdépendances. « Il y va (...), non seulement de la sécurité juridique, mais aussi d'une vision pluraliste et tolérante du droit face au risque d'impérialisme, politique et, ou, économique »⁷⁸. Si la logique du flou peut ne pas sembler satisfaisante, voire sembler effrayante, pour le juriste habitué au binaire⁷⁹, il faut admettre que cette conception est une manière d'expliquer rationnellement la complexité juridique, en introduisant la nuance. Elle permet aussi de préserver le pluralisme, ce qui en dehors du caractère explicatif et descriptif de ces théories permet d'appréhender certaines revendications, nous y reviendrons. L'enjeu juridique est alors de savoir comment corriger les incomplétudes et incohérences⁸⁰.
- 58 Pour résumer, les « théories de la complexité » ont pour particularité de concevoir des formes de pluralismes juridiques diverses, ce qui, dans le contexte de notre étude, convient parfaitement. Elles fournissent également des pistes de réflexion sur les méthodes, les instruments juridiques, les procédés et les mécanismes qui pourraient être la clé de cette cohérence que l'on peine à trouver. L'hypothèse du « plurijuridisme » est ainsi pertinente pour nos travaux, car elle a vocation à saisir précisément les mécanismes et les principes qui régissent les interdépendances entre les normes et les ensembles de normes grâce au renvoi à ces théories de la complexité.
- 59 L'hypothèse du plurijuridisme telle que nous l'envisagerons désormais, c'est-à-dire complétée par les théories de la complexité, permet de surmonter cet obstacle lié au caractère étatique ou national en raisonnant à partir de dynamiques et de mécanismes juridiques dans des espaces normatifs à plusieurs niveaux. Dans la définition donnée par Jean-Louis Bergel, le plurijuridisme

⁷⁷ V. LASSERE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.*, 2006, p. 2279.

⁷⁸ M. DELMAS-MARTY, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné » dans J.-L. BERGEL, dir., *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 355, p. 365.

⁷⁹ Pour une critique normativiste récente de ce que l'auteur appelle la théorie des réseaux voir : X. MAGNON, « Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? », *Le pouvoir, mythes et réalité : mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 455-470. L'auteur considère qu'il s'agit de théories factuelles et invite les tenants de cette approche à « la réorientation professionnelle ». Selon lui, seul le normativisme est capable d'appréhender le « devoir être », qui ne semble pouvoir être fondé que sur des énoncés prescriptifs textuels.

⁸⁰ M. DELMAS-MARTY, « Avant-Propos » dans É. DUBOUT et S. TOUZE, dir., *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 5-10, p. 9.

présuppose l'existence d'une certaine diversité juridique, qu'elle se manifeste à travers des ordres ou des systèmes juridiques. En réalité, la distinction que fait l'auteur entre les ordres et les systèmes juridiques revient plus ou moins à distinguer entre les ordonnancements de nature étatique pour les premiers et les autres types d'ordonnancements pour les seconds, les ordres ayant une validité propre alors que les systèmes n'ont qu'une autonomie⁸¹.

60 C'est pourquoi nous préférons le terme d'espace juridique, qui ne reprend pas cette dichotomie. Nous proposons ainsi de définir comme « espaces plurijuridiques » le Canada et l'Union européenne, dans le sens où il existe dans ces deux unités comparées une situation de plurijuridisme, bien que dans un cas l'espace plurijuridique soit un État et pas dans l'autre. De surcroît, les normes juridiques autochtones mobilisées ne sont pas toujours des normes étatiques. Ce terme d'espace plurijuridique nous permet finalement de comparer deux unités qui semblaient au départ fort différentes en raison de cette caractéristique étatique ou supraétatique. Le cadre théorique du plurijuridisme est donc celui de la comparaison, et constitue également la grille d'analyse du rôle du juge suprême. Il permettra aussi de mettre en lumière les relations entre la protection juridictionnelle des droits et libertés et la conservation d'une forme de diversité juridique au sein d'un espace normatif commun. Bien entendu, il existe plusieurs ensembles normatifs autonomes au sein de ces espaces plurijuridiques : nous nous limiterons aux ensembles qui se sont vu reconnaître formellement leur autonomie par le pacte fondateur de l'espace plurijuridique, la Constitution ou les traités, c'est-à-dire, en plus des ordres fédéraux canadien ou européen, les provinces canadiennes et les gouvernements autochtones canadiens d'une part et les États membres de l'Union européenne d'autre part.

C. Une analyse comparée : intérêt et méthode

61 Une des grandes valeurs ajoutées de cette recherche réside certainement dans la comparaison entre le Canada et l'Union européenne. Il existe en effet peu d'études comparatives en droit constitutionnel entre le Canada et l'UE⁸², et encore moins sur la question des droits fondamentaux⁸³.

⁸¹ Voir J.-L. BERGEL, dir., « Le plurijuridisme », préc., p. 12.

⁸² Pour un exemple plutôt isolé : J. E. FOSSUM, dir., *Constitutional processes in Canada and the EU compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, 334 p. Voir aussi le numéro de juin 2013, issue 2, vol 56, de la revue *Administration publique du Canada*, p. 171-349, consacré à la comparaison entre l'Union européenne et le Canada.

⁸³ Le seul ouvrage consacré à ce thème est un ouvrage collectif : C. AMIRANTE et C. CASONATO, dir., *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004,

- 62 Cette comparaison présente en outre plusieurs intérêts considérables. Comme le précise Cécile Vigour⁸⁴, comparer répond à plusieurs objectifs : « prendre de la distance », « mieux connaître », « classer, ordonner » et « généraliser »⁸⁵. Dans le cas de notre recherche, nous retrouvons ces différents objectifs. Le choix de comparer ces deux espaces correspond bien sûr à une curiosité intellectuelle à l'égard de l'unité par rapport à laquelle le chercheur est étranger, et à l'idée de mieux faire connaître le Canada aux Européens et également de mieux faire connaître l'Union européenne outre-Atlantique. Le sujet de thèse a germé par rapport aux interrogations qui se posaient en Europe sur la question de la protection des droits fondamentaux et les rapports entre les États membres et l'Union européenne. Ainsi, l'idée était de faire une recherche comparative afin de « prendre de la distance par rapport à ce qui est familier »⁸⁶, l'Europe, et aller découvrir un autre espace où pouvaient se poser des questionnements similaires. La comparaison permet éventuellement de tirer les leçons du droit étranger, et peut s'avérer adéquate afin de remettre en question, et donc laisse présager des espoirs nouveaux dans l'un et l'autre espace afin de mieux mettre en œuvre les droits fondamentaux dans le respect d'un certain équilibre plurijuridique.
- 63 Enfin, comparer les rôles des juridictions suprêmes de l'Union européenne et du Canada au regard des droits fondamentaux et du plurijuridisme est une optique innovante et enrichissante puisque cela permet de mettre en exergue les points communs des deux espaces juridiques, afin de pouvoir esquisser une théorie de la fonction d'un juge suprême, dans un objectif de généralisation. Cette dimension théorique nous apparaît d'autant plus digne d'intérêt que la comparaison entre un État fédéral et une organisation supranationale quasi fédérale nous permettra de dépasser les questions politiques de souveraineté, pour passer de la logique « statique » d'un « État » à une logique dynamique dans un espace plurijuridique.

195 p. On trouve en revanche des études comparatives sur cette question impliquant les États-Unis d'Amérique, voir par exemple C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral - Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Clermont-Ferrand, Paris, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, 819 p. Pour des comparaisons entre l'Union européenne et les États-Unis, voir notamment les études récentes de : F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2014, Oxford Studies in European Law, 319 p; A. TORRES PÉREZ, « The Dual system of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism » dans E. CLOOTS, G. BAERE et S. SOTTIAUX, dir., *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 110-130.

⁸⁴ C. VIGOUR, *La comparaison dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2005, 336 p.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 97 et s.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 100.

- 64 En effet, le choix du Canada et de l'Union européenne comme unités de comparaison pose un défi méthodologique dans le sens où elles peuvent apparaître comme « très différent(es) »⁸⁷ de l'autre unité étudiée, puisqu'en droit, le Canada est une entité étatique tandis que l'Union européenne ne l'est pas. Ce choix comparatif implique la construction d'un cadre de comparaison susceptible d'accueillir les deux unités, c'est en cela que l'idée du plurijuridisme convient à notre étude.
- 65 La méthode comparative consiste à repérer des ressemblances et des différences dans l'analyse des données en fonction de la grille d'analyse choisie, afin de pouvoir ensuite construire une théorie, soit une généralisation⁸⁸. Ici l'établissement des points communs et des différences ne concerne pas tellement la question de la protection de telle ou telle liberté ou de la mise en œuvre de la compétence du juge, mais plutôt l'observation de ressemblances ou de dissemblances dans les dynamiques et les mécanismes plurijuridiques, induits ou utilisés par le juge suprême. Il s'agit plus de trouver une tendance commune entre les deux unités que de véritables points communs dans les deux espaces⁸⁹. Il s'agit aussi ponctuellement de pouvoir tirer des leçons de tel ou tel dispositif normatif propre à l'un ou l'autre espace, et surtout de pouvoir généraliser à partir de ces deux exemples afin de proposer une théorie sur le rôle du juge suprême.
- 66 Le plus grand piège méthodologique du comparatiste consiste à ne pas se rendre compte des présupposés culturels et intellectuels qu'il a. Il peut mal interpréter (ou mal recueillir) les données, et finalement, mettre trop d'accent sur des points communs en omettant des spécificités, ou à l'inverse ne pas parvenir à reconnaître des similitudes. Il faut en outre, en droit en particulier, se montrer prudent quant aux suggestions d'importer des instruments juridiques qui ne seraient pas pertinents dans une culture juridique donnée. Il faut finalement s'appliquer la méthode du respect des cultures juridiques à soi-même (avant de vouloir l'appliquer au juge suprême) et pour cela, rien ne vaut une immersion dans le milieu étudié. En effet, même si cela ne fera pas l'objet de recueil de données de terrain, l'acculturation du chercheur à l'espace auquel il est étranger est essentielle à une bonne compréhension des données dans un objectif comparatif, en particulier lorsqu'on travaille sur des questions liées aux cultures juridiques.

⁸⁷ Voir *ibid.* L'auteur explique les deux types de comparaison entre des unités qui se ressemblent ou sont très différentes ainsi que la relativité de cette distinction.

⁸⁸ Voir *ibid.*, p. 259 et s.

⁸⁹ Voir J. VANDERLINDEN, *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995, 467 p.

67 Le plurijuridisme s'est donc imposé comme cadre conceptuel et théorique de notre étude comparée entre le Canada et l'Union européenne. Il est d'autant plus pertinent qu'il permettra de mettre en lumière les relations entre la protection juridictionnelle des droits et libertés et la conservation d'une forme de diversité juridique au sein d'un espace normatif commun, dimension déterminante de l'évolution du rôle du juge.

Section 2. De l'utilité d'étudier l'impact des droits fondamentaux sur le rôle du juge suprême d'un espace plurijuridique

68 Étudier les relations entre les droits et libertés et le plurijuridisme nécessite d'abord de s'entendre sur certains éléments terminologiques et théoriques relatifs aux droits fondamentaux et aux juridictions étudiées (I) avant de justifier le questionnement principal de la recherche sur l'évolution du rôle du juge suprême (II).

I. Délimitation de l'étude : quels droits fondamentaux, quels juges ?

A. Les terminologies en matière de droits et libertés

69 L'expression « droits fondamentaux » s'est développée depuis les années 1980 à la faveur de la conception allemande⁹⁰. Cette notion peut se définir selon une approche matérielle ou formelle. Dans une optique matérielle, des droits fondamentaux sont les droits qui ont une importance telle au sein du système de valeurs qu'ils *fondent* l'ordre juridique. On parle aussi d'approche essentialiste, qui permet notamment de mettre en exergue le principe matriciel de dignité humaine. Cette conception est anthropologique, dans la mesure où elle permet de rejeter une vision normativiste extrême et de centrer le droit sur des valeurs. Mais cette définition relève de la tautologie (les droits fondamentaux sont fondamentaux, car ils sont fondamentaux), et implique des incertitudes quant au contenu de la notion de dignité.

70 Dans une acception formelle, les droits fondamentaux sont ceux qui sont inscrits dans un texte ayant une valeur juridique supérieure dans la hiérarchie des normes, c'est-à-dire dans des instruments constitutionnels et internationaux (ou européens). Le succès en France de la terminologie des « droits fondamentaux » s'expliquerait par le changement structurel que connaît

⁹⁰La première présentation en France de ce concept daterait de 1975, dans un article sur les droits fondamentaux en République Fédérale d'Allemagne par Michel Fromont : L. FAVOREU, et al., *Droit constitutionnel*, 14 éd., Paris, Dalloz, 2012, 1077 p., p. 883.

l'ordre juridique français avec « remplacement de la légalité par la constitutionnalité »⁹¹, qui correspond au passage des « libertés publiques », aux droits fondamentaux : bref, au glissement de l'État légal à l'État de droit. Les droits fondamentaux ont ainsi pour concept central l'État de droit : ils sont avant tout un instrument de défense contre l'ingérence étatique afin de préserver une sphère autonome de liberté pour chacun⁹².

- 71 Évidemment, les deux points de vue, matériel et formel, se recoupent, car, c'est bien parce que l'auteur de la norme considère que ces droits ont une valeur particulière qu'il les inscrit au plus haut niveau hiérarchique, et consacre leur « *fondamentalité* » d'un point de vue formel.
- 72 Cette terminologie des « droits fondamentaux » a été reprise en droit communautaire ou de l'Union européenne : l'instrument de protection est en effet la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁹³.
- 73 De l'autre côté de l'Atlantique, la terminologie francophone s'oriente davantage vers le terme de « droits de la personne », principalement en raison des critiques féministes à l'égard du terme de « droits de l'homme ». En effet, si l'expression « droits de l'homme » a longtemps été utilisée, en droit international notamment, elle est aujourd'hui généralement délaissée par les francophones⁹⁴ pour des raisons dues également à son ancrage dans le droit naturel et une connotation trop métaphysique⁹⁵ et trop individualiste.
- 74 La dernière terminologie est celle de « droits et libertés ». C'est d'ailleurs le terme qu'a choisi le constituant canadien en 1982 avec la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁶. Mais avant, le législateur canadien avait adopté la *Déclaration canadienne des droits*⁹⁷ et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*⁹⁸, et au Québec il s'agit de la *Charte des droits et libertés de la*

⁹¹ *Ibid.*, p. 886.

⁹² M. LÉVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles Némésis/Bruylant, 2006, 455 p., p. 56.

⁹³ Proclamée solennellement à Nice le 7 décembre 2000, *JOUE*, C 364 du 18 décembre 2000, pp. 1-22. Elle est aujourd'hui incorporée dans le *Traité de Lisbonne* (JO, C 306 du 17.12.2007, p. 1-271) et a pleine valeur juridique. Ci-après « *Charte européenne* ».

⁹⁴ Les anglophones n'ayant semble-t-il pas vraiment eu à se poser ces questions avec le terme « Human Rights ». Expression parfois traduite par « droits humains » qui ne semble pas avoir trouvé un écho favorable auprès des oreilles francophones et francophiles.

⁹⁵ B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p., p. 14.

⁹⁶ *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U.), 1982, c. 11, ci-après « *Charte canadienne* ».

⁹⁷ *Déclaration canadienne des droits*, L.C.R. » (1985), app. III

⁹⁸ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6.

personne⁹⁹. Il n'y a donc pas un consensus terminologique dans les différents instruments de protection au Canada. Mais le terme de « liberté » reste intéressant, car il met l'accent sur l'autonomie et la volonté du titulaire, ce qui est au cœur du mécanisme de protection visé, qu'il ne concerne que les individus, ou bien plus largement les groupes voire l'humanité (avec les droits dits de troisième génération). D'ailleurs, ne pas attribuer à « la personne » ces droits et libertés permet de laisser ouverte la question du titulaire.

75 En tout état de cause, la définition des droits et libertés ou des droits de la personne utilisée au Canada recoupe celle des droits fondamentaux : il s'agit à la fois des « valeurs qui importent le plus pour l'être humain »¹⁰⁰, dans une acception matérielle, et d'une approche formelle due à l'autorité supra-législative de ces Chartes¹⁰¹.

76 Ainsi, il ne semble pas qu'il y ait de distinction déterminante à faire entre les expressions « droits fondamentaux » et « droits et libertés » : nous considérons donc les notions comme équivalentes et nous utiliserons l'une et l'autre dans notre recherche puisqu'il n'est pas nécessaire de faire un choix entre l'expression européenne et l'expression canadienne. Certes, le terme de « droits et libertés fondamentaux »¹⁰² aurait pu être utilisé, car il a le mérite de fusionner ces deux termes, mais il manque de concision.

B. Droits fondamentaux et juges : une définition des droits et libertés inscrite dans un contexte prétorien

77 Le concept général de droits fondamentaux ou droits et libertés ne saurait s'appréhender sans l'examen de leur mise en œuvre spécifique, c'est-à-dire leur protection juridictionnelle. Les droits et libertés sont enchâssés dans un document juridique hiérarchiquement élevé dont on confie le contrôle et l'interprétation à la justice et non au pouvoir politique. Avec l'avènement de la justice constitutionnelle et de la justice supranationale, la garantie des droits et libertés devient juridique par essence : la sanction en cas de non-conformité est de nature juridique et les organes chargés de leur protection sont des juridictions. Ainsi naît un contentieux particulier, celui des droits et libertés. Le juge devient alors le « gardien du temple »¹⁰³, le protecteur des valeurs suprêmes de

⁹⁹ *La Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Ci-après « *Charte québécoise* ».

¹⁰⁰ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p., p. 901.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 911.

¹⁰² Elle est d'ailleurs utilisée dans la doctrine française : L. FAVOREU, et al., *Droit constitutionnel*, préc.

¹⁰³ M. LÉVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 58.

l'être humain à l'encontre des ingérences arbitraires du pouvoir, politique en particulier. Ce faisant le monde juridique s'est approprié les droits et libertés en expliquant qu'il s'agissait de la meilleure des garanties.

78 Ce phénomène de judiciarisation des droits fondamentaux est bien connu. Il n'est pas utile à ce stade d'en examiner les explications et critiques. Retenons simplement que la notion de droits fondamentaux est aujourd'hui inséparable de son mode de protection juridictionnelle. En conséquence de quoi leur détermination, leurs significations, leur contenu, leur portée et leur protection sont désormais dans les mains d'un acteur spécifique : le juge. La définition des droits fondamentaux passe désormais par une interprétation prétorienne : ils s'inscrivent nécessairement dans une logique de procès, et forment ainsi un objet particulier, le contentieux des droits fondamentaux.

C. Deux juges singuliers : la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne

79 Plus précisément, il s'agira d'étudier deux juridictions spécifiques : la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰⁴. Ces deux juges ont plusieurs points communs.

80 Premièrement, ce sont des juges que nous pouvons qualifier de *suprêmes* dans le sens où ils sont les ultimes interprètes normatifs dans leur espace juridique, et où leurs décisions ont une autorité supérieure sur les autres juridictions de leur espace plurijuridique. On peut toutefois d'ores et déjà présumer des différences entre les deux juridictions quant à la forme de leur suprématie, notamment en raison de modalités de saisine distinctes¹⁰⁵. Mais toutes deux ont une place particulière au sein de leur espace juridique, faisant d'elles des acteurs incontournables tant sur la question de l'organisation plurijuridique que sur la question de la protection des droits fondamentaux.

¹⁰⁴ Nous la qualifierons aussi indifféremment de « Cour de justice européenne » terminologie plus proche de celle utilisé en anglais et qui permet d'ailleurs d'englober l'ancienne appellation de « Cour de justice des communautés européennes ».

¹⁰⁵ Nous reviendrons sur la question de la suprématie en infra, dans le dernier chapitre de la deuxième partie (§ 1178 et s.) ainsi que dans le dernier chapitre de la thèse dans lequel la suprématie est elle-même relativisée (§ 1741 et s.). Si nous pouvons d'emblée admettre que qualifier la Cour de justice de l'Union européenne de juridiction suprême ne va pas nécessairement de soi, il nous faudra expliquer en détail l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne pour comprendre la nature particulière de cette suprématie (§ 1267 et s.). Elle est en effet fort différente de celle de la Cour suprême du Canada qui répond une définition plus classique d'une juridiction suprême. Le caractère suprême d'une juridiction fait donc ici l'objet d'une définition délibérément large et inclusive puis s'affinera au fil de la démonstration. Ainsi, nous pourrions plus tard déceler des degrés et des types de suprématie différentes pour finalement repenser de manière plus globale la place de ces juridictions au-delà d'une architecture pyramidale.

81 Deuxièmement, ce sont des juges qui se sont vu confier la protection des droits fondamentaux postérieurement à leur existence. Aussi ces *juges préexistants* se voient attribuer sinon une nouvelle mission, du moins une nouvelle manière d’appréhender leur mission initiale : dire le droit et rendre la justice dans un ensemble juridique donné tout en protégeant les droits fondamentaux. Autrement dit, le contentieux des droits fondamentaux est une des branches contentieuses parmi d’autres dont ont à connaître la Cour suprême et la Cour de justice. Ces deux juridictions n’ont pas été créées dans le but de protéger les droits et libertés, mais c’est une mission qui est apparue postérieurement. Cette chronologie a son importance, car cela signifie que l’espace plurijuridique s’est construit pour répondre à des objectifs non liés à celui de la protection des droits fondamentaux. Le contentieux des droits et libertés s’inscrit donc dans un contexte plurijuridique préexistant. Les relations entre le plurijuridisme et les droits fondamentaux qui seront étudiées se situent par conséquent au sein d’espaces décisionnels prétoriens particuliers. Il nous faut dès lors expliquer pourquoi ces relations sont au cœur de nos questionnements.

II. Justification du questionnement principal de l’étude

A. De l’intérêt d’évaluer la protection des droits et libertés par les juges suprêmes à l’aune du plurijuridisme

82 Ainsi nous demanderons si l’attribution du contentieux de protection des droits et libertés à la Cour suprême du Canada et à la Cour de justice de l’Union européenne a une influence sur les dynamiques, au sein de l’espace global, de préservation d’une diversité juridique d’une part et de construction d’un ordre commun d’autre part. Le cas échéant, quels sont les raisons et les facteurs qui expliquent cette influence ? Quelle pourrait être la théorie qui permettrait d’expliquer et justifier la mise en œuvre par le juge suprême des droits fondamentaux dans le respect de la diversité juridique ?

83 Il est nécessaire et utile de s’interroger sur cette préservation de la diversité juridique parce qu’il existe des enjeux pluralistes qui resurgissent dans le contentieux des droits fondamentaux. Or, très souvent, les questions liées à la protection judiciaire des droits et libertés et celles relatives au

rapport entre la diversité juridique et le travail du juge ont été étudiées séparément par la doctrine¹⁰⁶.

- 84 Il est d'autre part légitime de s'interroger sur cette préservation de la diversité juridique dans le contentieux des droits fondamentaux, car, même si cela met au défi le caractère universel de ces droits, il s'agit finalement de protéger des volontés collectives, des autonomies.
- 85 Ainsi, l'Union européenne et le Canada sont des espaces juridiques et politiques composites culturellement, que nous pourrions appeler des « polities¹⁰⁷ complexes ». Il y existe donc nécessairement des conflits et des tensions qui peuvent être tranchés de différentes manières, dans l'arène politique ou juridictionnelle. Or ces tensions, ces manifestations de type identitaire et culturel, qui sont parfois anciennes, vont apparaître sous un jour nouveau, à l'intérieur de cet espace décisionnel sur les droits et libertés. Le droit est en effet un des domaines dans lequel se reflètent une culture ou des cultures, des valeurs, bref une certaine vision du monde. Il est donc utile de réfléchir à la place des cultures juridiques et des identités collectives dans le langage juridique des droits et libertés.
- 86 Penser les droits fondamentaux de manière à tenir compte des différentes cultures juridiques en présence relève dès lors d'un véritable défi qui a rarement été relevé par les chercheurs de manière aussi complète et systématique¹⁰⁸ que ce qui est exposé.
- 87 Ce faisant, il est proposé d'étudier ce phénomène à travers deux exemples : la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne. Dans ces deux cas, le rôle du pouvoir judiciaire s'est trouvé considérablement bouleversé par l'apparition d'une compétence de protection des droits fondamentaux : d'une part, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et*

¹⁰⁶ Sur les études relatives à la protection judiciaire des droits et libertés dans les deux espaces étudiés, voir par exemple pour le Canada et les droits de la personne : D. R. BAKER, *Not Quite Supreme: the Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2010, 219 p ; J. B. KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers Intent*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, 323 p ; V. MAYER, « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique, redéfinition et impact politique », *Pouvoirs*, vol. 59, 1991, pp. 143-158. Pour l'Union européenne et les droits fondamentaux : R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p ; H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE-LEA*, vol. 10, 2000, pp. 209 - 222 ; B. DE WITTE, « Le rôle passé et futur de la Cour de justice des communautés européennes dans la protection des droits de l'homme » dans P. ALSTON, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 895-935.

¹⁰⁷ Traduction de l'anglais « polity », qui correspond à une société et une forme de gouvernement, c'est-à-dire un espace politique donné.

¹⁰⁸ Les études sur les cultures ou les traditions juridiques ne s'intéressent en effet pas toujours à la question des droits fondamentaux, et l'inverse est encore plus vrai.

libertés a conféré à la Cour suprême une nouvelle envergure ; d'autre part, la prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice est devenue une réalité et a bouleversé la protection des droits fondamentaux en Europe.

88 Dans le cas européen, notre étude présente un grand intérêt en raison de la construction continue de cette polittie et entité juridique *sui generis* qu'est l'Union européenne. En dépit de la préexistence d'une protection paneuropéenne des droits de l'homme par la Cour européenne des droits de l'homme, la sauvegarde des droits fondamentaux au niveau de l'Union européenne a soulevé, ou du moins mis à jour, certaines frictions entre la préservation des identités nationales et la construction d'un ordre européen commun. Et l'entrée en vigueur récente de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* n'a pas clos le débat relatif à la répartition du « marché des droits fondamentaux » entre les différents juges européens. Il s'agit donc d'un enjeu important que d'apporter une réponse à la fois théorique et opérationnelle sur cette question de la préservation d'une certaine diversité juridique parmi les États membres dans la construction communautaire. Ces questions mobilisent actuellement une partie de la doctrine européenne, mais les auteurs se concentrent souvent soit sur la dimension théorique de la construction plurielle de l'Europe¹⁰⁹, soit sur la protection substantielle des droits fondamentaux¹¹⁰, éventuellement en relation avec la Cour de justice¹¹¹.

¹⁰⁹ N. ARONEY, « Federal Constitutionalism / European Constitutionalism in Comparative Perspective », préc.; M. AVBELJ et J. KOMAREK, « Four Visions of Constitutional Pluralism », préc.; R. BARENTS, « The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism », *E.C.L. Review*, vol. 5, 2009, pp. 421-446; A. VON BOGDANDY et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, 2nd revised edition éd. München, Germany CH Beck, 2010, 806 p; M. CROISAT et J.-L. QUERMONE, *L'Europe et le fédéralisme : contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*, Paris, Montchrestien, 1999, 156 p ; F. DELPÉRÉE, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p ; B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE*, vol. 1-2, 2003, pp. 87-134 ; H. DUMONT, « La question de l'Etat européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et société*, vol. 53, 2003, pp. 29-71. ; E. O. ERIKSEN, C. JOERGES et F. RÖDT, dir., « Law and Democracy in the Post-National Union », préc.

¹¹⁰ P. ALSTON, M. R. BUSTELO et J. HEENAN, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 160, 2010 ; A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *CDE*, 2007, pp. 421-478 ; S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M.-J. REDOR, dir., *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 235 p ; I. PERNICE et F. C. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *RTDE*, vol. 36, 2000, pp. 623-647 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, 1135 p.

¹¹¹ O. De SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 p ; R. TINIERE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, préc.

- 89 Ainsi, l'angle de la diversité juridique¹¹², et même précisément du plurijuridisme, n'a pas été directement utilisé pour analyser l'appréhension des droits et libertés par la Cour de justice.
- 90 L'intérêt d'étudier la Cour de justice de l'Union européenne et le droit communautaire des droits fondamentaux plutôt que la branche conventionnelle du droit européen des droits et libertés, c'est-à-dire la Cour européenne des droits de l'homme, tient précisément à la nature singulière du plurijuridisme communautaire. En effet, l'Europe s'est construite au XXe siècle sous la forme de deux organisations qui ont vécu jusqu'à un certain point de manière parallèle, avec le pôle économique de la Communauté économique européenne (qui allait devenir l'Union européenne) d'une part, et d'autre part un pôle de protection des droits et libertés avec la *Convention européenne des droits de l'homme*¹¹³. La Cour du Luxembourg d'une part et la Cour de Strasbourg d'autre part, les juridictions respectives de ces deux organisations européennes, n'avaient au départ pas vocation à se prononcer sur un contentieux similaire : celui des droits et libertés. Pourtant l'Europe économique allait devoir se pencher assez rapidement sur le respect des droits et libertés, et de manière de plus en plus profonde. La Cour de justice était au départ gardienne d'un ordre juridique européen entretenant des relations dites d'intégration avec les États membres dans un domaine essentiellement économique, et ce n'est que postérieurement que cette Cour s'est vu conférer ce contentieux des droits fondamentaux. La question du plurijuridisme dans l'Union européenne ne concerne donc pas que les droits fondamentaux, elle est beaucoup plus large et concerne d'autres domaines, qui au départ étaient seulement économiques, mais qui se sont élargis au fil des traités. À l'inverse, la *Convention européenne des droits de l'homme* est limitée au domaine, certes en constant élargissement, des droits fondamentaux. Mais surtout elle n'est qu'un instrument de contrôle, elle ne prévoit pas de répartition des compétences, mais simplement un pouvoir d'arrêter et non de faire. Cela expliquerait aussi peut-être la plus grande sensibilité des États quant à leur autonomie et la diversité juridique au sein de l'Union européenne qu'à l'égard de la Cour de Strasbourg¹¹⁴. Le

¹¹² L'angle du fédéralisme a pu en revanche être étudié par exemple : K. LENAERTS, « Federalism and rights in the European Community » dans E. KATZ et G. A. TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1996, pp. 139-172.

¹¹³ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Rome, 4.XI.1950, ci-après « *Convention européenne des droits de l'homme* » ou « *Convention européenne* », ou pour certains auteurs « CEDH ».

¹¹⁴ Cela étant, la fin de l'année 2011 et le début de l'année 2012 ont été marqués par de fortes tensions entre Londres et la Cour de Strasbourg. Le gouvernement britannique conteste l'autorité de la Cour européenne en raison de son désaccord profond avec sa jurisprudence sur le droit de vote des détenus ou sur le contentieux de l'immigration et de

contentieux des droits et libertés communautaires s'est ainsi « greffé » à une organisation juridique plurijuridique préexistante, alors que dans le cadre de la Cour européenne des droits de l'homme le plurijuridisme est consubstantiel à l'objectif de garantie des droits et libertés à un niveau supranational. À cet égard, la comparaison avec le Canada est beaucoup plus pertinente avec l'Union européenne qu'avec le système conventionnel¹¹⁵.

- 91 Ainsi, au Canada, la question de la protection de la diversité juridique est une question toujours d'actualité pour les politologues et les juristes, en particulier lorsqu'il s'agit du Québec et des peuples autochtones, mais pas exclusivement. Si depuis 1982, la question de la légitimité du juge suprême au regard du fonctionnement démocratique a été très largement étudiée¹¹⁶, la place nouvelle de la Cour suprême du Canada après 1982 au regard de l'équilibre plurijuridique a peu fait l'objet de réflexion systématique et synthétique par les juristes¹¹⁷.

B. De la légitimité de s'interroger sur le rôle du juge par rapport au plurijuridisme, y compris lorsqu'il protège les droits et libertés

- 92 Il peut sembler à première vue étonnant d'évaluer le rôle des juges suprêmes, notamment dans leur manière de protéger les droits fondamentaux à la lumière du respect du pluralisme normatif

l'asile. Le premier ministre britannique souhaiterait l'adoption d'une déclaration visant le renforcement de la subsidiarité lors du sommet du Conseil de l'Europe les 18-20 avril 2012 à Brighton. Voir : HERVIEU, N., « La Cour européenne des droits de l'homme à la croisée des chemins : Audience solennelle et bilan annuel », en ligne : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 janvier 2012, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/01/29/le-palais-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-strasbourg-a-l%E2%80%99heure-britannique/>

¹¹⁵ Cela étant, la dimension régionale de la protection des droits et libertés reste une composante essentielle à la compréhension de ce contentieux communautaire, car nous le verrons le système conventionnel des droits de l'homme de Strasbourg exerce une influence sur celui du Luxembourg, et réciproquement.

¹¹⁶ Par exemple : S. BERNATCHEZ, « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », *Politique et Sociétés*, vol. 19, 2000, pp. 89-113 ; F. GÉLINAS, « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *CCC*, vol. 24, 2008, pp. 72-77 ; M. MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, 383 p ; D. R. SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, 290 p ; V. MAYER, « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique », préc ; F. L. MORTON et R. KNOPFF, *The Charter Revolution & the Court Party*, Toronto, Broadview Press, 2000, 227 p ; P. JAMES et M. L. DONALD E. ABELSON, dir., *Myth of the Sacred: The Charter, the Court, and the Politics of the Constitution in Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2002, 256 p.

¹¹⁷ Il existe certains articles ou des chapitres d'ouvrage sur le sujet, mais qui traite plus du fédéralisme que du plurijuridisme : J. WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », *R.D. McGill*, vol. 46, 2000, pp. 21-68 ; F. L. MORTON, « The Effects of the Charter of Rights on Canadian Federalism », *Publius*, vol. 25, 1995, pp. 173-188 ; P. J. MONAHAN, « The Supreme Court of Canada in the 21st Century », *Canadian Bar Review*, vol. 80, 2001, pp. 374-398 ; J. B. KELLY, *Governing with the Charter*, préc ; E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc ; G. OTIS, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? », *Revue de Droit d'Ottawa*, vol. 27, 1995-1996, pp. 261-279.

existant au sein d'une polittie. Pourtant le maintien de la diversité en droit constitue une revendication à part entière comme une valeur qui mérite une protection. La diversité juridique peut ainsi être considérée, comme d'autres types de diversité, comme une richesse en elle-même¹¹⁸ : l'ensemble des règles plurielles de l'humanité constituerait aussi une sorte de patrimoine juridique commun dans lequel il serait possible de puiser pour sans cesse améliorer le droit et par extension la vie humaine. Maintenir une diversité permettrait de choisir et d'évaluer les différentes règles possibles pour n'en retenir que les meilleures, par une sorte de processus concurrentiel de persuasion progressive¹¹⁹. Promouvoir la diversité juridique c'est aussi promouvoir une certaine égalité. En effet, un certain nombre d'auteurs ont mis en exergue que les structures politiques, et l'État en particulier, ne sont pas neutres¹²⁰. De la même façon, les règles de droit régissant tant la manière d'édicter les normes que les normes substantielles recèlent des présupposés culturels, sociaux. Dès lors, dans les cas où il y a une coexistence ou une mixité entre des cultures distinctes, ou un espace commun, il y a un risque que la majorité dominante marginalise les minorités¹²¹, ce qui constitue une forme de discrimination.

- 93 Mais avant tout, défendre une forme de diversité juridique, c'est plaider en faveur de la liberté des collectivités dans une optique démocratique et libérale. Le principal fondement qui milite pour que des collectivités conservent un système juridique propre ou *a minima* certaines normes juridiques distinctes réside dans leurs volontés collectives de conserver leurs différences¹²². Ces différences juridiques s'appuient d'ailleurs sur des particularismes sociaux, culturels et participent à l'affirmation d'une identité collective. Enfin, la proximité entre la norme et les sujets de droit assurerait un fonctionnement démocratique meilleur en optimisant l'adéquation avec les désirs et besoins de ces derniers.

¹¹⁸ E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 59.

¹¹⁹ Cela rejoint la thèse de Patrick Glenn : P. GLENN, *Legal Traditions in the World: Sustainable Diversity in Law*, New-York, Oxford University Press, 2004, 366 p., p. 359 et s.

¹²⁰ Voir par exemple : F. REQUEJO, « Democratic legitimacy and national pluralism » dans F. REQUEJO, dir., *Democracy and National Pluralism*, Florence, KY, USA, Routledge, 2001, pp. 157-177.

¹²¹ C'est notamment la thèse que défend Andrée Lajoie, à propos du pouvoir judiciaire en particulier. A. LAJOIE, *Jugements de valeur*, Paris, PUF, 1997, 217 p.

¹²² Ainsi comme le précise G. Otis à propos du pluralisme juridique comme théorie normative de la gouvernance « le respect et la reconnaissance juridique des identités culturelles sont dorénavant promus comme valeurs de la philosophie politique libérale. Il en résulte une injonction de respect de l'altérité juridique et de la prescription d'un dialogue des cultures juridiques porteur de modèles pluralistes du droit » : G. OTIS, dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 284 p., p. 17.

- 94 La dimension prescriptive du pluralisme, que l'on retrouve tant en Europe qu'au Canada, se justifie tout simplement en raison du fait que certaines collectivités le souhaitent.
- 95 Et le contentieux des droits fondamentaux est un laboratoire d'expérimentation particulièrement intéressant à cet égard, même si cela remet en question leur universalité.
- 96 La vision universaliste des droits fondamentaux repose sur la personne humaine comme pierre angulaire et postule une identité universelle de celle-ci. L'idée est de « concevoir chaque individu comme être unique, disposant d'une dignité fondamentale à sauvegarder »¹²³ ; cette dignité est ontologique, constitutive de l'être. Si l'on peut faire remonter le caractère universel de la personne humaine au monothéisme juif puis au Nouveau Testament, il reste que l'universalité des droits et libertés naît avec l'État libéral et démocratique. Il s'agit surtout à partir du XVIIIe siècle, dans le libéralisme classique, de prôner l'abstention de l'État et du pouvoir dans la sphère individuelle afin de faire primer l'individu et sa volonté. En lui attribuant des droits, on soumet les autorités publiques à des principes et valeurs consubstantiels à sa nature d'être humain et au-delà desquels elles ne doivent pas intervenir.
- 97 Mais, ce paradigme de l'universalité se heurte au fait que chaque personne est marquée et façonnée par une culture particulière. Ainsi, dans le domaine des droits et libertés on constate la prégnance de la pluralité de leurs conceptions selon les différentes cultures. La vision de l'être humain dans son irréductibilité peine à faire consensus dès lors que l'on essaie de la traduire en des termes juridiques. Plus précisément, la transposition de ce qu'il y a de plus essentiel à l'être humain, si tant est qu'il soit possible de l'identifier unanimement, en une répartition entre le permis et l'interdit relève de l'utopie, ne serait-ce que parce que le droit n'existe que dans un langage déterminé.
- 98 L'universalité des droits fondamentaux est ainsi dénoncée parce qu'elle est illusoire, voire fallacieuse, car elle reviendrait à imposer des valeurs propres à une culture à d'autres. La vocation universelle de ces droits et leur inscription dans la théorie libérale occidentale ont depuis longtemps fait naître des suspicions quant à leur véritable nature universelle¹²⁴. Si cette question a beaucoup été étudiée au niveau du droit international, elle mérite aussi des approfondissements et

¹²³ M. LÉVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, préc., p. 165.

¹²⁴ Voir par exemple : E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, The Hague / Boston, Martinus Nijhoff Publishers / Kluwer Law International, 2001, 574 p. Pour une étude plus récente et la présentation de quatre autres études du numéro sur cette question voir aussi le E. BREMS et E. DESMET, « Introduction : Theorizing the Multi-Layered Nature of Human Rights Law », *Journal Européen des Droits de l'Homme*, vol. 3, 2014, pp. 289-293.

des questionnements au sein des sociétés occidentales, car l'on retrouve aussi cette tension entre universalisme et particularisme en Europe et au Canada. Même si l'on pourrait estimer qu'il existe un consensus autour de la fonction des droits fondamentaux, voire sur la dénomination des grandes libertés individuelles et collectives, les droits fondamentaux ne sont pas exempts de divergences et de remises en question quand il s'agit d'établir leur contenu exact, leur portée, et leur mise en œuvre. Et cela est d'autant plus vrai dans des espaces juridiques et politiques composites culturellement.

- 99 Est-ce à dire qu'il faille nécessairement se tourner vers le relativisme le plus absolu ? Faut-il alors se résoudre au cloisonnement le plus complet de chaque société, à un monde dans lequel chacune d'entre elles déciderait pour elle seule et à sa manière de la protection des droits et libertés ? Le problème est que notre monde globalisé et interdépendant a depuis longtemps dépassé l'isolement réciproque des collectivités humaines. D'autre part, le risque est grand que la protection des individus vis-à-vis du, ou des, pouvoirs puisse se trouver perdante, car rien ne garantit que ladite société ou collectivité ait l'ambition de limiter l'arbitraire de son propre pouvoir.
- 100 Finalement, s'interroger sur la diversité juridique dans le contentieux des droits fondamentaux ne peut relever totalement ni du relativisme ni de l'universalisme. Ainsi, on peut affirmer que les droits et libertés ont une vocation universelle dans la mesure où l'objectif est de protéger la personne humaine unanimement reconnue. De plus, leur caractère universel peut résulter de « l'émergence en divers points d'une même volonté de reconnaître des droits communs à tous les êtres humains »¹²⁵.
- 101 Si dans la théorie libérale la fonction des droits fondamentaux est d'assurer un espace de liberté pour les individus dans lequel les abus du pouvoir, étatiques en particulier, sont repoussés, il n'en demeure pas moins que les droits et libertés sont créateurs de normes, et donc enjeux de pouvoirs quand il s'agit de déterminer qui a la compétence de décider de leurs contenus. Finalement plus que de contester l'universalité des droits et libertés, il s'agit de se demander si les juges majoritaires d'une cour supranationale ou suprême détiennent cette vérité sur l'être humain et ses relations aux autres, vérité qui est censée se concrétiser juridiquement dans les droits fondamentaux. C'est en ce sens que le plurijuridisme permet de relativiser les droits

¹²⁵ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, 1998, 200 p., p. 25.

fondamentaux, non pas tellement comme idéaux universels, mais comme instruments juridiques dans les mains d'un juge. Il est ainsi utile et légitime d'apprécier de manière plus globale la fonction du juge suprême afin de comprendre en quoi le contentieux des droits et libertés a certes un lien avec la gouvernance démocratique, mais aussi avec le pluralisme en général.

C. Le rôle des juges quant aux « dynamiques plurijuridiques »

- 102 Comme nous l'avons expliqué précédemment le plurijuridisme consiste en une « pluralité d'ensembles cohérents de règles et d'ordonnancements juridiques »¹²⁶, et sert donc à la description dynamique des rapports complexes entre ces ensembles normatifs, qui, dans notre recherche, se situent à l'intérieur d'un « espace plurijuridique » lui-même doté d'une certaine autonomie normative. Il s'agit ainsi d'étudier les dynamiques de la diversité juridique existant au Canada et dans l'Union européenne, y compris dans le contentieux des droits fondamentaux, dynamiques que nous qualifierons de plurijuridiques. Une telle analyse n'aurait pas été possible avec le concept du fédéralisme par exemple.
- 103 Ainsi, on considère généralement que le fédéralisme consiste en la répartition territoriale des compétences législatives entre un niveau central et des niveaux locaux, ce qui permettrait de concilier diversité et unité¹²⁷. En ce qui concerne ces dynamiques de diversité et d'unité, on estime que, plus une fédération favorise les entités locales ou fédérées dans la répartition des compétences législatives, plus elle sera qualifiée de décentralisée et donc potentiellement plurielle. En réalité, cette vision du fédéralisme ne peut à elle seule rendre compte des enjeux liés aux dynamiques de la diversité juridique : on ne peut en effet se limiter aux compétences législatives, et par extension gouvernementales et réglementaires, si l'on veut comprendre les conséquences sur cette diversité des décisions des tribunaux. Le plurijuridisme permet de comprendre de manière plus globale l'effet du juge sur l'organisation sophistiquée de la diversité et de l'unité juridique existante au Canada et en Europe. La délimitation de l'autonomie des peuples autochtones, à qui la Constitution canadienne reconnaît des « droits », ou encore l'importance des dimensions culturelles et substantielles qui affectent l'organisation des pouvoirs au Canada et dans l'Union européenne en attestent. C'est d'autant plus le cas lorsque l'on s'intéresse au contentieux des droits fondamentaux individuels. Il faut alors distinguer avec José

¹²⁶ J.-L. BERGEL, dir., « Le plurijuridisme », préc., p. 12.

¹²⁷ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GELINAS, « Introduction », préc., p. 8.

Woehrling la centralisation¹²⁸ de l'uniformisation¹²⁹, et donc introduire des concepts qui, bien qu'ils aient un fondement commun avec le fédéralisme, dans l'idée d'équilibre entre unité et diversité, ne s'inscrivent pas directement dans la théorie fédérale.

- 104 Le plurijuridisme permet de penser en termes de mécanismes et de passerelles juridiques d'un espace juridique à un autre sans nécessairement introduire des relations hiérarchiques strictes entre eux, ou de jugement de valeur quant aux cultures juridiques de ces espaces. Ces mécanismes, ces charnières juridiques font le lien entre différents espaces dotés d'autonomie et constituent les articulations de l'espace plurijuridique global. Or la place du juge dans ces mécanismes est essentielle, car les dynamiques plurijuridiques dépendront de l'interprétation qu'il en fera. Si les juges ont un rôle phénoménal dans la répartition des pouvoirs et peuvent ainsi insuffler des processus centralisateurs ou décentralisateurs, ils peuvent au-delà façonner des mouvements d'homogénéisation (qui tendent vers un droit commun) ou au contraire des dynamiques pluralistes (qui tendent vers des droits différents). Le plurijuridisme ne pouvant être caractérisé ni par un droit entièrement commun (sans diversité juridique), ni par une diversité juridique totale (des autonomies normatives entièrement cloisonnées), l'interprétation prétorienne devra trouver un équilibre adéquat entre ces deux extrêmes.
- 105 Ces dynamiques sont aussi à l'œuvre lorsque les juges exercent leur mission de garantie des droits et libertés. En effet, cette protection des droits fondamentaux revient à introduire dans cet espace plurijuridique une forme d'autonomie supérieure et suprême dans laquelle les différents pouvoirs (c'est-à-dire les autres formes d'autonomies collectives) ne peuvent s'ingérer : celle de l'individu, celle de la personne humaine. Garantir les droits et libertés, n'est-ce pas au bout du compte un moyen de contrôler que le respect de la personne humaine en tant que telle, et donc de son autonomie, demeure au centre de la décision politique ? Mais cette autonomie ne va pas être protégée directement par les individus, auxquels on n'attribue pas de fonction normative, mais par des juges.

¹²⁸ « La centralisation consiste en un transfert de pouvoirs des organes fédérés vers un organe fédéral ; elle contredit l'autonomie des entités fédérées » : J. WOEHRLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral » dans A.-G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 251-274.

¹²⁹ « L'uniformisation consiste en une imposition, par les tribunaux, de valeurs uniformes qui limitent la capacité des entités fédérées d'adopter des politiques diverses ; elle compromet la diversité fédérale » *ibid.*

106 On peut alors se demander si les interprétations prétoriennes de ces différents mécanismes du plurijuridisme qui délimitent chacune des autonomies normatives puis la création d'une compétence judiciaire de protection des droits de la personne n'ont pas formé un nouvel espace décisionnel prétorien au sein du système plurijuridique. En effet, en attribuant la protection de l'autonomie de la personne humaine au corps judiciaire, n'a-t-on pas transféré la délimitation et le contenu de cette autonomie, de ces libertés, par la mise en œuvre de droits spécifiques, à cet acteur désormais incontournable que constitue la figure judiciaire ? C'est *a fortiori* le juge suprême qui se retrouve au cœur de tous ces enjeux¹³⁰ : une fois le texte édicté, il a la responsabilité finale de la nature de cet espace décisionnel prétorien. Ce faisant, il est celui qui, plus que tout autre, doit se demander quelle est la place de cet espace décisionnel au sein de l'espace plurijuridique global, et son effet sur celui-ci. C'est en ce sens qu'il s'agit à la fois d'étudier les dynamiques plurijuridiques dont le juge suprême est responsable, en particulier dans le cadre du contentieux des droits et libertés, dans les différents espaces normatifs ; mais aussi de se demander quelles sont les contraintes systémiques du plurijuridisme qui s'exerce sur cet espace décisionnel.

107 Ainsi, la dynamique de l'homogénéisation ou de l'uniformisation est celle qui est le plus à craindre. En effet, la focalisation sur l'individu et son autonomie n'entraînerait-elle pas une limitation toujours plus grande des autonomies collectives de la part d'un juge suprême, unique, exprimant une vision de l'humanité et de la société ? C'est pour cela qu'il est pertinent de s'interroger davantage sur la question de la préservation de la diversité juridique que sur celle de la construction ou du maintien de l'ordre commun englobant. Les droits fondamentaux ayant vocation à entrer dans presque tout le champ juridique, leur énonciation vague et large donne un grand pouvoir d'interprétation aux juges. Leurs décisions ne vont-elles pas s'appliquer, influencer et finalement uniformiser la protection des droits de la personne dans tous les espaces juridiques au sommet desquels on a placé ce juge suprême ? La matière sur laquelle porte le travail du juge a un potentiel d'homogénéisation fort en raison de la vocation universelle des droits et libertés. Il

¹³⁰ La recherche ici menée est orientée sous l'angle des juges suprêmes : la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne. Par conséquent elle ne permet pas d'évaluer l'impact des autres instances de jugements (provinciales ou nationales) sur le plurijuridisme. Il est pourtant clair que ces décisions peuvent contribuer à préserver la diversité juridique d'autant que beaucoup ne sont pas ultimement tranchées par le juge suprême. Lorsque des jurisprudences des instances inférieures seront évoquées (notamment en *infra* § 1633 et s.), elles le seront donc seulement à titre d'exemple, sans prétention à l'exhaustivité ou la systématisme qui demanderaient une investigation approfondie.

existe donc un risque que la transformation du plurijuridisme aille dans le sens d'une homogénéisation, c'est-à-dire un processus d'intégration parfaite, une identité matérielle du droit.

- 108 Par conséquent, cela ne revient-il pas à désavouer à travers le contentieux des droits fondamentaux un équilibre plurijuridique qui peut exister, ou a pu exister, en dehors de ce contentieux ? Nier l'existence d'un équilibre plurijuridique dans la protection des droits et libertés, n'est-ce pas desservir la politique, en altérer la nature, en la transformant en politique homogène ?
- 109 Est-ce inéluctable, ou bien est-il possible de prendre au sérieux le respect des différentes autonomies normatives collectives, et donc de prendre en considération l'équilibre plurijuridique de l'espace ? N'y a-t-il pas d'ailleurs des contraintes qui s'exercent sur le juge suprême, dans le façonnement même du contentieux dont il a la charge, qui vont dans le sens d'un respect de l'équilibre plurijuridique ? Par exemple au Canada, la compétence de protection des droits et libertés de la Cour suprême du Canada s'inscrit à la fois dans le cadre d'une histoire coloniale et fédérale particulière, mais aussi dans le cadre d'un mode de saisine propre, qui fait de la Cour suprême une cour constitutionnelle et nationale ; ces données ont exercé une influence sur l'encadrement de la protection des droits fondamentaux, le champ d'application ou les droits substantiels protégés, par exemple à l'égard de certaines minorités ou des peuples autochtones. En Europe, il est encore plus frappant de constater que c'est par l'intégration progressive d'États souverains dans une communauté fondée sur l'économie que s'est construit le plurijuridisme européen, ce qui a un retentissement certain sur la façon d'organiser la protection des droits fondamentaux dans cet espace.
- 110 Pour résumer, il s'agit de s'interroger sur le rôle du juge suprême dans le développement et l'évolution du plurijuridisme, en prenant dûment compte des répercussions particulières des droits fondamentaux à cet égard. Il s'agira alors de se demander s'il existe une solution de remplacement à l'opposition entre les droits fondamentaux comme instruments nationalistes ou bien comme des droits humains immuables et transcendants, dont le contenu pourrait être définitivement établi par les autorités judiciaires de l'espace juridique englobant (canadien ou européen). Une des clés serait alors de repenser la fonction des droits fondamentaux dans un système normatif plurijuridique de manière à ce que ces droits puissent faire l'objet d'un dialogue entre les systèmes normatifs, sans que l'intérêt des individus à cette protection soit sacrifié.

L'autre clé serait de réfléchir aux mécanismes de plurijuridisme interne à cet espace décisionnel, et donc ultimement de remettre en question le caractère suprême du juge que nous avons pourtant identifié comme tel.

- 111 Pour traiter ces questions et comprendre l'évolution comparée du rôle de la Cour de justice européenne et de la Cour suprême du Canada, il nous faut procéder par étapes.
- 112 Il faut en premier lieu analyser le rôle de ces juges suprêmes dans la mise en place du plurijuridisme au Canada et dans l'Union européenne. Cette étude est un préalable indispensable pour comprendre le rôle des juges dans l'aménagement de la diversité et de l'unité juridique dans les deux espaces étudiés. Il s'agit en effet d'une mission première : elle existait avant et en dehors de la question des droits et libertés. Cette fonction prétorienne originelle n'est pas pour autant exempte de complexité dans la mesure où elle est circonscrite par des contextes et des textes particuliers et opère en réalité au-delà d'une simple répartition des compétences.
- 113 Ce premier rôle de ces deux juridictions, déjà fort délicat puisqu'il s'agit de trouver un équilibre entre unité et diversité juridique dans les espaces juridiques dont elles sont les gardiennes, évolue ensuite avec l'apparition d'une nouvelle mission : la protection des droits fondamentaux. Ces derniers constituent des éléments perturbateurs du plurijuridisme. Pour comprendre les conséquences essentielles des droits fondamentaux, nous distinguerons deux phases du contentieux des droits fondamentaux : sa structure et sa substance. Plus précisément, la structure correspondrait aux conditions de saisine du juge suprême quant aux droits et libertés et à la recevabilité de la protection des droits et libertés auprès du juge suprême qui seront étudiées dans la deuxième partie de la thèse, tandis que la troisième partie portera sur la protection des droits fondamentaux du point de vue substantif.
- 114 Ainsi, la deuxième partie tend à montrer que, en dépit des contraintes structurelles qui limitent le juge suprême dans son action, un juge suprême chargé de protéger les droits et libertés a tendance à délaisser la question de l'équilibre plurijuridique dans l'exercice de sa mission de protection.
- 115 La troisième partie veut montrer qu'au-delà de la structure du contentieux des droits et libertés, le juge suprême, lorsqu'il met en œuvre la protection des droits et libertés, se prononce sur la substance, et peut exercer une influence plus ou moins importante et d'une nature variable sur l'équilibre plurijuridique. Or à cet égard, les désaccords entre les systèmes et ordres juridiques sur la substance des droits fondamentaux démontrent la nécessité pour le juge suprême de

s'interroger sur le respect d'un équilibre plurijuridique dans ce domaine de compétence. L'existence et la persistance de situations conflictuelles, concurrentielles ou de frictions incitent à réfléchir à des solutions plus respectueuses de la diversité juridique, ce que ne fait pourtant pas toujours le juge. Il est toutefois possible de rééquilibrer les deux missions du juge par la redéfinition des termes de sa suprématie dans l'exercice de ce contentieux. C'est dans une méthode dialogique et pluraliste qui, certes, porte atteinte à une forme de suprématie prétorienne que les véritables freins à l'homogénéisation se trouvent.

116 Pour résumer nous procéderons à une analyse en trois temps des relations entre ces trois objets juridiques qui peinent à coexister chacun pleinement lorsqu'ils sont réunis :

- Dans un premier temps nous analyserons au préalable les relations entre les juges suprêmes et les plurijuridismes qui tendent à révéler l'existence d'une mission d'équilibre entre unité et diversité, en dehors de la question des droits et libertés (Partie 1).
- Dans un deuxième nous nous intéresserons aux liens entre les juges suprêmes et droits fondamentaux, qui d'un point de vue de la structure inclinent vers l'homogénéisation, et met donc au défi le plurijuridisme (Partie 2).
- Et dans un troisième nous nous demanderons si la réconciliation entre les plurijuridismes et droits fondamentaux est possible à travers la protection substantielle des droits libertés par les juges et si un nouvel équilibre est envisageable, quitte à relativiser la suprématie des juges (Partie 3).

**PREMIÈRE PARTIE : JUGES
SUPRÊMES ET
PLURIJURIDISMES : UNE
MISSION D'ÉQUILIBRE
ENTRE UNITÉ ET DIVERSITÉ**

- 117 Intuitivement, il paraît logique de concevoir la mission des juges suprêmes au sein d'espaces plurijuridiques comme devant assurer l'existence même de ce plurijuridisme, et donc d'en assurer un certain équilibre. En effet si le plurijuridisme se définit comme un aménagement juridique complexe permettant de concilier le commun et le multiple, il paraît assez naturel de confier aux juges le soin d'interpréter ces règles d'organisation des rapports de pouvoirs des différentes composantes de l'espace plurijuridique, dans une optique d'équilibre. Mais en réalité ce « méta-objectif » de poursuivre un équilibre entre unité et diversité n'est pas sans difficulté dans la mesure où trouver une juste balance entre ces deux éléments opposés peut s'avérer non seulement délicat, mais aussi s'apprécier de manière assez subjective ou du moins en fonction de divers critères plus ou moins orientés politiquement. Il serait sans doute vain de vouloir trouver l'unique point d'équilibre, la balance parfaite entre unité et diversité : l'aménagement des pouvoirs ne se quantifiant pas, les forces en jeu ne sauraient trouver une répartition parfaite à la molécule près. On peut toutefois évaluer un équilibre convenable par son résultat ; car l'équilibre d'une posture permet avant tout d'en maintenir sa stabilité. Pour le plurijuridisme cela ne signifie pas nécessairement une exacte pondération immuable de chacune des forces le constituant, mais plus modestement de chercher les solutions juridiques à même de faire vivre le plus harmonieusement possible le global avec le local, le commun avec le multiple.
- 118 Plus qu'une pondération optimale ou une distribution égale entre la part de diversité et d'unité, trouver un équilibre dans l'ordonnement plurijuridique demande avant tout d'en garantir son existence et sa pérennité. Tâches difficiles auxquelles s'attèlent la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne. Elles le font de manière nécessairement imparfaite tant lorsqu'il s'agit de contribuer à la construction même des rapports juridiques entre les différents pouvoirs, faire du plurijuridisme une réalité (titre I), que d'en assurer une balance viable malgré la complexité des enjeux (titre II).

TITRE I. LA CONSTRUCTION DES PLURIJURIDISMES AU CANADA ET DANS L'UNION EUROPEENNE

- 119 Comprendre le rôle d'un juge suprême à l'égard d'un espace plurijuridique dans lequel il tient une place déterminante nécessite en premier lieu de s'intéresser à l'ensemble des contraintes juridiques qui s'exercent sur lui, et la première d'entre elles est bien entendu le texte juridique suprême qu'il est chargé d'interpréter. Il n'est donc pas inutile d'étudier l'émergence des différents plurijuridismes, celui du fédéralisme canadien, celui relatif aux peuples autochtones du Canada et la construction européenne, à travers les contenus normatifs qui les ont façonnés au fil du temps (chapitre 1). À partir de ces données historiques et juridiques, le juge suprême pourra exercer son influence sur le plurijuridisme à travers son interprétation. Mais le plurijuridisme d'un espace ne peut s'envisager que dans la mesure où différentes autonomies normatives existent véritablement. Ainsi le premier rôle du juge suprême sera de construire ou de fortifier la réalité des différentes autonomies normatives. Bien souvent, le pacte englobant, ou plus largement le processus historique en cause ont favorisé certaines autonomies sur d'autres. La mission du juge suprême sera alors de garantir la présence de toutes les autonomies normatives prévues ou issues du pacte englobant (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LES CONTEXTES HISTORIQUES ET NORMATIFS DES PLURIJURIDISMES

120 Les édifications des plurijuridismes dans un espace donné sont très différentes d'un continent à l'autre. Elles dépendent de circonstances culturelles, historiques, mais aussi des conceptions et choix qui se retrouvent dans les grands textes juridiques qui ont concouru à sa création. Le fédéralisme au Canada, les relations entre le Canada et les peuples autochtones ou la construction européenne ont pourtant certains points communs, parfois inattendus. Ces trois plurijuridismes trouvent leur source première dans un type de norme qui permet d'en caractériser leur nature originale à chacun (Section 1). Toutefois, ces sources fondatrices ne suffisent pas à comprendre la complexité des relations juridiques organisant la pluralité et l'unité dans ces espaces : il faut alors étudier leurs sources supplémentaires (Section 2). Malgré les différences historiques, culturelles et normatives très fortes, la comparaison entre ces trois espaces s'avère toutefois riche d'enseignements quant à la manière d'organiser l'unité et la diversité juridique (section 3).

Section 1. Les textes fondateurs des plurijuridismes

121 Les sources premières des constructions plurijuridiques au Canada et dans l'Union européenne diffèrent amplement entre elles en raison des contextes de départ spécifiques. Ainsi le Canada en tant qu'État fédéral est fondé sur un texte constitutionnel (I), et comme colonie sur des normes étatiques qui se sont imposées aux peuples autochtones (II), tandis que l'Union européenne étant issue du droit international s'est construite à travers des traités (III).

I. Le cadre constitutionnel du fédéralisme canadien

122 La véritable naissance de la fédération canadienne date de 1867 (1), ce texte fondateur sera modifié à plusieurs reprises et en particulier en 1982 où il changera de nom par son incorporation dans une Constitution canadienne « rapatriée » (2).

A. L'acte de naissance de la fédération canadienne : l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867

123 La fédération canadienne naît avec l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867*¹³¹. Ainsi, formellement, c'est une loi du Parlement de Londres qui pose le cadre constitutionnel canadien et

¹³¹ Édité par le parlement de Londres *The British North America Act, 1867*, est aujourd'hui toujours en vigueur : *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

créé la Fédération, ce qui reflète la nature coloniale du Canada. Cela étant l'union des colonies s'est faite à la demande de leurs représentants d'alors, ceux du Canada-Uni¹³², de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick.

- 124 Le régime instauré en 1867 a pu être ainsi analysé comme un compromis fédératif entre deux peuples fondateurs, les Canadiens français et les Canadiens anglais. Il faut pour cela remonter à la conquête de la Nouvelle-France par la Grande-Bretagne en 1760 et aux différentes tentatives de l'Empire britannique dans la gestion de cette dualité franco-britannique depuis lors¹³³ pour comprendre en quoi les différents régimes juridiques ont pu aboutir à une fédération. Après que le colonisateur britannique a renoncé à l'assimilation des Canadiens français à la common law anglaise, devant la persistance de la différenciation culturelle et juridique entre les colons britanniques et français, c'est assez logiquement que les « Pères de la Confédération » se tournèrent vers le fédéralisme.
- 125 Les facteurs ségrégatifs expliquant l'adoption du principe fédératif au Canada en 1867 ne se réduisent pourtant pas à la seule théorie controversée de l'alliance entre les nations canadienne-française et canadienne-anglaise. Ainsi les différences entre ce qui allait devenir les provinces du Canada existaient tant en matière économique, sociale, religieuse que culturelle, et la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick l'avaient confirmé alors par la volonté de conserver leur autonomie. D'ailleurs, toutes les colonies britanniques d'Amérique du Nord ne choisirent pas dès le départ de rejoindre la fédération démontrant ainsi que la question de l'autonomie n'était pas une préoccupation accessoire y compris dans le Canada anglais.
- 126 Par la suite, six autres provinces se joignirent à la fédération canadienne selon des modalités et des circonstances différentes¹³⁴. Le Canada comprend en outre des territoires non organisés en

¹³² Le Canada-Uni a été dissous par l'Acte de 1867 et se divisa en deux provinces le Québec et l'Ontario jusque-là désignés par le Bas-Canada et le Haut-Canada, ou Canada-est et Canada-Ouest. On peut donc estimer que les membres fondateurs de la fédération canadienne sont bien quatre provinces britanniques : le Québec, l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

¹³³ Voir notamment la *Proclamation royale de 1763*, l'*Acte de Québec de 1774*, l'*Acte constitutionnel de 1791* et l'*Acte d'Union de 1840*, ce dernier réunissant le Haut et le Bas-Canada au sein du Canada-Uni. Sur l'histoire entre les Canadiens français et les Canadiens anglais avant l'acte de 1867, voir notamment E. BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec Septentrion, 2005, 478 p ; G. BAIER, H. BAKVIS et D. M. BROWN, *Contested Federalism : Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 2009, 304 p., p. 72 et s.

¹³⁴ Le Manitoba en 1870 (*Loi de 1870 sur le Manitoba* confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1871*), la Colombie-Britannique en 1871 (*Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique décret en conseil* du 16 mai 1871), L'Île du Prince-Édouard en 1873 (*Conditions de l'adhésion de l'Île-du-Prince-Édouard, décret en conseil* du 26 juin

province sur lesquels le Parlement fédéral jouit de la plénitude des compétences législatives¹³⁵. C'est en effet dans les années 1870 que le gouvernement impérial annexa au Canada les territoires de la Compagnie de la Baie d'Hudson, certaines parties de ces territoires se constituèrent en province¹³⁶, d'autres furent annexées à des provinces existantes et enfin certaines restèrent de « simples » territoires sous juridiction fédérale. Le fédéralisme canadien se comprend aussi à travers l'histoire du contrôle des terres et des ressources¹³⁷.

- 127 L'histoire constitutionnelle tant pré-fédérative que celle qui suivit l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867* est aussi celle de l'émancipation progressive et négociée du Dominion canadien à l'égard de l'Empire britannique. Ainsi, avant le régime de 1867 les colonies disposaient d'assemblées élues, mais ce n'est que peu à peu que le contrôle impérial a diminué au gré des textes constitutionnels et de la coutume. En effet, le régime instauré en 1867 maintenait le principe de la suprématie du droit impérial britannique sur ses colonies¹³⁸ et prévoyait des mécanismes de droit de regard de Londres sur la législation canadienne¹³⁹. Le *Statut de Westminster de 1931*¹⁴⁰ scelle l'étape majeure de l'indépendance du Canada, ainsi que celle d'autres Dominions, puisqu'il fait du Canada un État souverain : « Par la suite, seul le droit canadien devait s'appliquer au Canada, à moins que le Canada ne consente expressément au maintien de l'application d'une loi impériale »¹⁴¹.
- 128 Pourtant, d'autres liens arrimaient encore le Canada à l'Empire après 1931. Ainsi, ce n'est qu'en 1949 que le Canada abolit les appels au Conseil privé de Londres¹⁴², et ce n'est qu'en 1982 que le

1873), l'Alberta et le Saskatchewan en 1905 (*Loi sur l'Alberta* du 20 juillet 1905 et *Loi sur le Saskatchewan* du 20 juillet 1905) et Terre-Neuve en 1949 (*Loi sur Terre-Neuve* du 23 mars 1949).

¹³⁵ Dès 1869, les Territoires du Nord-Ouest (*Loi sur les Territoires du Nord-Ouest* L.R.C. (1985) c. N-27), puis le Yukon détaché des Territoires du Nord-Ouest en 1898 (*Loi sur le Yukon*, C.C. 2002, c.7) et en 1999 le Nunavut détaché des Territoires du Nord-Ouest (*Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28).

¹³⁶ C'est le cas du Manitoba, de l'Alberta et du Saskatchewan.

¹³⁷ C'est ce qui explique par exemple que les provinces des Prairies lorsqu'elles rejoignirent la Fédération ne purent disposer des compétences normalement dévolues aux provinces en matière de ressources naturelles. Voir par exemple : D. E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 225 p.

¹³⁸ *Loi de 1865 sur la validité des lois coloniales* « *Colonial Laws Validity Act* ».

¹³⁹ Articles 55 à 57 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, voir infra § 130 et s. sur les pouvoirs de réserve et de désaveu.

¹⁴⁰ *Statut de Westminster de 1931*¹⁴⁰ (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4.

¹⁴¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, p. 46.

¹⁴² La Cour suprême du Canada devenant alors la juridiction la plus haute dans la hiérarchie canadienne. Voir infra § 1213.

Canada se dota d'une procédure de révision constitutionnelle totalement indépendante du Parlement de Westminster¹⁴³.

- 129 Ces relations entre le Canada et l'Empire britannique seraient dignes d'intérêt à part entière et peuvent d'ailleurs être qualifiées de plurijuridiques dans le sens où il y a bien un enchevêtrement normatif entre des espaces juridiques autonomes. Cela étant le plurijuridisme « impérial » n'a survécu que dans le maintien d'une institution particulière qu'est la Couronne (reléguant ce faisant une telle étude de ce plurijuridisme impérial à une dimension essentiellement historique). Le Canada appartient en effet toujours au Commonwealth et partage avec les autres États indépendants qui le composent un chef d'État commun : le monarque du Royaume-Uni. L'intérêt de ce bref rappel sur l'histoire impériale du Canada tient surtout dans l'impact qu'ont eu les relations coloniales sur les relations fédérales au Canada. Ainsi, il a souvent été dit que les relations entre le palier fédéral et les paliers provinciaux reflétaient les relations existant entre l'Empire britannique et ses colonies.
- 130 C'est le cas de la charge de lieutenant-gouverneur, des pouvoirs de réserve et de désaveu prévu dans l'acte constitutionnel de 1867. Le lieutenant-gouverneur de chaque province est en effet nommé et peut être révoqué par le gouvernement fédéral et il est payé par lui¹⁴⁴. Le lieutenant-gouverneur fait partie de la législature provinciale et dispose d'une faculté législative dite de « sanction royale » exigée pour l'adoption des lois. Il peut également, avant de donner sa sanction au projet de loi, le « réserver », c'est-à-dire renvoyer la décision de le sanctionner au gouverneur-général ou bien le sanctionner plus tard¹⁴⁵. Ces dispositions marquent en fait la reproduction dans rapports de subordination entre le fédéral et le provincial des rapports coloniaux d'alors entre Londres et ses colonies.
- 131 Ils démontrent aussi que la lettre du régime de 1867 prévoyait une fédération très centralisée : le compromis de 1867 entre les tenants d'une union législative¹⁴⁶ et ceux d'un État fédéral a abouti à l'incorporation de traits propres à un État unitaire. C'est particulièrement le cas avec le pouvoir

¹⁴³ Il s'agissait du dernier lien de l'ordre du droit impérial existant entre le Canada et la Grande-Bretagne : J.-B. d'ONORIO, « Le rapatriement de la Constitution canadienne », *RIDC*, vol. 35, 1983, pp. 69-108, spéc. p. 85. Voir infra § 306 et s. sur ce rapatriement.

¹⁴⁴ Voir respectivement les articles 58, 59 et 60 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁴⁵ Voir les articles 55, 57 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁴⁶ C'était notamment le cas de John A. Macdonald. Sur le contexte idéologique du régime, voir notamment : E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc.

de désaveu dont dispose le gouverneur général¹⁴⁷, qui peut annuler une loi provinciale de sa propre initiative après la sanction du lieutenant-gouverneur et qui peut refuser de sanctionner une loi provinciale lorsque celle-ci est « réservée » par le lieutenant-gouverneur¹⁴⁸.

- 132 On retrouve également cette vision centralisatrice dans les larges domaines exclusifs de compétence dont dispose le pouvoir fédéral ainsi que dans la compétence résiduelle¹⁴⁹ qui lui est dévolue¹⁵⁰. En effet, l'article 91 attribue les grands sujets de préoccupation de l'époque au palier fédéral : c'est le cas par exemple de la réglementation du trafic et du commerce, du mariage et du divorce, des banques et de la monnaie, de la défense, mais aussi du droit criminel¹⁵¹ et du « prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation ». En plus de ces matières énumérées explicitement, le préambule de l'article 91 prévoit la possibilité de « faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces »¹⁵². Si certaines de ces dispositions, en particulier la dernière, laissent une place à l'incertitude et donc à des marges d'interprétation importantes sur lesquelles nous reviendrons, il demeure qu'au départ le fédéralisme canadien semblait bien peu protecteur des autonomies provinciales et leur accordait une importance réduite dans l'exercice des compétences « d'intérêt général »¹⁵³.
- 133 Pourtant aujourd'hui bien des comparatistes estiment que le Canada est une des fédérations les plus décentralisées au monde¹⁵⁴, bien plus par exemple que son voisin américain qui au vu du seul texte constitutionnel paraissait *a priori* plus enclin à la protection de la diversité fédérale.

¹⁴⁷ Le gouverneur-général est le représentant de la personne du souverain au niveau fédéral, il est nommé par la Reine (mais depuis 1930, elle doit suivre l'avis du Premier ministre fédéral) et est compétent pour agir à la place de la Reine. La chef de l'État reste la Reine, mais la plupart des actes juridiques qui lui appartiennent sont exercés par le gouverneur général au niveau fédéral et par les lieutenants-gouverneurs au niveau provincial.

¹⁴⁸ Voir les articles 56 et 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁴⁹ Art 91.29 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹⁵⁰ Une des explications à cette volonté de faire un pouvoir fédéral national fort comparé à un pouvoir provincial plus faible tient certainement à l'expérience américaine qui venait de connaître la tentative de sécession. Cela a été vécu au Canada comme un échec du fédéralisme tel que mis en place aux États-Unis et donc un modèle à ne pas suivre. Voir G. BAIER, H. BAKVIS et D. M. BROWN, *Contested Federalism*, préc., p. 74 et s.

¹⁵¹ Le droit canadien distingue en effet le droit criminel du droit pénal. Le droit criminel est une compétence fédérale (Art 91.27) et il est répressif en soi, il consiste en une interdiction assortie d'une peine. En revanche, les provinces ont une compétence pénale accessoire à leurs autres domaines de compétence. Le paragraphe 92(15) leur permet d'imposer des peines « dans le but de faire exécuter toute loi de la province » valide sous le régime de l'article 92.

¹⁵² En anglais « Laws for the Peace, Order and Good Government », les « POGG ».

¹⁵³ Voir G. BAIER, H. BAKVIS et D. M. BROWN, *Contested Federalism*, préc., p. 75. citant John A. MacDonald.

¹⁵⁴ Voir par exemple : D. E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, préc.

- 134 L'existence de ce plurijuridisme au Canada s'explique par la préexistence d'une dualité juridique dans la fédération entre la common law anglaise d'une part et le droit civil d'origine français d'autre part. En effet, la répartition des compétences entre le niveau fédéral et le niveau provincial prend acte de l'existence de cette dualité juridique du Canada en matière de droit privé¹⁵⁵. Ainsi, l'article 92 qui délimite la compétence exclusive des législatures provinciales précise en particulier à l'alinéa 13 que « *la propriété et les droits civils dans la province* » tombent dans ce domaine exclusif¹⁵⁶. Une telle compétence s'avérera essentielle dans la pratique du fédéralisme canadien tant le domaine est potentiellement large et décisif. L'article 92 (16) précise en outre que « généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province » sont de sa compétence à tel point qu'on a pu parler d'une compétence quasi résiduelle au profit des provinces.
- 135 C'est aussi avec l'avènement de l'État-providence que des compétences qui en 1867 paraissaient négligeables comme la santé, l'éducation ou les affaires municipales vont devenir cruciales dans l'action des pouvoirs publics et la vie quotidienne des citoyens¹⁵⁷. D'autre part, la véritable autonomie des provinces naîtra progressivement des conventions constitutionnelles et de la jurisprudence du Conseil privé de Londres qui ne fut pas reniée par la Cour suprême du Canada par la suite¹⁵⁸.

B. La Loi constitutionnelle de 1982

- 136 La dernière étape fondamentale à l'étude du contexte normatif du fédéralisme canadien dans lequel s'inscrit le juge suprême est bien entendu la *Loi Constitutionnelle de 1982*. Cette révision constitutionnelle¹⁵⁹ bouleverse le fédéralisme canadien à plusieurs égards¹⁶⁰. En premier lieu, et

¹⁵⁵ Voir infra § 553 et s.

¹⁵⁶ Les autres domaines exclusifs des provinces importants pour la diversité juridique sont les institutions municipales (al. 8), l'administration de la justice dans la province (al. 14) et « *généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province* » (al. 16).

¹⁵⁷ Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral entraîna toutefois une forte implication fédérale dans ce domaine, les amendements constitutionnels de 1940, 1951 et 1964 lui octroyèrent en outre de nouvelles compétences en la matière, sur le chômage notamment : R. SIMEON et M. PAPILLON, « Canada » dans A. MAJEED, R. L. Watts et D. M. Brown, dir., *A Global Dialogue on Federalism vol. 2. Distribution of Powers and responsibilities in Federal Countries*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 92-123, p. 101 et s et 108 et s.

¹⁵⁸ Voir infra § 328 et s.

¹⁵⁹ Cette révision ne fut pourtant pas la seule à être intervenue après 1867, outre les lois constitutionnelles relatives à l'adjonction de provinces ou de territoires, quelques aspects ponctuels concernant la répartition des compétences furent modifiés : à titre d'exemple la *Loi constitutionnelle de 1940*, 3-4 Georges VI, ch. 36 (R.-U.) ajoute l'alinéa 2A à l'article 91, attribuant la compétence sur l'assurance-chômage au parlement fédéral.

c'est une des dimensions fondamentales de cette étude, parce que la *Charte des droits et libertés* exerce une influence sur le plurijuridisme canadien, dans lequel nous incluons le fédéralisme¹⁶¹. En second lieu, parce que la *Loi Constitutionnelle de 1982* incorpore pour la première fois dans l'histoire canadienne un mécanisme de révision du pacte fédératif, de la Constitution, dans lequel le consentement des provinces est pris en considération selon des degrés et modalités divers selon le type de révision envisagée. Enfin, la révision de 2002 modifie, mais de façon marginale, la répartition des compétences initialement prévue par le régime de 1867. L'article 92 A de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne ce faisant aux provinces le droit de développer et de réglementer les ressources naturelles non renouvelables ainsi que de tirer des ressources fiscales de leur extraction¹⁶².

- 137 Mais dès l'entrée en vigueur de la modification constitutionnelle la plus importante que le Canada ait connue, plusieurs voix se font entendre pour demander des modifications constitutionnelles supplémentaires. La révision laisse certains problèmes irrésolus¹⁶³, et mécontente une des provinces, le Québec, qui jamais n'approuva cette révision constitutionnelle. Suivirent alors de longs cycles de négociations constitutionnelles, tentant de remédier à ces nouveaux déficits fédératifs qui aboutirent aux *Accords du Lac Meech* en 1987, puis *l'Entente de Charlottetown* de 1992 qui reconnaissaient notamment le Québec comme société distincte¹⁶⁴. Ces textes n'entrèrent jamais en vigueur, ce qui mit fin jusqu'à aujourd'hui aux tentatives de révision constitutionnelle à l'échelle du pays, c'est-à-dire « méga constitutionnelles »¹⁶⁵.

II. Comprendre la nature du plurijuridisme canadoautochtone à l'aune de l'histoire : une construction moniste ?

- 138 Le plurijuridisme canadoautochtone a une nature singulière dans le sens où il se situe dans un contexte colonial ou postcolonial et se définit avant tout par rapport à une catégorie de

¹⁶⁰ Pour une étude plus complète de l'impact de la révision de 1982 sur le fédéralisme voir : R. H. LEACH, « Implications for federalism of the reformed constitution of Canada », *Law & Contemp. Probs.*, vol. 45, 1982, pp. 149-164.

¹⁶¹ Sur la différence entre fédéralisme et plurijuridisme, voir supra § 20 et s.

¹⁶² La *Loi constitutionnelle de 1982* aura aussi des conséquences sur les peuples autochtones du Canada à travers l'article 35 sur lequel nous reviendrons en infra § 151 et s.

¹⁶³ Voir : R. H. LEACH, « Implications for federalism », préc., p. 162.

¹⁶⁴ Le Parlement fédéral a cependant reconnu le 27 novembre 2006 que « que les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni » par l'adoption d'une motion. Canada. Chambre des communes du Canada (27 novembre 2007) Feuilleton et feuillet des avis, n° 87.

¹⁶⁵ J. E. FOSSUM, dir., *Constitutional processes in Canada and the EU compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, 334 p.

personnes : les autochtones. Tentons dès alors de déterminer de qui il s'agit et d'expliquer brièvement les grandes phases de l'histoire de ce plurijuridisme (A) avant de s'intéresser aux instruments étatiques, source coloniale par excellence des relations entre l'État canadien et les peuples autochtones (B).

A. L'évolution de l'autochtonie au Canada : un bref aperçu des enjeux juridiques

- 139 La définition précise de l'autochtonie fait encore aujourd'hui l'objet de débats doctrinaux et judiciaires importants¹⁶⁶. En effet, s'il semble à première vue facile de définir les autochtones comme les descendants des populations « natives » de ce qui devint ensuite le territoire du Canada. En réalité cette définition ne saurait se réduire à un critère génétique ou généalogique, mais bien à l'attribution d'un statut juridique particulier. Ainsi selon la Constitution du Canada les peuples autochtones sont « notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada »¹⁶⁷. Pour simplifier, les Indiens sont les personnes détentrices d'un statut d'Indien¹⁶⁸, quel que soit le territoire sur lequel ils vivent, sur une réserve ou en dehors et on parle ainsi souvent des Premières nations pour les qualifier. D'autre part, les Inuit sont traditionnellement situés au nord du Canada. Enfin, les Métis sont ces populations ayant formé des communautés à la fois distinctes et héritières des traditions européennes et amérindiennes¹⁶⁹. Dans l'affaire *Daniels*, qui sera tranchée par la Cour suprême du Canada, la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont considéré que les Métis pouvaient être considérés comme des Indiens au sens de

¹⁶⁶ Sur cette question voir par exemple S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, 645 p., p. 5 et s.

¹⁶⁷ Article 35(2) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'article 91(24) fait pour sa part référence aux « Indiens »,

¹⁶⁸ Cela étant, juridiquement le terme « Indiens » utilisé aux articles 35 et 91(24) n'est pas strictement synonyme des personnes « ayant le statut d'Indien » au sens de la *Loi sur les Indiens* qui est une loi fédérale. Ainsi les « Inuit » mentionnés à 35 sont des « Indiens » au sens de 91(24) mais ne sont pas des « Indiens » aux termes de la *Loi sur les Indiens*.

¹⁶⁹ Les Métis constituent la catégorie constitutionnelle la plus floue et incertaine parmi les autochtones. Cette catégorie a été insérée par le constituant en 1982. Il s'agissait de répondre aux revendications des communautés du centre du Canada, les Prairies, qui se sont formées par des « coureurs des bois » français principalement et des Amérindiennes au moment de la traite des fourrures. Ils ont formé des communautés distinctes des Indiens et des colons qui ont perduré jusqu'à aujourd'hui. Si historiquement ces communautés métisses ont été les premières à revendiquer une autonomie, et constituent pour certains les seuls véritables Métis, il existe aussi des Métis ailleurs au Canada. Les tribunaux sont donc chargés de déterminer les critères pour l'attribution du statut de Métis, et les droits particuliers y afférant. Sur l'interprétation du terme « métis » voir : *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43.

l'article 91(24)¹⁷⁰. Il existe aussi des personnes qui se considèrent comme indiennes, mais qui ne sont pas inscrites comme telles, que l'on désigne sous le terme d'Indien non inscrit ou sans statut.

140 En tant qu'élément de contexte, il faut préciser que les autochtones constituent une minorité dans la population canadienne, 4 % de la population canadienne selon la plus haute estimation¹⁷¹, et souffrent de divers problèmes d'ordre économique, de santé, d'éducation, de violence et de criminalité si on les compare au reste de la population canadienne¹⁷². Cela étant, il ne faut jamais oublier la diversité extrême qui existe parmi les populations autochtones, leur situation économique culturelle et sociale dépend donc de multiples variables, le territoire, les ressources naturelles, les financements publics, et aussi leur particularisme culturel et leur situation juridique.

141 Pour résumer, deux grandes phases caractérisent le plurijuridisme canadoautochtone : celle de la colonisation et celle du renouveau. Avec l'arrivée des Européens en Amérique du Nord, commence en effet une longue et complexe histoire des interactions avec les différents peuples autochtones¹⁷³. Au départ les rapports étaient essentiellement commerciaux, avec la traite des fourrures, puis se sont progressivement transformés au fur et à mesure que les Français et les Britanniques augmentaient leurs ambitions à l'égard des territoires d'Amérique du Nord. Ce faisant la théorie juridique de « la découverte »¹⁷⁴, qui serait une source de droit, ou la « prise de possession » unilatérale des colonisateurs sur ces territoires, a pu servir à asseoir et légitimer leur emprise souveraine sur ces territoires. Cette vision du monde des Européens était le plus souvent inspirée par des préjugés et des stéréotypes sur les autochtones qui bien souvent alimentaient la

¹⁷⁰ *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, demande d'autorisation acceptée par la Cour suprême du Canada (*Harry Daniels, et al. c. Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, et al.*, 2014-11-20, n°35945).

¹⁷¹ Selon le ministère des Affaires indiennes et du nord Canada, le dernier recensement de 2006 comptabilisait au total, 1 172 790 personnes qui se sont dites autochtones, c'est-à-dire Indiens de l'Amérique du Nord (membres des Premières Nations), Métis ou Inuits (700 000 membres des Premières Nations, approximativement 390 000 Métis et un peu plus de 50 000 Inuits). <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2006/as-sa/97-558/table/t1-fra.cfm>

¹⁷² Voir Statistique Canada « Un aperçu des statistiques sur les Autochtones » <http://www12.statcan.gc.ca/census-recensement/2006/as-sa/97-558/table/t1-fra.cfm> et le rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 3 vers un resserrement.

¹⁷³ Parmi une doctrine abondante voir : S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles / Cowansville, Bruylant / Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p., p. 29 et s ; S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 41 et s. CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Un passé, un avenir*, vol. 1, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p ; A. ÉMOND, « Les mutations de la "découverte" ou l'émergence des droits des peuples autochtones en droit colonial britannique » dans G. OTIS, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2004, pp. 13-30.

¹⁷⁴ Sur l'évolution de cette théorie jusqu'à nos jours voir : A. ÉMOND, « Les mutations de la "découverte" », préc.

conviction des Européens que les autochtones leur étaient inférieurs. Mais cette première phase d'interaction entre autochtones et Européens se caractérise aussi par les nombreux traités d'alliance et de paix entre les Européens et les autochtones. Ainsi sur le plan de l'analyse juridique, les relations entre autochtones et Européens sont fondées sur un paradoxe. En effet d'une part la conclusion d'alliances et de traités suppose « des relations juridiquement égales » « quasi internationales »¹⁷⁵, et donc la reconnaissance de l'indépendance et de la souveraineté originelles des peuples autochtones. Mais d'autre part, dès le départ on comprend que les ambitions et les intérêts des Européens, c'est-à-dire les visées impériales, seront prépondérants sur les droits et intérêts des autochtones¹⁷⁶. La deuxième phase de la colonisation constitue un tournant par rapport à la période initiale où les relations étaient plus équilibrées et la perception de ces relations par les Européens plus ambiguë (entre reconnaissance de l'autonomie autochtone et visées impériales), puisqu'à partir des années 1810 c'est une « mise sous tutelle »¹⁷⁷ et une politique d'assimilation¹⁷⁸ des autochtones qui caractérise la relation entre la Couronne et les autochtones. Cette relation inégalitaire propre au colonialisme a des effets juridiques qui perdurent encore et que l'on peine toujours à rectifier aujourd'hui. C'est au cours de cette période que la souveraineté et le contrôle de l'État canadien se mettent en place, mais de manière unilatérale, c'est-à-dire sans l'accord des autochtones qui auraient perdu leur souveraineté.

- 142 Pourtant, il a toujours existé une superposition d'espaces normatifs, chacun doté d'une autonomie et de spécificités, chacun engendrant des normes à l'égard des autochtones, l'un étatique et l'autre autochtone. En effet avant le contact avec les Européens, il va sans dire que les autochtones du Canada avaient leurs propres traditions juridiques et leurs modes d'organisation de la vie en société. Les cultures juridiques et les formes d'organisations sociales pouvaient être

¹⁷⁵ S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, préc., p. 45 et s ; S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 57 et s.

¹⁷⁶ Les puissances européennes choisissent d'ailleurs de traiter leurs relations avec les peuples autochtones dans le contexte du droit interne : R. DUPUIS, « Les origines et les justifications des traités conclus entre la Couronne et les peuples autochtones » dans G. OTIS, dir., *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004, pp. 31-43, p. 35.

¹⁷⁷ S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, préc., p. 70 et s. « Pupils of the Crown » dans la version anglaise : S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 82.

¹⁷⁸ Selon la Commission royale sur les peuples autochtones : « l'initiative de loin la plus ambitieuse et la plus tragique a été le programme commun du gouvernement et des Églises pour l'établissement de pensionnats ». L'État canadien et l'Église avaient mis en place un système qui avait pour but d'assimiler les enfants autochtones, d'abord les Indiens puis les Métis et les Inuit, à la société canadienne en les coupant de toutes les influences autochtones, linguistiques notamment. Voir aussi le rapport pour une explication des facteurs de l'évolution de ces relations, notamment démographique et économique. CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Un passé, un avenir*, préc. Chap 6.

très distinctes les unes des autres. Le droit coutumier a ensuite continué de produire ses effets sur les autochtones, qui le considéraient toujours comme leur façon d'organiser au moins certains aspects de leur vie sociale. En ce sens, on peut dire qu'il existe une situation de pluralisme juridique. Le droit étatique s'est pourtant petit à petit imposé dans la vie juridique des autochtones, à des degrés variables selon les groupes concernés et selon les domaines. Il a parfois tenu compte de l'existence de l'« autre » espace normatif (autochtone) et tenté d'organiser cette pluralité¹⁷⁹. Mais cette organisation de la pluralité ne s'est pas faite sur des bases égalitaires et était dictée par une forme de pragmatisme. Le colonialisme du XIXe et de la première moitié du XXe siècle présupposait l'infériorité des autochtones et de leur culture et a nié leur liberté collective d'organiser leur vie sociale. Il avait pour objectif d'anéantir la diversité juridique et l'autonomie normative des peuples autochtones.

143 Ensuite une phase de renouveau ou de revirement politique et constitutionnel caractérisa les années 1970 et 1980 avec l'apparition des traités modernes et l'introduction d'une forme de pluralisme à l'égard des peuples autochtones dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si le renouveau constitutionnel ayant mené à la reconnaissance des droits des peuples autochtones a voulu redresser les injustices du passé, il demeure que les relations à l'égard des autochtones ont continué d'être pensées dans un cadre conceptuel juridique d'origine occidentale. Ce sont les instruments légitimés dans l'espace normatif canadien qui organisent les relations normatives avec les espaces de régulation autochtones : Proclamation royale, constitution, lois sont des instruments étatiques qui démontrent que ce plurijuridisme est avant tout colonial¹⁸⁰.

B. Les instruments étatiques du plurijuridisme : une structure coloniale ?

144 Ainsi sur le plan normatif, il est curieux de constater qu'il n'a jamais été fait table rase des instruments juridiques pourtant associés à la colonisation et l'oppression. Les instruments ont simplement été amendés et modifiés afin d'incorporer les revendications légitimes des autochtones du Canada, mais la structure juridique, de nature étatique, est restée la même. Il s'agit non pas d'un plurijuridisme fondé sur la quête d'une construction commune, mais d'un plurijuridisme qui prend acte de la nécessité de faire une place aux autochtones pour réparer les injustices du passé.

¹⁷⁹ Voir infra, notamment § 338 et sa note de bas de page.

¹⁸⁰ Nous verrons dans les sections suivantes de ce chapitre qu'il est envisageable de le dépasser et d'introduire une flexibilité, de s'ouvrir aux cultures juridiques autochtones et de préférer des sources davantage pluralistes.

- 145 Il existe ainsi des instruments étatiques relativement pluralistes, comme la *Proclamation Royale de 1763*. Cette proclamation a été un des fondements majeurs des relations juridiques entre le Canada et les autochtones¹⁸¹. Elle constitue une affirmation unilatérale de la souveraineté britannique à l'égard des autochtones du Canada, puisqu'elle fait référence à des « sujets », mais a également un objectif protecteur à l'égard des nations indiennes qui se voient reconnaître leurs pouvoirs politiques internes et leurs territoires¹⁸².
- 146 La phase de colonisation se caractérise surtout par l'instauration de normes étatiques qui tentent d'assujettir les peuples autochtones au droit étatique et à la culture européenne.
- 147 La Constitution de 1867 met ainsi en place la « Confédération »¹⁸³ sans les autochtones qui ont été complètement exclus des travaux et des discussions et n'ont pas été consultés non plus. À vrai dire la question de leur place politique dans le nouveau pacte constitutionnel ne se posait pas, car à l'époque on pensait que les « hommes blancs » avaient le devoir de les protéger et de les « civiliser ». On confia au palier de gouvernement le plus éloigné des préoccupations locales la responsabilité des affaires autochtones¹⁸⁴. En outre, en 1867, les provinces des prairies et de l'Ouest n'existant pas, seul le gouvernement fédéral était en mesure de mettre en œuvre une politique d'expansion et de colonisation vers l'Ouest. Ainsi l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867* donne « l'autorité législative exclusive du parlement du Canada » sur « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens »¹⁸⁵. Le fait que les Indiens soient les seules personnes concernées (avec les étrangers) par la répartition des compétences entre le fédéral et le provincial¹⁸⁶ en dit long sur la manière dont on considérait les autochtones à l'époque, comme des sujets apparentés à des mineurs à placer sous la protection d'un palier de gouvernement¹⁸⁷.

¹⁸¹ La quatrième partie qui traite spécifiquement des affaires autochtones est toujours en vigueur.

¹⁸² Le principe fondamental de la Proclamation transparaît dans le préambule : « Et comme il est juste, raisonnable & essentiel à nos intérêts & à la sûreté de nos colonies que les différentes nations de sauvages avec lesquelles nous avons quelques relations & qui vivent sous notre protection, ne soient ni inquiétées & ni troublées dans la possession de telles parties de nos domaines & territoires comme ne nous ayant pas été cédés, ni achetés par nous, leur sont réservés, ou à aucun d'eux, comme leur pays de chasse ».

¹⁸³ Même si le Canada n'est pas juridiquement une confédération, mais une fédération, cette terminologie est souvent utilisée au Canada dans les discours politiques et parfois juridiques.

¹⁸⁴ Le gouvernement britannique pensait en effet que les gouvernements locaux étaient en conflit d'intérêts quand il s'agissait de terres.

¹⁸⁵ Ces dispositions sont toujours en vigueur dans ce qui a été nommé en 1982 la *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'article 91(24).

¹⁸⁶ Nous reviendrons plus tard sur la manière dont s'opère précisément cette répartition des compétences entre le fédéral et le provincial en matière autochtone.

¹⁸⁷ Le fait que les propriétés publiques soient attribuées aux provinces laissait présager leur volonté d'en favoriser l'exploitation, aux dépens des autochtones. Le fait de confier à un autre palier de gouvernement, le fédéral, le

- 148 Cette compétence générale du gouvernement fédéral à l'égard des autochtones et de leur terre fut exercée à maintes reprises depuis le XIX^e siècle¹⁸⁸. L'idée générale des politiques fédérales était d'« élabor [er] des systèmes d'éducation, des politiques sociales et des plans de développement économique visant à mettre fin aux droits ancestraux et à assimiler les autochtones »¹⁸⁹. C'est dans cette optique que naît la tristement célèbre *Loi sur les Indiens*¹⁹⁰ ainsi que d'autres législations particulières sur les autochtones.
- 149 Un des éléments centraux de la *Loi sur les Indiens* est la confirmation et la gestion des réserves, qui avaient été créées par le colonisateur avant la *Loi sur les Indiens*, et qui continueront de l'être après, comme des lieux où les autochtones pouvaient se sédentariser et, lorsque le climat le permet, devenir agriculteurs. La colonisation passe aussi par la procédure d'enregistrement des Indiens. Désormais c'est la loi étatique qui détermine qui est « Indiens » et qui ne l'est pas¹⁹¹. La *Loi sur les Indiens* est au départ un instrument discriminatoire qui prescrit certaines incapacités¹⁹² et des interdictions imposées aux seuls autochtones dont le but était d'anéantir les traditions autochtones¹⁹³ et de briser tout élan politique¹⁹⁴. Ainsi, on insistait sur le respect des mœurs sociales européennes en prévoyant des sanctions pénales ou financières¹⁹⁵. La négation du droit de vote est aussi une des marques de discrimination majeure opérée par la législation fédérale de cette époque¹⁹⁶. Un autre aspect important de la *Loi sur les Indiens* concerne l'imposition aux communautés autochtones d'une structure de gouvernance d'origine européenne. Les autorités

pouvoir de conclure des traités de cession de territoire constituait une « forme de protection des droits des autochtones ». Voir S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, préc., p. 79 ; S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 90 et s.

¹⁸⁸ C'est en 1876 qu'a eu lieu la première codification des différentes lois sur les autochtones sous le nom de *l'Acte des Sauvages*, puis une seconde refonte a eu lieu en 1880 qui demeura en vigueur jusqu'en 1951, qui est la *Loi sur les Indiens* aujourd'hui en vigueur dans sa version amendée.

¹⁸⁹ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Un passé, un avenir*, préc. Chap. 6.

¹⁹⁰ *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, c 29 ; maintenant L.R.C. 1985, e. I-5. Seules les premières nations sont concernées par cette loi, et pas les Inuit ou les Métis.

¹⁹¹ Pour les autorités coloniales, l'objectif était qu'avec le temps, les autochtones soient totalement assimilés à la société canadienne. C'est ce qui explique notamment la procédure d'émancipation par laquelle un Indien pouvait devenir un citoyen et aussi le fait que les Indiennes qui se mariaient à des non-Indiens, ainsi que leurs enfants, perdaient leur statut et le droit de vivre sur la réserve.

¹⁹² Par exemple les testaments faits pas les Indiens ne sont valides qu'avec l'approbation du ministre des Affaires indiennes, art 45 et s. de la *Loi sur les Indiens*.

¹⁹³ En interdisant certaines cérémonies traditionnelles comme le « potlatch » par exemple.

¹⁹⁴ Par exemple on ne pouvait collecter des fonds afin d'aider les autochtones à revendiquer des droits.

¹⁹⁵ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Un passé, un avenir*, préc., Chapitre 6

¹⁹⁶ Ce n'est qu'à partir de 1960 que le gouvernement fédéral accorde le droit de vote aux autochtones sans qu'ils aient à abandonner leurs droits issus de traités et le statut qui leur est conféré par la *Loi sur les Indiens*. À noter que cette discrimination existait aussi dans le droit provincial, ainsi, le Québec fut la dernière province à leur accorder le droit de vote, en 1968.

coloniales mettent en place les conseils de bande qui sont des organes de type administratif exerçant des pouvoirs locaux limités énumérés par la loi. Les règlements sont en effet soumis au droit de veto du ministre des Affaires indiennes¹⁹⁷. Il s'agit d'une forme de « gouvernance déléguée » imposée par le Parlement canadien¹⁹⁸. La législation fédérale reconnaît ainsi des formes d'autonomie normative aux peuples autochtones même si elles sont exogènes à leurs traditions juridiques et contribueront à les transformer durablement.

150 Enfin, sous le signe de la volonté de renouveler les relations juridiques avec les peuples autochtones, naît un instrument déterminant du plurijuridisme, qui pourtant est de conception européenne et étatique : *La Loi constitutionnelle de 1982*. Les autochtones ont en effet réussi à se voir reconnaître des droits dans le cadre des négociations constitutionnelles visant le rapatriement de la Constitution au Canada. La *Loi constitutionnelle de 1982* a été proclamée le 17 avril 1982. Elle comprend dans sa partie I la Charte canadienne des droits et libertés dont l'article 25 garantit que la Charte canadienne des droits et libertés :

« [...] ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763 ;

b) aux droits ou libertés acquis par règlement de revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis ».

151 La partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'intitule spécifiquement « Droits des peuples autochtones du Canada », l'article 35 dispose que :

« (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

(2) Dans la présente loi, “peuples autochtones du Canada” s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada ».

152 La *Loi constitutionnelle de 1982* constitue désormais un instrument clé des relations juridiques entre le Canada et les peuples autochtones. Ces dispositions démontrent que le Canada a sensiblement voulu tourner une page de l'histoire coloniale du pays¹⁹⁹ et a reconnu au plus haut niveau normatif l'existence, voire la préexistence, de droits ancestraux des autochtones. C'est un

¹⁹⁷ Sur les pouvoirs normatifs reconnus par la *Loi sur les Indiens*, voir les articles 81, 83 et 84.1.

¹⁹⁸ J. O'REILLY, « Aboriginal Self-Government » dans M. MORELLATO, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Ont, Canada Law Book, 2009, pp. 373-392, p. 385.

¹⁹⁹ La question de savoir si cet article permet effectivement de rompre avec le colonialisme en est une autre, cela dépendra pour partie de l'interprétation qui en est faite, sur laquelle nous reviendrons en infra § 340 et s.

revirement fondamental sur le plan politique et symbolique, mais avec des conséquences bien entendu juridiques, car ce sont ces dispositions qui permettent de renouveler la nature des relations normatives avec les autochtones.

- 153 Les autochtones ont ainsi été reconnus par la structure étatique préexistante, leurs revendications ont été partiellement incorporées, dans la Constitution notamment. Ce faisant, certaines dispositions constitutionnelles de 1982 ouvrent la voie à des arguments juridiques susceptibles de faire avancer leur cause, mais on peut se demander s'il ne s'agit pas que d'une reconnaissance formelle de la part de l'État canadien qui « donne » « reconnaît » « admet » l'existence de cette normativité à demi-mot en termes de droits ancestraux²⁰⁰.
- 154 Cela pose un problème concret pour les autochtones, dans la mesure où cela suppose que, du point de vue de l'argumentation juridique ce sont souvent les autochtones qui vont devoir s'intégrer dans le système juridique étatique afin de faire avancer leurs revendications. Le droit constitutionnel, et les droits qu'il reconnaît, même les droits collectifs, seraient ainsi totalement exogènes aux cultures autochtones et donc, selon certains, inaptes à régler les questions juridiques auxquelles font face les autochtones²⁰¹.
- 155 Le débat ayant eu lieu lors des négociations constitutionnelles²⁰² sur le caractère inhérent de l'autonomie gouvernementale n'est dès lors pas anodin et est très chargé symboliquement. Il s'agissait finalement de redéfinir le plurijuridisme c'est-à-dire de faire accepter par la majorité canadienne que le pouvoir normatif des autochtones ne se fonde pas sur un acte de volonté étatique de leur octroyer ce pouvoir, mais découle d'une capacité originaire pour les autochtones de se gouverner qui n'avait jamais cessé d'exister malgré la colonisation et l'ordre constitutionnel canadien. La reconnaissance constitutionnelle du caractère inhérent revenait pour les autochtones à inclure leur vision du plurijuridisme dans la Constitution canadienne et finalement y introduire une forme de pluralisme.

²⁰⁰ P. MONTURE-ANGUS, *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, 175 p., p. 47.

²⁰¹ Voir par exemple : M. E. A.-K. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter. Interpretative Monopolies, Cultural Differences », *A.C.D.P.*, vol. 6, 1989, pp. 3-45, spéc. pp. 117, 122, 129.

²⁰² Depuis 1983, plusieurs conférences constitutionnelles ont eu lieu, mais qui n'ont pas abouti à une modification constitutionnelle. L'enjeu principal des discussions était le droit à l'autonomie gouvernementale, sa nature et ses modalités d'exercice. Un des points qui posait problème dans les conférences constitutionnelles de 1984 à 1987 était la source du droit des autochtones à l'autonomie gouvernementale.

156 Si le caractère préexistant ou extraétatique des droits ancestraux est induit par les termes du constituant qui « reconnaît » et « confirme » les droits des peuples autochtones, il demeure que la mention expresse du droit ancestral à l'autonomie gouvernementale n'est pas dans la Constitution en raison des échecs des propositions d'amendement constitutionnel²⁰³. Pour autant, la grande majorité de la doctrine estime que ce droit est implicitement reconnu²⁰⁴. C'est en particulier la position de la Commission royale sur les peuples autochtones, dans son étude de 1993 intitulée « Partenaires au sein de la Confédération »²⁰⁵, la Commission explique en quoi la « Couronne canadienne est plutôt le symbole de l'association des diverses entités politiques qui forment la Confédération, les peuples autochtones compris »²⁰⁶. Dans son rapport final de 1996, la Commission a précisé les modalités de la mise œuvre de l'autonomie gouvernementale²⁰⁷. La Commission propose une forme de fédéralisation des rapports entre le Canada et les peuples autochtones : les gouvernements autochtones constituant, dans le cadre étatique de la fédération canadienne, un troisième ordre de gouvernement. Ce faisant, la Commission élargit le cadre étatique de la fédération et de la Couronne canadiennes de manière à y incorporer les

²⁰³ L'Accord de Charlottetown reconnaissant le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale. Le peuple canadien rejeta par référendum l'accord de Charlottetown. Sur ce que prévoyait précisément l'accord de Charlottetown et la manière de le mettre en œuvre, en dépit de son rejet voir : P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256.

²⁰⁴ J. BORROWS, « Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 38, 2005, pp. 285-314. K. MCNEIL, « Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale : Nouvelles orientations de la recherche en droit », en ligne: *Rapport de recherche préparé pour le Centre de la gouvernance des Premières Nations*, 2004, <http://www.fngovernance.org/pdf/KentMcNeil_DroitInherent_FR.pdf>. P. W. HUTCHINS, C. HILLING et D. SCHULZE, « The Aboriginal Right to Self-Government and the Canadian Constitution: The Ghost in the Machine », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 29, 1995, pp. 251-302.

²⁰⁵ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993, 68 p.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 30.

²⁰⁷ « Selon le modèle organique, les peuples autochtones constituent l'un des trois ordres de gouvernement du Canada au même titre que les gouvernements fédéraux et provinciaux. Ces trois ordres de gouvernement exercent leur compétence à l'intérieur de sphères distinctes qui se chevauchent néanmoins. La sphère de compétence autochtone comprend toutes les questions touchant le bon gouvernement et le bien-être des peuples autochtones et leurs territoires. Comme nous l'avons vu précédemment, cette sphère comprend un centre et des confins. Dans les domaines centraux, un peuple autochtone peut exercer librement son droit inhérent à l'autonomie gouvernementale de sa propre initiative, sans devoir conclure d'ententes avec les gouvernements fédéraux et provinciaux, même s'il était éminemment souhaitable qu'il négocie de telles ententes pour maintenir de bons rapports avec eux et prévenir d'éventuels litiges. Cependant, aux confins, le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale ne peut être exercé qu'après la conclusion d'ententes avec les gouvernements fédéraux et provinciaux. » CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p. Chapitre 3 - La fonction gouvernementale

gouvernements autochtones. Cette approche postule ainsi la légitimité et l'unicité de l'ordre constitutionnel et politique canadien, ce qui est critiquable dans une certaine mesure²⁰⁸.

157 Finalement les instruments de nature étatique qui organisent le plurijuridisme canadoautochtone sont par essence ambigus puisqu'ils sont extérieurs aux cultures juridiques et aux droits endogènes autochtones, mais qu'ils laissent une place à l'autonomie normative des autochtones.

III. Retour aux sources de l'Union européenne : la construction de traités en traités d'une entité juridique supranationale

158 Si l'on tient compte des instruments normatifs qui ont été élaborés au cours des quelque cinquante dernières années, la construction européenne est plus récente que les plurijuridismes canadiens précédemment étudiés. En effet bien que l'idée d'Europe soit très ancienne²⁰⁹, celle d'un projet européen, c'est-à-dire d'unir les différents États du continent au sein d'une structure juridique commune l'est moins²¹⁰. La véritable construction européenne débute au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, dans une Europe désormais désireuse de prospérité économique, de paix, et de ne plus jamais connaître les ravages du totalitarisme. Les « États-Unis d'Europe » évoqués par Churchill en 1946 connaîtront d'abord une phase de simple coopération des États au sein d'organisations ayant pour objectifs respectifs ces différentes aspirations. Ainsi, du plan Marshall naîtront l'OCDE et une coopération économique transatlantique salubre pour la reconstruction. Puis des organisations à vocation militaire apparaissent comme l'Organisation du traité de l'Atlantique nord ou la Communauté européenne de défense (la CED) qui fut un échec. Enfin, le Conseil de l'Europe naît en 1949 avec des compétences très larges, mais dont la mission principale est le respect des droits et libertés fondamentales. Des dizaines de conventions internationales seront ainsi conclues dans ce cadre, dont la plus importante est sans nul doute la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* du 4 novembre 1950.

²⁰⁸ Voir M. PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones » dans A. G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain - fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 461-486, p. 468.

²⁰⁹ On peut ainsi faire remonter à l'Antiquité, l'idée d'une appartenance commune des Européens à une même entité, que cela soit par l'humanisme de la Grèce antique, la conquête romaine ou encore le christianisme. Puis c'est au Moyen-âge que se forgera plus précisément « la véritable conscience européenne ». Les universités seront une expression de cette culture commune malgré les grandes divisions politiques d'alors. Voir S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, 781 p., p. 11 et s.

²¹⁰ Les premiers projets pour une Europe fédérale datent des années qui suivirent la Première Guerre mondiale. Voir F. D. QUADROS, *Droit de l'Union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 571 p., p. 12 et s.

- 159 Le dépassement de la coopération intergouvernementale ou interétatique en Europe viendra du *Plan Schuman*, point de départ d'une intégration européenne pensée comme progressive et supranationale. Robert Schuman s'inspire des travaux de Jean Monnet pour proposer en mai 1950 de placer sous une haute autorité commune l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier, ainsi que celles d'autres pays d'Europe s'ils le souhaitent.
- 160 On pourrait s'étonner d'un apparent manque d'ambition de ce qui fut pourtant « l'acte de naissance de l'Europe communautaire »²¹¹. En réalité, non seulement le charbon et l'acier étaient économiquement, militairement et symboliquement essentiels à l'époque, mais surtout le modèle de la construction européenne est posé : pour consolider la paix en Europe il faut créer des liens économiques, « des solidarités de fait »²¹², qui pourront éventuellement constituer les fondements d'une union politique. L'Europe naîtra d'une construction fonctionnelle, qui passe par une intégration sectorielle (un marché commun du charbon et de l'acier²¹³, plus celui de l'énergie atomique²¹⁴, jusqu'au marché unique et son dépassement), et qui à la différence des organisations de coopérations *internationales* dispose d'institutions dotées de pouvoirs propres *supranationaux*, les États membres ayant renoncé à exercer certaines modalités de l'exercice de leurs pouvoirs souverains²¹⁵.
- 161 L'échec de la CED en 1954 confirme que l'Europe n'était pas prête à une union de type politique et qu'elle passera par une union économique. Le processus est relancé en 1957 par ce qu'on a appelé le *Traité de Rome* créant la Communauté Économique Européenne (la CEE) dont l'objectif est de créer un marché commun, un espace économique unifié entre l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas. Bien plus qu'une union douanière, il s'agit de favoriser la libre circulation non seulement des marchandises, mais aussi des capitaux, des services et des personnes ainsi que de réglementer la concurrence au sein de ce marché commun. Mais au-delà de ces prohibitions, ce que l'on a pu appeler « l'intégration négative », le Traité prévoit la mise en place de politiques communes en matière commerciale, d'agriculture ou

²¹¹ S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 37.

²¹² Discours de Robert Schuman du 9 mai 1950.

²¹³ C'est ce qu'on appellera le traité CECA

²¹⁴ Instituée par le traité EURATOM à Rome le 25 avril 1957, (*Traité instituant la Communauté Européenne de L'Énergie Atomique*, version consolidée : JO, C 327 du 26.10.2012, p. 1–107). La Communauté européenne de l'énergie atomique n'aura pas le succès escompté et est aujourd'hui tombée dans l'oubli.

²¹⁵ Sur les institutions originales de la CECA, qui étaient protégées de la mainmise étatique et disposaient de pouvoirs décisionnels, voir par exemple : C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 2007, 605 p., p. 4 et s.

de transport : c'est-à-dire un volet d'intégration « positive » auquel s'ajoute une politique de coordination entre les États.

162 La construction européenne va ensuite connaître une évolution permanente par la voie des traités. D'une part, après plusieurs vagues successives d'élargissement, c'est-à-dire l'adhésion de nouveaux États membres, elle passera de l'Europe des six à neuf, puis douze, quinze, vingt-cinq et aujourd'hui vingt-huit²¹⁶. D'autre part, les traités ont permis un approfondissement, c'est-à-dire la construction d'une Europe tissant des liens plus étroits entre les États membres par des révisions des traités ou leur refondation globale qui concernent tant le fonctionnement des institutions que le droit matériel ou l'attribution de nouvelles compétences. Les grands jalons de cette histoire conventionnelle communautaire sont bien connus²¹⁷, il s'agit de *l'Acte unique* de 1986 dont l'objectif est d'achever le marché intérieur, puis le *Traité de Maastricht* en 1992²¹⁸ qui crée l'Union européenne, l'Union économique et monétaire (l'euro), de nouvelles politiques communautaires, et qui introduit la citoyenneté européenne. Les Traités d'Amsterdam en 1997 ou de Nice en 2001 ont eu une influence sur l'intégration européenne, en élargissant les compétences communautaires pour le premier et en ajustant la structure institutionnelle pour répondre aux enjeux des élargissements pour le second.

163 Mais c'est sans doute le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* de 2004²¹⁹ qui a fait couler le plus d'encre et qui était une étape essentielle de l'intégration politique européenne. Son échec en raison des rejets populaires lors des référendums français et néerlandais en 2005 implique la fin de la tentative de constitutionnalisation formelle de l'Union européenne. Le *Traité de Lisbonne* du 13 décembre 2007 entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009 ne souscrit pas au terme de constitution, bien qu'il reprenne l'essentiel des avancées substantielles prévues par le *Traité constitutionnel* afin de mieux faire fonctionner l'Union européenne. Désormais, ce sont

²¹⁶ Ainsi en 1973 l'Europe accueille la Grande-Bretagne, le Danemark, l'Irlande, puis en 1981 la Grèce en 1986 le Portugal et l'Espagne, en 1995 la Suède, la Finlande et l'Autriche. En 2004 l'élargissement concerne les Pays de l'Europe centrale et orientale (les PECO) soient l'Estonie, la Hongrie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République Tchèque, la Slovaquie et la Slovénie ainsi que Chypre et Malte. Enfin en 2007, la Roumanie et la Bulgarie rejoignent l'Europe. La Croatie a rejoint l'Union européenne en 2013 et en constitue le vingt-huitième État membre.

²¹⁷ Voir par exemple P. MANIN, *L'Union européenne. Institutions ordre juridique contentieux*, Paris, Pedone, 2005, 575 p., p. 42 et s ; S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 41 et s.

²¹⁸ *Traité de Maastricht (Traité sur l'Union européenne)*, JO, C 191, 29 juillet 1992.

²¹⁹ *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, JO C 310, 16 décembre 2004, (ci-après, le *Traité constitutionnel*).

deux traités qui constituent le droit primaire communautaire : le *Traité sur l'Union européenne* (TUE) et le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (TFUE)²²⁰.

- 164 La crise financière et budgétaire qui secoue le monde et l'Europe en particulier depuis quelque temps, a poussé à introduire en 2012, pour les États membres dont la monnaie est l'euro, un Pacte budgétaire européen complétant le pacte de stabilité et de croissance²²¹.
- 165 Cette histoire très sommaire de la construction communautaire démontre à quel point les traités y ont tenu une place prépondérante. Il n'est pas nécessaire ici de s'appesantir sur tous les méandres empruntés par le droit communautaire primaire, celui des traités, pour se développer. En effet, les voies empruntées ont pu être d'une extrême complexité juridique, quand on pense à la superposition des différentes Communautés à côté de l'Union européenne, ou encore à la structure en piliers²²², sans compter l'évolution de la « nébuleuse institutionnelle »²²³. Il est en revanche intéressant de noter que ces instruments juridiques ont permis d'aboutir à un espace plurijuridique très singulier puisqu'ils sont à la fois responsables de cette intégration communautaire tout en restant des instruments étatiques. Ils constituent à cet égard des outils du plurijuridisme, puisqu'ils ont créé et confirmé²²⁴ pas à pas un ordre juridique européen autonome

²²⁰ Les versions consolidées du *Traité sur l'Union européenne* et du *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, JO C 83 du 30 mars 2010, et sont disponibles : <http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>. Cela étant, notons que le *Traité Euratom* existe toujours en sus, et surtout qu'il existe un grand nombre de protocoles et de déclarations.

²²¹ Le *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire* (le TSCG) a été signé le 2 mars 2012, et concerne 25 États membres de l'Union. L'article premier du Traité en établit l'objet qui est de « renforcer le pilier économique de l'Union économique et monétaire en adoptant un ensemble de règles destinées à favoriser la discipline budgétaire au moyen d'un pacte budgétaire, à renforcer la coordination de leurs politiques économiques et à améliorer la gouvernance de la zone euro, en soutenant ainsi la réalisation des objectifs de l'Union européenne en matière de croissance durable, d'emploi, de compétitivité et de cohésion sociale ».

²²² Le *Traité de Lisbonne* ayant simplifié la tâche en incluant au sein d'une seule entité juridique l'Union européenne les anciennes communautés et en ayant supprimé la structure en piliers qui avait été introduite en 1992 dans Maastricht, nous ne reviendrons donc pas sur ces points. C'est ce qui explique que le *Traité de Lisbonne* ait pu être qualifié de « traité simplifié » malgré les quelque 320 pages de texte. Pour une explication de la construction d'un ordre juridique de l'Union européenne qui était au départ composite et qui est devenu plus « homogène » avec le *Traité de Lisbonne* (et la disparition par absorption l'ordre juridique communautaire) voir : J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 189, 2011.

²²³ Expression employée dans C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, préc., p. 177.

²²⁴ Nous n'oublions pas le rôle déterminant de la Cour de justice dans cette action (voir infra § 389 et s.), les traités ont ainsi souvent confirmé des principes déterminants sur l'ordre juridique communautaire posés par la Cour.

vis-à-vis des États (2) tout en restant dépendants de ces derniers qui disposent en dernier lieu de ce pouvoir fondateur²²⁵ (1).

A. *Les États membres : maîtres des traités*²²⁶ ?

- 166 La nature juridique des traités communautaires, ce qu'on appelle le droit primaire ou originaire ne fait, d'un point de vue formel, aucun doute : il s'agit de traités internationaux et soumis en tant que tels à la *Convention de Vienne sur le droit des traités* de 1969. Cette appartenance à la catégorie du droit international n'est pas du tout étonnante si l'on remonte aux premiers traités qui étaient indubitablement interétatiques²²⁷. Ce sont en effet des conventions multilatérales conclues par des États souverains en vue de créer une organisation internationale. Certes, cette organisation internationale possède des caractéristiques très singulières, qui dès le départ la distinguent des autres organisations²²⁸, mais ces caractéristiques sont relatives au contenu des traités et à leurs objectifs et aucunement au mode d'élaboration ou d'adoption des traités.
- 167 La nature purement interétatique des traités communautaires a eu ensuite tendance à s'affaiblir. On l'observe d'abord dans le processus d'élaboration de la *Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne*²²⁹, puis du *Traité constitutionnel*, mais aussi dans la terminologie constitutionnelle dont le point d'orgue fut bien entendu le traité non entré en vigueur « établissant une Constitution pour l'Europe ».
- 168 Ce *Traité constitutionnel* de 2004 est celui qui est allé le plus loin dans la voie d'une constitutionnalisation formelle de la construction européenne, même s'il débouchait au final sur la ratification d'un traité. Le traité avait pour objectifs de répondre aux différents défis posés par la *Déclaration de Laeken* de 2001, dont celui de l'adoption d'un « texte constitutionnel »²³⁰. Ce traité constituait en effet un document unique organisant les différents pouvoirs et protégeant les droits et libertés et en remplaçant les traités existants il procédait à une refondation globale du

²²⁵ Voir sur ce sujet : G. MARTI, *Le pouvoir constituant européen*, thèse de doctorat en droit, Université de Nancy, 2008, 800 p.

²²⁶ Expression que l'on doit à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, voir par exemple Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, BVverfGE vol. 89, p.155, « *Traité de Maastricht* ».

²²⁷ Voir G. MARTI, thèse en droit, p. 135 et s.

²²⁸ Voir.

²²⁹ Nous y reviendrons en infra § 810 et s.

²³⁰ Le Conseil européen a adopté cette déclaration le 15 décembre 2001 dans laquelle figuraient les autres enjeux déterminants de la construction européenne tels que la répartition des compétences, la démocratie, la transparence et l'efficacité dans l'Union. Il demandait que la prochaine conférence intergouvernementale s'appuie sur la préparation d'une Convention chargée d'examiner ces grandes questions, dans la perspective de l'adoption d'un « texte constitutionnel ».

droit primaire communautaire et une simplification. La nature hybride de cet instrument juridique, un traité établissant une Constitution ou un *Traité constitutionnel*, a beaucoup préoccupé la littérature savante. On a pu ainsi se demander s'il s'agissait d'un monstre ou bien d'une réalité juridique²³¹. En fait, la question du rattachement de la notion de Constitution à celle de l'État était au cœur des questionnements. Or, il semble que cette apparente contradiction terminologique inhérente à la nature mi — internationale mi — nationale d'un tel instrument n'était en fait que le reflet de la nature hybride de l'entité juridique dont il entendait régir le fonctionnement. De plus, certains ont répondu à cette objection, en démontrant que la Constitution n'était pas consubstantielle de l'État, mais est une notion et un instrument juridique ayant vocation à organiser et limiter un pouvoir politique et normatif²³², et qu'il est possible de concevoir une « Constitution postnationale »²³³. Un autre aspect sur lequel s'est attardée la littérature scientifique, en science politique notamment, est la question de savoir s'il était possible d'envisager une Constitution européenne ou un pouvoir constituant européen²³⁴ en l'absence d'un véritable peuple européen, un « démos européen »²³⁵. Cette critique dépasse en réalité le simple cadre de la constitutionnalisation de l'Union européenne et reste un des plus grands défis pour l'avenir de l'Europe. En effet, la légitimité démocratique de la construction européenne a pu être qualifiée par la doctrine de déficitaire ou à tout le moins de singulière²³⁶.

²³¹ Sur la question des monstres juridiques notamment dans l'Union européenne voir M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs (les forces imaginantes du droit III)*, Paris Seuil, 2007, La couleur des idées, 300 p., p. 99 et s. L'expression de « monstre juridique » est à l'origine de Dominique ROUSSEAU notamment dans « Les constitutions possibles pour l'Europe », *Cités*, 2003, n° 13, p. 14. Parmi une doctrine abondante sur cette question voir par exemple : B. MATHIEU, M. VERPEAUX et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, dir., *Constitution et construction européenne*, Paris, Dalloz, 2006, 238 p.

²³² D. ROUSSEAU, « Pour une Constitution européenne », *Débat*, vol. 108, 2000, p. 66 ; A. VON BOGDANDY et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, 2nd revised edition éd. München, Germany CH Beck, 2010, 806 p.

²³³ I. PERNICE, « The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 15, 2009, pp. 349-408, spéc. p. 365. Voir aussi sur cette question D. SCHIEK, *Economic and Social Integration. The Challenge for EU Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, 352 p., p. 53 et s.

²³⁴ C'est en ce sens que Gaëlle Marti qualifie le pouvoir constituant européen d'incomplet, puisque le titulaire du pouvoir fondateur, le peuple européen, ne saurait être considéré comme présent à part entière même s'il n'est pas totalement écarté. G. MARTI, thèse en droit. Voir aussi sur le processus conventionnel L. AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, pp. 859-877 ; R. DEHOUSSE, dir., *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, 289 p ; O. BEAUD, et al., dir., *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 856 p.

²³⁵ Voir par exemple : T. SCHMITZ, « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP*, n° 6, 2003, pp. 1709-1742,

²³⁶ Sur ce vaste sujet voir par exemple : E. O. ERIKSEN, C. JOERGES et F. RÖDT, dir., *Law and Democracy in the Post-National Union*, Oslo, ARENA Centre for European Studies University of Oslo, 2006, 454 p. en particulier le chapitre 17 écrit par les directeurs de l'ouvrage "Rescuing Democracy in Europe", p. 411-431. Voir aussi J. H.

- 169 En dehors du terme de Constitution qui démontre un détachement avec l'ordre juridique international, le processus d'élaboration de ce *Traité constitutionnel* a pu être rapproché d'une méthode conventionnelle proche des assemblées constituantes que peut connaître le droit interne. Cette Convention européenne présidée par M. Valéry Giscard d'Estaing remplaçait les organes habituels intergouvernementaux de préparation des révisions de traité. En quête de légitimité, la méthode conventionnelle se voulait, en théorie du moins, plus ouverte (sur la société civile notamment) plus démocratique et délibérative, grâce aux principes de transparence et de consensus, que la méthode diplomatique²³⁷. En réalité, ce processus d'élaboration relevait, encore une fois, de la mixité des méthodes constituante et démocratique avec la diplomatie²³⁸. En tout état de cause, la forme du texte final restait un traité, soumis en tant que tel à un processus de ratification étatique, qui par leur échec en France et aux Pays-Bas, ont conduit à son enterrement.
- 170 Le *Traité de Lisbonne*, fruit de cet insuccès, a gardé l'ambiguïté de cet instrument normatif qu'est le traité, qui reste formellement du droit international, mais dont certaines caractéristiques sont à rapprocher du droit constitutionnel même si tous les éléments d'ordre symbolique ou terminologique ayant une connotation constitutionnelle ont été effacés.
- 171 On remarquera au préalable que tant du point de vue de la forme du traité que de son élaboration, Lisbonne marque le « retour des États » et de l'intergouvernementalisme²³⁹.
- 172 Pourtant, si l'on s'intéresse aux processus de révision des traités contenus dans Lisbonne, on y trouve la marque d'une certaine rigidité, qui n'est pas sans rappeler le critère normativiste de la Constitution formelle, cumulée avec une empreinte étatique forte.
- 173 Pour résumer il est prévu deux catégories de révision, une révision ordinaire qui s'attache aux aspects les plus importants de la construction européenne d'une part, et d'autre part des modalités de révision allégées qui ne peuvent concerner que des aspects plus secondaires dans le but de

WEILER, « Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg » dans K. NICOLAIDIS et R. HOWSE, dir., *The federal vision: Legitimacy and levels of governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001, p. 54; S. REGOURD, « Europe et démocratie : de la croyance et des réalités normatives » dans S. POILLOT-PERUZZETO, dir., *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Paris, Dalloz, 2008, p. 165 et s.

²³⁷ G. MARTI, thèse en droit, p. 532 et s.

²³⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE*, 2005, pp. 663-690, spéc. p. 667.

²³⁹ A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *JCP G*, vol. 9, I, 122, 2008.

mieux faire fonctionner l'Union. Par exemple, la procédure de révision dite simplifiée ne peut en aucun cas « accroître les compétences attribuées à l'Union dans les traités »²⁴⁰.

- 174 Le premier type de révision est bien entendu plus rigide que le second, et s'apparente encore à un mode de révision qui formellement relève du droit international et nécessite ainsi la ratification de chacun des États. Toutefois, les institutions européennes prennent une part non négligeable au stade de l'initiative et de l'élaboration²⁴¹, ce qui est original en droit international. Cette révision ordinaire peut être faite soit par la voie de la Convention, soit celle de la Conférence intergouvernementale, la première est privilégiée pour les révisions les plus substantielles. Notons qu'il est précisé par le traité que « ces projets peuvent, entre autres, tendre à accroître ou à réduire les compétences attribuées à l'Union dans les traités », ce qui n'est pas banal puisque le traité envisage pour la première fois un « recul » dans la construction communautaire, alors que les précédents insistaient sur le maintien et du renforcement de l'acquis communautaire²⁴². La Convention est composée de représentants des parlements nationaux, des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, du Parlement européen et de la Commission, c'est donc une consécration de la pratique qui avait été utilisée pour la *Charte* et le *Traité constitutionnel*.
- 175 Le second type de révisions dites spécifiques, qui recouvrent en réalité des procédures distinctes²⁴³, permet d'alléger le processus de révision, soit en éludant la phase diplomatique soit celle de la ratification formelle par les États, dans des matières déterminées. Dans tous les cas, on accroît la participation des institutions communautaires et l'on se rapproche d'un processus de révision constitutionnelle plutôt que de droit international.
- 176 Mais on peut affirmer que les États restent les « maîtres des traités », soit parce qu'une phase postérieure de ratification, selon leurs règles constitutionnelles respectives, est nécessaire, soit parce les parlements nationaux disposent d'un droit de veto ou que le Conseil européen statue à l'unanimité²⁴⁴. Il n'y a donc aucun dessaisissement des États membres qui restent toujours en mesure de protéger leurs intérêts en ayant le dernier mot quant au contenu des traités.

²⁴⁰ Article 48 § 6 du TUE.

²⁴¹ Voir article 48 TUE.

²⁴² C'est en ce sens que Lisbonne constitue un affermissement du statut de l'État membre dans l'Union : A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », préc., § 26

²⁴³ Pour une explication plus complète de ces modalités, voir par exemple : O. DUBOS, « L'après-Lisbonne. Les moyens du changement : à la recherche des temps futurs », *Revue Europe*, vol. 7, 2008, p. 65.

²⁴⁴ *Ibid.*

- 177 L'Union européenne est ce faisant une émanation des États dont ils entendent rester les maîtres. Et au cas où, leur « créature » leur échapperait, il leur est possible de s'en défaire grâce à une possibilité de retrait désormais prévu à l'article 50 TUE. Mettant fin à une controverse juridique sur le retrait unilatéral d'un État membre²⁴⁵, le traité prévoit qu'en cas de notification d'une telle volonté au Conseil européen, ce dernier entame des négociations en vue de conclure un accord international entre l'État et l'Union²⁴⁶, en l'absence d'accord il pourra se retirer au bout de deux ans.
- 178 Une dernière grande caractéristique du traité, tel qu'il est défini en droit international, est qu'il est « l'expression de volontés concordantes ». Le traité caractérise bien une « union d'États issue d'un processus de regroupement volontaire et ayant pour objet de créer une collectivité »²⁴⁷, ce qui n'est pas le cas du Canada. Autrement dit, l'utilisation du traité comme un instrument fondamental dans la construction du plurijuridisme européen démontre le caractère consenti de cette association, qui se bâtit par une adhésion libre et renouvelée à chacun des traités par les États membres.
- 179 D'ailleurs, le seul glissement terminologique qui nous conduit à désormais adjoindre systématiquement à l'État le qualificatif de « membre », plutôt que celui de Nation par exemple, révèle son appartenance consubstantielle, intrinsèque, à une autre entité, l'Union européenne²⁴⁸. Cette construction européenne atteste en effet le dépassement d'une conception sociétaire du droit international à la faveur d'une vision communautaire, cette appartenance de l'espace normatif étatique à une collectivité, elle-même créatrice autonome de normes, est la marque d'un plurijuridisme particulier qu'on a pu qualifier d'intégré.

B. Les traités, des instruments constitutifs d'un ordre juridique européen intégré dans celui des États

- 180 L'intégration communautaire désigne sommairement le façonnement progressif d'un ordre juridique autonome du droit international et de ceux des États membres et qui a un caractère

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Cet accord est conclu par le Conseil à la majorité qualifiée après approbation du Parlement européen et prévoit les modalités de retrait ainsi que les nouvelles relations qu'entreprendront l'Union et l'État.

²⁴⁷ P. MANIN, *L'Union européenne. Institutions ordre juridique contentieux.*, préc., p. 17.

²⁴⁸ Sur la notion d'État membre voir par exemple : B. NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, Paris, Dalloz, 2007, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 675 p., p. 14 et s. ; F. CHALTIEL, « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », *Colloque de la C.E.D.E.C.E. à l'Université de Poitiers*, Paris, La Documentation française, 2002, Vol. 1, p. 163-178,

englobant par rapport aux ordres juridiques des États membres dans lesquels il produit des effets juridiques. L'idée d'intégration, dont Pierre Pescatore démontra tout l'intérêt et les conséquences²⁴⁹, a été très abondamment reprise par la doctrine comme une des caractéristiques et une originalité de l'ordre juridique communautaire. On a surtout évoqué le « processus » d'intégration, marquant ainsi le caractère évolutif, en construction perpétuelle de l'Europe. Par exemple, le juge Koopmans décelait deux aspects complémentaires dans cette évolution du droit communautaire : « le développement progressif d'un système de droit au niveau communautaire, et la pénétration d'éléments de ce système dans l'application du droit par les juridictions des États membres »²⁵⁰.

- 181 La construction européenne se distingue d'abord de l'ordre juridique international en raison des objectifs que les traités ont assignés à cette nouvelle entité. Ainsi, « l'Union européenne et son ordre juridique ont pour objectif primordial de fomentier la création d'intérêts communs entre les États, puis de les valoriser et de les développer »²⁵¹. Il existe donc un objectif de créer une solidarité entre les pays européens en les plaçant sous une autorité commune qui exprime cette communauté, cette collectivité.
- 182 Par conséquent, parmi les institutions communautaires, on retrouve de nouveaux principes de représentativité en dehors de celle des États. En effet, si le Conseil et le Conseil européen sont les organes issus des rapports traditionnels interétatiques²⁵², les autres organes expriment des valeurs et intérêts différents. Ainsi le Parlement européen relève de la représentation populaire, puisque ses membres sont élus au suffrage universel direct depuis 1979 par les citoyens de l'Union²⁵³. La

²⁴⁹ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège : Presses universitaires de Liège, 1975, 316 p. et P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration : Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005 (réimpression de l'ouvrage de 1972), 100 p.

²⁵⁰ T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle – victime de son succès ? », *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, : Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 347-357.

²⁵¹ F. D. QUADROS, *Droit de l'Union européenne*, préc., p. 63.

²⁵² Le conseil européen est composé « des chefs d'État ou de gouvernements des États membres ainsi que de son président et du président de la Commission » (article 15 TUE), tandis que le Conseil est composé d'un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le gouvernement de l'État qu'il représente et exercer le droit de vote » (article 16 TUE). Sur ces questions voir par exemple : D. LASSALE et N. LEVRAT, « Un Triangle à quatre côtés : L'équilibre institutionnel et le Conseil européen », *Journal of European Integration*, vol. 26, 2004, pp. 431-450.

²⁵³ Sur la question démocratique dans la construction européenne et son « déficit démocratique » voir notamment : C. REICH, « Qu'est-ce que ... le déficit démocratique ? », *RMCUE*, 1991, p.14 et s ; S. REGOURD, « Europe et démocratie : de la croyance et des réalités normatives », préc.

Commission est l'institution la plus topique puisqu'elle représente l'intérêt commun²⁵⁴ et agit en toute indépendance des États membres²⁵⁵.

- 183 L'Union européenne connaît une séparation des pouvoirs qui ne correspond à aucun schéma classique. L'« équilibre institutionnel »²⁵⁶ européen consiste ensuite à une répartition *sui generis* des fonctions législatives, gouvernementale, d'administration et de conduites des relations extérieures entre ces quatre organes, qui ne disposent donc pas tous d'une autonomie organique vis-à-vis des États²⁵⁷. Cela étant, on peut toutefois estimer que globalement ce pouvoir est autonome, car il est distinct du pouvoir des États membres de manière à être exclusivement au service de la finalité commune²⁵⁸.
- 184 Notons d'ailleurs que l'entité juridique créée par les traités, la Communauté et aujourd'hui l'Union européenne qui s'y est substituée détient une personnalité juridique²⁵⁹ propre et distincte des États membres, ce qui lui permet d'agir formellement de manière autonome.
- 185 Mais surtout, cette collectivité européenne est qualifiée de supranationale afin d'indiquer un dépassement des souverainetés nationales qui ont partiellement fusionné²⁶⁰, alors que le droit international constitue la pleine expression de la souveraineté étatique. L'idée d'intégration diffère donc de la simple coopération internationale, car il y a une allocation distributive des

²⁵⁴ « La Commission promeut l'intérêt général de l'Union et prend les initiatives appropriées à cette fin » : article 17 du TUE.

²⁵⁵ Son Président est élu par le Parlement européen sur proposition du Conseil européen, les autres membres sont désignés par le Conseil et le président de la Commission puis font l'objet en tant qu'organe collégial d'un vote collectif du Parlement européen, suivi d'une nomination formelle par le Conseil européen.

²⁵⁶ Cette expression est utilisée par la Cour de justice, d'abord sous le terme « d'équilibre des pouvoirs, caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté » : CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 9 et 10/56, *Rec.* p. 11 et 43, spéc. p. 82. Puis sous cette formulation dans CJCE, 17 décembre 1970 *Köster*, aff. 25/70, *Rec.* p. 116 CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contre Köster et Berodt & Co*, aff. 25/70, *Rec.*, p. 1161, voir aussi CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes*, aff. 138/79, *Rec.* 1980, p. 3333, § 33. Sur cette dernière décision voir par exemple : H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1006 p., p. 148 et s.

²⁵⁷ On peut toutefois rattacher cette absence d'autonomie organique en ce qui concerne le Conseil et le Conseil européen au principe de participation dégagé par Georges Scelle. Il y est même très appuyé en raison de la place déterminante de ces organes interétatiques. Et ce d'autant plus quand le processus d'adoption est l'unanimité, ce qui était le cas au début de la construction européenne.

²⁵⁸ Selon Pierre Pescatore. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, préc., p. 50 et s.

²⁵⁹ Article 47 TUE.

²⁶⁰ Voir Schuman 25 juillet 1950 devant l'Assemblée nationale.

compétences et donc un certain réaménagement de la souveraineté, qui est exercée en commun²⁶¹.

186 En effet, un des éléments les plus déterminants dans les traités communautaires est qu'ils organisent une répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres²⁶², même si à la différence des États fédéraux, comme le Canada, où on pense en termes de partages matériels des compétences et des pouvoirs, le droit communautaire procède par des partages de caractère fonctionnel²⁶³.

187 La délimitation des sphères de pouvoirs entre l'Union et des États est régie par le principe d'attribution des pouvoirs²⁶⁴, autrement dit l'Union ne peut exercer une compétence que si elle est expressément reconnue par les traités, c'est-à-dire qu'en cas de doute ou de silence du droit primaire, l'Union n'a pas le pouvoir d'agir. Ce principe est d'autant plus logique lorsqu'on pense aux origines « internationalistes » de l'Union européenne, puisque le droit des organisations internationales connaît un principe de spécialité qui pose que seules les compétences que les États ont bien voulu transférer à l'organisation qu'ils ont créée pourront être exercées par elles. Le principe de spécialité découle de la souveraineté des États qui implique que les limites qui lui sont apportées ne se présument pas et doivent être interprétées strictement.

188 Sous cette apparente simplicité, classique en droit international ou dans le droit constitutionnel d'un État fédéral²⁶⁵, ce qui pour une fois concilie tant les tenants de la thèse de la nature internationale que la nature interne des Communautés²⁶⁶, se cache en réalité une complexité propre à la construction européenne.

²⁶¹ Sur la relation conceptuelle entre compétences et souveraineté voir : V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011, § 17 à 54.

²⁶² Pour une analyse récente de ces questions voir : L. AZOULAI, dir., *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 320 p.

²⁶³ Voir par exemple sur la nature des compétences communautaires : D. HANF et T. BAUME, « Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses États Membres ? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention », *CDE*, vol. 1-3, 2003, pp. 135-156.

²⁶⁴ Article 5 p. 2 TUE « En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. » Le principe de la compétence d'attribution est formulé dès l'origine dans l'article 7 du *Traité de Rome*.

²⁶⁵ Le principe d'attribution se retrouve également dans nombre d'États fédéraux, dans la plupart des cas les États fédérés conservent la compétence de principe et la compétence d'attribution appartient à l'État fédéral. Voir infra § 294 et s. sur la comparaison spécifique avec le Canada.

²⁶⁶ Claude Blumann et Louis Dubouis déclarent à cet égard que le principe d'attribution a une « valeur œcuménique » : C. BLUMANN et L. DUBOUI, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, préc., p. 314.

- 189 En effet, à première vue le principe d'attribution signifie donc que l'Union ne jouit que des compétences mentionnées dans la norme de référence, les traités, et les États membres ont une compétence de droit commun, qui découle de leur souveraineté originale qui les caractérise comme ayant la compétence de leur compétence. Or les fondements textuels dans les traités introduisent la dimension d'objectifs à atteindre. Ces objectifs seraient le reflet du principe de spécialité qui signifie « que les compétences attribuées sont celles permettant la réalisation des objectifs et missions imparties à la Communauté »²⁶⁷. Ce faisant, le caractère fonctionnel de l'attribution des compétences permettra en réalité une extension de ces dernières²⁶⁸.
- 190 D'ailleurs, ce principe d'attribution connaît certaines exceptions ou des correctifs prévus par les traités : c'est le cas de la clause de flexibilité²⁶⁹ prévu par l'article 352 (ancien article 308). Cette clause aussi qualifiée de clause de révision rampante permet au Conseil, statuant à l'unanimité, d'étendre les compétences européennes, si les objectifs du Traité l'exigent²⁷⁰. Cette clause a pourtant été modifiée par le *Traité de Lisbonne* même si son principe demeure puisque son utilisation doit désormais être approuvée par le Parlement européen et que les parlements nationaux doivent en être informés et pourront éventuellement s'y opposer. En revanche, l'action envisagée a été élargie à l'ensemble « des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités » alors que l'ancienne version s'inscrivait dans le cadre « du fonctionnement du marché commun » seulement. De surcroît, toute harmonisation législative et réglementaire est rejetée si les traités l'excluent, de même que tout le domaine de la politique étrangère et de sécurité.
- 191 D'autre part, les compétences transférées, attribuées²⁷¹ ou mises en commun²⁷² par les États au niveau européen ont été de plus en plus importantes au fil des traités selon la méthode des « petits

²⁶⁷ V. MICHEL, « 2004 : Le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, pp. 17-86, spéc. p. 31.

²⁶⁸ Voir infra § 508 et s. sur le rôle de la Cour de justice à cet égard.

²⁶⁹ Mais aussi de la clause d'harmonisation de l'article 114 (ancien article 95 TCE, et ancien 100 A), voir infra § 523 et s.

²⁷⁰ En pratique cette clause a eu des conséquences non négligeables puisqu'elle a permis de lancer la politique régionale en 1975 alors qu'elle n'était pas expressément prévue par les traités. Voir par exemple V. MICHEL, « Le défi de la répartition des compétences », préc., p. 36 et s.

²⁷¹ En effet les États ont pu décider que des compétences auparavant exercées au niveau national le soient au niveau européen, mais il se peut aussi que les compétences s'exercent sur un terrain vierge sur le plan national : S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 157.

²⁷² La mise en commun de compétences serait ainsi plus pertinente que les concepts de transfert ou d'attribution dans le sens où la notion de compétence commune comprend la création de compétences nouvelles pour le niveau européen et les compétences européennes initialement étatiques. Mais surtout « cette notion de communauté des compétences est la seule qui permette de concevoir le phénomène même de l'intégration, c'est-à-dire qui implique la

pas » que l'on retrouve dès les débuts de la construction communautaire. Ainsi, « par effet d'engrenage, et sans heurter les souverainetés des États, de nouvelles compétences devaient être transférées »²⁷³. Cet engrenage (ou *spill over*) tient en effet aux nouveaux objectifs que l'Union doit atteindre. Par exemple si l'on veut une libre circulation des travailleurs, cela appelle une compétence européenne sur la protection sociale ou sur les diplômes. C'est pourquoi on qualifie les compétences européennes de fonctionnelles, car elle vise à remplir un objectif (favoriser une liberté de circulation généralement). Ainsi Pierre Pescatore expliquait dès 1975 que dans les Communautés « les partages matériels sont sous-tendus en effet par des partages beaucoup plus subtils de caractère fonctionnel »²⁷⁴. Cependant, une telle compétence n'aboutira pas nécessairement à une uniformisation de ces règles à travers l'Europe, mais peut être limitée à une politique d'harmonisation ou de coordination.

- 192 Si l'on analyse par exemple la dernière grande étape de la construction européenne, on peut y lire ce double attachement contradictoire : progresser dans la création de liens toujours plus forts au sein de l'Union tout en rassurant les États sur la préservation de leur noyau dur²⁷⁵.
- 193 De cette manière, d'aucuns ont pu voir en le dernier traité « une véritable exaltation de l'État membre »²⁷⁶, on y trouve en effet une volonté avérée de préserver les compétences des États, tant dans les mécanismes de révisions comme nous l'avons vu, que dans la délimitation plus précise qu'auparavant du partage des compétences. Il est ainsi proclamé que certaines compétences fonctionnelles sont réservées aux États, « notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale »²⁷⁷. Cela démontre une volonté nette des « maîtres des traités » de ne pas se dessaisir de certaines de ces activités que l'on rattache traditionnellement à la souveraineté étatique.

subordination juridique des États membres compatible avec le maintien de leur souveraineté puisqu'ils ne sont pas soumis à une entité externe, étrangère, mais à un système auquel ils participent, auquel, pour reprendre les termes de la Loi fondamentale allemande, ils "concourent" » : M. BLANQUET, « Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation. », *JCl. Europe Traité*, fasc. 170, 2012, § 17. Sur le débat terminologique entre attribution (création) et délégation (transfert) de compétences, et la relativisation de cette distinction voir aussi : V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 47 et s.

²⁷³ F. CHALTIEL, « Le Traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres », *LPA*, vol. 34, 2008, p. 6 et s.

²⁷⁴ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, préc., p. 45.

²⁷⁵ F. CHALTIEL, « Traité de Lisbonne : la répartition des compétences », préc., p. 7.

²⁷⁶ A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », préc., § 6.

²⁷⁷ Article 4 TUE.

194 Pourtant, le *Traité de Lisbonne* attribue de nouvelles compétences au niveau européen qui sont habituellement considérées comme fondamentales pour les États, en particulier en matière pénale et civile. Le *Traité de Lisbonne* donne en effet aux institutions de l'Union certaines compétences en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Par exemple, le pouvoir d'établir par voie de directives des « règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions », dans des « domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes »²⁷⁸, ou quand le rapprochement du droit pénal « s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation »²⁷⁹.

195 L'article 81 prévoit encore que :

« L'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres ».

196 Ces exemples démontrent que la méthode « des petits pas » a fini par attribuer un pouvoir normatif européen extrêmement large quant aux matières touchées et qui dépasse indubitablement l'objectif économique de départ. Ils illustrent aussi que les compétences attribuées au niveau européen ne sont pas seulement circonscrites matériellement, mais aussi parfois quant à son effet sur la diversité juridique européenne. Certaines politiques européennes peuvent ainsi se limiter à une coordination ou d'autres à une harmonisation²⁸⁰.

197 Cette complexité due à « l'embonpoint communautaire » c'est-à-dire l'élargissement progressif de compétences matérielles²⁸¹ et la volonté de les limiter par un résultat déterminé à atteindre a été en partie ordonnée par le *Traité de Lisbonne*. Ce faisant, le *Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne* opère une rationalisation du partage des compétences et comprend pour cela un titre premier relatif à ce dernier. Pour autant, ce titre ne contient pas une répartition des pouvoirs exhaustive entre l'Union et les États, puisqu'il faut se référer aux autres dispositions des

²⁷⁸ C'est-à-dire le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

²⁷⁹ Article 83, par. 2, TFUE.

²⁸⁰ Voir infra § 244 et s.

²⁸¹ Tant sur l'expression que sur la question, voir : V. MICHEL, « Le défi de la répartition des compétences », préc.

traités pour en connaître la portée précise, en effet « l'étendue et les modalités d'exercice des compétences de l'Union sont déterminées par les dispositions des traités relatives à chaque domaine »²⁸². Le prix de cette précision des différents domaines de compétences de l'Union est donc une certaine complexité, puisque les modalités de l'exercice des compétences dépendent du point d'équilibre que l'on a voulu donner à telle ou telle institution dans la prise de décision, et un manque de lisibilité persistant. En outre, le *Traité de Lisbonne* conserve « les clauses transversales d'intégration »²⁸³ c'est-à-dire ces dispositions permettant de dépasser l'approche sectorielle des politiques de l'Union en incorporant des exigences transversales à l'action de l'Union et permettant d'assurer une certaine cohérence, comme celle sur l'environnement qui avait été introduite dès le *Traité de Maastricht*²⁸⁴.

- 198 La première catégorie de compétences sont *les compétences exclusives*, qui lorsqu'elles sont attribuées à l'Union dans un domaine déterminé, permettent à l'Union seule de légiférer et d'adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union. Les domaines de compétences exclusives sont énumérés à l'article 3 du TFUE, il s'agit de l'union douanière, de l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur, de la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro, de la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche et de la politique commerciale commune²⁸⁵.
- 199 En ce qui concerne la seconde catégorie de compétences, *les compétences partagées*²⁸⁶, elles sont attribuées à l'Union dans un domaine déterminé, mais aussi aux États membres qui peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres

²⁸² Article 2 p. 6 TFUE.

²⁸³ Elles se trouvent au titre II, partie I du TFUE. Sur ce sujet, voir : V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 191 et s.

²⁸⁴ Article 11 TFUE « Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union, en particulier afin de promouvoir le développement durable ». Il existe aussi les clauses « égalité homme femme » (TFUE, art. 8), « social et santé » (TFUE, art. 9), « non-discrimination » (TFUE, art. 10), « consommateurs » (TFUE, art. 12), « bien-être des animaux » (TFUE, art. 13), « culture » (TFUE, art. 167-4) et « industrie » (TFUE, art. 173-3).

²⁸⁵ Cette compétence exclusive comprend aussi « la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée ».

²⁸⁶ Sur cette notion et son évolution au sein des traités, jurisprudences et études doctrinales voir L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée. Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *RGDIP*, vol. 2, 2006, pp. 373-390.

exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne²⁸⁷. Les compétences partagées fonctionnent donc selon le principe de préemption ou de substitution de la compétence européenne à la compétence nationale, une substitution qui peut toutefois être inversée par exemple en cas d'abrogation de l'acte de l'Union européenne²⁸⁸. La compétence est réputée partagée lorsque le traité attribue cette compétence à l'Union sans préciser qu'elle est exclusive ou de complément d'appui ou de coordination d'appui²⁸⁹. Il s'agit en effet de la majorité des compétences qui concernent ainsi selon l'article 4 TFUE : le marché intérieur, la politique sociale (pour les aspects définis dans le traité) la cohésion économique, sociale et territoriale, l'agriculture et la pêche (à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer), l'environnement, la protection des consommateurs, les transports, les réseaux transeuropéens, l'énergie, l'espace de liberté, de sécurité et de justice, les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique (pour les aspects définis dans le traité).

200 L'exercice des compétences partagées est en outre encadré par deux principes : celui de la subsidiarité et celui de la proportionnalité. Le principe de subsidiarité apparaît explicitement dans les traités en 1992. Désormais, dans l'exercice des compétences partagées entre les États et l'Union européenne, l'Union n'est habilitée à agir que si les effets et la compétence excèdent la capacité des États, de manière à rapprocher la prise de décisions le plus possible des citoyens²⁹⁰. Si le premier principe encadre l'étendue matérielle de la compétence communautaire, le second est relatif à son intensité normative. Ainsi, le principe de proportionnalité exige que « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités »²⁹¹.

²⁸⁷ Article 2 TFUE.

²⁸⁸ C'est une des nouveautés du *Traité de Lisbonne* qui permet une « régression » ou un frein sur les compétences partagées alors que le principe antérieurement dégagé par la jurisprudence était un principe de substitution irréversible : voir M. BLANQUET, « Compétences de l'Union », préc. Points 71 à 81.

²⁸⁹ Celles de l'article 6 TFUE, voir infra § 203 et s.

²⁹⁰ Article 5 p. 3 TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

²⁹¹ Article 5 p. 4 TUE. Contrairement au principe de subsidiarité, la référence générale à l'action de l'Union indique qu'il s'applique dans l'exercice des compétences partagées, mais aussi des autres compétences.

- 201 Le protocole n° 2 prévoit les conditions de mise en œuvre de ces principes, dont la plus innovante est le mécanisme politique d’alerte des parlements nationaux qui pourront, avant l’adoption d’une proposition législative de la Commission, émettre un avis motivé sur le non-respect de ces principes adressé aux institutions européennes concernées par la procédure législative²⁹². En cas de maintien de la proposition, c’est la Cour de justice qui tranchera sur le respect du principe de subsidiarité.
- 202 Il existe enfin des compétences qui sont attribuées à l’Union, mais pour lesquelles elle dispose d’un pouvoir normatif limité. Elles marquent une volonté d’agir de concert entre l’Union et les États membres et peuvent être considérées comme des compétences partagées, mais dont le pouvoir normatif appartient à titre principal aux États et à titre accessoire, complémentaire, à l’Union qui ne peut alors exercer qu’un pouvoir normatif restreint²⁹³. Ce type de compétences engendre alors un maintien des disparités de législations.
- 203 C’est le cas de la catégorie des *compétences dites de complément d’appui ou de coordination*, dans laquelle la compétence de l’Union coexiste avec celle des États membres. Le traité prévoit ainsi que :
- « Dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l’Union dispose d’une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l’action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines. Les actes juridiquement contraignants de l’Union adoptés sur la base des dispositions des traités relatives à ces domaines ne peuvent pas comporter d’harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres »*²⁹⁴.
- 204 Les domaines de ces actions sont, dans « leur finalité européenne » : la protection et l’amélioration de la santé humaine, l’industrie, la culture, le tourisme, l’éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport, la protection civile, la coopération administrative²⁹⁵.
- 205 Ces compétences d’appui, de complément ou de coordination sont ainsi particulièrement intéressantes dans une perspective plurijuridique puisque le pouvoir attribué au niveau global est

²⁹² La première application de ce mécanisme d’alerte a été faite en mai 2012 à propos de la proposition de règlement du Conseil relatif à l’exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d’établissement et de la libre prestation des services (COM/2012/0130). La liste des parlements nationaux ayant adopté un avis motivé sur le non-respect du principe de subsidiarité est disponible sur le site internet de l’IPEX : <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/document/COM20120130.do?appLng=FR>.

²⁹³ On a pu aussi les qualifier de « compétences conjointes à dominante nationale » : V. MICHEL, « Le défi de la répartition des compétences », préc., p. 63.

²⁹⁴ Article 2, p. 5 TFUE.

²⁹⁵ Article 6 TFUE.

limité matériellement, mais surtout quant au résultat sur la diversité juridique au sein de l'espace plurijuridique. On y interdit ici une uniformisation ou même une harmonisation c'est-à-dire l'exercice d'un pouvoir normatif global qui supplanterait les différentes normes juridiques à travers l'Europe au profit d'une règle unique ou même d'une règle minimale. Le pouvoir normatif européen peut dans ce cas agir par des actions d'encouragement par exemple en matière d'éducation²⁹⁶ ou favoriser de manière coordonnée avec les États une coopération avec les pays tiers et les organisations internationales compétentes²⁹⁷. Il s'agit soit d'une forme de compétence complémentaire de l'Union puisqu'elle s'ajoute à une action nationale existante, soit d'une compétence de coordination dans le sens où les États membres doivent tenir compte dans l'exercice de leur compétence de considérations qui les dépassent, et c'est alors que les institutions communes interviennent comme animatrices de cette coordination.

- 206 La catégorie de compétences de coordination des politiques économiques et de l'emploi des États membres est rappelée dans l'article 2 et par l'article 5, peut aussi relever de cette troisième catégorie, bien qu'elle soit mise à part dans le traité²⁹⁸.
- 207 Enfin les compétences pour la définition et la mise en œuvre de la Politique étrangère et de sécurité commune (PESC) sont énoncées par le TFUE et précisées dans le TUE²⁹⁹. Il s'agit à nouveau d'une compétence européenne limitée : elle se caractérise par un intergouvernementalisme prononcé, avec une prise de décision en principe à l'unanimité, et elle fonctionne à la carte puisque la participation d'un État à une telle coopération avec les autres États membres dans ce domaine est soumise à sa volonté d'y participer³⁰⁰.
- 208 À ce propos, le phénomène de l'Europe à la carte³⁰¹ ou à géométrie variable a été confirmé et amplifié par le *Traité de Lisbonne* par différentes techniques qui vont de l'option de retrait (« *opting-out* »), soit la non-participation d'un État membre à une politique précise (comme celle

²⁹⁶ Article 165 TFUE, p. 1 : « L'Union contribue au développement d'une éducation de qualité en encourageant la coopération entre États membres et, si nécessaire, en appuyant et en complétant leur action tout en respectant pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique ».

²⁹⁷ Article 165 TFUE p. 3.

²⁹⁸ La seule raison qui explique la non-inclusion de ces politiques dans les compétences d'appui, de complément ou de coordination est qu'« il faut plus certainement y voir la volonté de mettre à part ces politiques particulièrement sensibles et délicates pour les États membres » V. MICHEL, « Les compétences : les mots et les choses », *Revue Europe*, vol. 7, 2008, p. 43.

²⁹⁹ Articles 24 à 39 du TUE.

³⁰⁰ Articles 329, p. 2 et 332 p. 2 TFUE.

³⁰¹ Voir A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », préc., p. 32 et s.

de l'union monétaire)³⁰², à des exceptions quant à des points particuliers au droit de l'Union³⁰³, ou encore avec la possibilité des coopérations renforcées³⁰⁴, comme la PESC ou la politique de défense. Cette différenciation asymétrique des régimes juridiques au sein de l'espace européen introduit une flexibilité dans une Europe où les vingt-huit États ne souhaitent pas ou n'ont pas les moyens de réaliser certains objectifs communs au même rythme. Cette souplesse engendre toutefois un morcellement du champ d'application territorial du droit de l'Union dont il demeure incertain s'il a une vocation temporaire ou définitive³⁰⁵.

209 À la lumière de ce qui n'est pourtant qu'un aperçu des compétences communautaires, on comprend à quel point les compétences entre les niveaux européen et national sont enchevêtrées. L'ordre juridique d'intégration rend ainsi compte que le pouvoir normatif européen s'exerce par pénétration dans l'ordre juridique national soit par l'attribution par traité de nouvelles compétences soit en se les appropriant par leur mise en œuvre comme les traités lui en donnent le droit.

210 Finalement d'un point de vue matériel aucun secteur n'est exclu de l'intervention européenne. Car, si le *Traité de Lisbonne* contient des dispositions expresses sur le respect de certaines compétences des États membres, comme le régime de la propriété³⁰⁶ ou sur le contenu de l'enseignement ou du système éducatif³⁰⁷, et malgré le principe d'attribution, il demeure que les compétences nationales retenues n'échappent pas au droit communautaire en raison de l'encadrement de l'exercice des compétences³⁰⁸. De plus, la grande majorité des compétences s'exerçant de manière partagée, la flexibilité que cela engendre se fait sans doute au prix d'une certaine ambiguïté et d'un manque de transparence pour le citoyen.

³⁰² L'option de retrait en matière de politique monétaire a été inaugurée dans le Protocole 14 annexé au *Traité de Maastricht* et repris dans le Protocole 15 annexé au *Traité de Lisbonne* sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à propos de l'Euro et dans le Protocole 21 annexé au *Traité de Lisbonne* sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice.

³⁰³ Par exemple le Danemark a inséré une exception quant à l'application du droit de l'Union sur l'interdiction aux non-nationaux d'acquérir une résidence secondaire dans le protocole sur l'acquisition de biens immobiliers au Danemark annexé au *Traité de Maastricht* (désormais au protocole 32 annexé au *Traité de Lisbonne*).

³⁰⁴ Sur le régime juridique particulier des coopérations renforcées, voir V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 194 et s.

³⁰⁵ En ce sens, voir F. FINES, « Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires ? », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 37-46, spéc. p. 46.

³⁰⁶ Article 345 TFUE. Voir aussi l'article 346 sur la sécurité nationale et les armes.

³⁰⁷ Article 165-1 TFUE. Voir aussi dans le domaine de la santé l'article 168-7 TFUE.

³⁰⁸ Voir infra § 637 et s.

- 211 Les traités communautaires ont donc bien créé un espace normatif autonome, et ont organisé sa coexistence avec celui des États par une répartition des compétences. La caractéristique principale de cette intégration normative est précisément de bâtir des mécanismes d'interdépendance entre les deux types d'espace normatif. Comme le précisait Pierre Pescatore, il s'agit d'une imbrication entre sphères nationales et communautaires, car nous sommes passés de la problématique de la séparation et du conflit entre ordres juridiques à celle de la collaboration et la complémentarité³⁰⁹.
- 212 Quant à savoir si ces traités sont de nature constitutionnelle du point de vue matériel ou fonctionnel, la majorité de la doctrine a répondu favorablement. L'espace normatif communautaire constitue un ordre juridique de nature plus constitutionnelle qu'internationale³¹⁰. Non seulement on situe cette émergence bien avant la tentative avortée de 2005³¹¹, mais elle subsiste en dehors de la formalisation tentée par le *Traité constitutionnel*³¹². Une constitution contient d'un point de vue matériel une répartition interinstitutionnelle des pouvoirs, c'est-à-dire une séparation des pouvoirs horizontale ainsi qu'éventuellement une répartition verticale des pouvoirs, ce qu'en l'espèce les traités ne manquent pas de faire. Elle contient en sus des mécanismes d'organisations du pouvoir politique, des limites à ce pouvoir notamment à l'égard des individus, ce que nous verrons plus tard avec la protection des droits et libertés. On peut aussi

³⁰⁹ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, préc., p. 32.

³¹⁰ P. CRAIG, « Constitutions, Constitutionalism, and the European Union », *ELJ*, vol. 7, 2001, pp. 125-150. *A contrario* : V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc. Sur la controverse doctrinale quant à la spécificité du droit de l'intégration européenne ou au contraire sa « banalité » en droit international général voir : D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *Droit international et droit communautaire. Perspectives actuelles, Colloque SFDI de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp.207-249 et A. PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1994, Vol. V, Book 2, pp.193-271. (Cités dans L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée », préc., p. 3.)

³¹¹ Voir parmi de nombreux exemples (en plus des références citées à propos du *Traité constitutionnel* en supra §168) : J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p. D. ROUSSEAU, « Pour une Constitution européenne », préc ; L. AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », préc ; R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1997, 160 p ; M. LA TORRE, « A Weberian Moment for Europe? Constitutionalism and the Crisis of European Integration », *EPL*, vol. 20, 2014, pp. 421-433. F. RUEDA, « Les enjeux du Traité constitutionnel européen et leur contamination par les débats politiques nationaux », *Osaka University Law Review*, vol. 52, 2005, pp. 1-25.

³¹² Ainsi, « le processus de création d'une "constitution européenne en substance" n'a pas été ralenti. Au contraire, il s'est renforcé et approfondi avec le *Traité de Lisbonne*, même si le formalisme et le symbolisme constitutionnels ont été gommés, le terme de constitution ayant été retiré dans le cadre de l'élaboration d'un traité dit simplifié. » p. 231. K. LENAERTS, « De Rome à Lisbonne, la constitution européenne en marche ? », *CDE*, 2008, pp. 229-253.

dire qu'il existe une constitution matérielle de l'Union européenne³¹³. Mais plus encore, la constitution a pour fonction de fonder un pouvoir normatif. Or nul ne doute aujourd'hui que ce sont bien les traités qui en sont la source même si leur processus d'élaboration reste marqué par le caractère intergouvernemental et qu'ils ont germé dans le droit international. La vraie question est alors de savoir si ce pouvoir normatif européen est supérieur à tous les autres dont il est question dans les traités « institutifs », en particulier ceux des États membres. Car, dans une perspective normativiste, la constitution est la « *Grundnorm* », elle se situe au sommet de la hiérarchie de la norme de l'ensemble normatif sur lequel elle a une assise territoriale. Or c'est précisément sur ce point que les traités sont silencieux³¹⁴, c'est donc à la jurisprudence qu'il reviendra de régler cette question³¹⁵.

- 213 On peut dès lors douter du caractère constitutionnel des traités, mais pas de leur caractère constitutif du plurijuridisme européen. La nature si particulière de cette organisation du pluralisme normatif en Europe se retrouve d'ailleurs dans certains instruments de droit dérivé, c'est-à-dire des actes émanant de cet espace autonome, qui en constituent des sources complémentaires essentielles à la compréhension du plurijuridisme européen.

Section 2. Les sources complémentaires des plurijuridismes

- 214 Les sources principales, à l'origine des plurijuridismes étudiés, ne suffisent pas pour comprendre les relations juridiques complexes qui se jouent entre les différents niveaux de gouvernance. Ainsi, au-delà des textes instaurant le plurijuridisme, il faut particulièrement tenir compte de la pratique des acteurs politiques qui découlent du pacte fédératif canadien (I) ou encore des sources additionnelles au plurijuridisme autochtone de plus en plus essentielle, les traités (II) puis

³¹³ Une autre critique, qui a pu être faite notamment au moment du débat sur le référendum du *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, était de considérer que le texte allait au-delà d'une constitution matérielle, car en plus de l'organisation politique et institutionnelle, les normes économiques libérales se trouvaient constitutionnalisées : S. REGOURD, « Constitution européenne et modèle social européen : analyse juridique d'une imposture politique », *La Pensée : revue du rationalisme moderne (art, science, philosophie)*, vol. 341, 2005, pp. 125-137, spéc. p. 132 et s. Ainsi ce « projet en cause récuse toute neutralité politique et institutionnelle et définit lui-même la nature des politiques qui devront être mises en œuvre sur la base des préceptes les plus explicites de l'économie libérale, ou plus exactement néo-libérale », il constitue « une explicitation constitutionnelle de l'instrumentalisation des superstructures politiques par les exigences du marché », p. 132. Sur la question de cette « constitution économique » voir aussi D. SCHIEK, *Economic and Social Integration. The Challenge for EU Constitutional Law*, préc., p. 81 et s.

³¹⁴ Le *Traité établissant une constitution pour l'Europe* affirmait le principe de primauté, mais cette disposition n'a pas été reprise par Lisbonne.

³¹⁵ Voir infra sur la jurisprudence de la Cour de justice (§ 389 et s.) mais aussi la vision des États membres et de leurs hautes juridictions.

s'intéresser aux spécificités de la diversité juridique des normes édictées par l'Union européenne (III).

I. Les pratiques constitutionnelles du fédéralisme canadien

215 Le régime fédératif ne saurait se réduire à la seule dimension formelle du texte constitutionnel ni même à l'esprit qu'avaient voulu lui insuffler les constituants. Le fédéralisme se vit par les acteurs politiques, qu'ils se croient liés par la règle constitutionnelle (A) ou qu'ils agissent par opportunisme et pragmatisme (B).

A. Les conventions constitutionnelles

216 Certaines des déficiences fédératives³¹⁶ textuelles ont pu en effet être comblées par les sources constitutionnelles non écrites. Les conventions constitutionnelles constituent une source non négligeable du droit constitutionnel canadien. La Cour suprême a reconnu qu'elles forment une « partie intégrante de la Constitution et du régime constitutionnel » au sens que lui donne le mot dans le préambule de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*³¹⁷ qui considère que « les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale (...) avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ».

217 Le parlementarisme s'est donc logiquement implanté au Canada par ce biais, dans la lignée des principes constitutionnels britanniques. Puis, les représentants du monarque tant au niveau fédéral, le Gouverneur général, qu'au niveau provincial, le lieutenant-gouverneur, ont vu leur rôle réduit à la même portion congrue que celui de la Reine au Royaume-Uni. Le lieutenant-gouverneur doit en réalité agir conformément aux avis du conseil des ministres provincial et ne dispose pas d'un droit de veto en matière législative. De la même manière, les pouvoirs de désaveu et de réserve sont tombés en désuétude, la Cour suprême du Canada l'a d'ailleurs majoritairement reconnu³¹⁸.

³¹⁶ Voir sur le concept de déficit fédératif et son application au cas canadien : J.-F. CARON, G. LAFOREST et C. VALLIÈRES-ROLAND, « Le déficit fédératif au Canada » dans A.-G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 147-182.

³¹⁷ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, p. 883.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 802. Voir aussi H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p., p. 416 et s ; P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2012, p., pp. 5-19.

218 Cela-étant, il a pu être démontré que de tels pouvoirs dans les mains du pouvoir fédéral ne constituaient qu'un pouvoir d'empêcher ce qui préservait une autonomie, « une souveraineté collective au niveau provincial »³¹⁹. Que de tels pouvoirs tombent en désuétude très rapidement ait été prévisible pour les constituants (en tant que conséquence logique du principe du gouvernement responsable)³²⁰ ou non, il reste que cette absence de tutelle du pouvoir fédéral sur les provinces a renforcé l'idée que le Canada est une véritable fédération³²¹.

B. La pratique du fédéralisme exécutif ou l'importance des relations intergouvernementales au Canada

219 C'est aussi par la pratique des acteurs institutionnels, en particulier de l'exécutif, que le fédéralisme s'est durablement installé au Canada et a été façonné. Il existe en effet des mécanismes de collaboration à l'initiative des pouvoirs législatifs des différents niveaux de gouvernement³²² : les délégations obliques et la législation par référence³²³. En outre, les rapports intergouvernementaux sont une composante essentielle du fonctionnement de la fédération canadienne. Ce « fédéralisme exécutif »³²⁴, parfois qualifié de coopération ou de collaboration³²⁵, entre les gouvernements provinciaux et le gouvernement fédéral serait même une caractéristique du fédéralisme canadien³²⁶. Ce type de rapports naît de la combinaison du fédéralisme et de la gouvernance par des cabinets ministériels à la britannique. Son apparition date de l'après-

³¹⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 420.

³²⁰ C'est la thèse que défend Eugénie Brouillet pour qui il existait un équilibre convenable dans le régime mis en place en 1867 permettant d'accommoder l'identité québécoise. E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc.

³²¹ Pour autant, certains considèrent qu'aujourd'hui encore « l'autonomie des provinces canadiennes tient à la bonne volonté du pouvoir central » : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 434..

³²² Voir sur cette question : G. TUSSEAU, « Sur une technique de fédéralisme coopératif : les délégations interparlementaires au Canada », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 961-976.

³²³ La première technique consiste pour le législateur d'un ordre de gouvernement à déléguer certains pouvoirs à une instance administrative créée par le législateur de l'autre ordre de gouvernement, permettant la mise en œuvre de ses lois par un organe créé par l'autre palier de gouvernement. Voir P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 14-20 et s. La législation par référence existe lorsqu'un législateur conditionne la mise en œuvre d'une législation à l'action d'un autre législateur ou bien « reprend à son compte, pour la régulation des domaines sur lesquels s'exerce son pouvoir, le contenu des normes produites par un autre législateur à propos de son domaine de compétence » : G. TUSSEAU, « Les délégations interparlementaires au Canada », préc., p. 972. On peut aussi considérer que la législation par référence ou la législation conditionnelle sont deux catégories différentes de délégations : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 14-22 à 14-30. Pour un exemple de ce type d'emprunt normatif en ce qui concerne l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* voir infra § 611 et s.

³²⁴ D. SMILEY, *Canada in Question : Federalism in the Eighties*, Third Edition, MacGraw-Hill Ryerson Limited, 1980, pp. 91-119.

³²⁵ Voir infra § 266 pour la distinction.

³²⁶ D. CAMERON et R. SIMEON, « Intergovernmental Relations in Canada: The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, vol. 32, 2002, pp. 49-71.

Seconde Guerre mondiale en vue de gérer l'essor de l'État-providence et de nombreux services désormais dévolus à l'État dans un contexte budgétaire et fiscal où, pour simplifier, le gouvernement fédéral dispose des ressources et les gouvernements provinciaux des compétences. C'est ce qui est communément appelé le « pouvoir de dépenser » du fédéral, qui grâce à sa puissance de taxation, peut financer certains programmes relevant normalement du domaine de compétence provinciale. Ces relations intergouvernementales entre les deux paliers gouvernementaux servent donc principalement à mettre en place des politiques spécifiques sur l'énergie, la santé, l'éducation, les programmes sociaux, etc., mais aussi à trouver des accords en matière constitutionnelle³²⁷ ou de traités internationaux³²⁸. Ces pratiques prennent également tout leur sens dans les matières où il existe un chevauchement des compétences entre les deux niveaux de gouvernance de manière à coordonner l'exercice des pouvoirs respectifs de chacun. Ce fédéralisme intergouvernemental est souvent décrit comme un élément de flexibilité utile à l'efficacité du fédéralisme canadien³²⁹, mais aussi une source d'ambiguïté qui s'oppose au formalisme de la répartition constitutionnelle des compétences. Il est vrai que les relations intergouvernementales se veulent empreintes de pragmatisme et sont peu institutionnalisées, ou lorsqu'elles le sont, il s'agit d'institutions *ad hoc*³³⁰. Cette dimension du fédéralisme canadien soulève de riches questionnements auxquels cette étude n'a pas l'ambition de répondre : notamment sur les rapports de pouvoir entre les paliers de gouvernance et l'égalité ou l'inégalité entre eux qu'ils engendrent, mais aussi sur l'asymétrie de ces rapports et des accords auxquels ils aboutissent (notamment en raison de la méfiance du Québec à leur égard³³¹) ou encore sur l'effectivité de ces accords³³².

³²⁷ C'est le cas des accords « mégaconstitutionnels » de 1987 et 1992, voir *supra*, § 137.

³²⁸ Ce fut le cas pour le traité NAFTA.

³²⁹ Selon François ROCHER « L'intergouvernementalisme, présenté comme un vecteur de flexibilité, est devenu la principale préoccupation des élites et des analystes politiques au Canada ». Selon l'auteur, cela est caractéristique d'une divergence d'évaluation du fédéralisme canadien entre les Canadiens anglais qui favorisent cette approche fonctionnelle et pragmatique tandis que les Québécois insistent davantage sur l'autonomie. F. ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral » dans A.-G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 93-146, p. 112 et s. Voir aussi sur la dimension flexible de l'intergouvernementalisme : G. BAIER, H. BAKVIS et D. M. BROWN, *Contested Federalism*, préc., p. xiv et s.

³³⁰ D. CAMERON et R. SIMEON, « Emergence of Collaborative Federalism », préc.

³³¹ En ce sens voir notamment : A. G. GAGNON et R. SIMEON, « Canada » dans L. MORENO et C. COLINO, dir., *A Global Dialogue on Federalism vol 7. Diversity and Unity in Federal Countries*, Montréal, McGill-Queen's university Press, 2010, pp. 110-137, p. 116 et s.

³³² Nous esquisserons toutefois une réponse sur ce dernier aspect quant à la question de la juridicité de ces accords, voir *infra* § 481 et s.

II. Les traités : instruments privilégiés du plurijuridisme canadoautochtone ?

- 220 Dès la première phase d'interaction entre autochtones et Européens, leurs relations se caractérisent par les nombreux traités d'alliance et de paix³³³. Les traités avec les premières nations étaient empreints de pragmatisme, afin de s'entendre sur les aspects commerciaux et militaires. Puis on assiste au cours de la période de colonisation la plus poussée à la conclusion de plusieurs traités dont l'objectif pour la Couronne était d'obtenir l'abandon par les autochtones de toute revendication de droits ancestraux sur leurs terres en échange de sommes d'argent, de biens d'origine européenne et de la création de « réserves » autochtones³³⁴. Un des problèmes majeurs de l'entente visée par ces traités est que, vu les postulats culturels distincts des parties, en particulier sur la conception juridique du rapport à la terre, on se demande si les parties autochtones « saisissaient bien la portée juridique et politique des documents qu'on leur demandait de signer pour céder leurs terres. Aujourd'hui, bon nombre de ces transactions font l'objet de revendications territoriales »³³⁵.
- 221 Les traités constituent un des aspects les plus singuliers du plurijuridisme canadoautochtone en raison de leur renaissance à partir des années 1970 avec les traités dits « modernes ».
- 222 La reconnaissance de la survie du titre ancestral autochtone par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Calder*³³⁶ contraint en effet l'État fédéral à prendre au sérieux les revendications autochtones et à proposer une solution de rechange au règlement judiciaire : la négociation de traités relativement aux territoires où le titre ancestral n'avait pas été éteint. Ainsi la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* de 1975 constitue le premier traité dit moderne. Si comme pour les anciennes formes de traités il s'agissait de s'entendre sur la question des droits territoriaux, le traité moderne entend aussi régler des revendications « globales » en matière d'autonomie gouvernementale, de police, d'éducation, de santé, en plus des questions d'exploitation des ressources naturelles de droit de chasse et de pêche et d'environnement. La

³³³ Ces alliances avec les autochtones sont à mettre notamment en parallèle avec les multiples conflits qui opposèrent la France et la Grande-Bretagne dans lesquels les alliances militaires avec les autochtones pouvaient être essentielles.

³³⁴ Ces traités concernaient l'Ontario, les provinces de l'Ouest (les « traités numérotés ») et le Nord-Ouest : CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Un passé, un avenir*, préc.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ Dans les années 1970, les autochtones se tournèrent vers les tribunaux afin de faire consacrer la persistance de leurs droits ancestraux. La construction d'un barrage hydro-électrique fut notamment contestée devant les tribunaux par les Cris et les Inuit du Québec. Voir : *Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313. Voir notamment K. MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government since Calder: Searching for Doctrinal Coherence » dans H. FOSTER, H. RAVEN et J. WEBBER, dir., *Let Right be Done, Aboriginal Title, the Calder Case and the Future of Indigenous Rights*, Vancouver, UBC Press, 2007, pp. 129-152.

politique fédérale est donc d'offrir en échange de la renonciation aux droits fonciers ancestraux des compensations financières, la délimitation d'une assise foncière autochtone, une entente sur les processus de participation à la gestion des ressources et des droits de chasse et de pêche³³⁷.

223 Depuis, plusieurs autres traités ont été conclus sur ce modèle et les négociations de traités sont toujours en cours relativement à plusieurs revendications.

224 Le gouvernement fédéral a reconnu en 1995 dans un document de politique le caractère inhérent de l'autonomie gouvernementale « comme droit existant en vertu de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 »³³⁸. Sur le plan des principes, le gouvernement fédéral reconnaît le caractère antérieur et extérieur à l'État canadien de la source de l'autonomie gouvernementale des collectivités autochtones. Le gouvernement fédéral entend toutefois mettre en œuvre cette autonomie gouvernementale par la conclusion d'ententes avec les groupes autochtones, dont certaines pourront avoir valeur de traité aux fins de l'article 35³³⁹. Il n'envisage pas que les autochtones puissent exercer leur droit de manière unilatérale en marge de toute entente. Les différentes conceptions de l'autonomie gouvernementale qui peuvent exister entre les peuples seront ainsi prises en compte dans la mise en œuvre consensuelle de l'autonomie gouvernementale³⁴⁰. La politique fédérale délimite également les domaines de compétence qui sont susceptibles de négociation, et exclut la défense, les relations extérieures, l'économie nationale, « les initiatives fédérales ou encore dans les secteurs du cadre juridique national qui s'appliquent à tous les Canadiens »³⁴¹.

225 Ainsi les traités modernes et la politique fédérale sont bien les manifestations d'un changement de vision des relations entre le Canada et les autochtones. En revanche, la mise en œuvre de cette autonomie gouvernementale est insérée dans un carcan institutionnel étatique qui ne permet pas

³³⁷ Il existe aussi une politique fédérale de négociation de revendications particulières fondées sur d'autres revendications que les droits ancestraux, comme le non-respect des traités ou de la *Loi sur les Indiens*.

³³⁸ CANADA Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *L'autonomie gouvernementale des autochtones : Sommaire*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1995, 8 p., p. 1. Le document sur la politique fédérale estime que : « La reconnaissance du droit inhérent par le gouvernement fédéral repose sur la conviction que les peuples autochtones du Canada ont le droit de se gouverner, c'est-à-dire de prendre eux-mêmes les décisions touchant les affaires internes de leurs collectivités, les aspects qui font partie intégrante de leurs cultures, de leur identité, de leurs traditions, de leurs langues et de leurs institutions et, enfin, les rapports spéciaux qu'ils entretiennent avec leur terre et leurs ressources », p. 2.

³³⁹ Voir J. E. DALTON, « Aboriginal Self-Determination in Canada: Protections Afforded by the Judiciary and Government », *Can.J.L. & Society*, vol. 21, 2006, pp. 11-37, spéc. p. 28 et s.

³⁴⁰ CANADA Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *L'autonomie gouvernementale des autochtones : Sommaire*, préc., p. 7.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 4.

une négociation sur la base du principe d'égalité selon certains³⁴². En outre, la relation de dépendance des gouvernements autochtones envers le fédéral et le provincial a tendance à perdurer ne serait-ce qu'en raison du financement de ces gouvernements qui continue de dépendre bien souvent du bon vouloir de ces derniers³⁴³.

226 Mais l'aspect le plus intéressant des traités ou des accords d'autonomie gouvernementale est qu'ils mettent en place une structure de gouvernance propre aux groupes autochtones concernés en marge de la *Loi sur les Indiens* et qu'ils organisent systématiquement les nouveaux rapports normatifs avec l'ordre juridique fédéral et provincial. Ainsi, souvent les accords prévoient la mise en place d'une Constitution autochtone³⁴⁴. Les traités sont ce faisant les instruments les plus prometteurs pour les peuples autochtones dans la mesure où certains instaurent et organisent un véritable troisième ordre gouvernemental, protégé par la constitution via la protection des droits issus de traités de l'article 35.

227 À ce jour, plusieurs grands accords³⁴⁵ établissent une autonomie normative autochtone et contiennent des dispositions très précises sur l'étendue des compétences législatives reconnues aux gouvernements autochtones constitués dans les accords. Les modalités de cette gouvernance autochtone varient selon les traités et tentent de répondre aux besoins spécifiques des peuples concernés par l'accord.

228 Les gouvernements autochtones ont généralement des compétences législatives qui peuvent ressembler à celles des provinces ou à des gouvernements locaux. Les compétences législatives

³⁴² M. PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? », préc.

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Voir par exemple : *Accord définitif Nisga'a*, Nation Nisga'a, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, 27 avril 1999, en ligne: Affaires indiennes et du Nord Canada <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/nsga/nis/nis-fra.pdf>> (entrée en vigueur: 11 mai 2000, *Loi sur l'Accord définitif nisga'a*, L.C. 2000, c. 7) et l'*Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador*, Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du chef du Canada, en ligne: Affaires indiennes et du Nord Canada <<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/lablabi-fra.pdf>> (entrée en vigueur: 1 décembre 2005, *Loi sur l'accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador*, L.C. 2005, c. 27).

³⁴⁵ Voir l'*Accord définitif Nisga'a* préc. ; l'*Accord définitif des Premières Nations Maa-nulthes* du 1er avril 2011 (<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1100100022578/1100100022579>) ; l'*Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador* préc. ; l'*Accord définitif concernant la Première Nation de Tsawwassen* (<http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/scr/bc/trts/agrmts/tfn/fa/faindx-fra.asp>) ; l'*Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple tâtchô et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada* préc. ; l'*Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank* (<http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/wfn/wfn-fra.asp#chp3>) ; l'*Accord définitif des Tla'amins* de 2014 (<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1397152724601/1397152939293>) ; l'Accord de gouvernance de la Nation des Dakota de Sioux Valley et accord tripartite de gouvernance de 2013 (<http://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1385741084467/1385741171067>) ; *Accord définitif de la Première nation de Yale* de 2013 (<https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1336657835560/1336658472497>).

peuvent être de nature territoriale ou personnelle³⁴⁶. Elles peuvent être relatives au fonctionnement du gouvernement, à la préservation de la culture, aux questions touchant les terres, les ressources, l'exploitation forestière, les services de santé, l'éducation, les travaux publics, les services sociaux, les services à l'enfance et à la famille, l'adoption ou l'attribution d'une citoyenneté du peuple autochtone³⁴⁷. Sont généralement exclues les compétences sur le droit criminel, les pouvoirs liés à la souveraineté canadienne, à la défense et aux relations externes.

- 229 Pour autant le gouvernement Nisga'a Lisims peut, par exemple, faire des lois concernant l'ordre la paix et la sécurité, mais en cas de conflit entre une loi Nisga'a sur cette matière et une loi d'application générale fédérale ou provinciale, la loi fédérale ou provinciale l'emporte³⁴⁸. En effet, les accords organisent également les questions de primauté entre les lois des trois ordres normatifs susceptibles de s'appliquer.
- 230 En général il s'agit de compétences qui sont concurrentes avec les lois fédérales, provinciales ou territoriales³⁴⁹, il y a donc des risques de conflit de lois importants que les traités essayent de régler le plus précisément possible. Les règles de primauté sont différentes d'un traité à l'autre et dépendent souvent de la matière concernée. Par exemple, l'accord Tsawwassen prévoit que dans les domaines touchant les questions internes de la première Nation, telles que l'administration gouvernementale, l'affiliation à la Première Nation ou les biens Tsawwassen ou la gestion des terres, les lois Tsawwassen auront la priorité sur les lois fédérales et provinciales³⁵⁰. Dans d'autres domaines, les lois fédérales et provinciales l'emporteront sur les lois Tsawwassen³⁵¹.
- 231 En outre, les accords d'autonomie gouvernementale ont aussi modifié les rapports plurijuridiques canadoautochtones en faisant une place aux cultures juridiques autochtones. Même si cette ouverture reste « prudente »³⁵², il est tout à fait intéressant de noter que la coutume, source de

³⁴⁶ Par exemple le gouvernement des Tlicho disposera d'une vaste gamme de compétences législatives sur le territoire des Tlicho et sur les citoyens tlicho habitant à l'extérieur des terres des Tlicho.

³⁴⁷ La citoyenneté inuite par exemple dans le traité des Inuit du Labrador.

³⁴⁸ Voir l'article 62 du Chapitre 11 sur le gouvernement Nisga'a.

³⁴⁹ C'est le cas de l'accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale du peuple tâtchô situé dans les Territoires du Nord-Ouest (voir l'article 7.7 sur les conflits de lois du chapitre 8 sur les gouvernements communautaires tâtchôs).

³⁵⁰ Voir les articles 47, 49, 53 du chapitre 16 et l'article 5 du chapitre 6 de l'*Accord Tsawwassen* préc.

³⁵¹ C'est le cas par exemple de la protection des renseignements personnels (article 47 du chapitre 16) ou en matière de santé (article 92 du Chapitre 17 de l'*Accord Tsawwassen* préc.)

³⁵² G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », *R.D. McGill*, vol. 54, 2009, pp. 237-256.

droit fondamentale dans les cultures juridiques autochtones, est incorporée dans certains traités, d'une manière plus ou moins limitée, comme source formelle ou matérielle de droit³⁵³.

- 232 La création du Nunavut³⁵⁴ en 1999 est aussi un aboutissement intéressant des ententes conclues dans cet esprit puisqu'il s'agit d'un nouveau territoire, issu de la division des Territoires du Nord-Ouest. Le Nunavut permet ainsi aux Inuit d'exercer leur autonomie gouvernementale dans le cadre d'un fonctionnement de gouvernance proche de celui des provinces.
- 233 Les traités constituent un des aspects les plus complexes et originaux du plurijuridisme canadoautochtone. Cette fois-ci tant du point de vue étatique que du point de vue autochtone, c'est une convention produisant des effets juridiques fondée sur le consentement des parties. Il garantirait le respect de la liberté des peuples autochtones qui seraient restés maîtres de leur place au sein du Canada³⁵⁵.
- 234 Il demeure que, dans la perspective des autochtones, le traité est l'instrument privilégié d'une relation renouvelée avec et au sein du Canada, ce qu'on peut difficilement nier vu les avancées obtenues par voie de négociation. Mais plus encore, les traités qui ont été conclus par le passé permettraient de comprendre la nature du plurijuridisme canada-autochtone même moderne. Ainsi, « le fédéralisme de traités »³⁵⁶ aurait été créé par les alliances conclues entre les puissances européennes et certains peuples autochtones, ceux de l'est du pays, avant la seconde période de colonisation. Ce faisant, les relations plurijuridiques seraient fondées, selon certains auteurs, historiquement sur ces traités, elles n'auraient jamais été abolies, et coexisteraient avec la fédération canadienne de 1867. La théorie du fédéralisme de traité supposerait aussi d'actualiser et de faire revivre ces relations par de nouveaux traités, seuls instruments légitimes pour régir les relations canadoautochtones. « Il s'agit donc de reconnaître la coexistence de deux types d'associations fédérales au Canada : le fédéralisme fondé sur les traités signés avec les peuples

³⁵³ Voir les différents degrés de « charge normative » de la coutume dans les différents traités dans *ibid.*, p. 244 et s. *Accord définitif Nisga'a*, Nation Nisga'a préc.; *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale, entre le Peuple Tlicho, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada*, 25 août 2003, en ligne: Affaires indiennes et du Nord Canada <http://www.collectionscanadagc.ca/webarchives/20071125050645/http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/nwts/tliagr2_f.pdf> (entrée en vigueur: 4 août 2005, *Loi sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale du peuple ticho*, L.C. 2005, c. 1) ; *Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador*, préc.

³⁵⁴ *Loi sur le Nunavut*, L.C. 1993, c. 28

³⁵⁵ En réalité, rien n'en est moins sûr, en ce qui concerne en particulier les « traités numérotés ».

³⁵⁶ L'expression vient de Sakej Henderson, voir J. LECLAIR, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », *Queen's L.J.*, vol. 31, 2006, pp. 521-535, spéc. p. 525.

autochtones et le fédéralisme issu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui est aujourd'hui hégémonique »³⁵⁷.

- 235 L'idée est intéressante puisqu'elle légitime sur le plan historique un plurijuridisme construit sur les bases plus égalitaires de la négociation qu'il suffirait de redécouvrir et de mettre à nouveau en œuvre par les traités modernes. Cela dit, certains instruments étatiques, comme la *Loi sur les Indiens*, continuent de produire des effets juridiques sur les relations entre les autochtones, leurs différents espaces normatifs, et les règles étatiques. En droit positif, les traités d'alliance et d'amitié ne peuvent donc à eux seuls rendre compte des relations juridiques organisant les rapports canadoautochtones, d'ailleurs les théories du « fédéralisme de traité » n'ont jamais été validées par les tribunaux à ce jour. Et même, à supposer que les instruments étatiques soient amenés à disparaître grâce à la négociation des traités modernes, le fédéralisme de traités pose un certain nombre de problèmes, du point de vue de la philosophie politique, puisqu'il élude la question de la participation des autochtones dans le système politique canadien et de la solidarité requise pour maintenir une fédération³⁵⁸. L'autre inconvénient de laisser aux seuls traités le soin de régler les rapports plurijuridiques est que tous les groupes autochtones n'ont pas les moyens de rentrer dans un rapport de force politique pour mener à bien une négociation.

III. Les instruments plurijuridiques du droit dérivé communautaire

- 236 L'expression « droit dérivé » désigne des actes pris par les institutions européennes en application des traités, et qui en dérivent. La majorité de la doctrine considère que ces actes de droit dérivé sont en fait les actes unilatéraux pris par les institutions, mais il ne faut pas oublier que l'Union européenne dispose de compétences « externes » et à ce titre peut conclure des actes conventionnels de nature internationale³⁵⁹.
- 237 Les actes unilatéraux pris par les institutions européennes résultent des compétences que leur ont attribuées les traités, et manifestent l'existence d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir d'exécution de cet espace normatif. L'article 288 TFUE vise à cet égard cinq types d'actes : les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et les avis. Les deux derniers types n'ont pas de force obligatoire et ne sont pas contraignants : nous ne les analyserons pas ici. On

³⁵⁷ M. PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? », préc., p. 467.

³⁵⁸ J. LECLAIR, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », préc., p. 525 et s.

³⁵⁹ Il existe aussi des accords dits internes en ce qu'ils concernent les États membres qui concluent un accord en application du traité par exemple ou encore des accords interinstitutionnels

observe en outre que le *distinguo* classique entre les actes législatifs et réglementaires ne se retrouve qu'imparfaitement dans les actes unilatéraux de l'Union ayant force obligatoire. La décision peut correspondre à ce qu'en droit interne on appelle les actes administratifs individuels, dans le sens où la décision lie les destinataires auxquels elle est notifiée, qu'il s'agisse d'États membres ou de particuliers. Elle est donc un acte de portée individuelle, elle s'adresse à des destinataires limités, désignés ou identifiables³⁶⁰. En ce sens, la décision n'a pas de portée générale ou normative.

238 Les actes qui correspondent donc au pouvoir normatif équivalent au pouvoir législatif et réglementaire sont les règlements et directives. D'ailleurs, le *Traité constitutionnel* les qualifiait respectivement de « lois européennes » et de « lois-cadres européennes », ce qui marquait d'ailleurs un rapprochement terminologique avec les catégories de droit constitutionnel. En tout état de cause, la grande distinction entre le règlement et la directive est essentielle à la compréhension du plurijuridisme européen.

239 Le traité définit le règlement comme ayant « une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre »³⁶¹, tandis que la « directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »³⁶².

240 Le règlement est un acte normatif classique en raison de son caractère général et abstrait et de sa nature contraignante de l'ensemble de ses dispositions à l'égard de tous : institutions européennes, États membres et particuliers.

Ainsi « le règlement est directement applicable dans l'ordre interne des États. Cela signifie que l'application directe du règlement à tout sujet du droit interne, d'une part, ne dépend pas d'une mesure nationale de réception, et, d'autre part, ne peut, d'aucune manière être freinée ou conditionnée par une quelconque mesure de ce genre »³⁶³.

241 Le règlement constitue dès lors un pouvoir normatif complet, « le législateur pouvant non seulement prescrire un résultat, mais encore les modalités d'application jugées opportunes »³⁶⁴.

³⁶⁰ Voir sur la différence entre règlements et décision l'arrêt CJCE, 14 septembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, aff. 16 et 17/62, *Rec.*, p. 943.

³⁶¹ Article 288, p. 2. TFUE.

³⁶² Article 288 p. 3 TFUE.

³⁶³ F. D. QUADROS, *Droit de l'Union européenne*, préc., p. 319.

³⁶⁴ S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 386.

- 242 La directive est un outil normatif beaucoup plus original en ce qu'elle est un instrument de législation indirecte puisqu'elle impose aux États un contenu normatif qu'ils doivent intégrer dans leur législation interne, par une transposition, et dans un délai déterminé. La grande différence avec le règlement est donc que la directive s'adresse uniquement aux États et n'est pas d'applicabilité directe : le résultat normatif prescrit par la directive ne sera applicable directement à l'égard des particuliers qu'une fois l'acte étatique de transposition intervenu. Les États disposent ainsi d'une certaine marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la directive puisqu'ils ont le choix quant à la forme et aux moyens adéquats pour poursuivre le résultat fixé par la directive. Cela étant, cela n'enlève rien à la portée générale et obligatoire de la directive puisque les États ont une obligation de transposition de la directive dans un certain délai³⁶⁵, et une obligation de transposer conformément à la directive communautaire, c'est-à-dire ne pas dénaturer ses exigences.
- 243 Les directives sont donc un instrument particulièrement intéressant du plurijuridisme européen, car elles permettent un respect de la diversité juridique des États membres, tout en accomplissant les visées de l'intégration communautaire. Les directives servent en effet deux finalités principales : la mise en œuvre des libertés de circulation et surtout l'harmonisation des droits nationaux. Elles fonctionnent comme des « matrices à partir desquelles les règles nationales peuvent être construites en respectant les grandes lignes, mais en pouvant prendre la liberté des formes et des moyens »³⁶⁶. Les directives permettent alors de bâtir un socle normatif commun entre les États (en fixant un objectif et éventuellement quelques indications particulières) tout en passant par des relais nationaux de mise en œuvre qui disposent d'une marge d'appréciation dans la transposition, dans la mesure où ils restent fidèles au contenu normatif originel³⁶⁷. Cette marge par laquelle les États peuvent faire vivre des particularismes juridiques, des différences d'un pays à l'autre, dépend donc du degré du « maillage normatif » initial de la directive. Ainsi, apparaît

³⁶⁵ Cette obligation fait d'ailleurs l'objet d'une surveillance par la Commission et est susceptible de sanction par le recours en manquement ou une obligation de réparation vis-à-vis des particuliers. En outre, la Cour de justice a renforcé les obligations des États entourant le régime de la directive, permettant une application conforme et de bonne foi de la directive en droit interne. Voir infra § 402 et s.

³⁶⁶ S. POILLOT-PERUZZETO, « Vers une culture juridique européenne, le pont de l'Europe » dans S. ROBIN-OLIVIER et D. FASQUELLE, dir., *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 171-196, p. 184.

³⁶⁷ La transposition, mais aussi la mise en œuvre par les acteurs nationaux, en particulier les juridictions (voir infra § 402 et s.), créent ainsi des « zones de déformation » ou de « métissage » entre l'ordre juridique communautaire et national : voir I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens », *CDE*, vol. 1 et 2, 2007, pp. 111-148.

très tôt une tendance des institutions communautaires à adopter des « directives détaillées », c'est-à-dire des directives dictant un contenu tellement précis que la liberté de manœuvre des États devient inexistante et qu'ils doivent se contenter d'une retranscription pure et simple du droit matériel communautaire contenu dans la directive dans un acte national de transposition. La directive peut alors être un outil d'unification du droit, mais en pratique la méthode de la reconnaissance mutuelle³⁶⁸ et l'inclusion du principe de subsidiarité en 1992 dans le droit primaire ont toutefois permis de à la directive de renouer avec sa conception originelle.

244 Il faut donc nuancer l'impression de prime abord selon laquelle le règlement favorise l'uniformité juridique tandis que la directive préserve la pluralité³⁶⁹. Car si une directive détaillée peut conduire à un droit uniforme, un règlement peut avoir pour objet d'organiser la pluralité juridique européenne en instaurant des règles de conflit de lois, de « coordination ».

245 Ainsi le droit dérivé communautaire peut laisser une place plus ou moins grande à la diversité juridique européenne selon qu'il vise à construire une norme identique partout, semblable ou minimale ou plutôt une « intercompréhension »³⁷⁰ entre les droits nationaux. Ces instruments peuvent aussi laisser des options ou prévoir des exceptions permettant aux États de se soustraire à une norme unique. On peut dès lors proposer une dichotomie de la norme communautaire³⁷¹ selon la technique de prise en compte de la diversité juridique des États qu'elle préconise. Soit la norme communautaire procède par un maillage normatif plus ou moins serré en harmonisant de façon minimale ou au contraire de manière poussée (comme pour les directives détaillées), soit la norme communautaire procède par renvoi, comme nous allons le voir.

246 On peut alors rattacher le principe de reconnaissance mutuelle aux techniques de renvoi, d'un type particulier puisqu'il s'agit d'un renvoi du droit national à un autre droit national via le droit communautaire. Ce principe constitue en effet une « valeur identitaire » de l'Europe qui accepte les diversités³⁷². Ainsi à partir de 1980³⁷³, les institutions communautaires ont changé de

³⁶⁸ Voir infra § 246.

³⁶⁹ En ce sens : S. POILLOT-PERUZZETO, « Vers une culture juridique européenne », préc.

³⁷⁰ *Ibid.*

³⁷¹ Pour une autre classification qui se fonde davantage sur la place du droit national dans le droit européen voir : L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire: la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, vol. 199, 2004, p. 4.

³⁷² A. MATTERA, « Le reconnaissance mutuelle: une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle humaniste », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 463-496.

méthodes dans l'optique de construction d'un marché commun : plutôt que d'édicter par voie de directives des règles d'harmonisation, voire d'uniformisation, très techniques afin de construire des « europroduits » répondant aux mêmes caractéristiques techniques, il a été jugé préférable de favoriser la plus grande liberté d'échanges des produits fabriqués et commercialisés légalement dans les États membres par un principe de reconnaissance mutuelle. Cette reconnaissance mutuelle implique que les États acceptent l'équivalence des règles techniques sur les produits des autres États membres à leurs propres règles et admettent que les produits qui en sont issus arrivent sur leur marché. Une approche analogue a ensuite été suivie en matière d'établissement et de prestation de service³⁷⁴. Pour résumer, l'objet de principe de reconnaissance mutuelle est :

« d'organiser les systèmes de production des règles juridiques nationales ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun de telle sorte qu'ils puissent se reconnaître mutuellement. Davantage qu'une reconnaissance, cette méthode met en œuvre un principe d'équivalence des systèmes de production normative nationaux »³⁷⁵.

247 Par exemple en matière de libre circulation des marchandises, les États sont tenus d'édicter une règle nationale acceptant les produits légalement fabriqués dans d'autres États membres, même si ces règles diffèrent de leur propre réglementation, dans la mesure où ces règles respectent les exigences et principes élaborés en commun au niveau européen (par exemple sur la protection du consommateur ou de la santé). C'est pourquoi l'harmonisation continue d'être une nécessité, non plus pour construire le marché commun, mais pour répondre à des besoins légitimes de régulations sociales. Ces exigences essentielles seront ensuite posées par le droit européen petit à petit. L'effet de ce nouveau principe fondamental dans l'intégration européenne a été très important tant en raison de cette nouvelle approche en matière d'harmonisation que parce qu'il permet une plus grande circulation des marchandises, mais aussi des services et des personnes.

248 En effet, cette reconnaissance mutuelle a ensuite connu un essor en matière de coopération judiciaire européenne, coopération civile et pénale. On peut ainsi considérer que les règles

³⁷³ Un des éléments déclencheurs a été encore une fois une jurisprudence de la Cour de justice : CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649, dit « Cassis de Dijon ». Le principe de reconnaissance mutuelle est donc aussi un principe jurisprudentiel relatif au droit du marché intérieur et aux libertés économiques consacrées par le droit primaire. La reconnaissance mutuelle peut donc être organisée par le droit dérivé mais ce principe se rattache aussi au droit originaire tel qu'interprété par la Cour de justice.

³⁷⁴ Pour plus de précision, voir : A. MATTERA, « Le reconnaissance mutuelle », préc.

³⁷⁵ L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire », préc.

communautaires de droit international privé³⁷⁶ sont une conséquence de cette reconnaissance mutuelle et se rattachent plus largement à une technique de renvoi. C'est assurément une autre technique de renvoi entre droits nationaux, mais régie par le droit européen, ce dernier opère une coordination ou une « articulation suffisante des droits nationaux de manière à régir plus harmonieusement les situations internationales dans le cadre de l'espace de libre circulation institué par l'Union »³⁷⁷. Ainsi certains règlements communautaires « de coordination » permettent par exemple d'édicter des règles européennes de conflit de lois de droit international privé, soit de déterminer quel droit national s'appliquera en cas de situations transfrontalières européennes en matière contractuelle ou de droit de la famille. La disparité des droits nationaux subsiste, cependant leur application à une situation juridique donnée ne dépend plus du droit national, mais du droit communautaire. La Cour de justice explique à ce propos que « les États membres ne disposent pas de la faculté de déterminer dans quelle mesure est applicable leur propre législation ou celle d'un autre État membre »³⁷⁸.

- 249 Mais le droit communautaire opère aussi par renvoi non pas entre les droits nationaux, mais entre le droit national et le droit communautaire. Ce renvoi sert à compléter le droit européen ou en faire une condition d'application. Ainsi, lorsque le droit communautaire renvoie dans un texte normatif, réglementaire ou une directive, au droit national pour définir certaines notions juridiques³⁷⁹, il est certain que cela permet de conserver une diversité juridique (contrairement aux notions autonomes³⁸⁰), ce qui est le cas sur le droit des aides d'État ou le droit de la sécurité sociale³⁸¹. Le droit européen peut aussi renvoyer aux régimes juridiques nationaux sur certains points précis comme le fait le règlement sur le groupement européen d'intérêt économique qui

³⁷⁶ Voir par exemple, le Règlement « Bruxelles I » (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 1-23 ; ou le Règlement UE numéro 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Journal officiel de l'Union européenne numéro L 343 du 29 décembre 2010 p. 10-16.

³⁷⁷ L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire », préc.

³⁷⁸ CJCE, 23 septembre 1982, *Sociale Verzekeringsbank c. Kuijpers*, aff. 276/81, *Rec.*, p. 3044, § 14. Il s'agissait en l'espèce de réglementation communautaire relative à la sécurité sociale.

³⁷⁹ Le droit communautaire laisse par exemple au droit interne le soin de déterminer si une personne peut être propriétaire d'un bien.

³⁸⁰ Voir infra § 423 et s.

³⁸¹ Sur cette question et des exemples très précis en droit de la concurrence, droit des affaires, droit de la sécurité sociale et droit international privé, voir la troisième chronique de droit européen du Centre d'études juridiques européennes et comparées, « Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres », *Les Petites affiches*, 19, 20 et 21 mai 2003, n° 99 à 101, 60 p.

prévoit que le fonctionnement interne du groupement, est la loi interne de l'État du siège fixé par le contrat de groupement³⁸². Ce renvoi peut aussi concerner des règles processuelles³⁸³.

250 Que l'ordonnancement communautaire ait pour but le rapprochement des normes étatiques, leur coordination ou la « simple » circulation sur l'espace commun, il repose sur un « équilibre délicat entre le maintien de la diversité des foyers normatifs nationaux et une articulation suffisante entre eux dans le cadre communautaire, au profit des objectifs de la Communauté »³⁸⁴. C'est bien la marque d'un plurijuridisme mis en œuvre par les traités et les normes qui en dérivent, un plurijuridisme bien souvent qualifié de *sui generis*.

Section 3. Une comparaison fructueuse de trois plurijuridismes originaux

251 Si une comparaison suppose de dégager des points communs et des différences, il est ici bien possible d'appliquer cette grille de lecture. Si l'histoire normative au Canada et en Europe démontre bien des singularités, il s'agit bien de formes de plurijuridisme (I), qui trouvent des lignes de force communes dans leur « métafonctionnement » (II).

I. Trois plurijuridismes singuliers

252 Le Canada a pour particularité de combiner deux types de relations plurijuridiques, celui lié à l'État fédéral (A) et celui relatif aux peuples autochtones (B), qui se distinguent tous deux de la construction de l'Union européenne (C).

A. Le Canada, un régime atypique, mais indubitablement fédéral

253 Une des singularités du fédéralisme canadien tient en premier à la différence d'appréciation dont il fait l'objet entre les Québécois et le reste du Canada. Ainsi le regard que l'on peut porter sur le caractère plus ou moins reconnaissant et protecteur de la diversité juridique varie selon les auteurs : la différence de perspectives entre les Québécois et les auteurs du « ROC »³⁸⁵ est à ce sujet particulièrement saisissante³⁸⁶. L'interprétation sur les origines de la fédération varie

³⁸² Règlement CEE n° 2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), JO 1985, L. 199/1.

³⁸³ Voir infra § 1290 sur la notion d'autonomie procédurale des États membres.

³⁸⁴ L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire », préc.

³⁸⁵ « *Rest of Canada* », le reste du Canada.

³⁸⁶ Pour une explication, voir : M. BURGESS, « Competing national visions: Canada-Quebec relations in a comparative perspective » dans A. G. GAGNON et J. TULLY, dir., *Multinational democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 257-274.

également. Pour simplifier les Québécois mettent en avant l'existence d'un pacte entre deux peuples fondateurs, qui a été initié par les peuples ou les nations fondateurs en 1867, et qui aurait ensuite été perverti et dénaturé³⁸⁷, alors que les autres Canadiens, d'expression anglaise généralement, ne s'embarrassent pas de ces considérations et se concentrent sur les questions de légitimité et de performance³⁸⁸.

- 254 D'autre part, le fédéralisme canadien peut difficilement se classer dans le fédéralisme par association ou dissociation : tout dépend de la date de référence et du point de vue. Le passage du Canada-Uni à la fédération en 1867 constitue une forme de fédéralisme par dévolution pour le Québec et l'Ontario, mais si l'on remonte à la période antérieure, ces mêmes collectivités humaines étaient dotées d'autonomie normative : s'agit-il alors bien d'une alliance (« *foedus* » en latin), d'une association ? N'est-il pas hasardeux de qualifier cette association de pacte comme s'il s'agissait d'un accord librement consenti, alors qu'au commencement de cette union franco-anglaise il y a une défaite militaire et donc une union contrainte ? C'est à se demander finalement si la typologie classique entre fédéralismes par association ou par dissociation n'est pas tout simplement inadéquate dans le contexte canadien. La construction fédérale du Canada est faite de dynamiques successives agrégatives et ségrégatives. Et ceci, même après l'adoption de la forme fédérative en 1867, puisqu'on a pu démontrer par exemple que l'œuvre du Conseil privé de Londres constituait un mouvement centrifuge dans l'histoire du fédéralisme canadien, une dynamique de dissociation³⁸⁹. Le fédéralisme canadien s'est ainsi construit progressivement par des dynamiques successives d'association et de dissociations³⁹⁰ ou de centralisation et de décentralisation, qui se sont développées à cause des changements formels de l'entente constitutionnelle, mais aussi par l'interprétation qu'ont pu en faire des tribunaux, ou encore en

³⁸⁷ La Commission Tremblay en tête, soit la Commission royale d'enquête sur les problèmes constitutionnels créée par le gouvernement québécois et qui a rendu son rapport en 1956. Ce rapport est un des grands fondements intellectuels du nationalisme traditionaliste canadien-français. Voir aussi E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc. ou F. ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », préc.

³⁸⁸ F. ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », préc.

³⁸⁹ Voir infra § 329.

³⁹⁰ C. TRAISNEL, « Le fédéralisme des nationalistes. Possibilité politiques, mobilisations nationalistes et construction des identités distinctes dans le cadre du fédéralisme de dissociation en Belgique et au Canada » dans L. CARDINAL, dir., *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Éditions Prise de Parole, 2008, pp. 99-135.

dehors des textes avec la pratique politique, par l'instauration de conventions constitutionnelles ou d'ententes intergouvernementales³⁹¹

- 255 De la même manière, on peut se demander si l'idée de pacte fédératif ou d'alliance ne relève pas plus du mythe que de la réalité historique si on le conçoit comme une adhésion libre et éclairée de chacune des autonomies qui allaient devenir des provinces³⁹². L'idée de pacte fédératif ou d'alliance reste toutefois un concept central pour le fédéralisme, au Canada y compris. Le pacte fédératif existe au Canada, non pas en raison de la formation historique de la fédération, mais parce que juridiquement la Constitution canadienne remplit tous les jours et de manière « vivante » et évolutive la fonction d'un pacte fédératif. Le caractère fédéral du Canada ne se trouve donc pas tellement dans ses origines, mais plutôt dans les grands principes et institutions mises en place et garantis pour une grande partie par la Constitution.
- 256 Les critères du fédéralisme font toutefois l'objet d'abondants débats doctrinaux³⁹³, ils dépendent bien sûr de la définition proposée par les auteurs, mais aussi des différents objectifs attribués au fédéralisme. S'il n'existe pas nécessairement de « modèle normatif universel » du fédéralisme³⁹⁴, il est toutefois possible de déceler des critères faisant l'objet d'un relatif consensus. Ces critères de « reconnaissance » visent à s'assurer que le pacte fédératif assure un équilibre entre unité et diversité³⁹⁵ par la mise en place de principes et institutions garantissant à la fois l'autonomie et l'interdépendance des États fédérés et de l'État fédéral³⁹⁶. D'autres auteurs mettent davantage

³⁹¹ J.-F. CARON, G. LAFOREST et C. VALLIÈRES-ROLAND, « Le déficit fédératif au Canada », préc., p. 164 et s.

³⁹² Outre la question du Québec, quid de ce consentement à l'adhésion au Canada des provinces issues de territoires fédéraux ?

³⁹³ Débats dont nous avons seulement esquissé l'ampleur en introduction.

³⁹⁴ Pour une étude sur la question d'un modèle fédératif voir : R. BARRUÉ-BELOU, *Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme*, thèse de doctorat en droit, Université Toulouse 1 Capitole, École doctorale Sciences Juridiques et Politiques, 2013, 627 p. L'auteur réfute à la lumière d'une analyse comparative l'existence d'un modèle et préfère identifier des « outils fédératifs » pour comprendre le fédéralisme.

³⁹⁵ « Un système fédéral "authentique" peut alors être défini comme celui dans lequel est institué un mécanisme d'autoconservation du principe fédéral qui régule en permanence sa contradiction constitutive entre unité et diversité : si l'unité l'emporte sur la diversité ou si, à l'inverse, c'est la diversité qui triomphe aux dépens de l'unité, on ne peut plus parler de fédéralisme. » : B. THÉRET, « Du principe fédéral à une typologie des fédérations : quelques propositions » dans F. GELINAS et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 99-133.

³⁹⁶ Autour du pôle de l'autonomie gravitent les idées d'hétérogénéité et de non-subordination, et autour de celui d'interdépendance celles de solidarité et de participation : F. ROCHER, « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral », préc., p. 99 et s.

l'accent sur le principe de participation³⁹⁷. Certains critères ont pu être développés plus précisément, mais sur le fondement de régimes spécifiques, c'est le cas du célèbre auteur australien Kenneth C. Wheare, il qualifiait le Canada de « quasi-fédération »³⁹⁸ en raison des aspects trop unitaires du texte constitutionnel. Cette appellation a ensuite été majoritairement réfutée par la doctrine³⁹⁹.

- 257 La plus déterminante des caractéristiques d'une constitution fédérale est certainement celle de l'existence d'une véritable décentralisation législative ayant une valeur supra législative (constitutionnelle). Or de ce point de vue le régime canadien ne fait pas exception puisque l'acte constitutionnel de 1867 instaure une fédération, c'est-à-dire deux niveaux d'organes législatifs, dont la répartition des compétences entre le niveau fédéral et le niveau provincial est effectuée par une énumération de domaines pour chacun des deux paliers de gouvernance (articles 91 et 92). La plupart des compétences sont conçues comme étant exclusives à chaque ordre, mais il existe quelques compétences expressément concurrentes⁴⁰⁰.
- 258 Cette répartition constitutionnelle des compétences garantit donc une autonomie de chacun des niveaux de gouvernements au niveau fonctionnel, c'est-à-dire dans la capacité d'édicter des normes législatives, et par extension réglementaires.
- 259 L'autonomie de ces espaces juridiques doit aussi être protégée du point de vue organique. À cet égard, la charge du lieutenant-gouverneur (pour la dimension organique), ainsi que le pouvoir de désaveu et de réserve (pour la dimension fonctionnelle) auraient pu constituer un accroc substantiel à l'autonomie provinciale. Cette difficulté a été résolue très tôt par les conventions

³⁹⁷ C'est le cas de Georges Scelle ou de Louis Le Fur. Les trois principes du fédéralisme selon Scelle sont en effet le principe d'autonomie, celui de la participation qui sont liés entre eux par celui de la superposition entre les deux ordres normatifs : cité dans J. GICQUEL et J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2011, 806 p., p. 76. voir également la thèse de Le Fur de 1896 : L. L. FUR, *État fédéral et confédération d'Etats*, Paris, Panthéon-Assas-Paris II, 2002, 839 p.

³⁹⁸ K. C. WHEARE, *The Federal Government*, 4e éd. Londres, Oxford University-Press, 1963, cité notamment dans M.-L. GÉLY, *Le rôle de la Cour suprême du Canada dans la répartition des compétences au Canada*, thèse de doctorat en droit, Universités de Montpellier et de Laval, 1998, 498 p. p. 98.

³⁹⁹ Voir notamment H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc; D. E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, préc.

⁴⁰⁰ Ainsi l'immigration et l'agriculture (art. 95) et le commerce interprovincial des ressources naturelles (art. 92A(3)) sont des compétences concurrentes à prépondérance fédérale tandis que les pensions vieillesse et les rentes sont à prépondérance provinciale (art. 94A). Dans ce dernier cas, contrairement à la règle générale, en cas d'incompatibilité, la loi provinciale prime.

constitutionnelles et la jurisprudence⁴⁰¹. En dehors de cet organe particulier, les autres organes législatifs provinciaux ne dépendent pas du fédéral.

260 Une autre spécificité canadienne tient dans l'autonomie constitutionnelle des provinces⁴⁰². En effet, les constitutions provinciales sont en partie intégrées dans le document commun à l'ensemble de la fédération, c'est-à-dire dans la Constitution canadienne⁴⁰³. Ainsi, les articles 58 à 90 de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernent les constitutions provinciales⁴⁰⁴, les pouvoirs législatifs et exécutifs provinciaux principalement. On pourrait dire que d'un point de vue formel, les provinces ne sont pas dotées de Constitutions. Il n'existe généralement pas de documents uniques rassemblant l'ensemble des règles considérées comme suprêmes dans une province donnée. En réalité seule la Colombie-Britannique a procédé à cet exercice et l'a expressément nommé « acte constitutionnel »⁴⁰⁵ et le Québec se pose régulièrement la question de l'opportunité et de la faisabilité d'une telle démarche⁴⁰⁶.

261 D'un point de vue normativiste, il n'existe pas de constitutions provinciales formelles, dans le sens où la révision des constitutions provinciales n'obéit pas à une procédure plus contraignante que celle de l'adoption des lois ordinaires⁴⁰⁷. En effet, ce sont les assemblées législatives

⁴⁰¹ Voir supra § 216 pour les conventions constitutionnelles. D'autre part, le Conseil privé a estimé que le lieutenant-gouverneur n'est pas un fonctionnaire fédéral dans la mesure où il représente la Reine pour les fins provinciales au même titre que le gouverneur général pour les fins fédérales (*A.-G. Canada c. A.-G. Ontario*, [1898] A.C. 247, (Conseil privé)) et qu'en aucun cas son statut ne pouvait être interprété comme un signe d'infériorité des parlements provinciaux (*Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437 (Conseil privé)). H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 415.

⁴⁰² Il est important d'en étudier le contenu ici pour deux raisons. On considère d'abord généralement qu'un État fédéral étant un État d'États, le double niveau étatique implique un double niveau constitutionnel, et donc l'existence de constitutions fédérées. D'autre part, du point de vue de l'étude du plurijuridisme il est essentiel de déterminer dans quelle mesure ces États fédérés sont autonomes dans l'édiction normative des règles qui organisent et limitent leur pouvoir.

⁴⁰³ Alors qu'aux États-Unis ou en Australie les États fédérés possèdent leur propre document constitutionnel. Pour une étude comparée voir A. G. TARR, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism », *Rutgers L.J.*, vol. 40, 2008-2009, pp. 767-792.

⁴⁰⁴ Les dispositions peuvent concerner spécifiquement le Québec ou spécifiquement l'Ontario ou encore les quatre provinces originelles, et indirectement les autres provinces.

⁴⁰⁵ *The Constitution Act*, 1979, R.S.B.C., C. 62. Voir à ce sujet : C. SHARMAN, « The Strange Case of a Provincial Constitution: The British Columbia Constitution Act », *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, vol. 17, 1984, pp. 87-108.

⁴⁰⁶ Voir : N. WISEMAN, « The Quest for a Quebec Constitution », *American Review of Canadian Studies*, vol. 40, 2010, pp. 56-70. B. PELLETIER, « La nature quasi constitutionnelle de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et l'idée d'une constitution québécoise », *Bulletin Québécois de Droit Constitutionnel*, vol. 2, 2007, pp. 1-7; M. SEYMOUR, « Une constitution interne comme remède au malaise identitaire québécois » dans A. G. GAGNON, dir., *La diversité québécoise en débat*, Montréal, Les Éditions Québec Amérique, 2010, pp. 224-242.

⁴⁰⁷ « Il existe une forme constitutionnelle s'il existe une procédure spécifique déterminant des normes explicitement qualifiées de constitutionnelles ». Il faut de plus que cette procédure soit renforcée par rapport à la procédure

provinciales qui disposent du pouvoir de modifier la Constitution provinciale. L'article 45 de la *Loi constitutionnelle de 1982* accorde à la législature provinciale le pouvoir exclusif de « modifier la constitution de sa province », de la même manière que le paragraphe 92 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui l'avait précédé. Ceci a une double conséquence : la première est que les assemblées législatives provinciales ont l'autorité constituante nécessaire aux révisions constitutionnelles, et qu'elles suivent pour cela la procédure législative ordinaire. La tradition du parlementarisme de type britannique existant au Canada s'opposerait en effet à ce qu'un Parlement limite son action future en s'imposant une procédure d'adoption des lois plus contraignante⁴⁰⁸. Ainsi, le *Constitutional Act* de la Colombie-Britannique reste formellement une loi ordinaire⁴⁰⁹.

262 La seconde conséquence est que cette capacité constituante provinciale démontre que les provinces sont totalement autonomes dans la mesure où seule la province concernée décide en toute indépendance des modifications à opérer, avec pour seule exception la charge du lieutenant-gouverneur⁴¹⁰. On peut donc affirmer que les provinces disposent de constitutions au sens matériel,⁴¹¹ car il existe bien des règles sur l'organisation et le fonctionnement des organes de l'État, une « Constitution politique », mais aussi une « Constitution sociale » sur la protection des droits et libertés⁴¹². Et cette Constitution matérielle provinciale se détermine et se révisé sans ingérence, de manière autonome, par chacune des provinces.

263 Un autre principe normatif du fédéralisme serait celui de la superposition, c'est-à-dire de l'existence deux sortes de collectivités juridiques distinctes au sein du territoire de la fédération dans son ensemble, ces deux sortes de collectivités étant autonomes. Ce principe est ainsi à rapprocher du principe de non-subordination qui met davantage l'accent sur une superposition

ordinaire c'est-à-dire « qu'il s'agira des normes produites selon la procédure la plus renforcée » : M. HAMON et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2011, 898 p., p. 52 et s.

⁴⁰⁸ Voir : B. PELLETIER, « L'idée d'une constitution québécoise », préc., p. 5.

⁴⁰⁹ Tout comme le serait une éventuelle Constitution québécoise.

⁴¹⁰ Celle-ci doit en effet être révisée selon une procédure renforcée impliquant le Parlement fédéral : l'article 45 prévoit « Sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province ».

⁴¹¹ On observe d'ailleurs des divergences dans l'histoire entre les constitutions provinciales par exemple en ce qui concerne le bicamérisme, ce qui démontre une véritable diversité constitutionnelle provinciale.

⁴¹² Ce dernier aspect fera l'objet de développements plus substantiels infra § 726 et s.

non hiérarchique entre les deux niveaux de gouvernance. Cette superposition égalitaire⁴¹³ est essentielle à la préservation d'une autonomie forte des deux espaces normatifs, dans la mesure où il ne saurait y avoir de véritable autonomie en cas d'ingérence systémique d'un espace juridique sur un autre. Cette double autonomie permet le maintien d'une diversité juridique au sein de la fédération. Chacun des ordres juridiques étant autonome, ayant une capacité de création normative non conditionnée par l'ordre concurrent, ils peuvent édicter des règles juridiques différentes. Cette disparité normative existe donc au sein de la fédération puisque les provinces peuvent choisir des régimes juridiques différents pour régler tel ou tel problème. Mais dans une certaine mesure, le pluralisme existe aussi à l'échelle de l'entité fédérée puisqu'avec le principe de superposition, les citoyens se trouvent soumis à des normes juridiques édictées par des organes totalement distincts et non subordonnés. Les citoyens (ou même les personnes situées sur le territoire) d'une fédération relèvent de deux ordres juridiques, l'ordre provincial et l'ordre fédéral. D'où la nécessité de coordonner cette double édicition normative. Dans une fédération, la coordination de cette diversité est assurée avant tout par la répartition des compétences entre les deux niveaux de gouvernance, mais pas exclusivement. Il existe plus largement des mécanismes d'interdépendance entre ces deux types d'espace normatif, au rang desquels on peut classer la participation des entités fédérées à la vie de la fédération, y compris des modifications apportées au pacte fédératif.

264 Or, en ce qui concerne la participation des provinces à la législation fédérale, le Canada fait figure d'exception au regard des grands modèles d'États fédéraux puisque, s'il existe un bicamérisme, il n'a pas pour fonction d'associer les entités fédérées à la vie politique fédérale : le Sénat canadien n'est pas une chambre fédérative, il ne représente pas les provinces du Canada (et la Chambre des communes non plus). Si les sénateurs sont répartis en fonction de critères régionaux et provinciaux, ils restent avant tout nommés par le gouvernement fédéral⁴¹⁴. Le Sénat

⁴¹³ Sur la question de l'égalité dans le fédéralisme voir F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, « L'égalité, mesure du fédéralisme » dans F. GELINAS et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 193-208.

⁴¹⁴ Cela s'explique par le fait que le Sénat canadien est en fait calqué sur la Chambre des Lords du Royaume-Uni : J.-B. d'ONORIO, « Le rapatriement de la Constitution canadienne », préc., p. 93; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704, § 14 et s.

est une institution qui fait couler beaucoup d'encre au Canada et dont la réforme est un véritable serpent de mer et un casse-tête politique et constitutionnel⁴¹⁵.

265 La participation des provinces aux révisions constitutionnelles est en revanche essentielle dans un régime fédéral. Il ne s'agit pas seulement d'un mécanisme favorisant l'implication des provinces dans la vie fédérale comme précédemment, car réviser la Constitution revient à modifier le pacte fédératif, fondement même de l'union et de l'équilibre entre unité et diversité qui en résulte. Sur ce point, le Canada obéit au principe général, les provinces sont largement impliquées dans le processus de révision constitutionnelle. Les formes et le degré de cette implication provinciale ont fait l'objet d'un grand débat juridique et politique au moment du rapatriement de la Constitution au début des années 80, dans lequel la Cour suprême du Canada a joué un rôle essentiel⁴¹⁶. Avec l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, c'est une nouvelle procédure de révision constitutionnelle qui décrit ce degré d'inclusion des provinces dans la révision, degré qui dépend des matières touchées par la révision⁴¹⁷.

266 Les autres mécanismes d'interdépendance dans le fédéralisme canadien ne se trouvent pas toujours explicités dans le texte constitutionnel. Des dispositifs de solidarité financière et des techniques de coordination juridique peuvent naître de la pratique. Le fédéralisme exécutif est une des voies utilisées pour parvenir à ces fins. À cet égard, on a pu se demander si ce type d'interdépendance pragmatique ne contribuait pas à saper l'autonomie pourtant affirmée de manière formelle. Pour résoudre cette contradiction inévitable entre autonomie et interdépendance, les auteurs ont pu démontrer le passage d'un fédéralisme de coopération à celui de collaboration. Le fédéralisme exécutif aurait ainsi débuté par une *coopération* dès les années 1960, qui se manifestait essentiellement selon un mode hiérarchique et unilatéral du gouvernement fédéral avec le pouvoir de dépenser, puis s'était transformé en véritable

⁴¹⁵ La Cour suprême a toutefois estimé que le Sénat était une condition essentielle pour que le Québec et les provinces maritimes adhèrent au pacte fédératif en 1867 et donc que les « caractéristiques fondamentales ou essentielles attribuées au Sénat pour assurer la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral » étaient de nature supra législatives ». En conséquence de quoi la réforme constitutionnelle de l'institution ne pouvait être effectuée par Ottawa seulement. *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54. Voir H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 346 et s. Voir plus récemment le *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc.; S. GRAMMOND, « Qui peut réformer le Sénat canadien ? », en ligne: *Revista Catalana de Dret Public*, vol.48, 2014, <DOI: 10.2436/20.8030.01.20.>.

⁴¹⁶ Voir infra § 306.

⁴¹⁷ Voir la partie V, articles 38 à 49, de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour un aperçu complet de ces procédures de modifications complexes voir : B. PELLETIER, « Les modalités de la modification de la Constitution au Canada », *RJT*, 1999, vol 33, pp 3-58.

collaboration après les échecs des accords constitutionnels, c'est-à-dire sur une base plus égalitaire, non hiérarchique et négociée⁴¹⁸.

267 Pour finir, l'existence d'un arbitre neutre chargé de trancher les conflits de compétences entre les deux niveaux de gouvernement, d'un juge constitutionnel, est considérée comme un des critères pertinents à l'identification d'un régime fédéral⁴¹⁹. Le Canada ne se soustrait pas à la règle, même si la composition n'est pas neutre puisque les juges sont nommés par le niveau fédéral⁴²⁰. Le juge suprême qui est donc aussi juge constitutionnel de dernier ressort a d'ailleurs joué un rôle fondamental dans le fédéralisme canadien.

B. La double nature du plurijuridisme canada-autochtone moderne : intégrée, mais ouverte

268 Le plurijuridisme issu de la nature coloniale du Canada hériterait finalement des deux mouvements originels de la relation entre autochtones et européens : la contrainte et le contrat. Il y a une domination nette du modèle étatique certes, mais aussi une importance accordée à la négociation par traités.

269 À cet égard, la Constitution canadienne nous éclaire particulièrement sur la nature du plurijuridisme. En effet, la Constitution est à l'origine un instrument étatique euro canadien et pourtant elle renvoie à des normativités extraétatiques autochtones via les traités et les droits ancestraux. Ainsi, le renouveau de 1982 permettrait d'introduire de la souplesse dans l'étatisme postwestphalien, et de redonner ou reconnaître une autonomie normative aux autochtones. La Constitution mettrait ce faisant en place un plurijuridisme moderne, qui a pour but d'organiser les

⁴¹⁸ D. CAMERON et R. SIMEON, « Emergence of Collaborative Federalism », préc. Il est donc possible de lever la contradiction d'un point de vue théorique, entre d'une part l'autonomie provinciale et la non-subordination et d'autre part cette interdépendance entre les exécutifs composant la fédération, par cette idée de négociation sur une base égalitaire. Quant à savoir si concrètement on peut qualifier les négociations intergouvernementales canadiennes de non hiérarchiques, véritablement collaboratives, ce point a pu être contesté et relèverait d'une étude à part entière. Voir aussi sur cette question R. L. WATTS, *Executive Federalism: A comparative Analysis*, Queens University, Institute of Intergovernmental Relations, 1989, Research Paper, 24 p; T. O. HUEGLIN, « Canada » dans K. LE ROY et C. SAUDERS, dir., *A Global Dialogue on Federalism vol. 3. Legislative, Executive, and Judicial Governance in Federal Countries*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 102-134, p. 125 et s.

⁴¹⁹ Cette caractéristique est reprise par l'ensemble de la doctrine de Wheare à Kelsen. H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, pp. 197-257.

⁴²⁰ Voir par exemple : E. BROUILLET et Y. TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif plurinational : Le cas de la Cour suprême du Canada », en ligne: *SC Working Paper*, vol.6, 2009, <<http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/DemocraticDilemma/ReformingTheSCC/SCCpapers/BrouilletFINAL.pdf>>. Nous reviendrons en infra § 1213 et s. sur cette question.

relations avec les autochtones de manière à respecter leur liberté collective de s'organiser sur des bases moins inégalitaires.

270 C'est pourquoi certains auteurs ont évoqué le constitutionnalisme de traités⁴²¹ ou le constitutionnalisme fédéral⁴²² ou ont vu dans les traités des accords constitutionnels⁴²³ afin de démontrer que la Constitution pouvait garantir un plurijuridisme moderne et renouveler les relations avec les autochtones sous le signe de l'autonomie, de l'égalité et de la diversité. En effet, on peut penser que la Constitution en tant que concept normatif a été pleinement appropriée par les autochtones. Certains ont pu ainsi parler de « visions constitutionnelles autochtones »⁴²⁴, ce qui est corroboré par le fait que les autochtones ont mis en place leurs propres Constitutions dans certains cas. Cela démontrerait que le constitutionnalisme peut s'acculturer, s'intégrer, dans les visions juridiques autochtones.

271 De ce point de vue, il n'y a donc pas d'obstacle symbolique à ce que la Constitution canadienne organise le plurijuridisme, cela ne serait pas le signe d'une survivance de colonialisme. On peut en effet faire valoir, d'une part, que peu importe la nature ou l'origine des instruments normatifs organisant le plurijuridisme dans la mesure où ils parviennent à garantir l'autonomie de chaque espace normatif (c'est-à-dire qu'il permet notamment de faire une place aux cultures juridiques autochtones, y compris aux sources de droit particulières comme la coutume). D'autre part, on peut aussi imaginer de « désétatiser » la Constitution en tant que concept juridique. On peut en effet davantage insister sur le caractère englobant de la Constitution, qui organise les grandes lignes des rapports normatifs dans un espace plurijuridique, mais pas nécessairement d'une manière purement étatique et hiérarchique, mais de manière pluraliste. Reste à savoir si c'est dans ce sens que la plus haute juridiction du Canada a interprété la Constitution⁴²⁵.

⁴²¹ Expression de James Tully. K. L. LADNER et M. McCROSSAN, « The Road Not Taken: Aboriginal Rights after the Re-imagining of the Canadian Constitutional Order » dans J. B. KELLY et C. MANFREDI, dir., *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, pp. 263-283.

⁴²² J. LECLAIR, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », préc.

⁴²³ P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 334 p., p. 151.

⁴²⁴ K. L. LADNER et M. McCROSSAN, « The Road Not Taken: Aboriginal Rights after the Re-imagining of the Canadian Constitutional Order », préc.

⁴²⁵ Voir infra § 338 et s.

C. Une nature sui generis de la construction européenne, mais indéniablement plurijuridique

- 272 Le retour aux sources, ou sur les sources, de la construction européenne a permis de mieux en comprendre la nature. Il apparaît que le plurijuridisme européen entre difficilement dans les classifications juridiques classiques, en particulier lorsqu'elles ont été développées dans un contexte étatique, comme celles du fédéralisme ou du droit constitutionnel.
- 273 En premier lieu, le caractère fédéral de l'Union européenne est une question récurrente depuis les origines⁴²⁶, et d'ailleurs la terminologie de l'intégration a longtemps été une manière d'éviter de recourir à des concepts d'essence fédéraliste. Des juristes ont pu ainsi démontrer l'essence fédérale de la construction européenne bien que le débat subsiste⁴²⁷. L'argument principal consiste à se détacher des critères les plus formalistes pour constater qu'il existe une répartition des compétences entre deux niveaux de gouvernances autonomes et que chacun produit des effets normatifs applicables aux individus. En tout état de cause, il s'agirait d'un fédéralisme particulier. D'une part en raison de la répartition fonctionnelle des pouvoirs, qui permet la réalisation d'objectifs déterminés, une technique téléologique que l'on peut d'ailleurs retrouver au niveau du droit dérivé avec les directives qui déterminent un résultat à atteindre.
- 274 D'autres auteurs ont pu mettre l'accent sur le caractère intergouvernemental du fédéralisme européen vu la place des États et plus spécifiquement de leur gouvernement dans la construction européenne⁴²⁸, même si les parlements ont récemment pu y trouver une place⁴²⁹.
- 275 Enfin, une spécificité européenne, que l'on retrouve au niveau de l'Union, mais aussi de certains États comme la Suisse⁴³⁰, est le « fédéralisme d'exécution ». À cet égard, le concept d'intégration

⁴²⁶ Voir supra § 29.

⁴²⁷ Sur ce riche débat, voir par exemple : J.-C. PIRIS, « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, vol. 2, 2005, p. 243; A. MORAVCISK, « Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality » dans K. NICOLAIDIS et R. HOWSE, dir., *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, New-York, Oxford University Press, 2001, pp. 165-187. A. VON BOGDANDY, « Doctrine of Principles », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.9/03, 2003; T. RISSE et T. A. BÖRZEL, « Who is Afraid of a European Federation? How to Constitutionalise a Multi-level Governance System », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.7/00, 2000, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0101.html>>. L. AZOULAI, dir., « The Question of Competence in the European Union », préc., p. 17 et s. (Part I). Pour une argumentation en droit comparé voir par exemple N. ARONEY, « Federal Constitutionalism / European Constitutionalism in Comparative Perspective », en ligne: *University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper*, vol.7, 2005, <<http://ssrn.com/abstract=890789>>.

⁴²⁸ M. CROISAT et J.-L. QUERMONE, *L'Europe et le fédéralisme : contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*, Paris, Montchrestien, 1999, 156 p.

⁴²⁹ Sur le mécanisme d'alerte sur le principe de subsidiarité, voir supra § 201.

est d'autant plus adéquat que l'immixtion du droit communautaire dans la vie juridique des sujets de droit, des personnes de l'espace européen, ne se fait que grâce aux États qui en sont les relais d'exécution. Ce principe d'administration indirecte de l'Union européenne⁴³¹ signifie qu'en dehors de quelques cas⁴³², la mise en œuvre des normes européennes passe par des organes au départ étatiques⁴³³. Les États membres détiennent donc un pouvoir d'exécution des normes européennes et doivent agir dans le respect du principe de coopération loyale⁴³⁴. On qualifie ainsi le phénomène selon lequel les organes de mise en œuvre du droit européen qui sont d'un point de vue organique étatique sont aussi au service de l'Union, de dédoublement fonctionnel. Autrement dit, la force coercitive du droit de l'Union dépend d'organes étatiques : de cette manière, il n'existe pas de pouvoirs de police ni d'armée européenne. Si l'on sait depuis Weber que l'État détient le « monopole de la violence légitime », on peut affirmer que l'État membre le conserve puisqu'il peut exercer une contrainte matérielle sur les individus, alors que l'Union n'a qu'une contrainte de droit. Cela dit, cela n'enlève rien à son effectivité voire à son efficacité qui peut exister sans la possibilité d'une sanction matérielle directe⁴³⁵.

276 Cette « incapacité administrative »⁴³⁶ de l'Union est donc une spécificité ou même une limite incontestable des moyens dont dispose l'Union. C'est pour certains une lacune, si l'on veut faire de l'Union une entité comparable à un État fédéral⁴³⁷. Un peu de la même manière la question des ressources propres de l'Union européenne est très liée au type d'intégration plus ou moins

⁴³⁰ B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE*, vol. 1-2, 2003, pp. 87-134.

⁴³¹ *Ibid.* Voir aussi H. C. H. HOFMAN et A. TÜRK, « The challenges of Europe's integrated administration » dans E. O. ERIKSEN, C. JOERGES et F. RÖDT, dir., *Law and Democracy in the Post-National Union*, Oslo, ARENA Centre for European Studies University of Oslo, 2006, pp. 107-125.

⁴³² Par exemple en matière de droit de la concurrence où la Commission dispose de pouvoirs indépendants de poursuites.

⁴³³ Sur cette question et sa mise en œuvre par la France comme État membre voir B. NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, préc., pp. 23 et s. puis, p. 319 et s.

⁴³⁴ C'est d'ailleurs ce que précise l'alinéa 3 de l'article 4 du *TUE* : « En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités. Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ». Voir sur cette question par exemple A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne. Institutions et ordre juridique*, Paris, Lextenso, 2013, 509 p., p. 313 et s.

⁴³⁵ En revanche cela confirmerait bien que l'Union européenne ne constitue pas un État, en ce sens voir notamment : I. PERNICE, « The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action », préc., p. 366.

⁴³⁶ A. MORAVCISK, « Federalism in the European Union », préc., p. 169 et s.

⁴³⁷ T. RISSE et T. A. BÖRZEL, « Who is Afraid of a European Federation? », préc.

poussée⁴³⁸. Or si l'Union s'est détachée du principe de la contribution financière par les États comme dans une organisation internationale, on reste loin de la possibilité d'une capacité fiscale européenne qui s'exercerait par un prélèvement direct sur les personnes physiques et morales. S'il existe en effet des ressources propres, la procédure de détermination de celles-ci reste caractérisée par l'intergouvernementalisme.

- 277 En second lieu, a pu être démontrée la relation ambiguë entre le droit constitutionnel et le droit de l'Union européenne. L'échec de la constitutionnalisation formelle des traités n'a pas nécessairement clos le débat sur la dimension constitutionnelle des pactes fondateurs de l'Union.
- 278 Pour conclure, la singularité d'une organisation normative à plusieurs niveaux est sans doute un caractère du plurijuridisme. Cette terminologie ayant pour avantage de rassembler des structures juridiques gérant la pluralité normative, il n'y a rien d'étonnant à ce que la construction du plurijuridisme passe par des outils qui sortent des classifications traditionnelles, comme les traités, ou originales, comme les directives. Fille des États européens, l'Union s'inscrit inévitablement dans un processus normatif dans lequel ils entendent pouvoir peser et conserver certaines attributions. Le poids des États dans la construction européenne devra cependant être contrebalancé par un pouvoir européen fort afin de tenir des promesses de plus en plus ambitieuses de l'Union. Au cœur de cet équilibre subtil se trouve un acteur fondamental : la Cour de justice.

II. Des constructions juridiques de l'unité et la diversité comparables

- 279 On peut se demander ce qu'il pourrait y avoir de commun entre des contextes et des cultures, juridiques notamment, aussi différentes qu'une Europe qualifiée de technocratique voire d'ultra bureaucratique et les traditions juridiques autochtones remontant aux « temps immémoriaux » fondés la coutume. Entre le positivisme étatique poussé dans une technicité normative effrénée, doublée d'un « déficit démocratique », et une culture juridique fondée non pas tellement sur l'oralité, mais sur le geste en tant que norme issue de l'ensemble du groupe social, on est sans doute à deux extrêmes de la réalité juridique moderne. Cependant entre ces deux extrémités il y a l'État (ou il y a eu l'État), et il a fallu organiser les rapports juridiques soit pour créer une unité soit pour reconnaître une diversité. L'Europe tout comme le Canada sont des entités contestées

⁴³⁸ La simple existence de ressources propres de l'Union démontre qu'en dehors de la compétence normative l'Union détient une capacité opérationnelle lui permettant d'offrir des prestations matérielles ou de service.

qui s'écartent du modèle de l'État nation⁴³⁹. Dès lors, il n'est plus paradoxal de constater des similitudes entre ces trois types de plurijuridismes, celui de la fédération canadienne, celui des peuples autochtones du Canada et celui de l'Union ou de la Communauté européenne.

280 La comparaison nous permet alors de repérer différents mouvements ou processus de constructions du plurijuridisme (A), mais aussi des instruments normatifs communs (B) qui ont amené à cette construction et des mécanismes similaires qui en régulent l'organisation (C).

A. Les dynamiques de constructions plurijuridiques

281 À la lecture des trois formations de plurijuridisme présentées, on peut observer que les édifications du plurijuridisme relèvent de circonstances très diverses. Néanmoins, on peut qualifier la construction de plus ou moins volontaire ou consensuelle. Dans le cas européen, il est très clair qu'il s'agit d'une Union volontaire, qui a été approuvée par des États démocratiques (avec toutes les limites que cela implique) à maintes reprises, c'est-à-dire à chaque adhésion à de nouveaux traités. À l'opposé, le colonialisme à l'égard des peuples autochtones relève difficilement d'une manifestation de volonté de leur part, même s'ils n'ont pas tous et pas toujours manifesté une opposition non plus. Le cas le plus ambivalent ou intermédiaire reste le cas du fédéralisme canadien. Si l'on considère que l'*AANB de 1867* est le reflet d'un « compromis fédératif », alors on peut estimer que la fédération s'est construite par la volonté des autonomies provinciales. Mais l'histoire du fédéralisme est plus complexe, en raison de la coexistence imposée au départ entre Français et Anglais, mais aussi en raison de la création fédérale de certaines provinces ou encore de l'absence du consentement du Québec à la *Loi constitutionnelle de 1982*.

282 On relève aussi certaines différences entre les plurijuridismes dans la dynamique de la construction, s'agit-il de construire une unité à partir de la diversité ou bien l'inverse ? Dans le cas européen, il s'agirait nettement de créer du « commun » à partir du multiple, par un mouvement d'association. Mais au Canada, les dynamiques d'agrégation et de ségrégation dans le fédéralisme ont été successives, si bien qu'il n'est pas aisé de faire entrer ce plurijuridisme dans l'une ou l'autre des catégories. En ce qui concerne les peuples autochtones, on peut considérer que le « renouveau » de la fin du XXe siècle a permis une plus grande reconnaissance

⁴³⁹ J. E. FOSSUM, « The Transformation of the Nation-State: The EU and Canada Compared » dans J. E. FOSSUM, dir., *Constitutional Processes in Canada and the EU Compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, pp. 7-53.

de la diversité juridique par le droit étatique canadien, cela correspondrait dès lors à une dynamique de dissociation. Toutefois, cette diversité juridique préexistait à sa prise en considération par le droit canadien, il est donc bien difficile d'affirmer que le droit canadien a créé du multiple à partir de l'unité lorsqu'il s'agit d'une simple acceptation.

- 283 Tout compte fait, le plurijuridisme naît bien de contextes historiques très différents et ne se caractérise pas par des origines particulières, volontaires ou non, passage de l'unité à la diversité ou inversement du multiple au commun. Si les commencements du plurijuridisme en éclairent la nature, le plurijuridisme se définit par l'organisation juridique entre l'unité et la diversité normatives. On trouve dès lors des similitudes entre les plurijuridismes.

B. Les instruments normatifs du plurijuridisme

- 284 Les traités sont des instruments fondateurs à la fois dans le plurijuridisme canadoautochtone et européen. On serait tenté de considérer que cette similitude est une simple coïncidence terminologique, tant les contextes et régimes juridiques sont différents. Mais on peut aussi remarquer quelques similitudes. Dans les deux cas, ces normes sont traditionnellement utilisées en droit international, mais s'en sont détachées. Le décrochage est total en ce qui concerne les alliances autochtones qui sont aujourd'hui considérées comme des instruments de droit interne⁴⁴⁰, tandis qu'en Europe les traités restent formellement soumis au droit international, mais leur modalité de révision et leur objet s'en sont considérablement éloignés. Les traités sont des instruments particulièrement adéquats pour construire un système de gouvernance à plusieurs niveaux dans la mesure où ils sont conçus par différentes volontés qui constitueront ensuite les entités de l'espace plurijuridique ce qui garantit un fonctionnement des plus démocratique et optimal. En effet, la légitimité qu'apporte un instrument pluraliste pour organiser les rapports entre les différentes autonomies normatives n'est pas à négliger. Cela expliquerait le « succès » de cet instrument dans ces deux constructions plurijuridiques, qui l'ont toutes deux utilisé de manière originale et efficace. Cette distanciation à l'égard du droit international montre aussi que lorsque les relations entre les parties au traité sont profondes (parce qu'elles vivent sur un territoire commun ou parce qu'elles veulent construire un espace économique commun), alors il est nécessaire de dépasser la dichotomie entre droit interne et droit international pour organiser

⁴⁴⁰ On notera toutefois que ce décrochage vis-à-vis du droit international a un caractère unilatéral de la part du colonisateur, aucun acte volontaire des peuples premiers n'a permis cette distanciation vis-à-vis du droit international.

ces relations étroites de manière pluraliste. Et le traité est un instrument pertinent, car les parties représentent un groupe, un peuple ou une nation, doté d'une autonomie normative, qui pourront s'entendre sur les modalités d'organisation du commun et du multiple.

285 La Constitution est aussi un instrument utilisé pour bâtir un espace plurijuridique. C'est classique dans une fédération qui a pour pacte fédératif une norme suprême constitutionnelle. Le Canada n'y déroge pas bien qu'originellement l'AANB fût formellement une loi de l'Empire britannique. C'est aussi la Constitution du Canada qui est la plus haute norme régissant les relations avec les peuples autochtones. En Europe, la constitutionnalisation formelle a été un échec, mais au final, il n'y a pas tant de différence sur le plan matériel et fonctionnel avec une Constitution fédérale comme celle du Canada⁴⁴¹.

286 Il est aussi intéressant de noter qu'outre la Constitution englobante qui établit les grands principes des rapports plurijuridiques, il existe aussi des Constitutions pour les entités englobées. C'est le cas des États membres de l'Union, mais aussi des provinces, d'un point de vue matériel, et parfois des peuples autochtones (dans le cadre des accords d'autonomie gouvernementale). Lorsqu'on compare les deux situations, on observe que le seul niveau de gouvernance possédant une Constitution formelle et matérielle est celui s'attribuant la qualité d'État. Pourtant matériellement, les autres niveaux ont aussi leur Constitution (ou sont susceptibles d'en avoir une pour les peuples autochtones). Comme ces instruments sont « constitutifs » du pouvoir, on est tenté de les qualifier de « constitutionnels », qu'ils en aient la forme juridique ou non. Le plurijuridisme parce qu'il organise les relations juridiques entre les autonomies normatives et les délimite, peut en effet contenir plusieurs niveaux constitutionnels, les uns organisant le pouvoir des autonomies englobées, les autres les autonomies englobantes.

287 Non seulement les instruments constitutionnels sont comparables d'un côté et de l'autre de l'Atlantique, mais leur processus de modification l'est aussi. Ces procédés qui ont pu être qualifiés de « mégas constitutionnels »⁴⁴², sont largement intergouvernementaux avec parfois un complément référendaire comme pour l'accord de *Charlottetown* ou le *Traité constitutionnel*, qui ont tous les deux échoué. En effet, le Canada et l'Europe ont longtemps été à la recherche d'une solution constitutionnelle, et ont subi des échecs retentissants. Comme les négociations méga constitutionnelles incluent des représentants de différents niveaux de gouvernance, et parfois

⁴⁴¹ N. ARONEY, « Federal Constitutionalism / European Constitutionalism in Comparative Perspective », préc.

⁴⁴² J. E. FOSSUM, « The Transformation of the Nation-State: The EU and Canada Compared », préc.

même sont ouvertes aux membres de la société civile, cela leur donnerait un caractère pluraliste à l'instar des traités. On peut dès lors parler de pacte constitutionnel ou pacte fédératif comme au Canada, qui recouvre alors les mêmes qualités pluralistes que les traités. Cela étant, la prise en compte des intérêts de chacun dans la délibération collective ne présage en rien du succès ultérieur des résultats de ces accords « méga constitutionnels » comme les deux exemples donnés nous le montrent.

288 Enfin, dans certains cas, des actes unilatéraux peuvent être des instruments du plurijuridisme. Il s'agit de normes issues d'un seul niveau de gouvernance, en général le plus englobant, et qui régissent certaines relations entre autonomies normatives. Ces normes laissent donc une place à la diversité juridique, mais du fait de la volonté d'une seule des autonomies concernées, d'où le risque d'impérialisme comme dans le cas de la *Loi sur les Indiens*⁴⁴³. Il faut toutefois nuancer cette affirmation, car bien souvent ces actes unilatéraux sont des actes de nature législative qui dérivent du pacte englobant. Or ce dernier peut prévoir la participation des entités englobées à l'élaboration de ces actes, comme c'est le cas dans l'Union européenne qui dès le départ accorde une place très grande aux États membres dans le processus législatif. Le règlement ou la directive peuvent ainsi être qualifiés de pluralistes puisqu'ils ont reçu l'appui d'au moins une partie des États membres, d'autant plus que des représentants de tous les États ont été inclus dans le processus délibératif. Au contraire, au Canada le principe de la participation des entités englobées, provinces ou peuples autochtones, aux actes législatifs n'est pas prévu par la Constitution. On peut parfois identifier une volonté politique issue d'une seule province, par exemple le vote du parti politique du Bloc québécois à la Chambre des communes, mais la participation provinciale ou autochtone n'est ni formalisée ni systématique. La participation des différents niveaux de gouvernance à l'élaboration d'instruments plurijuridiques, qu'il s'agisse des instruments les plus fondateurs ou même des actes de mise en œuvre « dérivés », est pourtant une garantie essentielle d'une construction pluraliste, c'est-à-dire d'une gestion de la diversité juridique compréhensive et respectueuse de l'altérité. À cet égard, les ententes administratives dans le cadre du fédéralisme coopératif canadien, tout comme les actes unilatéraux du

⁴⁴³ On peut aussi penser à la politique fédérale canadienne sur le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone.

gouvernement fédéral aménageant la participation des peuples autochtones constituent sans doute des palliatifs intéressants⁴⁴⁴.

289 Ces trois types de normes (traité, constitution et acte unilatéral) peuvent donc servir à bâtir le plurijuridisme, et pour savoir si cette construction a tenu compte des intérêts de chacun des participants de l'espace plurijuridique il faut davantage se fier au processus d'élaboration de la norme qu'à sa terminologie. Il ne faudrait pas pour autant sous-estimer le poids des mots dans le choix de l'une ou l'autre terminologie ou norme : Traité, Constitution, Loi ou Proclamation n'ont pas la même valeur symbolique. On peut très bien comprendre pourquoi les peuples autochtones et les États membres de l'Union européenne préfèrent se placer sous l'égide de traités, qui renvoient à une époque où leur souveraineté n'était pas « partagée », et utiliser la Constitution pour régir leur pouvoir propre. Le fonctionnement réel du plurijuridisme ne dépend pourtant pas de ces considérations, mais plutôt des mécanismes concrets qu'il contient.

C. Les mécanismes du plurijuridisme

290 Le plurijuridisme suppose en premier lieu la reconnaissance des différentes autonomies normatives qui le composent, une telle acceptation ne va pas toujours de soi et nécessite parfois l'appui du juge⁴⁴⁵. L'autonomisation concerne d'ailleurs aussi bien le niveau englobant qu'englobé. On peut à cet égard constater que le Canada et l'Union européenne se sont détachés progressivement d'un ordre juridique qui les englobait : celui de l'Empire britannique et celui du droit international. Dans le cas de l'Union, l'autonomisation n'est pas totale, mais on peut quand même parler de distanciation vis-à-vis du droit international et donc d'une forme d'autonomisation. Pour le Canada, l'autonomisation est allée jusqu'à l'indépendance acquise étape par étape, de l'autonomie normative dès les commencements jusqu'au rapatriement de la Constitution en 1982 en passant bien entendu par l'acquisition de la souveraineté.

291 Le plurijuridisme suppose ensuite une délimitation des autonomies normatives en son sein, et cela se concrétise en partie par une répartition des compétences prévues par dans un texte. On peut tirer d'ores et déjà plusieurs observations de la comparaison entre l'Union européenne et le

⁴⁴⁴ En ce sens à propos du fédéralisme intergouvernemental canadien T. O. HUEGLIN, « Treaty Federalism as a Model of Policy Making: Comparing Canada and the European Union », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 185-202, spéc. p. 190 et s. Il estime ainsi en comparant avec le Conseil dans l'Union européenne que » in procedural terms, Canada's practice of executive federalism can be appreciated as a variation of quasi-council interstate governance » (p. 197).

⁴⁴⁵ Voir infra le chapitre suivant.

Canada, en particulier sur le partage fédératif⁴⁴⁶. Si l'on compare le partage des compétences entre le niveau fédéral et provincial d'une part, et européen et étatique d'autre part, on constate une divergence qui singularise l'Union européenne parmi les autres systèmes fédéraux : l'approche fonctionnelle⁴⁴⁷. Traditionnellement, le fédéralisme opère une division verticale du pouvoir entre deux niveaux en répartissant les pouvoirs selon des domaines, des matières (la propriété, la monnaie, etc.), qui se concrétisent donc par des compétences matérielles. La construction européenne connaît ce type de partage matériel, mais le complète par une vision d'ensemble téléologique. Le pouvoir n'est pas divisé pour concrétiser une séparation des pouvoirs ou répondre à des préoccupations culturelles, mais avant tout pour créer un espace économique commun. Ce but ultime a d'ailleurs été dépassé aujourd'hui pour inclure des préoccupations plus politiques et sociales, mais il continue largement d'éclairer le plurijuridisme européen qui a longtemps été et reste aujourd'hui orienté vers cet objectif. Au Canada les évolutions du fédéralisme ne sont pas dictées par l'accomplissement d'un ou plusieurs objectifs dévolus au pouvoir fédéral ou au contraire aux pouvoirs provinciaux.

292 On trouve aussi une grande divergence sur le choix dans les textes fédératifs de favoriser les compétences exclusives ou non (ce qu'en Europe on nommera globalement les compétences partagées et au Canada les compétences concurrentes⁴⁴⁸). En Europe, les compétences partagées dominant et c'est l'inverse au Canada. Mais la pratique constitutionnelle au Canada⁴⁴⁹ montre que la division étanche entre les deux niveaux de gouvernance n'est pas une réalité aussi marquée que le texte constitutionnel le prévoyait. Le pouvoir de dépenser du gouvernement fédéral et le fédéralisme exécutif canadien sont essentiels à la compréhension de l'économie générale du plurijuridisme canadien.

293 Ainsi dans les deux cas la division étanche du pouvoir entre niveaux de gouvernement a fait place à une pratique de négociation et de coopération entre les gouvernements⁴⁵⁰. Toutefois, on ne saurait totalement confondre le « fédéralisme exécutif » ou coopératif canadien et le

⁴⁴⁶ Sur le cas des peuples autochtones et le partage des compétences contenu dans les traités, nous ne l'analyserons pas dans une perspective comparée dans la mesure où il dépend de chaque accord, et ne concerne donc pas la totalité des peuples autochtones concernés par le plurijuridisme.

⁴⁴⁷ En ce sens voir notamment : L. BURGORGUE-LARSEN, « À propos de la notion de compétence partagée », préc., p. 6.

⁴⁴⁸ La doctrine européenne a d'ailleurs souvent assimilé les termes de compétences partagées et concurrentes, sur cette question terminologique voir *ibid.*, p. 12 et s.

⁴⁴⁹ Ainsi que l'influence déterminante de la Cour suprême (voir *infra*).

⁴⁵⁰ En ce sens : T. O. HUEGLIN, « Treaty Federalism as a Model of Policy Making », préc., p. 192 et s.

« fédéralisme d'exécution » de l'Union européenne qui malgré la proximité terminologique et la place prépondérante des gouvernements dans les deux cas sont deux réalités juridiques différentes. En effet, l'Union européenne se caractérise par une administration indirecte des pouvoirs européens par les États, un pouvoir opérationnel, ou de mise en œuvre, confié à la structure étatique, tandis qu'au Canada chacun des niveaux de gouvernement possède son administration et reste organiquement maître de l'exécution de ces compétences législatives sous réserve de quelques exceptions.⁴⁵¹ On oppose souvent le fédéralisme coopératif avec le fédéralisme dualiste (l'un serait le modèle européen et l'autre américain). Mais la comparaison avec le Canada nous apprend que l'intergouvernementalisme et l'objectif de coopération entre les niveaux de gouvernements peut exister dans un fédéralisme au départ dual ou dualiste. Sur ce point le Canada et l'Union européenne ont des points communs quant au fonctionnement quotidien de la gouvernance à plusieurs niveaux, qui est marqué par la prépondérance des exécutifs. Cela étant, les deux fédéralismes continuent de s'opposer sur la question de la mise en œuvre, c'est-à-dire l'administration directe ou indirecte. C'est pourquoi il faut réfuter, à l'instar de Robert Schutze, l'assimilation entre le fédéralisme coopératif et l'administration indirecte⁴⁵².

294 Il apparaît ensuite une similitude entre les répartitions respectives des compétences qui tiendrait au rôle du principe d'attribution des compétences. Ce principe, pourtant considéré comme une caractéristique du fédéralisme en général, semble, à la seule lecture des textes fondateurs, soit relativisé, soit peu pertinent.

295 En Europe, le principe d'attribution des compétences européennes existe formellement, les compétences résiduelles appartenant aux États. Pourtant le texte précise quelques compétences étatiques retenues, et surtout prévoit des mécanismes permettant au niveau européen de dépasser les domaines qui lui sont dévolus afin de remplir les objectifs essentiels à la construction européenne.

⁴⁵¹ Notamment délégations obliques en particulier. Cela étant on a pu noter que « In the Canadian constitution there is one area — criminal justice — in which the federal government is responsible for legislation (the criminal code) while the provinces are responsible for the administration of justice, including most policing and the courts » : H. BAKVIS, « “In the Shadows of Hierarchy” : Intergovernmental Governance in Canada and the European Union », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 203-218, spéc. p. 207.

⁴⁵² L'auteur attribue cette confusion à la doctrine allemande qui se concentre sur la division du pouvoir exécutif alors que la doctrine américaine s'intéresse plus à la fonction législative. Pour lui le recrutement des administrations des États membres pour mettre en œuvre le droit de l'Union européenne ne signifie pas en tant que tel qu'il s'agit d'un fédéralisme de coopération. L'auteur argumente dans son ouvrage que l'Europe est passée d'un fédéralisme à dominante duale à un fédéralisme à dominante coopérative. R. SCHÜTZE, *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 432 p., p. 6 et s.

- 296 Au Canada, le texte fondateur dresse la liste des domaines à la fois pour le niveau fédéral et le niveau provincial. Certes, il donne la compétence résiduelle au pouvoir fédéral, ce qui est singulier par rapport aux autres États fédéraux, mais il apparaît relativement précis (même si le texte semble parfois dater) sur les deux niveaux de compétences, avec notamment de larges compétences provinciales et une compétence locale résiduelle à l'article 92(16).
- 297 Le rôle secondaire du principe d'attribution dans le fonctionnement du fédéralisme ou du plurijuridisme tant en Europe qu'au Canada, nous semble d'ailleurs confirmé par la jurisprudence qui n'en fait pas un principe fondateur de la régulation des compétences entre les deux niveaux⁴⁵³. Dans les deux cas, le ou les textes fondateurs se sont efforcés d'être à la fois clairs et précis sur les matières tout en laissant une marge de manœuvre certaine, soit par des compétences très larges comme la clause sur « la paix, l'ordre et le bon gouvernement » ou celle sur la « propriété et les droits civils » soit par le dépassement des attributions explicites par des clauses des traités européens introduisant une flexibilité⁴⁵⁴. La compétence résiduelle de tel ou tel niveau demeure, ne serait-ce que sur le plan symbolique, importante mais non déterminante à la compréhension générale du plurijuridisme.
- 298 En restant sur le plan symbolique, on note que le contenu des compétences attribuées à tel ou tel niveau reflète sans doute une vision des compétences que devait avoir, du moins à une certaine époque, un État digne de ce nom. L'État fédéral, le Canada, dispose ainsi des compétences régaliennes comme la monnaie, la défense ou encore le droit criminel. Les États membres conservent les prérogatives relatives à la sécurité publique interne ou internationale ainsi que les compétences relatives au droit pénal pour une grande partie. La compétence monétaire a été transférée au niveau européen, mais en dehors de cela, il est intéressant de noter que, ce que l'on peut considérer comme relevant plutôt du niveau global ou au contraire du niveau local ne reçoit pas la même réponse d'un côté à l'autre de l'Atlantique dès lors qu'il s'agit de domaines touchant la souveraineté. L'appropriation de la caractéristique étatique à un moment de l'histoire semble ici déterminante⁴⁵⁵, surtout quand ce moment correspond à la rédaction des textes de partage des compétences.

⁴⁵³ Voir infra § 455 et s.

⁴⁵⁴ D'autant plus qu'elles ont été interprétées généreusement par la Cour de justice, voir infra § 518.

⁴⁵⁵ En ce qui concerne ces questions à l'égard des peuples autochtones et le Canada on peut tirer le même constat, dans les traités négociés dans lesquels l'État fédéral n'abandonne pas ses prérogatives liées à la souveraineté, mais aussi dans les droits ancestraux tels qu'interprétés par la jurisprudence, voir infra § 338 et s.

299 Pour finir, les différentes normes aperçues dans les contextes canadiens ou européens comprennent d'autres techniques du plurijuridisme, que l'on peut regrouper soit autour du renvoi soit de la marge d'appréciation. Le premier relève de la coordination et se retrouve dans les instruments de droit international privé européen, dans le principe de reconnaissance mutuelle, ou encore des renvois formels ou matériels opérés par le droit englobant vers le droit englobé (du droit étatique au droit autochtone, au du droit fédéral au droit provincial, du droit communautaire au droit étatique). Il existe aussi une technique liée à l'harmonisation qui est de laisser une marge de manœuvre aux entités englobées par rapport à une norme globale, c'est le cas intrinsèquement de la directive européenne, lorsqu'elle est utilisée dans son sens originel.

Conclusion du chapitre

300 Les plurijuridismes européens et canadiens sont comparables sur bien des points⁴⁵⁶, en dépit des histoires singulières qui les ont façonnés. Les parallèles que nous avons pu établir relativisent d'ores et déjà certaines catégorisations opérées traditionnellement par la doctrine, sur le traité ou bien la constitution ou encore la place du principe d'attribution dans le fédéralisme. Mais les rapprochements sont encore plus frappants lorsqu'on étudie le rôle déterminant des juges suprêmes dans le façonnement de ces espaces plurijuridiques.

⁴⁵⁶ On a pu ainsi affirmer que l'analyse comparative entre le Canada et l'Union européenne permettait de conceptualiser une nouvelle forme de gouvernance non unitaire se distinguant du modèle classique américain : T. O. HUEGLIN, « Treaty Federalism as a Model of Policy Making », préc., p. 200.

CHAPITRE 2. LA CONSOLIDATION DES AUTONOMIES NORMATIVES PAR LES JUGES SUPREMES, CONDITION ESSENTIELLE A L'EXISTENCE DU PLURIJURIDISME

- 301 Le décor normatif et contextuel planté, le juge suprême va pouvoir exercer une influence sur le plurijuridisme. Or bien souvent, les textes fondateurs, les pactes, n'ont pas suffisamment établi ou protégé les différentes autonomies normatives de l'espace plurijuridique. Cela sera alors aux juges de les suppléer par la « sécurisation » des différentes autonomies, en particulier celles qui sont les plus incertaines ou inabouties.
- 302 Dans le contexte du fédéralisme canadien, cette approche peut paraître étonnante puisqu'une Constitution fédérale par définition conçoit et protège les deux types d'autonomie, fédérale et fédérée. En réalité le texte fondateur du fédéralisme canadien contient bien des lacunes qu'il conviendra que le juge comble (section 1). Quant à l'autonomie normative des peuples autochtones du Canada, elle n'est que potentielle, à peine effleurée par le texte constitutionnel et nécessitait une interprétation prétorienne à même d'en reconnaître l'existence (section 2).
- 303 L'autonomie normative de la Communauté, devenue l'Union, était elle aussi implicite dans les traités constitutifs, mais il a fallu tout un travail d'interprétation et de justification par la Cour de justice pour en faire une réalité face à l'autonomie normative incontestée des États membres (section 3).

Section 1. Le juge suprême canadien, gardien du pacte fédératif : quelle place pour l'autonomie provinciale ?

- 304 La Constitution canadienne prévoit bel et bien la coexistence et les rapports entre le niveau fédéral et provincial, et sans doute l'existence du plurijuridisme se lisait à la seule lumière du texte constitutionnel. En revanche, le pacte fédératif contenait certains déficits, au point de faire douter de l'existence d'une véritable autonomie normative pour les provinces, ce sont ces incertitudes qui ont été levées par le juge suprême. En premier lieu, le pacte fédératif n'avait pas toujours prévu comment et dans quelle mesure il pouvait être modifié, or cette question est essentielle à la préservation des autonomies provinciales puisqu'elle conditionne les modalités de leur adhésion à l'espace global. La Cour suprême s'est ainsi trouvée propulsée en première ligne dans le débat politique pour lever les ambiguïtés du fédéralisme canadien en réponse aux demandes d'avis sur la révision du pacte fédératif (I). En second lieu, le Conseil privé puis la

Cour suprême ont pu jouer un rôle, classique au sein d'un État fédéral, dans la répartition constitutionnelle des compétences, et ont à travers cette mission participé à la construction du fédéralisme canadien en confirmant la place des autonomies provinciales (II).

I. La Cour suprême du Canada et la modification du pacte fédératif

305 La Cour suprême du Canada s'est trouvée impliquée dans le bouleversement du fondement du fédéralisme canadien plusieurs fois, en particulier⁴⁵⁷ au moment du rapatriement au début des années 1980 (A) puis en 1998 sur la question de la sécession du Québec (B). Dans les deux cas, la Cour suprême a été sollicitée par les acteurs politiques de manière à désamorcer une crise politique liée au fédéralisme et à la question lancinante de la souveraineté du Québec. Les avis rendus au printemps 2014, dans un contexte politique plus apaisé, confirment toutefois que la Cour a toujours un rôle à jouer dans la modification du pacte fédératif (C).

A. Le Renvoi sur le rapatriement et ses conséquences

306 Au début des années 1980, le Premier ministre du Canada Pierre Elliott Trudeau décide de mener à bien la révision constitutionnelle qui lui tient depuis longtemps à cœur, c'est-à-dire donner au Canada une procédure de révision constitutionnelle indépendante de Londres (d'où l'expression de « rapatriement » de la Constitution) et une charte constitutionnelle de protection des droits et libertés pancanadienne. Cette décision se passe dans un contexte politique très particulier, puisqu'elle intervient après l'échec du référendum sur le projet de souveraineté-association du Québec avec le Canada du 20 mai 1980. Et cet échec est en partie attribué à l'habileté politique de Trudeau, qui annonce, à quelques jours du vote, que la victoire du non serait un signal pour un changement constitutionnel, ce qui avait pu être interprété comme une possible décentralisation future du fédéralisme. Le changement constitutionnel est en route, mais il ne correspond pas aux aspirations d'autonomie de certains Québécois. Après l'échec d'une conférence constitutionnelle entre le fédéral et les provinces, Ottawa décide de faire cavalier seul pour modifier la Constitution. En octobre 1980, est déposé au Parlement fédéral un projet de résolution, demandant au Parlement de Westminster de modifier la Constitution canadienne afin de la « rapatrier » avec une modification constitutionnelle temporaire et d'y inscrire une Charte des droits. La question de la constitutionnalité de ce « rapatriement unilatéral » d'Ottawa se pose

⁴⁵⁷ La question de la modification du pacte fédératif s'était aussi posée à la Cour suprême en 1980 par rapport au Sénat : *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

immédiatement⁴⁵⁸. Trois provinces sollicitent l'avis de leur Cour d'appel respective. Puis la Cour suprême est à son tour saisie en appel de ces trois décisions contradictoires⁴⁵⁹.

307 La Cour suprême rend sa décision le 28 septembre 1981, à ce moment-là aucune démarche ne s'est concrétisée auprès de Londres. Sa décision dite *Renvoi sur le Rapatriement*⁴⁶⁰, constitue un tournant dans la vie constitutionnelle canadienne et certainement « l'émergence politique » de la Cour⁴⁶¹.

308 La Cour rend en effet une décision éminemment politique dans le sens où elle permettra de mettre fin à une situation hautement conflictuelle entre le pouvoir fédéral et les provinces (huit provinces s'étaient opposées à la démarche fédérale) et aller de l'avant dans la révision, mais aussi en raison des fondements mobilisés par la Cour.

309 Le problème juridique qui était posé à la Cour était de savoir si la Constitution permettait au pouvoir fédéral de procéder seul à cette modification constitutionnelle⁴⁶², c'est-à-dire sans le consentement des provinces. La solution était soumise à des interprétations divergentes dans la mesure où les textes constitutionnels avaient jusque-là éludé cette question, faute de consensus (ce qui explique que jusqu'en 1982 le pouvoir de modification appartenait toujours formellement à Londres). Mais d'un autre côté, comme nous l'avons étudié, la modification d'un pacte fédératif dans les théories fédéralistes nécessite généralement le consentement des entités fédérées, et la « théorie du pacte » allait dans ce sens. De plus, il existait une pratique, des précédents dans l'histoire constitutionnelle canadienne puisque des modifications constitutionnelles avaient été faites avant 1982, dont certaines ont pu concerner très directement le fédéralisme canadien (en touchant la répartition des compétences notamment).

⁴⁵⁸ Pour un historique plus complet voir notamment J.-B. d'ONORIO, « Le rapatriement de la Constitution canadienne », *RIDC*, vol. 35, 1983, pp. 69-108.

⁴⁵⁹ Il s'agit d'un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1981), 117 D.L.R. (3d) 1; [1981] 2 W.W.R. 193, d'un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1981), 118 D.L.R. (3d) 1, 82 A.P.R. 503, 29 Nfld. & P.E.I.R. 503, et d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec [1981] C.A. 80; (1981), 120 D.L.R. 385.

⁴⁶⁰ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753. Voir notamment les commentaires de N. DUPLÉ, « La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : la victoire du compromis sur la rigueur », *C. de D.*, vol. 22, 1981, pp. 619-648; P. BLACHE, « La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : l'impact des perceptions différentes de la question », *C. de D.*, vol. 22, 1981, pp. 649-666.

⁴⁶¹ V. MAYER, « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique, redéfinition et impact politique », *Pouvoirs*, vol. 59, 1991, pp. 143-158.

⁴⁶² La Cour avait déjà apporté un élément de réponse en interprétant le par. 91(1) (abrogé en 1982) dans le *Renvoi relatif à la Chambre haute*, préc., en précisant que le Parlement ne pouvait apporter unilatéralement des changements constitutionnels telles l'abolition du Sénat ou la modification de ses caractéristiques essentielles qui assurent la représentation régionale et provinciale dans le système législatif fédéral.

- 310 La Cour suprême répond de manière divisée sur ces trois points, en opérant des distinctions nuancées entre ce qui relève de la Constitution écrite et non écrite, du texte et la pratique, mais aussi du juridique et du politique. La position de la Cour a souvent été résumée comme étant une réponse en deux temps, sur la légalité puis la légitimité de la modification constitutionnelle envisagée.
- 311 Sur la question de la légalité, sept juges de la Cour suprême estiment que rien n'empêche juridiquement les deux chambres fédérales canadiennes de demander au Parlement du Royaume-Uni de modifier la Constitution canadienne⁴⁶³. L'argument est fondé en partie sur le *Statut de Westminster* et la définition de « Dominion », puisque c'est le « Dominion » qui peut demander à Londres la modification constitutionnelle. En conjonction avec les articles 2 et 7 du Statut, les juges suprêmes concluent que le Dominion signifie le Canada, dans le sens du pouvoir fédéral et non dans le sens de la fédération composée de ce pouvoir fédéral et des provinces. L'autre argument développé tient à ce que le Canada étant souverain depuis ce Statut, une telle demande à Londres relève du droit international, et donc de la compétence fédérale. La majorité de la Cour écarte ainsi la théorie du pacte ou celle du fédéralisme comme principes interprétatifs : la théorie du pacte relève de la science politique⁴⁶⁴ et la répartition des compétences n'a pas de « répercussion externe »⁴⁶⁵, bref ils ne produisent aucun effet juridique sur ce point. Toutefois, la Cour se penche dans un deuxième temps sur une autre dimension non strictement juridique en déterminant s'il existe une convention constitutionnelle qui empêcherait une modification unilatérale.
- 312 Ainsi, sur la question de la légitimité, la majorité de la Cour sera cette fois plus favorable aux provinces puisqu'elle estime qu'une convention constitutionnelle s'oppose à cette demande unilatérale fédérale⁴⁶⁶. La décision est l'occasion pour la Cour de préciser la nature des

⁴⁶³ « Aucune loi ne requiert le consentement des provinces à une résolution des chambres fédérales ou à l'exercice par le Royaume-Uni de son pouvoir législatif »

⁴⁶⁴ À propos de la nature de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* la majorité de la Cour estime : « Qu'il s'agisse de la théorie absolue du pacte (qui, même du point de vue des faits, ne peut être défendue compte tenu du pouvoir fédéral de créer de nouvelles provinces à partir de territoires fédéraux, ce qui s'est produit lors de la création de l'Alberta et de la Saskatchewan) ou d'une théorie du pacte modifiée, comme l'allèguent certaines provinces, il s'agit de théories qui relèvent du domaine politique, de l'étude des sciences politiques. Elles ne mettent pas le droit en jeu, sauf dans la mesure où elles pourraient avoir une pertinence périphérique ». *Renvoi sur le rapatriement*, préc., p. 803.

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 806.

⁴⁶⁶ Il ne s'agit pas de la même majorité que sur la question de la légalité, 7 juges se prononceront dans ce sens, mais parmi eux on ne retrouve que quatre des juges formant la majorité sur la légalité. Les autres juges estimeront pour trois d'entre eux que ni la légalité ni les conventions constitutionnelles ne s'opposent à ce rapatriement unilatéral et

conventions constitutionnelles au Canada. Elle précise qu'elles font pleinement partie de la Constitution, mais qu'elles ne sont pas de nature juridique au sens strict si elles n'ont pas été cristallisées dans une loi. Elles ne relèvent pas des tribunaux, au contraire de la common law, et ne sont donc pas susceptibles d'être sanctionnées par eux⁴⁶⁷. L'inconstitutionnalité conventionnelle peut ainsi être constatée par un juge, c'est ce que la Cour va d'ailleurs faire, mais la sanction encourue est de nature politique et non juridique. C'est pourquoi on peut qualifier cette partie du raisonnement d'une appréciation prétorienne de la légitimité de la mesure en cause. Une convention constitutionnelle s'identifie au moyen de l'existence de trois critères, le premier tient à l'existence de précédents, à l'usage, mais cela ne suffit pas, car les conventions constitutionnelles tirent leur caractère normatif de deux autres critères qui sont que les acteurs doivent considérer la règle comme obligatoire et que cette règle doit avoir une raison d'être⁴⁶⁸.

- 313 La Cour commence au préalable par restreindre son champ d'étude aux modifications constitutionnelle intéressant directement les rapports fédératifs dans la mesure où la révision envisagée entre dans cette catégorie puisque la *Charte des droits* restreint les pouvoirs législatifs tandis que la formule de modification « permettrait la modification de la Constitution, y compris la répartition des pouvoirs législatifs »⁴⁶⁹. Puis elle étudie les précédents pertinents, et conclue que ces cinq révisions pertinentes « ont reçu l'approbation de chacune des provinces dont le pouvoir législatif était ainsi touché » et qu'« on ne trouve depuis la Confédération aucune modification qui change les pouvoirs législatifs provinciaux sans l'accord d'une province dont les pouvoirs législatifs auraient ainsi été modifiés »⁴⁷⁰. Ce qui fait pencher la Cour vers la règle du nombre substantiel plutôt que vers l'unanimité du consentement des provinces est le deuxième critère, elle estime en effet que les acteurs ne se sentaient pas liés par l'unanimité⁴⁷¹, en revanche :

pour deux d'entre eux à l'inverse que les deux dimensions l'empêchent. C'est donc une Cour au final divisée qui résout une question épineuse politiquement et juridiquement.

⁴⁶⁷ *Renvoi sur le rapatriement*, préc., p. 880.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 888 et s.

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 887.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 893.

⁴⁷¹ « Nous avons aussi indiqué que bien que les précédents favorisent l'unanimité, il ne semble pas que tous les acteurs dans les précédents aient accepté que la règle de l'unanimité les lie » *ibid.*, p. 904.

« la discussion de ce point précis depuis plus de cinquante ans postule que tous les gouvernements en cause reconnaissent clairement le principe qu'un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire »⁴⁷².

314 C'est ce dernier point qui a suscité de nombreuses critiques en doctrine, au Québec notamment⁴⁷³. En ce qui concerne le dernier critère, la Cour mobilise cette fois le principe fédéral comme étant « la raison d'être » de la convention constitutionnelle⁴⁷⁴ : la normativité du fédéralisme semble donc cantonnée à ce domaine équivoque du politico-juridique et non pas d'une juridicité susceptible de sanction juridictionnelle.

315 Finalement, la convention constitutionnelle que la Cour s'emploie à démontrer permet d'habilement débloquent la crise politique puisque la Cour estime qu'il faut non pas le consentement unanime des provinces, mais qu'« un degré appréciable de consentement provincial est nécessaire »⁴⁷⁵. Elle refusera de se prononcer sur ce degré lui-même. En réalité, cette absence d'exigence permettra, plus tard, l'entrée en vigueur de la révision constitutionnelle sans le consentement du Québec. La Cour confirmera d'ailleurs, alors que tout est joué puisqu'en décembre 1982 la révision a été adoptée, que le Québec ne dispose pas d'un veto en la matière⁴⁷⁶. Cette décision a pu donc être vivement saluée pour le désamorçage politique qu'elle justifie globalement plutôt adroitement, comme vertement critiquée tant pour ces lacunes que ses conséquences politiques et juridiques⁴⁷⁷.

316 Les conséquences sur l'évolution du pacte fédératif se sont fait ressentir pendant des années, et encore aujourd'hui puisque l'un des objectifs des négociations constitutionnelles a été d'obtenir

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Voir par exemple N. DUPLÉ, « La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : la victoire du compromis sur la rigueur », préc., p. 632.

⁴⁷⁴ *Renvoi sur le rapatriement*, préc., p. 905 et s.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 905. Plus loin la majorité de la Cour conclut : « Sans exprimer d'opinion sur son degré, nous en venons à la conclusion que le consentement des provinces du Canada, est constitutionnellement nécessaire à l'adoption du "Projet de résolution portant adresse commune à Sa Majesté la Reine concernant la Constitution du Canada" et que l'adoption de cette résolution sans ce consentement serait inconstitutionnelle au sens conventionnel. » p. 909.

⁴⁷⁶ *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793. Cette décision enterme également implicitement la conception dominante au Québec d'une fédération binationale : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The "Principle of Federalism" and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 54, 2011, pp. 77-115, spéc. p. 86.

⁴⁷⁷ Le débat sur cette décision a d'ailleurs ressurgit récemment suite aux travaux de l'historien Frédéric Bastien dans « La bataille de Londres » qui montre que le juge en chef de l'époque Bora Laskin aurait tenu au courant les gouvernements britanniques et canadiens des délibérations de la Cour suprême. Journal *Le Devoir* du 9 avril 2013 Un « coup d'État constitutionnel »? <http://www.ledevoir.com/politique/canada/375215/un-coup-d-etat-constitutionnel> et du 10 avril 2013 « Rapatriement de la Constitution - Des révélations prises au sérieux à la Cour suprême » en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/375314/des-revelations-prises-au-serieux-a-la-cour-supreme>

ce consentement québécois. Ce furent on le sait des échecs. Ces circonstances ont probablement conduit à l'essor du mouvement souverainiste québécois jusqu'au nouvel échec référendaire de 1995 sur la souveraineté. Et c'est dans ce nouveau contexte que la Cour suprême fut de nouveau sollicitée par les acteurs politiques.

B. Le Renvoi sur la sécession du Québec

- 317 La Cour suprême est en effet saisie en 1996 par le gouvernement fédéral qui lui demande si, en vertu de la Constitution ou du droit international⁴⁷⁸ le Québec, via son gouvernement ou l'Assemblée nationale, pourrait unilatéralement procéder à la sécession du Canada. En réalité, cette demande d'avis consultatif fait partie d'une stratégie politique globale du gouvernement fédéral afin de souligner les dangers politiques et économiques d'une sécession non approuvée par le Canada. Il espérait ainsi que la Cour se prononce en faveur de l'illégalité d'une telle démarche⁴⁷⁹. Le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁴⁸⁰ intervient donc à nouveau dans un contexte de haute tension politique et sur un point constitutionnel et politique d'« extrême importance »⁴⁸¹, même si cette fois-ci la question n'est pas à l'ordre du jour immédiat.
- 318 Une fois encore la Cour procède avec habileté : elle parvient à un jugement à la Salomon puisque chacun des clans politiques allait pouvoir y lire des éléments en leur faveur. Pour cela, elle distingue à nouveau les questions de légalité et de légitimité⁴⁸², ce qui va lui permettre également, comme dans le *Renvoi sur le rapatriement*, de définir le rôle prétorien au sein du système politique du fédéralisme canadien.
- 319 Pour ce faire, la Cour « met à jour » un nouveau type de norme constitutionnelle que sont « les principes constitutionnels fondamentaux »⁴⁸³. Ce sont des principes non écrits, implicites et sous-

⁴⁷⁸ Notre analyse ne tiendra compte que de la question interne analysée par la Cour, c'est-à-dire de l'angle constitutionnel.

⁴⁷⁹ M.-L. GÉLY, « La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l'évolution du fédéralisme : la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatérale du Québec », *RDP*, 1999, pp. 1645-1667, spéc. p. 1646.

⁴⁸⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁴⁸¹ De l'aveu même de la Cour : *ibid.*, p. 1.

⁴⁸² Le procureur général fédéral avait convié la Cour de n'aller que sur le terrain juridique, par une analyse de la procédure de révision de la partie V *Loi constitutionnelle de 1982*. Cela aurait placé la Cour dans une posture délicate. En effet, « son premier souci serait certainement de sauvegarder sa crédibilité et sa légitimité en évitant de donner l'impression qu'elle ne faisait que répondre aux attentes du gouvernement fédéral » et ne pas nier aux Québécois leur droit politique de déterminer leur avenir sous peine d'accroître le sentiment souverainiste : J. WOEHRLING, « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », *RFDC*, vol. 37, 1999, pp. 3-27, spéc. p. 12.

⁴⁸³ Ces principes avaient été reconnus un an auparavant dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3, § 96.

jacents de la Constitution dont la Cour se fait « l'oracle »⁴⁸⁴. Ces principes doivent guider l'interprétation par les tribunaux de la Constitution, en combler les vides éventuellement⁴⁸⁵. À la lumière de l'histoire constitutionnelle canadienne⁴⁸⁶ et de ses propres précédents⁴⁸⁷, elle analyse : « quatre principes qui intéressent le plus directement le présent renvoi : le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et le respect des droits des minorités »⁴⁸⁸. Ces principes peuvent conduire à de véritables obligations juridiques substantielles plus ou moins précises selon les circonstances⁴⁸⁹. Puis la Cour procède à leur application à l'éventuelle sécession unilatérale du Québec.

- 320 Si la Cour prend soin de préciser que la sécession est un acte juridique qui implique une modification constitutionnelle, ce n'est que pour mieux insister ensuite sur l'existence ou non de négociations préalables du Québec avec les autres provinces et le gouvernement fédéral en vue de faire sécession⁴⁹⁰. Puis elle estime que les principes constitutionnels sous-jacents, le fédéralisme joint au principe démocratique, impliquent une obligation de négocier de bonne foi en cas de majorité claire en faveur de la sécession, pour toutes les parties formant la Confédération⁴⁹¹.
- 321 La portée de cette obligation⁴⁹² est à mi-chemin entre les conventions constitutionnelles⁴⁹³ et le droit écrit de la Constitution puisque la sanction encourue en cas de violation est de nature juridique (et non politique comme pour les conventions), mais non justiciable. La notion de « réserve judiciaire » permet ainsi à la Cour d'exclure les tribunaux de toute évaluation du respect de cette obligation. Les négociations impliquant une conciliation des différents intérêts en cause, elles seraient d'une nature exclusivement politique. Ainsi « la Cour n'a aucun rôle de surveillance à jouer sur les aspects politiques des négociations constitutionnelles »⁴⁹⁴, qu'il s'agisse de leur

⁴⁸⁴ J. WOEHRLING, « L'éventuelle sécession du Québec », préc., p. 13.

⁴⁸⁵ *Renvoi sur la sécession*, préc., § 49 à 54.

⁴⁸⁶ La Cour en dresse un portrait du paragraphe 33 à 48 : *ibid.*

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 55 à 82.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p. 49. La liste ne serait donc pas exhaustive.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 54.

⁴⁹⁰ Le caractère unilatéral sur lequel portait la question le gouvernement fédéral est ainsi redéfini et réduit à la question des négociations et non plus de la procédure de révision constitutionnelle. Voir J. WOEHRLING, « L'éventuelle sécession du Québec », préc., p. 15.

⁴⁹¹ *Renvoi sur la sécession*, préc., § 88 et s.

⁴⁹² Sur cette question voir notamment : P. TAILLON et A. DESCHENES, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels », *C. de D.*, vol. 53, 2012, pp. 461-522.

⁴⁹³ Pour une explication sur l'absence du recours par la Cour à ces conventions constitutionnelles en l'espèce voir : J. WOEHRLING, « L'éventuelle sécession du Québec », préc., p. 18.

⁴⁹⁴ *Renvoi sur la sécession*, préc., p. 100.

initiative, contenu, procédure ou résultat⁴⁹⁵. La Cour ne fait que guider les acteurs politiques sur le contenu de cette obligation de négocier en précisant que :

« la conduite des parties dans de telles négociations serait régie par les mêmes principes constitutionnels que ceux qui ont donné naissance à l'obligation de négocier »⁴⁹⁶.

322 En 1998, la Cour suprême du Canada est de nouveau érigée en arbitre du fédéralisme canadien, rôle qu'elle tente de remplir par la satisfaction des attentes contradictoires des Canadiens⁴⁹⁷. La Cour démontre surtout à quel point elle est une architecte du fédéralisme canadien, puisqu'elle crée des conditions, cette fois-ci non pas en l'absence de texte, mais au-delà du texte constitutionnel⁴⁹⁸, en vue de modifier le pacte fédératif⁴⁹⁹. Elle s'efforce de démontrer ensuite qu'elle n'est qu'une actrice complémentaire⁵⁰⁰, puisqu'elle ne fait que mettre entre les mains des acteurs politiques l'avenir du pacte fédératif.

C. Les Renvois de 2014 sur la Cour suprême et le Sénat

323 En 2014, la Cour suprême du Canada s'est prononcée par deux fois sur les procédures de modification constitutionnelle à suivre à propos de deux institutions essentielles dans le fédéralisme canadien : la Cour suprême⁵⁰¹ elle-même et le Sénat⁵⁰². Dans les deux cas, il était demandé à la Cour quelles étaient les procédures de révision à suivre pour modifier les dispositions concernant d'une part le Sénat et d'autre part la Cour suprême du Canada. La partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit en effet des degrés de consentement des provinces

⁴⁹⁵ La définition de la « majorité claire ou de la question claire en faveur de la sécession » est ainsi expressément laissée à l'appréciation des acteurs politiques. P. 100.

⁴⁹⁶ *Renvoi sur la sécession*, préc., p. 90. Ce qui est une manière de rassurer les minorités linguistiques et les autochtones sur leur place dans de telles négociations, la Cour précisera ensuite « Des minorités linguistiques et culturelles, dont les peuples autochtones, réparties de façon inégale dans l'ensemble du pays, comptent sur la Constitution du Canada pour protéger leurs droits » au p. 96. La Cour précise ensuite au p. 104 : « Si des négociations de sécession étaient engagées, notre Constitution, tout autant que notre histoire, appellerait les participants à s'efforcer de concilier les droits, les obligations et les aspirations légitimes de tous les Canadiens dans un cadre qui donnerait autant d'importance aux responsabilités qu'aux droits de chacun en vertu de la Constitution ».

⁴⁹⁷ M.-L. GÉLY, « La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé », préc.

⁴⁹⁸ Puisque contrairement au Renvoi de 1981, il existe désormais un texte qui prévoit la modification de la Constitution, même s'il ne prévoit pas si est vrai le cas précis de la sécession.

⁴⁹⁹ La Cour généralise en effet le principe de la négociation : « La tentative légitime, par un participant de la Confédération, de modifier la Constitution a pour corollaire l'obligation faite à toutes les parties de venir à la table des négociations ». *Renvoi sur la sécession*, préc., p. 88.

⁵⁰⁰ Voir : G. BAIER, « The Courts, the Division of Powers and Dispute Resolution » dans H. BAKVIS et G. SKOGSTAD, dir., *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, Toronto, Oxford, 2008, pp. 23-37, p. 27.

⁵⁰¹ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 C.S.C. 21. Voir infra § 1214 et s. pour plus de précisions sur l'enjeu de cette affaire.

⁵⁰² *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] 1 R.C.S. 704.

distincts (l'unanimité, l'accord de 7 provinces représentant 50 % de la population canadienne ou aucun) selon les matières constitutionnelles révisées.

- 324 Or tant la Cour suprême du Canada, que le Sénat apparaissent comme des institutions fédérales ayant une importance particulière dans l'équilibre fédératif canadien : les précisions apportées par la Cour quant à la modification de leur composition en particulier permettent de garantir aux provinces qu'elles ne sauraient être écartées du processus de révision.
- 325 Ainsi s'agissant de la composition de la Cour suprême du Canada, dont les conditions de nomination des juges telles qu'elles existaient en 1982, et donc les trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec⁵⁰³, elle doit être approuvée par toutes les provinces. Les caractéristiques essentielles de la Cour, comme sa compétence, demandent la procédure dite « 7/50 »⁵⁰⁴.
- 326 En ce qui concerne le Sénat, la Cour suprême s'oppose à la volonté du pouvoir fédéral d'instaurer des élections consultatives et de réduire la durée du mandat des sénateurs unilatéralement, de telles modifications constitutionnelles devant passer par la procédure de droit commun « 7/50 »⁵⁰⁵. Quant à l'abolition pure et simple du Sénat, elle demanderait le consentement unanime des provinces⁵⁰⁶.
- 327 La Cour fait cependant bien plus qu'attribuer des domaines de révision des procédures adéquates en interprétant les dispositions de la partie V, elle s'assure que les provinces (voire qu'une seule province puisque la procédure de l'unanimité octroie un droit de veto constitutionnel) voient leur autonomie toujours garantie grâce à leur participation au pouvoir constituant. Bien plus, la Cour semble dans les deux décisions recourir à la théorie du « pacte fédératif »⁵⁰⁷ et permet que les provinces soient en position de protéger leurs intérêts en participant aux modifications constitutionnelles ayant un impact sur ces intérêts⁵⁰⁸, ce qui était précisément leur intention en 1982⁵⁰⁹.

⁵⁰³ Voir infra § 1214 et s. sur cette question.

⁵⁰⁴ *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 74 et s.

⁵⁰⁵ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., § 49 et s.

⁵⁰⁶ *Ibid.* § 97 et s.

⁵⁰⁷ En ce sens, voir S. GRAMMOND, « Qui peut réformer le Sénat canadien? », en ligne: *Revista Catalana de Dret Public*, vol.48, 2014, <DOI: 10.2436/20.8030.01.20.> p. 61.

⁵⁰⁸ La Cour a même précisé que les dispositions de la « partie V reflètent le consensus politique selon lequel les provinces doivent avoir un droit de participation aux modifications constitutionnelles mettant en cause leurs intérêts » : *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, préc., § 31.

⁵⁰⁹ *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 99 et s.

II. La « sécurisation » du fédéralisme canadien dans le contentieux de la répartition des compétences

328 Ainsi paradoxalement, le caractère colonial du Canada a permis un enracinement du principe fédéral par l'action de cet organe judiciaire impérial : le Conseil privé (A). Puis la Cour suprême du Canada, ayant le dernier mot à partir de 1949, contribua également au façonnement progressif du fédéralisme canadien sans renier totalement l'ancienne jurisprudence (B).

A. Les fondements jurisprudentiels du fédéralisme canadien initiés par le Conseil privé de Londres

329 Il est généralement reconnu que le comité judiciaire du Conseil privé, tribunal de dernière instance au Canada jusqu'à la moitié du XXe siècle, a exercé une influence considérable sur le fédéralisme canadien par son interprétation du pacte fédératif de 1867⁵¹⁰.

330 On peut en effet affirmer que le Conseil privé a consolidé le fédéralisme canadien, dans la mesure où il a très tôt affirmé l'absence de subordination des provinces à l'égard du pouvoir central. Ainsi dans *Hodge c. La Reine*, il estime que les parlements provinciaux sont souverains dans l'exercice de leurs compétences⁵¹¹. Puis dans *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*⁵¹², il estime de la même manière que les pouvoirs du parlement fédéral et ceux des législatures provinciales sont de même nature : ils sont également suprêmes et autonomes dans leurs domaines de compétences respectifs.

331 Au-delà de l'affirmation de la non-subordination des différents niveaux de gouvernement, l'interprétation du Comité judiciaire va dans le sens de la protection de l'autonomie provinciale en raison du caractère exclusif qu'il attribue aux compétences législatives. Le principe de l'exclusivité des compétences a été rendu célèbre par la métaphore de Lord Atkin, qui dans l'affaire des conventions du travail de 1937⁵¹³, décrit les compétences respectives du Parlement et des législatures provinciales comme étant des « compartiments étanches ».

⁵¹⁰ Pour une analyse des différentes perceptions du comité voir A. C. CAIRNS, « The Judicial Committee and Its Critics », *Can. J. Pol. Sc.*, vol. 4, 1971, pp. 301-345.

⁵¹¹ *Hodge c. La Reine*. [1883-1884] 9 AC. 117 (Conseil privé). Le Conseil privé transpose ainsi la souveraineté parlementaire britannique au Canada, souveraineté transposée aux niveaux provincial et fédéral.

⁵¹² *Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick*, [1892] A.C. 437. Le Conseil privé précise à ce titre que le statut des lieutenants-gouverneurs ne saurait fonder une infériorité des parlements provinciaux.

⁵¹³ *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (Affaire des conventions de travail)* [1937] A. C. 326, p. 354.

- 332 Cette conception du fédéralisme développée par le tribunal londonien a ensuite été qualifiée de dualiste dans la mesure où ce cloisonnement étanche dans la répartition des compétences législatives entre les niveaux provincial et fédéral a pour objectif d'éviter les chevauchements⁵¹⁴ et protéger finalement l'autonomie de chacun des deux ordres.
- 333 Ce paradigme classique du fédéralisme a pu être critiqué en raison de son formalisme judiciaire jugé trop strict, puisqu'il s'agit au fond de faire entrer toutes les mesures législatives potentielles dans l'une ou l'autre des catégories prévues par les articles 91 et 92. D'un autre côté, une telle interprétation était sans doute liée à la conception que se faisait alors le juge de son propre rôle dans la répartition des compétences puisqu'il s'agissait pour lui de mettre en avant sa neutralité par ce style catégoriel⁵¹⁵ et de respecter le texte constitutionnel sans considération d'opportunité⁵¹⁶.
- 334 Mais les reproches à l'encontre de la jurisprudence du Conseil privé étaient aussi relatifs à son interprétation jugée trop décentralisatrice du fédéralisme⁵¹⁷. Il est certain que le Comité a pris garde d'interpréter les titres de compétence de manière à ne pas étendre la compétence fédérale, et même parfois a favorisé celles des provinces. On observe dans sa jurisprudence le rôle singulier qu'ont pu jouer les compétences provinciales relatives à la propriété et les droits civils⁵¹⁸ notamment comme limites à l'extension du pouvoir fédéral potentiellement très large en matière d'échange et de commerce par exemple. L'affaire *Parsons*⁵¹⁹ l'illustre bien : le Comité estime que la clause de commerce du pouvoir fédéral ne comprend pas la réglementation des contrats d'un commerce particulier, en l'espèce les polices d'assurance contre l'incendie, qui relève de la compétence provinciale.

⁵¹⁴ Le principe de l'exclusivité tend à limiter les chevauchements, mais le Comité ne les exclut pas totalement pour autant puisque la théorie du double aspect apparaît dès 1883-84 dans *Hodge c. La Reine*. Voir infra § 461 et s. sur la théorie du double aspect.

⁵¹⁵ M.-L. GÉLY, *Le rôle de la Cour suprême du Canada dans la répartition des compétences au Canada*, thèse de doctorat en droit, Universités de Montpellier et de Laval, 1998, 498 p. p. 126 et s.

⁵¹⁶ E. BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec Septentrion, 2005, 478 p., p. 199 et s.

⁵¹⁷ Les critiques apparaissent surtout dans les années 1930 de la part de Canadiens anglophones nationalistes qui estiment que le Comité de Londres trahit l'esprit des Pères de la Confédération en empêchant le gouvernement central d'agir dans le contexte du New Deal au Canada voir : D. E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 225 p., p. 113 et s.

⁵¹⁸ E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc.

⁵¹⁹ *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 A.C. 96 (Conseil privé).

335 En ce qui concerne la clause sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement, le comité en limita également l'étendue⁵²⁰ en lui attribuant un contenu résiduaire tout en limitant les théories de l'urgence⁵²¹ ou des dimensions nationales⁵²².

B. Des fondements non démentis par la Cour suprême du Canada

336 La Cour suprême du Canada, ultime interprète juridictionnel à partir de 1949, ne reviendra pas sur les grands fondements du fédéralisme canadien posés par le Comité⁵²³. Elle contestera toutefois le cloisonnement rigide entre les compétences fédérales et provinciales mis en œuvre par le Comité afin d'imprimer une marque plus moderne au fédéralisme. Cette modernité viendrait de la flexibilité du fédéralisme et, pour ce faire, la Cour suprême favorisera par son raisonnement le chevauchement des compétences et affirmera la nécessité d'une retenue judiciaire, laissant au politique le soin de trouver un équilibre satisfaisant au fédéralisme canadien.

337 Une fois la reconnaissance et l'effectivité de chacun des niveaux du plurijuridisme acquises, il reviendra à la Cour suprême d'en délimiter les étendues respectives, et trouver finalement un équilibre entre les deux. C'est dans l'exercice de cette mission que la Cour suprême opérera le

⁵²⁰ Voir par exemple : E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc.; G. BAIER, H. BAKVIS et D. M. BROWN, *Contested Federalism : Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 2009, 304 p., p. 91 et s.

⁵²¹ Par exemple, le parlement fédéral ne peut règlementer le droit de grève en dehors des situations d'urgence ou d'implication interprovinciales, l'essentiel du droit du travail tombant dans le domaine des droits civils provinciaux. En l'espèce, les conditions d'urgence n'étaient pas réunies puisqu'il s'agissait d'un temps de paix : *Toronto Electric Commissioners c. Snider* [1925] A.C. 396 (Conseil privé). Les conditions d'urgence ne sont pas non plus réunies en 1937 lorsqu'il s'agira de lutter contre la grande dépression avec le New Deal canadien : cinq des huit mesures législatives fédérales ont ainsi été déclarées inconstitutionnelles par le Comité, alors qu'elles avaient été validées par la Cour suprême du Canada. *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (Affaire des conventions de travail)* [1937] A.C. 326 ; *Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (affaire de l'assurance chômage)*, [1937] A.C. 355 ; *Procureur général de Colombie-Britannique c. Procureur général du Canada/Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels*, [1937] A.C. 377 (Conseil privé).

⁵²² Si le Comité consacre la théorie des dimensions nationales en dehors de toute situation d'urgence dans *Procureur général de l'Ontario c. Canada Temperance Federation* [1946] A.C. 193, il en fait toutefois une utilisation limitée notamment en 1951 dans *Canadian Fédération of agriculture c. Procureur général du Québec*. [1951] A.C. 179 (Conseil privé). Voir M.-L. GÉLY, thèse en droit, p. 196 et s.

⁵²³ Sur cette question voir R. CHAPUT, « La Cour suprême et le partage des pouvoirs: rétrospective et inventaires », *R.G.D.*, vol. 12, 1981, pp. 35-82. L'auteur estime ainsi « l'interprétation de la Cour suprême est demeurée sensiblement plus près de l'orientation profonde imprimée par le Conseil privé par l'ensemble de ses décisions que de celle qui se dégagait des premières décisions de la Cour suprême elle-même comme de celles du Conseil privé à ses débuts, lesquelles dans les deux cas étaient plus conformes la lettre et à l'esprit du texte de 1867 » p. 73.

tournant vers la modernité, c'est-à-dire contribuera à un assouplissement du fédéralisme dont il faudra déterminer s'il elle s'est faite aux dépens ou en faveur de l'autonomie provinciale⁵²⁴.

Section 2. La Cour suprême du Canada et les peuples autochtones : une protection de l'autonomie normative autochtone indécise et tournée vers le passé

338 L'autonomie normative des autochtones a été occultée, voire déniée par la colonisation ; l'État canadien a organisé les relations avec les autochtones comme bon lui semblait jusqu'au revirement de la fin du XXe siècle. Ce sont surtout les dispositions constitutionnelles sur les droits ancestraux de 1982 qui changèrent la place de l'autonomie normative autochtone dans la jurisprudence. Avant, les juridictions accordaient une portée très restreinte aux cultures juridiques autochtones en général. Elle admettait un renvoi direct, formel, vers la coutume autochtone dans des cas spécifiques de droit de la famille seulement⁵²⁵ et peinait à s'ouvrir à la conception de la propriété autochtone en raison, certainement, d'une crainte de remettre en cause toute la répartition foncière du Canada et de porter atteinte à la puissance normative de l'État canadien⁵²⁶.

⁵²⁴ Voir infra § 456 et s.

⁵²⁵ Dans une célèbre affaire *Connolly c. Woolrich*, [1867] 17 R.J.R.Q. 75., le juge Monk avait estimé que le mariage conclu en 1803 par un européen dans la région alors « non civilisée » de Rivière du Rat (aujourd'hui en Alberta) avec une autochtone (crie) était valide même s'il n'avait pas été formalisé par les règles de droit civil ou de common law. Le juge applique dans cette affaire un raisonnement similaire à celui que l'on tiendrait en droit international privé à l'égard de la validité d'un mariage conclu à l'étranger dont on veut faire reconnaître des effets juridiques dans l'espace juridique du for. Ce type de raisonnement démontre ainsi que le juge considérait que la coutume autochtone de l'espèce était un droit existant, valide, produisant des effets juridiques aussi bien qu'un droit étatique étranger. Cela confirmerait donc que les peuples autochtones possédaient bien une autonomie normative qui n'a pas cessé d'exister en dépit de la présence européenne dans quelques postes de traite. Il existe d'autres affaires dans lesquelles une cour canadienne a pu reconnaître les coutumes autochtones en matière de mariage et d'adoption, voire même de succession (*Noah Estate* (1961), 32 D.L.R. (2d) 185 [36 W.W.R. 577] (N.W.T. Terr. Ct.)). Le pragmatisme a certainement motivé de telles reconnaissances étant donné le peu d'effet que pouvait avoir le droit étatique dans les régions isolées : nombre de ces affaires plus récentes concernent d'ailleurs les Territoires du Nord-Ouest, et marginalement la Colombie-Britannique. Voir S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/ Cowansville, Bruylant / Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p., p. 288; É. GELINEAU-ASSERAY et A. LAJOIE, « Les conceptions canadiennes des droits ancestraux », *R.J.T.*, vol. 38, 2004, pp. 489-529; S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, 645 p., p. 376 et s.

⁵²⁶ La reconnaissance des droits fonciers autochtones est d'une grande complexité tant du point de vue du régime que des fondements de celui-ci. Voir par exemple l'ouvrage collectif : M. MORELLATO, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Ont, Canada Law Book, 2009, 536 p. Ainsi le titre foncier aborigène est reconnu très tôt dans la jurisprudence *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. La Reine* (1888), 14 A.C. 46 (Conseil Privé), mais dans une perspective moniste, puisqu'il s'agit seulement d'un titre personnel d'usufruit qui tire sa source non pas d'un ordre juridique autochtone d'origine précoloniale, mais de la *Proclamation Royale de 1763*. Plus tard le Conseil Privé semble pourtant plus ouvert au droit endogène autochtone dans l'affaire *Oyekan c. Adele*, [1957] 2 All E.R. 785 (Conseil Privé) Lord Denning estimant qu'en cas de conflit sur le droit d'occuper des terres c'est le droit autochtone et la coutume qui s'applique, et exclut d'importer les conceptions anglaises du droit de la propriété. Près d'un siècle plus tard, *Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia*, [1973] R.C.S. 313, marqua un tournant dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière de titre foncier autochtone puisque tous les juges,

- 339 Or, une fois « éveillé » aux revendications légitimes des autochtones (à l'égard de leur mode de gouvernance, leur manière d'organiser les relations familiales et sociétales, à la terre et aux ressources naturelles, etc.) comment faire pour changer le droit sans bouleverser de fond en comble toute l'organisation juridique canadienne ? Nous avons vu en effet qu'il y a eu une accumulation d'instruments normatifs successifs (proclamation, traités, dispositions constitutionnelles, lois fédérales, etc.) qui n'ont jamais été « refondus » en un seul « mode d'emploi » des relations canadoautochtones. Le juge a donc nécessairement dû tenir compte de l'ensemble de ces normes malgré la prise de conscience de la nécessité de rééquilibrer le plurijuridisme à l'égard des autochtones, en particulier en leur reconnaissant plus d'autonomie.
- 340 C'est à ce difficile dilemme qu'ont dû souvent répondre les tribunaux canadiens, et ultimement la Cour suprême du Canada. La tâche est d'autant plus ardue que la Constitution reconnaît en 1982 des « droits » de groupe spécifiques aux autochtones, ce qui n'est pas nécessairement synonyme de la reconnaissance de pouvoirs normatifs, mais qui peut s'en approcher d'une certaine manière. Il ne faut pas non plus oublier que les sensibilités politico-économiques qu'induisent les questions territoriales (sur la distribution des ressources, naturelles, notamment), ainsi que les susceptibilités d'ordre symbolique avec la question de la souveraineté pèseront dans la balance de la haute juridiction, en plus des difficultés plus techniques dues aux enchevêtrements normatifs (dans le partage des compétences notamment). Toute la complexité à laquelle doit faire face le juge (et le juriste en général) est celle-là, dans un contexte particulier de décolonisation.
- 341 L'interprétation judiciaire de l'article 35(1) a été reçue de manière mitigée par la doctrine et les autochtones. Car, s'il est vrai que l'interprétation constructive de ces droits par la Cour suprême du Canada a constitué un progrès pour les autochtones, grâce aux principes généraux plus favorables à leur égard et à la constitutionnalisation de différents régimes de droits autochtones (I), cette interprétation a souvent été critiquée comme étant trop restreinte et reflétant une vision sclérosée de la culture et de la gouvernance autochtones. Au final, le juge consacre une autonomie normative autochtone d'une nature très singulière (II).

sauf un qui s'abstient de se prononcer, admettent qu'il existe un titre ancestral reconnu par la common law en dehors de la Proclamation royale ou de traités. Plus tard cette décision allait servir de fondement aux revendications de droits ancestraux et aux juges de la Cour suprême.

I. La reconnaissance constitutionnelle des droits des peuples autochtones : quelle interprétation ?

- 342 C'est l'affaire *Sparrow*⁵²⁷ qui pose les bases en 1990 de la jurisprudence des droits constitutionnels des peuples autochtones du Canada⁵²⁸, dans laquelle la Cour entend donner un caractère justiciable aux droits de l'article 35(1) et donc les rendre susceptibles de faire avancer les revendications autochtones. L'article 35 consacre une protection constitutionnelle ce qui implique que les lois fédérales ou provinciales sont soumises au respect de ces droits et ne pourront plus, comme c'était le cas par le passé, faire fi des droits ancestraux ou issus de traités que pouvaient posséder les autochtones. C'est donc un changement important dans le raisonnement. La Cour crée des étapes successives afin de déterminer s'il y a une atteinte aux droits autochtones protégés par 35(1) et renverse le fardeau de preuve en quelque sorte. En effet, les autochtones doivent démontrer au préalable qu'il existe une atteinte à première vue⁵²⁹ à un droit autochtone⁵³⁰. Une fois cette étape franchie c'est à l'État de démontrer que cette atteinte est justifiée.
- 343 Seuls les droits « existants » sont reconnus et confirmés par l'article 35, ce qui signifie qu'un droit ayant disparu de l'ordonnement juridique canadien avant 1982, date de l'entrée en vigueur de la disposition, n'est pas réactivé. En revanche, désormais ni le fédéral ni le provincial ne peuvent éteindre un droit autochtone par voie réglementaire ou législative. En outre, la Cour assujettit l'extinction des droits avant 1982 à des conditions strictes puisque c'est l'État qui doit prouver l'existence d'une mesure exprimant une intention claire et expresse d'abroger les droits autochtones⁵³¹. Ce critère permet donc d'éviter les abrogations implicites des droits en cas de

⁵²⁷ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

⁵²⁸ Ci-après désignés sous la terminologie « droits autochtones », qui comprennent donc les droits ancestraux et les droits issus de traités.

⁵²⁹ « Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue ». *R. c. Sparrow*, préc., p. 1112. Ces critères ont été remplacés dans les affaires *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723. (§ 43) et *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915. (§53) par le critère de la « diminution appréciable ».

⁵³⁰ En l'espèce il s'agissait d'un droit ancestral, mais le raisonnement est le même pour les droits issus de traités.

⁵³¹ *R. c. Sparrow*, préc., p. 1099.

simple incompatibilité avec une norme étatique⁵³². La Cour a ainsi refusé de confondre la réglementation d'un droit autochtone avec son extinction⁵³³.

344 La disposition constitutionnelle distingue les « droits existants ancestraux ou issus de traités » ou « the existing aboriginal and treaty rights » dans la version anglaise. La Cour suprême a explicité les régimes de ces deux types de droits protégés et a aussi précisé celui d'un type particulier de droit ancestral, le titre foncier.

A. Les droits ancestraux

345 L'arrêt *Sparrow* a posé les jalons du régime constitutionnel des droits ancestraux, puis l'arrêt *Van der Peet* a indiqué les critères caractérisant le droit ancestral, et ces critères de l'« ancestralité » ne sont pas aisés à définir. La haute juridiction estime que l'objectif de la conciliation de l'occupation antérieure par les autochtones avec la souveraineté de la Couronne commande de ne protéger que les caractéristiques distinctives de ces sociétés⁵³⁴. Pour ce faire les requérants doivent démontrer que « la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive, que c'était l'une des choses qui véritablement faisait de la société ce qu'elle était »⁵³⁵, et non pas un aspect commun à toutes les sociétés humaines⁵³⁶ ou un aspect de la société autochtone qui n'a qu'un caractère secondaire ou occasionnel⁵³⁷. Dans *Mitchell*, elle estime qu'« au strict essentiel, le demandeur autochtone doit établir l'existence d'une pratique, tradition ou coutume modernes qui a un degré raisonnable de continuité avec les pratiques, traditions ou coutumes qui existaient avant le contact avec les Européens »⁵³⁸.

346 Ce critère culturaliste ou essentialiste est critiquable tant en raison de la faiblesse de l'étendue du droit protégé (qui a tendance à réduire à des aspects quasi folkloriques les droits ancestraux) qu'en raison du risque intrinsèque de ce type de critère de confondre certains stéréotypes sur la culture autochtone avec ce qui est véritablement un point de vue autochtone. En effet, les

⁵³² Cela étant, « il n'est peut-être pas nécessaire que le gouvernement utilise des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux » : *R. c. Gladstone*, préc., § 34.

⁵³³ Dans *Sparrow* et *Gladstone* l'État prétendait que les règlements de pêche imposant l'obtention d'un permis pour tout le monde avaient eu pour effet d'éteindre le droit ancestral de pêche. *R. c. Sparrow*, préc.; *R. c. Gladstone*, préc.

⁵³⁴ § 57, *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

⁵³⁵ § 55, souligné dans le texte, *ibid.*

⁵³⁶ Cela étant, des activités visant l'alimentation ou le logement peuvent faire l'objet de droits ancestraux.

⁵³⁷ § 56, *R. c. Van der Peet*, préc., la Cour ajoute au § 59 « Une façon pratique d'aborder ce problème est de se demander si, sans cette coutume, pratique ou tradition, la culture en cause serait fondamentalement modifiée ou diffère.

⁵³⁸ *Mitchell c. MRN*, [2001] 1 R.C.S. 911, p. 12.

magistrats, en écrasante majorité non autochtone, ne sont sûrement pas en position de juger ce qui fait la singularité d'une culture ou l'authenticité d'une pratique.

347 Une autre critique fondamentale de ce critère est le caractère statique qu'il attribue aux cultures autochtones. La Cour semble en effet faire de la période de contact avec les Européens une date de cristallisation du droit ancestral. Ce faisant, la Cour a tendance à appliquer une doctrine des « droits figés » à l'époque précoloniale⁵³⁹. Or la coutume est une source de droit vivante et dynamique, qui évolue au fil du temps et s'adapte. La restriction des droits ancestraux aux pratiques existantes avant la colonisation et qui ont perduré après elle, a pour conséquence de priver les autochtones de leur liberté d'évoluer et de s'adapter comme toutes les sociétés humaines, ou pour le moins « à affirmer que les aspects les plus récents de ces cultures ne méritent pas la même protection que les aspects les plus anciens »⁵⁴⁰.

348 Pourtant la Cour suprême du Canada a toujours nié que son interprétation pouvait créer des « droits figés ». La Cour affirme en effet que « les droits ancestraux ne sont pas figés dans l'état où ils se trouvaient avant le contact avec les Européens : ils peuvent trouver une expression moderne. La question est de savoir si l'acte contesté constitue l'exercice moderne d'une pratique, coutume ou tradition ancestrale »⁵⁴¹. Mais en réalité la manière de rattacher un acte issu d'une pratique précoloniale à la modernité peut varier d'un juge à l'autre, ce qui démontre que la tâche n'est pas évidente. Par exemple, la majorité dans *Van der Peet* a refusé d'admettre que « l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture sto:lo distinctive qui existait avant le contact avec les Européens ». Mais en dissidence la Juge McLachlin estime au contraire que :

⁵³⁹ Pour les Métis la date charnière est nécessairement différente, il s'agit du moment où il y a eu un contrôle ou mainmise effectifs des Européens, quand ils ont établi dans les faits leur domination politique et juridique: *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, 2003 CSC 43.

⁵⁴⁰ S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, préc., p. 208.

⁵⁴¹ *Mitchell c. MRN*, préc., p. 13.

« Si les autochtones démontrent que le commerce est la seule manière d'utiliser la ressource de façon à leur permettre de se procurer l'équivalent moderne de ce qu'ils ont traditionnellement tiré de celle-ci, il s'ensuit qu'ils devraient être autorisés à faire le commerce de cette ressource dans la mesure nécessaire pour obtenir des biens et des commodités de remplacement »⁵⁴².

349 On comprend dès lors que tout dépend de la manière dont la Cour caractérise la revendication autochtone dans chaque cas d'espèce. Plus la définition du droit ancestral est précise, plus il est difficile de trouver la correspondance moderne à ce droit. Or, justement la Cour suprême du Canada a tendance à éviter une caractérisation trop large des droits ancestraux et donc finalement à minimiser la portée de la protection des droits des peuples autochtones.

350 Plus tard dans l'affaire *Sappier*⁵⁴³ la Cour suprême du Canada a tenté de prendre acte des critiques qui lui avaient été faites sur les critères culturalistes. Même si elle reprend le critère de la préexistence avant le contact avec les Européens, elle essaie de déjouer les critères essentialistes, en estimant que le qualificatif « distinctif » est utilisé pour incorporer un élément de spécificité autochtone. Toutefois, « distinctif » n'a pas le sens de « distinct », et la notion d'autochtonie ne saurait être réduite à des « stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones »⁵⁴⁴. Ainsi elle donne une véritable continuité moderne aux droits ancestraux en estimant qu'ils doivent trouver une expression moderne au risque de devenir inutiles⁵⁴⁵, dans la mesure où elle constitue une « évolution logique » des pratiques⁵⁴⁶.

351 Au final, les droits ancestraux reçoivent une protection certes effective de la part du juge suprême, mais restreinte. Le juge possède en effet un pouvoir décisionnel considérable sur l'étendue de ce droit, et ce, avant même de se pencher sur la justification de l'atteinte. La question de l'examen de la preuve apportée par les requérants autochtones est aussi un élément

⁵⁴² R. c. *Van der Peet*, préc. La question des droits figés été aussi critiqué par la Juge L'Heureux-Dubé qui estime qu'« il n'est pas impératif que les coutumes, pratiques et traditions aient existé avant l'affirmation de la souveraineté britannique ou avant le contact avec les Européens. » Elle poursuit en précisant un critère alternatif d'une période considérable et ininterrompue, § 175.

⁵⁴³ R. c. *Sappier*, [2006] 2 R.C.S. 686.

⁵⁴⁴ § 45, *ibid.*

⁵⁴⁵ § 49, *ibid.* La Cour estime que « les cultures des peuples autochtones qui occupaient, avant l'arrivée des Européens, le territoire formant aujourd'hui le Canada, et qui y constituaient des sociétés organisées avec leurs modes de vie distinctifs, ne sauraient être réduites à des wigwams, à des paniers et à des canots. » Concrètement cela signifie que les autochtones qui utilisaient les ressources forestières pour construire ces objets traditionnels, ont aujourd'hui un droit ancestral qui protège une utilisation de ces ressources à des fins de construction de résidences et d'infrastructures modernes, du mobilier moderne et pour le chauffage.

⁵⁴⁶ Voir §48 et s, *ibid.* Voir aussi sur cette question l'affaire *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535.

crucial dans la réception prétorienne des droits ancestraux⁵⁴⁷. Le juge canadien a eu tendance dans un certain nombre d'affaires à profiter de cette latitude interprétative pour refuser de reconnaître un droit ancestral.

B. Le titre foncier ancestral, sous-catégorie des droits ancestraux

352 Le titre foncier ancestral trouve son fondement jurisprudentiel dans l'affaire *Delgamuukw* de 1997⁵⁴⁸ et a récemment fait l'objet d'une reconnaissance « historique »⁵⁴⁹ dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*⁵⁵⁰. La Cour définit le titre comme un droit foncier exclusif pour les autochtones. Le titre est une catégorie de droit ancestral spécifique, puisqu'il se rattache à un espace précis dès lors que l'occupation ancestrale de cet espace est démontrée. Les autochtones membres du groupe titulaire du titre peuvent l'utiliser pour des activités diverses, de nature commerciale ou industrielle par exemple, beaucoup plus larges que dans le cadre des autres droits ancestraux⁵⁵¹ ayant pour seul objet des activités spécifiques comme la pêche, la chasse ou un autre type de pratique étroitement délimitée. Le titre ancestral n'emporte toutefois pas une liberté totale de disposer de la terre qui est inaliénable et dont l'usage ne doit pas être irréconciliable avec « la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres »⁵⁵².

353 Selon la Cour suprême du Canada, le titre autochtone a un caractère hybride, il est issu de deux cultures juridiques, autochtones et européennes (anglaise plus précisément) sur la question des relations à la terre. La Cour explique que « tout comme d'autres droits ancestraux, le titre aborigène doit être défini en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des

⁵⁴⁷ C'est d'autant plus compliqué pour les autochtones étant donné leurs traditions orales. M. HOUDE et G. OTIS, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 5-47.

⁵⁴⁸ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

⁵⁴⁹ En effet elle « représente, dans l'histoire du droit canadien, la première reconnaissance judiciaire, concrète, formelle et définitive d'un titre autochtone ancestral sur un territoire » : M. ST-HILAIRE, « Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons », *R.G.D.*, vol. 44, 2014, pp. 445-504, spéc. p. 447.

⁵⁵⁰ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256.

⁵⁵¹ Les autres différences avec les droits ancestraux, et le test établi dans *Van der Peet*, sont qu'il n'y pas de critère de la culture distincte, mais une exigence d'occupation d'une part et d'autre part que c'est le moment de l'affirmation par la couronne de sa souveraineté et non celui du premier contact qui constitue la date de cristallisation du titre. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., p. 142.

⁵⁵² § 111 *ibid.* Cette limite a d'ailleurs été critiquée par la doctrine, qui y voit une limitation de type paternaliste puisque les communautés autochtones ne sont pas maîtres des décisions qui concernent l'usage des terres (et on présume ainsi leur incapacité à décider eux-mêmes ce qui doit être fait en conformité avec leurs traditions vis-à-vis de la terre). Cette limite empêche également tout développement économique moderne et cantonne les autochtones dans des stéréotypes. Voir par exemple P. MONTURE-ANGUS, *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, 175 p., p. 127 et s.

autochtones »⁵⁵³. Selon la Cour suprême, il s'agit d'une véritable transposition d'une pratique historique autochtone en un droit moderne⁵⁵⁴ qui permet de réconcilier les peuples autochtones avec les non-autochtones, leurs revendications, intérêts et ambitions respectifs⁵⁵⁵.

354 La Cour estime ainsi qu'il est nécessaire de prendre en compte les cultures juridiques autochtones pour définir l'étendue d'un titre, sa portée, et sa nature, collective notamment. Il y a donc un renvoi matériel aux différentes normativités autochtones. Cela étant, la Cour explique clairement que, de son point de vue, la reconnaissance du titre est une réception, une transposition, en droit canadien moderne d'une occupation historique des autochtones. La relation plurijuridique entre les normativités autochtones et étatiques est donc ici canadienne, ou étatique formellement, mais hybride dans son contenu. Le caractère hybride est cependant minimal et plus d'ordre symbolique,⁵⁵⁶ car le renvoi aux sources matérielles autochtones est faible et limité. Par exemple lorsque la juridiction suprême tient compte des modes d'appropriation de la terre connus en droit coutumier précolonial pour déterminer l'occupation historique⁵⁵⁷, il s'agit d'une référence matérielle aux conceptions des autochtones, mais servant simplement de preuve, non déterminante, de l'occupation exigée par le régime étatique pour reconnaître le titre foncier *sui generis* et commun à tous les peuples autochtones (alors qu'il existe une diversité des approches juridiques parmi eux)⁵⁵⁸. Le régime du titre foncier autochtone est en réalité plus étatique qu'autochtone lorsqu'il s'agit d'en dégager ses tenants et aboutissants⁵⁵⁹, au mieux la Cour tient compte de ce qu'elle imagine être une conception autochtone du rapport à la terre lorsqu'elle

⁵⁵³ § 112, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc.

⁵⁵⁴ *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220. § 48 : « La Cour doit examiner la pratique antérieure à l'affirmation de la souveraineté du point de vue autochtone. Mais lors de la transposition de la pratique en un droit existant en common law, la Cour doit considérer également la perspective européenne; il faut analyser la nature de ce droit en common law pour déterminer s'il y a correspondance avec une pratique autochtone donnée... »

⁵⁵⁵ Voir notamment *ibid.*, p. 51. Voir aussi l'opinion du Juge Binnie dans *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Ministre de l'Héritage canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388. §. 1.

⁵⁵⁶ G. OTIS, « Le titre aborigène : émergence d'une figure nouvelle et durable du foncier autochtone? », *Les Cahiers de Droit*, vol. 46, 2005, pp. 795-845, spéc. p. 807.

⁵⁵⁷ Voir G. OTIS, « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *C. de D.*, vol. 40, 1999, pp. 591-620, spéc. p. 609 et s. Voir en ce sens § 43 et § 54 dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in*, préc.

⁵⁵⁸ G. OTIS, « sources des droits ancestraux », préc., p. 607.

⁵⁵⁹ G. OTIS, « Le titre aborigène », préc., p. 803. C'est le cas par exemple dans la définition de la maîtrise exclusive et générale de la terre. Cela étant on a pu dire à propos de la récente décision *Nation Tsilhqot'in*, préc., que la « réactivation du "pluralisme juridique" des sources matérielles des droits ancestraux par ce récent arrêt ne saurait faire de doute » : M. ST-HILAIRE, « *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique* », préc., p. 453.

interdit un usage irréconciliable avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres⁵⁶⁰.

C. Les droits issus de traités.

- 355 Le traité occupe une place particulière dans l'ordre constitutionnel canadien puisque la Constitution opère un renvoi explicite vers ces sources pour définir les droits autochtones protégés constitutionnellement. Le juge Lamer en 1990 estime que « ce qui caractérise un traité c'est l'intention de créer des obligations, la présence d'obligations mutuellement exécutoires et d'un certain élément de solennité »⁵⁶¹. La Cour a ensuite confirmé la singularité de cet instrument en estimant qu'un traité est « un échange de promesses solennelles entre la Couronne et les diverses nations indiennes concernées, un accord dont le caractère est sacré »⁵⁶².
- 356 La Cour considère d'ailleurs que le traité est un instrument de droit interne : « Un traité avec les Indiens est unique ; c'est un accord *sui generis* qui n'est ni créé ni éteint selon les règles du droit international »⁵⁶³. On a pu se demander alors si les traités n'étaient pas tout simplement de nature contractuelle. En réalité le fait que les traités puissent établir (ou reconnaître) des pouvoirs gouvernementaux et organiser, finalement, les enchevêtrements d'autonomies normatives démontrent l'appartenance des traités à la catégorie du droit public. Il s'agit donc bien d'un instrument original, d'un contrat *sui generis* de droit public⁵⁶⁴.
- 357 Les contenus des droits des peuples autochtones issus de traités se déduisent du texte des traités, et le juge recherche quelles ont pu être les intentions des parties à partir des documents écrits, mais aussi de l'étude des circonstances ayant entouré leur conclusion. Cette preuve « extrinsèque » proviendra notamment de l'histoire orale de la partie autochtone. Comme pour les droits ancestraux, il est possible d'interpréter les dispositions des traités de manière évolutive, pour leur donner un sens dans le contexte moderne⁵⁶⁵.

⁵⁶⁰ G. OTIS, « sources des droits ancestraux », préc., p. 607.

⁵⁶¹ *R. c. Sioui* [1990] 1 R.C.S. 1025.

⁵⁶² *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, p. 22.

⁵⁶³ *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387, p. 33.

⁵⁶⁴ Ainsi, la nature des traités en droit constitutionnel canadien correspond à un instrument de droit public interne bilatéral (fondé sur l'accord de volonté entre deux parties). On utilise l'expression *sui generis* pour les définir, car ils ne correspondent ni aux instruments de droit public bilatéraux que l'on trouve entre États souverains, c'est-à-dire en droit international public, ni aux instruments bilatéraux internes que l'on classe habituellement dans le droit contractuel, c'est-à-dire une branche du droit privé.

⁵⁶⁵ Voir par exemple *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456. Cependant dans l'affaire *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, préc. *R.*, ont été fixées des limites strictes quant à cette « évolution logique ».

358 Selon la Cour suprême du Canada les traités ont également une fonction conciliatrice ou réconciliatrice entre les autochtones et les non-autochtones, voire même entre les souverainetés⁵⁶⁶. La juge en chef McLachlin écrit que les « traités permettent de concilier la souveraineté autochtone préexistante et la souveraineté proclamée de la Couronne, et ils servent à définir les droits ancestraux garantis par l’art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 »⁵⁶⁷.

II. La nature singulière de l’autonomie normative induite par les droits de peuples autochtones de l’article 35(1)

359 Nous arrivons ici à une question centrale, à savoir, est-ce que l’article 35(1) crée ou reconnaît constitutionnellement des espaces normatifs autochtones à l’intérieur desquels ils pourront avoir des normes et des institutions propres ? Bien souvent la doctrine et les autochtones ont formulé cette question en termes d’autonomie gouvernementale⁵⁶⁸, mais la Cour suprême du Canada a refusé jusqu’à présent d’y répondre favorablement (A), en revanche, il ressort de la jurisprudence que l’article 35(1) contient nécessairement une forme d’autonomie normative autochtone (B).

A. Le refus de la Cour suprême du Canada d’une consécration générale de l’autonomie gouvernementale autochtone

1. Une revendication aux contours flous et complexes

360 Cette revendication d’autonomie gouvernementale signifie que les gouvernements autochtones auraient un droit général de déterminer leurs normes et leurs politiques à l’égard de leurs membres et de leurs terres. Elle se fonde sur l’article 35 et d’autres dispositions constitutionnelles en dépit de l’absence de la reconnaissance explicite à laquelle auraient pu aboutir les accords de Charlottetown⁵⁶⁹. Une des difficultés dans la reconnaissance de ce droit à l’autonomie gouvernementale réside dans l’identification du titulaire de ce droit, parmi les différentes

⁵⁶⁶ *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511. § 20.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁵⁶⁸ Ou « *self-government* » en anglais. Il existe d’ailleurs une abondante littérature sur la question de l’autonomie gouvernementale autochtone : Voir par exemple : S. LUK, « Confounding Concepts: The Judicial Definition of the Constitutional Protection of the Aboriginal Right to Self-Government in Canada », *Ottawa Law Review*, vol. 41, 2009-2010, pp. 101-138; J. E. DALTON, « Aboriginal Self-Determination in Canada: Protections Afforded by the Judiciary and Government », *Can.J.L. & Society*, vol. 21, 2006, pp. 11-37; J. BORROWS, « Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 38, 2005, pp. 285-314; P. W. HUTCHINS, C. HILLING et D. SCHULZE, « The Aboriginal Right to Self-Government and the Canadian Constitution: The Ghost in the Machine », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 29, 1995, pp. 251-302.

⁵⁶⁹ Voir : P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256; P. W. HUTCHINS, C. HILLING et D. SCHULZE, « Ghost in the Machine », préc.

« échelles » de gouvernance autochtone (bande, communautés, collectivités, nations⁵⁷⁰...) : qui détient ce pouvoir de gouverner ? Il est vrai qu'il est compliqué d'identifier le titulaire des droits ancestraux (*lato sensu*⁵⁷¹) puisque l'imposition de structures de gouvernance par la *Loi sur les Indiens* n'a pas fait disparaître les structures de gouvernance traditionnelles, mais les a toutefois désorganisées et morcelées⁵⁷². On a pu ainsi parler d'« objet juridique non identifié » pour les qualifier⁵⁷³. Ensuite, il faut définir la gamme de compétences qui feraient partie de ce droit, l'articulation de ces compétences avec celles de l'État et la question du financement des institutions autochtones. On peut se demander dans quelle mesure admettre une large autonomie consiste à autoriser l'usage de la contrainte matérielle, par la force, de ces gouvernements sur les individus et si cela est souhaitable⁵⁷⁴. Ces difficultés ont pu expliquer le choix de la Cour suprême du Canada de ne pas consacrer explicitement un droit général à l'autonomie gouvernementale, même si elle ne l'a pas non plus exclu définitivement.

2. Pawamejon et Delgamuukw : la Cour suprême du Canada face à l'autonomie gouvernementale

361 La Cour suprême du Canada a été confrontée directement à la question de l'autonomie gouvernementale en tant que droit ancestral dans l'affaire *Pawamejon*⁵⁷⁵. En l'espèce deux Premières nations de l'Ontario avaient pris des règlements administratifs sur l'autorisation et la régulation de loteries sur leurs réserves (non conformes à la *Loi sur les Indiens*) et avaient été poursuivies pénalement pour une infraction concernant les jeux de hasard. Les deux Premières Nations ont invoqué leur droit ancestral à l'autonomie gouvernementale afin d'écarter ces lois fédérales. Cet argument a été rejeté à tous les stades de la procédure, y compris devant la Cour suprême. La Cour rejette la revendication des requérants sur l'existence d'un droit ancestral à l'autonomie gouvernementale en raison de son degré de définition trop large⁵⁷⁶. La Cour applique ensuite les critères posés quelques jours auparavant dans *Van der Peet*, car elle estime que « les

⁵⁷⁰ Sur la distinction entre ces termes voir CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p.

⁵⁷¹ Pour les droits issus de traités, cela ne pose pas les mêmes difficultés puisqu'en général les titulaires sont identifiés dans les traités.

⁵⁷² Bien que les autochtones se soient ensuite rassemblés autour de structures plus larges, en vue notamment, de faire avancer leurs revendications.

⁵⁷³ G. OTIS, « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : sub qua lege vivis », *R.D. McGill*, vol. 52, 2007, pp. 657-679, spéc. p. 665.

⁵⁷⁴ G. OTIS, « sources des droits ancestraux », préc.; G. OTIS, « L'autonomie personnelle », préc.

⁵⁷⁵ *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 27.

revendications d'autonomie gouvernementale ne diffèrent pas des autres prétentions à la jouissance de droits ancestraux, et elles doivent, de ce fait, être appréciées au regard de la même norme »⁵⁷⁷. Elle requalifie donc la revendication de droit ancestral en un droit beaucoup plus restreint qui est celui de « participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités »⁵⁷⁸. L'application du critère de la « partie intégrante de la culture distinctive » développé dans l'arrêt *Van der Peet* a fait échouer cette revendication, car les requérants n'ont pas réussi à démontrer une telle importance des jeux de hasard dans leur culture précoloniale ni la réglementation ancestrale de cette activité⁵⁷⁹.

362 Les deux grands principes dégagés par cette décision sont donc l'application du test *Van der Peet* à la revendication d'autonomie gouvernementale comme à n'importe quel droit ancestral et donc la requalification en un droit ancestral sensiblement plus restreint. Ils sont depuis suivis par les cours inférieures⁵⁸⁰. Pourtant cette décision a été très critiquée par la doctrine⁵⁸¹. Cela a pu être en effet une déception pour les défenseurs de l'autonomie normative et gouvernementale autochtone, mais surtout la manière dont la Cour a rejeté ce droit ancestral est contestable, notamment en raison de la démarche qui consiste à restreindre la revendication à un degré de spécificité qui facilite son rejet.⁵⁸² En outre, il faut reconnaître qu'elle contient certains flottements conceptuels.

363 Tout d'abord, la Cour semble ne pas tenir compte de la différence fondamentale qu'il existe entre un droit de mener une activité et celui de la réglementer, c'est-à-dire le droit d'exercer une compétence, un pouvoir. Tout au long de la décision, le juge en chef, et même la juge L'Heureux Dubé concordante, juxtaposent et accolent ces deux droits ancestraux sans donner plus d'explications sur la distinction ou la relation entre l'un et l'autre. La Cour suprême ne semble en

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁸⁰ Voir une affaire de la Cour d'appel de l'Ontario : *Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada*, [2007] ONCA 814, 231 O.A.C. 113.

⁵⁸¹ Voir notamment : S. LUK, « Confounding Concepts: The Judicial Definition of the Constitutional Protection of the Aboriginal Right to Self-Government in Canada », préc.; K. MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government since Calder: Searching for Doctrinal Coherence » dans H. FOSTER, H. RAVEN et J. WEBBER, dir., *Let Right be Done, Aboriginal Title, the Calder Case and the Future of Indigenous Rights*, Vancouver, UBC Press, 2007, pp. 129-152.

⁵⁸² Selon S. LUK, « Confounding Concepts: The Judicial Definition of the Constitutional Protection of the Aboriginal Right to Self-Government in Canada », préc., p. 127. Voir aussi J. E. DALTON, « Aboriginal Self-Determination in Canada », préc., p. 18 et s.

fait pas faire de distinction entre l'un et l'autre dans la manière de démontrer leur existence. L'application de critères identiques à des droits pourtant très différents par nature est d'autant plus regrettable qu'à l'inverse, la Cour a reconnu qu'il fallait un régime distinct pour le titre ancestral, alors même que ce droit n'est pas mentionné expressément dans la Constitution (tout comme le droit à l'autonomie gouvernementale). La Cour suprême a donc nié l'existence d'une différence de nature entre ces deux types de droits ancestraux et entretenu une confusion qui n'a toujours pas été totalement élucidée⁵⁸³.

364 Ensuite, la décision n'est pas très éclairante sur la nature du lien entre le titre aborigène et le droit à l'autonomie gouvernementale. En effet, les requérants avaient présenté le droit à l'autonomie gouvernementale comme un droit accessoire à leur titre ancestral sur la réserve. La Cour d'appel avait écarté cet argument en raison du caractère non traditionnel des jeux de hasard, et le juge Lamer a suivi sa position⁵⁸⁴. Or dans *Delgamuukw* la Cour suprême a par la suite retenu une définition beaucoup plus large du titre en refusant de limiter ses attributs aux seuls usages traditionnels de la terre⁵⁸⁵.

365 Dès lors, il faut se demander ce que nous apprend *Delgamuukw* en ce qui concerne l'autonomie gouvernementale. La revendication d'autonomie gouvernementale a été formulée explicitement à la Cour dans cette affaire, mais la Cour ne se prononce pas. Le juge en chef Lamer écrivant pour la majorité estime qu'« en raison des erreurs de fait commises par le juge de première instance, et de la nécessité de tenir un nouveau procès qui en a découlé, il est impossible pour notre Cour de décider si le bien-fondé de la revendication de l'autonomie gouvernementale a été établi »⁵⁸⁶. Le Juge en chef explique ensuite que les requérants n'avaient pas pu tenir compte de la décision *Pamajewon* rejetant une revendication à l'autonomie gouvernementale dans des termes trop larges, et n'ont donc pas été en mesure de restreindre suffisamment et de démontrer ce droit ancestral⁵⁸⁷. Le Juge en chef justifie ensuite le rejet de cette revendication par un argument proche de la retenue judiciaire et déclare :

⁵⁸³ Voir infra § 376 et s.

⁵⁸⁴ *R. c. Pamajewon*, préc., § 29.

⁵⁸⁵ Il est vrai toutefois que les jeux de hasard pouvaient difficilement se rattacher à une question foncière, même au sens large. Ainsi, dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., le titre ancestral ne permet pas de réglementer toutes les activités humaines se déroulant sur une terre.

⁵⁸⁶ § 170 *ibid.*

⁵⁸⁷ § 170 *ibid.*

« On nous a présenté peu d'observations propres à nous aider à résoudre ces questions fondamentales et difficiles. Sans l'aide des parties, il serait imprudent pour la Cour de s'avancer sur ce terrain. Dans ces circonstances, la question de l'autonomie gouvernementale sera tranchée au procès »⁵⁸⁸.

366 Cette décision indique toutefois que la question du titre semble distincte de celle de l'autonomie gouvernementale puisque la Cour a séparé les deux revendications dans la décision. De plus, au contraire de certains juges des juridictions inférieures, la Cour suprême n'a pas rejeté d'emblée l'autonomie gouvernementale en raison d'une extinction pure et simple de ce droit par l'instauration de la souveraineté de la Couronne ou de la Confédération. Cela laisserait donc la question ouverte⁵⁸⁹.

367 Donc, pour résumer, le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale n'a pas été admis par la Cour suprême, mais on ne peut pas dire qu'elle a définitivement fermé la porte à cette possibilité. L'« aveu d'impuissance » du juge en chef dans *Delgamuukw* laisse en réalité supposer que si la littérature savante et les avocats devant la Cour lui donnaient les clés pour appréhender l'autonomie gouvernementale, elle pourrait être à même d'en dessiner les contours judiciaires. Ainsi, une partie de la doctrine s'est efforcée de démontrer que selon les critères établis dans *Van der Peet*, l'autonomie gouvernementale était un droit ancestral admissible⁵⁹⁰, qui n'a pas été éteint ou pas totalement éteint⁵⁹¹.

3. Campbell et Sga'nism : l'autonomie gouvernementale issue des traités vue par les juridictions de Colombie-Britannique

368 Deux affaires particulièrement intéressantes, ont été tranchées par les hautes juridictions de Colombie-Britannique concernant le droit à l'autonomie gouvernementale fondée sur le traité Nisga'a. Ainsi l'affaire *Campbell*⁵⁹², a été tranchée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique en 2000 et l'affaire *Sga'nism* a été décidée en 2013 par la Cour d'appel de Colombie-

⁵⁸⁸ § 171. *Ibid.*

⁵⁸⁹ En ce sens ; K. MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government », préc., p.138.

⁵⁹⁰ C'est-à-dire que la gouvernance autochtone était intrinsèque à l'organisation des cultures distinctes des peuples autochtones du Canada avant l'arrivée des Européens. Le pouvoir de négocier les traités que leur reconnaissent les Européens le démontre d'ailleurs : J. BORROWS, « Tracking Trajectories », préc., p. 295 et s.

⁵⁹¹ On a pu démontrer que l'autonomie gouvernementale n'a pu être éteinte par la Couronne, notamment parce que l'idée d'une extinction de ce droit par la Couronne lors de la Confédération reposerait sur une approche discriminatoire (car à aucun moment les autochtones n'ont donné leur consentement à cette souveraineté ou possession ou occupation) ce qui est inadmissible aujourd'hui. *Ibid.*, p. 300. Voir aussi P. W. HUTCHINS, C. HILLING et D. SCHULZE, « Ghost in the Machine », préc., p. 288 et s.

⁵⁹² *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, [2000] BCSC 1123.

Britannique⁵⁹³. Le traité prévoit en effet explicitement la mise en place d'un gouvernement autochtone dont les lois pourront primer, en certaines matières limitativement énumérées, sur les lois fédérales et provinciales. Ce qui était contesté dans ces deux affaires était précisément la constitutionnalité de ce « troisième ordre de gouvernement ».

369 Le juge de Williamson dans l'affaire *Campbell* refuse de souscrire aux arguments des requérants qui alléguaient qu'un traité ne pouvait aménager une compétence législative puisque la *Loi constitutionnelle de 1867* avait exhaustivement réparti les compétences législatives entre le pouvoir fédéral et les entités fédérées⁵⁹⁴. Il estime au contraire que « les droits ancestraux, et en particulier le droit à l'autonomie gouvernementale, voisin du pouvoir législatif de faire des lois, ont survécu en tant que “valeurs sous-jacentes” non écrites de la Constitution en dehors des pouvoirs distribués au Parlement et aux législatures en 1867 »⁵⁹⁵.

370 Ce faisant, non seulement la Cour suprême de Colombie-Britannique reconnaît la constitutionnalité des traités qui mettent en œuvre une autonomie gouvernementale⁵⁹⁶, mais en plus elle estime que l'autonomie gouvernementale en tant que droit ancestral⁵⁹⁷ est reconnue constitutionnellement via les normes non écrites. En outre s'agissant des questions foncières, le juge Williamson rattache le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale au titre foncier autochtone, en raison de sa nature collective⁵⁹⁸.

371 En 2013, la Cour d'appel a été plus prudente et refuse de se prononcer sur l'existence d'un droit ancestral⁵⁹⁹ ou sur le caractère exhaustif ou non de la répartition législative des compétences provinciales et fédérales⁶⁰⁰, mais confirme la constitutionnalité du Traité Nisga'a. La Cour cette fois-ci fonde son raisonnement sur la possibilité pour les législateurs fédéraux et provinciaux de

⁵⁹³ *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) v. Canada (Attorney General)*, [2013] 2013 BCCA 49. Demande d'autorisation de pourvoi rejetée par la Cour suprême du Canada le 22 août 2013, [2013] C.S.C.R. no. 144.

⁵⁹⁴ Nous reviendrons plus tard sur ce point. Les requérants se fondaient aussi sur la non-conformité à la *Charte*, argument également rejeté, voir infra § 997.

⁵⁹⁵ *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, préc., § 81, notre traduction.

⁵⁹⁶ La Cour utilise notamment le fait que les droits issus de traités puissent faire l'objet d'une atteinte justifier (selon l'arrêt *Sparrow*) pour réfuter l'argument des requérants selon lequel l'incorporation constitutionnelle du traité Nisga'a reviendrait à une abdication permanente du Parlement dans son droit d'interférer avec les décisions du gouvernement Nisga'a Lisims afin de prendre en compte l'intérêt général. Voir § 127, *ibid.*

⁵⁹⁷ Kent McNeil remarque d'ailleurs le caractère étonnant de la démarche puisque d'habitude en cas de droits issus de traités les juridictions ne vont pas chercher plus loin pour voir s'il existe un droit ancestral derrière. K. MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government », préc., p. 141.

⁵⁹⁸ *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, préc., § 137.

⁵⁹⁹ *House of Sga'nism* préc., § 59.

⁶⁰⁰ § 60, *ibid.*

limiter, si cela se justifie selon le test de l'article 35, les droits issus de traité⁶⁰¹. Cela montrerait donc que les traités modernes ne mettent pas fin aux compétences fédérales et provinciales et que les autonomies normatives autochtones établies par ces traités demeurent soumises au droit constitutionnel canadien, même lorsque le traité prévoit sur certains domaines la primauté d'une loi autochtone sur les lois étatiques en cas de conflit⁶⁰².

372 Ces décisions n'ont pas été confirmées par la Cour suprême du Canada, ce qui leur donne une portée moins grande, mais elles restent toutefois des décisions importantes sur l'autonomie gouvernementale, notamment parce que *Campbell* reconnaît directement la protection constitutionnelle de ce droit⁶⁰³. Même si la Cour suprême du Canada ne reprenait pas l'ensemble de ses conclusions et arguments (sur le droit ancestral dans *Campbell* par exemple), il y a fort à parier qu'elle ne reviendra pas sur la constitutionnalité des accords organisant une autonomie gouvernementale autochtone.

373 Une des raisons à cela est que la reconnaissance du droit à l'autonomie gouvernementale issue de traités ne pose pas les mêmes difficultés que celle issue d'un droit ancestral. En effet, la mise en application concrète de cette autonomie gouvernementale est explicitée dans le traité (notamment qui sont les titulaires, sur quel territoire, etc.). Ainsi, l'objection du caractère trop général du droit à l'autonomie gouvernementale qui avait été mise en avant par la Cour suprême du Canada dans les autres affaires ne tient pas ici puisque, comme le fait remarquer le juge Williamson, « c'est un document détaillé qui établit précisément quels pouvoirs et quelles limitations de ces pouvoirs appartiennent à chaque partie »⁶⁰⁴.

374 Finalement, on ne saurait en déduire une acceptation générale de l'autonomie gouvernementale autochtone dans la jurisprudence canadienne et il est plus prudent de considérer que globalement l'autonomie gouvernementale en tant que « bloc abstrait » de pouvoirs autochtones n'a pas encore été consacrée comme droit ancestral (indépendant de tout traité)⁶⁰⁵. Ce qui a en revanche

⁶⁰¹ § 71 et s., *ibid.*

⁶⁰² § 85 et s., *ibid.*

⁶⁰³ J. E. DALTON, « Aboriginal Self-Determination in Canada », préc., p. 22 et 23.

⁶⁰⁴ *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, préc., § 131, notre traduction.

⁶⁰⁵ D'autres auteurs au contraire ont pu voir dans *Pamjewan* et *Delgamuukw* une suggestion que la Constitution reconnaît et affirme un droit inhérent à un droit ancestral d'autonomie gouvernementale, spécifiquement, un droit d'édicter des lois en relation avec les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégralement des cultures distinctives des nations autochtones et qui sont en relation avec l'utilisation des terres de réserves et soumises au titre aborigène. P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 334 p., p. 174.

été reconnu c'est une forme d'autonomie normative lorsqu'elle se rattache à des instruments précis (comme un traité) ou à des droits ancestraux établis.

B. La reconnaissance implicite de droits-compétences, véritable source jurisprudentielle d'autonomie normative autochtone

375 La Cour suprême du Canada n'a jamais exclu que les droits issus de 35(1) contiennent une certaine reconnaissance d'un espace d'autonomie normative autochtone, elle a même à l'inverse donné tous les indices de son existence, mais sans jamais en définir précisément le contenu.

1. Des droits-activités aux droits-compétences : le caractère collectif des droits des peuples autochtones

376 L'approche de la Cour sur les droits ancestraux consiste dans la majorité des cas à consacrer des « droits-activités » c'est-à-dire des droits *de faire* quelque chose (pêcher, chasser, commercer, etc.), mais elle attribue une qualité très particulière à ces droits qu'elle tire des traditions autochtones : leur caractère collectif. Les droits sont collectifs dans le sens le plus fort du terme⁶⁰⁶, puisque c'est le groupe autochtone qui est titulaire du droit (alors que d'autres types de droits sont qualifiés comme tels simplement parce qu'ils ne peuvent s'exercer que collectivement, comme le droit de grève ou parce qu'ils ne sont attribués qu'aux personnes appartenant à des groupes particuliers). Or ici, c'est le groupe lui-même, et non ses membres, qui détient le droit de faire quelque chose, bien que les activités en faisant l'objet puissent s'exercer individuellement (ce qui est le cas de la plupart des droits ancestraux, comme la chasse, la pêche, etc.). Dès lors, il revient au groupe de déterminer le régime d'exercice du droit ancestral par ses membres, donc de réglementer, le cas échéant, cet exercice. Ainsi, le droit de groupe a pour corollaire un pouvoir normatif opposable aux individus appartenant au groupe à l'intérieur du cadre formé par les contours du droit autochtone, « ses limites externes » telles que définies par le juge⁶⁰⁷.

377 La reconnaissance du caractère collectif a été admise par la Cour suprême aussi bien à l'égard des droits ancestraux qu'au regard du titre autochtone. Dans l'affaire *Sappier* par exemple, la Cour soutient à propos du droit ancestral que « le droit de récolter (distinct du droit d'utiliser à des fins personnelles le produit récolté, même si les deux sont reliés) ne doit pas être exercé par un

⁶⁰⁶ G. OTIS, « L'autonomie personnelle », préc.

⁶⁰⁷ L'expression droit-compétence ainsi que l'économie générale du raisonnement vient de G. Otis : *ibid.* « Si les contours externes d'un droit ancestral sont tracés par le juge étatique, c'est en revanche le "droit autochtone", soit le corpus normatif dont la communauté autochtone est elle-même le foyer d'élaboration, qu'il faut consulter pour connaître les règles encadrant l'exercice interne de ce droit, y compris la constitution des institutions normatives elles-mêmes. » p. 664. voir aussi sur les droits activités : G. OTIS, « sources des droits ancestraux », préc.

membre de la collectivité autochtone indépendamment de la société autochtone qu'il vise à préserver »⁶⁰⁸. Le même raisonnement vaut pour les droits issus de traités⁶⁰⁹. En ce qui concerne le titre, les conséquences normatives de son caractère communautaire sont clairement explicitées dans *Delgamuukw* : « Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier ; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité »⁶¹⁰.

378 Au niveau conceptuel, notons ici que la ligne de démarcation entre un droit collectif de propriété foncière et une compétence qui s'exerce sur un territoire est ici incertaine et nébuleuse. C'est d'ailleurs pour cette raison que les autochtones avaient fait valoir que l'autonomie gouvernementale pouvait se rattacher au titre aborigène.

379 Dans *Pamajewon*, on l'a vu, le juge Lamer associe étroitement le droit-activité de jouer et celui de réglementer ces jeux, sans donner plus de précisions sur la relation entre les deux. En effet, on pourrait croire que le second est accessoire au premier, ou bien à l'inverse qu'il faut prouver les deux l'un après l'autre⁶¹¹. Un auteur a critiqué le fait que la décision ne distingue pas entre les règles qui établissent des obligations matérielles en l'espèce à l'égard du jeu (du type interdiction de jouer à certaines heures ou à certains endroits) et les règles attributives de pouvoir (la communauté régule les problèmes, y compris ceux relatifs aux jeux de hasard, selon tel mécanisme ou processus)⁶¹². Il est vrai que le second type de règles requiert des critères de preuves complètement différents du premier et ne semble pas avoir été envisagé dans la décision,

⁶⁰⁸ *R. c. Sappier*, préc., § 26.

⁶⁰⁹ La Cour suprême affirme qu'ils n'appartiennent pas personnellement à l'individu, mais ils sont exercés sous l'autorité de la communauté à laquelle ce dernier appartient : *Marshall 2*, préc., § 17.

⁶¹⁰ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., § 115. Ceci a été rappelé récemment dans *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 74.

⁶¹¹ *R. c. Pamajewon*, préc., dans l'opinion majoritaire du juge Lamer, le droit activité vient en premier et ensuite vient le droit de réglementer (voir § 26 et 28) alors que dans l'opinion de la juge L'Heureux-Dubé reprend le paragraphe du juge Osborne de la Cour d'appel, qui invoque d'abord la preuve de la réglementation et ensuite celle de la participation aux jeux de hasard (§43). Comme le fait remarquer Ken McNeil, cela pose certaines difficultés notamment au niveau de la preuve à apporter sur le droit de réguler une activité qui peut se lire, soit comme un prolongement de l'activité qui a commencé avant le contact avec les Européens, mais dont les règles afférentes ont dû être créées plus tard ou changer selon des circonstances de fait par exemple, soit comme un droit à part qui doit passer tous les critères de l'arrêt *Van der Peet* pour être reconnu. K. MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government », préc., p. 136 et s.

⁶¹² L'auteur note que le juge Lamer emploie les deux expressions « subject of regulation » et « subject to regulation » (au § 28) qui renvoient au distinguo précédemment expliqué alors que le juge n'en tire aucune conséquence. Cela étant, la distinction dans la décision en français n'apparaît pas et dans les deux cas il s'agit de « réglementé par la communauté », ce qui fait douter sinon de la pertinence du moins de l'intention prétorienne d'établir une nuance. S. LUK, « Confounding Concepts: The Judicial Definition of the Constitutional Protection of the Aboriginal Right to Self-Government in Canada », préc., p. 122 et s..

alors même qu'elles sont le plus susceptibles de donner naissance à une plus grande autonomie normative autochtone.

380 En ce qui concerne le titre, la jurisprudence a non seulement implicitement reconnu une autonomie normative via le caractère collectif de la tenure foncière, mais dans *Delgamuukw*, elle précise explicitement que « le titre aborigène comprend le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites d'une parcelle de territoire »⁶¹³. C'est toutefois dans *Campbell*, que le tribunal est allé le plus loin dans le rattachement de l'autonomie normative au titre. En se fondant justement sur ce passage de *Delgamuukw*, il déduit que le « droit à un titre autochtone "dans sa forme plénière", comprend le droit de la communauté à prendre des décisions pour l'utilisation des terres et donc le droit d'avoir une structure politique pour prendre ces décisions, et est constitutionnellement garanti par l'article 35 »⁶¹⁴.

381 Cette affirmation ne lève pas toute l'ambiguïté qui existe entre le titre autochtone comme droit foncier (de caractère privé, relatif à un terrain) ou comme droit territorial (de caractère public, relatif à un pouvoir, une compétence, qui s'exerce sur un espace géographique). En effet, nous l'avons vu, les décisions sont limitées à l'usage de la terre, mais la reconnaissance de la structure politique intrinsèque à la prise de décision collective relève bel et bien d'une forme d'autonomie normative autochtone qui se rattache plus au droit public. Ainsi, le titre autochtone est décidément bien une catégorie *sui generis* comme le qualifie la Cour.

382 Ces différents raisonnements font dire à Kent McNeil que l'autonomie gouvernementale est reconnue lorsqu'elle est en quelque sorte « accessoire » à un droit autochtone, ancestral, issu de traités ou relatif à un titre.⁶¹⁵ En réalité, il nous semble plus adéquat d'utiliser le terme de « droits-compétences » dans la mesure où l'autonomie gouvernementale autochtone suppose une reconnaissance globale, de principe, de l'autonomie normative autochtone alors que la Cour suprême ne reconnaît que des espaces de normativité non seulement au cas par cas (selon les cas d'espèce, la preuve apportée par les groupes autochtones...), mais même « droit par droit ».

383 En outre, il existe certains droits autochtones qui relèvent intrinsèquement et exclusivement du domaine de la « compétence », et ne sauraient être rattachés à une activité. C'est le cas des droits ancestraux dont l'unique objet est de créer des effets juridiques, par exemple en matière de statut

⁶¹³ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., § 168.

⁶¹⁴ Notre traduction, *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, préc., § 137.

⁶¹⁵ K. MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government », préc., p. 142.

personnel. Ainsi, lorsqu'une juridiction étatique identifie le droit ancestral d'adopter un enfant selon la coutume⁶¹⁶, ou de se marier selon la coutume, alors il s'agit véritablement de reconnaître une autonomie normative au groupe autochtone en question⁶¹⁷. Comme le fait remarquer Ghislain Otis, dans ce cas il y a une effectivité et un caractère contraignant, bref une juridicité totalement admise, du droit autochtone⁶¹⁸. On peut d'ailleurs généraliser à l'ensemble des « droits-compétences » ce caractère obligatoire et contraignant⁶¹⁹. Conceptuellement, il existe un intérêt à ne pas systématiquement arrimer les droits-compétences à un titre foncier (ce qui est parfois une tentation puisque les activités sont plus larges que pour les autres droits ancestraux *stricto sensu* et qu'il y a un parallèle patent avec le territoire-juridiction⁶²⁰), car cela permet de réfléchir à des nouvelles formes de gouvernance déterritorialisée, c'est-à-dire fondée sur l'autonomie personnelle⁶²¹ ou le fédéralisme personnel.

2. Une reconnaissance fragmentée de l'autonomie normative s'expliquant par le terme de « droits »

384 Finalement, la Cour suprême du Canada identifie des espaces constitutionnels d'autonomie normative autochtones de manière très fragmentée et limitée. Le droit-compétence est en effet circonscrit par son objet même par les juridictions étatiques qui le reconnaissent, et selon des critères très restreints et critiquables pour leur contenu culturaliste. De plus, la question du titulaire, qui pose question au niveau « macrojuridique » (quand il se pose dans le cadre de l'autonomie gouvernementale inhérente) est, dans l'approche « microjuridique » des droits-

⁶¹⁶ *Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1994] 2 C.N.L.R. 22. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a statué que les pratiques et les coutumes relatives à l'adoption comptent parmi les aspects de la vie sociale autochtone ayant vocation à faire l'objet d'un droit ancestral. Voir C. L. BALDASSI, « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 39, 2006, pp. 63-100. G. OTIS, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de "l'adoption coutumière" autochtone au Québec », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 567-610. L'auteur fait le tour des questions constitutionnelles de la reconnaissance de l'adoption coutumière autochtone et estime que la « pratique autochtone de l'adoption est en fait singulièrement adaptée à la théorie des droits ancestraux », p. 582.

⁶¹⁷ À l'inverse une analyse qui rattacherait ces droits ancestraux à une activité du type de « reproduction » ou de « procréation » est impensable, car elle serait totalement discriminatoire et relèverait du racisme le plus primaire.

⁶¹⁸ G. OTIS, « L'autonomie personnelle », préc., p. 668.

⁶¹⁹ L'auteur ajoute que le respect de ces règles pourra être imposé par l'usage de sanctions contraignantes, par les organes des communautés autochtones, mais aussi éventuellement par le juge étatique. *Ibid.*

⁶²⁰ Voir par exemple D. LAMBERT, « Where to From Here: Reconciling Aboriginal Title with Crown sovereignty » dans M. MORELLATO, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Ont, Canada Law Book, 2009, pp. 31-54, p. 53. « In short, with rare exceptions, Aboriginal rights simply preserve the past. Only the recognition of Aboriginal title gives any assurance of economic and cultural self-sufficiency and independence for Indigenous peoples in the future ».

⁶²¹ G. OTIS, « L'autonomie personnelle », préc.

compétences, réglée par le cas d'espèce, selon que la preuve de la coutume ou du titre est rapportée au niveau de la bande, de la communauté ou de la Nation⁶²².

385 Cette approche est bien entendu aussi critiquable dans la mesure où il est très coûteux pour les autochtones de devoir démontrer à un juge pour chaque activité (ou chaque type d'activités si l'on prend les activités rattachées au titre foncier) l'existence d'un droit autochtone au contenu limité pour se voir reconnaître au final un pouvoir normatif parcellaire⁶²³. De ce point de vue, il est sans doute préférable de militer en faveur d'une acceptation jurisprudentielle générale d'une autonomie normative autochtone en ce qui concerne leurs affaires internes.

386 Cela dit, la démarche de la Cour s'explique aussi par le cadre textuel donné par le Constituant, qui a utilisé le vocabulaire des « droits » des peuples autochtones dans l'article 35, ce qui dès le départ, place l'interprète non pas dans un contexte de compétences et d'autonomie normative, mais dans un contexte « substantiel ». Autrement dit le texte de la Constitution tel qu'interprété par la Cour suprême tend à considérer comme des « boîtes vides » les compétences législatives que les parlements fédéral et provinciaux peuvent remplir de règles substantielles. En prenant la distinction des règles de Hart, les premières sont des normes attributives de pouvoirs ou habilitantes⁶²⁴ et les secondes des règles matérielles établissant des droits et des obligations concrètes. Alors qu'à l'inverse, les droits autochtones seraient des « boîtes pleines », c'est-à-dire ayant un contenu matériel que doit « découvrir » le juge, contenant des droits et obligations précises pour les autochtones⁶²⁵. L'attribution de droits aux peuples autochtones, et non de compétences, souligne aussi qu'ils doivent démontrer l'existence d'un pouvoir, particulier et circonscrit, qui fait exception au pouvoir général que détient l'État, fédéral en particulier⁶²⁶. Pour pouvoir faire quelque chose de différent de ce que peuvent faire les non-autochtones ils sont contraints de s'appuyer non pas sur un principe général d'une mise en œuvre d'une volonté

⁶²² Sur cette question voir *ibid.*, p. 665 et s. L'auteur démontre simplement le caractère de collectivité de droit public de ce titulaire, mais aussi une manière de déterminer le collectif titulaire (G. OTIS, « Le titre aborigène », préc., p. 626 et s.) Voir aussi S. LUK, « Confounding Concepts: The Judicial Definition of the Constitutional Protection of the Aboriginal Right to Self-Government in Canada », préc. p. 129 et s. pour qui la CSC ne sait pas comment délimiter la communauté qui émet des normes.

⁶²³ K. MCNEIL, « Judicial Approaches to Self-Government », préc., p. 136.

⁶²⁴ H.L.A. HART, *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^e éd. augmentée, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 344 p, p. 46 et s.

⁶²⁵ Argument que l'on retrouve chez Senwung Luk qui critique la décision Pawamejon dans laquelle la Cour suprême ne tient pas compte de cette distinction : S. LUK, « Confounding Concepts: The Judicial Definition of the Constitutional Protection of the Aboriginal Right to Self-Government in Canada », préc.

⁶²⁶ C'est d'autant plus le cas qu'un droit plus général à l'autonomie gouvernementale, ou bien à l'autodétermination comme en droit international, n'a pas été véritablement reconnu.

collective distincte du reste de la population, mais sur l'existence d'une dérogation au pouvoir général. Ce faisant, cela peut donner l'impression que c'est de leur position de minorité que découle ce droit de faire quelque chose de différent, alors que c'est simplement un droit reconnaissant un pouvoir collectif, qui est de la même nature qu'une compétence. Sur le plan symbolique et politique, ce n'est pas du tout négligeable si l'on tient compte des dégâts que cela fait auprès d'une certaine opinion des Canadiens non autochtones qui bien souvent ne comprennent pas pourquoi les autochtones auraient plus de droits qu'eux, alors que l'enjeu est essentiellement de savoir qui a un pouvoir d'action sur telle question et comment répartir les ressources.

- 387 La Cour suprême ne s'est donc pas totalement laissée enfermer dans cette catégorie de « droits » distincte par nature des compétences : en reconnaissant le caractère collectif des droits, elle a fait un pas déterminant vers l'espace de liberté collective autochtone ou l'autonomie normative même si elle ne l'admet pas toujours explicitement et n'en tire pas toujours toutes les conséquences.
- 388 L'autre difficulté de cette distinction issue du texte constitutionnel entre droits et compétences est que la Cour en a déduit une limite fondamentale des droits autochtones : la possibilité pour l'État de justifier une atteinte portée à ces droits. Cette limite ainsi que la relation des droits autochtones avec la répartition des compétences fédérales et provinciales ont placé le juge suprême en arbitre des relations plurijuridiques canadoautochtones⁶²⁷.

Section 3. Le rôle moteur de la Cour de justice dans le processus d'intégration européen, ou l'affirmation de l'autonomie normative de l'Union

- 389 Le rôle de la Cour de justice dans le façonnement de l'ordre juridique communautaire, devenu l'ordre juridique de l'Union européenne, est reconnu par l'ensemble de la doctrine qui a eu l'occasion de l'expliquer et le commenter allègrement. Son action peut être considérée comme fondamentale en ce qui concerne le plurijuridisme puisqu'elle s'est efforcée petit à petit⁶²⁸ de rendre autonome l'ordre ou l'espace juridique européen,⁶²⁹ mais aussi effectif. Elle a construit et

⁶²⁷ Voir infra § 578.

⁶²⁸ Certains auteurs décrivent ainsi différents paliers ou générations dans la jurisprudence de la Cour de justice : J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p; R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1997, 160 p.

⁶²⁹ Sur la distinction entre ordre juridique et espace juridique, voir supra § 59 et 60. Cela étant l'ensemble de la doctrine reprend le terme d'ordre juridique communautaire ou de l'Union européenne voir par exemple J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 189, 2011. même si certains auteurs qualifient

consolidé un véritable ordre juridique communautaire, qui est une condition nécessaire à l'intégration juridique et à l'existence d'une pluralité des espaces normatifs.

390 Elle est en tant qu'interprète du droit européen, gardienne des traités, y compris des procédures de révision. En ce sens, elle a aussi un rôle dans la modification du pacte englobant, même s'il n'est pas aussi déterminant que la Cour suprême du Canada, dans la mesure où elle s'estime compétente pour contrôler le respect des procédures de révision et éviter que la procédure de révision dite simplifiée ne permette d'accroître les compétences de l'Union européenne⁶³⁰.

391 Mais la Cour s'est avant tout employée à promouvoir l'autonomie de l'ordre juridique communautaire en premier lieu vis-à-vis du droit international,⁶³¹ mais surtout à l'égard des ordres juridiques des États. C'est cette dernière émancipation nous intéressera particulièrement dans le cadre de l'étude du plurijuridisme.

392 Cette autonomie a d'abord été affirmée par la Cour dans les célèbres arrêts *Van Gend & Loos*⁶³² et *Costa*⁶³³ qui portent par ailleurs en germe les deux plus grands principes de l'ordre communautaire « intégré ». Dans le premier, la Cour évoque ainsi un « nouvel ordre juridique international »⁶³⁴ et dans le second un « ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres »⁶³⁵. La Cour constitue ensuite autour de cet ordre juridique un arsenal jurisprudentiel, des principes et plus globalement une méthode d'interprétation, lui permettant de lui donner une effectivité et par conséquent de lui donner une existence juridique affranchie d'une médiation étatique. L'autonomie et l'effectivité du droit communautaire seront dès lors garanties par les grands principes prétoriens de l'effet direct, de primauté et d'application

l'ordre juridique communautaire d'incomplet, au contraire d'un ordre juridique étatique qui peut être lui total dans la lignée de la théorie kelsenienne : F. MELLERAY et M. GAUTIER, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 27-36, spéc. p. 33. Ainsi nous reprendrons ici indifféremment les termes d'ordre juridique de l'Union européenne, ordre juridique communautaire et respectivement d'espace juridique ou normatif.

⁶³⁰ Voir CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland*, aff. C-370/12, *Rec. numérique*, spec. § 35 et 36. Voir sur cette décision : H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1006 p., p. 438 et s.

⁶³¹ Voir par exemple : D. SIMON, « La Cour de Justice des Communautés européennes », *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle. Colloque organisé par le CERCRID, Mai 1990*, Saint-Étienne, Publications de l'Université Jean Monnet, 1990, pp. 133-157, p. 153 et s.

⁶³² CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec. 1963*, p. 3.

⁶³³ CJCE, 5 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec. 1964*, p. 1141.

⁶³⁴ *Van Gend en Loos*, préc., p. 23.

⁶³⁵ *Costa*, préc., p. 1158.

uniforme⁶³⁶ sous l'égide de la méthode fonctionnelle (de l'effet utile) qui innerve toute l'œuvre normative de la Cour. Les deux premiers principes sont essentiels afin de construire un espace normatif effectif et autonome (I) tandis que les principes d'interprétation ne le sont pas moins dans la perspective d'une Communauté européenne propre à satisfaire certains objectifs (II).

I. Les principes prétoriens propres à garantir effectivité et autonomie

A. Le principe de l'effet direct : le droit communautaire face aux particuliers

393 L'autonomie de l'espace juridique européen peut se repérer à deux moments de l'édiction normative : au moment de l'élaboration du droit européen, qui comme nous l'avons constaté précédemment démontre un certain détachement des institutions européennes vis-à-vis des États (bien qu'il n'y ait pas d'indépendance) ; et au moment de la mise en œuvre du droit communautaire. C'est autour de cette seconde question que tourne la problématique de l'effet direct ou de l'applicabilité directe.

394 La question est de savoir si le droit de l'Union dépend des États membres pour sa mise en œuvre ou s'il peut s'adresser directement aux particuliers. La réponse a été donnée par la Cour de justice sans ambiguïté dès 1963 :

« le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique »⁶³⁷.

395 Autrement dit, les justiciables, même dans les cas où ils ne sont pas formellement les destinataires des normes européennes, peuvent invoquer directement des droits subjectifs issus du seul droit de l'Union. Dans l'affaire *Van Gend & Loos*, il s'agissait de savoir si une disposition, l'article 12 du TCE⁶³⁸ qui interdit aux États d'introduire des droits de douane ou des taxes d'effet équivalent, pouvait être invoquée par le particulier à l'encontre de son État. La réponse positive de la Cour de justice « opère la rupture la plus profonde avec le système internationaliste »⁶³⁹, une « révolution copernicienne »⁶⁴⁰, car le principe de l'effet direct confère, sous certaines

⁶³⁶ Un peu de la même manière, certains auteurs ont pu regrouper autour d'un principe d'effectivité du droit communautaire les grands principes d'effet direct, d'autonomie, de primauté et d'application uniforme : A. VON BOGDANDY, « Founding principles » dans A. V. BOGDANDY et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, München, Germany CH Beck, 2010, pp. 11-54, p. 30.

⁶³⁷ *Van Gend en Loos*, préc., p. 23.

⁶³⁸ Aujourd'hui l'article 24 TFUE.

⁶³⁹ S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, 781 p., p. 487.

⁶⁴⁰ H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1*, préc., p. 565.

conditions, aux particuliers des droits, alors même que l'acte n'est pas au départ adressé aux particuliers, mais aux États. Il s'agit d'une garantie des droits des particuliers en raison de la spécificité de l'ordre juridique communautaire « dont les sujets ne sont pas simplement les États, mais également leurs ressortissants » selon les termes de la Cour.

396 Robert Lecourt⁶⁴¹ insiste d'ailleurs sur la dimension concrète qui est donnée au droit communautaire grâce à ce principe cardinal de l'effet direct :

« (...) Ou bien la Communauté est, pour les particuliers une séduisante, mais lointaine abstraction intéressant seulement les gouvernements qui leur en appliquent discrétionnairement les règles ; ou bien elle est pour eux une réalité effective et par conséquent créatrice de droits. (...) Si chaque individu n'a comme interlocuteur que son propre État la première alternative l'emportera. S'il peut, au contraire, invoquer directement la règle commune et en obtenir l'application de son propre juge sous la garantie des Institutions communes, c'est une authentique Communauté qu'il s'agira. D'où l'importance déterminante d'une notion juridique dont va dépendre le sort de l'œuvre réalisée par les traités : l'accès direct des particuliers aux règles communes »⁶⁴².

397 Aujourd'hui, la signification exacte du principe de l'effet direct n'est pas unanime au sein de la doctrine. Dans un sens large, il signifie que les dispositions claires précises, et suffisamment inconditionnelles pour être justiciables peuvent être invoquées par les individus devant les tribunaux nationaux. Une autre conception de l'effet direct est qu'il permet de conférer des droits aux individus.⁶⁴³

398 D'autre part, beaucoup d'auteurs⁶⁴⁴ distinguent le principe de l'effet direct de celui de l'applicabilité directe du droit communautaire dans l'ordre juridique des États membres. L'applicabilité directe concerne ainsi les règlements et décisions qui ne nécessitent pas une intervention de l'État et entrent en tant que norme communautaire dans la hiérarchie interne des sources du droit. L'applicabilité directe serait prévue par les traités tandis que l'effet direct concernerait les autres types d'actes : les dispositions des traités, des directives, des décisions ayant pour destinataire des États et les accords internationaux. Pourtant, d'autres auteurs prennent

⁶⁴¹ Rappelons que Robert Lecourt a été juge à la Cour de justice à partir de 1962 et en fut son président de 1967 à 1976, il fut à cet égard un des artisans essentiels de l'œuvre jurisprudentielle qu'il décrit.

⁶⁴² R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 (réimpression de l'ouvrage de 1976), 321 p., p. 248.

⁶⁴³ P. CRAIG et G. D. BÚRCA, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2007, 1148 p., p. 268.

⁶⁴⁴ F. D. QUADROS, *Droit de l'Union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 571 p., p. 384 et s. J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, préc., p. 217.

pour synonymes les notions d'effet direct et d'applicabilité directe⁶⁴⁵, et expliquent finalement que l'applicabilité directe ou l'effet direct correspondent au cas où le justiciable peut non seulement invoquer des normes communautaires devant leur juge de droit commun et aussi se prévaloir de droits subjectifs issus du droit européen devant lui.

399 L'applicabilité immédiate est de la même manière liée à celle de l'applicabilité directe dans la mesure où la première postule l'absence de réception étatique ou d'intercession de l'État⁶⁴⁶, tandis que l'autre est relative à un régime juridique plus large sur l'ensemble des exigences de l'exécution du droit communautaire.

400 En réalité, toute la difficulté conceptuelle autour de l'effectivité autonome du droit communautaire réside dans le caractère hybride du droit communautaire qui parfois s'adresse simplement aux États comme en droit international classique, et parfois s'adresse aux particuliers comme en droit national étatique. Or, pour la Cour de justice, il n'était pas envisageable de porter atteinte à l'effectivité du droit communautaire dès lors qu'il faut compter sur un relais étatique qui pouvait donc « court-circuiter » son application auprès des particuliers. Tout le travail jurisprudentiel de la Cour a été d'autonomiser le plus possible l'effectivité du droit de l'Union, le rendre le moins dépendant possible du droit étatique.

401 D'une part, la Cour a affirmé que la médiation étatique n'était pas nécessaire dès lors que les dispositions communautaires étaient inconditionnelles, précises, claires et « juridiquement parfaites », c'est-à-dire dès lors que les mesures d'exécution d'une disposition d'une norme sont simplement accessoires ou complémentaires et non nécessaires à sa mise en œuvre⁶⁴⁷. C'est le cas bien entendu des règlements qui bénéficient d'une présomption réfragable d'effet direct, comme il en découle logiquement des Traités⁶⁴⁸. Cela peut aussi être le cas d'une disposition de droit originaire, par exemple les interdictions claires et inconditionnelles du Traité comme dans

⁶⁴⁵ R. MEHDI, « Ordre juridique communautaire - Effet direct », *JCl. Europe Traité*, fasc. 195, 2007; S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 481 et s.

⁶⁴⁶ R. MEHDI, « Effet direct », préc. Voir aussi M. BLANQUET, « Effet direct du droit communautaire », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2010, § 6 et s.

⁶⁴⁷ L'arrêt *Van Gend en Loos*, préc., avait établi certaines conditions pour que les dispositions du Traité aient un effet direct : la disposition devait être claire, négative, inconditionnelle, sans réserve de la part d'État membre, et ne pas dépendre d'une mesure de transposition nationale. La Cour a ensuite au fil des années été moins sévère dans l'exigence de ces conditions. Pour plus de détails sur les critères de l'effet direct quel que soit l'instrument normatif dont est issue la disposition voir par exemple : R. MEHDI, « Effet direct », préc., § 15 et s; S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 489.

⁶⁴⁸ Sur cette question voir notamment : M. BLANQUET, « Effet direct du droit communautaire », préc., § 65 et s.

l'affaire précitée⁶⁴⁹. Dans ce premier cas, il s'agit d'un effet direct dans le sens le plus strict quant à sa définition, mais le plus total ou plénier quant à son rayonnement⁶⁵⁰, car non seulement le justiciable pourra invoquer la disposition communautaire à l'égard de l'État (et plus largement des autorités publiques⁶⁵¹), mais aussi à l'égard d'autres particuliers : c'est ce qu'on appelle l'effet direct horizontal⁶⁵².

402 D'autre part, la Cour a fait en sorte que les autres dispositions qui ne peuvent se passer d'un relais étatique puissent avoir le plus d'effectivité possible pour le particulier. C'est en ce sens que la doctrine a pu proposer les notions beaucoup plus larges d'invocabilité⁶⁵³ ou de justiciabilité du droit communautaire, qui ne présupposent pas l'existence de droits subjectifs que le particulier puise directement et uniquement dans le droit de l'Union. C'est le cas en particulier des directives qui par définition supposent une médiation étatique par le mécanisme de transposition ou encore des décisions adressées aux États. La Cour estime qu'il aurait été attentatoire au caractère contraignant et que cela aurait affaibli le résultat même visé par ces dispositions (leur effet utile) si les justiciables n'avaient pas pu s'en prévaloir en justice en raison de la turpitude des États membres. Par conséquent, cet effet direct *lato sensu*, a une fonction simplement palliative et n'intervient que dans les cas où l'État n'a pas correctement exécuté une décision ou une directive communautaire ou ne l'a pas transposée dans le délai⁶⁵⁴. Ainsi, de manière exceptionnelle les directives peuvent avoir un effet direct⁶⁵⁵, mais cet effet direct sera limité à une simple invocabilité à l'encontre de l'État⁶⁵⁶ et non à l'égard de tous⁶⁵⁷.

⁶⁴⁹ Pour d'autres exemples de dispositions des traités d'effet direct, voir : *ibid.*, p. 35 et s.

⁶⁵⁰ R. MEHDI, « Effet direct », *préc.*, § 24.

⁶⁵¹ « La Cour a toujours privilégié une appréhension très extensive de la notion fonctionnelle d'État » voir § 38 et s., *ibid.*

⁶⁵² C'est le cas des dispositions désignant expressément les particuliers comme les destinataires, mais pas seulement. Ainsi les règles relatives à la libre circulation des personnes des traités sont opposables aux personnes privées, comme les employeurs, par exemple l'interdiction des discriminations tenant à la nationalité est un moyen pour contester un contrat de travail : CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74, *Rec. 1974*, p. 1405.

⁶⁵³ K. LENAERTS et T. CORTHAUT, « Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law », *ELR*, vol. 31, 2006, pp. 287-315; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 779 p.

⁶⁵⁴ *A contrario*, dans « tous les cas où une directive est correctement mise en œuvre, ses effets atteignent les particuliers par l'intermédiaire des mesures d'application prises par l'État membre (...) » CJCE, 15 juill. 1982, *Félicitas Rickmers*, aff. 270/81, *Rec. 1982*, p. 2771.

⁶⁵⁵ Par exemple dans l'affaire *Van Duyn*, une directive qui interdisait d'expulser un ressortissant communautaire pour des motifs non relatifs à son comportement personnel a pu être invoquée par un particulier, car cette interdiction était suffisamment précise claire et inconditionnelle : CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn c. Home Office*, aff. 41/74, *Rec. 1974*, p. 1337.

⁶⁵⁶ La Cour de justice a cependant retenu une notion très large d'État contre lequel une directive peut être invoquée : il s'agit en fait de toutes les personnes morales de droit public qui agissent en qualité d'autorité publique ou d'employeur, ainsi que les organismes ou entités soumis à son autorité ou à son contrôle ou qui disposent de

403 La conséquence de cet élargissement de l'effet direct à l'invocabilité⁶⁵⁸ est la possibilité pour la Cour de justice de donner des moyens plus vastes et diversifiés pour mettre en œuvre le droit communautaire auprès du particulier. Ainsi l'effet direct classique ou *stricto sensu* a pour conséquence, du fait de sa cumulation avec le principe de primauté, de substituer la disposition communautaire au droit national contraire ou de l'exclure. La première consiste à écarter le droit national contraire et la seconde « est caractérisée par un effet de substitution, le droit de l'Union s'appliquant dans ce cas en lieu et place du droit national »⁶⁵⁹. Mais avec une notion d'invocabilité plus large que l'effet direct, on peut aussi envisager une invocabilité d'interprétation et une invocabilité de réparation. Ces sanctions (ou réparation⁶⁶⁰) du droit communautaire permettent d'une part d'orienter l'interprétation d'une norme nationale et d'autre part d'obtenir réparation d'un dommage subi du fait de la violation du droit de l'Union par un État⁶⁶¹. C'est donc bien l'effectivité du droit communautaire que la Cour s'est efforcée de garantir au justiciable européen, qui peut selon les cas s'affranchir de la médiation de l'État ou au contraire se retourner contre lui ou le faire plier.

404 Quant aux conséquences de cette effectivité dans le processus d'intégration, elles ont bien entendu été primordiales. En premier lieu, on peut justifier cet effet direct par la vocation de la Communauté de créer des droits pour les particuliers en plus des compétences législatives des institutions⁶⁶². Mais surtout « en insistant sur le rôle de l'individu, comme destinataire du droit communautaire, elle faisait de celui-ci un “instrument” du respect par les États membres de leurs

pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers. CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e.a.*, aff. C-188/89, *Rec.*, p. I-3313.

⁶⁵⁷ La Cour estime qu'« une directive ne peut pas par elle-même créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne » : CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.*, p. 723. La Cour l'a récemment rappelé au § 37, CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Domínguez*, aff. C-282/10, *Rec. numérique*. L'invocabilité des droits subjectifs contenus dans les directives a cependant connu des développements sur lesquels nous reviendrons en infra dans la mesure où des droits fondamentaux étaient en jeu (§ 1160 et s.) : CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec. 2005*, p. I-09981; CJCE (G.C.), 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07, *Rec. 2010*, p. I-00365; CJUE (G.C.), 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT et autres*, aff. C-176/12, *Rec. numérique*. Sur l'invocabilité des directives dans les litiges entre particuliers suite à la décision *AMS* voir par exemple S. PLATON, « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière (CJUE, grande chambre, 15 janv. 2014, aff. C-176/12) », *Revue de l'Union Européenne*, vol. 584, 2015, pp. 33-40, spéc. p. 34 et s.

⁶⁵⁸ La notion d'invocabilité est doctrinale bien que certains avocats généraux y souscrivent également, mais l'arsenal prétorien existe même s'il n'a pas toujours été désigné par la Cour comme relevant de l'invocabilité.

⁶⁵⁹ J.-V. LOUIS et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne* Paris, L.G.D.J., 2005, 458 p., p. 303.

⁶⁶⁰ En droit canadien le terme de réparation renvoie plus au concept anglais de « *remedy* », ce que les Français traduisent davantage par « sanction ».

⁶⁶¹ Voir infra § 1336.

⁶⁶² J.-V. LOUIS et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne* préc., p. 270.

obligations »⁶⁶³. La Cour fait appel « à la vigilance des particuliers »⁶⁶⁴ pour contrôler la diligence de la Commission et des États membres. Ainsi selon le juge Lecourt, c'est une clé de l'intégration juridique :

*« Lorsque le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître le droit dont il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté. En s'armant de la règle commune et en invitant son juge à la lui appliquer, il donne à celui-ci l'occasion de la faire pénétrer dans l'ordre juridique interne. Par son fait, elle devient alors un élément effectif du patrimoine juridique national »*⁶⁶⁵.

405 Ainsi, l'effet direct a pu servir non seulement à rendre plus autonome du droit étatique le droit de l'Union, mais aussi à engager une forme de pénétration du droit communautaire dans les ordres juridiques étatiques pour atteindre le particulier. Cette infiltration du droit communautaire reste toutefois dépendante d'un acteur étatique particulier, le juge national à qui il revient la mise en œuvre des principes dégagés par la Cour de Luxembourg et l'application concrète du droit communautaire⁶⁶⁶. Ce principe directeur d'effet direct ou de justiciabilité permet au droit communautaire de déployer de manière tangible ses effets dans les ordres juridiques nationaux, il n'en reste pas moins que l'effectivité est toujours assurée par le juge national, tout comme le principe de primauté d'ailleurs.

B. Le principe de la primauté : le droit communautaire contre le droit étatique

406 Le principe de primauté est le principe qui permet de répondre à une interrogation essentielle dans la relation entre le droit de l'Union et les droits nationaux : quel est l'acte qui prévaut lorsqu'un acte communautaire et un acte national sont en contradiction. La solution est que le droit de l'Union prévaut, c'est ce que désigne le principe de primauté. Il s'agit selon la Cour d'une conséquence logique de la nature du droit communautaire, pour autant ce principe n'était pas prévu par les traités⁶⁶⁷. C'est la Cour de justice qui a dégagé ce principe dans le fameux l'arrêt *Costa c. ENEL* et l'a maintes fois réaffirmé par la suite⁶⁶⁸. Ainsi selon cet arrêt fondateur :

⁶⁶³ *Ibid.*

⁶⁶⁴ *Van Gend en Loos*, préc., p. 25.

⁶⁶⁵ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, préc., p. 260.

⁶⁶⁶ Voir infra § 1266 et s.

⁶⁶⁷ Le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe* prévoyait à l'article I-6 de consacrer ce principe d'origine jurisprudentiel. Sur ce sujet, voir D. RITLENG, « Le principe de primauté de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303.

⁶⁶⁸ Pour des affirmations récentes voir par exemple : *Küçükdeveci*, préc. § 53 et 54; CJUE (G.C.), 22 juin 2010., *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10., *Rec.* 2010, p. I-05667; CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, *Rec. numérique*; CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis*

« En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité leurs droits souverains et ont créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes. (...) Cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement, les termes et l'esprit du Traité ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable ; le droit né du Traité issu d'une source autonome ne pouvant, en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même »⁶⁶⁹.

407 Ainsi le principe de primauté pourrait être analysé comme une simple « norme de résolution des conflits de normes »⁶⁷⁰ entre la norme communautaire et la norme nationale. En réalité, l'affirmation de ce principe est un élément fondateur de l'ordre juridique communautaire en tant qu'ordre juridique, et un ordre juridique particulier, un ordre juridique intégré⁶⁷¹. La Cour de justice y voit elle-même une « caractéristique essentielle » du droit communautaire⁶⁷².

408 En effet, cette affirmation de la primauté du droit communautaire par la Cour de justice revient à :

relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme n°2/13, non encore publié.

⁶⁶⁹ Costa, préc., p. 1159. En l'espèce, la loi de nationalisation de l'électricité italienne, postérieure aux diverses dispositions du TCEE avec lesquelles elle entraînait en conflit, avait été déclarée supérieure au droit communautaire par la Cour constitutionnelle italienne, en vertu de conception dualiste du droit italien à l'égard du droit international. La Cour de justice y « a opposé la thèse communautaire, selon laquelle ce n'est pas le droit national, mais le droit communautaire lui-même qui règle la matière » J. MOLINIER, « Primauté du droit de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011, § 5..

⁶⁷⁰ F. MELLERAY et M. GAUTIER, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », préc., p. 28.

⁶⁷¹ On a pu toutefois relativiser la différenciation opérée par la Cour de justice vis-à-vis du droit international dans la mesure la primauté existe en droit international, mais n'a pas la même portée : H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1*, préc., p. 577 et s.

⁶⁷² CJCE, 14 décembre 1991, *Avis relatif l'Espace économique européen*, n° 1/91, *Rec.*, p. I-6079.

« exclure tout renvoi aux droits nationaux pour fonder (...) l'autonomie du droit communautaire. Ce faisant, elle récuse les prémisses d'une approche "internationaliste" en vertu de laquelle la construction communautaire aurait une dimension essentiellement interétatique. À cette perception, la Cour oppose la thèse "communautaire", selon laquelle ce n'est pas le droit national, mais le droit communautaire lui-même, qui règle la matière »⁶⁷³.

409 Autrement dit, « le droit communautaire tire de lui seul la source de sa prévalence absolue »⁶⁷⁴.

410 Le principe de primauté défendu par la Cour de justice est une affirmation non seulement de l'autonomie du droit communautaire à l'égard du droit international, mais aussi, et surtout par rapport aux droits étatiques. Les États se voient imposer cette règle de conflit, quels que soient les rapports qu'ils peuvent entretenir entre leur droit national et le droit international⁶⁷⁵.

411 De plus, il va sans dire que le principe de primauté participe à l'effectivité du droit de l'Union européenne qui, s'il avait été tenu en échec par une édicition normative nationale contraire, ne pourrait ni avoir d'impact normatif réel ni constituer une règle véritablement commune sur l'ensemble de l'espace normatif européen⁶⁷⁶.

412 C'est ce qui justifie pour la Cour de justice une portée très large du principe de primauté puisque la règle de prévalence s'applique, quelle que soit la norme communautaire, un traité⁶⁷⁷ ou du droit dérivé⁶⁷⁸, quelle que soit la nature de la règle nationale, constitutionnelle⁶⁷⁹, législative ou réglementaire et peu importe que la règle nationale soit postérieure ou antérieure à celle de l'Union. D'ailleurs, la primauté fonctionne aussi pour les traités constitutifs à l'égard des traités

⁶⁷³ R. MEHDI, « Ordre juridique communautaire - primauté du droit communautaire », *JCl. Europe Traité*, fasc. 196, 2005, § 6.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, § 9.

⁶⁷⁵ Ainsi peu importe du point de vue de la Cour de justice que les États membres aient un système moniste ou dualiste, que les règles de conflit entre le droit interne et international soient constitutionnelles ou jurisprudentielles.

⁶⁷⁶ En ce sens, voir J. MOLINIER, « Primauté du droit de l'Union européenne », *préc.*, § 7. Le fondement de la primauté « ne résulte pas d'une hiérarchie entre autorités communautaires et nationales, contraire à la nature de la construction communautaire, mais découle de ce que cette règle doit prévaloir sous peine de cesser d'être commune ; or, à défaut d'être commune, elle cesse d'exister et il n'y a plus de Communauté ».

⁶⁷⁷ Comme c'est le cas dans *Costa*, *préc.*

⁶⁷⁸ Pour un règlement voir : CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/71, *Rec. 1971*, p. 1039.

⁶⁷⁹ CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec. CJCE* p. 1125. (Voir infra § 779 et s. pour une explication détaillée). Pour une application plus récente voir CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec. 2008*, p. I-09999. Ou § 61, CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. C-409/06, *Rec. 2010*, p. I-08015.

internationaux, ce qui participe à la démonstration de l'autonomie du droit de l'Union vis-à-vis de l'ordre juridique international⁶⁸⁰.

413 Le principe de primauté est, dans la conception de la Cour, absolu et inconditionnel. La Cour dicte ainsi aux juridictions nationales « un véritable impératif catégorique »⁶⁸¹ dans la résolution de ce conflit de normes. C'est une affirmation quasiment « impérieuse » de la Cour de Luxembourg : « la primauté est énoncée comme un commandement adressé aux autorités nationales de faire prévaloir en toutes circonstances la règle commune sur la norme nationale »⁶⁸².

414 Il est certain que la conséquence du principe de primauté a été soutenue avec fermeté en 1978 dans le célèbre arrêt *Simmenthal* :

« tout juge national... a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, qu'elle soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire... »⁶⁸³.

415 Le principe de primauté du droit communautaire est donc une règle de conflit de normes entre norme nationale et norme communautaire qui donne la prévalence à la norme communautaire, en laissant inappliquée, en écartant, la norme nationale contraire. La norme nationale ne disparaît pas pour autant ni pour ses effets passés ou à venir : elle est simplement « mise hors d'état de nuire ».

416 Ces conséquences de l'arrêt *Simmenthal* sont en fait dégagées à la fois du principe de primauté et de l'effet direct, les deux principes interagissent ici et commandent une invocabilité d'exclusion du droit national et de substitution du droit communautaire⁶⁸⁴.

417 Mais comme nous l'avions montré précédemment, l'effectivité du droit communautaire requiert que le droit de l'Union s'impose aussi en dehors des cas de conflits entre des normes normativement complètes (ne nécessitant pas de mesures complémentaires). Ainsi, la primauté a vocation à exclure toutes les normes nationales contraires aux normes communautaires, même celles dépourvues d'effet direct *stricto sensu*, le cas échéant la sanction de la prévalence ne

⁶⁸⁰ J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », préc.

⁶⁸¹ D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493, p. 482.

⁶⁸² D. RITLENG, « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, p. 677.

⁶⁸³ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 631.

⁶⁸⁴ Voir supra, § 402 et s.

pourra être la substitution, mais d'autres formes de sanctions moins fortes que la substitution, mais à même d'assurer la prévalence et l'effectivité.

- 418 Dans cette perspective, la Cour de justice a prévu d'exclure les normes nationales contraires au droit communautaire en amont du conflit de normes. Ainsi l'invocabilité d'interprétation commande aux autorités et juridictions nationales de ne retenir, en cas de pluralité d'interprétations possibles d'une norme nationale⁶⁸⁵, que celle qui apparaît conforme au droit de l'Union, peu importe que ce droit nécessite une mesure complémentaire⁶⁸⁶. La technique de l'interprétation conforme permet ainsi d'écarter des normes nationales qui ne sont que potentiellement contraires au droit de l'Union et de « vider de sa charge conflictuelle un acte enfreignant éventuellement la légalité communautaire »⁶⁸⁷.
- 419 De la même manière, la Cour a reconnu une forme d'invocabilité de prévention⁶⁸⁸, en interdisant aux États de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par une directive, alors même que celle-ci n'a pas encore été transposée conformément au délai prévu⁶⁸⁹.
- 420 La dernière arme susceptible d'assurer l'effectivité du droit communautaire est l'invocabilité de réparation, qui n'intervient donc qu'après un conflit de normes « mal réglé » puisqu'il a donné lieu à une prévalence induite du droit national, et qui sanctionne après coup cette non-conformité. Ainsi la Cour a d'abord formulé une obligation générale de réparation des dommages résultant d'une violation du droit communautaire par les États membres⁶⁹⁰. Dans l'arrêt de principe de 1991 *Francovich*, il s'agissait d'une directive non transposée, mais la responsabilité de l'État est

⁶⁸⁵ *A contrario*, l'interprétation conforme ne peut pas servir de fondement à une interprétation contra legem du droit national (voir par exemple CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, *Rec.*, p. I-2483, §100).

⁶⁸⁶ Ainsi la Cour a d'ailleurs dès le départ estimé que les mesures nationales de transposition des directives devaient être interprétées conformément à la directive voir CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson & Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83, *Rec. 1984*, p. 1891. Elle a ensuite étendu cette obligation aux autres instruments du droit communautaire, traités et règlements.

⁶⁸⁷ R. MEHDI, « Primauté du droit communautaire », préc., § 100.

⁶⁸⁸ Voir *ibid.*, p. 111.

⁶⁸⁹ CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Europe 1998*, n° 42, comm. A. Rigaux.

⁶⁹⁰ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich, Bonifaci, e. a. c. Italie*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec. 1991*, p. I-5357. La Cour souligne que « la pleine efficacité des normes communautaires serait mise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie si les particuliers n'avaient pas la possibilité d'obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à un État membre » (§ 33).

aussi engagée lorsqu'il s'agit d'une norme directement applicable et la réparation constitue alors un corollaire de l'effet direct⁶⁹¹.

421 Finalement, le principe de primauté en droit de l'Union européenne ne saurait se réduire à une simple règle de conflit de normes, il s'agit dans l'optique de la Cour de justice de donner une effectivité la moins dépendante possible du droit étatique. Il peut paraître à cet égard contestable de rattacher l'ensemble des régimes juridiques développés par la Cour pour assurer une effectivité du droit communautaire tant au principe de l'effet direct (puisque une certaine effectivité indirecte est possible) qu'au principe de primauté (puisque une certaine effectivité est envisageable en dehors des cas de conflit de normes proprement dit). L'affirmation solennelle des principes d'effet direct et de primauté a marqué l'ordre juridique communautaire durablement dans la mesure où ils ont constitué la marque d'une autonomie formelle dans leur affirmation et fonctionnelle par leur mise en œuvre. Pour les cas nécessitant une médiation étatique⁶⁹², la Cour a progressivement créé un arsenal juridique qui, dans la suite logique des arrêts *Vand Gend & Loos* et *Costa*, participe à l'effectivité du droit communautaire. Une effectivité qui se déploie à l'encontre des États le cas échéant, et grâce à une justiciabilité sans cesse plus grande⁶⁹³. Une justiciabilité qui dépend immanquablement de l'architecture juridictionnelle européenne. La « mise en ordre » par la Cour des voies de recours et de ses modalités apparaît dès lors déterminante dans le façonnement d'un ordre juridique communautaire intégré⁶⁹⁴.

422 En sus de la justiciabilité, l'effectivité de la règle commune, et des objectifs qu'elle vise a été rendue possible grâce à des techniques d'interprétation propre à la Cour de Luxembourg.

⁶⁹¹ Voir par exemple CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, aff. jtes C-46 et 48/93, *Rec.*, p. I-1134.

⁶⁹² Ce qui est le cas par excellence de la directive, ainsi dans une affaire récente la Cour a rappelé les étapes du raisonnement que doit suivre le juge national pour donner toute son effectivité à une directive non transposée ou incorrectement transposée (comme c'était le cas en l'espèce) : § 22 à 43, *Dominguez*, préc. Le juge national doit vérifier si une interprétation conforme du droit national au droit de l'Union est possible avant d'envisager son inapplicabilité. Si tel n'est pas le cas, alors les conditions de l'effet direct des dispositions de la directive en cause doivent être examinées (inconditionnalité et précision suffisante), et le cas échéant si le justiciable peut les opposer à un État, quelle que soit la qualité en laquelle agit ce dernier, employeur ou autorité publique. Dans l'affirmative, la juridiction nationale devrait écarter toute disposition nationale contraire. Dans la négative « la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union pourrait néanmoins se prévaloir de la jurisprudence (*Francovich* préc.) Pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi ».

⁶⁹³ Cette justiciabilité participe ainsi à la construction d'une « Communauté de droit » par la soumission au contrôle juridictionnel, voir infra § 889 et s. et voir D. SIMON, « La Cour de Justice des Communautés européennes », préc., p. 152 et s.

⁶⁹⁴ Voir infra § 1264. L'effectivité du principe de primauté a été assurée par l'élargissement du mécanisme de renvoi préjudiciel, l'encadrement du juge national par les règles de procédure, et la responsabilité des États membres.

II. Une interprétation tournée vers la satisfaction d'objectifs communs

A. L'application uniforme du droit communautaire, pour un véritable droit commun

423 L'application uniforme du droit communautaire⁶⁹⁵ est intrinsèquement liée au principe de l'interprétation autonome qui consiste à utiliser des notions de droit communautaire de manière indépendante des notions nationales, sauf si la disposition de droit communautaire renvoie expressément aux droits nationaux⁶⁹⁶. En effet, selon la Cour de justice :

« Il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit communautaire qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de la disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause »⁶⁹⁷.

424 Une appréhension des notions juridiques communautaires détachées des notions étatiques ira nécessairement dans le sens d'une application uniforme, identique à travers l'ensemble de l'espace normatif européen puisque les effets du droit communautaires ne dépendront pas des interprétations diverses et variées que peuvent connaître les droits étatiques.

425 Cette application uniforme constitue « l'essence même de la Communauté européenne », car sans elle il ne saurait y avoir de règles véritablement communes⁶⁹⁸ si elles devaient être subordonnées aux risques d'une application divergente. Or la constitution au départ d'un marché unique, puis plus globalement d'un espace normatif et politique européen, suppose un espace un minimum unifié par la mise en œuvre effective de certaines règles communes, sous peine justement que ces règles ne produisent plus les mêmes effets, ce qui anéantirait la raison d'être de l'Union européenne⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ Sur ce sujet, voir : F. FINES, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 333-348.

⁶⁹⁶ CJCE, 14 janvier 1982, *Corman*, aff. 64/81, *Rec.* 1982, p. 13 : « l'ordre juridique communautaire n'entend pas, en effet, en principe définir ses qualifications en s'inspirant d'un ordre juridique national, ou de plusieurs d'entre eux sans précision expresse » p. 24.

⁶⁹⁷ CJCE, 18 janvier 1984, *Ekro*, aff. 327/82, *Rec.*, p. 107, spéc. p. 119.

⁶⁹⁸ F. FINES, « L'application uniforme du droit communautaire », préc.

⁶⁹⁹ Imaginons par exemple que chaque État puisse définir à son gré la notion de travailleur, il pourrait alors considérablement réduire l'effectivité de la libre circulation des travailleurs en Europe en retenant une définition très stricte. Finalement la libre circulation ne serait assurée que très imparfaitement contrairement aux objectifs de la construction européenne.

426 Pour autant, la Cour n'exige pas que les modalités de mise en œuvre de la norme soient elles-mêmes uniformes, c'est-à-dire identiques parmi les États membres⁷⁰⁰. Ce qui importe, c'est que l'ordre juridique de l'Union puisse conserver son unité et sa cohérence, notamment sous l'égide d'une interprétation prétorienne unique, celle de la Cour de Luxembourg, et finalement contribuer à l'affirmation d'un ordre juridique effectif partout. Autrement dit, la pénétration du droit communautaire dans la vie juridique des justiciables européens doit avoir lieu de manière identique et donc égale⁷⁰¹.

B. Une méthode fonctionnelle, une interprétation propre à dégager l'effet utile des traités

427 Les méthodes interprétatives de la Cour de Justice sont certainement le reflet de la volonté de la Cour de construire un ordre juridique communautaire indépendant, cohérent et complet. À cet égard, la doctrine a noté que l'utilisation de la méthode fonctionnelle était une des méthodes employées par la Cour, alors que l'interprétation selon l'intention des auteurs de la norme tient une place secondaire⁷⁰².

428 La méthode téléologique est une méthode d'interprétation d'un texte qui prend en considération son but. Il ne s'agit pas de prendre en considération le but recherché par les auteurs du texte, mais plutôt d'examiner le but ultime de l'ensemble des normes dans lequel il s'inscrit⁷⁰³. C'est pour cela que l'on parle également d'une méthode systématique, c'est-à-dire que le juge prend non seulement en compte le but de la disposition elle-même, mais aussi de l'ensemble de l'ordre juridique communautaire.

429 Ce faisant, la Cour façonne cet ordre juridique en lui donnant une cohérence d'ensemble, puisque chaque disposition sera interprétée en fonction de ce ou ces « méta objectifs »⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ F. FINES, « L'application uniforme du droit communautaire », préc., p. 345. Ainsi l'application uniforme n'est pas incompatible avec l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres.

⁷⁰¹ En ce sens, on peut estimer avec F. Fines que « l'application uniforme est un moyen d'assurer cette non-discrimination ou cette égalité de traitement entre les bénéficiaires, ou les destinataires du droit communautaire » *ibid.*, p. 338.

⁷⁰² Voir sur ce sujet en général : J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne - sources non écrites », *JCl. Europe Traité*, fasc. 191, 2011, § 474 et s; S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc.

⁷⁰³ Voir M. POIARES MADURO, « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », en ligne: *conférence de clôture du cycle de droit européen de la Cour de cassation*, 2007, < http://www.reseau-presidents.eu/IMG/pdf/conferencia_paris__2_.pdf (consulté le 30 juin 2009)>.

⁷⁰⁴ Cela étant, la détermination des métaobjectifs n'est pas clairement et définitivement établie par le juge, Michel Lasser en a déterminé un petit nombre : Il s'agirait de l'effectivité du droit communautaire, la sécurité juridique et l'uniformité du droit, et stabiliser le système de protection des droits communautaires des individus. M. LASSER,

430 Par exemple, non seulement la notion de travailleur⁷⁰⁵ est une notion autonome par rapport aux différentes acceptions nationales, ainsi que la notion de juridiction⁷⁰⁶ de l'article 234 du Traité. Mais en plus la Cour lui donnera une portée extensive en incluant les apprentis, les personnes interrompant leur travail pour des études, etc. La Cour est guidée par la finalité générale des traités, une plus grande liberté de circulation possible, elle produit alors un effet dit « intégrationniste ». Cette technique a d'ailleurs contribué au gradualisme de la construction communautaire c'est-à-dire au caractère progressif et évolutif de l'intégration européenne⁷⁰⁷.

431 Bien souvent, la Cour couple la méthode téléologique avec une analyse textuelle, à cet égard les versions linguistiques revêtent une importance particulière et l'interprétation se fait à la lumière notamment des versions établies dans toutes les langues, soient vingt-trois versions⁷⁰⁸. Mais c'est surtout une analyse fondée sur l'effet utile⁷⁰⁹ des dispositions que la Cour justifiera une interprétation souvent extensive.

432 L'effet utile serait avant tout une interprétation qui se fonde sur le bon sens :

*« à savoir que les auteurs d'un acte juridique ont entendu que cet acte produise un certain effet. Cette considération n'est pas étrangère au raisonnement de la Cour, mais celle-ci va plus loin. Elle ne se contente pas de rejeter les interprétations qui feraient perdre ou affaibliraient l'effet utile des textes en cause, mais privilégie l'interprétation dont l'effet utile est le plus grand »*⁷¹⁰

433 On retrouve cette méthode téléologique dès les arrêts fondateurs comme *Van Gend & Loos* qui fait référence à « l'esprit, l'économie et le texte »⁷¹¹, puis la théorie de l'effet utile a pu être très abondamment utilisée, par exemple sur la question de la justiciabilité des directives⁷¹².

« Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court », en ligne: *Jean Monnet Working Paper* vol.3, 2003, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030101.pdf>> p. 45.

⁷⁰⁵ CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra contre Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht*, aff. 75/63, *Rec.* 1964, p. 347.

⁷⁰⁶ Voir infra § 1302.

⁷⁰⁷ En ce sens : F. D. QUADROS, *Droit de l'Union européenne*, préc., p. 443.

⁷⁰⁸ Article 55 TUE : « Le présent traité rédigé en un exemplaire unique, en langues allemande, anglaise, bulgare, danoise, espagnole, estonienne, française, finnoise, grecque, hongroise, irlandaise, italienne, lettone, lituanienne, maltaise, néerlandaise, polonaise, portugaise, roumaine, slovaque, slovène, suédoise et tchèque, les textes établis dans chacune de ces langues faisant également foi, sera déposé dans les archives du gouvernement de la République italienne qui remettra une copie certifiée conforme à chacun des gouvernements des autres États signataires ».

⁷⁰⁹ On peut rattacher l'effet utile à une méthode textuelle comme le fait, J. RIDEAU, « sources non écrites », préc. Mais on peut aussi le rattacher à une méthode fonctionnelle puisqu'il permet de servir l'objectif d'intégration, en ce sens voir S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, préc., p. 477.

⁷¹⁰ J.-D. MOUTON et C. SOULARD, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, PUF, 2004, 125 p., p. 83.

⁷¹¹ *Van Gend en Loos*, préc., p. 25.

- 434 Cela s'explique par le fait que la Cour est non seulement chargée d'assurer le respect du droit, mais aussi de contribuer à la réalisation des tâches confiées à la Communauté. Contrairement aux juridictions internationales, elle interprète les traités à la lumière des finalités d'intégration qui peuvent limiter la souveraineté des États⁷¹³. L'effet utile est donc plus qu'une méthode d'interprétation c'est une manière pour la Cour de justifier une orientation permettant un déploiement le plus effectif possible du droit communautaire. Cet argument a ainsi permis la constitution de l'ordre juridique communautaire tel que nous le connaissons aujourd'hui, c'est-à-dire fortement intégré et effectif.
- 435 Ce raisonnement prétorien a pu être critiqué comme étant un instrument d'un activisme judiciaire illégitime, mais dans l'ensemble la doctrine l'a approuvé, car il a contribué à la construction européenne, et son effectivité. L'Avocat général Poirès Maduro est par exemple un ardent défenseur de cette méthode d'interprétation, qui selon lui permet une légitimité juridictionnelle tout en servant une application uniforme et évolutive du droit. Quoi qu'il en soit, cette méthode d'interprétation ne soustrait pas le juge aux contraintes propres à son rôle, comme le syllogisme et la cohérence jurisprudentielle⁷¹⁴.
- 436 Finalement, on peut expliquer l'importance de la méthode fonctionnelle et la vocation de la Cour de justice dans cette construction novatrice à la fois par l'incomplétude des traités, qui n'ont pas toujours été explicites sur l'ordonnement du droit européen, mais qui prévoyaient toutefois des objectifs suffisamment précis pour permettre à la Cour de s'y appuyer et dégager cet ordonnancement par voie jurisprudentielle.
- 437 Aussi, d'aucuns considèrent que « le caractère lacunaire et le style lapidaire de certaines dispositions du *Traité de Rome* constituent une première condition favorable au développement jurisprudentiel du droit communautaire dont la Cour n'a pas manqué de tirer parti »⁷¹⁵. L'autre condition serait la place prééminente donnée à la Cour par les traités dans le système institutionnel⁷¹⁶, place d'autant plus déterminante que les juges sont totalement indépendants des États, ce qui n'était pas le cas au départ du législateur communautaire paralysé par la règle de

⁷¹² Arrêt *Van Duyn*, préc.

⁷¹³ J.-D. MOUTON et C. SOULARD, *La Cour de justice des Communautés européennes*, préc., p. 84.

⁷¹⁴ M. POIARES MADURO, « L'interprétation du droit communautaire », préc.

⁷¹⁵ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, préc., p. 206.

⁷¹⁶ Voir infra § 1264 et s.

l'unanimité. En effet, on a pu avancer que « la carence du législateur communautaire » a pu contribuer à la fonction normative fondatrice de la Cour⁷¹⁷, mais cette affirmation a pu être démentie par certains politologues qui ont pu démontrer que les facteurs de la judiciarisation de la construction européenne étaient plus complexes et multiples⁷¹⁸.

438 Certains ont pu voir dans cette œuvre normative de la Cour de Luxembourg une « constitutionnalisation judiciaire » qui a comblé les lacunes des traités, et qui a été bâtie dans le but de former une union sans cesse plus étroite⁷¹⁹, c'est-à-dire dans un objectif d'intégration. La doctrine a pu mettre en lumière cette constitutionnalisation fonctionnelle de la Cour⁷²⁰, et qualifié de réalité la constitutionnalisation du droit communautaire⁷²¹. Or une telle terminologie a aussi eu des échos dans les décisions de la Cour qui désigne les traités comme « charte constitutionnelle de base »⁷²² ou évoque leur « envergure constitutionnelle »⁷²³.

439 Au-delà des controverses doctrinales sur la constitutionnalisation en l'absence de Constitution formelle⁷²⁴, on peut sans nul doute voir une nature constitutionnelle dans les principes dégagés par la Cour de justice : qu'il s'agisse des principes forgeant l'espace normatif européen, ceux commandant les rapports avec les États membres, ou de ceux traitant des relations entre l'Union et les sujets de droit⁷²⁵. La mise en ordre de l'espace normatif européen peut conceptuellement s'apparenter à une constitutionnalisation, qui elle-même a certainement renforcé son autonomie⁷²⁶. Selon une sorte de cercle vertueux, l'affirmation et la mise en œuvre de l'autonomie du droit primaire européen entraîneraient sa constitutionnalisation, qui elle-même

⁷¹⁷ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, préc., p. 209. Citant P. Pescatore.

⁷¹⁸ Voir sur ce sujet une analyse fondée sur les sciences sociales : A. STONE SWEET, « The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance », en ligne: *Living Reviews in European Union Governance*, vol.5, 2010, <<http://europeangovernance.livingreviews.org/Articles/lreg-2010-2/>>.

⁷¹⁹ H. RASMUSSEN, « The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration » dans E. ORBAN, dir., *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / PUM, 1991, pp. 199-237.

⁷²⁰ Voir par exemple : J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, préc., p. 203 et s.

⁷²¹ H. GAUDIN, « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle? », *RAE-LEA*, vol. 10, 2000, pp. 209 - 222.

⁷²² CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339. Voir aussi *Avis relatif l'Espace économique européen*, préc., § 21. Sur ces deux décisions fondatrices voir par exemple H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1*, préc., p. 5 et s. et 17 et s. Sur la notion de « charte constitutionnelle » voir spéc. p. 26 et s.

⁷²³ *Avis 2/94*, préc.

⁷²⁴ Voir supra § 45.

⁷²⁵ Qu'il s'agisse de la justiciabilité du droit européen, de l'effet horizontal, ou bien de la transformation des grandes libertés en droits subjectifs, cela relève sans doute d'une manière d'agir de la Cour de justice comme une Cour constitutionnelle : voir C. U. SCHMID, « Judicial governance in the European Union: the ECJ as a constitutional and a private law court » dans E. O. ERIKSEN, C. JOERGES et F. RÖDT, dir., *Law and Democracy in the Post-National Union*, Oslo, ARENA Centre for European Studies University of Oslo, 2006, pp. 197-229.

⁷²⁶ J. RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », préc.

conduirait à l'autonomie du droit de l'Union tout entier. Comme l'explicitait Robert Kovar, le processus de constitutionnalisation est « un processus circulaire ou mieux en “spirale” dans lequel le traité est interprété par la Cour de justice selon une méthode systématique, téléologique et surtout dynamique, similaire à celle utilisée par les juges constitutionnels des États membres »⁷²⁷. Or cette constitutionnalisation s'accompagne nécessairement de l'affirmation de l'autonomie, véritable acte fondateur de l'ordre juridique communautaire⁷²⁸. La Cour de justice s'y est employée avec succès, et à ce titre a façonné durablement le plurijuridisme européen.

440 Sa légitimité s'est formée ainsi autour de son action constructrice de l'ordre juridique européen, communautaire puis de l'Union européenne. Son rôle d'architecte de la construction juridique de l'Europe a été salubre pour le plurijuridisme dans la mesure où l'espace normatif englobant aurait été sans son action bien moins autonome et bien moins effectif. On peut toutefois se demander si cet activisme ne pose pas un problème de neutralité dès lors qu'il s'agit de départager les compétences de l'Union et des États.

Conclusion du chapitre

441 Les trois formes d'autonomies normatives consolidées par le juge suprême canadien et la Cour de justice européenne trouvent peu de points de convergence quant à leur nature ou dans leur justification : les autonomisations sont en effet très différentes. En revanche, le rôle prétorien dans ce processus est comparable.

442 Si l'on prend l'autonomie normative provinciale, on constate qu'elle avait simplement besoin d'un appui jurisprudentiel, car tant la théorie du fédéralisme que la Constitution canadienne contenaient déjà presque tous les éléments nécessaires à son effectivité. L'action du Conseil de Londres a ainsi confirmé la pleine autonomie normative des provinces, ce qui n'a pas été nié par la suite par la Cour suprême.

443 En revanche, il existait un véritable flou en ce qui concernait sa place au sein de la Fédération, place qui dans la modification du pacte fédératif ressurgit dans un contexte hautement politisé et conflictuel. La réponse de la Cour est éminemment politique bien qu'elle s'en défende en mobilisant des concepts juridiques donnant une place centrale au politique (d'abord sur

⁷²⁷ R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. IV, Book I, 1993, pp. 15-122, spéc. p. 25.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 25 et s.

l'identification des concepts fondés sur un usage, puis sur la sanction qui est soit purement politique, soit juridique, mais non justiciable). La question de l'autonomie normative des provinces est en fait abordée de manière indirecte dans les renvois sur le rapatriement et sur la sécession⁷²⁹, car plus que l'existence de leur autonomie qui n'était pas niée, la véritable question était celle de sa protection. La Cour suprême ne leur donne pas une protection pleine et entière puisque d'une part elle ne retient pas la règle de l'unanimité du consentement des provinces pour rapatrier la Constitution et d'autre part elle ne leur donne pas la possibilité de s'en aller de leur propre fait. Finalement, ce n'est pas la possibilité d'édicter des normes provinciales qui est niée, ce que sous-entendent ces deux décisions c'est qu'une province ne détient pas son autorité d'elle-même, mais de la Constitution fédérale. Cela ne lui donne ni un droit de s'en séparer de sa propre volonté, ni de consentir à une modification qui change l'étendue de son pouvoir normatif. C'est indirectement affirmer que l'autonomie provinciale n'est pas préexistante ou n'a pas survécu à son inclusion constitutionnelle dans la fédération. L'autonomie normative provinciale existe toujours, mais elle est relativisée, car elle dépend de conditions sur lesquelles elle peut peser, mais sur lesquelles elle n'aura pas le dernier mot.

444 On remarque ici une grande différence avec l'Union européenne. D'abord parce que le *Traité de Lisbonne* prévoit explicitement que les révisions fondamentales des traités, et au premier rang desquels celles modifiant la répartition des compétences, doivent recevoir un consentement unanime des États membres. Ensuite parce qu'il est prévu une procédure de « sécession » ou de retrait des États membres. On notera d'ailleurs que dans la procédure européenne on donne toute sa place à la négociation politique en vue d'un accord sur les modalités du retrait et des futures relations entre l'État et son ancienne « Communauté », de la même manière que la Cour suprême du Canada le préconisait entre une province et toutes les parties de la fédération. Ce n'est pas une grande surprise que d'observer que l'autonomie normative des États membres européens est mieux protégée que celle des provinces canadiennes. Le fait que les premiers soient restés « maîtres des traités » et n'aient pas eu à solliciter la Cour de justice n'y est certainement pas pour rien. Ces considérations donnent toutefois à réfléchir sur l'absence d'incompatibilité entre une forte protection de l'autonomie normative des entités englobées et la construction continue du plurijuridisme. Peut-être qu'en Europe la protection de l'autonomie des États a permis de les rassurer et donc d'aller de l'avant dans les révisions des traités qui sont pourtant allés vers une

⁷²⁹ *Renvoi sur le rapatriement*, préc.; *Renvoi sur la sécession*, préc., voir supra § 306 et s.

mise en commun toujours plus forte. Paradoxalement, le fait de savoir que l'on pourra divorcer équitablement si le mariage se passe mal peut encourager à construire ensemble quelque chose de plus grand. Tandis qu'au Canada la méfiance réciproque des provinces (du Québec en particulier) qui n'ont pas reçu de garanties sur l'avenir de leur autonomie normative a pu bloquer les négociations constitutionnelles ultérieures.

445 Pour revenir sur le rôle du Conseil privé de Londres, on relèvera que la manière de protéger l'autonomie provinciale, mais aussi fédérale a été de mieux les séparer dans le partage des compétences. En revanche, ce dualisme ou cette compartimentation n'a pas été la conception choisie par les juges en ce qui concerne les autres autonomies normatives, ou même l'approche de la Cour suprême du Canada par la suite vis-à-vis du partage des compétences⁷³⁰.

446 En effet, en ce qui concerne l'autonomie normative des peuples autochtones, les juges sont loin de l'avoir compartimentée ou même clairement identifiée, en raison certainement de tout le délicat contexte que nous avons identifié. L'autonomie normative autochtone découle bien de la Constitution, soit parce qu'elle renvoie à des Traités qui la consacrent, soit parce qu'elle renvoie à des « droits ancestraux-compétences ». Mais il a fallu que les juges la reconnaissent, ce qui ne s'est pas fait sans flottement et difficulté. La première d'entre elles tient à la consécration d'une autonomie normative exogène au système dans lequel le juge qui la crée se situe, la seconde tient à l'objectif de réconciliation que semble se fixer la Cour suprême. Finalement, les contours jurisprudentiels de l'autonomie normative des peuples autochtones apparaissent incertains. Pour autant en dehors des traités modernes, sans l'action de la Cour cette autonomie n'aurait connu aucune réception en droit constitutionnel canadien dont les dispositions restent vagues, alors qu'elle est souvent revendiquée par les peuples autochtones comme ayant une existence préalable et effective.

447 C'est tout le contraire de la Cour de justice européenne, voilà un juge qui s'est trouvé dans la position de construire « son » ordre juridique, c'est-à-dire d'affirmer l'autonomie normative du niveau européen et surtout d'assurer l'effectivité de ce droit commun vis-à-vis des États. Contrairement à la séparation entre les deux niveaux que préconisait le Conseil de Londres, c'est par l'intégration, la pénétration du droit européen dans l'ordre juridique étatique, que la Cour de justice a pu garantir son effectivité (à travers son invocabilité par le justiciable notamment). Elle

⁷³⁰ Voir infra chapitre suivant.

l'a assuré à la fois en s'appuyant sur les États et en les encadrant, par une justification fondée sur un objectif global qui était originellement le marché commun.

448 Non seulement les trois types d'autonomie normative sont distincts, mais les rôles des juges l'ont aussi été. Sommairement, on trouve : un juge étranger à l'autonomie autochtone qu'il devait reconnaître, un juge presque partie à l'autonomie européenne qu'il devait construire et un juge plus intermédiaire qui se voulait arbitre entre les deux niveaux provinciaux et fédéral qui devait peut-être en consolider un, mais jamais au point de mettre en péril sa fédération⁷³¹.

449 Le seul point commun de ces juges est d'avoir solidifié les autonomies normatives certes prévues par les textes, mais qui sans leur action seraient restées lettres mortes ou très relatives. Ils ne l'ont pas toujours fait de manière incontestable et ne sont pas toujours allés au plus loin dans la fortification des autonomies les plus faibles vis-à-vis de celles qui, par la force des choses et du droit préexistant, étaient les plus grandes, mais cette action était essentielle aux plurijuridismes dont ils sont des acteurs-clé.

⁷³¹ On peut en effet argumenter dans le même ordre d'idée que la Cour suprême du Canada est avant tout canadienne, comme la Cour de justice est avant tout européenne, et contester sa neutralité.

CONCLUSION DU TITRE I

450 Les plurijuridismes européens et canadiens doivent ainsi leur existence à des circonstances et normes diverses, mais aussi aux interprétations de la Cour suprême du Canada et de la Cour de justice européenne. Car au-delà des volontés politiques d'organiser la coexistence entre différentes entités politiques, il a fallu fortifier juridiquement les plurijuridismes pour en assurer les fondations et donc leur stabilité.

451 Par conséquent, le juge suprême a dû préalablement renforcer certaines autonomies normatives, qui sans cette consolidation n'auraient pu avoir une place effective au sein de l'espace plurijuridique. Mais dans un tel espace, l'ampleur et la nature des autonomies normatives dépendent nécessairement de celles des autres autonomies normatives avec lesquelles elles entrent en concurrence ou partagent le pouvoir. Le juge suprême trouve ici son rôle fondamental, à savoir de limiter les autonomies normatives, limites qui entraînent nécessairement un accroissement du pouvoir normatif des autonomies concurrentes. C'est dans ce sens qu'apparaît plus distinctement la question de l'équilibre plurijuridique, car si l'on poursuit l'objectif de conservation combinée de la diversité juridique et d'un droit commun, il faut tenter d'ajuster les différentes autonomies normatives pour une pondération opérationnelle la plus satisfaisante possible.

TITRE II. LA PRÉSERVATION DU PLURIJURIDISME PAR LE JUGE SUPRÊME : À LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE

- 452 Trouver un équilibre n'est pas une chose aisée, pour des juridictions qui doivent satisfaire des revendications et intérêts divergents tout en respectant le texte qu'elles doivent interpréter et garder leur légitimité prétorienne. D'autant plus qu'au-delà de la question de l'étendue des autonomies normatives en cause, le juge suprême est confronté à un contexte de pluralité juridique environnante qui ne se résout pas par une simple répartition du pouvoir, mais doit tenir compte de certains facteurs structurels et culturels.
- 453 L'équilibre plurijuridique doit donc se trouver de manière globale, à la lumière des considérations de partage matériel des compétences, des langues, des cultures juridiques et de l'appréhension des rapports normatifs par les autres acteurs du plurijuridisme. Ainsi la Cour suprême du Canada joue un rôle classique dans un État fédéral sur la recherche d'un point d'équilibre dans le partage fédératif, équilibre compliqué par des facteurs culturels. Elle est aussi chargée de délimiter l'autonomie normative des peuples autochtones, qui s'insère d'ailleurs dans une répartition fédérative des pouvoirs. Quant à la Cour de justice, elle construit cet équilibre par la démarcation entre l'autonomie normative européenne et celles des États, équilibre qui s'insère dans une problématique liée aux spécificités juridico-culturelles des États membres.
- 454 Tant au Canada qu'en Europe, la nature des plurijuridismes semble dépendre uniquement d'un partage entre des pouvoirs qu'on habilite à édicter des normes sur des domaines, des matières et dont le juge doit veiller à une correcte répartition. Si ce partage bien connu par le fédéralisme, que l'on peut qualifier de territorial dans la mesure où il opère par une répartition des

compétences fondée sur une distinction géographique, est essentiel dans la recherche d'un équilibre (chapitre 1), il doit être complété par les dimensions culturelles et « matérielles ». En effet, la simple répartition territoriale ne suffit pas à rendre compte du subtil équilibre plurijuridique dont les juges suprêmes sont les interprètes. La création et l'application du droit sur un espace plurijuridique ne dépendent pas seulement d'une répartition de compétences, mais se nourrissent d'une certaine « matière juridique ». Le plurijuridisme ne s'envisage pas comme un ensemble de contenants plus ou moins imbriqués, mais relève d'une complexité plus grande, car il est traversé par des « contenus » propres aux plurijuridismes, des cultures juridiques particulières ou des interdictions spécifiques, des règles substantielles (chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA RÉPARTITION PRÉTORIENNE DES COMPÉTENCES : UNE DÉLIMITATION CLASSIQUE DES DIVERSES AUTONOMIES NORMATIVES

455 L'interprétation du partage constitutionnel des compétences est une mission traditionnelle des juges constitutionnels d'une fédération, et contribue à ce titre à la définition d'un point d'équilibre entre les pouvoirs englobant et englobés, fédéral et fédérés. Ainsi, la Cour suprême du Canada joue un rôle classique dans un État fédéral sur la recherche d'un point d'équilibre dans le partage fédératif des compétences entre les provinces et le Canada⁷³² (section 1). Bien que n'étant pas la Cour suprême d'un État fédéral, la Cour de justice est aussi indubitablement un acteur clé dans la construction européenne, elle est un véritable « moteur et régulateur d'une Communauté de droit »⁷³³. Sa démarche, résolument tournée vers l'intégration européenne, est primordiale dans le plurijuridisme européen dans la mission qu'elle exerce dans la répartition des compétences entre l'Union et les États (section 2).

Section 1. Assouplissement ou centralisation du fédéralisme par la Cour suprême du Canada ?

456 La Cour suprême du Canada affirme s'être écartée de l'ancienne vision du fédéralisme, celle du comité de Londres, qui fait du juge un « distributeur » de compétences entre deux autonomies figées et entièrement circonscrites par le juge. Elle tend à promouvoir au contraire, non seulement la souplesse dans cette répartition des compétences entre des domaines de compétences plus perméables l'un à l'autre (favorisant ainsi les empiètements d'un palier de gouvernement sur un autre), mais aussi un équilibre fédératif qui ne soit pas le résultat de son interprétation, mais celui des acteurs politiques.

457 En ce sens, l'affirmation en 2005 de la Cour suprême du Canada que « le maintien de l'équilibre entre les pouvoirs fédéral et provinciaux relève avant tout des gouvernements »⁷³⁴, avait de quoi inquiéter la doctrine des juristes qui s'est émue de la renonciation du rôle de la Cour suprême au

⁷³² Formellement, les peuples autochtones ne sont pas constitutionnellement un troisième ordre de gouvernement dans la fédération canadienne. Certes, les traités modernes opèrent à de véritables partages des compétences assimilables fonctionnellement à des répartitions des pouvoirs au sein d'une fédération (voir supra § 226 et s.). Mais le rôle essentiel des juges, et de la Cour suprême, porte davantage dans la délimitation de leur autonomie normative tant à travers des règles substantielles de la Constitution (les droits ancestraux) que dans l'interprétation des traités modernes. Nous l'étudierons donc dans le chapitre suivant.

⁷³³ J.-D. MOUTON et C. SOULARD, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, PUF, 2004, 125 p.

⁷³⁴ Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669 : « Renvoi sur les congés parentaux ».

sein fédéralisme⁷³⁵. Cette retenue judiciaire et cet objectif d'efficacité qui transcendent le contentieux de la répartition des compétences engendreraient un laisser-faire à l'égard du politique, qui serait autorisé à étendre son domaine de compétence de manière valide, mais qui en réalité pourrait avoir pour conséquence une perte d'autonomie normative pour les provinces si le rapport de force, notamment financier, est favorable au pouvoir fédéral.

458 Au-delà des positions de principes, c'est au travers du raisonnement général de la Cour suprême du Canada que l'on peut comprendre cette subordination insidieuse des provinces au pouvoir central (I). Les techniques prétorienne propres au « fédéralisme moderne » soulèvent également la question de l'équilibre fédératif (II).

I. Les étapes du raisonnement prétorien dans la répartition des compétences

459 Dans le contentieux constitutionnel de la répartition des compétences, la Cour distingue trois grandes phases qui chacune correspond à une sanction différente (une réparation) : celle de la validité, de l'applicabilité et de l'opérabilité de la loi en cause.

460 L'examen de la validité de la loi en cause commande de s'intéresser à l'objet de la loi, son « caractère véritable »⁷³⁶, qui une fois déterminé, permet de rattacher la loi à une des classifications de compétences prévues par la Constitution. Si le législateur a exercé son pouvoir normatif dans un domaine que ne lui attribue pas la Constitution, la loi est dite *ultra vires*.

461 En réalité, cette distribution des compétences qui semble exclusive, conformément au texte constitutionnel qui ne prévoit que très peu de compétences concurrentes, a été grandement atténuée par les théories des pouvoirs accessoires, de l'effet incident et celle du double aspect. La doctrine des pouvoirs accessoires permet de sauvegarder une disposition qui par son caractère véritable ne relève pas de l'ordre de gouvernement qui l'a édictée si elle fait partie intégrante d'un domaine de compétence valide, lorsqu'un tel empiètement se justifie par le rôle important que joue la disposition dans un régime législatif valide⁷³⁷. La théorie de l'effet accessoire a pour objectif de ne pas invalider les lois qui ne touchent qu'incidemment les matières relevant de la

⁷³⁵ E. BROUILLET, « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », en ligne: *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, vol.3, 2010, <http://www.aqdc.org/volumes/pdf/Eugenie_Brouillet.pdf>.

⁷³⁶ « *Pith and substance* » en anglais.

⁷³⁷ §32 et s, *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, [2010] 2 R.C.S. 453.

compétence de l'autre ordre de gouvernement⁷³⁸. Il s'agit d'un droit d'empiéter de manière secondaire sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement⁷³⁹.

462 La théorie du double aspect introduit une flexibilité dans le partage des compétences en acceptant que : « le Parlement et les législatures provinciales puissent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les “aspects” variés de la “matière” discutée »⁷⁴⁰. Cette souplesse est particulièrement bienvenue dans les matières non prévues par le constituant et qui ont une facette fédérale et une facette provinciale. La Cour reconnaît ainsi les chevauchements de compétences⁷⁴¹, mais la théorie du double aspect ne saurait être utilisée comme une exception ou un tempérament à l'exclusivité des compétences⁷⁴². Une telle prudence s'explique par le risque qu'il y aurait de créer à la place des domaines exclusifs de 91 et 92, qu'un seul grand domaine de compétence, dont l'application concurrente par les deux niveaux de gouvernement, ne se régle au final que par la primauté fédérale (au niveau de l'opérabilité)⁷⁴³.

463 Les deux autres étapes du raisonnement de la Cour concernent les effets de la loi en cause et non plus son objet. Ainsi au niveau de l'applicabilité, le principe est que les lois non déclarées invalides à la première étape produiront leurs effets normatifs. Ce qui signifie selon la conception moderne du partage de compétences que des lois fédérales et provinciales pourront être mises en œuvre concurremment sur un même domaine. Mais la Cour a dû réintroduire une protection de la sphère exclusive de compétence à cette étape dans la mesure où des lois valides peuvent interférer sensiblement dans le cœur même de la compétence de l'autre ordre de gouvernement,

⁷³⁸ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, p. 29; *Lacombe*, préc., § 35 sur la distinction entre la doctrine des pouvoirs accessoires et la règle des effets accessoires.

⁷³⁹ On a pu toutefois remarquer que cette théorie profite au pouvoir central dans la mesure où le caractère suffisamment large de la « propriété et droits civils » des provinces ne nécessitait pas le recours aux pouvoirs accessoires. De plus, l'auteur met l'accent sur le glissement du test sur les pouvoirs accessoires, encore une fois défavorable aux provinces, par la Cour suprême qui ne se concentre plus sur le caractère auxiliaire ou secondaire, mais sur l'importance de la disposition dans l'efficacité de la législation globale : J. LECLAIR, « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » dans F. GELINAS et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 383-414, p. 390.

⁷⁴⁰ *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., p. 30. La Cour explique que « La conduite automobile dangereuse en constitue un exemple classique : le Parlement peut légiférer sur l'aspect “ordre public” et les législatures provinciales sur son aspect “propriété et droits civils dans la province” (*O'Grady c. Sparling*, [1960] R.C.S. 804). »

⁷⁴¹ *Lacombe*, préc., § 37.

⁷⁴² *Ibid.* La Cour affirme ainsi que « l'application du double aspect n'altère en rien le caractère exclusif d'une compétence. Par conséquent, le fait qu'une norme soit valide parce que son objet présente un double aspect ne changera rien aux conditions d'application de la doctrine de la protection des compétences exclusives » § 150.

⁷⁴³ *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 766.

ce qui entamait au bout du compte l'utilité même d'une attribution de compétence à un palier gouvernemental précis. C'est ce que la Cour nomme l'exclusivité ou les immunités juridictionnelles⁷⁴⁴, et qui lui permet d'atténuer ces effets intrusifs par une interprétation restrictive de leur application (« *reading down* »). La difficulté de cette technique prétorienne tient d'abord au caractère fluctuant du degré d'interférence inacceptable qui déclenche l'inapplicabilité : faut-il que la mesure *paralyse* l'action de l'autre ordre de gouvernement, l'*entrave* ou simplement la *touche*, la concerne ? La Cour a pu retenir chacun de ces critères, avant de se fixer dernièrement sur l'entrave⁷⁴⁵. En outre, on peut reprocher l'utilisation qui semble très partielle de cette théorie, puisqu'elle n'a jusqu'à présent servi à protéger que la sphère de compétence fédérale. Autrement dit, la Cour a pour l'heure restreint l'application des lois provinciales, mais jamais des lois fédérales⁷⁴⁶, ce qui pose inmanquablement la question d'une interprétation asymétrique à effet centralisateur puisqu'en pratique l'autonomie normative fédérale ne semble pas rencontrer les mêmes limites que son homologue provinciale.

464 L'étape ultime dans la résolution du partage des compétences est devenue la plus importante dans la conception moderne du fédéralisme : puisqu'il peut exister des lois valides, produisant leurs effets normatifs, émanant de chacun des niveaux de gouvernement, qui empiètent les unes sur les autres et donc entrent potentiellement en conflit, il faut impérativement décider laquelle va prévaloir le cas échéant. Or le principe régulateur est celui de la prépondérance fédérale, qui permet de rendre une loi provinciale valide inopérante⁷⁴⁷ dans la mesure où il existe une incompatibilité avec une loi fédérale valide.

465 La centralisation potentielle de l'application de cette règle est évidente, mais son ampleur dépend encore une fois du critère retenu pour constater une incompatibilité entre les deux lois⁷⁴⁸. À l'origine, la Cour appliquait la théorie du champ inoccupé, il suffisait alors que le pouvoir fédéral légifère sur un sujet qui était déjà traité par une loi provinciale pour que la loi fédérale l'emporte.

⁷⁴⁴ Appellations bien malheureuses comme le fait remarquer Eugénie Brouillet : E. BROUILLET, « Le principe d'exclusivité des pouvoirs », préc., p. 13.

⁷⁴⁵ Voir infra § 472.

⁷⁴⁶ Pour un exemple récent favorisant l'exclusivité fédérale voir : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, [2010] 2 R.C.S. 536.

⁷⁴⁷ Cela signifie que les effets de la loi provinciale sont suspendus tant que la loi fédérale incompatible durera : E. BROUILLET, « Le principe d'exclusivité des pouvoirs », préc., p. 16.

⁷⁴⁸ De l'aveu même de la Cour, ce critère est déterminant : « En effet, une interprétation large de la notion d'incompatibilité étend les pouvoirs du gouvernement central. Au contraire, une interprétation plus restrictive tend à laisser plus de marge de manœuvre aux gouvernements provinciaux. » *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., p. 70.

Inversement, on peut restreindre le plus possible le déclenchement de la primauté aux seuls cas de conflits opérationnels, aux cas où il est impossible pour le citoyen, ou le juge, de se conformer simultanément aux deux lois, les lois fédérales et provinciales complémentaires continuant de produire leurs effets. C'est ce qu'avait fini par retenir la Cour suprême jusqu'à ce qu'elle ajoute que les lois provinciales ayant pour effet d'entraver la réalisation de l'objet, du but, de la loi fédérale étaient inopérantes⁷⁴⁹. Ce nouveau test d'incompatibilité est très critiqué dans la mesure où cela fait de « l'expression de la volonté du Parlement fédéral d'être seul à légiférer sur le sujet, la clé de voûte du raisonnement en matière d'opérabilité constitutionnelle »⁷⁵⁰. Cela étant, le fédéral ne pourra pas écarter sans justification la loi provinciale puisqu'il faut qu'il y ait un conflit qui empêche la réalisation d'un objectif fédéral spécifique, il devra alors justifier de la prépondérance de sa loi en prouvant l'incompatibilité objective de l'application de la loi provinciale avec la réalisation d'un objectif fédéral clairement identifié et reconnu.

II. Les théories jurisprudentielles sur le fédéralisme moderne : entre efficacité et coopération

A. Les théories clairement favorables au pouvoir central

466 La doctrine a mis à jour la tendance de la Cour suprême du Canada à favoriser le pouvoir central à la lumière d'un certain nombre de théories jurisprudentielles, fondées sur l'efficacité du pouvoir fédéral⁷⁵¹. Ainsi, la Cour suprême du Canada a interprété la clause sur la « paix l'ordre et le bon gouvernement » comme autorisant le pouvoir fédéral à légiférer au nom de l'intérêt national, alors qu'à l'origine ces matières étaient locales ou privées, c'est-à-dire provinciales⁷⁵². Cette théorie de la dimension nationale permet d'élargir la compétence fédérale aux dépens des provinces, de manière permanente et exclusive et en dehors d'une situation d'urgence, dans la mesure où l'on peut démontrer une unicité, une particularité et une indivisibilité au plan national de la matière, permettant de la distinguer des matières provinciales. L'incapacité provinciale

⁷⁴⁹ *Mangat et Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, [2005] 1 R.C.S. 188.

⁷⁵⁰ E. BROUILLET, « Le principe d'exclusivité des pouvoirs », préc., p. 19. Cela étant il ne s'agit pas pour autant d'un retour à la théorie du champ occupé puisque l'intention du Parlement doit cette fois être claire et expresse.

⁷⁵¹ Voir par exemple : J. LECLAIR, « Efficiency at the Expense of Diversity », préc.

⁷⁵² *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401. Dans le *Renvoi : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, la Cour suprême avait limité l'application des dimensions nationales aux matières non antérieurement dévolues aux provinces.

d'agir dans un domaine particulier est un indice démontrant cette nécessité d'unification⁷⁵³. Cette jurisprudence est donc non seulement centralisatrice, mais donne une marge d'appréciation au juge contestable puisqu'il lui revient d'évaluer cette efficacité⁷⁵⁴.

467 Cette incapacité provinciale a aussi pu être utilisée dans l'interprétation de la clause sur l'échange et le commerce, agissant comme un véritable « cheval de Troie fédéral »⁷⁵⁵. La Cour suprême a considérablement augmenté la capacité normative du pouvoir fédéral en matière commerciale en l'étendant à la régulation du commerce intra provincial sous certaines conditions⁷⁵⁶. Ce faisant, la Cour permet au pouvoir fédéral de réguler un domaine économique particulier en raison de son importance nationale c'est-à-dire quand l'efficacité de cette réglementation dépend de sa portée nationale et qu'une réglementation locale est insuffisante (ce qui est le cas par exemple du droit de la concurrence)⁷⁵⁷.

468 En outre, c'est par la compétence fédérale en matière de droit criminel que la Cour suprême a pu valider des empiètements du pouvoir central au nom de la théorie du double aspect⁷⁵⁸. Elle a ainsi préféré recourir à une large définition de la compétence en droit criminel du pouvoir central plutôt qu'utiliser la théorie contestée des dimensions nationales même quand la matière est éminemment économique⁷⁵⁹. On observe d'ailleurs la même tendance lorsqu'il s'agit de choisir entre la compétence en droit criminel et la clause paix, ordre et bon gouvernement⁷⁶⁰.

⁷⁵³ Sur la théorie de l'incapacité provinciale, dans la clause « POGG » et son extension voir notamment : G. BAIER, *Courts and Federalism: Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada*, Vancouver, UBC Press, 2006, 207 p., p. 128 et s.

⁷⁵⁴ Cette marge de manœuvre prétorienne pourrait elle-même conduire à une centralisation, car il ne faudrait pas « qu'une centralisation irréversible ne soit le fruit de simples spéculations, voire même de préjugés des juges, concernant les prétendues dysfonctions opérationnelles, politiques ou économiques de la décentralisation. » G. OTIS, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit? », *Revue de Droit d'Ottawa*, vol. 27, 1995-1996, pp. 261-279, spéc. p. 271.

⁷⁵⁵ J. LECLAIR, « Efficiency at the Expense of Diversity », préc.

⁷⁵⁶ *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 64.

⁷⁵⁷ Le juge Dickson pose en effet cinq critères non exclusifs indiquant le déclenchement de l'importance nationale : « 1) La mesure législative contestée s'inscrit-elle dans un système général de réglementation ? 2) Le régime fait-il l'objet de surveillance par un organisme de réglementation ? 3) La mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier ? 4) Le régime est-il d'une nature telle que la Constitution n'habilitait pas les provinces, seules ou de concert, à l'adopter ? 5) L'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le régime législatif en compromettrait-elle l'application dans d'autres parties du pays ? », *ibid.*

⁷⁵⁸ Voir par exemple *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, [2000] 1 R.C.S. 783. Sur ce sujet, voir en général : G. BAIER, *Courts and Federalism*, préc., p. 141.

⁷⁵⁹ Voir par exemple *Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. Pour une analyse et d'autres exemples, voir J. LECLAIR, « Efficiency at the Expense of Diversity », préc.

⁷⁶⁰ Voir par exemple le domaine de la lutte contre les stupéfiants : *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

469 Finalement, le problème de la vision fédérale de la Cour, qui se veut moderne et efficace, est qu'on a pu douter que le résultat auquel il mène soit un véritable équilibre. Bien au contraire, on peut mettre en avant l'effet centralisateur de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Comme si finalement, la Cour avait quelque peu abdiqué son rôle d'arbitre du fédéralisme au nom de la retenue judiciaire et du pragmatisme, elle se limiterait à refléter le fédéralisme existant plutôt que de le modeler⁷⁶¹. La Cour a apparemment rectifié le tir depuis 2007 en remettant le principe de l'équilibre fédératif au cœur de sa jurisprudence.

470 L'objectif de la Cour semble désormais de concilier la souplesse du fédéralisme, c'est-à-dire ne pas renoncer au « fédéralisme moderne », et l'autonomie provinciale, qui avait tendance à se réduire au fil de sa jurisprudence. Les dernières décisions tentent de répondre à ce défi en réintroduisant une dimension exclusive dans son raisonnement tout en tenant compte du contexte de collaboration entre les deux niveaux de gouvernements lorsqu'il existe.

B. Un renouvellement de l'équilibre fédératif à travers le fédéralisme coopératif ?

471 Dans l'affaire de 2007, *Banque canadienne de l'Ouest*, la Cour assure ainsi que les tribunaux sont les « ultimes arbitres » du partage des compétences et qu'ils doivent l'interpréter de manière à assurer une prévisibilité et un « équilibre approprié dans la reconnaissance et l'aménagement des chevauchements inévitables des règles adoptées par les deux ordres de gouvernement »⁷⁶². La Cour ne renonce donc pas au fédéralisme flexible, bien au contraire elle insiste même sur son rôle d'acteur complémentaire, car « concrètement, le maintien de l'équilibre des compétences relève avant tout des gouvernements, et [les doctrines constitutionnelles] doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un “fédéralisme coopératif” »⁷⁶³. La Cour redonne au fédéralisme ses lettres de noblesse en considérant qu'il « avait, et a toujours, pour objectifs fondamentaux de concilier l'unité et la diversité, de promouvoir la participation démocratique en réservant des pouvoirs réels aux instances locales ou régionales, ainsi que de favoriser la coopération des différents gouvernements et législatures dans la recherche du bien commun »⁷⁶⁴.

⁷⁶¹ G. BAIER, H. BAKVIS et D. M. BROWN, *Contested Federalism : Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 2009, 304 p., p. 95.

⁷⁶² *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., p. 24.

⁷⁶³ *Ibid.*

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 22.

- 472 La Cour semble avoir réalisé que la doctrine des immunités juridictionnelles, de l'exclusivité, ne profitait qu'au pouvoir fédéral et n'allait pas dans le sens d'un fédéralisme flexible de coopération qu'elle souhaite désormais promouvoir⁷⁶⁵. C'est pourquoi elle limite les effets néfastes de cette théorie à l'égard de l'autonomie normative des provinces : d'une part, elle retient désormais le critère de l'entrave dans la doctrine des immunités juridictionnelles⁷⁶⁶, d'autre part, elle limite le recours à cette théorie aux seuls cas où il existe un précédent⁷⁶⁷.
- 473 La Cour insiste ensuite sur son rôle subsidiaire par rapport à celui du politique, dans la mesure où la prépondérance fédérale ne se déclenche que dans les cas d'un conflit opérationnel, lorsqu'il y a une mécontente flagrante⁷⁶⁸. Malgré la tentative de légitimation de son action jurisprudentielle dans la répartition des compétences, la Cour n'a pas réussi à convaincre que l'autonomie provinciale était suffisamment protégée, ne serait-ce que parce qu'elle n'est pas revenue sur le critère de l'intention fédérale qui déclenche l'inopérabilité de la mesure provinciale contraire⁷⁶⁹.
- 474 En outre, la limitation de la doctrine de l'exclusivité des compétences peut aussi jouer à l'encontre des pouvoirs provinciaux⁷⁷⁰, comme cela fut le cas dans l'affaire *PHS Community*⁷⁷¹. En l'espèce, la Cour applique la restriction prétorienne de la doctrine de l'exclusivité des compétences, issue de *Banque Canadienne de l'Ouest*, qu'elle justifie par le domaine extrêmement large que les requérants entendaient protéger de l'ingérence fédérale : celui de la santé⁷⁷². Elle explique ainsi que « l'ampleur même et la diversité de la compétence provinciale en

⁷⁶⁵ « Une tendance centralisatrice de l'interprétation constitutionnelle risque également d'émerger involontairement d'une utilisation large de la doctrine de l'exclusivité des compétences. (...) L'application "asymétrique" de cette doctrine demeure inconciliable avec les besoins de flexibilité et de coordination du fédéralisme canadien contemporain ». *Ibid.*, p. 45. Voir sur ce point W. K. WRIGHT, « Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 51, 2010, pp. 625-693.

⁷⁶⁶ La Cour estime en 2007 qu'« il ne suffit pas que la législation provinciale "touche" simplement la spécificité fédérale d'un sujet ou d'un objet fédéral. La différence entre la notion de "toucher" et celle d'"entraver" réside dans le fait que la première ne suppose pas de conséquences fâcheuses, contrairement à la seconde », *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., p. 48.

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 77. Ainsi on peut interpréter avec Eugénie Brouillet que les juges majoritaires ont voulu restreindre l'application de l'exclusivité fédérale quant à l'application aux seuls cas soulevés antérieurement par la jurisprudence. Voir E. BROUILLET, « Le principe d'exclusivité des pouvoirs », préc., p. 12 et 13.

⁷⁶⁸ *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., p. 71 à 77.

⁷⁶⁹ E. BROUILLET, « Le principe d'exclusivité des pouvoirs », préc.

⁷⁷⁰ Sur cette question en général voir M. BIDDULPH, « Shifting the Tide of Canadian Federalism: The Operation of Provincial Interjurisdictional Immunity in the Post-Canadian Western Bank Era », *Sask.L.Rev.*, vol. 77, 2014, pp. 45-68.

⁷⁷¹ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134.

⁷⁷² Voir aussi sur l'aide médicale à mourir et la confirmation que le domaine de la santé est partagé entre les provinces et le fédéral §49 et s., dans *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 C.S.C. 5.

matière de santé rendent pratiquement insurmontable la tâche de délimiter avec précision un contenu essentiel provincial qui serait protégé de toute incursion fédérale »⁷⁷³. La Cour refuse explicitement un retour aux compartiments étanches dans sa jurisprudence, car cela irait à l'encontre de « la tendance actuelle au fédéralisme coopératif, caractérisé de plus en plus par la coordination des régimes législatifs fédéral et provincial »⁷⁷⁴ et cela pourrait créer des vides juridiques⁷⁷⁵.

- 475 Mettre fin à la subordination inéluctable de l'autonomie normative provinciale par la domination fédérale au moment de l'opérabilité nécessite donc de protéger cette autonomie en amont du raisonnement, lors de l'examen de la validité. C'est peut-être ce qu'a fini par faire la Cour suprême du Canada dans le récent *Renvoi sur les valeurs mobilières*⁷⁷⁶. Dans cette affaire, le gouvernement fédéral entendait réguler les valeurs mobilières, qui depuis longtemps relèvent de la compétence des provinces, au nom de l'efficacité économique, c'est-à-dire sur le fondement de la dimension nationale de la clause sur l'échange et le commerce. Dans cette décision, la Cour ne renonce pas au fédéralisme souple, mais refuse qu'il puisse servir à une centralisation incompatible avec l'équilibre fédératif canadien⁷⁷⁷. La Cour met ainsi un coup d'arrêt à la volonté d'expansion illimitée du pouvoir fédéral au nom de l'efficacité économique qui se développe aux dépens de l'autonomie normative provinciale protégée par la Constitution.
- 476 Pour refuser cette compétence au pouvoir fédéral, la Cour ne revient donc pas sur la possibilité de chevauchement et la doctrine du double aspect de certaines compétences, mais elle exige un « aspect fédéral distinct » de celle des provinces afin de garantir que la mesure fédérale ne vide pas de son essence une compétence législative valide, qu'elle ne finisse pas par la supplanter purement et simplement. Or c'est précisément le résultat de la législation fédérale en l'espèce qui remplace intégralement les régimes provinciaux existants avec comme unique justification la

⁷⁷³ *PHS Community*, préc., p. 68.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 70. Cette affirmation est d'ailleurs en l'espèce curieuse puisque précisément dans cette affaire c'est le retrait de l'exemption par le pouvoir fédéral en matière de droit criminel qui était contesté. Cette exemption permettait à la province de mettre en place un programme sanitaire au travers des centres d'injection supervisée pour les toxicomanes. Ce centre Insite était de l'aveu de la Cour « le fruit du fédéralisme coopératif, issu des efforts concertés des instances locales, provinciales et fédérales » §19.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, p. 69.

⁷⁷⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 C.S.C. 66.

⁷⁷⁷ « La Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le “courant dominant” du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien », *ibid.*, p. 62.

nécessité économique d'une uniformisation⁷⁷⁸ des règles sur le marché financier. Cet argument ne convainc pas la Cour. En effet, globalement la loi fédérale en question ne se limite pas à réguler quelques aspects économiques pancanadiens que les provinces n'auraient pu seules ou de concert accomplir, elle reproduit certains régimes provinciaux démontrant par la même l'inutilité d'une réglementation pancanadienne ainsi que son illégitimité en raison de la persistance du caractère principalement local de cette réglementation⁷⁷⁹. Le critère de l'incapacité provinciale, qui lui-même se justifie par la complétude de la répartition constitutionnelle des compétences c'est-à-dire éviter les lacunes⁷⁸⁰, trouve donc sa limite lorsqu'il porte atteinte à l'équilibre fédératif en attribuant à un chef de compétence fédérale « une teneur qui viderait de son essence une compétence législative provinciale »⁷⁸¹. L'équilibre fédératif semble trouver, ou retrouver, une dimension normative dans la jurisprudence de la Cour en vue de protéger l'autonomie provinciale.

477 On pouvait d'ailleurs trouver en 2010 dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, les signes annonciateurs de la volonté de la Cour suprême du Canada de limiter l'expansion du pouvoir fédéral simplement au nom de l'uniformisation ou de l'efficacité, en l'espèce fondée sur le droit criminel⁷⁸².

478 Pour autant, la Cour n'entend pas retourner à un formalisme juridique du temps du Conseil privé puisqu'elle semble au contraire étudier avec attention les effets de la mesure fédérale sur l'équilibre fédératif. Bien qu'elle se défende d'optimiser le partage des compétences entre le local

⁷⁷⁸ La Cour laisse d'ailleurs entendre que si la législation avait procédé à une harmonisation, c'est-à-dire l'instauration de règles minimales applicables l'issue du litige aurait pu être différente en raison du troisième critère de l'arrêt *General Motors* « une loi qui vise à fixer des normes minimales applicables dans l'ensemble du pays et qui vise à assurer la stabilité et l'intégrité des marchés financiers du Canada pourrait fort bien avoir trait au commerce dans son ensemble. Or, la loi proposée excède de telles questions pour se préoccuper de la réglementation détaillée de tous les aspects du commerce des valeurs mobilières, une matière qui est considérée de longue date comme une compétence provinciale. » *ibid.*, p. 114.

⁷⁷⁹ Par exemple la réglementation de la protection du public ou de la compétence professionnelle qui ne sauraient avoir acquis une dimension nationale par le simple passage du temps. §122.

⁷⁸⁰ *Renvoi sur les valeurs mobilières*, préc., p. 83. La Cour estime que pour qu'il y ait une incapacité provinciale « il faut que la situation soit telle qu'une lacune constitutionnelle résulterait de l'incapacité du Parlement à légiférer dans ce domaine. Or, une telle lacune répugne sur le plan constitutionnel à l'esprit fédératif. »

⁷⁸¹ *Ibid.*, p. 85.

⁷⁸² *Renvoi sur la procréation assistée*, préc. Mais dans cette affaire la Cour apparaît extrêmement divisée puisque quatre juges estiment que la législation fédérale sur la procréation assistée relève du droit criminel et de son pouvoir accessoire, tandis que quatre autres estiment au contraire que l'assistance à la procréation et des activités de recherche connexes relèvent de la compétence provinciale en matière d'hôpitaux et de propriété et droits civils. C'est le juge Cromwell qui permet de résoudre la question. Il estime que certaines dispositions de la loi relèvent de la compétence fédérale, mais que d'autres sont *ultra vires*. Il prend soin de préciser à cet égard son accord avec le second groupe de juges qui précisait que « le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel » § 244 de l'opinion des juges LeBel et Deschamps, cité par le juge Cromwell au §287.

et le global au nom de la retenue judiciaire⁷⁸³, il semble bien que la Cour mette en œuvre un principe de subsidiarité⁷⁸⁴. L'application du principe de subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour suprême du Canada⁷⁸⁵ n'est pas une nouveauté, elle a pu s'y référer de manière explicite dans certaines affaires⁷⁸⁶ ou de manière implicite au travers du principe de proportionnalité ou de l'idée d'équilibre. En tout état de cause, le principe de subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour demeure ambigu⁷⁸⁷, tant sa portée normative ou son contenu semblent flous au fil de sa jurisprudence ou divisent même la Cour dans certains cas d'espèce⁷⁸⁸.

479 À la fin de la décision sur les valeurs mobilières, la Cour incite à la démarche collaborative ou coopérative⁷⁸⁹ pour régler les problèmes complexes dans lesquels les enjeux locaux et nationaux sont présents. Elle précise que « chacun peut collaborer avec l'autre pour s'acquitter de ses responsabilités » puisque « chaque ordre de gouvernement est compétent à l'égard de certains aspects de la réglementation des valeurs mobilières ». Cette tendance à rechercher de manière coopérative les solutions à la gouvernance d'une fédération, la collaboration, s'inscrit selon elle pleinement dans le cadre constitutionnel canadien du fédéralisme⁷⁹⁰.

480 Cet encouragement prétorien au dialogue entre les deux niveaux de gouvernements n'est pas sans rappeler les grandes décisions sur le fédéralisme dans le cadre de la modification du pacte fédératif. Cet argument a donc pénétré dans le partage des compétences législatives permettant ainsi à la Cour de justifier de son rôle d'ultime arbitre impartial⁷⁹¹. Dans ce sens, la sanction prétorienne n'interviendrait qu'en dernier recours, en cas de mésentente flagrante au niveau politique.

⁷⁸³ « Les tribunaux ne sont pas habilités à confirmer la validité de lois pour le simple motif qu'elles constituent, selon eux, la politique optimale. Il ne s'agit pas de déterminer quel ordre de gouvernement — fédéral ou provincial — est considéré comme étant le mieux placé pour légiférer en la matière » *Renvoi sur les valeurs mobilières*, préc., p. 90.

⁷⁸⁴ C'est ce qu'elle semble en effet faire lorsqu'elle évalue les effets de la loi fédérale ainsi que les véritables enjeux, ici locaux, de celle-ci : *ibid.*, p. 115 à 117.

⁷⁸⁵ Sur cette question voir D. G. NEWMAN, « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity », *Sask.L.Rev.*, vol. 74, 2011, pp. 21-31.

⁷⁸⁶ Pour un exemple récent, voir *Banque canadienne de l'Ouest*, préc., p. 45; *Renvoi sur la procréation assistée*, préc., p. 69 et s.

⁷⁸⁷ Sur ce point en général voir : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The “Principle of Federalism” and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 54, 2011, pp. 77-115.

⁷⁸⁸ *Renvoi sur la procréation assistée*, préc.

⁷⁸⁹ La Cour ne semble pas faire de distinction terminologique entre coopération et collaboration, contrairement à la doctrine qui estime que dans le fédéralisme collaboratif il existe une hiérarchie entre les deux ordres de gouvernement : W. K. WRIGHT, « Facilitating Intergovernmental Dialogue », préc.

⁷⁹⁰ *Renvoi sur les valeurs mobilières*, préc., p. 130 à 133.

⁷⁹¹ Rôle qu'elle rappelle à nouveau en 2011 *ibid.*, p. 55 et 57.

481 Certains auteurs avaient en effet pu se demander si l'absence ou la présence d'une coopération politique, d'une négociation ou d'un accord intergouvernemental ne seraient pas devenues un critère décisif dans le partage des compétences⁷⁹². Cela se confirmerait ici : bien que la Cour n'aille pas jusqu'à affirmer que la mésentente ouverte entre les deux niveaux de gouvernement ait influencé sa décision, il est probable que la manière de procéder d'Ottawa, unilatéralement, sans le consentement des provinces alors que la mesure vise l'unification de tous les aspects des valeurs mobilières, même locaux, a certainement eu un impact sur sa décision. Il semble cependant exagéré d'affirmer que la coopération serait devenue un principe normatif dans le partage des compétences, elle est certes valorisée⁷⁹³ par la Cour, mais elle n'est ni un critère explicite ni décisif.

482 En effet, l'objectif de la Cour semble donc bien de faciliter le dialogue intergouvernemental provoqué par les chevauchements de compétence⁷⁹⁴, et de démontrer sa légitimité en tant qu'acteur secondaire du fédéralisme. Toutefois, le fédéralisme coopératif connaît des limites importantes en particulier à la lumière de la récente décision de 2015 portant le registre des armes d'épaule⁷⁹⁵.

483 Avant cette décision, la jurisprudence ne permettait déjà pas totalement d'encourager cette coopération égalitaire puisque la Cour refuse de sécuriser juridiquement les accords intergouvernementaux. La Cour rappelle d'ailleurs dans le *Renvoi sur les valeurs mobilières* la raison pour laquelle elle ne peut le faire : la souveraineté parlementaire. Il existe en effet un « principe de droit constitutionnel [qui] interdit au Parlement et aux législatures d'entraver, par une loi ordinaire, l'exercice futur de leur pouvoir de légiférer »⁷⁹⁶. Ce faisant, si les provinces ont bien la possibilité de conclure des ententes interprovinciales et de déléguer leur pouvoir de réglementation à un régulateur pancanadien⁷⁹⁷, elles peuvent aussi refuser d'y adhérer et s'y

⁷⁹² C'est ce que défend Wright qui démontre notamment dans l'utilisation de la prépondérance fédérale que l'absence ou la présence d'un conflit ou bien d'un accord au niveau intergouvernemental détermine sa position sur un éventuel conflit de législations. Le Cour serait moins réticente à constater un conflit lorsqu'il existe un conflit au niveau intergouvernemental, même si elle tend à limiter le déclenchement de la prépondérance fédérale. W. K. WRIGHT, « Facilitating Intergovernmental Dialogue », préc., p. 674 et s.

⁷⁹³ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The Principle of Federalism », préc., p. 99 et s.

⁷⁹⁴ W. K. WRIGHT, « Facilitating Intergovernmental Dialogue », préc., p. 646 et s.

⁷⁹⁵ *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, 2015 C.S.C. 14.

⁷⁹⁶ *Renvoi sur les valeurs mobilières*, préc., p. 119.

⁷⁹⁷ En effet, les interdélégations parlementaires, de nature législative, sont inconstitutionnelles, mais les délégations administratives sont valides. Sur les délégations interparlementaires au Canada et la jurisprudence de la Cour, voir par exemple : G. TUSSEAU, « Sur une technique de fédéralisme coopératif : les délégations interparlementaires au

soustraire à tout moment en raison de la souveraineté parlementaire⁷⁹⁸. Ce principe vaut pour le Parlement fédéral qui peut donc édicter une loi contraire à une entente intergouvernementale⁷⁹⁹. De la même manière, le gouvernement fédéral a pu retirer une exemption en matière criminelle dans l'affaire *PHS Community* alors même que le programme de santé en cause était le fruit du fédéralisme coopératif⁸⁰⁰. Selon Jean Leclair, cette vulnérabilité des accords intergouvernementaux à l'égard de l'intervention législative en font de piètres substituts à une modification constitutionnelle sur le partage des compétences⁸⁰¹.

484 En conséquence de quoi, les gouvernements fédéral et provinciaux sont autorisés, voire encouragés⁸⁰², à s'entendre sur des actions ou programmes communs en particulier lorsque les enjeux concernant les deux niveaux de gouvernance, mais la Cour suprême décline la demande d'interprétation, de clarification ou de mise en application de ces engagements. Bref, les accords intergouvernementaux sont des engagements politiques qui ne relèvent pas de l'autorité judiciaire, qui ne saurait leur donner une force exécutoire de nature constitutionnelle⁸⁰³.

485 En 2015, la Cour suprême du Canada n'est pas revenue sur la conception minimale qu'elle semble faire de son propre rôle quant au fédéralisme coopératif. Cette affaire portait sur un domaine, le recueil de données sur les détenteurs d'armes à feu, ayant précisément un double aspect, un aspect fédéral relatif au droit criminel et un aspect provincial relatif à la propriété et au droit civil⁸⁰⁴. Était contestée dans cette affaire la constitutionnalité de la disposition fédérale ordonnant la destruction des données portant sur les armes à feu, alors que le Québec entendait

Canada », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 961-976.

⁷⁹⁸ Paradoxalement en l'espèce la souveraineté des législatures provinciales dessert l'argumentation des provinces qui tentaient de démontrer la capacité provinciale à réguler les volets nationaux de la régulation du marché financier, puisqu'elles pouvaient le faire de concert. *Renvoi sur les valeurs mobilières*, préc., p. 118 à 120.

⁷⁹⁹ *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. Dans cette affaire, le Parlement avait réduit le montant des paiements qu'il devait transférer aux provinces, ce qui est constitutionnellement valide selon la Cour.

⁸⁰⁰ Comme le fait remarquer Jean-François Gaudreault-Desbiens cela démontre bien que même si l'existence d'un programme est due au fédéralisme coopératif, cela ne le dispense pas d'une stricte application de la répartition constitutionnelle des compétences. J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « The Principle of Federalism », préc., p. 98.

⁸⁰¹ J. LECLAIR, « Reforming the Division of Powers in Canada : An (Un)Achievable Endeavour? » dans G. Robbers, dir., *Reforming Federalism, Foreign Experiences for a Reform in Germany*, Frankfurt/M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 2005, pp. 93-134, p. 110.

⁸⁰² On retrouve aussi cette tendance lorsqu'il s'agit des peuples autochtones, voir infra § 589 et s.

⁸⁰³ Voir sur ce sujet : G. BAIER, « The Courts, the Division of Powers and Dispute Resolution » dans H. BAKVIS et G. SKOGSTAD, dir., *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, Toronto, Oxford, 2008, pp. 23-37. L'auteur explique la tendance des accords intergouvernementaux de prévoir des mécanismes de règlement des différends entre les parties qui s'inspirent du modèle judiciaire.

⁸⁰⁴ Sur cette question, voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, préc.

les reprendre pour constituer son propre registre devant l'abandon de cette politique criminelle du gouvernement fédéral. Une courte majorité de la Cour suprême du Canada a conclu à la validité de cette destruction unilatérale, alors que les trois juges québécois (appuyés par la juge Abella) mettant au cœur de leur raisonnement le fédéralisme coopératif⁸⁰⁵ l'ont considéré comme *ultra vires*.

486 Mais pour la majorité de la Cour, il est très clair que le principe du fédéralisme coopératif ne saurait imposer des limites à l'exercice par ailleurs valide d'une compétence législative et ne peut alors « restreindre la portée de la compétence législative ou imposer l'obligation positive de faciliter la coopération lorsque le partage constitutionnel des pouvoirs autorise une intervention unilatérale »⁸⁰⁶. Or les juges Cromwell et Karakatsanis écrivant pour la majorité estiment que puisque les données avaient été « recueillies *exclusivement par l'exercice de la compétence en droit criminel* », alors leur destruction lors de l'abrogation de cette loi est aussi une loi relative au droit criminel⁸⁰⁷.

487 L'opinion dissidente diffère avant tout sur le constat préalable : selon les juges québécois, ce recueil de données faisait l'*objet d'un partenariat* entre les deux ordres de gouvernement⁸⁰⁸. Dans l'opinion dissidente, le fédéralisme coopératif ne sert pas à limiter la répartition constitutionnelle des compétences, mais irrigue l'appréhension de chacune des étapes du raisonnement sur le caractère véritable et la doctrine des pouvoirs accessoires. Les juges dissidents prennent ainsi véritablement acte de l'existence de chevauchement de compétences au moment de la création de la loi fédérale sur le registre⁸⁰⁹, et estime que la réglementation des armes et le registre y afférant relèvent quant à son caractère véritable de la compétence provinciale, d'autant plus que la décriminalisation opérée par le gouvernement fédéral a fait perdre sa dimension fédérale à la matière⁸¹⁰. Ils estiment ensuite quant à la théorie des pouvoirs accessoires que l'existence du partenariat a un impact sur la détermination de la gravité du débordement du pouvoir fédéral sur

⁸⁰⁵ Sur la notion de fédéralisme coopératif dans l'opinion dissidente voir §148 et s., *Registre des armes d'épaule*, préc.

⁸⁰⁶ §19 et 20, *ibid.*

⁸⁰⁷ §43, *ibid.* (nous soulignons)

⁸⁰⁸ §115 et s., *ibid.*

⁸⁰⁹ §171 et 172, *ibid.* D'autant qu'ils estiment que la destruction des données lors de son abrogation cherche « à mettre fin à un régime utilisant ces données et au partenariat avec le Québec »

⁸¹⁰ §176, *ibid.*

la compétence provinciale⁸¹¹. Le débordement étant dès lors considéré comme substantiel, il fallait démontrer son caractère nécessaire dans l'abolition de l'obligation d'enregistrer les armes. Selon les juges dissidents, cela n'a pas été démontré d'autant qu'« il est difficile d'imaginer comment une disposition qui vise à mettre fin à cette coopération et qui est édictée dans l'intention de nuire à un partenaire peut être rationnelle »⁸¹². Si la disposition fédérale est donc inconstitutionnelle, les juges dissidents n'estiment pour autant pas du ressort de la Cour que d'exiger du pouvoir fédéral de transférer ces données au Québec :

488 « C'est aux membres du partenariat qu'il appartenait de prévoir les modalités de cessation de leur aventure commune dans leurs ententes ou, à défaut, de s'entendre maintenant sur les conditions applicables à cet égard, dont la destruction des données par le gouvernement fédéral. En conséquence, la manière dont leur collaboration doit prendre fin relève au premier chef de leur volonté »⁸¹³

489 Si les juges de la majorité ont refusé de donner au principe du fédéralisme coopératif un quelconque effet normatif⁸¹⁴, les juges dissidents n'ont pas non plus entendu faire de la Cour un acteur déterminant dans cette coopération en s'immisçant dans la détermination de son contenu, de ses modalités. Mais ils estiment toutefois que les juges doivent protéger les régimes auxquels ont abouti ces partenariats fédératifs, lors de leur mise en place et lors de leur démantèlement, car il « serait illogique, d'une part, d'encourager la coopération et de reconnaître la validité de régimes établis en partenariat, mais, d'autre part, de refuser de tenir compte de ce contexte particulier lorsque ces régimes prennent fin »⁸¹⁵. À cet égard, l'opinion dissidente apparaît résolument moderne en attribuant aux juridictions un rôle d'arbitre y compris lorsque les conflits naissent dans le cadre d'une coopération dans un domaine de chevauchement des compétences. La jurisprudence autorisant les chevauchements des compétences et encourageant la coopération, la sécurisation juridique des partenariats apparaissait logiquement comme l'ultime étape dans l'évolution du rôle du juge suprême au sein de la fédération canadienne. Le cas d'espèce semblait d'ailleurs se prêter à un contrôle pouvant être réduit au respect d'une forme de « coopération

⁸¹¹ « » Sans doute pour des raisons d'efficacité, le gouvernement fédéral a plutôt conçu un régime législatif qui faisait appel à la collaboration active des provinces et a pris la forme d'un partenariat. On ne peut faire abstraction de cette situation dans l'analyse de la gravité du débordement sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement » § 183, *ibid.*

⁸¹² § 189, *ibid.*

⁸¹³ § 200, *ibid.*

⁸¹⁴ La notion de fédéralisme coopératif est « descriptive » pour les juges de la majorité : § 17, *ibid.*

⁸¹⁵ § 152, *ibid.*

loyale »⁸¹⁶ entre les partenaires de la fédération. Toutefois, la majorité de la Cour suprême a préféré se cantonner à un rôle beaucoup plus classique de répartition des compétences dans un domaine, qui bien qu'il pouvait être considéré comme partagé et même objet d'une coopération, est appréhendé comme étant exclusif au pouvoir fédéral.

490 Assez étrangement dans deux raisonnements des juges suprêmes, ce n'est plus tant l'analyse du contenu du titre permettant d'agir (la compétence) qui a permis de trancher en faveur du pouvoir fédéral (pour la majorité) ou provincial (pour la minorité), mais la manière dont la compétence est utilisée par les gouvernements : la mesure contestée est-elle exercée de manière exclusive ou en partenariat ? Ce curieux renversement dans l'analyse de la répartition des pouvoirs fédératifs pourrait finalement être la marque véritable d'un fédéralisme souple et « moderne » laissant aux acteurs politiques le soin préalable et déterminant d'agir isolément ou de concert.

491 Pour conclure, la Cour suprême du Canada est bien un acteur incontournable du fédéralisme canadien. Elle se considère elle-même comme un protagoniste secondaire, car dans sa vision du fédéralisme il appartient aux acteurs politiques des deux paliers de gouvernance de dialoguer sur le contenu de l'équilibre fédératif et sur la manière de le mettre en œuvre en pratique. La Cour n'interviendrait alors que pour rappeler avec plus ou moins de force la nécessité de ce dialogue, sans pour autant qu'elle ne s'autorise à s'immiscer dans ce dialogue ou même valider, sécuriser son résultat ou ses conséquences. C'est la manière qu'a trouvée la Cour pour faire du fédéralisme canadien un processus suffisamment souple et évolutif tout en circonscrivant son rôle d'arbitre le plus possible de manière à laisser intacte sa légitimité. Mais sa légitimité a toutefois été mise à mal en raison du résultat centralisateur de sa jurisprudence dans la répartition des compétences. En redonnant depuis peu au principe de l'équilibre fédératif sa dimension normative, afin d'empêcher les atteintes les plus criantes à l'autonomie des provinces, elle a, semble-t-il, renoué avec sa mission de gardienne prétorienne du fédéralisme. Il est en revanche trop tôt pour savoir si sa légitimité s'en trouvera renforcée, dans la mesure où les risques de subordination de l'autonomie normative provinciale à l'égard du pouvoir fédéral restent toujours très forts.

⁸¹⁶ Ce principe est d'ailleurs fondamental en droit de l'Union européenne.

Section 2. L'action de la Cour de justice sur la répartition des compétences : une logique d'intégration au profit de l'Union

492 La doctrine qualifie souvent la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en la matière d'un véritable activisme judiciaire, qui démontrerait son absence de neutralité. Ainsi, on a pu relever que pendant toute une période si plusieurs interprétations étaient envisageables elle a choisi la plus centralisatrice⁸¹⁷. Les observateurs estiment en effet généralement que la Cour de justice a eu « une tendance assez nette à élargir les compétences de la Communauté (...) ainsi qu'à protéger les compétences communautaires en soumettant les prérogatives nationales à un contrôle attentif »⁸¹⁸. Il est vrai que la Cour est « l'arbitre institutionnel en dernier ressort des conflits de compétence dans l'ordre juridique communautaire », ⁸¹⁹ mais peine à s'imposer comme un arbitre neutre (I) en particulier en raison de son action en renfort des compétences communautaires (II).

I. Une Cour gardienne de la répartition des compétences entre deux espaces juridiques, une neutralité apparente

493 La Cour de justice européenne « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »⁸²⁰, à ce titre elle est la gardienne du respect de la hiérarchie de normes. Elle pourra ainsi annuler les actes de droit dérivé, la législation communautaire, qui ne respecte pas les traités, y compris les dispositions portant sur la répartition des compétences prévue par ces derniers.

494 Cette mission de la Cour est une question très sensible sur le plan politique, les États membres « maîtres des traités » ont donc voulu verrouiller cette question en imposant le respect de plusieurs principes : le principe d'attribution ou de spécialité qui est lié au contrôle de la base

⁸¹⁷ H. RASMUSSEN, « The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration » dans E. ORBAN, dir., *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles / Montréal, Bruylant / PUM, 1991, pp. 199-237, p. 236. L'auteur explique aussi que « Any endeavor to portray the EC Court's role in balancing the centripetal against the centrifugal forces, as these were enshrined in the very constitutional texts and as they took a variety of forms in actual Community politics cannot forego that the Court refused to function as a neutral arbiter », p. 211.

⁸¹⁸ J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p., p. 219. Voir aussi R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1997, 160 p.

⁸¹⁹ F. FINES, « Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires? », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 37-46, spéc. p. 38. Citant K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas-Bruylant, 1999, p. 795.

⁸²⁰ Article 19 TUE.

juridique (A), puis les principes de subsidiarité et de proportionnalité relatifs à l'exercice des compétences (B).

A. Le contrôle de la base juridique adéquate

495 Ce contrôle de la base juridique adéquate consiste à vérifier et sanctionner le législateur européen qui aurait édicté une norme de manière infondée selon le droit primaire⁸²¹. Le contrôle de la base juridique adéquate permet à la fois de vérifier l'attribution des compétences d'un point de vue vertical, soit finalement le respect du principe d'attribution entre l'Union et les États, mais aussi d'un point de vue horizontal. En effet, ce contentieux se présente souvent dans des affaires où le requérant met en cause la légalité (ou la constitutionnalité) d'un acte communautaire, soit parce qu'il estime que l'acte aurait dû être pris selon une autre disposition du Traité (conflit de compétences horizontal) ou bien qu'aucune disposition du Traité ne permettait aux institutions d'agir (conflit de compétence vertical)⁸²². Ce faisant, le contrôle prétorien s'effectue souvent dans un double contexte conflictuel vertical et horizontal, les principes d'équilibre institutionnel et du principe démocratique⁸²³ entrant également en jeu dans ce type de contestation.

496 Par exemple, dans une affaire de 2005⁸²⁴, la Commission demandait l'annulation d'une norme (une décision-cadre⁸²⁵) relative au droit pénal de l'environnement édictée par le Conseil, car elle estimait que ces dispositions avaient pour objet principal la protection de l'environnement et auraient dû être adoptées sur la base de l'ancien article 175 TCE (nouvel article 192 TFUE). La Cour de justice donne raison à la Commission, mais plus fondamentalement au-delà de ce conflit en apparence horizontal se posait la question du rattachement des compétences de nature pénale à la protection de l'environnement, alors même que par principe la législation et la procédure

⁸²¹ La Cour affirme ainsi qu'il « convient de relever que, dans le cadre du système des compétences de la communauté, le choix de la base juridique d'un acte ne peut pas dépendre seulement de la conviction d'une institution quant au but poursuivi, mais doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel » : CJCE, 26 mars 1987, *Commission c. Conseil (SPG)*, aff. 45/86, *Rec.*, p. 1493, §11. Voir exemple le commentaire dans H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1006 p., p. 348 et s.

⁸²² Autrement dit il y a une interdépendance entre les compétences et les pouvoirs au sein de l'ordre juridique et institutionnel de l'Union : V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011, § 66.

⁸²³ C'est le cas notamment lorsque le Parlement européen estime que la procédure d'édiction normative aurait dû davantage l'impliquer.

⁸²⁴ CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.*, p. 7908.

⁸²⁵ C'est-à-dire une norme édictée alors qu'il existait la structure en piliers, et qui pour simplifier donne beaucoup plus de marge de manœuvre aux États quant à l'élaboration et la mise en œuvre, notamment parce que les décisions-cadre n'avaient pas d'effet direct et ne pouvaient pas faire l'objet de recours en manquement, bref, avaient une justiciabilité très restreinte.

pénales ne relèvent pas de la compétence de la Communauté⁸²⁶. Ce à quoi la Cour de justice répond favorablement bien qu'elle se montre aussi sensible au respect de la souveraineté des États⁸²⁷.

497 Le contrôle de la base juridique des actes de l'Union est donc une « exigence (...) qui implique d'identifier non pas “une”, mais “la base juridique appropriée” »⁸²⁸, car si n'importe quelle base suffit à vérifier le respect du principe d'attribution, seule une base précise est à même de désigner la procédure à utiliser et quel est l'équilibre institutionnel prévu par le Traité dans tel ou tel domaine⁸²⁹.

498 Le contrôle de la base juridique appropriée de la Cour de justice se fonde sur « des éléments objectifs susceptibles de contrôle juridictionnel, parmi lesquels figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte »⁸³⁰. Après une analyse plus ou moins détaillée du but et du contenu de l'acte, la Cour est en mesure de décider si l'acte a été pris selon un fondement valide. Ainsi elle n'a pas hésité dans l'affaire sur la publicité en faveur du tabac à annuler la directive en cause pour défaut de base juridique⁸³¹. La Cour de justice opère donc un réel contrôle du principe d'attribution⁸³²,

⁸²⁶ Voir : CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. 203/80, *Rec.*, p. 2595, § 27.

⁸²⁷ La Cour estime que l'absence de compétences pénales communautaires « ne saurait cependant empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il a édicté en matière de protection de l'environnement » § 48 *Commission c. Conseil*, préc.

⁸²⁸ M. BLANQUET, « Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation. », *JCl. Europe Traité*, fasc. 170, 2012, § 26.

⁸²⁹ Cela étant la Cour peut exceptionnellement accepter une double base juridique, mais en aucun cas « lorsque les procédures prévues pour l'une et l'autre de ces bases sont incompatibles et/ou lorsque le cumul de bases juridiques est de nature à porter atteinte aux droits du Parlement (CJCE, 10 janv. 2006, aff. C-94/03, *Commission c. Conseil*, § 52) » voir *ibid.*, p. 30; V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 67 et s. Voir aussi Ronald Van Ooik pour qui « The reason is that only if decision-making procedures are different, the final content of the secondary measure concerned may be different. If not, the choice of legal basis is a 'purely formal' matter and therefore the ECJ will not actually annul the contested measure, even if it finds that that measure has been based on an incorrect legal basis » : R. V. OOIK, « The European Court of Justice and the Division of Competences in the European Union » dans D. Obradovic et N. Lavranos, dir., *Interface between EU Law and International Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, pp. 13-40, p. 19.

⁸³⁰ Selon une jurisprudence constante de la Cour, voir par exemple : CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, dit « *Dioxyde de titane* », aff. C-300/89, *Rec.*, p. I-2867, §10, ou *Commission c. Conseil* préc. § 45. Pour une confirmation récente voir par exemple CJUE (G.C.), 26 novembre 2014, aff. C-103/12 et C-165/12, *Parlement et Commission c. Conseil*, non encore publié.

⁸³¹ CJCE, 5 oct. 2000, aff. C-376/98, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, *Rec.* 2000, p. I, p. 8419. Affaire dite *publicité en faveur du tabac*. Voir aussi la récente annulation sur ce fondement de la directive 2011/82/UE facilitant l'échange transfrontalier d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière : CJUE (G.C.), 6 mai 2014, aff. C-43/12, *Commission c. Parlement et Conseil*, non encore publié.

bien qu'on puisse toutefois compter peu de cas d'annulations visant à limiter les compétences européennes⁸³³.

B. Le contrôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité

499 Rappelons que ces principes permettent de réguler une compétence attribuée préalablement au niveau européen, plus précisément pour le principe de subsidiarité de contrôler l'exercice d'une compétence partagée. Ainsi la Cour de justice vérifie que les institutions européennes respectent ces principes lorsqu'elles légifèrent et par ce contrôle la Cour encadrerait l'exercice des compétences communautaires. En réalité, la Cour a jusqu'ici exercé un contrôle extrêmement prudent⁸³⁴ sur l'application de ces principes, en particulier celui de subsidiarité.

500 Ainsi le principe de subsidiarité « ne trace pas une frontière rigide entre les compétences des États membres et celles de la Communauté ; mais il permet d'organiser, pour chaque domaine de compétence concurrente, un partage qui peut varier dans le temps suivant les circonstances et les nécessités des objectifs visés »⁸³⁵.

501 Non seulement le principe de subsidiarité permet une certaine souplesse dans l'exercice des compétences partagées, mais en raison d'un contrôle timide de la Cour, il laisse aux acteurs politiques communautaires le soin de l'apprécier sous réserve d'une justification expresse. En effet, la Cour exerce un contrôle sur l'existence d'une motivation de l'acte communautaire quant au principe de subsidiarité⁸³⁶, mais ne limite la vérification de la justification qu'au cas d'erreur manifeste d'appréciation⁸³⁷.

⁸³² Elle qualifie d'ailleurs l'espace européen d'« ordre juridique institutionnel basé sur le principe des compétences d'attribution » CJCE, 28 mars 1996, *Avis relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, n° 2/94, *Rec.*, p. I- 1759, p. 30.

⁸³³ On ne saurait toutefois imputer à la seule Cour de justice le faible cas d'annulation. En effet les modalités de saisine de la Cour de justice, en particulier en ce qui concerne les particuliers sont relativement fermées (voir infra § 1274 et s.). Les institutions communautaires contesteront rarement un acte adopté en codécision puisque dans ce cas la Commission, le Conseil et le Parlement auront donné leur accord. Enfin les États membres contestent assez rarement les actes législatifs communautaires en raison de leur participation au processus décisionnel par le Conseil, qui a longtemps privilégié le consensus.

⁸³⁴ Pour l'analyse des premières jurisprudences, à ce sujet voir : J.-L. SAURON, « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité », *RMCUE*, 1998, pp. 645-656.

⁸³⁵ F. FINES, « Le champ d'application matériel », *préc.*, p. 44.

⁸³⁶ CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c. Parlement et Conseil*, C-233/94, *Rec.*, p. I-2405 : Pour se conformer à l'obligation de motivation, il suffit que le législateur précise les raisons de conformité au principe de subsidiarité, même si le principe de subsidiarité n'apparaît pas expressément.

⁸³⁷ Les trois critères d'application du principe de subsidiarité sont : l'existence d'un contexte transnational, l'insuffisance de l'action nationale prise isolément et la valeur ajoutée de l'action communautaire : F. DINTILHAC, « Subsidiarité », *Rép. Dalloz dr. com.*, 1999, § 63 et s.

- 502 Il est indéniable que la justiciabilité du principe de subsidiarité entraîne nécessairement des interrogations quant à la nature du contrôle prétorien exercé, qui pourrait osciller entre opportunité politique et légalité⁸³⁸. Et la Cour fait clairement le choix de laisser une marge de manœuvre conséquente aux acteurs institutionnels, politiques, en ce domaine, si bien qu'à ce jour la Cour n'a jamais annulé un acte communautaire pour ce motif⁸³⁹.
- 503 Par exemple, lorsqu'il s'agit d'actes communautaires visant une harmonisation⁸⁴⁰, comme la directive sur les règles minimales de l'aménagement du temps de travail⁸⁴¹ ou celle sur la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac⁸⁴² ou encore sur les compléments alimentaires⁸⁴³ la Cour se contente en substance d'expliquer que le principe de subsidiarité est satisfait puisqu'une harmonisation de la législation des États ne peut se faire qu'au niveau européen. Grossièrement, on peut dire que puisque le principe d'harmonisation est prévu par le traité et que la législation a été prise valablement sur le fondement d'une disposition de droit primaire, alors la Cour ne cherche pas à savoir si l'harmonisation était nécessaire⁸⁴⁴. Une telle appréciation de la Cour se justifie, car si l'on pouvait « avoir le sentiment d'opérer un glissement du domaine de la subsidiarité vers celui du principe d'attribution (e) n réalité, c'est la base juridique elle-même qui requiert de l'auteur de l'acte à adopter une appréciation quant à la nécessité d'agir »⁸⁴⁵. Le principe de subsidiarité est donc bien justiciable dans le sens où il constitue un moyen autonome dans le contentieux, mais est confronté à certaines complications.

⁸³⁸ Dès 1991, avant que le principe devienne justiciable, Vlad Constantinesco s'interrogeait à cet égard : V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45.

⁸³⁹ Cela étant, comme le Comité des régions de l'Union européenne le fait remarquer à ce propos « l'intérêt de la jurisprudence de la Cour sur la validité des actes communautaires va très au-delà du choix qu'elle est amenée à faire : annulation ou confirmation de la validité » C. JEFFERY et J. ZILLER, *Le Comité des régions dans la mise en œuvre et le contrôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006, 334 p., p. 231.

⁸⁴⁰ Pour un autre exemple récent sur un Règlement, voir : CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, aff. C-58/08, *Rec. 2010*, p. I-4999, § 72 à 80.

⁸⁴¹ CJCE, 12 novembre 1996, *RU c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.*, p. I-5755, § 66.

⁸⁴² CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C- 491/01, *Rec.*, p. I-11453, § 179 à 185.

⁸⁴³ CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. C-154/04 et C-155/04, *Rec.*, p. I-6451.

⁸⁴⁴ Dans l'affaire *Alliance for Natural Health*, préc., La Cour explique à cet égard : « Laisser aux États membres le soin de réglementer le commerce des compléments alimentaires non conformes à la directive 2002/46 verrait se perpétuer l'évolution hétérogène des réglementations nationales et, partant, les obstacles aux échanges entre États membres et les distorsions de concurrence en ce qui concerne ces produits. Il s'ensuit que l'objectif auquel contribuent les dispositions (...) de la directive 2002/46 ne saurait être réalisé de manière satisfaisante par une action entreprise au niveau des seuls États membres et supposait une action au niveau communautaire. Cet objectif pouvait, par conséquent, être mieux réalisé à ce dernier niveau » : § 106 et 107.

⁸⁴⁵ S. V. RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, 781 p., p. 178 et 179.

Il faudra en effet démontrer que le niveau d'intervention était inadéquat alors qu'une majorité d'États l'avait décidé, en outre la Cour devra « apprécier des faits complexes de nature de politique économique, sociale ou environnementale »⁸⁴⁶.

504 Le contrôle du principe de proportionnalité, semble un peu plus approfondi⁸⁴⁷, bien que la Cour se défende toujours d'exercer un contrôle d'opportunité, elle a dans ce sens précisé à plusieurs reprises que :

*« la Cour a reconnu au législateur communautaire, dans le cadre de l'exercice des compétences qui lui sont conférées, un large pouvoir d'appréciation dans les domaines où son action implique des choix de nature tant politique qu'économique ou sociale, et où il est appelé à effectuer des appréciations et des évaluations complexes. Ainsi, il ne s'agit pas de savoir si une mesure arrêtée dans un tel domaine était la seule ou la meilleure possible, seul le caractère manifestement inapproprié de celle-ci par rapport à l'objectif que les institutions compétentes entendent poursuivre pouvant affecter la légalité de cette mesure »*⁸⁴⁸.

505 Par exemple dans les affaires *Natural Health* ou *Vodafone*, elle examine assez longuement si l'intensité de l'action législative communautaire n'a pas excédé la mesure nécessaire pour atteindre les objectifs de cette action, qui comprennent les objectifs du marché intérieur, mais aussi la protection de la santé humaine dans la première affaire⁸⁴⁹ et la protection des consommateurs dans la seconde⁸⁵⁰.

506 En définitive, ces principes régulateurs ont le grand mérite d'explicitier les raisons d'une action de l'Union dans une compétence qu'elle partage avec les États membres, tant dans l'acte lui-même (et sa motivation)⁸⁵¹ que dans le procès le cas échéant⁸⁵². Leur justiciabilité a mis la Cour dans une position délicate en raison des inévitables dimensions extrajuridiques de leur mise en œuvre.

⁸⁴⁶ F. DINTILHAC, « Subsidiarité », préc., § 137.

⁸⁴⁷ On peut avancer l'hypothèse selon laquelle il serait plus facile pour la Cour de limiter les institutions communautaires sur l'intensité de leur action dans un domaine précis plutôt que de contester la pertinence de leur action dans ce domaine, qui aboutit à confisquer le pouvoir communautaire dans ce domaine. Autrement dit il vaudrait mieux pour la Cour dire aux institutions d'essayer à nouveau, mais en moins fort, que de leur dire que ce n'est pas à elles d'essayer.

⁸⁴⁸ *Vodafone e.a.* préc. § 52. Voir aussi *British American Tobacco* préc. § 123, ou *RU c. Conseil* préc. § 58. En tout état de cause le principe de proportionnalité ne s'applique que « dans les cas dans lesquels l'auteur de l'acte contesté dispose d'une marge d'appréciation » : Trib. UE, 30 avril 2014, *Euris Consult Ltd c. Parlement européen*, aff. T-637/11, non encore publié.

⁸⁴⁹ *Alliance for Natural Health* préc., § 55 à 70.

⁸⁵⁰ *Vodafone e.a.* préc. § 51 à 71.

⁸⁵¹ Dans ce sens, « la subsidiarité est avant tout un principe de légistique non dénué de lien avec la quête de légitimité de l'Union : pour être acceptée par tous, la législation européenne doit être adaptée et mesurée » V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 175.

⁸⁵² Alors le principe de subsidiarité joue comme un « mécanisme de charge de la preuve » selon l'expression de V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité », préc.

La Cour se doit en effet de préserver sa légitimité prétorienne en refusant d'entrer dans des considérations économiques et sociales, tout en opérant un véritable contrôle sans lequel la justiciabilité de ces principes aurait été vaine. Cela l'entraîne dans des détails parfois très techniques par exemple sur les compléments alimentaires⁸⁵³ ou sur les marchés de gros et les marchés de détail des services de téléphonie d'itinérance⁸⁵⁴. La faiblesse inhérente au contrôle juridique du principe de subsidiarité a sans doute incité à adjoindre dans le *Traité de Lisbonne* un contrôle purement politique de la subsidiarité par les parlements nationaux notamment⁸⁵⁵. Mais d'un autre côté, en cas d'échec de ce dialogue politique, ce sera à la Cour de justice de trancher. Le contrôle juridique du principe de subsidiarité s'en trouvera peut-être renouvelé par cette immixtion des voies parlementaires nationales, mais il est fort à parier que le contrôle se bornera à une vérification minimale et non un véritable encadrement de l'exercice des compétences partagées par l'Union.

507 L'arbitrage de la Cour de justice entre les niveaux européens et étatiques existe bien du fait des contrôles du respect du principe d'attribution, de subsidiarité et de proportionnalité. Les limites posées par la Cour de justice à l'autonomie normative communautaire restent toutefois timides dans leur mise en œuvre malgré leur affirmation de principe. La Cour apparaît dès lors comme « une tierce partie étrangère à la fois à l'Union et à ses États membres ; elle se sent donc la responsabilité de contribuer à l'achèvement des objectifs de celle-ci et ne peut qu'hésiter à limiter l'action de ses institutions hors des cas d'erreur manifeste »⁸⁵⁶. La Cour se conduit d'autant plus comme une institution de l'Union lorsqu'on étudie sa jurisprudence protectrice sur la nature et l'étendue des compétences européennes.

II. Une jurisprudence communautaire au soutien de la compétence européenne : une Union sans cesse plus étroite

508 Il appert que la Cour de justice a résolument fait sien l'objectif d'une « union sans cesse plus étroite » prévue par les traités, et que l'objectif d'intégration l'a certainement poussé à « sécuriser » les compétences communautaires acquises (A) et les étendre (B).

⁸⁵³ *Alliance for Natural Health* préc.

⁸⁵⁴ *Vodafone e.a.* préc.

⁸⁵⁵ Voir supra, § 201.

⁸⁵⁶ C. JEFFERY et J. ZILLER, *Le Comité des régions et les principes de subsidiarité et de proportionnalité*, préc., p. 233.

A. La protection des compétences de l'Union par leur intangibilité

- 509 Comme Marc Blanquet l'explique, « cette intangibilité connaît deux expressions, en termes d'irréversibilité et d'invulnérabilité des attributions de compétence à la Communauté »⁸⁵⁷.
- 510 Ainsi l'irréversibilité renvoie au caractère définitif des compétences transférées. La Cour de justice affirme dès l'arrêt *Costa* que les compétences transférées par les États l'ont été pour une durée illimitée ce qui « entraîne une limitation définitive de leurs droits souverains »⁸⁵⁸. Cette irrévocabilité⁸⁵⁹ implique en réalité que la « renationalisation » des compétences ne pourrait intervenir que par la révision du traité⁸⁶⁰. Cela étant cette affirmation solennelle a sans aucun doute contribué à l'effet d'entraînement ou l'engrenage (*spill over*) si caractéristique de la construction communautaire⁸⁶¹. La Cour était d'ailleurs allée assez loin dans l'irréversibilité des compétences avec la théorie de la préemption⁸⁶² qui permettait aux institutions communautaires de s'appropriier pleinement et discrétionnairement les compétences partagées par leur plein exercice, à la manière de la théorie canadienne du « champ occupé »⁸⁶³ et donc d'en faire des compétences exclusives⁸⁶⁴. Le *Traité de Lisbonne* a atténué cette jurisprudence en exigeant que la substitution communautaire ne s'opère pas par domaine, mais seulement vis-à-vis des éléments régis par l'acte de l'Union en question⁸⁶⁵. Le dernier Traité a surtout prévu une inversion possible, c'est-à-dire une nationalisation de la compétence partagée « lorsque l'Union a décidé de cesser de l'exercer »⁸⁶⁶.

⁸⁵⁷ M. BLANQUET, « Compétences de l'Union », préc., § 38 et s.

⁸⁵⁸ CJCE, 5 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec. 1964*, p. 1141, p. 1160.

⁸⁵⁹ Telle qu'elle affirmée dans CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 631., § 18.

⁸⁶⁰ Voir CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c. France*, aff. 7/71, *Rec.*, p. 1003 ; CJCE, 5 mai 1981 *Commission c. RU*, aff. 804/79, *Rec.*, p. 1045.

⁸⁶¹ Voir supra § 191.

⁸⁶² Sur les différents critères prétoriens déclenchant la préemption, voir : V. MICHEL, « 2004 : Le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, pp. 17-86, spéc. p. 38 et s.

⁸⁶³ Voir supra, § 464.

⁸⁶⁴ La Cour explique que « le caractère exclusif ou non de la compétence de la Communauté ne découle pas seulement des dispositions du traité, mais peut dépendre également de l'étendue des mesures prises par les institutions communautaires pour l'application de ces dispositions et qui sont de nature à priver les États membres d'une compétence qu'ils pouvaient exercer auparavant à titre transitoire » : CJCE, 19 mars 1993, *avis 2/91*, *Rec. 1993*, p. I-1061.

⁸⁶⁵ Voir le protocole n° 25 sur l'exercice des compétences partagées : « lorsque l'Union mène une action dans un certain domaine, le champ d'application de cet exercice de compétence ne couvre que les éléments régis par l'acte de l'Union en question et ne couvre donc pas tout le domaine ».

⁸⁶⁶ Voir l'article 2, paragraphe 2, TFUE et la déclaration n° 18 concernant la délimitation des compétences.

511 Quant à l'invulnérabilité des compétences communautaires, elle concerne d'abord le passage du temps, puisqu'elles ne peuvent être caduques même en cas de non-exercice, même prolongé⁸⁶⁷. De la même manière, la Cour a fermement exclu l'argument d'une logique de réciprocité permettant aux États de retrouver une compétence ou une liberté d'agir en cas de manquement d'un autre État membre⁸⁶⁸ ou d'une faute des institutions communautaires⁸⁶⁹. De manière générale, la défaillance du législateur communautaire, due par exemple au blocage de la prise de décision du Conseil, alors même qu'il y a urgence à légiférer, ne peut justifier la remise en cause de la compétence communautaire elle-même. Dans ce cas, les États ne pourront pas agir unilatéralement, mais ils pourront à titre palliatif agir comme gestionnaire de l'intérêt commun (c'est-à-dire au titre des obligations de coopération loyale)⁸⁷⁰. En revanche, les États pourront également agir si la Communauté a procédé à des délégations de pouvoirs⁸⁷¹, même lorsqu'il s'agit de compétence exclusive.

B. L'extension des compétences de l'Union justifiée par le processus d'intégration

512 La Cour de justice a contribué au développement des compétences communautaires non seulement par une interprétation généreuse des clauses de flexibilité du droit primaire (1), mais aussi par théories jurisprudentielles (2).

1. Les compétences implicites, purement jurisprudentielles

513 La théorie des compétences implicites a été utilisée très tôt par la Cour de justice pour étendre les compétences des institutions européennes⁸⁷², elle permet à la fois d'inclure dans un domaine de compétence prévu par le Traité un domaine connexe⁸⁷³ et de renforcer les pouvoirs attribués dans un domaine aux institutions européennes.

514 Par exemple, dans l'affaire « *Politique migratoire* », la Cour de justice a pu étendre le domaine de la compétence sociale (art. 118 du TCEE) aux questions relatives aux travailleurs des États

⁸⁶⁷ *Commission c. France*, préc.

⁸⁶⁸ Voir par exemple : CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-266/03, *Rec.* 2005, p. I-4805.

⁸⁶⁹ CJCE, 16 juin 1966, aff. 52/65 et 55/65, *Allemagne c. Commission*, aff. 52/65 et 55/65, *Rec.* 1966, p. 227.

⁸⁷⁰ *Commission c. RU*, préc.

⁸⁷¹ CJCE, 15 décembre 1976, *Donckerwolcke*, aff. 41/76, *Rec.*, 1976, p. 1921, et CJCE, 18 février 1986, *Bulk Oil*, aff. 174/84, *Rec.* 1986, p. 559.

⁸⁷² Ainsi elle fait appel à cette théorie dans le cadre du Traité CECA : J. GERKRATH, *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe*, préc., p. 220.

⁸⁷³ On a pu parler de la théorie de la connexité matérielle à cet égard, qui se distingue de la théorie des compétences implicites : V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 96 et s.

tiers⁸⁷⁴, ou encore que la compétence en matière de transports, portée par l'article 80 TCE, permet d'édicter des mesures environnementales⁸⁷⁵. Dans l'affaire relative au *droit pénal de l'environnement* de 2005, la Cour a estimé que les pouvoirs liés à la répression pénale pouvaient être utilisés, car ils étaient accessoires aux pouvoirs relatifs au domaine environnemental⁸⁷⁶.

515 Mais la théorie des compétences implicites a surtout été utilisée pour étendre les pouvoirs d'action de communautaires en matière externe. Ainsi dans le célèbre arrêt *AETR*⁸⁷⁷, la Cour utilise le principe de l'alignement (ou parallélisme) des compétences externes sur les compétences internes pour donner à la Communauté la compétence de négocier et de conclure un accord international portant sur le domaine matériel du règlement communautaire 543/69 c'est-à-dire dans le domaine du transport routier. Ensuite, la Cour affinera sa jurisprudence, en étendant ce pouvoir implicite externe au cas où la compétence explicite interne n'a pas été exercée⁸⁷⁸ et en distinguant selon les cas de compétences exclusives ou partagées⁸⁷⁹.

516 Les compétences implicites dégagées par la Cour de justice ont toujours été justifiées par les exigences du traité, une exigence d'effectivité du droit communautaire⁸⁸⁰ ou une exigence de moyens pour remplir les missions assignées aux institutions européennes⁸⁸¹. C'est pourquoi la Cour a pu expliquer que la non-reconnaissance d'une compétence implicite pourrait mettre à mal l'effectivité d'une compétence communautaire explicite. Par exemple, la conclusion d'un accord externe par les États membres pourrait mettre à mal l'effectivité du droit communautaire soit

⁸⁷⁴ CJCE, 9 juillet 1987, aff. jtes 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 et 287/85, *Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni c. Commission*, *Rec.* 1987, p. 3203.

⁸⁷⁵ CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c. Conseil*, aff. C-440/05, *Rec.* 2007, p. I-9097. Cette théorie de l'accessoire se justifie pleinement si l'on tient compte des clauses transversales d'intégration qui jouent dans le contentieux de la base juridique un véritable rôle, comme ici en matière environnementale. Voir aussi : CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec.*, p. I. 7699.

⁸⁷⁶ *Commission c. Conseil*, préc.

⁸⁷⁷ L'affaire dite « *AETR* » : CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, aff. 22/70, *Rec.* 1971, p. 263.

⁸⁷⁸ CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. jtes 3/76, 4/76, 6/76, *Rec.* 1976, p. 1279.

⁸⁷⁹ Voir CJCE, 15 novembre 1994, *avis* n° 1/94, *Rec.* 1994, p. 5267 ; CJCE, 24 mars 1995, *avis* n° 2/92, *Rec.* 1995, p. 521 et CJCE, 7 février 2006, *avis* n° 1/03, *Rec.* 2006, p. I-1145.

⁸⁸⁰ On a pu parler d'un « argument négatif du risque d'affectation d'une compétence explicite ou de son exercice » M. BLANQUET, « Compétences de l'Union », préc., § 52 et s.

⁸⁸¹ La Cour a ainsi eu recours à la théorie de l'effet utile pour justifier l'extension des compétences. Par exemple dans l'arrêt *AETR* préc. « l'effet utile de cette disposition [disposition du traité attribuant la compétence de politique commune des transports] serait compromis si les pouvoirs qu'elle prévoit, et notamment celui de prendre “toutes dispositions utiles”, au sens du paragraphe 1, c), de l'article cité, ne devaient pas s'étendre à la conclusion d'accords avec les États tiers » p 273.

parce que son uniformité serait menacée⁸⁸² soit parce que son contenu même serait en confrontation avec l'accord envisagé⁸⁸³. La lecture téléologique de la répartition des compétences, c'est-à-dire leur nécessité pour accomplir les objectifs assignés par les traités, a aussi été un argument justifiant une extension de compétences. De cette façon dans l'affaire *Politique migratoire*, la Cour explique que la Commission ne pourrait accomplir la mission précisée que lui a confiée le traité (c'est-à-dire de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social) sans les pouvoirs indispensables comme celui d'organiser des consultations et d'obliger les États membres à notifier les informations indispensables et participer à la consultation, « sous peine d'enlever tout effet utile à cette disposition » du Traité⁸⁸⁴.

517 Le lien originaire entre compétences et objectifs est donc à l'origine d'une souplesse dans l'action de la Communauté et explique une interprétation large des compétences d'attribution. Les compétences sont fonctionnelles, dans la mesure où elles sont interprétées de manière téléologique, ce qui permet à la Cour de retenir l'interprétation la mieux à même d'assurer l'effet utile de la disposition.

2. Des compétences subsidiaires prévues par les traités et interprétées favorablement

518 Certains titres de compétence ont été prévus par le droit primaire de manière très large et leur déclenchement s'opère de manière fonctionnelle. On a pu les qualifier de « bases juridiques universelles » en ce qu'elles permettent de dépasser légitimement la rigidité du principe des compétences d'attribution⁸⁸⁵, il s'agit de la clause de flexibilité et de la clause d'harmonisation.

519 *La clause de flexibilité* prévue par l'article 352 TFUE (ancien article 308 TCE et ancien article 235) constitue une véritable réserve de compétences⁸⁸⁶. Ainsi l'ancien article 308⁸⁸⁷ prévoyait comme conditions essentielles de son utilisation, la nécessité de réaliser un des objectifs de la Communauté et que cette action ait trait au fonctionnement du marché commun et qu'aucune base juridique dans le traité ne puisse la fonder.

⁸⁸² Ainsi dans l'arrêt *AETR* la Cour explique au p. 30 que « que cette compétence communautaire exclut la possibilité d'une compétence concurrente des États membres, toute initiative prise hors du cadre des institutions communes étant incompatible avec l'unité du marché commun et l'application uniforme du droit communautaire ».

⁸⁸³ Voir M. BLANQUET, « Compétences de l'Union », préc., § 52 et s.

⁸⁸⁴ *Politique migratoire*, préc. § 28.

⁸⁸⁵ V. MICHEL, « Le défi de la répartition des compétences », préc., p. 34.

⁸⁸⁶ Voir supra § 190.

⁸⁸⁷ Rappelons que le nouvel article 352 s'inscrit plus largement dans les « politiques de l'Union ».

- 520 Or, la Cour de justice n'a pas véritablement voulu freiner l'action communautaire fondée sur cette clause même si elle a vérifié que les conditions étaient remplies, parfois de manière généreuse. Elle a par exemple accepté que l'exigence selon laquelle le traité n'a pas « prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet » fût remplie lorsque les pouvoirs existaient, mais qu'ils étaient insuffisants pour atteindre les objectifs en question⁸⁸⁸.
- 521 En vérité, la seule véritable limite judiciaire qui a été posée découle de l'avis de 1996 sur l'adhésion de la Communauté à la *Convention européenne des droits de l'homme*⁸⁸⁹, dans laquelle la Cour affirme que la clause de flexibilité ne peut être utilisée afin de substituer cette procédure à celle de la révision du traité. C'est pourquoi elle refuse que cette clause puisse servir de fondement à l'adhésion, car elle « revêtirait une envergure constitutionnelle et dépasserait donc par sa nature les limites de l'article 235 »⁸⁹⁰.
- 522 Cette clause d'adaptation des compétences au profit de l'Union a ainsi permis une extension en pratique des compétences et ceci à la discrétion du Conseil. On peut néanmoins justifier ce faible encadrement prétorien par la procédure d'adoption des mesures qui est l'unanimité du Conseil. Cela signifie que si un seul État s'y oppose elle ne pourra être adoptée. Somme toute, c'est à travers le principe de participation des États que l'on compense en quelque sorte l'entorse au principe d'attribution⁸⁹¹, et la Cour n'y trouve à redire que si l'on dépasse véritablement la substance même du traité (ses objectifs et sa structure institutionnelle)⁸⁹². Une révision du Traité implique au demeurant d'autres acteurs, comme les parlements nationaux à travers la ratification ou plus largement les peuples à travers le référendum, ce qui légitime que l'on ne les contourne pas par la clause de flexibilité lorsque l'économie générale du Traité est bouleversée. La révision opérée par le *Traité de Lisbonne* va d'ailleurs dans le sens d'une démocratisation de la procédure de flexibilité puisque désormais le Parlement européen donne son approbation (au lieu de la simple consultation) et les parlements nationaux sont informés par la Commission et pourront s'y opposer dans le cadre de la procédure d'alerte sur le respect du principe de subsidiarité.

⁸⁸⁸ Voir CJCE, 12 juillet 1973, *Massey-Ferguson*, aff. 8/73, *Rec.* 1973, p. 897.

⁸⁸⁹ Voir l'*avis* n° 2/94, préc. Nous reviendrons en détail sur cet avis en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 35.

⁸⁹¹ Il y a d'ailleurs eu très peu de recours en annulation introduit un État membre contre un acte adopté sur ce fondement : V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 95.

⁸⁹² Voir *avis* n° 2/94, préc.

523 Une autre disposition du droit primaire a permis une progression des compétences communautaires en raison de la plasticité des termes employés et interprétés avantageusement par la Cour : *la clause d'harmonisation*⁸⁹³ de l'article 114 (ancien article 95 TCE, et ancien 100 A). La disposition prévoit en effet que les institutions communautaires⁸⁹⁴ peuvent prendre « les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

524 La Cour de justice a pu préciser les conditions requises pour que les institutions communautaires puissent se prévaloir de cette base juridique servant à l'harmonisation. Ainsi, de jurisprudence constante il faut démontrer que ces mesures :

*« doivent effectivement avoir pour objet d'améliorer les conditions de l'établissement et du fonctionnement du marché intérieur (...). Si la simple constatation de disparités entre les réglementations nationales et du risque abstrait d'entraves aux libertés fondamentales ou de distorsions de concurrence n'est pas suffisante pour justifier le choix de l'article 95 CE comme base juridique, le législateur communautaire peut y recourir notamment en cas de divergences entre les réglementations nationales lorsque celles-ci sont de nature à entraver les libertés fondamentales et à avoir ainsi une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur (...) ou à créer des distorsions de concurrence sensibles (...) »*⁸⁹⁵.

525 La Cour vérifie donc si dans les faits des entraves réelles⁸⁹⁶ ou des distorsions sensibles⁸⁹⁷ existent, c'est d'ailleurs pour défaut de cette base juridique que la Cour a annulé la directive sur la publicité du tabac en 2000⁸⁹⁸.

526 En revanche, ce qui a contribué à faire de cette clause une base de compétence très large est que cette compétence normative d'harmonisation une fois établie (lorsque les conditions requises sont remplies) permet d'aller au-delà des objectifs de perfectionnement du marché intérieur⁸⁹⁹.

⁸⁹³ C'est une clause de rapprochement des législations générale, mais le Traité prévoit aussi des rapprochements des législations sectoriels aux articles art. 50-2 g, 52-2, 53-2, 113 TFUE, qui n'ont pas eu le même impact étant donné qu'ils se rapportent à des questions précises.

⁸⁹⁴ Plus précisément il s'agit du Parlement européen et du Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social.

⁸⁹⁵ Voir *Vodafone*, préc. § 32 et la jurisprudence afférente.

⁸⁹⁶ Sur les entraves aux libertés fondamentales, c'est-à-dire globalement les libertés de circulation, la Cour vérifie les effets négatifs sur le marché intérieur, c'est-à-dire qu'il existe une entrave véritable aux échanges et évalue la réalité du risque de survenance d'une telle entrave. Voir par exemple l'arrêt de 2006 *Allemagne c. Parlement et Conseil* préc.

⁸⁹⁷ Voir l'affaire *Dioxyde de titane* préc., ou *Allemagne c. Parlement européen et Conseil* de 2006 préc.

⁸⁹⁸ Affaire *publicité en faveur du tabac* préc. La Cour estime que le législateur communautaire ne saurait se fonder sur la nécessité d'éliminer des entraves à la libre circulation des supports publicitaires et à la libre prestation des services (§ 96 à 105) ni sur l'élimination des distorsions de concurrence (§ 106 à 114).

527 La Cour a statué à cet égard que le législateur communautaire ne saurait être empêché de se fonder sur cette base juridique du fait que la protection des consommateurs⁹⁰⁰, ou la protection de la santé publique⁹⁰¹, est déterminante dans les choix à faire⁹⁰².

528 De plus en ce qui concerne la nature des mesures possibles, la Cour a estimé que :

*« les auteurs du traité ont voulu conférer au législateur communautaire, en fonction du contexte général et des circonstances spécifiques de la matière à harmoniser, une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement la plus appropriée afin d'aboutir au résultat souhaité »*⁹⁰³.

529 Enfin, une fois que de telles mesures ont été édictées de manière valide, rien n'empêche le législateur communautaire d'adapter cet acte en fonction des intérêts généraux reconnus par le traité, même si les conditions ne sont plus remplies⁹⁰⁴.

530 En fin de compte, cette interprétation généreuse des pouvoirs d'action du législateur communautaire dans la mise en œuvre de la clause d'harmonisation (dans la technique législative, l'adaptation ultérieure ou la prise en compte d'objectifs politiques extérieurs au marché intérieur) illustre bien l'action positive de la Cour comme renfort de la compétence communautaire. Ce n'est certes pas la seule action de la Cour du Luxembourg dans la répartition des compétences, puisqu'elle a aussi posé certaines limites tangibles à l'étendue des pouvoirs communautaires.

531 Ces limites se trouvent dans la sanction de la base juridique adéquate, à cet égard la Cour a aussi un rôle dans la classification des compétences elle-même et surtout dans la qualification de telle ou telle compétence communautaire comme étant exclusive, partagée, complémentaire ou résiduelle (celle issue de la clause de flexibilité). Cette question de la catégorisation contentieuse a son importance étant donné que le poids des États membres va pouvoir varier selon la catégorie de compétence retenue par la Cour. Comme le démontre Ronald Van Ooik⁹⁰⁵, les États pourront

⁸⁹⁹ Ainsi « cette base juridique transversale peut être utilisée au-delà de la stricte fonction de prévention ou suppression des entraves au marché ou distorsions de concurrence » M. BLANQUET, « Compétences de l'Union », préc., § 65 et s.

⁹⁰⁰ Voir par exemple récemment l'affaire *Vodafone* préc.

⁹⁰¹ Voir l'affaire relative à la *publicité du tabac* préc., ou *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco* préc.

⁹⁰² Eu égard aux clauses transversales d'intégration, cette conception paraît tout à fait logique.

⁹⁰³ Voir § 43 de l'arrêt *Royaume-Uni c. Parlement et Conseil*, préc., et rappelé dans *Vodafone* préc. § 35.

⁹⁰⁴ *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, préc., § 77 et 78, et rappelé dans *Vodafone* préc. § 34.

⁹⁰⁵ R. V. OOIK, « The ECJ and the Division of Competences », préc., p. 34 et s.

avoir intérêt à argumenter auprès de la Cour en faveur de tels ou tels types de compétences communautaires, de manière générale ils voudront certainement limiter les compétences exclusives de l'Union, ou bien préférer la clause de flexibilité en raison de l'unanimité dans la prise de décision, ou encore éviter une harmonisation en argumentant en faveur des compétences complémentaires, et dépendamment des intérêts spécifiques de l'espèce favoriser l'un au profit de l'autre⁹⁰⁶. C'est à la Cour de trancher ce contentieux « intercatégoriel » de compétences⁹⁰⁷, et pour l'heure aucune tendance déterminée n'émerge de sa jurisprudence en la matière⁹⁰⁸.

532 En définitive, la Cour de justice a contribué à l'élargissement de ce qu'on appelle « le champ communautaire » à travers le contentieux des conflits des compétences. Mais son action ne s'arrête pas à une répartition prétorienne classique dans un contexte de fédéralisme, elle a aussi fait pénétrer les exigences de droit communautaire dans l'exercice des pouvoirs revenant aux États, rendant le champ d'application matériel du droit communautaire plus vaste que celui lié aux seules compétences des institutions « législatives » de l'Union.

Conclusion du chapitre

533 Lorsqu'on étudie le contentieux de la répartition des compétences de la Cour suprême du Canada et de la Cour de justice européenne, on peut trouver des points communs dans certains raisonnements, par exemple sur la théorie de l'accessoire ou encore sur la primauté du niveau englobant en cas de conflit avec la règle provinciale ou de l'État membre. Cette dernière a de part et d'autre de l'Atlantique une importance capitale dans le plurijuridisme.

534 Il faut toutefois noter que les deux juridictions n'exercent pas leur mission dans la répartition des compétences de la même manière. Ainsi la Cour suprême du Canada interprète un texte qui au départ protège les compétences exclusives pour chacun des niveaux. Mais la jurisprudence a contribué à amoindrir cette séparation rigide et y a introduit les chevauchements, si bien qu'elle accepte au final que les domaines soient de plus en plus partagés. C'est alors que le principe de

⁹⁰⁶ Par exemple dans l'affaire sur la directive sur le temps de travail avec le Royaume-Uni préc., un petit groupe d'États préféreraient la clause de flexibilité tandis que les autres favoriseraient une compétence partagée.

⁹⁰⁷ Ronald Van Oik parle de « Cross-categorical litigation » R. V. OOI, « The ECJ and the Division of Competences », préc., p. 34.

⁹⁰⁸ Ainsi dans les cas opposant les compétences résiduelles de la clause de flexibilité aux compétences complémentaires, la Cour a pu aller dans un sens ou dans l'autre : *ibid.*, p. 38. La Cour a en outre formulé l'interdiction d'utiliser les compétences résiduelles dans le but de contourner toute exclusion expresse d'harmonisation figurant dans le traité dans l'affaire sur la *publicité du tabac* préc. Une telle interdiction a d'ailleurs été reprise dans le *Traité de Lisbonne* au paragraphe de l'article 352 TFUE.

primauté est devenu de plus en plus nécessaire pour régler les conflits, mais aussi a contribué à une centralisation du fédéralisme. La Cour de justice exerce, elle, sa mission à partir d'un texte consacrant majoritairement des compétences partagées. Et elle a même, au contraire, de la Cour canadienne joué un rôle, lorsque les traités n'étaient pas aussi clairs que celui de Lisbonne, dans la création de compétences exclusives. En ce qui concerne les peuples autochtones du Canada, on part d'une hypothèse dans laquelle il y a une concurrence totale entre les normes étatiques et celles issues des autonomies autochtones qui devront démontrer leur existence selon les critères précis ou par la voie de traités⁹⁰⁹.

- 535 Dans les trois cas, cette souplesse dans le partage des compétences enferme moins les acteurs politiques dans un carcan étroit, et semble leur laisser une grande marge de manœuvre dans l'exercice des compétences. Car plus la jurisprudence laissera entendre qu'ils ont une grande liberté d'action, plus ils seront tentés d'étendre encore leur compétence. Ce n'est que dans un second temps, et en cas de contestation que le juge est amené à vérifier le titre de leur compétence et gérer l'application de normes concurrentes et à éventuellement recadrer les acteurs politiques, comme la Cour suprême du Canada a pu le faire. L'enjeu de la sécurité juridique n'est alors pas à négliger pour que flexibilité et incertitude ne coïncident pas. C'est pour cette raison que les juges procèdent par des contrôles fondés sur des critères déterminés.
- 536 Lorsqu'on compare les critères de démarcation utilisés par les juges, on observe d'abord cette volonté commune d'objectiver ce contrôle. Si les deux juges examinent le contenu de l'acte en cause, la question de savoir si son but doit être pris en considération n'a pas été reçue de la même manière dans le fédéralisme canadien et en Europe. La construction européenne est fonctionnelle et à ce titre il est totalement assumé et légitimé d'étudier si le but de la législation européenne correspond bien à une compétence prévue par le traité, et même d'élargir le titre de compétence européen s'il permet d'atteindre des objectifs précisés par le traité (ou de ne pas leur porter atteinte). Il est acquis que les normes nationales ne doivent pas porter atteinte aux objectifs mêmes de la législation communautaire (la directive n'est-elle pas d'ailleurs un instrument fixant des buts, eux-mêmes fondés sur ceux des traités, auxquels les États membres doivent se conformer ?). Cependant, le rôle de la Cour de justice a pu donner lieu à des réprobations, car

⁹⁰⁹ Voir supra § 226 et s. sur la possibilité pour les traités de prévoir des règles de prépondérance des lois autochtones issues de traité, notamment au profit des lois autochtones dans des domaines essentiels pour l'autonomie autochtone, et voir § 342 et s. sur les critères des droits ancestraux.

cette interprétation téléologique très poussée a pu faire penser que le juge européen ne connaissait aucune limite dans le processus d'intégration. Bien loin de la posture arbitrale que la Cour suprême du Canada entend se donner, la Cour de justice apparaît davantage comme une juridiction au service de l'Union, qui il est vrai avait bien besoin d'elle face au pouvoir des États membres au départ lui-même illimité.

- 537 Au Canada l'attribution des compétences à tel ou tel niveau n'a pas (explicitement du moins) pour fonction d'aboutir à un ou plusieurs objectifs déterminés. On peut dès lors contester que l'on retienne l'objectif de la législation fédérale, l'intention fédérale (bien qu'elle soit encadrée par la preuve d'une incompatibilité objective), comme critère du conflit de norme avec la législation provinciale, déclenchant la primauté fédérale. En vérité le problème est plus profond : les objectifs que peuvent poursuivre le pouvoir fédéral ne sont pas délimités, ni par la Constitution qui opère un partage matériel et non fonctionnel, ni par la jurisprudence. Ainsi, la Cour suprême semble parfois tenir pour acquis, par exemple par l'idée de l'incapacité provinciale ou de la dimension nationale, que le pouvoir fédéral a pour fonction de réguler l'économie dans tous ses aspects afin de la rendre « efficace ».
- 538 Cette position est d'autant plus dangereuse pour les provinces que, contrairement à l'Union européenne, il n'est pas prévu d'en contrôler l'exercice subsidiaire et proportionné par le pouvoir fédéral. Or en raison des chevauchements des compétences et de la primauté du pouvoir englobant, ces contrôles sont particulièrement utiles pour protéger les pouvoirs englobés.
- 539 La Cour suprême du Canada a déjà mentionné le principe de subsidiarité dans son raisonnement, plus ou moins explicitement⁹¹⁰. Elle tente, semble-t-il, de faire entrer dans son raisonnement le principe de proportionnalité et de subsidiarité, notamment dans le contentieux de la clause sur l'échange et le commerce. Par exemple dans la dernière grande décision sur les valeurs mobilières⁹¹¹ elle introduit les éléments de subsidiarité en évaluant si les enjeux de la législation sont locaux ou pancanadiens, et des éléments de proportionnalité en estimant *in fine* que le pouvoir fédéral n'avait pas à réguler autant d'aspects avec tant de détails pour assurer l'objectif de stabilité et d'intégrité des marchés financiers. Mais son raisonnement reste confus. Pour trouver un équilibre dans la fédération canadienne en cas de domaines partagés, la Cour exige un

⁹¹⁰ Voir sur cette question de manière comparée avec l'Union européenne : E. ARBAN, « La subsidiarité en droit européen et canadien : Une comparaison », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 219-234.

⁹¹¹ *Renvoi sur les valeurs mobilières*, préc.

critère assez flou de l'« aspect fédéral distinct » « dont la teneur ne vide pas de son essence une compétence provinciale »⁹¹².

540 Peut-être la Cour suprême canadienne pourrait s'inspirer des étapes de raisonnement du droit communautaire, et introduire expressément le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité lorsqu'il s'agit d'une législation fédérale dans un domaine partagé, ayant un double aspect ou non détachable d'une compétence provinciale. Ces principes compensent en effet le principe de prévalence fédérale et permettent de retrouver un équilibre fédératif tout en continuant de promouvoir un fédéralisme flexible. Rappelons en outre qu'un des avantages au niveau européen est que les principes de subsidiarité et de proportionnalité sont des mécanismes avant tout « légistiques », qui confortent la légitimité de l'action européenne par la justification de la nécessité d'intervention européenne au sein même de la norme susceptible d'être contestée. Une telle justification en dehors et en prévention des cas contentieux pourrait être aussi bénéfique au Canada. De plus dans les cas où les provinces ont déjà exercé leur compétence dans un domaine partagé ou connexe, il n'y pas de risque de vide juridique ou de lacune qui préoccupe tant le juge suprême. Ceci milite donc vers la protection de leur autonomie normative par l'introduction d'un contrôle de subsidiarité et de proportionnalité.

541 Il demeure que la Cour suprême du Canada, contrairement à la Cour de justice, ne dispose pas de dispositions constitutionnelles qui fondent un pouvoir général d'harmonisation pour atteindre certains objectifs, ni même tout simplement des dispositions constitutionnelles promouvant certains buts que le pouvoir fédéral devrait atteindre. On pourrait dès lors contester l'harmonisation fédérale qui apparaît implicitement à travers les théories de l'importance nationale ou de la dimension nationale. Mais pour donner un « effet utile » aux clauses de paix et de bon gouvernement, d'échange et de commerce ou à la clause criminelle, il faut bien admettre qu'il existe un pouvoir fédéral dans ces matières qui ne sauraient totalement dépendre de la préemption par les provinces lorsque les domaines sont connexes. Pour autant, comme l'explique le juge Cromwell, le seul souci d'efficacité ou d'uniformité, ne saurait à lui seul constituer une base juridique suffisante du pouvoir fédéral⁹¹³, la dimension fonctionnelle étant absente dans le fédéralisme canadien.

⁹¹² Voir arrêt préc., et supra § 474 et s.

⁹¹³ *Renvoi sur la procréation assistée*, préc., voir supra § 476 et s. et les notes de bas de page y afférant.

- 542 Pour résumer, une meilleure protection des compétences provinciales (non « vidées de leur essence »), passe d'abord par un refus de faire de l'uniformité ou de l'efficacité une base juridique des pouvoirs fédéraux indépendante des matières prévues par la Constitution. Puis, en cas de concurrences normatives (dues par exemple aux domaines partagés), le pouvoir fédéral devrait démontrer qu'il a respecté les principes de subsidiarité (la dimension nationale du problème en cause ne peut être résolue que par une action fédérale) et de proportionnalité (l'action fédérale ne va pas plus loin que nécessaire pour remplir l'objectif précis rattachable à la matière fédérale et laisse donc une diversité provinciale la plus intacte possible). L'autre solution serait de mieux séparer les compétences provinciales et fédérales et de revenir au « fédéralisme des compartiments étanches », ce qui ne semble pas du tout être l'angle d'approche actuel de la Cour suprême du Canada. Cela pourrait en outre favoriser le fédéral dans la mesure où certains découloissements ont pu favoriser l'application des lois provinciales⁹¹⁴.
- 543 Une des questions fondamentales à laquelle se trouve confrontés les juges canadiens et européens, est celle de la préservation de leur légitimité prétorienne dans un contentieux très politisé. Les juges expriment ainsi dans la jurisprudence sur la répartition des compétences leur volonté de se soustraire à un contrôle d'opportunité qui relève selon eux des acteurs politiques. Parfois, le contrôle prétorien peine à trouver des tests strictement juridiques, dénuer de considérations extrajuridiques, quel que soit le type de contrôle. Par exemple, la jurisprudence actuelle de la Cour suprême ne fait pas toujours preuve d'une grande neutralité ou d'un refus d'entrer dans des considérations politiques même si elle s'en défend. La Cour de justice va également parfois dans des détails en dehors de son expertise juridique pour justifier sa décision. Mais, on trouve aussi dans le processus politique et la manière dont le juge le prend en compte, de grandes différences entre l'Europe et le Canada.
- 544 En effet la Cour suprême du Canada tend à prendre en considération dans les affaires de délimitations des compétences l'existence d'un accord préalable politique. Cette prise en considération est assumée lorsqu'il s'agit des peuples autochtones du Canada puisque la Constitution renvoie à des accords lorsqu'ils ont abouti à un traité et que la Cour encourage clairement les parties à négocier. En ce qui concerne le fédéralisme, l'incitation au dialogue est moins nette, mais existe aussi.

⁹¹⁴ C'est par exemple le cas des lois provinciales d'application générale concernant les autochtones depuis la décision *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256. Voir infra 608 et s.

- 545 Pour ce qui est de la Cour européenne, l'attention qu'elle porte aux accords politiques s'exprime plutôt via le contrôle du respect de l'équilibre institutionnel. Dans le cas européen, la participation des États aux processus normatifs européens est très forte et connaît différents degrés selon les domaines (le processus législatif européen procède d'un savant dosage des poids respectifs de la Commission, du Conseil et du Parlement). Cela explique pourquoi la Cour doit non seulement vérifier que le niveau européen était habilité à agir (existence d'une base juridique), mais aussi selon quelle procédure législative (détermination de la base juridique). Car cette dernière détermine notamment s'il y a un accord à l'unanimité des États ou bien à la majorité, une majorité relative ou qualifiée, etc.
- 546 Au Canada, au contraire, l'absence d'un principe de participation des provinces expliquerait selon nous l'attention que porte la Cour au consensus politique intergouvernemental. Cela semble tout à fait légitime, car cela éclaire l'équilibre fédératif à travers les différentes visions provinciales et fédérale.
- 547 On peut certes dans les deux cas critiquer que l'attention soit ainsi portée sur les exécutifs,⁹¹⁵ car cela ne rend compte que partiellement des visions respectives des acteurs politiques : l'accord ne reflète que le résultat d'un rapport de force politique, comme toujours d'ailleurs, mais dans lequel les moyens financiers, dans le cas canadien ceux du fédéral, sont déterminants. Dans les cas canadien et européen on observe que la place des volontés des entités englobées dans la répartition des compétences, dans le processus législatif ou en dehors, influe sur la manière que le juge a de trancher.
- 548 En effet, cette distinction relative au principe de participation légitime sans doute la faible exigence dans le contrôle de subsidiarité de la part de la Cour de justice de l'Union européenne. Comme le processus législatif communautaire demande qu'une majorité, parfois une unanimité, des États membres approuve l'intervention au niveau européen, la Cour sera plus à l'aise à ne sanctionner que l'erreur manifeste d'appréciation tant sur la subsidiarité que la proportionnalité.
- 549 Au contraire cet argument n'a pas sa place en droit canadien et pourrait commander ainsi un degré d'exigence plus intense que l'erreur manifeste d'appréciation du droit communautaire. S'il n'y a pas une participation provinciale dans la vie politique fédérale, il y a en revanche des

⁹¹⁵ D'où l'idée de faire entrer les parlements des États membres européens dans le mécanisme d'alerte précoce sur le respect du principe de subsidiarité, mais aussi peut-être la volonté de la Cour suprême du Canada de sauvegarder la souveraineté parlementaire.

négociations intergouvernementales. La Cour pourrait donc prendre en compte ce critère tenant aux circonstances politiques pour varier l'intensité de son contrôle dans la répartition des compétences et éventuellement dans le contrôle sur la subsidiarité et la proportionnalité. En cas de négociations préalables, elle pourrait opérer un contrôle réduit et laisser aux organes dotés d'une légitimité démocratique la plus grande marge de manœuvre possible, sans revenir sur le principe de souveraineté parlementaire⁹¹⁶. En revanche en cas d'action unilatérale du pouvoir fédéral, le contrôle prétorien devrait être plus approfondi lorsqu'il s'agit de subsidiarité et de proportionnalité. Ce n'est pourtant pas la voie qu'a choisie la majorité de la Cour suprême du Canada dans la récente affaire du registre des armes à feu⁹¹⁷.

⁹¹⁶ La Cour devra alors aussi tenir compte des acteurs parties à l'entente intergouvernementale, si une province fait le choix de ne pas y participer, le juge ne pourra pas alors abaisser son niveau d'exigence dans un litige la concernant.

⁹¹⁷ *Registre des armes d'épaule*, préc., voir supra § 485. En outre, un autre argument issu du droit de l'Union européenne, la coopération loyale entre les acteurs du fédéralisme, aurait ici pu être utilisé dans cette affaire. En encadrant l'exercice des compétences valablement exercées par un ordre de gouvernement, ce principe vient en effet sanctionner des actions unilatérales mettant à mal l'exercice de compétences par ailleurs valides de l'autre ordre de gouvernement. On pourrait dès lors envisager que la sanction du non-respect de ce principe ne soit pas nécessairement l'invalidation ou l'inapplication de la mesure fédérale, mais pourquoi pas un dédommagement financier envers l'autre ordre de gouvernement, l'incitant à coopérer de bonne foi à l'avenir.

CHAPITRE 2. DES JUGES SUPREMES FACE A DES EQUILIBRES COMPLEXES : LES DIMENSIONS CULTURELLES ET MATERIELLES DES PLURIJURIDISMES

550 Le plurijuridisme ne procède pas d'une simple répartition des compétences entre les niveaux de gouvernance, il est fondé sur des cultures dans lesquelles le raisonnement juridique puise nécessairement et est façonné par des éléments matériels, des contenus normatifs indiquant ce qu'il faut ou ne faut pas faire et non pas uniquement qui peut faire quoi. Les juges suprêmes se trouvent alors confrontés à cette complexité et leur manière de gérer et d'interpréter ces composantes culturelles et substantielles sera déterminante quant à la nature des plurijuridismes. Ainsi, la Cour suprême du Canada est en présence d'une dualité culturelle originelle au Canada entre les Anglais et les Français (section 1), mais aussi d'une véritable pluralité culturelle avec les peuples autochtones du Canada dont elle devra délimiter l'autonomie normative à partir de règles substantielles (section 2). La Cour de justice cumule également les deux difficultés : interpréter des règles substantielles pour façonner l'intégration européenne et faire face, plus qu'à des différences de cultures juridiques, à des cultures constitutionnelles avant tout nationales (section 3).

Section 1. La Cour suprême du Canada et la dualité franco-anglaise

551 L'équilibre fédéral canadien, tel qu'il résulte du texte constitutionnel ou de son interprétation prétorienne, ne saurait être réduit à sa dimension territoriale. Le fédéralisme canadien s'est construit sur une spécificité originelle qui est celle de la colonisation par deux peuples européens sur le territoire canadien : les Anglais et les Français sur le territoire canadien. La forme d'État choisie, l'État fédéral, permet de prendre en compte cette dualité par la superposition d'ordres normatifs, dont un en particulier a un champ d'application territoriale permettant de tenir compte de ces circonstances historiques : la province de Québec. Cela étant ce fédéralisme « territorial » ne suffit pas à comprendre le plurijuridisme canadien, et d'aucuns argumentent qu'il faut aussi considérer le fédéralisme canadien comme étant binational ou multinational⁹¹⁸ ou bien culturel⁹¹⁹. Ce volet culturel a pu être revendiqué par les Québécois, et sert de fondement aux demandes

⁹¹⁸ E. FOSSAS, « National Plurality and Equality » dans F. REQUEJO, dir., *Democracy and National Pluralism*, Florence, KY Routledge, 2001, pp. 63-83.

⁹¹⁹ D. E. SMITH, *Federalism and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 225 p., p. 56.

d'accroissement de l'autonomie provinciale⁹²⁰ y compris de manière asymétrique⁹²¹. Ailleurs au Canada, les minorités issues de cette dualité franco-anglaise disposent ou revendiquent également des aménagements de la fédération canadienne fondés sur ces différences culturelles.

552 Le plurijuridisme issu de la dualité canadienne va donc bien au-delà de la simple autonomie normative provinciale puisqu'il s'inscrit dans des traditions et cultures qui le transcendent et le dépassent. Il reste toutefois lié avec le fédéralisme dans la mesure où la répartition des compétences protège les différentes traditions juridiques issues de la dualité franco-anglaise (I). Le droit constitutionnel canadien permet ainsi une coexistence de traditions juridiques, mais protège également la coexistence de ces cultures, par des dispositions substantielles spécifiques (II).

I. Le bijuridisme : entre dualité et interaction des traditions juridiques au Canada

553 Le bijuridisme au Canada peut se définir de manière structurelle comme une simple coexistence de deux traditions juridiques⁹²² que sont la common law et le droit civil au sein de l'ordre juridique canadien⁹²³.

554 La fédération du Canada a en effet pour particularité de connaître deux grandes traditions juridiques européennes différentes. C'est l'histoire coloniale qui explique cette dualité, mais c'est le système juridique qui la consacra. L'origine de la présence de ces deux traditions juridiques distinctes sur un même territoire apparaît dès le moment où Français et Anglais cohabitent au Canada, chacun d'entre eux continuant d'utiliser le droit issu de leur pays d'origine⁹²⁴. *L'Acte de Québec de 1774* scella formellement le sort bijuridique du Québec. Mais c'est surtout la

⁹²⁰ Voir par exemple M. SEYMOUR, « La proie pour l'ombre. Les illusions d'une réforme de la fédération canadienne », dans A.-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 211.

⁹²¹ A.-G. GAGNON, « Le fédéralisme asymétrique au Canada » dans A. G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 287.

⁹²² On peut définir les traditions juridiques sur le modèle de Patrick Glenn c'est-à-dire comme des ensembles complexes d'informations normatives qui évoluent grâce à des dynamiques internes et d'ouverture aux traditions externes. Selon lui, ces processus plaident en faveur de la viabilité de cette diversité, une diversité complexe et multivalente, précisément parce que l'interdépendance des traditions les unes aux autres engage à leurs réconciliations, tout en maintenant une certaine cohérence à chacune d'elle. P. GLENN, *Legal Traditions in the World: Sustainable Diversity in Law*, New-York, Oxford University Press, 2004, 366 p.

⁹²³ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *Les solitudes du bijuridisme au Canada : essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Thémis, 2007, 166 p., p. 9.

⁹²⁴ C'est-à-dire la common law anglaise et le droit français, et plus précisément la coutume de Paris. F. ALLARD, *La CSC et son impact sur l'articulation du bijuridisme*, en ligne: Canada ministère de la justice, fascicule n°3 <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/table.html>> p. 1.

répartition constitutionnelle des compétences opérée en 1867 qui permit au droit privé de se développer selon le fondement de la tradition juridique française dite romaniste dans la province de Québec.

- 555 Pour simplifier, on peut dire que l'ensemble du droit public au Canada relève de la common law, que le droit privé du Québec relève du droit civil et celui des autres provinces de la common law. Le droit applicable dans la province de Québec a de ce fait un caractère mixte⁹²⁵. On comprend dès lors que le bijuridisme est loin de signifier que les deux traditions ont un poids égal au sein de la fédération, et que cet îlot de droit civil au sein d'un océan de common law est potentiellement fragile et nécessairement soumis à une influence de la tradition anglo-saxonne.
- 556 Ainsi, la simple coexistence de traditions juridiques distinctes pose en réalité un certain nombre de problèmes dans la mesure où la survie de la tradition de droit civil suppose un respect de ses caractéristiques fondamentales, véritable condition de son autonomie⁹²⁶. Or, cela n'a pas toujours été le cas au Canada. À cet égard, le rôle de la Cour suprême du Canada est à la fois topique et primordial⁹²⁷.
- 557 La Cour a en effet été tentée d'uniformiser le droit au Canada par l'assimilation du droit civil à la common law. Légitimée par sa dimension nationale, influencée par le Conseil privé et conditionnée par la méthodologie de common law, la Cour suprême a pu interpréter à une certaine époque le droit québécois à la lumière de la tradition anglaise, sans tenir compte de la spécificité du droit civil⁹²⁸. Ainsi, du point de vue de la méthode judiciaire, la Cour a pu interpréter le Code civil⁹²⁹ comme une loi ordinaire en common law, soit une interprétation stricte et littérale puisque le *statute* en common law fait figure d'exception⁹³⁰. De la même manière, la Cour avait tendance à appliquer systématiquement les précédents de common law en cas

⁹²⁵ Pour Jean-François Gaudreault-Desbiens, la mixité renvoie en effet à « un ordre juridique sur le territoire duquel aucune tradition ne se trouve jamais en situation monopolistique. Le Québec représente un archétype d'ordre juridique mixte. » J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *Solititudes du bijuridisme au Canada*, préc., p. 10.

⁹²⁶ Sur la difficile question de savoir à partir de quel moment une tradition juridique est menacée dans son identité, dans ses éléments sous-jacents, alors même que les traditions juridiques sont aujourd'hui de plus en plus en contact les unes avec les autres voir : P. GLENN, *Legal Traditions in the World: Sustainable Diversity in Law*, préc.

⁹²⁷ La Cour suprême est en effet une cour nationale générale d'appel, et qui a donc à connaître les litiges de droit privé de compétence provinciale (voir infra § 1216 et s.).

⁹²⁸ Voir sur ce point F. ALLARD, préc.; L. LEBEL et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », *C. de D.*, vol. 47, 2006, pp. 179-238.

⁹²⁹ Le droit applicable au Québec avait en effet été codifié en 1866 dans le *Code civil du Bas-Canada*.

⁹³⁰ La Cour estimait que les méthodes d'interprétation devaient être uniformes pour mieux garantir un droit uniforme : P. GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », *R. du B. can.*, vol. 80, 2001, p. 151, spéc. p. 160.

d'ambiguïté ou de questions qui se posaient en des termes comparables dans les deux traditions⁹³¹.

- 558 La logique s'est inversée au cours du XXe siècle sous l'influence de plusieurs juges suprêmes de tradition civiliste qui ont eu à cœur de valoriser l'autonomie du droit civil, ses sources et ses méthodes, sans pour autant refuser toute influence du droit anglais⁹³². La Cour a pu démontrer progressivement qu'elle entendait donner une autonomie conceptuelle au droit civil dans sa jurisprudence. Ainsi, tant en ce qui concerne le droit civil matériel⁹³³ que la méthodologie, la Cour suprême du Canada a admis et confirmé l'autonomie du droit civil québécois. Elle a, ce faisant, adopté « une politique délibérée et explicite en faveur de la diversité des traditions des sources du droit national, et en affirmant son propre rôle dans le maintien de cette diversité »⁹³⁴.
- 559 Le bijuridisme ne saurait donc se réduire à une coexistence parallèle de deux traditions, mais engendre nécessairement des interactions entre elles. En ce sens, le bijuridisme peut renvoyer à « système d'influence réciproque »⁹³⁵. Cette influence était unilatérale de la common law sur le droit civil dans une perspective unificatrice, elle est aujourd'hui plus dialogique et égalitaire, car l'on constate une influence mutuelle de l'une sur l'autre⁹³⁶, même si elle asymétrique. On a ainsi pu remarquer dans la jurisprudence de la Cour un effort de comparaison entre les solutions juridiques issues de ces deux traditions⁹³⁷ à la faveur d'une méthode analogique⁹³⁸ qui permet des importations encadrées des règles juridiques de l'autre système à titre persuasif⁹³⁹.

⁹³¹ Par exemple la Cour refusa l'indemnisation du *solatium doloris*, ou bien décida que la liberté de tester devait être la même partout au Canada, voir : L. LEBEL et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », préc., p. 183 et s.; F. ALLARD, préc., p. 3 et s.

⁹³² Ce fut le cas du juge Mignault pour le début du XXe siècle, puis le juge Pigeon (1967-1980) ou encore du juge Beetz (1974-1988). Voir L. LEBEL et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », préc., p. 186 à 197. France Allard note également que les travaux de l'Office de révision du Code civil de 1955 à 1978 ont certainement aidé à favoriser l'évolution de la place et des perceptions sur les particularités du droit civil. F. ALLARD, préc., p. 13 et s.

⁹³³ La Cour est par exemple revenue sur la jurisprudence antérieure sur le préjudice moral lié à la douleur en 1996 : voir sur ce point et d'autres exemples. P. GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », préc., p. 161 et s. Le cas de la bonne foi est aussi intéressant dans « l'affirmation de la spécificité du droit civil » : L. LEBEL et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », préc., p. 197.

⁹³⁴ P. GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », préc., p. 164.

⁹³⁵ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *Solitudes du bijuridisme au Canada*, préc., p. 10.

⁹³⁶ Autrement dit « si le rapport entre les deux a été conçu en termes d'uniformisation et de dominance il y a un siècle, aujourd'hui la relation serait plutôt sous forme de partenariat, où la comparaison aurait remplacé la dominance » : P. GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », préc., p. 167.

⁹³⁷ On peut lire par exemple dans une décision de la Cour (*Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. DFG* [1997] 3 R.C.S. 925) la recherche d'une justification de son raisonnement empêchant la reconnaissance du préjudice de l'enfant à naître dans l'autre tradition. Cela démontrerait ainsi une influence du droit civil sur la

560 Comme le souligne France Allard :

« Cette tendance comparatiste de la Cour ne pouvait s'effectuer que par une reconnaissance préalable de l'autonomie conceptuelle du droit civil face à la common law. La comparaison ne peut en effet alimenter la réflexion sur les fondements et les solutions de chacune des traditions que dans la mesure où elles sont vues comme des égales, aucune n'étant ni moins bonne, ni meilleure que l'autre dans son ensemble »⁹⁴⁰.

561 Finalement, la coexistence de cultures juridiques distinctes, mais susceptibles de recevoir une interprétation unique, en raison du système juridictionnel canadien hiérarchisé, implique une prise de conscience méthodologique des rapports d'interdépendance qu'elles connaissent. Ces rapports existent au sein de la magistrature suprême du Canada⁹⁴¹, mais aussi dans la législation fédérale.

562 Il existe en effet un rapport de dépendance très fort entre les droits provinciaux et le droit fédéral en matière de droit privé, en raison de l'évolution moderne du partage des compétences. Une loi fédérale, ou une de ses dispositions, peut porter sur du droit privé et donc faire appel à des notions de droit privé régi par les provinces. Bien entendu, la question se pose avec plus de visibilité lorsqu'il s'agit de coordonner une loi fédérale avec le droit québécois dans la mesure où les autres provinces ont un socle commun qui est la common law, d'autant qu'il est notoire que la législation fédérale est traditionnellement rédigée à partir de modèles de common law⁹⁴².

563 Les lacunes du droit fédéral en droit privé sont ainsi comblées grâce aux renvois au droit provincial. Il existe à cet égard une forme de complémentarité entre les deux. On pouvait néanmoins se demander si cette application du droit provincial pour mettre en œuvre une législation fédérale n'aboutissait pas plutôt à une assimilation, une incorporation de ce droit originellement provincial en un droit fédéral, s'il obéit à des règles d'interprétation de droit

common law : voir L. LEBEL et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », préc., p. 207.

⁹³⁸ P. GLENN, « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », préc., p. 169.

⁹³⁹ L. LEBEL et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », préc., p. 209.

⁹⁴⁰ F. ALLARD, préc., p. 22.

⁹⁴¹ Sur cette question, voir aussi : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la common law. Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien » dans G. OTIS, dir., *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, pp. 41-99.

⁹⁴² J.-M. BRISSON et A. MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans Ministère de la Justice du Canada, dir., *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien, Recueil d'études*, Ottawa, 1997, pp. 213-264.

fédéral. C'est précisément ce qu'a refusé la Cour suprême du Canada,⁹⁴³ niant de ce fait l'existence d'une common law fédérale en droit privé dans toutes les matières relevant de la compétence du gouvernement fédéral⁹⁴⁴. Cette solution est salubre⁹⁴⁵, car le droit québécois incorporé au droit fédéral aurait perdu sa spécificité s'il avait été interprété dans un cadre conceptuel fédéral, c'est-à-dire assimilé à des principes de common law. Cette approche permet au contraire de conserver l'autonomie conceptuelle du droit québécois, ancré dans une tradition de droit civil, qui continue d'agir comme « toile de fond »⁹⁴⁶.

564 Cette affirmation d'une véritable complémentarité, ainsi que la mise en œuvre du nouveau Code civil québécois en 1994, a abouti à une prise de conscience du législateur fédéral de la nécessité d'harmoniser et de coordonner la législation fédérale avec le droit civil québécois. En 1995, le ministère de la Justice a mis en place une politique sur le bijuridisme législatif, dans l'optique d'assurer une compatibilité et une applicabilité plus adéquate des textes normatifs fédéraux au Québec⁹⁴⁷. Depuis, plusieurs lois fédérales ont été modifiées ou adoptées de manière à tenir pleinement compte du caractère bijuridique du Canada dans des domaines tels que le droit fiscal⁹⁴⁸ ou le droit commercial⁹⁴⁹. Ainsi, le légiste fédéral utilise des méthodes spécifiques pour la rédaction des lois fédérales dans une optique de complémentarité et d'application également pertinente dans les deux traditions juridiques. Par exemple, la technique du doublet permet d'énoncer la règle de droit dans des termes propres à chaque système juridique et la technique de

⁹⁴³ Ainsi, la Cour refuse une incorporation implicite du droit provincial au droit fédéral fondée sur son application à une situation à l'égard de laquelle le pouvoir fédéral peut légiférer *Quebec North Shore* [1977] 2 R.C.S. 1054. Dans le même ordre d'idée, les questions accessoires à l'exercice d'un pouvoir fédéral relevant de sa compétence, qui sont régies par le droit provincial, ne sont pas pour autant du droit fédéral : *Fuller* [1980] 1 R.C.S. 695.

⁹⁴⁴ Voir sur ce point F. ALLARD, préc., p. 22 et s.

⁹⁴⁵ Elle souffre cependant de quelques exceptions, notamment en matière de droit maritime. La Cour a en effet opéré une véritable unification de la loi fédérale sur la base du système de la common law en matière de droit maritime : *ITO—International Terminal Operator c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 ; *Monk Corp. c. Island Fertilizers Ltd.*, [1991] 1 R.C.S. 779.

⁹⁴⁶ F. ALLARD, préc., p.26.

⁹⁴⁷ Reproduite à l'annexe III du texte de L. MAGUIRE WELLINGTON, « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication*, Fascicule 4, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, p. 23.

⁹⁴⁸ Sur les difficultés que posent le bijuridisme en droit fiscal voir par exemple M. CUERRIER, S. HASSAN et M.-C. GAUDREAU, « Symposium : Bijuridisme canadien et harmonisation de la législation fiscale fédérale », *Revue Fiscale Canadienne*, vol. 51, 2003, pp. 160-189.

⁹⁴⁹ Pour une bibliographie voir les études recensées sur la question par le Ministère de justice du Canada en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/harmonization/bijurillex/etudes-studies.html>.

neutralité terminologique évite les connotations de l'une ou l'autre tradition juridique⁹⁵⁰. Cette politique bijuridique doit aussi tenir compte du bilinguisme qui se superpose au bijuridisme, la législation canadienne s'adressant dès lors à quatre auditoires, et non pas seulement aux anglophones de common law ou aux francophones de droit civil.

565 Finalement, ce respect du bijuridisme reste principalement entre les mains du législateur fédéral, qui peut choisir de renvoyer au droit privé des provinces (et donc de favoriser la persistance d'une diversité provinciale même au sein des provinces de common law) ou au contraire de déroger aux règles des provinces⁹⁵¹. Cette politique fédérale reste néanmoins une source indispensable au dynamisme du bijuridisme canadien, et elle a certainement été un des facteurs de la jurisprudence dialogique de la Cour suprême⁹⁵².

566 Le bijuridisme peut dès lors se définir comme « l'interaction des deux traditions juridiques et repose sur une méthodologie applicable tant à la rédaction des lois qu'à l'interprétation judiciaire »⁹⁵³. Le bijuridisme correspondrait donc ici à un mécanisme de coordination et d'harmonisation dans un contexte de dualité de traditions juridiques.

567 La Cour suprême du Canada s'est à nouveau affirmée en acteur incontournable du bijuridisme, tant en raison de l'autonomie accordée au droit civil, qui a permis l'existence même du bijuridisme au Canada aujourd'hui, que dans le façonnement de ce bijuridisme, c'est-à-dire dans la manière de régir les rapports entre les traditions : soit de manière persuasive soit par l'interprétation des rapports tel qu'envisagé par la loi fédérale. La dynamique du bijuridisme canadien ne saurait toutefois se réduire aux dimensions normatives ou aux techniques juridiques de coordination ou d'harmonisation, tant la dimension culturelle reste une donnée fondamentale à la compréhension de ce phénomène. Ainsi, les facteurs linguistiques ou sociologiques agissant

⁹⁵⁰ M. DION, « Bijuridisme canadien et harmonisation du droit » dans L. PERRET, A.-F. BISSON et N. MARIANI, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, pp. 189-197, p. 196 et s.

⁹⁵¹ C'est la distinction opérée par Morel et Brisson entre dissociation et complémentarité, dont ils détaillent les différentes possibilités : J.-M. BRISSON et A. MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation », préc.

⁹⁵² L. LEBEL et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », préc., p. 214.

⁹⁵³ Définition proposée par Andrée Lajoie, elle ajoute qu'il s'agit ainsi d'un « outil conçu dans un but d'harmoniser les lois fédérales relatives au droit privé – en particulier dans le domaine de la propriété immobilière en common law — avec la législation correspondante du droit civil québécois ». A. LAJOIE, « Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle » dans F. GELINAS et G.-D. Jean-François, dir., *Le fédéralisme dans tous ses États*, Bruxelles/ Cowansville, Bruylant / Y. Blais, 2005, pp. 365-381, p. 368 et s.

auprès de la communauté des praticiens du droit sont autant de pistes à prendre en compte dans l'évolution du bijuridisme canadien⁹⁵⁴.

II. Les autres protections constitutionnelles issues de la dualité culturelle canadienne

568 Comme nous l'avons vu la fédération canadienne a bien des particularités et il en est une dernière qui repose sur l'insertion dans le pacte constitutionnel de dispositions accordant à certains groupes des pouvoirs spécifiques leur permettant de survivre à la formation de l'État canadien. Ces dispositions s'insèrent dans le compromis fédéral, car elles avaient vocation à assurer une certaine protection de leur identité culturelle de la part de la fédération en contrepartie de leur consentement à la formation du Canada⁹⁵⁵.

569 Or, cette identité culturelle minoritaire repose encore une fois sur la dualité originelle canadienne puisqu'il s'agissait, pour simplifier, de garantir la survie de la langue et de la religion des minorités d'origine française dans les territoires à majorité anglaise et inversement⁹⁵⁶. Les protections linguistiques et confessionnelles font cependant l'objet de protections distinctes, même si globalement la plupart des francophones étaient catholiques et la plupart des anglophones protestants.

570 Ce faisant, l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux provinces le pouvoir exclusif de légiférer relativement à l'éducation. L'exercice de cette compétence est toutefois conditionné par les quatre paragraphes de l'article au respect de certains droits, ou privilèges, confessionnels, dans le but de protéger les minorités. Cet article confère ainsi aux autorités scolaires confessionnelles une forme d'autonomie à l'égard des provinces, même si elle ne concerne qu'un domaine restreint et que la Cour suprême a semble-t-il refusé qu'elles puissent

⁹⁵⁴ C'est notamment le leitmotiv de l'ouvrage : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, *Solitudes du bijuridisme au Canada*, préc.

⁹⁵⁵ Voir : J. E. MAGNET, *Modern Constitutionalism: Identity, Equality, and Democracy*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2004, 344 p. Il estime que « the point is that fundamental compromises are necessary to establish a state : all states have made these compromises (no state has or could avoid privileging at least the language of some or other group): these compromises give state its national personality », p. 197. Il estime qu'on peut dénombrer quatre groupes constitutionnels : les peuples autochtones, les minorités confessionnelles, les minorités des langues officielles et la minorité nationale au Québec.

⁹⁵⁶ En ce sens, voir notamment A. G. GAGNON et R. SIMEON, « Canada » dans L. MORENO et C. COLINO, dir., *A Global Dialogue on Federalism vol 7. Diversity and Unity in Federal Countries*, Montréal, McGill-Queen's university Press, 2010, pp. 110-137.

prétendre à une autonomie de principe enchâssée dans la Constitution⁹⁵⁷. L'objectif principal de cet article était de pérenniser les droits ou privilèges de ces écoles tels que protégés par le droit, écrit ou coutumier, au moment de l'entrée dans la fédération canadienne. Bien que cela puisse être débattu, nous ne retiendrons pas cette forme d'autonomie comme faisant partie du plurijuridisme canadien de notre étude. Il s'agit, d'une part, d'une autonomie extrêmement circonscrite et d'autre part les questions juridiques soulevées par ces privilèges ont une portée relative dans les débats constitutionnels contemporains⁹⁵⁸.

571 Le bilinguisme au Canada et la question de la protection des deux langues officielles dans un contexte de minorité provinciale ne sauraient ni être passés sous silence dans l'étude du fédéralisme canadien ni faire l'objet d'une étude exhaustive ici. C'est pourquoi nous nous contenterons de quelques remarques.

572 En premier lieu, les considérations linguistiques n'étaient pas absentes du compromis fédératif de 1867, mais contrairement aux droits confessionnels⁹⁵⁹, elles n'étaient pas conçues en termes de protection des droits linguistiques des minorités. Bien au contraire, la fédération instaurée avait pour « but explicite de créer une majorité francophone au Québec et des majorités anglophones (même si la démographie du Manitoba plaçait les deux groupes dans un équilibre relatif en 1870) »⁹⁶⁰. De plus, la langue ne fait pas l'objet d'une attribution de compétence spécifique à l'un ou l'autre palier gouvernemental, si bien que la compétence de légiférer en matière linguistique appartient aux deux niveaux en tant qu'accessoire aux compétences principales de chacun d'eux⁹⁶¹.

⁹⁵⁷ Voir H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p., p. 550.

⁹⁵⁸ Aujourd'hui, ces exigences ne concernent d'ailleurs plus que l'Ontario et le Manitoba ainsi que la Saskatchewan, l'Alberta et Terre-Neuve dans une forme modifiée. Le Québec s'est soustrait en 1997 par une révision constitutionnelle au système de confessionnalité auparavant applicable. *Ibid.*, p. 548 et s.

⁹⁵⁹ C'est d'ailleurs pour cette raison que les minorités ayant des revendications linguistiques ont tenté de se placer sur le terrain de l'article 93 pour faire valoir des droits linguistiques, ce qu'a refusé de faire le Comité judiciaire en 1917 voir : G.-A. BEAUDOIN, « Le fédéralisme canadien et les droits linguistiques » dans A. BRAEN, P. FOUCHER et Y. LE BOUTHILLIER, dir., *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, Ont., Lexis-Nexis-Butterworth, 2004, p. 275.

⁹⁶⁰ P. FOUCHER, « Droits et lois linguistiques: le droit au service du Canada français » dans J.-Y. THÉRIAULT, A. GILBERT et L. CARDINAL, dir., *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada*, Montréal, Fides, 2008, pp. 463-556, p. 475.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 471. Par exemple, la réglementation de la langue de la procédure criminelle est du ressort du Parlement fédéral tandis que celle de l'affichage ou de la publicité est de nature provinciale.

573 Le pacte fédératif de 1867 a mis en place un régime linguistique asymétrique⁹⁶² et limité aux matières législative et judiciaire. Ainsi l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige un bilinguisme pour les lois fédérales et québécoises⁹⁶³, pour les débats parlementaires et le choix de la langue française ou anglaise devant les tribunaux fédéraux ou du Québec. La répartition fédérative des compétences en matière linguistique a pu également produire des résultats asymétriques, voir même des conflits entre les provinces et le Parlement central, puisqu'en dehors de ces maigres exigences constitutionnelles, chaque législature est libre de mettre en place des régimes juridiques favorisant le bilinguisme ou au contraire une des deux langues officielles ou bien de ne rien faire. Or en matière linguistique, l'inaction des gouvernements conduit au dépérissement de la langue minoritaire, qui a besoin d'intervention étatique positive pour sa survie.

574 Comme le fait remarquer Pierre Foucher, dans les cas d'inaction ou de décisions néfastes :

*« le fédéralisme agit au détriment des communautés minoritaires. En effet, lorsque l'exercice d'une compétence législative n'est limité par le droit que dans sa forme (l'étendue du champ de compétence) et non dans son contenu (la protection de certains droits fondamentaux), le contenu du droit devient uniquement tributaire du jeu des forces politiques »*⁹⁶⁴.

575 La protection constitutionnelle à l'égard des minorités linguistiques existait d'une certaine manière dès 1867 à travers l'article 133 à l'égard des anglophones du Québec, mais s'est renforcée en 1982 dans le cadre de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui consacre aux articles 16 à 23 un bilinguisme officiel au niveau fédéral et au Nouveau-Brunswick. L'article 23 garantit quant à lui le droit à l'instruction dans la langue de la minorité à travers tout le pays⁹⁶⁵.

⁹⁶² Voir aussi G.-A. BEAUDOIN, « Le fédéralisme canadien et les droits linguistiques », préc.

⁹⁶³ Une disposition semblable a été édictée pour le Manitoba : l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* 33 Victoria, ch. 3.

⁹⁶⁴ P. FOUCHER, « Droits et lois linguistiques », préc., p. 472. Or, précisément, ces minorités peinent à influencer ce jeu politique.

⁹⁶⁵ Article 23. « Droits à l'instruction dans la langue de la minorité.

(1) Les citoyens canadiens:

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province, ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

576 Le constituant canadien a donc fait le choix d'une protection linguistique à valeur constitutionnelle dans le cadre d'une protection générale des droits fondamentaux. Cette incorporation formelle dans le dispositif de protection générale des droits et libertés se justifie d'ailleurs par la nature des droits linguistiques qui peuvent se rattacher conceptuellement aux autres droits et libertés⁹⁶⁶. Les droits linguistiques restent des droits dotés de caractéristiques particulières⁹⁶⁷, notamment parce qu'ils peuvent s'exercer de manière collective, et qu'ils se rattachent nécessairement à un contexte culturel particulier, au Canada à cette dualité originelle franco-anglaise. C'est pour cette raison qu'il est apparu opportun de soulever la question linguistique canadienne dans le cadre du fédéralisme culturel. Toutefois, nous ne traiterons pas ici des minorités linguistiques en tant que groupes dotés d'autonomie normative⁹⁶⁸ dans le cadre du plurijuridisme fédératif canadien ni le rôle qu'a pu exercer la Cour suprême du Canada à cet égard. Étant donné le rattachement formel et conceptuel de la question linguistique aux droits et libertés, cette question sera analysée dans cette optique⁹⁶⁹.

577 Les dispositions matérielles spécifiques à la dualité originelle du Canada peuvent se rattacher au fédéralisme dans la mesure où elles ont des causes communes, mais leur nature substantielle, agissant comme limite à un pouvoir, démontre des fonctions tout à fait distinctes dans l'ordre constitutionnel de celles qui sont attributives de pouvoirs normatifs et qui elles participent à la construction plurijuridique. De plus, ces clauses protégeant la dualité culturelle du Canada se

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics. »

⁹⁶⁶ Sur cette question, voir par exemple : P. PUPIER et J. WOEHLING, dir., *Langue et droit*, Montréal, Wilson & Lafleur inc., 1989, 641 p. ou W. KYMLICKA et A. PATTEN, dir., *Language Rights and Political Theory*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2002, 349 p.

⁹⁶⁷ Sur la nature des droits linguistiques, voir notamment : P. FOUCHER, « Langues, lois et droits. Pour qui? Pourquoi? L'action de l'État et des acteurs sociaux dans le domaine juridique en matière de langues officielles au Canada » dans M. MARTEL et M. PÂQUET, dir., *Légiférer en matière linguistique*, Québec, P.U.L., 2008, pp. 389-445.

⁹⁶⁸ Sur la question de l'autonomie des communautés francophones minoritaires, qui relèverait d'une autonomie administrative, voir P. FOUCHER, « Autonomie des communautés francophones minoritaires du Canada : le point de vue du droit », *Minorité Linguistiques et Société*, vol. 1, 2012, pp. 90-114.

⁹⁶⁹ La question de l'autonomie normative des établissements scolaires de langue minoritaire pouvait se poser en effet puisque la Cour suprême a reconnu que l'article 23 confère aux minorités linguistiques la gestion et le contrôle de ces établissements lorsqu'on peut démontrer un nombre suffisant d'élèves. *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

trouvent désormais auprès d'autres dispositions constitutionnelles substantielles aux objectifs beaucoup plus vastes que la protection de cette dualité culturelle, puisqu'il s'agit de protéger les droits de la personne humaine. Cette dualité culturelle originelle sera ainsi confrontée à d'autres objectifs, y compris celui du multiculturalisme consacré par la Constitution.

Section 2. Le juge suprême au cœur de l'équilibre du plurijuridisme canadoautochtone ou les limites de l'autonomie normative autochtone

578 La Cour suprême du Canada est un bâtisseur du plurijuridisme canadoautochtone puisqu'elle a consacré constitutionnellement une des formes d'autonomie normative dont dispose les autochtones au Canada. Mais plus encore son rôle dans les relations entre les espaces normatifs autochtones et étatiques est déterminant dans le sens où elle a construit une articulation entre eux, d'abord par l'instauration d'une limite aux droits constitutionnels autochtones (I), puis par la mise en ordre des espaces normatifs autochtones, avec la répartition des compétences entre le fédéral et le provincial (II).

I. La création prétorienne de limites justifiées aux droits autochtones

579 Les limites instaurées par la jurisprudence aux droits autochtones, l'atteinte justifiée (B) et la limite intrinsèque (C), et donc par extension aux formes d'autonomie normative qui en sont issues, n'étant pas dans le texte constitutionnel, il a bien fallu que la Cour suprême du Canada explique leur imposition (A).

A. La justification prétorienne des limites aux droits autochtones

580 Pour justifier la possibilité pour l'État de porter atteinte à ces droits constitutionnellement reconnus des peuples autochtones, la Cour explique dans *Sparrow* à propos de l'article 35 que « l'expression "reconnaissance et confirmation" comporte les rapports de fiduciaire (...) et implique ainsi une certaine restriction à l'exercice du pouvoir souverain. Les droits qui sont reconnus et confirmés ne sont pas absolus ». Elle fonde ensuite la possibilité pour le gouvernement de justifier l'atteinte aux droits autochtones sur le fait qu'avant l'article 35 il existait une compétence fédérale à l'égard des autochtones, et cette disposition n'ayant pas été

abrogée, il est nécessaire, selon la Cour, d'interpréter ces deux dispositions à la lumière de l'une et de l'autre. La Cour en déduit que ces deux dispositions se limitent réciproquement⁹⁷⁰.

581 La notion de fiduciaire est une notion ancienne qui remonte à la période paternaliste, mais qui aujourd'hui n'implique pas l'infériorité d'une des parties. Il s'agit de considérer que la Couronne agit comme un gardien des intérêts autochtones en raison de l'affirmation de sa souveraineté à leur égard et de son engagement historique à protéger leurs droits territoriaux. La relation fiduciaire ainsi créée a engendré une responsabilité de la Couronne et certaines obligations dans la gestion des terres par exemple⁹⁷¹, et en matière constitutionnelle elle commande donc cette justification. Le fondement de la création jurisprudentielle de la possibilité de porter atteinte aux droits autochtones sur la relation fiduciaire est un peu étrange puisqu'en réalité il fallait davantage justifier la limite apportée aux droits autochtones que l'obligation de justifier cette limite (qui paraît légitime et normale). La véritable explication dans *Sparrow* de la possibilité pour l'État de porter atteinte aux droits autochtones résiderait donc plus dans la compétence législative fédérale sur les Indiens. Cette explication s'avère toutefois insuffisante dans la mesure où les provinces peuvent aussi justifier une atteinte résultant de l'exercice de leurs compétences⁹⁷².

582 Une autre manière de comprendre l'imposition de cette limite aux droits ancestraux est l'ancrage terminologique de l'article 35 dans la catégorie des droits, tout comme la *Charte canadienne des droits et libertés*⁹⁷³. Or celle-ci comprend un article 1^{er} qui reconnaît aux autorités la faculté de restreindre l'exercice des droits et libertés garanties dans la mesure où il est possible de justifier cette restriction. Ainsi, il semble qu'une analogie⁹⁷⁴ ait été faite, en dépit de l'absence d'un

⁹⁷⁰ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075., p. 1111.

⁹⁷¹ Voir arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

⁹⁷² On peut aussi penser à des justifications de cette limitation qui n'ont pas été explicitées par la Cour, par exemple le fait que pour modifier l'article 35 il faudrait un amendement constitutionnel adopté par le fédéral et plus de sept provinces représentant 50 % de la population (art 38), ce qui en pratique serait très difficile à réunir. Cela pourrait être une explication faisant que la Cour a préféré instaurer une limitation des droits protégés par l'article 35 sans qu'un amendement constitutionnel soit nécessaire. Voir H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 135.

⁹⁷³ Cette analogie a été confirmée dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256. § 142.

⁹⁷⁴ Il semblerait donc que les droits de la *Charte canadienne* et les droits ancestraux aient une nature commune, puisqu'ils ne sont ni les uns ni les autres absolus : leurs limites résident dans la possibilité de leur porter atteinte dans la mesure où le gouvernement peut le justifier selon des critères établis par la jurisprudence. La distinction entre les deux types de droits résiderait alors dans la dimension collective des droits autochtones, qui comme nous l'avons montré, implique une autonomie normative et institutionnelle, alors que les droits et libertés de la *Charte* n'ont pas cette dimension de droits de groupe.

équivalent de l'article 1 dans le texte de l'article 35, avec les droits et libertés individuels. Il est vrai qu'il ne saurait exister de droits absolus comme l'énonce la Cour suprême.

583 Une autre justification à la limite des droits autochtones a été apportée par la Cour suprême dans l'affaire *Gladstone* : l'objectif de conciliation ou de réconciliation canadoautochtone⁹⁷⁵, objectif de conciliation qui a plus tard été repris par la Cour suprême du Canada a de multiples reprises et semble être dorénavant le principal leitmotiv de la Cour en matière de droits des peuples autochtones du Canada⁹⁷⁶.

584 Finalement les deux types de justification ont pour point commun la volonté de redéfinir les relations canadoautochtones en tenant compte du passé et afin de construire une relation future fondée sur une coexistence apaisée. Une partie de la justification se fonde sur la relation fiduciaire, c'est-à-dire une prise en compte des relations coloniales passées qui continuent d'avoir un impact dans le présent et qui engendrent une responsabilité plus grande de la Couronne. La conciliation ou réconciliation est également une manière de dire qu'il faut tenir compte des relations passées pour en créer de nouvelles en partant du principe que les autochtones et les non-autochtones sont tous amenés à rester sur le même territoire et que l'article 35 pousse à redéfinir ces relations sur des bases plus égalitaires.

B. La nécessaire justification étatique de la restriction à un droit autochtone

585 Dans l'affaire *Sparrow*, la Cour délimite clairement deux étapes dans la justification gouvernementale de l'atteinte à un droit ancestral⁹⁷⁷. Lors de la première étape, l'État doit démontrer qu'il poursuit un objectif régulier, suffisamment important et précis. Concrètement, les objectifs de l'État peuvent être très larges, par exemple des objectifs de conservation ou d'équité sur les plans économique et régional, car « la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation »⁹⁷⁸. À l'inverse par exemple, le seul objectif de la protection de la pêche sportive ne permet pas la restriction d'un

⁹⁷⁵ *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723. § 73.

⁹⁷⁶ Voir § 165 *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Voir aussi l'opinion du juge Binnie précité dans *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Ministre de l'Héritage canadien)*, [2005] 3 R.C.S. 388.

⁹⁷⁷ Les étapes sont les mêmes pour les droits issus de traités : *R. c. Badger*, préc.

⁹⁷⁸ Soulignement omis, *R. c. Gladstone*, préc., § 75.

droit ancestral⁹⁷⁹. En ce qui concerne le titre foncier, la Cour a aussi défini dans *Delgamuukw* une série étendue d'objectifs valides⁹⁸⁰.

586 La seconde étape consiste pour l'État à prouver que la manière dont il a restreint les droits autochtones respecte l'honneur de la Couronne et les rapports fiduciaires qui existent entre l'État et les autochtones. Ce critère consiste finalement en bonne partie à prouver que la restriction est raisonnable, un peu de la même manière que dans la justification des atteintes aux droits de la personne. Dès l'affaire *Sparrow*, la Cour précise certains éléments qui contribuent à déterminer le caractère raisonnable :

« Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre »⁹⁸¹.

587 Récemment la Cour a modifié le test de justification aux atteintes portées au titre foncier autochtone, critères qui pourraient à l'avenir servir à l'ensemble des autres droits protégés par l'article 35. Ainsi, dans *Nation Tsilhqot'in*, la Cour a affirmé qu'en cas d'atteinte, le gouvernement devait respecter l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe titulaire du titre et que cette atteinte ne peut se justifier si elle prive « de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres »⁹⁸². En outre, l'atteinte doit se justifier par son caractère proportionnel, à la manière du test opéré vis-à-vis des droits et libertés de la *Charte canadienne*⁹⁸³, c'est-à-dire par les critères du lien rationnel, de l'atteinte minimale et de la proportionnalité de l'incidence⁹⁸⁴.

⁹⁷⁹ Sauf éventuellement si les activités de pêche sportive que le régime en litige vise à favoriser ont une dimension économique importante voir § 58, *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101.

⁹⁸⁰ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., § 165 « l'extension de l'agriculture, de la foresterie, de l'exploitation minière et de l'énergie hydroélectrique, le développement économique général de l'intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l'environnement et des espèces menacées d'extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l'implantation des populations requises par ces fins, sont des types d'objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. »

⁹⁸¹ *R. c. Sparrow*, préc., p. 1119.

⁹⁸² *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 86.

⁹⁸³ Voir infra § 1512 et s.

⁹⁸⁴ *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 87: « Il ressort implicitement de l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence) » :

588 Ainsi, dès l'affaire *Sparrow*, la Cour estime en quelque sorte qu'une réconciliation juste passe certainement par la négociation, et donc par une méthode plus dialogique. Si la Cour admet que des limitations substantielles soient apportées aux droits autochtones, elle compense ce pouvoir de l'État par une responsabilité accrue de ce dernier qui doit se tourner vers les autochtones afin qu'ils recherchent ensemble des règles mutuellement acceptables. Si dans *Sparrow* cette obligation reste encore assez faible, puisqu'il ne s'agit qu'un des critères pertinents à la justification d'une atteinte, en revanche en 2004 la Cour suprême a franchi un pas déterminant supplémentaire⁹⁸⁵. Elle estime en effet qu'il existe une obligation de consulter et de trouver des accommodements aux préoccupations des peuples autochtones, fondée sur l'honneur de la Couronne, avant de prendre une décision susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur des revendications de droits et titres ancestraux non encore prouvées⁹⁸⁶. La Cour fonde cette obligation, en réalité un dispositif conservatoire en attendant l'adjudication d'une revendication, à la fois sur l'honneur de la Couronne⁹⁸⁷ et sur l'objectif de conciliation qui nécessite une mise en balance des intérêts de chacun⁹⁸⁸. La Cour en est venue aux mêmes conclusions s'agissant de droits issus de traités⁹⁸⁹.

589 Apparaît ce faisant une dimension extrêmement importante dans l'action de la Cour suprême du Canada comme déclencheur de négociations entre l'État et les autochtones via cette obligation constitutionnelle de consulter les peuples autochtones en cas d'atteinte à un droit autochtone, même potentiel. Ainsi dans *Nation Haïda*, la Cour estime qu'

⁹⁸⁵ Selon Arthur Pape il s'agit d'un véritable changement de paradigme entre *Sparrow* et les jurisprudences de 2004-2005, A. PAPE, « The Duty to Consult and Accommodate: A Judicial Innovation Intended to Promote Reconciliation » dans M. MORELLATO, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Ont, Canada Law Book, 2009, pp. 313-331, p. 314 et s.

⁹⁸⁶ *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511. Ce critère serait désormais le premier dans la justification de l'atteinte selon M. ST-HILAIRE, « Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons », *R.G.D.*, vol. 44, 2014, pp. 445-504, spéc. p. 469.

⁹⁸⁷ « En bref, les Autochtones du Canada étaient déjà ici à l'arrivée des Européens; ils n'ont jamais été conquis. De nombreuses bandes ont concilié leurs revendications avec la souveraineté de la Couronne en négociant des traités. D'autres, notamment en Colombie-Britannique, ne l'ont pas encore fait. Les droits potentiels visés par ces revendications sont protégés par l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. L'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorablement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne peut obliger celle-ci à consulter les Autochtones et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à leurs intérêts. » *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., § 25.

⁹⁸⁸ *Ibid.*, § 14.

⁹⁸⁹ *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Ministre de l'Héritage canadien)*, préc.

« il est préférable de recourir à la négociation pour concilier les intérêts de la Couronne et ceux des Autochtones. (...) il est possible qu'une injonction interlocutoire ne tienne pas suffisamment compte des intérêts autochtones avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci »⁹⁹⁰.

590 La Cour estime ici clairement que le rôle du pouvoir judiciaire trouve en matière dans les relations entre les autochtones et l'État des limites très nettes, en raison de l'incapacité intrinsèque des magistrats à négocier des ententes de nature politique, qui sont pourtant un facteur déterminant de la réconciliation. Cette obligation procédurale mise en place par la Cour à l'encontre de l'État constitue, ce faisant, à la fois une solution respectueuse du pouvoir politique (et de sa capacité à trouver des solutions spécifiques à chaque contexte) et une solution permettant de faire avancer les relations entre l'État et les autochtones sur des bases plus égalitaires. De plus, l'obligation constitutionnelle de l'État à l'égard des autochtones comprend un volet substantiel avec l'obligation d'accommoder, obligation également susceptible de compenser les rapports de force inégalitaires entre l'État et les autochtones⁹⁹¹.

591 Notons toutefois que, si les relations négociées qui semblent être préconisées par la Cour se trouvent parachevées par les traités modernes, les droits qui en sont issus sont aussi vulnérables à des atteintes étatiques justifiées. Ainsi, l'autonomie normative constitutionnellement protégée telle que mise en place par les traités modernes peut faire l'objet en elle-même d'interprétations de la part des tribunaux, mais cette autonomie pourra être limitée au-delà de la répartition des compétences effectuée par le traité être limitée. En effet, même lorsqu'un traité moderne prévoit une prépondérance d'une loi autochtone en cas de conflit avec une loi provinciale ou fédérale⁹⁹², une disposition législative étatique pourra s'appliquer si elle satisfait au test établi dans *Sparrow*⁹⁹³. Les droits issus de traités, pas plus que les autres droits des peuples autochtones, ne sont pas des droits absolus et peuvent être valablement limités.

C. Les limites intrinsèques

592 Un autre type de limite instaurée par la jurisprudence repose aussi sur la conciliation entre autochtones et non-autochtones. Il s'agit d'une étape du raisonnement qui intervient avant la justification d'une atteinte à un droit autochtone, c'est-à-dire au moment de la définition du

⁹⁹⁰ *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc., § 14.

⁹⁹¹ Sur la nature et le contenu de ce devoir de consulter et d'accommoder, voir par exemple A. PAPE, « The Duty to Consult and Accommodate », préc.

⁹⁹² Voir supra § 229 à propos de l'*Accord Nisga'a*.

⁹⁹³ Voir § 85 et s., *Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) v. Canada (Attorney General)*, [2013] 2013 BCCA 49.

contenu du droit autochtone, qui contient nécessairement des « limites intrinsèques ». On trouve les premières traces de ce raisonnement dans *Van der Peet* dans laquelle la Cour exige une compatibilité des revendications autochtones avec « l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada »⁹⁹⁴.

593 Par exemple, l'inaliénabilité des droits ancestraux constitue une limite intrinsèque à ces droits⁹⁹⁵. Une autre limite intrinsèque particulièrement importante a été dégagée par le juge minoritaire Binnie dans l'affaire *Mitchell*⁹⁹⁶, il s'agit des « restrictions relatives à « l'incompatibilité de souveraineté »⁹⁹⁷, quant à la reconnaissance de droits ancestraux. Ainsi, il ne serait pas possible « d'acquérir en vertu du par. 35(1) un droit de déployer à leur gré une force militaire sur ce qui est maintenant le territoire canadien, même si la tradition guerrière devait être considérée comme étant une caractéristique distinctive de la société mohawk avant le contact avec les Européens »⁹⁹⁸. Et, en l'espèce, il existe une incompatibilité juridique de l'exercice autonome d'un droit de commerce et de circulation internationaux par les Mohawks avec la souveraineté canadienne. Cette limite n'est pas contraire à l'objectif de conciliation de l'article 35 selon le juge Binnie, car la souveraineté canadienne est partagée entre autochtones et non-autochtones, elle est collective⁹⁹⁹. Cette limite intrinsèque est donc liée ici au critère distinctif des cultures autochtones. En effet, selon le juge Binnie, la souveraineté est unitaire, exclusivement canadienne, et ne saurait alors constituer une « caractéristique déterminante » qui fait de la culture Mohawk « ce qu'elle est » conformément au critère *Van der Peet*. Il s'agit de délimiter le droit autochtone de manière compatible avec l'objectif de conciliation et donc de vérifier

⁹⁹⁴ La Cour précise aussi que « Les tribunaux appelés à statuer sur des revendications de droits ancestraux doivent donc se montrer ouverts au point de vue des autochtones, tout en étant conscients que les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien » : § 49, *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

⁹⁹⁵ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., § 129, La Cour justifie cette caractéristique du titre en disant que « Les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci. La collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur. » La Cour n'utilise par la terminologie des « limites intrinsèques », mais agit dans cette logique. En revanche dans *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 67, la Cour qualifie explicitement de limite intrinsèque au titre la nécessité de concilier les utilisations des terres « avec la nature collective et continue de l'attachement qu'a le groupe pour le territoire visé ».

⁹⁹⁶ *Mitchell c. MRN*, [2001] 1 R.C.S. 911.

⁹⁹⁷ Il estime « À mon avis, l'incompatibilité avec la souveraineté continue d'être un élément de l'analyse du par. 35(1), bien qu'il s'agisse d'une restriction à appliquer avec modération. Dans la plupart des cas, la protection de pratiques, traditions et coutumes distinctives de cultures autochtones au Canada ne suscite pas de réelles questions de souveraineté à l'étape de leur définition. » § 154 (Souligné par nous). *Ibid.*

⁹⁹⁸ § 153 de l'opinion du juge Binnie, *ibid.*

⁹⁹⁹ § 164 et s. *Ibid.* ... « la revendication de l'intimé vise des intérêts nationaux que nous avons tous en commun plutôt que des intérêts distinctifs qui, à certaines fins, différencient une communauté autochtone. À mon avis, la conciliation de ces intérêts dans la présente affaire favorise l'affirmation de notre souveraineté collective ».

ultimement la conformité avec le système juridique canadien, un peu comme une exception d'ordre public.

594 Dans une affaire récente, *R. c. Morris*, la Cour suprême a employé expressément le terme de limites intrinsèques afin de définir cette fois-ci l'étendue d'un droit issu de traités¹⁰⁰⁰. La Cour conclut ainsi qu'« aucun traité ne confère le droit de chasser dangereusement »¹⁰⁰¹. Les juges dissidents arrivent à la même conclusion que les juges majoritaires sur ce point et établissent un lien entre la limite intrinsèque et le nécessaire exercice raisonnable d'un droit autochtone¹⁰⁰².

595 La limite intrinsèque est donc bien une méthode de démarcation utilisée par le juge pour restreindre la protection des droits autochtones au nom d'une conciliation avec « l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada », dont la souveraineté canadienne ferait partie, ou au nom d'une sorte d'un consensus présumé entre les autochtones et les non-autochtones sur le respect des règles de sécurité publique (comme une sorte d'ordre public).

596 Cela dit, la minorité de la Cour suprême dans l'affaire *Morris* a fait une utilisation critiquable de cette technique de la limite intrinsèque qui va bien au-delà de la simple démarcation ou frontière de l'autonomie normative autochtone. Ce qui posait problème en l'espèce, et qui divisa la haute juridiction sur l'issue du litige, était de savoir si la province avait compétence pour réglementer la limite intrinsèque du droit issu de traités, à savoir la chasse dangereuse. Pour la majorité, l'interdiction générale de chasser la nuit opérée par la disposition provinciale allait manifestement à l'encontre du droit issu de traités, alors que pour la minorité, la province n'avait fait qu'exercer son pouvoir de réglementation pour définir et mettre en œuvre cette limite intrinsèque. La position des juges minoritaires pose problème quant à l'autonomie normative autochtone dans la mesure où elle attribue un pouvoir normatif à la province qui se situe à l'intérieur de l'autonomie normative autochtone accordée par le traité et non pas à l'extérieur. La minorité de la Cour n'a pas ici tiré les conséquences de la nécessaire compétence normative que les autochtones tiraient de ce droit, et n'a pas envisagé que les collectivités autochtones concernées par le traité pouvaient elles-mêmes établir les règles nécessaires à la protection de la

¹⁰⁰⁰ *R. c. Morris*, [2006] 2 R.C.S. 915. Dans cette affaire deux autochtones avaient été condamnés sur le fondement d'une législation provinciale, le *Wildlife Act*, pour avoir chassé la nuit. Sur cette affaire voir commentaires : K. WILKINS, « R. v. Morris: A Shot in the Dark and Its Repercussions », *Indigenous Law Journal*, vol. 7, 2008.

¹⁰⁰¹ §56, *R. c. Morris*, préc. Pour arriver à cette conclusion, la Cour se fonde sur la méthode d'interprétation des traités, et sur l'intention des parties qui ne pouvaient avoir à l'esprit la protection de chasser dangereusement, et estime devoir avoir une attitude prudente dans la reconnaissance de ces limites (§ 37).

¹⁰⁰² § 82, *ibid.*

sécurité publique, tout en permettant de chasser la nuit¹⁰⁰³. La protection de l'ordre public est ainsi mobilisée via les limites intrinsèques pour attribuer un pouvoir normatif à la province aux dépens des collectivités autochtones, alors même que le traité, bénéficiant d'une protection constitutionnelle, prévoyait le droit collectif de chasser la nuit et donc une compétence sur la réglementation de ce droit de chasse. Cela consiste à dévoyer le mécanisme de la limite intrinsèque, ou de l'exception d'ordre public, dans la mesure où ce mécanisme ne peut servir qu'à freiner, à stopper, un pouvoir ou une liberté sur un point de droit substantiel (l'impératif de chasser de manière sécuritaire) et non pas à fonder l'exercice d'un pouvoir ou une compétence (habiliter un ordre de gouvernement à réglementer la chasse sécuritaire). Ce détournement de la limite intrinsèque permet d'attribuer un pouvoir à la province au détriment de la collectivité autochtone, alors même qu'il y a un consensus précisément sur cette limite de l'interdiction de chasser dangereusement.

597 Pour conclure, la Cour suprême s'est imposée en véritable arbitre des relations plurijuridiques canadoautochtones par l'imposition de limites à l'autonomie normative des autochtones issue des droits autochtones. Elle tente ainsi, semble-t-il, de répondre à un objectif de réconciliation qu'elle a tirée de la lecture corrélative des différentes dispositions constitutionnelles et de l'honneur de la Couronne issue de la common law. Le critère de la « raisonnable » et l'obligation de négocier une entente et de consulter les autochtones sont les moyens qu'elle a trouvés pour construire les relations plurijuridiques entre les espaces normatifs autochtones et étatiques. Le premier critère place le juge suprême au cœur de la balance des intérêts de la majorité et des peuples autochtones et fait de lui un décideur incontournable de l'imbrication des espaces normatifs et de leur étendue respective¹⁰⁰⁴. Le second semble plutôt montrer que le juge se considère également comme le déclencheur et le contrôleur du caractère dialogique des actions que prennent et doivent prendre les autres acteurs institutionnels (l'État en particulier) dans la construction des relations plurijuridiques.

¹⁰⁰³ D'ailleurs, les juges minoritaires refusent de faire une analyse au cas par cas pour voir si les chasseurs ont un comportement dangereux et préfèrent laisser le droit pénal étatique s'occuper de la question. La Cour ne pense donc même pas qu'il puisse y avoir des normes autochtones, coutumières par exemple, qui puissent réglementer cela. Cela étant, l'argument de la capacité des autochtones n'apparaît pas vraiment non plus dans l'opinion majoritaire: § 58, 59 et 60, *ibid.*

¹⁰⁰⁴ Cet aspect a d'ailleurs été critiqué comme étant trop favorable aux intérêts non autochtones : P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 334 p., p. 189.

II. L'insertion du plurijuridisme dans un autre : celui de la fédération canadienne.

598 La fédération canadienne s'est construite sans les autochtones du Canada, ils étaient considérés comme « objet » d'un pouvoir étatique, celui du gouvernement fédéral en particulier, et non pas comme détenteurs d'un pouvoir politique à partager et répartir. Cette construction fédérale semble donc postuler une exhaustivité de la distribution des pouvoirs au Canada entre le palier fédéral et le palier provincial, comme si la *Loi constitutionnelle de 1867* avait déterminé les deux seuls niveaux d'autonomie gouvernementale constitutionnellement reconnus et protégés, le provincial et le fédéral, à l'exclusion de tout autre. Or, nous l'avons vu, il existe des formes d'autonomie normative et gouvernementale autochtone, même si elles ont été reconnues de manière fragmentée et non pas en tant que bloc de principe, sauf lorsqu'il s'agit des autonomies reconnues dans le cadre des traités modernes¹⁰⁰⁵. Se pose dès lors la question de savoir s'il y a une incompatibilité entre la reconnaissance de ces autonomies normatives autochtones et le partage fédératif des compétences. Autrement dit, peut-il y avoir une place pour le plurijuridisme canadoautochtone au sein et/ou en dehors du plurijuridisme fédéral canadien ? Nous soutiendrons que la réponse à cette question est affirmative, dans la mesure où la répartition fédérative des compétences n'est pas un obstacle insurmontable à la reconnaissance de l'autonomie normative autochtone (A), et ceci même si le plurijuridisme canadoautochtone est nécessairement enchâssé dans le plurijuridisme fédéral (B). Cela démontre finalement la singularité de ce plurijuridisme (C).

A. La question de l'étouffement de l'autonomie normative autochtone par la division fédérale des pouvoirs

599 L'argument de l'incompatibilité de l'autonomie autochtone avec le fédéralisme canadien est soutenu par une partie de la doctrine et certains juges en raison du principe de l'exhaustivité de la répartition des compétences législatives de 1867. C'est, par exemple¹⁰⁰⁶, ce qu'avait retenu la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Delgamuukw*, et elle en avait conclu que l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne pouvait faire renaître et protéger quelque droit à

¹⁰⁰⁵ Comme nous avons pu le constater (voir supra § 226 et s.) les traités modernes aménagent la répartition des compétences très explicitement, ce qui vient lever un certain nombre de difficultés constitutionnelles opposées aux droits inhérents.

¹⁰⁰⁶ Sur ce point et pour d'autres exemples jurisprudentiels, voir : P. W. HUTCHINS, C. HILLING et D. SCHULZE, « The Aboriginal Right to Self-Government and the Canadian Constitution: The Ghost in the Machine », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 29, 1995, pp. 251-302, spéc. p. 280 et s.

la souveraineté ou à l'autonomie gouvernementale qu'avaient pu avoir les nations autochtones de la province¹⁰⁰⁷. La Cour suprême du Canada ne s'est pas prononcée ensuite sur ce point.

600 Une partie de la doctrine soutient dès lors toujours cet argument de l'incompatibilité d'un foyer autonome de normativité autochtone avec la répartition des pouvoirs établis en 1867, estimant qu'« un pouvoir ancestral modernisé, permettant d'édicter des lois et des règlements, serait contraire au partage exhaustif des compétences entre le fédéral et les provinces »¹⁰⁰⁸.

601 Il existe pourtant des arguments solides permettant de penser qu'il n'existerait pas une telle incompatibilité constitutionnelle. Certains de ces arguments nous sont donnés par la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui dans l'affaire *Campbell*¹⁰⁰⁹, nous l'avions évoqué, a refusé de mettre en cause la validité constitutionnelle de l'accord Nisga'a et de l'instauration d'une autonomie normative Nisga'a sur le fondement de la division exhaustive des pouvoirs législatifs au Canada. Le juge de Williamson estime en effet que la distribution effectuée par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* concernait les pouvoirs jusqu'alors détenus par les colonies et que les autres formes de pouvoir n'étaient pas concernées¹⁰¹⁰. Il s'agissait d'une division interne à la Couronne, le droit à l'autonomie gouvernementale autochtone ayant survécu en dehors de cette répartition interne en tant que règle sous-jacente non écrite de la Constitution¹⁰¹¹. Le fait qu'il existe une compétence fédérale à l'égard des Indiens ne contredit pas cette affirmation, car, selon le juge Williamson, il s'agissait simplement de transférer une responsabilité impériale britannique, notamment les obligations fiduciaires à l'égard des autochtones, à un palier de gouvernement canadien, le pouvoir fédéral¹⁰¹².

602 Cette interprétation pluraliste de l'histoire constitutionnelle canadienne prend acte du fait que la construction fédérale de 1867 ne concernait que les pouvoirs coloniaux, étatiques. Ce faisant, les autochtones ont continué de jouir de leur autonomie gouvernementale extraétatique¹⁰¹³. En

¹⁰⁰⁷ Cité dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., § 40.

¹⁰⁰⁸ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 134.

¹⁰⁰⁹ *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, [2000] BCSC 1123.

¹⁰¹⁰ § 76 « Thus, what was distributed in ss. 91 and 92 of the British North America Act was all of (but no more than) the powers which until June 30, 1867 had belonged to the colonies. Anything outside of the powers enjoyed by the colonies was not encompassed by ss. 91 and 92 and remained outside of the power of Parliament and the legislative assemblies just as it had been beyond the powers of the colonies ».

¹⁰¹¹ § 81, *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, préc.

¹⁰¹² § 82, *ibid.*

¹⁰¹³ Certes, on sait qu'en réalité, à une certaine époque, la politique fédérale n'a jamais eu l'intention de laisser vivre cette autonomie en paix, mais l'on peut rétorquer que cette politique ne ressortait pas du champ constitutionnel, mais fédéral. En poussant le raisonnement plus loin, on peut dire en suivant le raisonnement du juge Williamson, que de

limitant la compétence fédérale à une responsabilité de protéger les peuples autochtones (via les obligations fiduciaires) et d'organiser les relations avec ces derniers (en négociant et administrant les traités), le juge Williamson semble toutefois éluder tout un pan de l'exercice de la compétence fédérale qui va bien au-delà de ces deux objectifs¹⁰¹⁴. Une telle interprétation restrictive de la compétence fédérale serait, nous semble-t-il, résolument moderne et pluraliste et augurerait peut-être des relations entre le pouvoir fédéral et les peuples autochtones beaucoup plus dialogiques et égalitaires.

603 Ainsi, la compétence à l'égard des Indiens de l'article 91(24), ou le partage des compétences en général, n'ont pu avoir pour effet d'éteindre un éventuel droit ancestral à l'autonomie gouvernementale puisque selon la jurisprudence constante de la Cour suprême, il faut une intention claire et expresse, qui fait défaut ici dans le texte constitutionnel de 1867. On peut donc dire que les dispositions constitutionnelles sur la répartition des compétences datant d'avant 1982 ne font pas obstacle à la reconnaissance d'une autonomie normative autochtone, qu'elle soit fondée sur les traités ou les droits ancestraux¹⁰¹⁵.

604 Mais plus encore, c'est à l'aune des dispositions de « renouveau » des relations avec les peuples autochtones que doit se lire l'ensemble de la Constitution¹⁰¹⁶, selon le principe de l'interprétation conciliatrice des droits constitutionnels¹⁰¹⁷. Il n'y a pas de raison de supposer l'incompatibilité des reconnaissances constitutionnelles d'autonomies normatives autochtones avec une autre partie de la Constitution, sur la répartition des compétences notamment, en raison du principe de l'interprétation conciliatrice faisant qu'une partie de la Constitution ne peut en abroger une

telles politiques attentatoires à l'autonomie gouvernementale autochtone étaient contraires au principe constitutionnel non écrit qu'il a dégagé.

¹⁰¹⁴ En effet la compétence fédérale permet également de réglementer le mode de vie des Indiens, par exemple le régime d'héritage des biens : *P.G. Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, 206.

¹⁰¹⁵ Notons que la Commission royale arrive à la même conclusion : CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993, 68 p., p. 33 et s. Voir aussi (Chapitre 3 la fonction gouvernementale).

¹⁰¹⁶ C'est ce qui fait certainement dire au juge Le Bel en 1991, alors qu'il était à la Cour d'appel du Québec, que « la constitutionnalisation des droits autochtones dans l'article 35 introduirait une troisième composante dans le fonctionnement du fédéralisme canadien, qui devrait être prise en compte dans la répartition des pouvoirs, entre les législatures provinciales et le parlement du Canada. » *Canada (Attorney General) c. Coon Come*, [1991] R.J.Q. 922; [1991] 3 CNLR 40, 59.

¹⁰¹⁷ Dans ce sens voir notamment : P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256, spéc. p. 192.

autre¹⁰¹⁸. Au contraire, il faut faire preuve de créativité juridique afin de mettre en œuvre cette conciliation et ordonner les différentes autonomies normatives canadiennes¹⁰¹⁹.

605 Toutefois il ne faut pas négliger les difficultés techniques, mais aussi d'ordre politique auxquelles doivent faire face les juges dans cette matière. Dans ce sens, on peut dire que le plurijuridisme plus ancien (le fédéralisme) peut constituer un frein à l'autonomie normative et gouvernementale autochtone en raison de la complexité qu'il génère. On peut ainsi se demander si les exigences liées à la sécurité juridique pourraient justifier certaines craintes auprès des juges. Par exemple, la peur du « vide juridique » dans certaines matières, sur la conservation des ressources naturelles notamment, expliquerait la réticence des juges à accorder aux autochtones une autonomie normative à la faveur de la réglementation fédérale plus « juridiquement certaine »¹⁰²⁰. Une autre crainte est celle de la désorganisation pouvant résulter de la répartition des compétences entre trois niveaux de gouvernance qui pourrait engendrer des incertitudes sur le droit applicable, préjudiciables aux justiciables. En réalité, il ne peut y avoir de « vide juridique » puisque les autonomies normatives autochtones ne supplantent pas les pouvoirs étatiques, les règles étatiques continuent ainsi de s'appliquer et l'emportent en cas de conflit de lois sur les normes autochtones dans la mesure où l'atteinte peut se justifier. C'est précisément ce qui a été affirmé récemment dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in*¹⁰²¹, comme nous allons le voir.

606 La crainte est encore moins fondée en ce qui concerne les traités puisqu'ils règlent ces questions de manière précise même si la complexité juridique peut parfois engendrer des incertitudes pour les justiciables. Donc, plus les traités autochtones seront précis sur la manière d'organiser ce « trijuridisme », plus le travail du juge sera facilité¹⁰²² et le « trijuridisme » clarifié et légitimé. En ce qui concerne les droits ancestraux, le travail de clarification et d'ordonnancement des niveaux normatifs passe certainement par une reconnaissance prétorienne plus explicite de l'autonomie normative, de la compétence, relative à chaque droit ancestral. Ainsi, la délimitation et la

¹⁰¹⁸ *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, (§ 38 et 160).

¹⁰¹⁹ D'ailleurs Patricia Monture exhortait les juridictions à sortir du carcan colonial : « It was a colonial mistake of the past to exclude Indian nations from the legislative divisions of powers. As the courts have no ability to address this colonial error without exercising some creativity they are left to perpetuate it into the future » P. MONTURE-ANGUS, *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, 175 p., p. 117.

¹⁰²⁰ Voir K. MCNEIL, « Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments », *Queen's L.J.*, vol. 19, 1993-1994, pp. 95-136, spéc. p. 122 et s.

¹⁰²¹ *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 147, voir infra § 614 et s.

¹⁰²² Notamment en raison du nécessaire consensus politique qu'a impliqué la négociation du traité.

précision du contenu des autonomies normatives contenues dans les droits ancestraux par les juges permettront à la fois de légitimer ces espaces normatifs et de constituer un cercle vertueux dans lequel la clarté et la certitude sur les compétences des peuples autochtones permettront de mieux les ordonner avec les autres types de compétences au Canada. C'est ce travail que la Cour suprême a commencé de faire et qu'il faudra poursuivre, en mettant l'autonomie normative autochtone au cœur du raisonnement ce qu'elle fait pour l'instant peu.

B. La répartition prétorienne des compétences fédérale et provinciale concernant les autochtones : quelle place pour l'autonomie normative autochtone ?

- 607 Le Parlement fédéral peut légiférer sur le statut d'Indien, les institutions politiques, sur les terres (les réserves notamment), sur les traités et sur les droits ancestraux, mais aussi sur un régime de droit civil spécifique aux autochtones¹⁰²³. D'ailleurs une législation sur le testament a été la seule qui fut contestée au niveau du partage des compétences auprès de la Cour suprême du Canada, qui l'a déclaré constitutionnellement valide¹⁰²⁴. La compétence fédérale à l'égard de la catégorie de personnes autochtones et de leurs terres¹⁰²⁵ apparaît donc très large dès lors qu'il existe une spécificité autochtone légitime.
- 608 Si la répartition des compétences au sein de la fédération concernant les autochtones place le pouvoir fédéral au premier plan, les lois provinciales peuvent aussi s'appliquer aux peuples autochtones. La question n'est pas sans intérêt pour les requérants autochtones qui peuvent chercher à écarter une loi provinciale afin de favoriser leur autonomie sans se fonder sur le terrain périlleux de l'article 35. Cette possibilité a toutefois été sensiblement réduite par les décisions de l'été 2014, *Nation Tsilhqot'in*¹⁰²⁶ et *Grassy Narrows*¹⁰²⁷. Avant ces décisions, une loi provinciale pouvait en effet s'appliquer sur le fondement des compétences constitutionnelles provinciales ou bien en vertu du renvoi législatif vers le droit provincial opéré par la loi fédérale sur les Indiens.
- 609 En premier lieu, les provinces détiennent des pouvoirs qui peuvent avoir des conséquences sur les peuples autochtones. En effet, la jurisprudence¹⁰²⁸ a estimé depuis 1974 que les réserves n'étaient

¹⁰²³ L'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* donne au pouvoir fédéral la compétence exclusive sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens ».

¹⁰²⁴ *P.G. Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, 206.

¹⁰²⁵ Il s'agit en effet non seulement des réserves, mais aussi de tout ce qui est relatif au titre autochtone en général : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc.

¹⁰²⁶ *Nation Tsilhqot'in*, préc.

¹⁰²⁷ *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 C.S.C. 48.

¹⁰²⁸ *Cardinal c. P.G. Alberta*, [1974] R.C.S. 695.

pas des enclaves échappant au droit provincial. Les lois provinciales s'appliquent aux Indiens et dans les réserves *ex proprio vigore*, de plein droit, à la condition qu'elles ne réglementent pas l'indianité. Par exemple, le Code de la route s'applique dans les réserves¹⁰²⁹, ou la réglementation régissant les relations de travail dans le secteur privé¹⁰³⁰. Cela étant, l'application d'une loi provinciale en matière autochtone se heurte au principe constitutionnel général de primauté du droit fédéral (à condition qu'il soit valide) en cas d'incompatibilité avec la législation provinciale s'appliquant *ex proprio vigore* : c'est l'exception d'incompatibilité¹⁰³¹.

610 C'est donc le critère de quiddité indienne ou de l'essence de l'indianité qui permet de différencier ce qui ressort de la compétence fédérale et ce qui relève de la compétence provinciale. En effet, une mesure provinciale est constitutionnellement inapplicable si elle réglemente et vise les Indiens, en tant qu'Indiens, car dans ce cas il s'agit du noyau dur de la compétence fédérale qui est lui est exclusive. La Cour suprême estime toutefois que la « disposition législative n'excède pas la compétence de la province du simple fait qu'on y trouve le mot “autochtone” »¹⁰³². Ainsi, un impact disproportionné sur les autochtones d'une loi provinciale n'équivaut pas à un traitement différentiel et est constitutionnellement acceptable¹⁰³³. Plus encore, la haute juridiction permet qu'une province tienne compte des spécificités autochtones dans la réglementation pourvu qu'elle se rattache à une compétence provinciale¹⁰³⁴. Se dégage ainsi, semble-t-il, un critère de la protection de l'identité et du particularisme autochtones. Autrement dit, les provinces ne pourraient pas porter atteinte à l'indianité par une restriction, mais pourraient y toucher dans la mesure où elles la protègent de manière accrue.

¹⁰²⁹ *R. c. Francis*, [1988] 1 R.C.S. 1025.

¹⁰³⁰ *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031

¹⁰³¹ Cela étant, une loi provinciale d'application générale s'appliquera même au cœur de la compétence fédérale si son application n'entrave pas l'exercice de la compétence fédérale (voir *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, voir supra § 471 et s.).

¹⁰³² *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, § 66.

¹⁰³³ *Ibid.* § 67 à 69. En l'espèce il s'agissait d'une loi de la Colombie britannique sur le patrimoine culturel, permettant la destruction et la modification de certains sites patrimoniaux.

¹⁰³⁴ *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 R.C.S. 696. Au § 41 la juge Abella, majoritaire estime « Le fait que la prestation des services d'aide à l'enfance soit déléguée à des agences des Premières Nations démontre, de manière importante et positive, une reconnaissance publique des besoins particuliers des enfants et des familles autochtones. Il me semble s'agir là d'une initiative qui doit être encouragée dans la sphère de compétence provinciale et non pas entravée. » La juge ajoute qu'en l'espèce une telle démarche relève du fédéralisme coopératif (§ 42).

- 611 En second lieu, on pouvait se demander si la loi provinciale ne pouvait pas être « sauvée » en raison de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁰³⁵. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens*¹⁰³⁶ met en place un mécanisme plurijuridique par excellence puisque c'est une disposition prise par un gouvernement central, en vertu de sa compétence constitutionnelle, qui effectue un renvoi vers les législations provinciales d'application générale sur les matières indiennes et sous certaines conditions (elles-mêmes susceptibles de protéger l'autonomie normative autochtone). Il incorpore les lois provinciales au corpus juridique fédéral sur les Indiens¹⁰³⁷, mais dans certaines limites.
- 612 La première limite est que ces lois provinciales ne doivent pas contrevenir à d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens*, ou aux règles pris sous son régime, protégeant ainsi l'autonomie normative autochtone issue de l'habilitation étatique des conseils de bandes à adopter des règlements. Une autre limite susceptible de protéger l'autonomie normative autochtone à l'incorporation fédérale des lois provinciales est l'immunité dont bénéficient les droits issus de traités vis-à-vis des lois provinciales puisqu'en cas de conflit entre un traité autochtone et une loi provinciale, les dispositions du traité primeront¹⁰³⁸.
- 613 Si le partage normatif entre les provinces et le pouvoir fédéral paraît clair après l'analyse de ces deux étapes (une fondée sur l'attribution constitutionnelle des compétences et une autre subsidiaire fondée sur un renvoi législatif) reste à déterminer si les droits des peuples autochtones, notamment ceux protégés par l'article 35, ont un impact dans cette répartition.

¹⁰³⁵ Voir par exemple *R. c. Morris*, préc., § 43 et s.

¹⁰³⁶ La *Loi sur les Indiens*, et donc l'article 88, ne concerne que les Indiens « *stricto-sensu* » c'est-à-dire les premières nations du Canada à l'exclusion des Inuit et des Métis, et des Indiens sans statut. Il se lit comme suit : « Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime. »

¹⁰³⁷ La Cour suprême a en effet opéré cette distinction entre les lois provinciales *ex proprio vigore* qui ne touchent pas la quiddité indienne et celles qui la touchent, mais s'appliquent en vertu de 88 par incorporation par renvoi dans *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309. Ce faisant, la haute juridiction a évité de faire de l'article 88 une disposition déclaratoire ou redondante par rapport au partage des compétences constitutionnelles, et lui a donné un effet utile en permettant l'application des lois provinciales aux matières touchant l'indianité.

¹⁰³⁸ Certains ont pu noter le manque de pertinence en raison du contexte actuel de l'article 35 de l'immunité qu'offre l'article 88 à l'égard des droits issus de traités et non à l'égard des droits ancestraux : S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant /Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p., p. 376; S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, 645 p., p. 494. Il est vrai que l'article 88 contribue à protéger davantage les droits issus de traités que les droits ancestraux, alors même que l'article 35 place ces deux sources de droits sur un pied d'égalité, cela dit cette préférence du législateur fédéral ne semble pas pour autant inconstitutionnelle.

- 614 On pouvait alors se demander si la réglementation des droits ancestraux faisait partie de l'« indianité » et était donc de la compétence exclusive du pouvoir fédéral, ce qui d'une certaine manière, pouvait protéger davantage l'autonomie normative autochtone en les préservant des lois provinciales. La jurisprudence est quelque peu ambivalente et a subi un revirement dans l'*obiter dictum* de la décision *Nation Tsilhqot'in*¹⁰³⁹.
- 615 En effet, dans l'affaire *Delgamukw*, la Cour suprême avait estimé que « l'essentiel de l'indianité englobe toute la gamme des droits ancestraux, y compris les droits reconnus et confirmés par le par. 35(1) » et que les gouvernements provinciaux ne peuvent faire des lois portant sur les droits ancestraux relatifs aux Indiens ou à leurs terres¹⁰⁴⁰.
- 616 La province n'aurait alors pas compétence ni pour mettre en œuvre à titre principal un régime juridique de droit ancestral ni pour en modifier la nature ou la portée. Il semblait néanmoins possible qu'une législation provinciale puisse avoir un effet, à titre accessoire, sur l'exercice d'un droit ancestral, soit d'« affecter les droits ancestraux de manière incidente, c'est-à-dire d'une manière qui ne correspond pas au caractère prépondérant de la loi »¹⁰⁴¹. D'ailleurs, le fait que la

¹⁰³⁹ Pour une analyse détaillée de l'impact de cette décision dans la répartition des compétences et l'application des normes fédérales et provinciales sur les questions autochtones voir M. ST-HILAIRE, « *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique* », préc., p. 485.

¹⁰⁴⁰ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p. § 178, voir aussi § 181. Voir aussi *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585. § 33

¹⁰⁴¹ G. OTIS, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de "l'adoption coutumière" autochtone au Québec », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 567-610. L'exemple de l'adoption coutumière autochtone constituait à ce titre un intéressant cas d'étude dans la mesure où il montrait toute la complexité de la place laissée à la normativité autochtone par rapport à la compétence provinciale. Avant la décision de 2014 *Nation Tsilhqot'in*, on avait pu ainsi se demander s'il était possible de protéger le droit coutumier autochtone sur l'adoption des réglementations provinciales à travers le partage des compétences. En effet, les règles étatiques sur les pratiques de l'adoption coutumière, poursuivant des objectifs par ailleurs tout à fait louables (tels que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, la traçabilité du statut juridique) peuvent transformer la coutume et donc porter atteinte à cette autonomie normative autochtone s'exprimant par voie coutumière. Pour protéger l'autonomie normative autochtone, on pouvait essayer de démontrer l'incompétence de la province à réglementer une question, en raison de spécificités autochtones, non pas au profit de l'espace normatif autochtone, mais au profit de l'espace fédéral. Selon ce raisonnement, les provinces pouvaient prendre des mesures relatives à l'adoption en général tenant compte des spécificités autochtones. Mais en démontrant une protection constitutionnelle de l'adoption coutumière avec l'article 35, la province pourrait être limitée par le partage des compétences puisqu'elle ne pourrait ni mettre en œuvre à titre principal un régime juridique d'adoption coutumière, ni modifier la nature ou la portée de l'adoption (par exemple en instaurant une condition d'une évaluation psychosociale satisfaisante de l'enfant et des postulants à l'adoption par un directeur de la protection de la jeunesse). Finalement, cette interprétation de la répartition des compétences à la lumière de l'article 35, aurait été susceptible de forcer les provinces à promouvoir des législations pluralistes. Elles auraient été incitées à prendre acte de la normativité autochtone, à donner effet au droit coutumier de l'adoption par des mécanismes de reconnaissance et de constatation (par exemple par une procédure d'enregistrement des adoptions coutumières). Mais elles n'auraient pas pu transformer la coutume sans toucher à l'indianité du droit ancestral, ce qui préservait en définitive l'autonomie normative autochtone, au nom de l'exclusivité de la compétence fédérale.

Cour suprême estime que les mesures provinciales affectant un droit ancestral doivent se conformer aux critères de l'arrêt *Sparrow*, démontre que de telles mesures peuvent être valides sur le fondement de la répartition des compétences avec le pouvoir fédéral¹⁰⁴². Dans l'affaire *Morris*, s'agissant des droits issus de traités, la Cour a estimé qu'ils étaient également assujettis à la compétence fédérale, lorsqu'il s'agit d'y déroger ou d'y porter atteinte¹⁰⁴³.

617 Or, en 2014, la juge en chef McLachlin écrivant pour la Cour dans *Nation Tsilhqot'in* revient sur cette jurisprudence et estime que :

« la réglementation provinciale d'application générale s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux, notamment au titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte »¹⁰⁴⁴.

618 La même année, la Cour suprême estimera que la « doctrine de l'exclusivité des compétences n'empêche pas la province de justifier l'atteinte à un droit issu d'un traité »¹⁰⁴⁵. Pour justifier ce revirement, la juge en chef estime en effet dans *Nation Tsilhqot'in* que l'article 35 ne s'envisage que comme une limitation de l'exercice des compétences des pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux, de la même manière que les droits individuels de la *Charte canadienne* interdisent certaines réglementations sans que « la question de savoir si une activité fait partie du contenu essentiel des pouvoirs du gouvernement fédéral » n'interfère¹⁰⁴⁶. Elle réfute alors la pertinence de la doctrine de la protection des compétences exclusives¹⁰⁴⁷ pour protéger le cœur de la compétence fédérale quant à l'indianité lorsqu'il existe un double aspect comme en l'espèce. Elle l'explique tant par les bienfaits de la coopération et de la souplesse dans le fédéralisme canadien¹⁰⁴⁸ que par des raisons d'ordre pratique comme éviter les « vides législatifs »¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴² Le motif d'inconstitutionnalité sur la répartition des compétences s'examine en effet avant les autres motifs d'inconstitutionnalité comme l'article 35. Voir § 25 : *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, préc.

¹⁰⁴³ *R. c. Morris*, préc., § 43 : « Les droits de chasse issus de traités relèvent clairement de la compétence fédérale sur “[l]es Indiens et les terres réservées pour les Indiens”. Comme l’a fait remarquer le juge Dickson dans *Simon*, p. 411 : “On a jugé que le Parlement a le pouvoir exclusif, en vertu du par. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, de déroger à certains droits reconnus dans un traité conclu avec les Indiens”. La Cour a déjà jugé inapplicables à certains peuples autochtones des lois provinciales d'application générale qui portent atteinte aux droits de chasse issus de traités ».

¹⁰⁴⁴ *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 150.

¹⁰⁴⁵ § 53 : *Grassy Narrows*, préc.

¹⁰⁴⁶ § 142, *Nation Tsilhqot'in*, préc. Voir infra quant à l'analyse des relations entre la *Charte canadienne* et la répartition des compétences § 932 et s.

¹⁰⁴⁷ Ce que la juge en chef appelle en anglais les « *interjurisdictional immunity* » et de façon peu heureuse en français la doctrine de l'exclusivité des compétences, en ce sens voir : M. ST-HILAIRE, « *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique* », préc., p. 486.

¹⁰⁴⁸ § 148 et s., *Nation Tsilhqot'in*, préc.

619 Mais, comme le fait remarquer Bradford Morse, la Cour n'a pas daigné considérer s'il peut exister un droit de la Nation Tsilhqot'in susceptible de s'appliquer¹⁰⁵⁰, ce qui aurait pu éviter qu'il n'y ait aucune réglementation en matière de protection de la forêt sur l'espace considéré. Malgré l'apport certain de la décision pour les peuples autochtones quant au titre ancestral, elle renforce peu la reconnaissance de la normativité autochtone : les compétences au sein d'une fédération ne semblent réparties qu'entre les niveaux provincial et fédéral qui, dans l'exercice de leurs pouvoirs, sont limités par l'article 35.

620 On retrouve d'ailleurs un raisonnement comparable dans la décision *R. c. Morris*¹⁰⁵¹ qui a été au moins partiellement renversée en 2014. Cette affaire démontrait ainsi la pertinence de recourir à l'immunité des droits issus de traités dans le cadre de l'analyse de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens*, en dépit de la protection qu'offre l'article 35 à l'égard des traités¹⁰⁵², puisque les requérants n'ont pas à démontrer les mêmes choses¹⁰⁵³. Dans cette affaire, deux autochtones avaient été condamnés sur le fondement d'une législation provinciale, le *Wildlife Act*, pour avoir chassé la nuit. Étonnamment¹⁰⁵⁴, les requérants n'avaient pas directement plaidé le non-respect d'un droit issu de traités visé par l'article 35, mais le non-respect de la répartition normative entre province et fédéral. Ils ont d'ailleurs gagné leur cause. Toutefois, l'utilisation de motifs d'invalidité pour non-respect du partage fédératif est à manier avec précaution par les requérants autochtones. En effet, nous avons vu que dans cette cause, l'argument de la limite intrinsèque mobilisé dans l'opinion minoritaire de la Cour suprême avait justifié une restriction substantielle de l'autonomie normative autochtone sur le droit de chasse au profit de la province¹⁰⁵⁵. On peut certainement expliquer ce dénigrement de la capacité des autochtones à réglementer la chasse de façon sécuritaire par le fait que l'argumentation générale des autochtones se fondait sur la question du partage entre le palier provincial ou fédéral, ce qui contribue à faire oublier aux juges l'autonomie autochtone.

¹⁰⁴⁹ § 147, *ibid.*

¹⁰⁵⁰ B. W. MORSE, « Tsilhqot'in Canadian Aboriginal Title Landmark Decision - A Game Changer? », en ligne: *Live Encounters*, 2014, <http://liveencounters.net/?page_id=8154> p. 9.

¹⁰⁵¹ *R. c. Morris*, préc., voir § 54 à 58.

¹⁰⁵² Contrairement à ce que prétendait Peter Hogg : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student éd., Scarborough, Carswell, 2009, 1490 p.

¹⁰⁵³ Voir infra § 627.

¹⁰⁵⁴ Voir : K. WILKINS, « A Shot in the Dark », préc.

¹⁰⁵⁵ Voir supra, § 593 et s.

- 621 La diversité des arguments mobilisés dans ce genre d'affaires (des arguments d'ordre substantiel, avec la limite intrinsèque, d'ordre attributif de compétence ou habilitant) et la pluralité des instruments engagés (constitution, loi, traité) participe à la complexité de ces litiges « trijuridiques » et au caractère plus ou moins incertain de leur issue si l'on se place du point de vue de la protection de l'autonomie normative autochtone.
- 622 À cet égard, la comparaison entre les droits constitutionnels des peuples autochtones¹⁰⁵⁶ est doublement trompeuse. En premier lieu, comme l'explique Maxime St-Hilaire, la portée de cette analogie est en réalité limitée puisque contrairement aux droits et libertés individuels de la *Charte*¹⁰⁵⁷, la décision *Tsilhqot'in* « ne déroge pas les droits constitutionnels des peuples autochtones à l'ensemble du contrôle de conformité à la répartition fédérative des compétences »¹⁰⁵⁸ quant à la validité des lois provinciales¹⁰⁵⁹. Ainsi, les lois provinciales qui ne sont pas d'application générale, celles qui ont pour objet de régir la question spécifique des droits ancestraux et issus de traité en dehors de toute finalité provinciale valide, seront mises en échec par le partage fédératif des compétences. Cela étant, cela ne concerne qu'une infime minorité de lois provinciales. De plus, le renvoi de l'article 88 de la *Loi sur les Indiens* semble avoir perdu son utilité depuis les décisions de l'été 2014¹⁰⁶⁰.
- 623 En second lieu, l'analogie entre les droits individuels et les droits des peuples autochtones fait l'impasse sur le caractère collectif de ces derniers qui permettent précisément de reconnaître sinon une compétence (comme pour les niveaux de gouvernance de la fédération), mais à tout le moins une certaine autonomie normative.
- 624 Pour conclure, il appert que le partage fédératif des compétences a été conçu pour éviter tout vide juridique en faisant l'impasse sur la capacité normative autochtone à combler les éventuels « trous juridiques ». Si des arguments propres à protéger un espace de normativité autochtone peuvent être introduits dans le raisonnement de la répartition fédérale des compétences, il

¹⁰⁵⁶ *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 142 et s.

¹⁰⁵⁷ Nous y reviendrons infra § 928 et s.

¹⁰⁵⁸ M. ST-HILAIRE, « Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique », préc., p. 485.

¹⁰⁵⁹ En effet « le pouvoir d'une province de réglementer les terres visées par un titre ancestral peut aussi, dans certains cas, être limité par le pouvoir fédéral sur les "Indiens et les terres réservées pour les Indiens" prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* » : *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 103. De plus quant à l'applicabilité et l'existence d'une compétence fédérale exclusive sur les autochtones, selon Maxime St-Hilaire la décision « n'abolit pas ce cœur, mais ne fait qu'en retrancher ces droits reconnus et protégés par l'article 35 de la *LC 1982* » comme le statut d'Indien. M. ST-HILAIRE, « Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique », préc., p. 499.

¹⁰⁶⁰ Pour une opinion contraire voir M. ST-HILAIRE, « Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique », préc., p. 501 et s.

demeure que l'utilisation de l'argument du non-respect du partage fédératif des compétences semble à double tranchant pour les défenseurs de l'autonomie normative autochtone.

625 Dans certains cas, le partage fédératif des compétences pouvait protéger indirectement l'autonomie normative autochtone, mais dès lors qu'il fallait démontrer l'existence d'un droit ancestral pour arriver à cette fin, la complexité de la preuve à apporter par les requérants ne pouvait que les décourager de faire valoir leur droit devant les tribunaux¹⁰⁶¹. En outre, se fonder exclusivement sur l'invalidation pour non-respect du partage entre les pouvoirs fédéral provinciaux peut conduire à oublier et finalement dénier la normativité autochtone. Au final, cela fait penser qu'effectivement ces arguments ne sont pas de nature à favoriser l'autonomie gouvernementale et normative autochtone sur le plan des principes. D'autant plus que le partage des compétences n'offre aucune protection contre une ingérence fédérale dans les droits autochtones.

C. Le plurijuridisme canadoautochtone à la lumière du plurijuridisme fédéral : des natures distinctes, mais compatibles

626 Ces deux formes de plurijuridisme canadien sont de nature très différente, tant du point de vue de leur construction historique qu'au niveau du mode de raisonnement contentieux. En effet, le simple fait qu'il puisse y avoir une justification dans l'atteinte à un droit ancestral ou issu de traités démontre bien qu'il ne s'agit pas du même type de plurijuridisme que la répartition des pouvoirs entre le fédéral et le provincial qui eux ne se fondent pas sur la justification de l'atteinte à un pouvoir, mais sur un partage, une séparation entre deux « boîtes » (qui parfois entrent en coopération). Dans l'affaire *Morris*, l'opinion majoritaire établit expressément cette distinction quand elle explique que les provinces ne peuvent recourir au critère de justification de *Sparrow*, car il s'agit de déterminer « si la violation par un gouvernement, agissant dans les limites des pouvoirs que lui confère la Constitution, peut se justifier. L'analyse de la justification ne change pas le partage de ces pouvoirs, qui est l'objet de l'art. 88 »¹⁰⁶².

627 Cette distinction expliquait l'avantage qu'avaient les requérants à se fonder sur le partage fédéral des compétences, d'autant plus qu'il incorporait certains éléments de protection d'autonomie normative autochtone, puisque cela permettait d'écarter certains arguments substantiels, sur la

¹⁰⁶¹ S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, préc., p. 377; S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 496.

¹⁰⁶² *R. c. Morris*, préc., § 55.

justification ou le bien-fondé de la législation en cause¹⁰⁶³. On s'étonnera ainsi que la juge en chef dans *Nation Tsilhqot'in*, estime qu'il ne sert à rien que les droits ancestraux relèvent de la protection du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les Indiens¹⁰⁶⁴. Cette décision, et celle de *Graasy Narrows*¹⁰⁶⁵ mettront d'ailleurs fin à l'utilité de recourir au partage fédératif pour contester les lois provinciales générales qui sont désormais applicables *ex proprio vigore*, rendant par là même le recours à l'article 88 sans objet. Ainsi, la juge en chef précise bien dans *Nation Tsilhqot'in* que les critères d'appréciation d'une loi provinciale vis-à-vis de l'article 35 doivent tenir compte du caractère raisonnable ou justifiable de l'atteinte, alors que sous l'angle de l'exclusivité des compétences du pouvoir fédéral ce critère n'est pas pertinent¹⁰⁶⁶. En écartant l'argument de l'exclusivité des compétences du pouvoir fédéral, la Cour renforce l'utilisation du critère du caractère raisonnable dès lors qu'il s'agit de protéger un droit aux peuples autochtones et donc un plurijuridisme fort distinct du plurijuridisme fédératif.

628 On peut en effet clairement affirmer que le degré de protection qu'offre la Cour suprême du Canada à l'autonomie normative autochtone est très différent de celui offert aux sphères fédérales et provinciales dans la mesure où ces dernières peuvent porter atteinte à la première si elles parviennent à fournir une justification sur le bien-fondé de la mesure (la règle est valable parce que c'est une « bonne » règle) alors que les autonomies normatives étatiques ne souffrent d'aucune atteinte justifiable sur le fond (la règle est valable, car elle est prise par la bonne entité). Quant à savoir quelle est l'autonomie normative la mieux protégée, c'est une question difficile à trancher. L'autonomie normative des provinces est protégée par l'attribution de compétences relativement séparées et déterminées vis-à-vis du fédéral, mais en cas de simple conflit implicite de normes il y aura une prépondérance fédérale. À l'inverse, l'autonomie normative autochtone est en concurrence complète avec les compétences fédérales, mais en cas de conflits de normes le pouvoir fédéral doit s'acquitter d'une justification poussée selon les critères de *Sparrow*. La protection de l'autonomie normative provinciale se trouverait alors plus dans la limitation des cas de concurrence, et donc de conflits potentiels, tandis que la protection de l'autonomie normative autochtone réside davantage dans la difficulté pour le fédéral de démontrer que la prépondérance de sa norme se justifie. D'après ce que l'on peut déduire de la décision *Nation Tsilhqot'in*, le

¹⁰⁶³ Il faut toutefois apporter une nuance étant donné qu'à travers le critère de l'atteinte à l'indianité et de la spécificité autochtone apparaît une forme d'évaluation substantielle.

¹⁰⁶⁴ *Nation Tsilhqot'in*, préc., § 140.

¹⁰⁶⁵ *Grassy Narrows*, préc., décision qui porte, elle, sur les traités autochtones.

¹⁰⁶⁶ §, 146, *Nation Tsilhqot'in*, préc.

même raisonnement peut s'appliquer vis-à-vis des normes provinciales, ce qui place les peuples autochtones en situation de concurrence normative vis-à-vis des normes étatiques en général, issues de deux niveaux de gouvernance sur les questions ayant alors un « triple aspect ».

629 Ces deux formes de plurijuridisme au sein de l'espace global canadien nous semblent en outre parfaitement compatibles et susceptibles de coexister pacifiquement dans le respect de la Constitution. Et ceci, que l'on se place à un haut niveau de généralité ou au niveau des cas spécifiques qui se sont posés concrètement devant la Cour suprême. L'imbrication qu'a opérée la Cour suprême du Canada, avec plus ou moins de clarté, des mécanismes plurijuridiques canadoautochtones dans le plurijuridisme fédéral autochtone, a ainsi pleinement montré la conciliation possible via la coordination de ces deux formes de pluralisme, au prix, peut-être, d'une certaine complexité. Nous ne pouvons qu'encourager la Cour suprême du Canada à tenir compte de manière systématique et obligatoire de l'autonomie normative autochtone, telle que définie dans les traités ou les droits ancestraux, lors du règlement des conflits de compétence entre le provincial et le fédéral. Une telle attitude participera sans nul doute à remplir ses obligations constitutionnelles à l'égard des autochtones découlant de l'article 35 et à clarifier le contentieux de ces affaires « trijuridiques ».

630 Pour conclure, il n'est pas aisé de faire un bilan de l'action de la Cour suprême du Canada à l'égard du plurijuridisme canadoautochtone, tant les litiges qu'elle a été amenée à résoudre ont nécessité des raisonnements techniquement complexes et l'ont parfois placée au cœur d'arbitrages politiques très sensibles. On pourrait d'une part critiquer la retenue judiciaire dont elle a parfois usé afin de limiter l'expansion de l'autonomie normative autochtone, notamment à travers une forme de réticence que l'on peut lire dans la jurisprudence restrictive et tournée vers le passé sur l'étendue des droits ancestraux. Mais d'autre part on peut aussi louer le souci prétorien d'allouer aux acteurs politiques le soin de négocier les modalités de mise en œuvre de cette autonomie et son insertion dans l'espace plurijuridique global.

631 On trouve ainsi dans la jurisprudence le souci de la Cour suprême de renvoyer aux intéressés le soin de mener à bien l'autonomie gouvernementale autochtone de manière concertée et dialogique. Le juge en chef Lamer concluait dans l'affaire *Delgamuukw* qu'il n'encourageait pas

les parties à régler leurs différends devant les tribunaux, mais à l'inverse de négocier¹⁰⁶⁷. L'instauration des obligations procédurales avec l'obligation de négocier et de consulter¹⁰⁶⁸ répond aussi à cette préoccupation. Elle est ce faisant venue renforcer l'idée d'un juge suprême, non pas constructeur direct des relations plurijuridiques, mais déclencheur, initiateur ou incitateur, d'une construction renouvelée par les acteurs politiques.

632 Cela étant, on peut se demander si ce renvoi vers les acteurs politiques ne sonne pas comme un aveu de l'insuffisance des dispositions constitutionnelles. C'est d'ailleurs l'opinion d'une partie de la doctrine qui estime que l'article 35 est insuffisant pour construire un fédéralisme autochtone, ou du moins qu'il ne doit pas « porter tout le poids des réformes de la place des peuples autochtones au Canada »¹⁰⁶⁹. Une des difficultés est que bien entendu la mise en œuvre de l'article 35 (1) suppose un règlement par le pouvoir judiciaire, non seulement long et coûteux en ressources, mais qui n'est pas toujours le plus apte à concilier les cultures juridiques autochtones avec les cultures majoritaires du Canada¹⁰⁷⁰.

633 La retenue judiciaire est aussi critiquable, spécialement lorsqu'on constate que certaines négociations avec les collectivités autochtones sont au point mort et que ces négociations ne concernent pas nécessairement l'ensemble des groupes autochtones du Canada. On peut donc aussi regretter que le juge suprême ne s'autorise pas un pouvoir d'impulsion beaucoup plus grand et admette des espaces constitutionnels de normativité autochtones afin de forcer les politiques à négocier. Bref, on peut déplorer que le juge suprême ne constitue pas un complément suffisant aux lacunes et aux échecs des négociations.

634 Finalement, l'impression qui se dégage est que la Cour se contenterait bien de limiter son rôle à celui de gardien d'un ordre plurijuridique fondé sur le consensus, notamment construit par voie de traité, mais que les requérants et une partie de la doctrine et des citoyens l'enjoignent à agir comme un bâtisseur de ce plurijuridisme. Le rôle du juge suprême se situe certainement entre l'un et l'autre rôle, dépendamment des objectifs fixés par la Constitution et les revendications des

¹⁰⁶⁷ *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., § 186. « En fin de compte, c'est au moyen de règlements négociés -- toutes les parties négociant de bonne foi et faisant les compromis qui s'imposent -- processus renforcé par les arrêts de notre Cour, que nous pourrions réaliser ce que, dans *Van der Peet*, précité, au par. 31, j'ai déclaré être l'objet fondamental du par. 35(1), c'est-à-dire "concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté" ».

¹⁰⁶⁸ Voir supra § 589 et *Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, préc.; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Ministre de l'Héritage canadien)*, préc.

¹⁰⁶⁹ J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p., p. 198.

¹⁰⁷⁰ P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government », préc., p. 206 et s.

citoyens. Or à cet égard il semble que l'objectif constitutionnel que l'on peut déduire de l'article 35 est loin d'avoir été rempli si l'on considère qu'il s'agit de mettre les autochtones sur un pied d'égalité avec la société majoritaire dans l'organisation constitutionnelle canadienne et de leur rendre une autonomie normative qu'ils réclament et qui correspondrait à une juste réparation des erreurs de la colonisation.

635 Plus largement, au terme de cette étude sur le plurijuridisme canadoautochtone et en particulier du rôle de la Cour suprême du Canada à son égard, force est de constater la complexité et la singularité de ce plurijuridisme. D'ailleurs, la qualification de *sui generis* des relations juridiques entre les peuples autochtones du Canada et l'État, mais aussi des concepts et instruments servant de passerelle entre les deux cultures juridiques a été souvent utilisée par le juge et la doctrine¹⁰⁷¹, et a été parfois critiquée¹⁰⁷². Cette nature *sui generis* démontre la créativité des acteurs du plurijuridisme, y compris du pouvoir judiciaire, pour imaginer et reconstruire ses relations de manière à prendre en compte l'histoire, les cultures juridiques et les différentes revendications et intérêts concurrents. On ne peut que souhaiter que ce plurijuridisme aille dans le sens d'un plus grand respect de certaines exigences du droit moderne que sont l'égal respect de l'autre, et donc y compris des cultures juridiques, le dialogue et l'utilisation de la persuasion (plutôt que du rapport de force, matériel, politique ou économique) et la transparence. Ces critères seraient susceptibles de véritablement distinguer le plurijuridisme de nature coloniale et impériale du plurijuridisme postcolonial, véritable objectif s'il en est du droit des peuples autochtones du Canada.

Section 3. La Cour de justice, un juge au cœur d'un équilibre subtil

636 La Cour de justice joue un rôle essentiel dans le plurijuridisme par l'encadrement des pouvoirs des États membres (I). Son action n'est pourtant pas la seule à prendre en considération pour comprendre l'équilibre subtil du plurijuridisme, les considérations culturelles et constitutionnelles issues des États membres y sont aussi pour beaucoup (II).

¹⁰⁷¹ M. PAPILLON, « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones » dans A. G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain - fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 461-486; J. LECLAIR, « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », *Queen's L.J.*, vol. 31, 2006, pp. 521-535; S. GRAMMOND, « The Reception of Indigenous Legal Systems in Canada » dans A. BRETON, et al., dir., *Multijuralism: Manifestations, Causes, and Consequences*, Aldershot, Ashgate, 2009, pp. 45-76.

¹⁰⁷² P. MONTURE-ANGUS, *Journeying Forward*, préc., p. 117 et s.

I. Une jurisprudence encadrant les compétences des États membres, leur nécessaire soumission aux objectifs d'intégration européenne

- 637 Une des originalités du droit primaire européen est de contenir, au-delà de la répartition des compétences entre le niveau européen et le niveau étatique, des dispositions substantielles qui peuvent être des interdictions ou des obligations qui lient les États par-delà la question du partage des compétences. Ainsi les États lorsqu'ils exercent leur compétence retenue, sont encadrés matériellement par ces règles qui sont essentiellement les obligations en matière de libre circulation qui impliquent souvent une interdiction de discriminer en fonction de la nationalité¹⁰⁷³.
- 638 Ainsi, dès 1969, la Cour statue que « l'exercice des compétences retenues ne saurait donc permettre de prendre unilatéralement des mesures qu'interdit le traité »¹⁰⁷⁴, et elle a depuis confirmé cette jurisprudence¹⁰⁷⁵ dans bien des domaines, y compris ceux qui implicitement ou explicitement relèvent de la compétence des États : le droit pénal, l'impôt, la protection sociale ou l'état des personnes¹⁰⁷⁶. Ainsi ni le principe d'attribution des compétences ni la notion de domaine réservé n'empêchent une emprise communautaire sur ces matières, et donc une possible non-application de la norme nationale imposée par la Cour au nom du respect des exigences substantielles du Traité¹⁰⁷⁷.
- 639 Parmi une jurisprudence fournie, le domaine de l'état des personnes est souvent cité en exemple tant il démontre qu'une question en apparence purement nationale peut se trouver mise en échec par le droit communautaire tel qu'interprété par la Cour.
- 640 Par exemple, la Cour a interdit qu'un État accorde aux certificats d'état civil délivrés par les autorités d'un autre État membre une force probante inférieure à celle délivrée par ses

¹⁰⁷³ Par exemple l'article 45 TFUE (ex-article 39 TCE) établit « 1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union. 2. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. »

¹⁰⁷⁴ CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec. 1969*, p. 523, § 16 et 17.

¹⁰⁷⁵ Sur la notion de « compétences retenues » et son utilisation dans la jurisprudence de la Cour voir : L. AZOULAI, « The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 4, 2011, pp. 192-219.

¹⁰⁷⁶ Voir sur ce sujet en général : K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 421-442. Dans une certaine mesure on peut aussi identifier un tel encadrement du droit constitutionnel national : O. PEIFFERT, « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *CDE*, vol. 47, 2011, pp. 433-470.

¹⁰⁷⁷ En ce sens, voir V. MICHEL, « 2004 : Le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, pp. 17-86, spéc. p. 41.

autorités¹⁰⁷⁸. Pour ce faire, elle se fonde sur la libre circulation des travailleurs, qui pour bénéficier des droits en découlant, comme l'attribution d'une pension de retraite, doivent présenter des documents de leur état civil délivré par l'État dont ils sont originaires¹⁰⁷⁹.

641 De la même manière, la Cour a encadré le droit national relatif au nom de famille qui relève pourtant du droit national. En 2003 dans l'affaire *Garcia Avello*¹⁰⁸⁰, la Cour estime que le refus d'un changement de nom pour des enfants ayant une double nationalité alors que cette compétence appartient aux États est disproportionné. La Cour explique pourtant bien que la citoyenneté n'a pas pour « objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité également à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire »¹⁰⁸¹. Mais elle considère qu'en l'espèce un rattachement au droit communautaire existe puisque les enfants en question sont des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre¹⁰⁸².

642 Puis dans l'affaire *Grunkin et Paul* en 2008¹⁰⁸³, elle estime que les autorités allemandes ne peuvent refuser de reconnaître le nom de famille d'un enfant tel qu'il a été enregistré dans un autre État membre où l'enfant est né et réside en raison de la seule nationalité allemande des parents. Dans les deux cas, la Cour se fonde sur le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres des citoyens de l'Union¹⁰⁸⁴.

643 Ainsi, la Cour étend vraisemblablement le champ d'application communautaire dès lors qu'il existe une situation transfrontalière intracommunautaire, un élément d'extranéité qui peut être lié à la privation de la jouissance effective des droits conférés par le statut de citoyen européen¹⁰⁸⁵ ou

¹⁰⁷⁸ Sauf si leur inexactitude n'est sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause.

¹⁰⁷⁹ CJCE, 2 septembre 1997, *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, aff. C-336/94, *Rec.*, p. I-6761.

¹⁰⁸⁰ CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, *Rec.*, p. I-11613.

¹⁰⁸¹ § 26, *ibid.*

¹⁰⁸² § 27, *ibid.*

¹⁰⁸³ CJCE, 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, *Rec.*, p. I-7639.

¹⁰⁸⁴ Article 20 et 21 du TFUE, et anciens articles 12 TCE et 18 TCE.

¹⁰⁸⁵ Ce critère de rattachement au droit de l'Union européenne est donc fortement éloigné d'une extranéité. Voir les arrêts CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec. 2011*, p. I-01177; CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, *Rec. 2011*, p. I-03375. Dans le premier cas, la Cour estime que l'État belge ne peut refuser un droit de séjour aux ressortissants d'États tiers ayant des enfants en bas âge de nationalité belge. Dans le second cas, elle refuse que le conjoint jamaïcain d'une citoyenne européenne ayant la double nationalité britannique et irlandaise dispose d'un droit de séjour en vertu du droit européen. Cette évolution jurisprudentielle a été très critiquée par la doctrine, par exemple : É. PATAUT, « Citoyenneté européenne, ressortissants des États tiers et situations purement internes »,

à l'exercice d'une liberté de circulation. Les exigences de la liberté de circulation, ou du principe de non-discrimination selon la nationalité qui en découlent, peuvent cependant être tempérées par des justifications d'intérêt général, ce qui implique alors une appréciation de la Cour à leur égard par un contrôle de proportionnalité¹⁰⁸⁶.

- 644 Cet encadrement prétorien des domaines de compétence étatique existe aussi en matière de sécurité sociale (avec par exemple l'obligation pour les États de supprimer les autorisations préalables afin d'obtenir des soins médicaux à l'étranger¹⁰⁸⁷) en matière de fiscalité directe (avec un principe d'égalité de traitement fiscal¹⁰⁸⁸), en matière pénale¹⁰⁸⁹, sportive¹⁰⁹⁰, de santé¹⁰⁹¹, d'éducation¹⁰⁹² ou encore en matière d'immigration extraeuropéenne¹⁰⁹³.
- 645 Cet encadrement démontre que la sphère de compétences résiduelles ou retenues de l'État membre ne fait pas l'objet d'une véritable protection, dans la mesure où, même quand le titre de compétence est attribué aux États, la manière dont ils exercent ces compétences reste soumise

RTDE, vol. 3, 2011, pp. 564-570; S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci - De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », RTDE, vol. 1, 2012, pp. 23-52.

¹⁰⁸⁶ La Cour rappelle dans *Grunkin et Paul* préc., § 29 qu'« une entrave à la libre circulation telle qu'elle résulte des sérieux inconvénients décrits aux points 23 à 28 du présent arrêt ne pourrait être justifiée que si elle se fondait sur des considérations objectives et était proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi (voir, en ce sens, CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-318/05, *Rec.*, p. I 6957, § 133 et jurisprudence citée). ». Pour une approche critique sur le principe de proportionnalité appliqué aux libertés de circulation voir N. REICH, « How Proportionate is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ » dans H.-W. MICKLITZ et B. De WITTE, dir., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, pp. 83-111.

¹⁰⁸⁷ CJCE, 22 avril 1998, *Kohl*, aff. C-158/96, *Rec.*, p. I-1931 et CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec.*, p. I-1831, dit les arrêts *Kohl et Decker*. Voir K. LENAERTS, « L'encadrement des compétences des États membres », préc., p. 436 et s.

¹⁰⁸⁸ Voir *ibid.*, p. 438 et s.

¹⁰⁸⁹ Affaire *Casati*, préc., § 27 : « En principe, la législation pénale et les règles de la procédure pénale restent de la compétence des États membres. Cependant, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que, également dans ce domaine, le droit communautaire pose des limites en ce qui concerne les mesures de contrôle que ce droit permet aux États membres de maintenir dans le cadre de la libre circulation des marchandises et des personnes. Les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire, les modalités de contrôle ne doivent pas être conçues de manière à restreindre la liberté voulue par le traité et il ne faut pas y rattacher une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à cette liberté. »

¹⁰⁹⁰ CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-492. Dans cette la Cour estime que les régimes juridiques nationaux sur les transferts de joueurs de football professionnels prévoyant des clauses de nationalité constituent une entrave à la libre circulation des travailleurs.

¹⁰⁹¹ CJUE, 16 décembre 2010, *Commission c. France*, aff. C-89/09, *Rec.*, 2010, p. I-12941.

¹⁰⁹² CJUE, 13 avril 2010, *Bressol E.A.*, aff. C-73/08, *Rec.* 2010, p. I-02735.

¹⁰⁹³ Voir les arrêts *McCarthy*, préc.; *Zambrano*, préc. Mais aussi l'affaire *Chen* qui préfigurait un droit au séjour dérivé pour les membres de la famille du ressortissant d'un État membre CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, *Rec.*, p. I-9925. Voir plus récemment : CJUE, 10 octobre 2013, *Adzo Domenyo Alokpa et autres contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-86/12, *Rec. numérique*, § 23 et s.

aux grands objectifs de l'Union que sont le marché intérieur et la liberté de circulation et de séjours des personnes ou encore à l'impératif de coopération loyale¹⁰⁹⁴. On ne saurait alors affirmer qu'il existe une protection constitutionnelle d'un « cœur de souveraineté » pour les États membres¹⁰⁹⁵. Le terme même de *compétences* retenues est en réalité source de confusion dans la mesure où la pénétration du droit européen n'opère pas à travers un titre de compétence de l'Union aux dépens des États, mais par le conditionnement de l'exercice des compétences étatiques par rapport aux finalités de l'Union européenne¹⁰⁹⁶. La notion de *champ* ou de *sphère* d'application du droit de l'Union européenne rend compte de cette réalité essentielle au plurijuridisme européen dans lequel les normes européennes s'appliquent bien au-delà de la répartition constitutionnelle des compétences. Plutôt que par l'action législative de l'Union européenne, le processus d'intégration européenne passerait davantage par ce champ d'application¹⁰⁹⁷ qui pourrait alors être « total »¹⁰⁹⁸, s'il ne trouvait aucune limite.

646 Cette extension du champ d'application du droit de l'Union est donc une œuvre éminemment prétorienne¹⁰⁹⁹, qui est d'importance considérable en raison des conséquences du principe de primauté qui conduisent à écarter le droit national¹¹⁰⁰. La Cour serait finalement un acteur institutionnel qui produirait un champ normatif communautaire qui dépasserait le champ des

¹⁰⁹⁴ En ce sens voir V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011, § 168. À propos de la coopération loyale les auteurs précisent que « conçue en termes généraux l'obligation de fidélité communautaire conditionne l'ensemble de l'activité normative nationale et assure, de ce fait, la cohérence du système de répartition des compétences ».

¹⁰⁹⁵ « There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community » : K. LENAERTS, « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *Am. J. Comp. L.*, vol. 38, 1990, pp. 205-263, spéc. p. 220.

¹⁰⁹⁶ On a pu ainsi affirmer que, « quel que soit le type de compétence nationale retenue, leur régime juridique repose sur la dissociation du titre de compétence et de ses modalités d'exercice. Ces dernières sont encadrées, car finalisées ou, dit encore autrement, communautarisées. En d'autres termes, en reconnaissant implicitement ou explicitement une compétence nationale retenue, le traité "n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États membres" » comme la Cour l'affirme dans CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 631. V. CONSTANTINESCO et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », préc., § 168.

¹⁰⁹⁷ On ainsi soulevé le problème d'une « 'constitutional asymmetry' which results from having weak EU legislative powers and strong primary Treaty provisions and the effect of this situation on the balance between economic and social rights under EU law are relevant in that connection » : L. AZOULAI, « The 'Retained Powers' Formula », préc., p. 218.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, p. 195 et s.

¹⁰⁹⁹ Hélène Gaudin définit ainsi le champ d'application comme « étant le domaine dans lequel a vocation à s'appliquer l'acte en cause. Comme tel, il est plutôt un instrument au service du juge » : H. GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 7-20, spéc. p. 9.

¹¹⁰⁰ Le champ d'application matériel est bien comme le décrivent Marie Gautier et Fabrice Melleray, une condition de la primauté : F. MELLERAY et M. GAUTIER, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 27-36.

compétences législatives allouées à l'Union. Une telle œuvre jurisprudentielle fera d'ailleurs dire à Joseph H. Weiler que :

*« bien que cela n'ait jamais été explicitement affirmé, la Cour a la compétence de sa compétence dans l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire qu'elle décide elle-même quelles sont les normes qui entrent dans la sphère d'application du droit communautaire »*¹¹⁰¹.

647 En conséquence de quoi, il a pu apparaître légitime de se poser la question de savoir si elle ne devrait pas s'appliquer à elle-même le principe de subsidiarité, comme cela a pu être suggéré¹¹⁰².

648 Cette jurisprudence est bien entendu fondée sur les dispositions du droit primaire qui prévoient le respect par les États de ces libertés fondamentales (ou de ces droits de circuler et de séjourner ou de ne pas subir de discrimination en raison de la nationalité entre États membres). De telles libertés ne sont donc pas sans rappeler les « droits et libertés », c'est-à-dire un contentieux des droits fondamentaux : en raison de l'approche terminologique et la dimension substantielle (et non pas attributive de compétence) et qui confère au juge un espace décisionnel¹¹⁰³. Cela étant, une grande distinction les sépare¹¹⁰⁴ : car c'est bien à l'objectif de créer un espace européen commun, un marché intérieur, que renvoient ces libertés, qui sont donc intimement liées à la construction européenne elle-même et qui n'ont pas vocation première à protéger l'individu du pouvoir étatique même si elles peuvent y contribuer¹¹⁰⁵.

649 En définitive, toute la jurisprudence de la Cour est bien innervée de cette méthode fonctionnelle qui tend à mettre en œuvre les objectifs du traité de créer un espace économique commun, puis un espace commun de circulation des personnes, notamment à travers le statut du citoyen européen¹¹⁰⁶.

¹¹⁰¹ J. H. WEILER, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, vol. 8, 1995, pp. 119-138., spéc. p. 122.

¹¹⁰² Voir sur ce sujet : G. D. BÚRCA, « The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor », *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, 1998, pp. 217-235; E. T. SWAINE, « Subsidiarity and Self-Interpret: Federalism at the European Court of Justice », *Harv. Int'l L.J.*, vol. 41, 2000, pp. 1-133.

¹¹⁰³ Voir infra § 973.

¹¹⁰⁴ C'est ce qui explique d'ailleurs que l'applicabilité des droits fondamentaux de l'Union européenne dépende du rattachement à ce champ d'application du droit de l'Union européenne (voir infra § 1146). Cela constitue d'ailleurs un argument supplémentaire quant à leur différenciation fonctionnelle au sein du plurijuridisme.

¹¹⁰⁵ Nous avons vu que la Cour de justice avait bien l'intention d'utiliser les intérêts individuels pour mettre en œuvre le droit communautaire à l'encontre des États au besoin (voir supra § 395 et s.). Nous reviendrons en outre sur les rapports entre les droits fondamentaux et les « libertés fondamentales » communautaires c'est-à-dire ces grandes libertés de circulation propres à l'espace européen.

¹¹⁰⁶ Sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour qui est passée d'un « constitutionnalisme de marché » à la construction d'un « espace socialisé » voir : L. AZOULAI, « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des

650 Outre l'autonomisation et la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne, cette méthode fonctionnelle¹¹⁰⁷ a donc tendance à étendre le champ d'application du droit communautaire. Le plurijuridisme s'en trouve alors durablement affecté puisque le point d'équilibre défini par la Cour de justice semble plutôt centripète¹¹⁰⁸. Un tel équilibre n'est toutefois pas du seul ressort de la Cour qui a affaire à un plurijuridisme encore plus complexe qu'il n'y paraît à ce stade.

II. Un juge de l'Union inséré dans un contexte pluriculturel et « pluriconstitutionnel »

A. Des cultures juridiques plurielles

651 Si l'on peut considérer que la construction européenne s'est faite par le droit et pour l'économie, elle n'en reste pas moins enchâssée dans une pluralité culturelle¹¹⁰⁹. C'est une évidence que de rappeler que l'Europe est composite culturellement : elle est constituée de différents peuples européens façonnés par une riche histoire qui a contribué à les distinguer les uns des autres, mais aussi à les réunir, que cela soit dans des circonstances conflictuelles ou apaisées.

652 Cette pluralité se retrouve nécessairement en matière de culture juridique. Il est d'ailleurs certainement plus difficile de démontrer l'existence d'une culture juridique européenne, dans son unicité, que de démontrer l'existence de la pluralité des cultures juridiques en son sein. On peut toutefois qualifier de *culture juridique européenne*¹¹¹⁰ cette technicité juridique propre à la construction communautaire qu'il s'agisse de méthode de travail de la Cour de justice ou de normes spécifiques comme les directives¹¹¹¹.

Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, vol. 1, 2008, pp. 29-46. Dans le même sens voir aussi A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 295 p., p. 209 et s.; J.-G. HUGLO, « Le principe d'égalité de traitement, vecteur de l'intégration sociale européenne », *Gaz. Pal.*, vol. 19 juin 2008, n°171, 2008, p. 52 et s.

¹¹⁰⁷ Voir supra, § 427 et s.

¹¹⁰⁸ Cependant l'interprétation de ces libertés peut parfois s'avérer protectrice des capacités normatives des États tout en contribuant à renforcer la libre circulation, notamment à travers le principe de reconnaissance mutuelle (voir supra § 246 et s.). Cela étant, la Cour contrôle toujours les raisons impérieuses d'intérêt général légitimant les entraves nationales aux libertés de circulation. Sur ces « techniques propices au respect de la diversité culturelle » voir : J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 599 p, p. 184 et s.

¹¹⁰⁹ Voir sur cette question la thèse de J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., spéc. pp. 401 et s.

¹¹¹⁰ Voir sur ce sujet en général : S. POILLOT-PERUZZETO, « Vers une culture juridique européenne, le pont de l'Europe » dans S. ROBIN-OLIVIER et D. FASQUELLE, dir., *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 171-196.

¹¹¹¹ La doctrine qui s'intéresse à ce savoir juridique particulier est d'ailleurs identifiée comme « communautariste ». Si cela ne saurait démontrer entièrement l'existence d'une culture juridique européenne (au sein de l'Université à

- 653 Mais cette culture juridique européenne ne saurait s'épanouir en dehors d'autres cultures juridiques de base sur lesquelles les différents juristes, et même les citoyens et justiciables, s'appuient dans leur compréhension juridique du monde.
- 654 On peut à cet égard s'intéresser aux *différentes traditions juridiques* que connaît l'Union européenne. L'Europe est plurijuridique¹¹¹² dans le sens où elle regroupe en son sein deux grandes traditions juridiques que sont la common law et le droit romano-germanique. Il existe en effet seulement deux États qui sont de tradition de common law, le Royaume-Uni et l'Irlande, tandis que trois « pays » sont mixtes (Chypre, Malte et l'Écosse : l'immense majorité des États membres de l'Union sont donc de tradition romaniste.
- 655 Le risque d'impérialisme en Europe vient ainsi des juristes romanistes qui pourraient être tentés d'oublier, sciemment ou non, les spécificités de la tradition de common law, en proposant par exemple l'adoption d'un code civil européen. Outre les critiques relatives à l'opportunité d'une telle unification du droit privé en Europe, une telle entreprise serait sans aucun doute attentatoire aux fondements mêmes de la pensée juridique des juristes de common law, comme l'a démontré avec force Pierre Legrand¹¹¹³.
- 656 Il faut concéder que l'Europe s'est d'abord construite sans les juristes de common law, en raison de l'adhésion ultérieure de ces pays, et nombreux sont les principes de droit public français et allemand que l'on retrouve dans le droit de l'Union européenne. C'est pourquoi certains juristes anglais ont pu avoir l'impression de devoir s'adapter à un style romano-germanique dont serait caractérisée la rédaction des textes européens¹¹¹⁴. En réalité, les juristes continentaux ont eux aussi à s'ajuster au droit communautaire : outre la question du droit jurisprudentiel fondé sur des

tout le moins), cette communauté scientifique a semble-t-il contribué à façonner le droit européen et ses raisonnements particuliers, voir sur cette question l'analyse et les références citées par J.-P. JACQUÉ, « Les "communautaristes" sous le regard des politologues », *RTDE*, 2012, pp. 737-740.

¹¹¹² Pierre Legrand qualifie d'ailleurs l'Europe de plurijuridique dans son plaidoyer contre un possible code civil européen, il utilise en fait ce terme dans le sens d'une dualité de traditions juridiques, et non dans le sens plus large que nous donnons au plurijuridisme dans cette thèse. P. LEGRAND, « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC*, vol. 48, 1996, pp. 779-812, spéc. p. 781.

¹¹¹³ *Ibid.*

¹¹¹⁴ C'est le cas par exemple de Lord Denning, voir V. GROSSWALD CURRAN, « Romantic Common Law, Enlightened Civil Law : Legal uniformity and the Homogenization of the European Union », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 7, 2001, pp. 63-126, spéc. p. 71 et s.

précédents de la Cour de justice¹¹¹⁵, l'esprit de la codification par exemple s'accorde mal avec l'idée de transposer des directives en droit national¹¹¹⁶.

657 L'Union européenne est donc bien plurijuridique, mais pourrait toutefois tomber dans un déséquilibre à la défaveur d'une tradition juridique minoritaire. Cela étant, son fonctionnement tellement spécifique ne saurait être assimilé à la tradition juridique majoritaire, le droit de l'Europe continental. En dépit de l'expérience historique du droit commun continental (*ius commune*), la culture juridique de l'Union est bien différente de la tradition romano germanique¹¹¹⁷.

658 En tout état de cause, le recours aux grandes traditions juridiques est d'une aide imparfaite pour comprendre l'enracinement pluriculturel de la construction européenne. À cet égard, on ne saurait passer sous silence la *pluralité linguistique* au sein de l'Union européenne¹¹¹⁸, qui compte pas moins de vingt-quatre langues officielles depuis l'adhésion de la Croatie. La langue est non seulement le vecteur culturel par excellence, mais revêt une importance tout à fait particulière en ce qui concerne la culture juridique, en raison du lien très étroit entre le droit et le langage de manière générale. Il est pourtant difficile d'affirmer que ces langues sont égales¹¹¹⁹. Formellement, le droit communautaire s'adresse à l'ensemble des cultures de l'Union par un système de traduction très poussée¹¹²⁰ dans chacune des « langues de tradition »¹¹²¹ ou maternelles européennes¹¹²², ce qui permet une forme de coordination entre les langues juridiques nationales¹¹²³. Mais ce système de traduction a ses limites¹¹²⁴ dès lors qu'on s'intéresse au

¹¹¹⁵ On peut en effet se demander si malgré le style très « continental » voire d'inspiration française, des décisions de la Cour de justice, il ne s'agit pas d'un droit jurisprudentiel fondé sur un système de précédent assoupli. Voir *ibid.*, p. 72 et s. Nous reviendrons plus tard sur ce point.

¹¹¹⁶ Voir *ibid.*, p. 73 et s.

¹¹¹⁷ Voir plus généralement : L. MOCCIA, « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », *RIDC*, vol. 49 (4), 1999, pp. 799-811.

¹¹¹⁸ Sur la question du respect de la diversité culturelle à travers les régimes linguistiques de la Communauté européenne voir J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire*, préc., spéc. pp. 462 et s.

¹¹¹⁹ S. WEERTS, « Égalité des langues? L'évolution du régime linguistique de l'Union à l'aune de la jurisprudence », *JDE*, 2014, pp. 234-241.

¹¹²⁰ Voir : A. FENET, « Diversité linguistique et construction européenne », *RTDE*, 2001, p. 235 et s.

¹¹²¹ S. GLANERT, « La langue en héritage : Réflexions sur l'uniformisation des droits en Europe », *RIDC*, vol. 4, 2006, pp. 1231-1247, spéc. p. 1243.

¹¹²² Ainsi, ces langues maternelles « ou de culture se présentent d'abord comme le terreau d'où a pu naître la langue juridique des différents ordres juridiques nationaux » S. POILLOT-PERUZZETO, « Vers une culture juridique européenne », préc., p. 190.

¹¹²³ *Ibid.*, p. 189 et s.

¹¹²⁴ Les limites concernent également la rapidité, le coût et l'exactitude de la traduction voir : A. FENET, « Diversité linguistique et construction européenne », préc.

processus d'élaboration des normes communautaires qui nécessite une langue de travail commune ou une « langue de service », afin de discuter et négocier.

659 À cet égard, il existe bien un :

*« mouvement européen (...) général qui voit, par exemple, la Commission européenne, l'une des institutions communautaires les plus productives, rédiger la plupart de ses textes originaux en anglais, et qui témoigne, par ailleurs, en dépit du multilinguisme officiellement proclamé, d'une présence informelle de l'anglais toujours plus accentuée à tous les niveaux de la construction européenne »*¹¹²⁵.

660 L'Union reconnaît et protège la diversité linguistique tout en fonctionnant informellement dans une langue de travail commune, l'anglais¹¹²⁶, ce qui oblige la grande majorité des juristes à composer dans une langue qui leur est étrangère¹¹²⁷ et dans une langue qui, paradoxalement, se rattache à une tradition juridique minoritaire en Europe, la common law. Ces circonstances particulières rendent sans doute les connaissances et la méthodologie du droit comparé indispensables pour les juristes des institutions communautaires, en particulier lorsqu'ils travaillent à une harmonisation ou une unification du droit. En tout état de cause, l'usage d'une langue unique de travail renferme nécessairement un risque de subordination des autres langues, voire des autres cultures¹¹²⁸. L'unilinguisme *de jure*¹¹²⁹ ou *de facto* reste sans doute à proscrire dans l'optique d'une construction pluraliste de l'Europe¹¹³⁰.

661 En dehors de la question linguistique ou des traditions juridiques, les cultures juridiques qui entourent et abreuvent la culture juridique européenne sont éminemment étatiques¹¹³¹. *Les différentes cultures juridiques nationales* sont non seulement préexistantes à la construction européenne, mais restent ancrées très fortement dans l'esprit des juristes européens pour qui la formation juridique, mais aussi la pratique, reste avant tout nationale. Il existe donc à la fois une

¹¹²⁵ S. GLANERT, « La langue en héritage », préc., p. 1242.

¹¹²⁶ Le français était auparavant la langue de travail privilégiée, ainsi que dans une moindre mesure l'allemand : A. FENET, « Diversité linguistique et construction européenne », préc.

¹¹²⁷ S. GLANERT, « La langue en héritage », préc., p. 1241.

¹¹²⁸ Sur les relations entre langues et uniformisation, l'auteure traductologue conclue ainsi que « la langue résiste au droit uniforme (tandis que les juristes peuvent naïvement aborder l'uniformisation des droits comme une panacée), tantôt (*sic*) en montrant que le droit uniforme étouffe la langue (tandis que les juristes oublient que le recours même à une langue de travail entraîne une subordination des autres langues toute empreinte de conséquences) » *ibid.* p. 1246.

¹¹²⁹ Pour une application récente du respect du multilinguisme contrôlé par la Cour de justice voir : CJUE, 27 novembre 2012, *République italienne c. Commission*, aff. C-566/10, *Rec. numérique*.

¹¹³⁰ En ce sens, voir aussi : A. FENET, « Diversité linguistique et construction européenne », préc.

¹¹³¹ Certes, il existe d'autres cultures juridiques en Europe qui peuvent se rattacher à des entités infraétatiques comme les États fédérés ou des régions autonomes. Il existe aussi d'autres peuples européens qui se distinguent des États dans lesquels ils se situent, et connaissent des cultures juridiques très distinctes. C'est le cas du peuple autochtone Saami du nord de l'Europe ou encore des Roms.

ignorance du droit communautaire et une résistance à son égard parmi nombre de juristes qui restent attachés à une conception du système juridique national par nature complet et clos. Comme le fait remarquer Patrick Glenn, passer d'une conception d'un « système juridique » à une tradition juridique nationale serait certainement une des clés de l'ouverture des cultures juridiques nationales à l'altérité européenne, tout en conservant un enracinement institutionnel et identitaire des traditions juridiques nationales¹¹³².

662 Au demeurant, ces traditions juridiques nationales, et plus précisément les traditions constitutionnelles nationales¹¹³³, sont reconnues par le droit primaire de l'Union européenne¹¹³⁴. Il faut en effet accorder une place toute particulière au droit constitutionnel des États membres de l'Union européenne dans la construction européenne.

B. De l'importance des droits constitutionnels nationaux européens

663 Jusqu'à présent, nous n'avons examiné cette histoire qu'à la lumière du seul récit européen. Mais il est utile de tenir compte de la narration normative du point de vue des États pour comprendre tout à fait ce plurijuridisme européen et que la Cour de justice ne l'a pas construit à elle seule. Et c'est à travers les Constitutions européennes et leur interprétation prétorienne que l'on peut saisir à quel point l'attache étatique est culturellement primordiale pour les juristes européens. La Constitution nationale est la manifestation et le fondement du pouvoir étatique, de sa souveraineté. Elle fait par essence partie de la culture juridique nationale, tant sur le plan symbolique que grâce aux dispositions propres à une culture nationale qu'elle contient et protège¹¹³⁵.

664 En outre, du point de vue de l'État membre, c'est bien souvent à travers sa constitution nationale que les rapports avec l'espace juridique européen sont organisés. Ainsi, du point de vue du juriste de droit interne, l'effectivité et la primauté du droit communautaire ne sont pas dues à son affirmation autonome par le droit communautaire (des traités ou de la jurisprudence), mais à leur reconnaissance par le droit constitutionnel national.

¹¹³² P. GLENN, « La tradition juridique nationale », *RIDC*, vol. 55, 2003, pp. 263-278.

¹¹³³ Article 6 § 3 TUE « Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux », nous y reviendrons en *infra* § 824.

¹¹³⁴ Voir les articles 13 TFUE, 67 TFUE, 82 TFUE.

¹¹³⁵ Ces protections se retrouvent bien souvent formulées en termes de droits fondamentaux, ce que nous étudierons *infra* § 1661 et s.

665 Une telle analyse des vingt-huit droits constitutionnels des États membres dépasse le cadre de notre étude¹¹³⁶, car elle nécessite de s'intéresser aux dispositions constitutionnelles, à leur interprétation par les juridictions, constitutionnelles en particulier, et donc aussi aux types de contrôle de constitutionnalité qui éclairent la jurisprudence constitutionnelle sur les rapports entre États membres et l'Union¹¹³⁷. Les considérations suivantes visent simplement à montrer que dans la majorité des États, la Constitution nationale reste la norme suprême. Pour autant, grâce à des révisions constitutionnelles européennes, ou plus rarement par l'adoption de lois ordinaires, les États membres ont su s'adapter à la construction européenne en prévoyant bien souvent des clauses de renvoi ou de reconnaissance du droit communautaire ou « des clauses d'intégration nationale »¹¹³⁸. De telles clauses, ainsi que leur interprétation prétorienne, tendent souvent à reconnaître que l'effectivité du droit communautaire n'est pas due à une affirmation autonome, comme la Cour de justice a pu l'exprimer, mais dépend d'une reconnaissance étatique. Ces clauses de renvoi ou de reconnaissance sont d'une grande diversité, et ne sont pas toujours d'une clarté exemplaire à propos des rapports de primauté ou encore quant aux conditions des transferts de compétences vers l'Union.

666 Il existe d'abord des États qui ne connaissent pas de clause de renvoi ou de reconnaissance de type constitutionnel. C'est le cas du Royaume-Uni¹¹³⁹ qui ne possède pas de Constitution formelle et c'est donc une loi, *l'European Communities Act* de 1972 qui règle le problème de la reconnaissance et résout les problèmes de conflit éventuel avec le droit communautaire.

667 Il existe également des cas atypiques, parmi lesquels figure l'Irlande qui prévoit son adhésion dans la Constitution, mais dont la reconnaissance du droit communautaire dépend d'une loi, *l'European Communities Act* de 1972.

¹¹³⁶ Voir sur ce sujet par exemple : C. GREWE, « Constitutions nationales et droit de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, n° 105, 2009; C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États-membres de l'Union européenne : Flash Back sur le coming-out d'un concept ambigu », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 319-345; J.-V. LOUIS et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne* Paris, L.G.D.J., 2005, 458 p., p. 333 et s; X. MAGNON, « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemandes, espagnol, française et italienne », *ADE*, vol. II, 2004, pp. 119-147.

¹¹³⁷ Ces rapports plurijuridiques entre constitutions nationales et droit européen revêtent une dimension fondamentale dans le contentieux des droits fondamentaux qui sera étudié plus tard.

¹¹³⁸ J. SANCHEZ, « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et les clauses d'intégration nationale », *RFDC*, vol. 74, 2008, pp. 351-377.

¹¹³⁹ C'est aussi le cas de Malte qui bien que disposant d'une Constitution écrite règle cette question dans *l'European Union Act* de 2003.

- 668 D'autre part, certains États ne traitent pas différemment dans leur droit constitutionnel le cas de l'Union européenne de celui du droit international général, et assimilent les cas de transfert de compétences à l'Union à ceux vers une organisation internationale¹¹⁴⁰. Cela ne les empêche pas de prévoir certaines limites aux transferts de compétences extérieurs afin de protéger leur souveraineté¹¹⁴¹, ou au contraire d'accepter une ouverture maximale envers les transferts¹¹⁴².
- 669 Enfin, les autres États européens ont prévu des clauses constitutionnelles traitant spécifiquement du droit communautaire ou de l'Union européenne. La variété de ces clauses constitutionnelles de reconnaissance n'en reste pas moins grande puisqu'elles peuvent être relatives aux transferts de compétences, ne concerner que l'adhésion, ou encore prévoir les rapports de primauté.
- 670 Lorsque les clauses sont relatives au transfert de compétences, elles peuvent être très générales et contenir éventuellement des limites expresses aux transferts de compétences vers le niveau européen¹¹⁴³, ou au contraire être sectorielles ou ponctuelles¹¹⁴⁴.
- 671 Une autre grande distinction des rapports constitutionnels du point de vue des États est relative aux modalités d'adaptation du droit national en cas de transfert de compétences. Parfois, le transfert de compétences vers l'Union européenne nécessite une révision de la Constitution nationale, soit parce qu'il y a une contrariété avec les transferts prévus par le traité¹¹⁴⁵, ou tout simplement parce qu'une révision constitutionnelle est obligatoire dans ce cas¹¹⁴⁶. D'autres États prévoient en cas de transfert de compétences une procédure renforcée, une acceptation par une majorité consolidée ou un quorum spécifique au Parlement par exemple. Enfin, d'autres autorisent le transfert de compétences via une loi ordinaire.

¹¹⁴⁰ C'est le cas de l'Autriche, la Belgique, la Finlande, la Grèce, l'Italie, la Slovénie ou la République tchèque qui ont une clause de renvoi au droit communautaire, mais qui assimilent les transferts à ceux envers une organisation internationale. D'autres États au contraire ne prévoient aucune clause spécifique et assimilent totalement le droit communautaire au droit international : c'est le cas au Danemark, en Espagne, au Luxembourg, aux Pays-Bas ou en Pologne.

¹¹⁴¹ Par exemple au Danemark il existe une exclusion du transfert de « la compétence de la compétence », en Grèce les transferts ne doivent pas léser les fondements du régime démocratique.

¹¹⁴² Comme c'est le cas des Pays-Bas.

¹¹⁴³ C'est le cas par exemple de l'Allemagne.

¹¹⁴⁴ « Tantôt la participation limitée se voit confirmée par une formule générale (Hongrie, Lituanie), par la référence à un traité déterminé (Irlande, France) ou par l'énumération des compétences susceptibles d'être transférées (France), tantôt elle est laissée dans un certain flou (Roumanie) ». C. GREWE, « Constitutions nationales et droit de l'Union européenne », préc., § 61 et s.

¹¹⁴⁵ C'est le cas de la France.

¹¹⁴⁶ Comme c'est le cas de l'Irlande.

- 672 Mais la question la plus problématique reste sans doute celle de la primauté. En droit constitutionnel classique, la Constitution est par définition la norme suprême, qui prévaut et qui fonde l'ordre juridique étatique. Elle peut donc prévoir sans difficulté « des obligations constitutionnelles de mise en œuvre des normes européennes »¹¹⁴⁷, et indépendamment de la tradition moniste ou dualiste de l'État membre, une reconnaissance de la primauté du droit communautaire, qu'il soit primaire ou dérivé, sur les lois nationales.
- 673 En revanche, la primauté du droit communautaire sur les Constitutions nationales est exceptionnelle, et ne concerne que les Pays-Bas¹¹⁴⁸ et l'Estonie¹¹⁴⁹. Si certains États ont des positions plus ambivalentes à cet égard¹¹⁵⁰, la grande majorité des États membres connaissent des contrôles de constitutionnalité du droit communautaire, en particulier du droit primaire, exercés généralement par des Cours constitutionnelles spécialisées ou par des Cours suprêmes et juges ordinaires. Ces types de contrôles sont très variés, puisqu'ils peuvent être *a priori*, *a posteriori*, ou les deux, et peuvent concerner le droit communautaire primaire, mais aussi éventuellement le droit national d'application ou encore le droit communautaire dérivé¹¹⁵¹.
- 674 Ceci appelle une série de remarques au regard des rapports plurijuridiques qui nous intéressent (bien que le sujet puisse faire l'objet de développements substantiels). En premier lieu, l'existence de ce contrôle démontre bien la sujétion, au moins formellement, du droit communautaire au droit constitutionnel. On peut toutefois nuancer cette subordination formelle par la pratique : en effet, les conséquences d'une décision d'inconstitutionnalité n'ont jusqu'à présent jamais engendré de blocage de la construction européenne. Par exemple en France, une décision préventive d'inconstitutionnalité d'un traité communautaire a toujours été suivie d'une révision de la Constitution qui s'est donc adaptée aux nouvelles exigences de l'intégration en

¹¹⁴⁷ P. DELVOLVÉ, « L'autonomie constitutionnelle des États dans les droits européens », *RFDC*, vol. 100, 2014, pp. 887-906, spéc. p. 897 et s.

¹¹⁴⁸ En raison de la tradition moniste des Pays-Bas et de l'absence de mécanisme assurant la suprématie de la Constitution sur le droit international, on peut considérer que la primauté communautaire s'impose à l'ensemble du droit néerlandais, y compris constitutionnel.

¹¹⁴⁹ La Cour suprême estonienne a estimé en effet que dans les domaines de compétence exclusive de l'Union ou de compétence partagée, la Constitution estonienne ne s'applique que dans la mesure où elle est compatible avec le droit de l'Union : Cour suprême estonienne, 11 mai 2006, Décision n° 3-4-1-3-06, no 19, 176, « *Riigi Teataja* ».

¹¹⁵⁰ Ce qui est le cas de l'Irlande, de Chypre, ou de l'Autriche et du Royaume-Uni, ou encore de la République tchèque, du Portugal ou de la Slovaquie pour des raisons diverses et selon des degrés d'ouverture plus ou moins grands : C. GREWE, « Constitutions nationales et droit de l'Union européenne », préc., § 97 et s.

¹¹⁵¹ Nous reviendrons plus tard sur ce point controversé puisque la Cour de justice exclut la possibilité d'un contrôle de validité du droit communautaire dérivé par les juges nationaux.

modifiant ce que le Conseil constitutionnel avait signalé comme étant incompatible. De ce constat tiré du cas français découlent les deux autres remarques.

675 D'une part, l'existence de ce contrôle prétorien donne une place toute particulière à l'interprétation par les juges constitutionnels. Ainsi, les rapports entre États membres et droit communautaire dépendront de la conception prétorienne des principes constitutionnels nationaux, comme le principe démocratique, de souveraineté ou de l'État fédéral le cas échéant, lus en rapport avec les clauses constitutionnelles de renvoi ou de reconnaissance du droit de l'Union. L'exercice de conciliation de ces différents principes constitutionnels est ainsi d'une importance déterminante dès lors qu'il s'agit pour le juge national de limiter l'intégration communautaire ou d'y résister, comme a pu le faire le juge allemand, ou bien au contraire de favoriser une ouverture à son égard.

676 D'autre part, si la décision d'inconstitutionnalité du droit communautaire entraîne la révision du droit constitutionnel comme dans le cas français, cela revient dès lors à s'intéresser à la question de la révision de la Constitution nationale en vue de s'adapter à l'intégration communautaire. Autrement dit, l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir constituant national sont un caractère essentiel à la compréhension du plurijuridisme européen d'un point de vue interne. Il faut dès lors s'intéresser, État par État, aux modalités de révisions, et examiner par exemple si la majorité qualifiée exigée auprès du Parlement est difficile à atteindre politiquement, ou encore si le référendum populaire est obligatoire¹¹⁵² ou facultatif,¹¹⁵³ etc. Il n'est pas inutile de remarquer qu'une Constitution extrêmement rigide combinée avec des exigences poussées d'un juge constitutionnel aurait entraîné un blocage de l'intégration européenne, et que cela ne s'est pour l'instant pas produit. Il n'est pas vain de rappeler que certains États, comme l'Allemagne, connaissent des principes constitutionnels qu'il est impossible de réviser, en raison de leur « supraconstitutionnalité ». Or, le respect de ces principes lors des révisions constitutionnelles étant sanctionné par le juge constitutionnel, ressurgit alors la problématique de la conciliation de ces principes avec l'intégration européenne. Excepté que, dans le cas de la supraconstitutionnalité, le pouvoir politique, à travers le pouvoir constituant dérivé, ne pourra pas être en mesure de poursuivre l'intégration par une modification constitutionnelle.

¹¹⁵² Comme c'est le cas en Irlande.

¹¹⁵³ Comme c'est le cas en France.

677 Si l'on ne devait citer qu'un seul exemple de résistance à l'intégration européenne¹¹⁵⁴, le cas allemand est sans doute le plus frappant, même s'il n'est pas nécessairement représentatif des autres États européens. La Cour constitutionnelle fédérale allemande est en effet allée très loin dans l'édification d'un rempart constitutionnel national contre la construction européenne, notamment celle inculquée par la Cour de justice. Ainsi, dès 1987 elle pose pour limite à l'intégration le respect par la Communauté européenne des compétences qui lui sont attribuées, y compris par la Cour. Elle interdisait alors au législateur allemand de transférer à la Communauté des compétences de manière illimitée ou la reconnaissance de « la compétence de la compétence »¹¹⁵⁵. La Cour de Karlsruhe alla même plus loin dans sa *décision sur le Traité de Lisbonne* puisque, en ce qui concerne le principe d'attribution, elle rappelle qu'elle a déjà ouvert la voie d'un contrôle *ultra vires* qui s'applique en cas de violation des limites lors de l'exercice de compétences par les organes communautaires ou de l'Union¹¹⁵⁶. En outre, la Cour constitutionnelle fédérale allemande contrôle le respect noyau dur intangible de l'identité constitutionnelle¹¹⁵⁷ de la *Loi fondamentale* selon l'article 23 alinéa 1 phrase 3 GG (la clause de renvoi à l'Union européenne) combinée à l'article 79 alinéa 3 GG (c'est-à-dire l'interdiction pour le pouvoir constituant de modifier l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, soient les droits fondamentaux). Selon la Cour, ce contrôle « permet d'assurer que la primauté d'application du droit de l'Union ne s'applique qu'en vertu et dans les limites de l'habilitation constitutionnelle persistante »¹¹⁵⁸. Malgré l'affirmation d'une exception dans l'intégration, et plus précisément la

¹¹⁵⁴ Pour d'autres cas voir par exemple P. DELVOLVÉ, « L'autonomie constitutionnelle des États dans les droits européens », *ibid.*, vol. 100, 2014, p. 887-906, spéc. p. 902 et s.

¹¹⁵⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 8 avril 1987, BVerfGE 75, 223, « *Kloppenburg* ».

¹¹⁵⁶ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, BVerfGE 73, p. 240, « *Décision sur le Traité de Lisbonne* », p. 240. Sur ce sujet, voir D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne - L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la Cour constitutionnelle fédérale », *CDE*, vol. 45, 2011, pp. 639-710; D. DITTERT, « La Cour constitutionnelle allemande et le traité de Lisbonne », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 847 - 859; X. MAGNON, « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? », *RFDC*, vol. 52, 2010, pp. 417-442. La Cour suprême danoise revendique également la possibilité de considérer un acte européen comme étant *ultra vires* dans sa décision du 6 avril 1998, affaire I-361/1997, *Carlson and Others v Rasmussen*, tout comme la Cour constitutionnelle Tchèque (décision du 31 janvier 2012, Pl. US 5/12. 40).

¹¹⁵⁷ Ce concept est aussi utilisé par d'autres juridictions nationales, comme le Conseil Constitutionnel français ou la Cour constitutionnelle tchèque. Nous y reviendrons en infra (§ 1666 et s.) dans la mesure où cette notion n'est pas sans incidence dans le contentieux des droits fondamentaux.

¹¹⁵⁸ *Décision sur le Traité de Lisbonne*, préc., p. 240.

primauté du droit européen, la Cour conclut à la conformité du *Traité de Lisbonne* après une longue analyse notamment de la conformité au principe de démocratie¹¹⁵⁹.

678 S'agissant du contrôle *ultra vires*, dans l'affaire du 6 juillet 2010 *Honeywell*, où la question de l'application de ce contrôle *ultra vires* se posait concrètement, la majorité de la Cour constitutionnelle allemande a estimé qu'en l'espèce qu'il n'y a pas de dépassement par la Cour de Luxembourg des compétences définies par les traités et que le dépassement devait être évident¹¹⁶⁰. Plus récemment dans la *décision relative à l'OMT* elle a réitéré que l'Union européenne ne disposait que de compétences d'attribution, et non « la compétence de la compétence » réservée aux États souverains, ce qui lui permet d'écarter éventuellement une norme européenne y compris jurisprudentielle *ultra vires*¹¹⁶¹, après l'intervention de la Cour de justice, qu'elle saisit donc par la voie préjudicielle¹¹⁶².

679 Pour conclure sur ce très bref aperçu des rapports plurijuridiques du point de vue national, il apparaît qu'ils ne sont pas appréhendés de la même manière par la Cour de justice et par chacun des États membres. Il y a ainsi non seulement une pluralité d'espaces normatifs autonomes, mais aussi une pluralité dans la manière d'envisager les rapports entre ces espaces, qu'il s'agisse de leur simple reconnaissance, de la résolution des conflits de normes ou même du contenu de la répartition des compétences. La Cour de justice est donc concurrencée par les cours suprêmes ou constitutionnelles nationales sur l'interprétation des rapports plurijuridiques européens. Elles peuvent dès lors constituer « l'obstacle le plus sérieux au développement de l'intégration

¹¹⁵⁹ Encore une fois, en réalité le processus d'intégration communautaire n'a pour l'instant jamais été bloqué.

¹¹⁶⁰ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, Décision du 2e sénat BvR 2661/06 « *Honeywell* », voir L. DECHÂTRE, « Karlsruhe et le contrôle *ultra vires* : une "source de miel" pour adoucir la très acidulée décision Lisbonne », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 861-873. Nous reviendrons plus tard sur cette affaire qui concernait le contentieux des droits fondamentaux.

¹¹⁶¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 14 janvier 2014, affaire des rachats d'obligations souveraines par la Banque centrale européenne (« *Opération monétaire sur titres* ») dite *OMT*, § 31. Voir sur cette décision : A. PLIAKOS, « Le premier renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle allemande à la CJUE : un pas en avant, deux pas en arrière? », *Revue de l'Union Européenne*, vol. 584, 2015, pp. 41-50. S. PEYROU, « Cour constitutionnelle allemande et pouvoirs de la Banque centrale européenne : le premier renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne (décision du 14 janvier 2014) », *RFDC*, vol. 101, 2015, pp. 145-163; F. C. MAYER, « La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relativement au programme OMT. Rebelles sans cause ? Une analyse critique du renvoi de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le dossier des OMT », *RTDE*, 2014, pp. 683-714.

¹¹⁶² C'est en ce sens que la décision de 2014 est historique, la Cour constitutionnelle allemande procède pour la première fois à un renvoi préjudiciel vers la Cour de justice.

européenne »¹¹⁶³. En tout état de cause, la question d'une Constitution européenne, au sens fonctionnel, se heurte à la contestation par certains États membres de sa primauté et de son fondement originaire autonome, ce qui affaiblit *in fine* la thèse de l'existence d'un ordre juridique moniste au sommet duquel on trouverait une Constitution européenne.

680 Ce double pluralisme, pluralisme des espaces normatifs, pluralisme de leurs interactions, a poussé la doctrine à imaginer des modèles théoriques qui permettent de réfléchir au-delà du cadre hiérarchique manifestement dépassé lorsqu'on tient compte des récits plurijuridiques nationaux et non pas seulement de celui de la Cour de justice. C'est dans ce cadre qu'apparaissent les idées, sur lesquelles nous reviendrons, de constitutionnalisme à plusieurs niveaux¹¹⁶⁴ ou en réseau¹¹⁶⁵, la tolérance constitutionnelle¹¹⁶⁶, le métissage¹¹⁶⁷ ou encore les concepts de fédéralisme supranational¹¹⁶⁸, de pluralisme constitutionnel¹¹⁶⁹, ou de pluralisme juridique,¹¹⁷⁰ mais aussi la critique de ces théories au nom de l'effectivité du droit de l'intégration¹¹⁷¹.

681 Ce détour par les droits constitutionnels nationaux dépasse donc la dimension pluriculturelle de l'Europe, puisqu'il permet d'apercevoir la manière dont certains États entendent protéger leur autonomie normative (notamment via des principes de souveraineté ou de démocratie), du moins sur le plan des principes. On remarque en outre qu'à l'intégration substantielle opérée par la Cour de justice à travers les interdictions imposées aux États dans le but de créer un espace commun, les États, et leurs juges, entendant contenir cette expansion répondent à la fois sur le terrain « classique » des compétences (le contrôle *ultra vires*) et sur l'aspect substantiel à travers la protection d'une identité constitutionnelle, un contenu normatif national inébranlable,

¹¹⁶³ X. MAGNON, « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? », préc.

¹¹⁶⁴ I. PERNICE, « Multilevel constitutionalism in the European Union », *ELR*, vol. 27, 2002; I. PERNICE, « The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 15, 2009, pp. 349-408.

¹¹⁶⁵ F. GIORGI, « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », Communication au VIIème Congrès de l'Association française de droit constitutionnel à Paris, 25-27 septembre 2008, en ligne: <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/GiorgiTXT.pdf>>.

¹¹⁶⁶ J. H. H. WEILER et M. WIND, dir., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2003, 244 p.

¹¹⁶⁷ I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens », *CDE*, vol. 1 et 2, 2007, pp. 111-148.

¹¹⁶⁸ A. VON BOGDANDY, « Doctrine of Principles », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.9/03, 2003.

¹¹⁶⁹ R. BARENTS, « The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism », *E.C.L. Review*, vol. 5, 2009, pp. 421-446.

¹¹⁷⁰ D. RITLENG, « Le principe de primauté de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303, spéc. p. 298 et s. c'est-à-dire que le principe de primauté n'est qu'un mythe

¹¹⁷¹ J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'union, un concept dépassé? », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 443-461.

indissoluble dans la construction européenne. De toute évidence, ces liens entre plurijuridisme et pluralité des cultures juridiques sont profonds, comme nous le verrons par la suite¹¹⁷².

682 Pour conclure, l'équilibre plurijuridique de l'Union européenne ne saurait donc dépendre de la seule action de la Cour de Luxembourg, car sa vision des rapports normatifs avec les États membres est concurrencée par celle des différents États membres, juges constitutionnels en tête. Elle demeure toutefois l'actrice la plus déterminante dans le balancement des pouvoirs normatifs des deux niveaux de gouvernance, car sa jurisprudence sur la répartition des compétences et l'encadrement de celle des États n'a jamais été frontalement et unilatéralement reniée par les États. Lorsqu'ils ont voulu freiner l'extension jurisprudentielle des compétences, ils l'ont fait par le biais de la révision des traités, c'est-à-dire par des voies concertées et sur des points de détail ou relativement isolés. À la lumière des décisions de la Cour de justice, on peut avoir l'impression d'un point d'équilibre défavorable aux États et qui donne la part belle à l'Union dont le champ d'application matériel serait potentiellement illimité. Mais cela serait oublier que le plurijuridisme européen s'est créé à partir d'une autonomie normative étatique totale, une indépendance, ce qui explique que la Cour de justice persiste à fortifier le plus possible le pouvoir normatif européen. Le plurijuridisme européen continue de donner une grande place à la diversité juridique, que ce soit celle qui émane de la volonté des États membres ou celle plus vaste qui relève de la langue ou de la tradition juridique. En revanche, sur ces deux derniers aspects du plurijuridisme la Cour de justice ne semble pas pour l'heure le protagoniste le plus important¹¹⁷³.

Conclusion du chapitre

683 Les plurijuridismes canadiens et européens se trouvent donc bel et bien affectés par des « contenus normatifs », et pas seulement par des règles délimitant des « contenants normatifs ». Ces contenus peuvent se regrouper autour de deux axes : un axe culturel et un axe substantiel.

684 Sur les relations complexes qu'entretiennent les juges suprêmes avec les cultures (et leur rapport au droit) présentes dans l'espace plurijuridique, on observe des problématiques connexes sans pour autant que l'attitude des juges se ressemble. Dans le cas des peuples autochtones du Canada, c'est leur culture distincte qui fonde leurs droits ancestraux et une partie de leur autonomie

¹¹⁷² Nous reviendrons notamment sur la question de l'identité constitutionnelle dans la partie 3.

¹¹⁷³ Mais ces problématiques lui seront à l'avenir peut-être de plus en plus soumises. Notamment dans le cadre du respect de la libre circulation comme dans l'affaire sur laquelle nous reviendrons en infra (§ 1608) : CJUE (G.C.), 16 avril 2013, *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, aff. C-202/11, *Rec. numérique*.

normative et qui justifie une partie de leur délimitation. Ce rapport de dépendance extrême entre les deux est même critiquable puisqu'il entraîne un essentialisme passéiste et qu'il ne permet pas toujours de laisser la plus grande liberté possible aux peuples autochtones. Cette connexion entre culture et autonomie normative ne permet même pas au juge de tirer toutes les conséquences sur les différences entre les cultures juridiques.

685 Au contraire lorsqu'on étudie le fédéralisme canadien ou la construction européenne, on constate que les dimensions culturelles se superposent aux questions de répartition des compétences. Elles sont davantage des facteurs parmi d'autres que le juge doit prendre en considération dans l'équilibre du plurijuridisme.

686 Les questions de différences culturelles et de traditions juridiques se juxtaposent au Canada en raison des origines de la fédération, qui avait entre autres pour vocation de gérer la différence originelle entre Canadien anglais et Canadien français. La question est un peu plus complexe en Europe en raison de la plus grande variété de cultures en présence.

687 Il existe toutefois des problématiques comparables de part et d'autre de l'Atlantique, lorsqu'on s'intéresse aux langues juridiques (et la place de l'anglais) ou aux traditions juridiques, qui, lorsqu'elles sont ultramajoritaires, tendent à ne pas simplement influencer comme il est classique de le constater, mais à « avaler » l'autre tradition. Si le Canada, de ce point de vue, avait poussé la tendance à l'extrême, avec l'uniformisation par la common law, la Cour suprême a su rectifier cette propension en redonnant une autonomie au droit romano-germanique et en réfléchissant à des méthodologies appropriées. En Europe, la spécificité du droit communautaire, si elle a un lien avec le droit romano-germanique, ne saurait lui être assimilée. C'est ce qui explique peut-être la moindre nécessité pour la Cour de Luxembourg de se saisir de la question du « bijuridisme européen ». Elle pourrait toutefois y être amenée si les institutions européennes ne prennent pas suffisamment en compte ces problématiques. Car, au-delà de la répartition des compétences, l'équilibre dans le plurijuridisme se trouve aussi dans les cultures sous-jacentes qui nourrissent et transcendent les autonomies normatives. D'où la nécessité parfois de recourir à des dispositions substantielles pour tenir compte de dynamiques culturelles spécifiques à un espace plurijuridique. C'est ce qu'a fait le constituant canadien dès 1867, même si les dispositions substantielles ne sont pas l'apanage du seul fédéralisme canadien.

688 Le plurijuridisme repose sur un socle culturel, il répartit des pouvoirs. Il fonctionne aussi grâce à des règles substantielles qui brouillent parfois les pistes de l'équilibre entre les différentes autonomies, mais n'en sont pas moins utiles.

689 Dans les trois cas de plurijuridisme, nous avons pu observer que certaines dispositions prévoyaient de confier des pouvoirs (des normes habilitantes) et d'autres de nature substantielle qui prescrivent des interdictions ou des obligations. Or, ces dernières règles exercent aussi une influence sur l'équilibre plurijuridique. Même si cela avait pu sembler de prime abord étonnant, dans les trois cas des règles substantielles exercent une influence sur le cœur de l'organisation juridique de l'unité et de la diversité dans les espaces plurijuridiques. Simplement, ces règles ont été formulées non pas dans des termes attributifs de pouvoirs pour telle ou telle collectivité, mais par une sorte de formulation *a contrario* : elles ont été formulées comme des limites matérielles au pouvoir d'autres collectivités. Ainsi les droits ancestraux sont avant tout des limites que l'État canadien ne peut franchir, mais qui reconnaissent *a contrario* des pouvoirs aux peuples autochtones. Les droits sur les minorités linguistiques et confessionnelles du Canada limitent les pouvoirs provinciaux en matière d'éducation, et allouent à ces minorités une forme d'autonomie en raison des particularismes linguistiques et religieux. Les grandes libertés de circulation européenne et le droit à la non-discrimination selon la nationalité limitent le pouvoir des États membres, pour construire l'Europe, le contenu du marché commun relevant dès lors du niveau européen.

690 Ces droits et libertés substantiels sont ainsi très proches des droits fondamentaux puisqu'ils ont pour vocation de limiter un pouvoir. Excepté que ces règles-là ont vocation à créer ou privilégier un niveau de gouvernance précis, et non pas à limiter le pouvoir en général. Elles existent *en vue* de modifier l'équilibre plurijuridique, car elles concernent les autonomies d'une collectivité déterminée de l'espace plurijuridique par rapport à une autre et non pas des individus isolés (ou éventuellement regroupés¹¹⁷⁴) par rapport à une collectivité politique.

691 Elles sont formulées en termes de « droits » ou de règles substantielles, en raison du besoin de contrer un pouvoir au départ fort, pour construire ou reconnaître un plurijuridisme (du commun pour l'Europe ou de la diversité pour les autochtones). Or, ce pouvoir fort, c'est l'État qui

¹¹⁷⁴ Les droits fondamentaux qui s'exercent collectivement ne protègent pas des collectivités humaines désignées nommément (comme la liberté d'association par exemple). Ils se distinguent à cet égard des droits dont le groupe désigné est le titulaire et qui dispose ainsi d'une autonomie normative plus ou moins étendue.

pendant très longtemps l'a détenu dans sa totalité. La formulation en termes de règles substantielles permet de s'assurer que sur certaines matières (droits ancestraux, langue dans l'éducation¹¹⁷⁵, circulation des marchandises, etc.), son autonomie normative sera arrêtée pour laisser la place à une autre autonomie normative : celle des peuples autochtones¹¹⁷⁶, celle de l'Union européenne.

692 C'est ainsi que l'énonciation en termes de règles substantielles implique une interdiction à laquelle il est possible de déroger, pour peu que cela se justifie¹¹⁷⁷. C'est l'État qui devra en faire la preuve dans ce contentieux, de manière à renverser la présomption de pouvoir qu'il détenait, avant son adhésion à l'Union ou avant qu'il n'admette le droit autochtone. Mais on ne sera pas étonné que des résurgences liées à la souveraineté apparaissent ici comme justification, encore faut-il que ces justifications soient raisonnables (ou proportionnelles). On ne renverse donc pas totalement la délimitation des autonomies normatives, on crée une présomption, réfragable, qui permet au fond à l'État de retrouver, à condition de l'argumenter, une possibilité d'agir. On trouve ainsi dans la justification des prérogatives toutes régaliennes, qui relèvent de l'ordre public ou de la souveraineté. Ce faisant, les arguments relatifs à la sécurité resurgissent dans le cas des autochtones et de l'Union comme relevant de la sphère étatique, par principe. Ce n'est plus ici tellement une question de subsidiarité, de savoir si c'est le niveau local ou global le mieux à même de régler le problème (le cas est d'ailleurs inversé entre les autochtones et l'Europe), mais plus une chasse gardée conservée par les États qui considèrent que ces questions relèvent des grandes fonctions régaliennes ou du « monopole de la violence légitime ». Bien entendu, ces argumentations sont reçues par le juge qui tranchera par ce biais la répartition des pouvoirs sur une question substantielle précise. Et la place qu'il tient dans l'espace plurijuridique compte pour beaucoup dans cette appréciation. Ainsi, on ne s'étonnera pas que le juge étatique canadien soit réticent à ce que les relations commerciales extérieures soient réservées à l'État au nom de la

¹¹⁷⁵ Cette autonomie scolaire est toutefois limitée et n'est reconnue que lorsque le nombre le justifie (*Mahe c. Alberta*, préc.)

¹¹⁷⁶ En ce qui concerne les minorités linguistiques et religieuses du compromis fédératif canadien, on a pu expliquer que cette autonomie était tellement limitée qu'en réalité elle n'était pas digne de figurer dans la composition du plurijuridisme canadien. On peut aussi considérer qu'en réalité, comme cette protection a indirectement pour but de garantir la création de la fédération canadienne, elle fait pencher l'équilibre en faveur du niveau global, car en cas d'indépendance de toutes les provinces, ces minorités perdraient leurs privilèges.

¹¹⁷⁷ En revanche, ce n'est pas le cas pour l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

souveraineté, alors que pour le juge européen cet argument n'a pas eu d'écho¹¹⁷⁸ : chacun a, semble-t-il, prêché pour sa paroisse.

693 Une autre explication à l'utilisation d'un argument d'ordre public afin de limiter un pouvoir non étatique tient à l'analogie que l'on peut faire avec le contentieux des droits fondamentaux. Dans le cas des droits fondamentaux « individuels », il paraît logique que l'État puisse opposer un argument d'ordre public à la liberté individuelle, car le pouvoir collectif a pour fonction originelle de réguler les grandes pulsions individuelles et garantir l'ordre social ou du moins un certain vivre ensemble¹¹⁷⁹. Cet impératif commande donc une discussion au cas par cas sur la proportionnalité ou plus généralement la « raisonnable » pour mettre en balance les deux pôles individuels et collectifs. Mais lorsque les dispositions substantielles ont pour objectif de transformer le plurijuridisme, ou même de créer un espace normatif, alors l'argument de l'ordre public sert à déterminer quel pouvoir est en charge de cette question. C'est donc avant tout un argument de conservatisme qui fait pencher pour le niveau étatique.

694 Les règles substantielles ayant pour fonction de réguler le plurijuridisme entraînent donc une ambiguïté certaine dans l'esprit des juges en raison de leur proximité avec les droits fondamentaux. Cette confusion peut parfois entraîner des effets pervers, ou du moins des conséquences non entièrement mesurées. D'autant plus, lorsque d'autres enjeux entrent en considérations, comme dans l'affaire *Morris*¹¹⁸⁰ entre droits ancestraux et la répartition fédérale, ou quand les droits individuels entrent en ligne de compte.

¹¹⁷⁸ On admettra que cette fois-ci dans les deux cas, il s'agit davantage d'une application du principe de subsidiarité. Mais ce n'est pas sur ce principe que le juge canadien entend refuser aux autochtones le droit ancestral en question.

¹¹⁷⁹ Selon cette idée ancienne venue d'Hegel selon laquelle, pour caricaturer, sans l'État, l'homme est un loup pour l'homme.

¹¹⁸⁰ *R. c. Morris*, préc., voir supra § 620.

CONCLUSION DU TITRE II

- 695 Il est au final remarquable à quel point le rôle des juridictions suprêmes est déterminant dans le façonnement de ces constructions juridiques, même si elles justifient et orientent leur action de manière différente. Même si les équilibres en jeu en Europe et au Canada sont inévitablement différents les uns des autres, tant les contextes culturels et normatifs sont au départ fort dissemblables, la manière dont les juges suprêmes appréhendent leur rôle et les techniques utilisées trouvent de nombreux points communs.
- 696 On a ainsi pu analyser la manière donc elles exercent un rôle dans le plurijuridisme et son équilibre selon trois angles : le premier, le plus évident consiste à répartir des pouvoirs entre différents niveaux, le deuxième concerne leur appréhension sur les relations culture et droit, enfin le troisième se manifeste par des règles matérielles. Il se peut parfois que les trois dimensions, sans jamais s'opposer véritablement, s'imbriquent, se superposent, se complètent ou se cumulent. Ainsi le plurijuridisme de nature plutôt substantiel des peuples autochtones doit s'imbriquer avec la répartition fédérative des compétences canadiennes, qui elle-même se superpose à la question du bijuridisme. Dans l'Union européenne, les règles substantielles de construction de l'espace commun complètent l'intégration préalablement opérée par la répartition législative des compétences. D'un autre côté, la prééminence des cultures juridiques nationales a tendance au contraire à venir contrer cette intégration européenne.
- 697 Les équilibres auxquels font face les juges suprêmes sont donc fort délicats. Ils tentent en effet de ménager l'unité et la diversité pour préserver le plurijuridisme dont ils sont les gardiens en tant que juges suprêmes. Ils le font non sans difficulté et sans d'inévitables critiques quant à la balance à laquelle ils aboutissent et quant au raisonnement pour y parvenir. Si les raisonnements juridiques d'aujourd'hui fondent une partie du plurijuridisme de demain, ces constructions complexes seront aussi évaluées par les acteurs politiques qui en assureront la pérennité à leur manière, ou pourront éventuellement choisir de s'y soustraire. Quoi qu'il en soit, il y a fort à parier que les juges suprêmes resteront des artisans essentiels dans la construction des édifices plurijuridiques.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

- 698 Au terme de l'étude des trois plurijuridismes, on s'aperçoit à quel point le plurijuridisme se construit en fonction de circonstances particulières et nécessite des agencements juridiques si spécifiques qu'on les qualifie parfois de *sui generis*.
- 699 Dans les trois cas, le plurijuridisme demande l'autonomie et l'effectivité des pouvoirs normatifs en présence, mais aussi des points de connexion entre eux qui passent souvent par une reconnaissance de l'altérité normative. Si les juridictions peuvent contribuer à la consolidation de l'autonomie ou de l'effectivité de l'un ou l'autre des pouvoirs normatifs, il faut bien souvent une reconnaissance explicite, de principe, pour jeter les bases des relations plurijuridiques. Les Constitutions sont à cet égard les supports normatifs les plus utilisés.
- 700 De cette manière, dans le cas canadien, la Constitution reconnaît la coexistence des niveaux fédéral et provinciaux ainsi que de manière sous-jacente les droits-compétences des peuples autochtones. Dans le cas européen, ce sont aussi souvent les Constitutions des États membres qui reconnaissent le pouvoir normatif européen et qui de cette manière démontrent leur adhésion volontaire à un pouvoir auquel ils doivent se conformer. C'est sans doute cette distinction qui fait dire à Joseph Weiler que « the Québécois are told in the name of the people of Canada you are obliged to obey. The French or the Italians or the Germans are told: in the name of the peoples of Europe, you are invited to obey »¹¹⁸¹.
- 701 Le plurijuridisme concerne des rapports de pouvoirs et des pouvoirs souvent inégaux. Il crée des mécanismes qui à la fois rassurent les plus forts, qui autrement auraient clos leur espace normatif, et protègent les plus faibles sans quoi il n'y aurait pas une coexistence entre l'unité et la diversité. Le juge tient une place primordiale dans la création et la mise en œuvre de ces mécanismes.
- 702 Les juges suprêmes remplissent ainsi une mission d'équilibre entre diversité et unité juridique qui s'appréhende de manière dynamique. Si équilibre il y a, c'est parce que les plurijuridismes se conçoivent comme des processus qui évoluent et s'ajustent en fonction de données originelles et de circonstances nouvelles fort complexes. Les juges suprêmes ont donc pour fonction d'apporter une certaine stabilité au « bâtiment » plurijuridique, et pour cela créent et innovent dans leur

¹¹⁸¹ J. H. WEILER, « Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg » dans K. NICOLAIDIS et R. HOWSE, dir., *The federal vision: Legitimacy and levels of governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001, p. 54, p. 68.

raisonnement juridique, parfois de manière assez empirique et discutable. Mais ils donnent avant tout au plurijuridisme une certaine allure qui permet de le maintenir à flot.

- 703 Le juge suprême tient aussi un rôle irremplaçable lorsqu'il s'agit non plus de protéger les autonomies normatives faibles, mais les particuliers. Individus, dont on reconnaît qu'ils sont particulièrement démunis face au pouvoir du collectif. Le juge suprême devra alors prendre en considération l'ensemble de ces éléments, en fonction de ce que lui dictent les textes fondateurs.

**DEUXIÈME PARTIE : JUGES
SUPRÊMES ET DROITS
FONDAMENTAUX : UNE
STRUCTURE TENDANT À
L'HOMOGENÉISATION**

- 704 La Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne ont donc un rôle central dans la mise en place et la préservation des espaces canadiens et européens qui connaissent tous deux les aménagements juridiques conciliant unité et diversité. Cette mission d'arbitrage et de délimitation des autonomies normatives est non seulement au cœur de la fonction de juges suprêmes de ces espaces plurijuridiques, mais elle est première. Or à cette dernière, s'ajoutera, une fonction tout aussi essentielle : celle de protection des droits et libertés individuels. Cette nouvelle mission se superpose avec la tâche antérieure de préservation des espaces de libertés collectifs, ceux des autonomies normatives, mais elle n'est pas sans incidence sur elle. Elle pourrait s'imbriquer dans l'équilibre préexistant ou au contraire on pourrait craindre que la protection des droits fondamentaux par le juge suprême déséquilibre le plurijuridisme selon une dynamique unitaire.
- 705 Ce sont alors les éléments de structure de cette mission de protection des libertés individuelles, les règles attribuant cette nouvelle fonction au juge, c'est-à-dire celles relatives à la recevabilité de ce contentieux qui déterminent ce risque.
- 706 Intrinsèquement, structurellement, il existe une tension entre les deux missions du juge suprême : préservation d'un équilibre plurijuridique et protection des droits et libertés. Cette tension tend à se manifester par une prédominance de la mission de la protection des droits et libertés sur l'équilibre plurijuridique, comme si finalement, au lieu d'être séparée, l'une prenait le dessus sur l'autre, c'est-à-dire que la protection des droits et libertés implique une dynamique d'homogénéisation, qui perturbe le plurijuridisme (titre 1). L'intensité et la forme de cette homogénéisation dépendent, au niveau de la structure, des lignes de force, de deux principaux facteurs : la délimitation de la compétence prétorienne, du juge suprême en particulier, et l'architecture juridictionnelle (titre 2).

TITRE I. LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS PAR LE JUGE SUPRÊME : IMBRICATION OU PERTURBATION DU PLURIJURIDISME ?

707 Le juge suprême a donc un rôle essentiel en matière de plurijuridisme, rôle qui se trouvera modifié par l'apparition ou le renforcement d'une autre mission, celle de protection des droits et libertés individuels. Cet avènement est dès le départ lié à la question du plurijuridisme, notamment parce que les différents niveaux de protection et la pluralité des sources permettant le respect des droits et libertés peuvent être le signe d'une forme de pluralisme (chapitre 1). La protection des droits fondamentaux pose aussi un certain nombre de défis, dont le principal est celui de l'effet potentiellement homogénéisant qui n'a pas été entièrement évalué (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'AVÈNEMENT DES DROITS FONDAMENTAUX : LES CHARTES ET LA DIVERSITÉ DES INSTRUMENTS DE PROTECTION

708 L'impératif de respecter les droits et libertés ne s'est pas imposé en un jour aux juges suprêmes. Au contraire, dans les deux espaces étudiés, la protection des droits fondamentaux est arrivée progressivement et dans des contextes particuliers : des contextes propres à leur plurijuridisme respectif. L'étude de l'apparition du contentieux des droits et libertés permet donc de comprendre à quel point ce dernier s'insère dès l'origine dans des problématiques propres au plurijuridisme. En outre l'historique de la protection des droits et libertés permet de se pencher sur les sources de ces garanties, puisque ce sont les différentes normes ou instruments juridiques qui ont créé ce contentieux des droits fondamentaux. Ces sources naissant dans un contexte plurijuridique pourront ce faisant avoir un caractère pluraliste. Nous nous attacherons donc à examiner s'il existe un pluralisme dans les sources de protection des droits fondamentaux. Ce pluralisme des sources peut en effet correspondre à une pluralité des instruments de protection, c'est-à-dire à une simple coexistence de diverses normes. Il se peut aussi qu'une source de droits et libertés particulière soit « pluraliste » dans la mesure où elle renvoie d'une manière ou d'une autre à une ou plusieurs autres sources de protection pour la compléter, la fonder ou simplement la reconnaître. Les systèmes des sources des droits fondamentaux européen et canadien peuvent alors avoir un caractère plus ou moins pluraliste, selon la diversité des sources et la manière dont celles-ci s'insèrent vis-à-vis des autres sources de protection des libertés de l'espace plurijuridique.

709 Compte tenu des contextes et des évolutions très différents de l'émergence des sources de protection au Canada et dans l'Union européenne, nous les étudierons séparément.

Section 1. L'évolution de la protection des droits et libertés au Canada : un pluralisme limité des sources

710 La marche vers la sauvegarde des droits fondamentaux au Canada a commencé tout comme en Europe par une lacune du texte fondamental qui n'a été que partiellement comblée par la jurisprudence (I) et par des instruments infraconstitutionnels (II) avant que la *Charte canadienne des droits et libertés* n'en constitue aujourd'hui le cœur (III).

I. La carence initiale de la Constitution canadienne et des remèdes prétoriens insatisfaisants

- 711 Contrairement à la Constitution américaine, le pacte fédératif canadien de 1867 ne contenait pas de Déclaration de droits. Les « Pères de la Confédération » entendaient avant tout opérer un partage précis des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement dans le cadre d'un régime parlementaire hérité de la Grande-Bretagne. Certes, ces deux formes de séparation des pouvoirs, verticale et horizontale, pouvaient assurément contribuer à protéger les droits et libertés individuels. L'objectif même du principe de la séparation des pouvoirs est en effet d'éviter le despotisme et garantir la liberté en délimitant constitutionnellement les responsabilités de chaque organe. On a pu démontrer que de telles garanties ne suffisaient pas à préserver la liberté individuelle¹¹⁸², nous n'y reviendrons pas. Nous remarquerons surtout que ces deux fondements constitutionnels du Canada ont eu un fort impact dans l'avènement des droits fondamentaux au Canada. En premier lieu parce que les juges constitutionnels ont initialement eu du mal à se départir de ce rôle constitutionnel d'arbitre entre des pouvoirs et non de gardien des droits de la personne¹¹⁸³, et en second lieu parce que le principe de la souveraineté du Parlement issue de la tradition anglaise a pu les freiner dès lors qu'il a fallu censurer des lois au nom des libertés.
- 712 Notons au préalable que la *Loi constitutionnelle de 1867* n'était pas totalement dépourvue de droits et libertés individuels puisque certaines dispositions éparses protégeaient certains droits confessionnels et linguistiques¹¹⁸⁴ ainsi que des droits politiques et démocratiques¹¹⁸⁵. Comme nous avons pu le démontrer¹¹⁸⁶, les droits confessionnels et linguistiques de 1867 étaient des conditions nécessaires à la formation de la fédération canadienne issue d'une dualité culturelle

¹¹⁸² Les législatures canadiennes ont ainsi pu adopter des lois profondément discriminatoires sans que les tribunaux ne les en empêchent, notamment à l'égard des populations asiatiques du Canada : *Cunningham c. Homma* [1903] A.C. 151, *Le Roi c. Quong-Wing*, [1913-1914], 49 S.C.R. 440, à propos d'une loi de la Saskatchewan déclarée valide interdisant aux entreprises détenues par des Chinois d'engager des femmes blanches. *Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Canada (Attorney General)* [1946] J.C.J. No. 1, (Conseil privé) à propos de l'internement des Canadiens Japonais.

¹¹⁸³ I. COTLER, « Can the Center hold? Federalism and Rights in Canada » dans E. KATZ et G. A. TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1996, pp. 173-191, p. 176. L'auteur oppose ainsi un « power process » propre au Canada alors qu'aux États-Unis le droit constitutionnel est dès le départ un « rights process ».

¹¹⁸⁴ Article 93 et article 133.

¹¹⁸⁵ Article 20 sur l'obligation pour le parlement de tenir au moins une session chaque année, et article 50 sur la limitation du mandat des députés à 5 ans. Article 51 sur la représentation à la proportionnelle dans la Chambre des communes.

¹¹⁸⁶ Voir supra § 568 et s.

franco-anglaise. De la même manière les quelques droits relatifs au statut de citoyens des Canadiens sont en fait relatifs à la construction de l'État canadien, et peinent à se voir qualifier de droits visant à protéger la personne humaine en tant que telle¹¹⁸⁷.

713 En dépit de l'absence de droits et libertés formalisés, on a pu observer que la Cour suprême du Canada (et avant elle le Conseil privé) avait cherché à assurer une forme de protection des droits et libertés, non sans difficultés.

714 La doctrine¹¹⁸⁸ a ainsi pu lire dans certaines décisions portant sur le partage des compétences des tentatives déguisées de protéger les droits et libertés, par des « moyens obliques »¹¹⁸⁹. Par exemple dans l'affaire *Bryden*¹¹⁹⁰, le Conseil privé invalida la loi provinciale interdisant aux Chinois de travailler dans une mine, car elle empiétait sur la compétence fédérale sur la naturalisation et les étrangers. Dans une autre affaire *Switzman c. Elbling*¹¹⁹¹, la Cour suprême invalida la loi provinciale permettant la fermeture d'immeubles en vue de lutter contre la propagande communiste, car cela relevait du droit criminel fédéral. En réalité, il se peut que l'impact négatif de la loi sur les droits individuels ait pu influencer la classification de la compétence, mais on peut sérieusement douter que la discrimination¹¹⁹² dans la première affaire ou que la liberté d'expression dans la seconde¹¹⁹³ ait été déterminantes. Quoi qu'il en soit, le débat juridique ne porte pas véritablement sur l'éventuelle atteinte à une liberté, mais sur le partage des compétences¹¹⁹⁴.

715 De plus, la jurisprudence de l'époque tant du Conseil privé que de la Cour suprême aurait été pour le moins incohérente si le fil directeur implicite avait été la protection des droits individuels, puisque de nombreuses décisions démontrent que des lois profondément discriminatoires ou

¹¹⁸⁷ Dans le même sens, voir : M. LEBEL, « Les tribunaux canadiens et la protection des droits de la personne », *R.G.D.*, vol. 12, 1981, pp. 401-412, spéc. p. 403. Il estime que « nous sommes très loin ici d'un véritable code des droits et libertés, aucune de ces dispositions ne participant vraiment de la nature d'un droit fondamental ».

¹¹⁸⁸ Voir par exemple W. S. TARNOPOLSKY, « The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Law & Contemp. Probs.*, vol. 44, 1981, pp. 169-193.

¹¹⁸⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p., p. 910.

¹¹⁹⁰ *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden Union Colliery* [1889] A.C. 580 (Conseil Privé).

¹¹⁹¹ *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

¹¹⁹² En ce sens, voir par exemple A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel. Principes*, Montréal, Thémis, 2000, 557 p., p. 365 et s.

¹¹⁹³ Il existe toutefois dans la décision *Switzman* préc. certaines considérations du Juge Abbot relatives à la limitation du pouvoir du Parlement par rapport aux droits de la discussion et du débat, en raison du modèle parlementaire à la britannique, p. 371.

¹¹⁹⁴ En ce sens D. PROULX, « La suprématie des droits et libertés de la personne et la question constitutionnelle au Canada », *R.G.D.*, vol. 12, 1981, pp. 413-429, spéc. p. 421.

attentatoires aux libertés d'expression n'ont pas été invalidées par les tribunaux, car les législatures étaient sans contestation dans leur domaine de compétence¹¹⁹⁵.

716 En outre, cette possible protection des droits individuels à travers le contentieux du partage des compétences n'avait permis d'invalidier que des lois provinciales et jamais aucune loi fédérale¹¹⁹⁶, ce qui tendait à montrer une approche différenciée insatisfaisante entre les lois provinciales et fédérales, un « double standard »¹¹⁹⁷.

717 Un autre moyen pour les tribunaux canadiens de protéger les droits et libertés était de trouver dans la Constitution canadienne une garantie implicite de ces droits. En effet, le préambule de l'Acte de 1867 considère que la Constitution canadienne repose sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, qui comme chacun le sait reconnaît certaines libertés fondamentales depuis 1215 et la *Magna Carta*. Quelques célèbres affaires¹¹⁹⁸, comme le *Renvoi relatif à la presse albertaine* de 1938¹¹⁹⁹, se sont fondées sur cette « Charte implicite » pour protéger des droits et libertés. Certains juges ont pu se référer directement au préambule de 1867, notamment pour souligner que le débat et le pluralisme d'opinion étaient nécessaires dans une démocratie parlementaire¹²⁰⁰. On a pu montrer que les principes constitutionnels implicites issus de Grande-Bretagne auraient pu comprendre des « libertés résiduelles » propres aux individus et qui dès lors

¹¹⁹⁵ Voir les décisions précitées *Cunningham c. Homma*, *Quong-Wing c. Le Roi Et Co-Operative Comittee On Japonese Canadians v. Attorney-General* [1947] A.C. 87 (Conseil privé). Voir aussi *Walter v. A.-G Alberta* [1969] S.C.R. 383.

¹¹⁹⁶ L'exemple de la validation de la déportation par l'État fédéral de citoyens canadiens d'origine japonaise durant la Seconde Guerre mondiale est à cet égard le plus frappant : *Co-operative Comittee on Japonese Canadians préc.*

¹¹⁹⁷ I. COTLER, « Can the Center hold? Federalism and Rights in Canada », préc., p. 179. Au contraire, certains ont pu estimer que la Cour n'avait simplement pas eu l'occasion de se prononcer sur les limites des compétences fédérales certainement parce que les entités fédérées ont tendance à produire des politiques publiques plus extrêmes que l'entité nationale qui s'inscrit dans un spectre plus large de l'opinion publique : L. E. WEINRIB, « The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution », *R. du B. can.*, vol. 80, 2001, pp. 699-748, spéc. p. 712.

¹¹⁹⁸ Voir les affaires *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299 et *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121. Ces affaires s'inscrivent dans les années dites de « grande noirceur » du régime Duplessis au Québec, du nom du Premier ministre après-guerre qui gouverna de manière assez autoritaire et de manière attentatoire aux libertés s'agissant notamment des libertés d'expression et de réunion et de la discrimination exercée notamment à l'égard des Témoins de Jéhovah.

¹¹⁹⁹ *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

¹²⁰⁰ C'est le cas dans le renvoi sur la loi sur la presse albertaine préc. « Any attempt to abrogate this right of public debate or to suppress the traditional forms of the exercise of the right (in public meeting and through the press) would, in our opinion, be incompetent to the legislatures of the provinces, or to the legislature of any one of the provinces, as repugnant to the provisions of *The British North America Act*, by which the Parliament of Canada is established as the legislative organ of the people of Canada under the Crown, and Dominion legislation enacted pursuant to the legislative authority given by those provisions. The subject matter of such legislation could not be described as a provincial matter purely; as in substance exclusively a matter of property and civil rights within the province, or a matter private or local within the province » p. 134. Voir aussi la décision *Switzman* préc.

n'auraient pu être attribuées aux deux niveaux de gouvernement en 1867¹²⁰¹. Mais en réalité dans ces décisions, les juges avaient tendance à retomber sur la question du partage des compétences, et à se demander au fond si les libertés fondamentales en général, ou la liberté en cause, ne se rattachaient pas à tel ou tel palier gouvernemental¹²⁰².

718 Au final, cette théorie de la Charte implicite a été peu utile à l'avancement des garanties des droits et libertés au Canada (sauf à faire pencher la balance dans certains cas précis) : elle n'a jamais été un argument décisif puisque le fédéralisme a toujours été l'argument central à l'invalidation des lois provinciales et les droits fondamentaux en cause étaient limités à des droits politiques¹²⁰³. En 1978, la Cour suprême a définitivement mis en terme à cette théorie dans les affaires *Dupond* et *McNeil*¹²⁰⁴. Dans l'affaire *Dupond* où étaient contestées des interdictions de la ville de Montréal de se rassembler et de manifester, le juge Beetz écrivant pour la majorité estime très clairement que :

« 1. Aucune des libertés mentionnées n'a été consacrée par la constitution au point d'être mise hors de portée de toute législation

2. Aucune de ces libertés ne correspond à une seule matière relevant de la compétence exclusive fédérale ou provinciale. Chacune d'elles est composée de plusieurs matières qui, selon l'aspect, relèvent de la compétence fédérale ou provinciale »¹²⁰⁵.

719 À la veille de l'adoption de la *Charte canadienne*, il met ainsi fin à la fois à la théorie de la Charte implicite, mais aussi à l'idée selon laquelle les libertés peuvent être attribuées à un domaine de compétence déterminé¹²⁰⁶. À cette époque, les droits et libertés ne sont pas pour autant négligés par les tribunaux et peuvent trouver une protection notamment dans le cadre du droit administratif¹²⁰⁷ ou des principes de common law,¹²⁰⁸ mais ils ne sont pas encore

¹²⁰¹ L. E. WEINRIB, « The Supreme Court of Canada in the Age of Rights », préc., p. 710 et s.

¹²⁰² Plusieurs réponses opposées on put être données par les juges majoritaires et minoritaires, voir L.-V. N. TRAN, *Human Rights and Federalism. A Comparative Study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, The Hague – Boston – London Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 316 p., p. 183 et s. Nous reviendrons sur cette question infra (§ 921 et s.).

¹²⁰³ En ce sens, voir I. COTLER, « Can the Center hold? Federalism and Rights in Canada », préc., p. 180.

¹²⁰⁴ *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662 et *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770.

¹²⁰⁵ *Dupond* préc., p. 796 et s.

¹²⁰⁶ En anglais on a pu parler de « subject matter doctrine » à laquelle la décision *Dupond* met fin : L.-V. N. TRAN, *Human Rights and Federalism*, préc., p. 204.

¹²⁰⁷ Voir à cet égard M. LEBEL, « Les tribunaux canadiens et la protection des droits de la personne », préc., p. 409 et s.

¹²⁰⁸ Voir R. SHARPE et K. ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2009, 469 p., p. 6 et s.

fondamentaux¹²⁰⁹. Le droit constitutionnel canadien reste fondé sur le partage fédératif et exhaustif des compétences entre les deux niveaux de gouvernement et la souveraineté législative¹²¹⁰. Cette dernière sera d'ailleurs si prépondérante qu'elle jouera à l'encontre de la garantie des droits et libertés, même en présence d'un texte explicite.

II. La protection textuelle « quasi constitutionnelle » dans chacun des niveaux de gouvernements

720 Des instruments tant fédéraux (A) que provinciaux (B) ont permis une avancée dans le respect des libertés au Canada, d'autant qu'ils ont une valeur dite « quasi constitutionnelle » dont nous étudierons la portée (C). Enfin, des instruments autochtones de garantie des droits de la personne existent depuis quelques temps bien qu'ils soient souvent oubliés (D).

A. Les textes fédéraux

721 En 1960, la *Déclaration canadienne des droits*¹²¹¹ instaure un régime statutaire de certaines libertés individuelles au contenu relativement classique et limité¹²¹² au niveau fédéral. Elle fut ensuite complétée en 1977 par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹²¹³ qui porte plus spécifiquement sur la non-discrimination¹²¹⁴.

722 En adoptant la *Déclaration canadienne*, le législateur fédéral entendait reconnaître l'existence des droits et libertés de la personne et de les garantir en commandant « aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer toute loi contestée de manière à ne pas enfreindre un droit ou une liberté de la personne à moins que le législateur n'ait expressément déclaré dans sa loi qu'elle doit s'appliquer nonobstant (...) la Déclaration des droits »¹²¹⁵. Cette technique permet de

¹²⁰⁹ A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel. Principes*, préc., p. 365.

¹²¹⁰ Comme l'explique Daniel Proulx la Constitution de 1867 « n'est pas un document démocratique au sens fort du terme », mais davantage une série de lois britanniques. Cela éclaire l'attachement profond de la jurisprudence pour le principe de la suprématie parlementaire, qui est le fondement même du régime démocratique canadien : D. PROULX, « La suprématie des droits et libertés de la personne », préc., p. 424.

¹²¹¹ *Déclaration canadienne des droits*, L.C.R. (1985), app. III, ci-après la « Déclaration canadienne ».

¹²¹² Son article 1^{er} est relatif au contenu des droits : « Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe : a) le droit de l'individu à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne ainsi qu'à la jouissance de ses biens, et le droit de ne s'en voir privé que par l'application régulière de la loi ; b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi ; c) la liberté de religion ; d) la liberté de parole ; e) la liberté de réunion et d'association ; f) la liberté de la presse ».

¹²¹³ Elle fut complétée en 1977 par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), c. H-6.

¹²¹⁴ Sur ce point voir par exemple : H. BRUN, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 à 2011, Alter Ego, 1468 p., p. 1147 et s.

¹²¹⁵ D. PROULX, « La suprématie des droits et libertés de la personne », préc., p. 417.

sauvegarder la suprématie parlementaire puisqu'il suffira au législateur d'exclure l'application de cette garantie au texte qu'il édicte avec une mention expresse dans sa loi, telle qu'une clause dite « nonobstant »¹²¹⁶. Le problème est que le manque de clarté des effets prévus par cette *Déclaration* rendra hésitants les tribunaux dès lors qu'il s'agira de la faire prévaloir sur d'autres lois¹²¹⁷.

723 Il aura fallu en effet attendre dix années pour que l'arrêt *Drybones*¹²¹⁸, réponde franchement qu'en l'absence d'une précision expresse du Parlement fédéral visant à exclure la *Déclaration*, la disposition législative discriminatoire en cause¹²¹⁹ était inopérante. Pour les juges majoritaires, la *Déclaration* ne saurait se réduire à une simple règle d'interprétation, il faut une suprématie de la norme de protection des droits qui implique la sanction de l'inopérabilité¹²²⁰ en cas de non-conformité de la loi. Pour les juges minoritaires au contraire, le Parlement ne pouvait avoir eu pour intention « de conférer aux tribunaux le pouvoir et de leur imposer la responsabilité de déclarer inopérante toute disposition d'une loi du Canada si le tribunal est d'avis qu'elle enfreint l'un des droits ou libertés énoncés à l'art. 1 de la *Déclaration* »¹²²¹.

724 En revanche, cette décision constitue l'unique cas entre 1960 et 1982 dans lequel la Cour suprême du Canada a rendu inopérant un article d'une loi fédérale¹²²², à tel point qu'on a pu dire que c'était finalement l'opinion minoritaire dans *Drybones* qui avait ensuite prévalu¹²²³. La Cour

¹²¹⁶ Elle fut utilisée une fois en 1970 dans la *Loi sur les mesures de guerre* (*Public Order Temporary Measures Act*, S.C 1970-71-72, c-2).

¹²¹⁷ Voir D. PROULX, « La suprématie des droits et libertés de la personne », préc.; A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel. Principes*, préc., p. 366 et s.

¹²¹⁸ *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

¹²¹⁹ Dans l'affaire *Drybones* était contestée la disposition de la *Loi sur les Indiens* incriminant l'ivresse de ces derniers en dehors des réserves alors qu'il n'existe pas de telle infraction pour les autres personnes, ce qui pour les juges majoritaires emmenés par le juge Ritchie constitue une discrimination raciale. *Ibid.*, p. 289 et s.

¹²²⁰ Et non l'invalidité ou l'abrogation. Tout comme dans le contentieux de la répartition des compétences en cas de chevauchements valides (voir supra § 464).

¹²²¹ Opinion dissidente du juge en chef Cartwright, *Drybones*, préc., p. 287 et s. M. LEBEL, « Les tribunaux canadiens et la protection des droits de la personne », préc., p. 406.

¹²²² Dans quelques autres cas la *Déclaration* a pu servir à la protection des droits et libertés par une interprétation constructive des dispositions fédérales voir : W. S. TARNOPOLSKY, « The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms », préc., p. 177 et s.

¹²²³ A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel. Principes*, préc., p. 369.

suprême a tout du moins fait preuve d'une grande frilosité voire d'un certain conservatisme¹²²⁴, par exemple dans l'affaire *Lavell*¹²²⁵ ou l'affaire *Hogan*¹²²⁶.

725 Cette retenue judiciaire à l'égard de cette Charte s'explique non pas tellement au nom de la souveraineté parlementaire (puisque le régime statutaire de la *Déclaration* permet au Parlement de renverser une éventuelle jurisprudence, et qu'il peut y déroger par une clause nonobstant), mais par le rôle qu'elle implique à l'égard des tribunaux inquiets de ne pas se voir associés à un gouvernement des juges¹²²⁷. Finalement, en dépit du fondement explicite pour protéger les droits individuels dont disposait la Cour, la jurisprudence n'est guère parvenue à protéger efficacement les libertés fondamentales. Elle était encore trop engoncée dans des principes constitutionnels sur la séparation des pouvoirs et non sur la protection des droits des personnes que lui commandait pourtant le législateur. De ce point de vue, la constitutionnalisation des droits et libertés était sans doute une nécessité en vue d'un véritable changement des tribunaux quant à leur propre rôle.

B. Les textes provinciaux

726 Les premières protections expresses des droits et libertés ont été l'œuvre des provinces puisqu'en 1946 l'Alberta et en 1947 la Saskatchewan avaient adopté une *Déclaration* des droits, même si

¹²²⁴ En ce sens M. LEBEL, « Les tribunaux canadiens et la protection des droits de la personne », préc., p. 408; D. PROULX, « La suprématie des droits et libertés de la personne », préc., p. 419.

¹²²⁵ *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349. Cette affaire est comparable à *Drybones* dans la mesure où étaient contestées les dispositions de la *Loi sur les Indiens* impliquant que seules les Indiennes se mariant à des non-Indiens se voyaient rayer du registre de leur bande alors que tel n'était pas le cas pour les Indiens se mariant à des non-Indiennes. Pourtant la Cour ne déclara pas les dispositions inopérantes, notamment parce qu'ici il s'agit de la réglementation interne à la vie des Indiens, contrairement à l'affaire *Drybones* (p. 1372) et que finalement cela irait à l'encontre des compétences sur les Indiens de la loi constitutionnelle. Le juge Laskin, minoritaire démontre au contraire que « le traitement discriminatoire fondé sur la race, la couleur ou le sexe n'est pas compris dans l'attribution de ce pouvoir législatif. Le fait que l'exercice de ce pouvoir puisse être accompagné de certaines formes de discrimination prohibées par la Déclaration canadienne des droits ne justifie pas davantage une violation de la Déclaration canadienne des droits que ne le ferait l'exercice de tout autre pouvoir législatif fédéral énuméré se traduisant par des dispositions contraires à la Déclaration canadienne des droits », p. 1388 et 1389. Le partage de compétence étant de nature constitutionnelle, les juges avaient sans doute peine à sortir de leur rôle premier à cet égard même s'il s'agissait d'apporter une limite dans l'exercice d'une compétence, sans en tirer pour conséquence que quelconque autre niveau de gouvernement pouvait en tirer profit. La faible valeur normative d'une Déclaration statutaire des droits n'a pas su faire le poids face à une simple norme attribuant un pouvoir quant à un domaine précis.

¹²²⁶ *Hogan c. R.*, [1975] 2 R.C.S. 574, le juge Ritchie de la majorité estime qu'il ne peut « souscrire à l'avis que, chaque fois qu'il y a eu une violation des dispositions de cette Déclaration, elle justifie l'adoption de la règle de "l'exclusion absolue" qui a cours aux États-Unis et qui déroge à la règle de common law acceptée depuis longtemps en notre pays. » p. 584. Voir le commentaire de W. S. TARNOPOLSKY, « The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms », préc., p. 178 et s.

¹²²⁷ D. PROULX, « La suprématie des droits et libertés de la personne », préc., p. 420.

elles ont pu faire l'objet de certaines contestations, sur le plan constitutionnel notamment¹²²⁸. Il est vrai qu'à cette époque la question de savoir si la protection des droits et libertés relevait de la compétence législative des provinces ou bien du fédéral n'avait pas encore été levée¹²²⁹. Si bien que la plupart des provinces se sont longtemps contentées de légiférer sur une seule liberté, certes fondamentale, la non-discrimination. C'est ce qu'on appelle communément les « *Human Rights Codes* » dans la mesure où ce sont des provinces majoritairement anglophones qui ont choisi cette approche¹²³⁰.

727 La démarche du Québec en vue d'adopter la *Charte des droits et libertés de la personne*¹²³¹ en 1975 était alors assez originale par rapport aux textes existants, si bien qu'on a pu la qualifier de document unique¹²³² ou à « l'ampleur inégalée »¹²³³. Il faut reconnaître que le contenu de la *Charte québécoise* est bien plus large que la simple non-discrimination, qu'elle entendait couvrir pour rattraper son retard par rapport aux autres provinces, aux côtés des droits civils, politiques et des droits économiques et sociaux. Il s'agissait au départ de consacrer « la place centrale de la personne en droit privé »¹²³⁴ et de couvrir tous les droits fondamentaux intervenant dans ses rapports avec les autres personnes privées ou l'État¹²³⁵. Tant l'étendue des droits reconnus que le

¹²²⁸ *The Alberta Bill of Rights Act*, S.A. 1946, c. 11, fut la première, mais n'a jamais été en vigueur, car elle fut invalidée par le Conseil privé parce qu'elle empiétait sur la compétence fédérale : *Attorney General for Alberta c. Attorney General for Canada*, [1947] A.C. 503 (Conseil privé). Voir *The Saskatchewan Bill of Rights Act*, S.S. 1947, c. 35, dont les dispositions se trouvent aujourd'hui dans *The Saskatchewan Human Rights Code*, Chapitre S-24.1 des lois, 1979, amendements : 1980-81, c.41 and 81 ; 1989-90, c.23 ; 1989-90, 1993, c.55 and 61 ; 2000, c.26 ; and 2007, c.39 et 2011 c. 17. Cet instrument contient aujourd'hui avant tout un dispositif de lutte contre les discriminations ainsi qu'un « Bill of Rights » dans sa partie I qui protège aux articles 4 à 8 les libertés de conscience, d'expression, d'association, à l'égard des emprisonnements arbitraires et le droit de voter.

¹²²⁹ Voir A. MOREL, « La Charte québécoise des droits et libertés : un document unique dans l'histoire législative canadienne », *R.J.T.*, vol. 21, 1987, pp. 1-24, spéc. p. 4. et voir infra § 921 et s.

¹²³⁰ L'Alberta a adopté en 1972 un *Bill of Rights* S.A. 1972, c.1. (dont la nouvelle version est l'*Alberta Bill of Rights*, R.S.A. 2000, c. A-14) et le *Individual Rights Protection Act* S.A. 1972, c. 2 (modifié en 1980). Pour la Colombie-Britannique (*Human Rights code of British Columbia* S.B.C. 1973, 2e session, c. 119, modifié en 1996 : RSBC 1996, c 210) ; le Manitoba (*Human Rights Code of Manitoba* S.M. 1974 c.65, modifié en 2006) ; Nouveau-Brunswick (Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick 1985, c.30, art.1) ; île du Prince Édouard (*Human Rights Act* R.S.P.E.I. 1988, Cap. H-12) ; l'Ontario (*Ontario Human Rights Code* R.S.O. 1980, c. 340) ; Terre-Neuve et Labrador (*Human Rights Code*, RSM 1990 cH-14) ; Territoires du Nord-Ouest (*Fair-Practice Act* RSNWT 1988, c F-2) ; Nunavut (*Nunavut* RSNWT 1988, c F2.) ; et le Yukon (*Human Rights Act*, RSY 1986 c11, amendé S Y 1987 c3).

¹²³¹ *La Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12. Ci-après « *Charte québécoise* ».

¹²³² A. MOREL, « La Charte québécoise des droits et libertés », préc. Voir aussi Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, en ligne: CDPDJ <http://www.cdpdj.qc.ca/Publications/documents/bilan_charte.pdf> p. 6 et s.

¹²³³ A. MOREL, « La Charte québécoise des droits et libertés », préc., p. 16.

¹²³⁴ C'est ainsi que l'envisageait l'office de révision du Code civil en 1968, le premier à avoir ébauché la *Charte* : *ibid.*, p. 5.

¹²³⁵ Voir infra § 1023.

champ d'application de la *Charte québécoise* à l'égard des particuliers sont d'ailleurs toujours particulièrement remarquables en comparaison avec les autres textes canadiens de protection de la personne.

728 La portée juridique du document québécois reste en revanche dans la lignée des autres instruments statutaires canadiens de protection des droits de la personne. La primauté de la *Charte québécoise* sur les lois est prévue à l'article 52¹²³⁶, et ne concerne que les 38 premiers articles de la *Charte* et « sauf dans la mesure prévue par ces articles »¹²³⁷ ce qui exclut notamment les droits économiques et sociaux¹²³⁸. Cette règle de prépondérance n'était d'ailleurs pas l'intention première des auteurs de la *Charte* qui y voyaient au départ une simple fonction d'interprétation¹²³⁹. Cela montre que le souci du respect de la suprématie parlementaire était tout aussi présent au Québec qu'au niveau fédéral. C'est pour ce motif que, comme en ce qui concerne la *Déclaration canadienne*, une clause expresse de dérogation du législateur québécois¹²⁴⁰ peut mettre en échec la déclaration prétorienne d'inopérabilité en cas de non-conformité à la *Charte*¹²⁴¹. En outre, la *Charte québécoise* est, comme tous les autres instruments statutaires canadiens de protection des droits de la personne, muette sur sa propre révision. Cette absence de « rigidité » ne permet donc pas de garantir sa suprématie à l'égard des lois ordinaires puisqu'aucune exigence procédurale spécifique n'est exigée pour modifier son contenu¹²⁴².

¹²³⁶ Article 52. « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »

¹²³⁷ On estime par exemple que l'article 6 n'est pas quasi constitutionnel puisqu'il dispose que « Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi ».

¹²³⁸ La Commission sur les droits de la personne a d'ailleurs recommandé de revenir sur ce point et d'assurer la primauté des articles 39 à 48 de la *Charte* : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, préc., p. 19 et s.

¹²³⁹ A. MOREL, « La Charte québécoise des droits et libertés », préc. Cette primauté de la *Charte* sur les lois québécoises était en 1975 limitée aux lois postérieures à la *Charte* puis avec la révision de 1982, toutes les lois ont été concernées par cette prépondérance.

¹²⁴⁰ Elle fut utilisée 9 fois avant 1982, parfois avec excès de précaution : W. S. TARNOPOLSKY, « The Constitution and Human Rights » dans K. BANTING et R. SIMEON, dir., *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto, Methuen, 1983, pp. 261-279, p. 270 et s.

¹²⁴¹ Sur la sanction en cas de non-conformité, voir : J.-Y. MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », *R.J.T.*, vol. 21, 1987, pp. 25-69, spéc. p. 37 et s.

¹²⁴² La Commission des droits de la personne proposait ainsi en 2003 d'exiger une majorité des deux tiers à l'Assemblée nationale pour la réviser, c'est-à-dire la même majorité qualifiée prévue par la *Charte* que pour l'approbation des membres de la Commission : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, préc., p. 102 et s.

- 729 Quant à l'interprétation prétorienne de la *Charte québécoise*, force est de constater qu'à l'instar de la *Déclaration canadienne*¹²⁴³, les tribunaux étaient avant 1982 « méfiants »¹²⁴⁴ et plus généralement les juristes n'avaient pas paru bien enthousiastes lors de son adoption¹²⁴⁵. Si bien qu'en 1982 seuls deux cas de prépondérance de la *Charte québécoise* avaient pu être relevés¹²⁴⁶.
- 730 Cette faible efficacité de la *Déclaration* et de la *Charte québécoise* était pour partie liée à leur statut dit « quasi constitutionnel » qui a eu un rôle ambivalent dans la garantie des droits et libertés.

C. La notion de quasi-constitutionnalité

- 731 Cette expression a été utilisée par le juge Laskin à l'égard de la *Déclaration canadienne* pour la première fois dans une décision de 1975¹²⁴⁷. Elle a ensuite servi à qualifier également les instruments provinciaux de protection des droits et libertés, les « *Human Rights Codes* » et la *Charte québécoise*¹²⁴⁸. Il convient de lever « l'ambiguïté »¹²⁴⁹ d'une telle formule.
- 732 La notion renvoie en premier lieu à la valeur supra-législative de ces instruments de protection de la personne. Qu'il existe une clause de prépondérance comme dans la *Déclaration canadienne* ou la *Charte québécoise* ou non, comme dans beaucoup de lois provinciales contre les discriminations¹²⁵⁰, ces textes prévalent sur toute autre loi, sauf si le législateur a expressément mentionné le contraire¹²⁵¹. En effet, de telles lois peuvent rendre inopérants d'autres lois ou

¹²⁴³ On a pu démontrer que la *Charte québécoise* avait pu souffrir des comparaisons avec cette *Déclaration canadienne* source de désillusions : A. MOREL, « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », *R.D.U.S.*, vol. 17, 1986, pp. 49-84, spéc. p. 56.

¹²⁴⁴ Voir M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte » dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, dir., *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, Montréal, volume 2 - Études, 2003, pp. 247-288, p. 249 et s.

¹²⁴⁵ A. MOREL, « La coexistence des chartes », préc., p. 54 et s. L'auteur explique que de 1975 à 1982 ni la doctrine ni les tribunaux n'ont alimenté la réflexion sur la *Charte québécoise* et son interprétation, si bien que ces derniers ont eu une attitude « réductrice » la *Charte* servant seulement au rappel de règles établies ou à « énoncer quelques dérogations de droit commun » p. 55.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 55. Cela étant, il y avait eu bien peu d'occasions et seules les lois antérieures à 1975 étaient concernées.

¹²⁴⁷ Hogan, préc.

¹²⁴⁸ Voir par exemple *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 85.

¹²⁴⁹ M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », préc., p. 264.

¹²⁵⁰ De telles clauses existaient également en Alberta et en Saskatchewan : article 2 du *Alberta Bill of Rights* préc. et article 44 du *Saskatchewan Human Rights Code*, préc.

¹²⁵¹ Voir par exemple à propos du *Human Rights Act* du Manitoba : *Winnipeg School Division c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, § 8, « Une loi sur les droits de la personne est de nature spéciale et énonce une politique générale applicable à des questions d'intérêt général. Elle n'est pas de nature constitutionnelle, en ce sens qu'elle ne peut pas être modifiée, révisée ou abrogée par la législature. Elle est cependant d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre de la modifier, de la réviser ou de l'abroger, ou encore de créer des exceptions à ses dispositions. Adopter et appliquer une théorie quelconque d'abrogation implicite d'une loi de ce genre au moyen d'un texte législatif ultérieur

règlements en raison de leur objet spécial et de l'importance qu'on a voulu accorder à ces instruments¹²⁵².

733 En revanche leur niveau hiérarchique n'est pas équivalent à la norme constitutionnelle. Ceci s'explique notamment par l'absence de forme constitutionnelle¹²⁵³ et par la souveraineté parlementaire qui commande une liberté d'action au législateur¹²⁵⁴.

734 La quasi-constitutionnalité permet en effet de rendre compte de la distinction entre constitution formelle, et constitution matérielle¹²⁵⁵. Ce faisant, la nature constitutionnelle des droits et libertés peut être admise au sens matériel, dans la mesure où leur contenu est par essence « fondamental », car il s'agit de « valeurs déterminées, jugées primordiales dans le cadre d'une société démocratique et libérale »¹²⁵⁶. Mais l'absence de forme constitutionnelle de ces instruments pose la question de leur portée juridique. On peut ainsi estimer que la primauté dont ils bénéficient est due à une simple règle de conflit de lois interne au corpus législatif (donc modifiable librement par le législateur) ou bien considérer leurs effets supra-législatifs dans la mesure où ils servent de norme de référence pour contrôler les lois ordinaires. Quoi qu'il en soit, leur portée juridique supra-législative (ou leur prépondérance), mais infraconstitutionnelle de ces garanties expresses des droits et libertés est bien le reflet de leur constitutionnalité incomplète¹²⁵⁷.

équivalerait à la dépouiller de sa nature spéciale et à protéger fort inadéquatement les droits qu'elle proclame ». Voir aussi *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145.

¹²⁵² Ainsi André Morel explique que la nature spéciale de ces instruments découle de la présence d'une clause de primauté, comme la *Déclaration canadienne*, la *Charte québécoise* en son article, mais même en l'absence de clause de primauté de leur objet spécial de protection des droits et libertés. Cependant il estime que seuls certains instruments, comme la *Charte québécoise* ou la *Déclaration canadienne*, méritent le qualificatif de quasi-constitutionnel, car pour pouvoir déroger à ces normes de protection il faut en plus d'une déclaration législative claire une forme particulière dictée par la clause de primauté. A. MOREL, « La coexistence des chartes », préc., p. 57 et s.

¹²⁵³ C'est ce que rappelle d'ailleurs la Cour suprême dans *Craton* préc.

¹²⁵⁴ Voir aussi J.-Y. MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », préc., p. 57 et s.

¹²⁵⁵ En ce sens, voir M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », préc., p. 266. Voir aussi supra § 285 et s., sur la différence entre les deux.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 267. Les auteurs distinguent le contenu matériel des phénomènes axiologiques constitutionnels, alors que nous dirions plutôt qu'ils recouvrent la même réalité.

¹²⁵⁷ On a pu à cet égard qualifier la *Charte québécoise* de « législation à caractère hybride. Loi ordinaire, dans certain cas, elle peut néanmoins produire sur les autres normes juridiques des effets extraordinaires » : J. FRÉMONT, « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexions autour de malaises » dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne, dir., *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 63-82, p. 72.

- 735 Ce défaut de suprématie a pu être un obstacle à la garantie des droits et libertés, car il a engendré une certaine retenue judiciaire¹²⁵⁸. Paradoxalement, l'adoption d'une *Charte constitutionnelle* canadienne allait libérer l'attitude des tribunaux et permettre une effectivité accrue des instruments quasi constitutionnels¹²⁵⁹, mais elle allait aussi souligner leur caractère non constitutionnel et donc leur soumission hiérarchique au seul véritable instrument constitutionnel de protection des droits et libertés : la *Charte canadienne*¹²⁶⁰. C'est toute l'ambivalence de la quasi-constitutionnalité qui a d'abord été un frein à l'effectivité des droits et libertés avant 1982, et qui ensuite s'est vue reconnaître son utilité, mais aussi la subordination de ces instruments au texte constitutionnel.
- 736 C'est pourquoi la *Charte canadienne* a pu contribuer à relancer le débat sur une éventuelle constitutionnalisation formelle de la *Charte québécoise* qui s'inscrit dans le projet plus large d'une Constitution pour le Québec¹²⁶¹. La constitutionnalisation de la *Charte québécoise* a été « progressive »¹²⁶² et il existe des arguments en faveur de son parachèvement. On a ainsi pu critiquer que la *Charte québécoise* soit mise sur le même rang que les lois provinciales contre la discrimination alors que l'ambition de la première était beaucoup plus large, ou tout simplement la nécessité de l'ériger à un rang symbolique fort¹²⁶³ et de la protéger des modifications par une simple majorité parlementaire pour donner au contenu constitutionnel de la *Charte québécoise* une stabilité¹²⁶⁴.

¹²⁵⁸ D. PROULX, « La suprématie des droits et libertés de la personne », préc.

¹²⁵⁹ Voir à propos de la *Charte québécoise* « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés (1982-1990) : des percées importantes » M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », préc., p. 250 et s.

¹²⁶⁰ Nous y reviendrons infra (notamment § 1382 et s.)

¹²⁶¹ Voir B. PELLETIER, « La nature quasi constitutionnelle de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et l'idée d'une constitution québécoise », *Bulletin Québécois de Droit Constitutionnel*, vol. 2, 2007, pp. 1-7.

¹²⁶² J.-Y. MORIN, « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », préc.

¹²⁶³ La Commission sur les droits de la personne en faveur d'une constitutionnalisation de la *Charte* estime que « La Charte québécoise n'aurait pas la même valeur de symbole que la Charte canadienne, ni la même importance politique et judiciaire ; elle ne jouerait pas un rôle de référent de l'identité québécoise » Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, préc., p. 93.

¹²⁶⁴ En ce sens, voir P. BOSSET, « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois », *Bulletin Québécois de Droit Constitutionnel*, vol. 1, 2006, pp. 3-17. Pour Benoît Pelletier la souveraineté parlementaire ne serait plus un obstacle, car : « on admet de plus en plus qu'un parlement aurait la possibilité de se lier pour l'avenir, mais uniquement pour les aspects qui concernent le processus d'élaboration de la loi, et non pour les aspects substantifs. Selon cette conception, l'Assemblée nationale pourrait donc assortir la modification de la constitution du Québec d'exigences plus lourdes que pour les lois ordinaires, par exemple en imposant une majorité renforcée ». B. PELLETIER, « L'idée d'une constitution québécoise », préc., p. 5.

D. Les Chartes autochtones des droits et libertés

737 La *Loi constitutionnelle de 1982* a, on le sait, transformé les relations avec les peuples autochtones¹²⁶⁵. Ainsi, lorsqu'ils ont pu mettre en place une véritable autonomie gouvernementale, notamment par la voie de traité, ils ont parfois édicté leur propre Constitution et des instruments de protection de droits de la personne spécifique à leur communauté. C'est d'ailleurs ce que certains membres de la doctrine leur enjoignaient de faire dès les années 1990, d'autant qu'il apparaissait plus réalisable que chacun des peuples autochtones établisse sa Charte plutôt que d'essayer d'édicter une Charte autochtone des droits¹²⁶⁶. C'est le cas par exemple de la Nation Teslin Tlingit qui a édicté en 2005 sa propre Charte¹²⁶⁷ ou de la Constitution des Inuit du Labrador qui contient une *Charte des droits et des responsabilités* dans son chapitre 2¹²⁶⁸. D'autres ne font que prévoir la protection des droits et libertés dans une future Constitution comme l'accord de la Première Nation de Tsawwassen¹²⁶⁹, de même que l'accord tlichôs¹²⁷⁰, ou l'accord Nisga'a¹²⁷¹.

¹²⁶⁵ En particulier grâce à l'article 35, voir supra, § 151 et s. Cette doctrine dite de la loi de « *manner and form* » est bien connue et appliquée en droit constitutionnel britannique.

¹²⁶⁶ P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256, spéc. p. 216; A. C. CAIRNS, « Reflections on the Political Purposes of the Charter: The First Decade » dans G. A. BEAUDOIN, dir., *La Charte : dix ans après. Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien et du Ministère de la justice du Canada tenue à Ottawa en avril 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 163-191, p. 181.

¹²⁶⁷ «Ha Kus Teyea ~ the Tlingit Way» Declaration & Charter of Teslin Tlingit Nation sixth discussion draft june 1, 2005. Cette *Charte* rappelle en premier lieu le contexte de ces libertés proclamées comme l'idée d'une responsabilité individuelle à l'égard du Créateur ou qu'elles sont le reflet de la pratique de « Dakh'awèdi, Ishkitàn, Yanyèdi, Kùkhittàn and Dèshitàn Clans as the keepers of our traditions, laws and customs », ou encore l'importance du clan et de la famille. Elle contient ensuite des droits classiques comme la non-discrimination, la dignité, la justice ou plus spécifiques comme sur la propriété individuelle ou collective, le bien-être social, la culture, la langue et l'éducation.

¹²⁶⁸ Voir la *Constitution des Inuit du Labrador* préc. Elle contient notamment des droits et des responsabilités très détaillés, sur les droits et libertés classiques (égalité, dignité humaine, sécurité, intégrité de la personne, liberté religieuse) des droits politiques et notamment celui relatif au statut d'Inuk et des droits de circulation, de propriété (notamment sur la propriété foncière et l'expropriation). Elle contient aussi des droits plus sociaux, comme ceux relatifs au commerce et aux travailleurs, à l'éducation, à la santé aux services sociaux, à l'eau et à la nourriture, au logement ainsi que des droits environnementaux, des droits relatifs aux enfants, des droits linguistiques et des droits d'accès aux tribunaux. Une charte au contenu très étendu et moderne qui précise en outre ses modalités d'application, notamment sur les responsabilités qui doivent être mises en œuvre par le droit Inuk.

¹²⁶⁹ Il prévoit qu'elle se dotera d'une constitution qui comprendra « la reconnaissance et la protection des droits et libertés des membres tsawwassen ». Chapitre 16, article 8 i) de l'accord Accord définitif de la Première Nation de Tsawwassen de 2007.

¹²⁷⁰ Article 7.1.2.b de l'Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple Tlichô et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada « les mesures de protection des citoyens tlichôs et des autres personnes auxquelles les lois tlichôs s'appliquent, au moyen de droits et libertés au moins équivalents à ceux énoncés dans la Charte canadienne des droits et libertés ».

¹²⁷¹ *Accord définitif Nisga'a*, préc. article 9 « La Nation Nisga'a a une Constitution Nisga'a compatible avec l'Accord et qui (...) 0. reconnaît et protège les droits et libertés des citoyens Nisga'a ».

738 Tout comme les instruments provinciaux, ces Chartes autochtones sont opposables aux organes de gouvernance autochtone dans l'exercice de leur compétence. La portée juridique de ces Chartes est encore relativement méconnue, mais elles sont potentiellement aussi protectrices des droits et libertés à l'égard des membres des communautés concernées que les autres instruments quasi constitutionnels.

739 Les réflexions naissantes à l'égard de la *Charte canadienne* et le véritable bouleversement qu'elle opérera à l'égard du rôle des tribunaux dans la garantie des droits et libertés permettront aux autres instruments de trouver un véritable épanouissement, bien qu'ils soient désormais dans l'ombre de la *Charte canadienne*.

III. La *Charte canadienne* : un instrument constitutionnel éclipsant les textes précédents

A. L'élaboration « multi dialogique » de la *Charte canadienne*

740 La *Charte canadienne des droits et libertés* enchâssée dans la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue la garantie la plus importante des droits de la personne au Canada. Elle naît de la modification constitutionnelle opérée en 1982 dans les conditions de grandes émulations politiques et sociales¹²⁷² que l'on connaît¹²⁷³. L'idée d'une charte constitutionnelle des libertés fondamentales pour le Canada était plus ancienne et particulièrement chère au Premier ministre du Canada qui parviendra finalement à la faire adopter, Pierre E. Trudeau¹²⁷⁴. Mais c'est à partir de 1980, après le référendum québécois sur l'indépendance que le processus constitutionnel se met véritablement en marche. Il se déroule sur plusieurs plans : des négociations entre les gouvernements fédéraux et provinciaux (la conférence des Premiers ministres) et une étape

¹²⁷² Sur les circonstances de l'élaboration de la *Loi constitutionnelle de 1982* vues par différents acteurs et observateurs de l'époque, voir : P. C. WEILER et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, 426 p.

¹²⁷³ Voir supra §136 et s.

¹²⁷⁴ Il avait dès 1955 soumis cette idée à la Commission Tremblay T. S. AXWORTHY, « Colliding Visions: The Debate over the Charter of Rights and Freedoms 1980 81 » dans P. C. WEILER et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 13-26, p. 15. Et il avait en 1967-1968 commandait comme ministre de la Justice une étude menée par le professeur Strayer sur une éventuelle Charte, qui a donné lieu à un livre blanc. Voir aussi P. E. TRUDEAU, *Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine et Contrôleur de la Papeterie, 1968, 180 p.

parlementaire avec le Comité spécial mixte (de députés et sénateurs) qui procéda à de très nombreuses consultations avec les représentants de la société civile¹²⁷⁵.

741 La *Charte* est bien un projet fédéral, mais est aussi issue de certains travaux d'experts¹²⁷⁶, de compromis politiques entre les différents niveaux de gouvernements¹²⁷⁷, mais aussi d'un processus délibératif démocratique fondé sur les parlementaires et la prise en compte de la société civile et de certaines minorités. C'est d'ailleurs en tant que telles que les autochtones canadiens sont parvenus à faire entendre leurs revendications, en tant que pétitionnaires et non comme participants au Comité spécial mixte¹²⁷⁸. De manière générale, on a pu observer que la société civile avait eu un véritable impact sur le contenu et la portée de la *Charte*, un « rôle transformatif »¹²⁷⁹.

B. Le contenu de la Charte canadienne : des dispositions classiques et nationales

742 Les dispositions matérielles contenues de la *Charte canadienne* sont à la fois très classiques¹²⁸⁰, et pourtant beaucoup plus étendues que celles de la *Déclaration canadienne*¹²⁸¹. Elle comprend les « libertés fondamentales » de l'article 2 qui correspondent à la liberté de conscience et de religion, la liberté d'expression et de la presse, de réunion et d'association. Il existe ensuite les « garanties juridiques » des articles 7 à 14 de la *Charte* et qui correspondent aux droits procéduraux et au droit à la vie ainsi qu'à la protection contre les traitements ou peines cruels ou inusités. La *Charte* comprend aussi des droits à l'égalité¹²⁸² et une disposition spécifique sur l'égalité entre les hommes et les femmes¹²⁸³.

¹²⁷⁵ Il y a eu plus de 914 pétitions individuelles et 292 pétitions par des groupes : T. S. AXWORTHY, « Colliding Visions », préc., p. 22.

¹²⁷⁶ Comme le rapport Strayer préc., ou encore grâce à l'influence de certains juristes comme Walter Tarnopolsky.

¹²⁷⁷ Bien qu'au final le Québec ait été *de facto* exclu.

¹²⁷⁸ D. SANDERS, « An Uncertain Path: The Aboriginal Constitutional Conferences » dans P. C. WEILER et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 63-77, p. 63.

¹²⁷⁹ I. COTLER, « The Canadian Charter of Rights and Freedoms 25 Years Later: A Revolution in Five Acts » dans J. E. MAGNET et B. ADELL, dir., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms after Twenty-five Years*, Markham, Lexisnexis, 2009, pp. 321-343, p. 231.

¹²⁸⁰ C'est « un document qui s'inscrit dans le cadre du libéralisme classique » P. BOSSET, « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois », préc., p. 10.

¹²⁸¹ Pour une comparaison entre les deux, voir : W. S. TARNOPOLSKY, « The Constitution and Human Rights », préc.

¹²⁸² Article 15, notons que l'article 15(2) autorise explicitement les programmes d'action positive.

¹²⁸³ Article 28, qui est un exemple de ce qu'ont pu obtenir les représentants de la société civile, tout comme l'étendue de l'article 15(1) : I. COTLER, « A Revolution in Five Acts », préc., p. 332.

- 743 La *Charte canadienne* protège aussi des droits proprement canadiens comme les droits démocratiques¹²⁸⁴, les libertés de circulation et d'établissement¹²⁸⁵ ou les droits linguistiques¹²⁸⁶. Les droits linguistiques dans ces deux volets, langues officielles du Canada et possibilité pour la minorité linguistique anglophone ou francophone d'une province de se voir garantir une instruction dans sa langue¹²⁸⁷, étaient primordiaux pour le Premier ministre Pierre E. Trudeau et particulièrement sensibles politiquement¹²⁸⁸.
- 744 La présence de l'article 27 qui demande une interprétation concordante avec le « patrimoine multiculturel des Canadiens » est également une des originalités de cette *Charte* que l'on doit aux revendications des citoyens auprès du Comité mixte.
- 745 La *Charte* comporte aussi certaines omissions comme le droit de propriété, dont on a pu proposer depuis de l'y inclure¹²⁸⁹, et les droits économiques et sociaux¹²⁹⁰.

C. La portée constitutionnelle de la *Charte canadienne*

- 746 Les véritables innovations de la *Charte* quant à la protection des droits et libertés au Canada ne résident donc pas tant dans sa substance que dans sa portée. En premier lieu, elle a vocation à s'appliquer tant à l'égard du pouvoir fédéral que provincial¹²⁹¹ qu'à l'égard des territoires¹²⁹². Il va sans dire que cette caractéristique est déterminante dans l'étude du plurijuridisme canadien et que cela constitue un facteur d'unité dont il nous reste à évaluer l'exakte étendue¹²⁹³.

¹²⁸⁴ Article 3 à 5.

¹²⁸⁵ Article 6.

¹²⁸⁶ Articles 16 à 23.

¹²⁸⁷ Voir supra § 575.

¹²⁸⁸ Voir par exemple P. C. WEILER, « The Evolution of the Charter: a View from the Outside » dans P. C. WEILER et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 49-62, p. 50 et s. R. McMURTRY, « The Creation of an Entrenched Charter of Rights - A Personal Memoir », *Queen's L.J.*, vol. 31, 2006, pp. 456-469, spéc. p. 460. H. D. FORBES, « Trudeau's Moral Vision » dans A. A. PEACOCK, dir., *Rethinking the Constitution : Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 1996, pp. 17-39. Voir infra (§ 868 et s.) sur les conséquences dans les rapports avec les provinces.

¹²⁸⁹ Voir A.-F. DEBRUCHE, « La protection de la propriété par la Charte des droits et libertés de la personne : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 175-216, spéc. p. 209 et s.

¹²⁹⁰ Cette lacune pour certains « méconnaît l'une des caractéristiques essentielles des démocraties occidentales depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale, soit le rattachement de ces démocraties à "l'État Providence", au Welfare State » M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », préc., p. 270.

¹²⁹¹ Article 32(1).

¹²⁹² Article 30.

¹²⁹³ Voir infra § 865 et s.

- 747 En raison de sa nature constitutionnelle et du « rapatriement » opéré par la même occasion, la *Charte* ne peut être révisée¹²⁹⁴ que selon une procédure renforcée par rapport aux lois législatives ordinaires. C'est en effet l'article 38 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui, en tant que procédure de révision résiduaire, s'applique à la *Charte*. Il requiert des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et des assemblées législatives de sept provinces représentant la moitié de la population de toutes les provinces. L'absence de droit de veto est palliée par un droit de retrait, qui permet à une province d'empêcher que s'applique à elle une modification qui déroge « à la compétence législative, aux droits de propriété ou tous autres droits ou privilèges d'une législature ou d'un gouvernement provincial ». Si bien qu'un nouveau droit ou bien l'extension d'un droit prévu par la *Charte* pourrait sans doute fait l'objet d'un droit de retrait¹²⁹⁵. Paradoxalement, l'ensemble des droits et libertés de 1982 s'impose à toutes les provinces du Canada, y compris le Québec qui n'a jamais consenti à la *Loi constitutionnelle de 1982*, alors qu'à l'avenir les provinces pourront en cas de désaccord se soustraire à un droit fondamental de manière asymétrique telle un « *opting out* ».
- 748 L'autre bouleversement opéré par la *Charte canadienne* est le passage d'une démocratie parlementaire à une démocratie constitutionnelle. Non seulement la nature constitutionnelle des différents droits et libertés proclamés est reconnue, mais ils sont garantis par une véritable clause de primauté et des sanctions appropriées, dont les tribunaux seront les sentinelles. Ce transfert aux juridictions du respect des droits fondamentaux aux dépens du Parlement, qui dans le paradigme précédent bénéficiait de toute la confiance des citoyens, ne s'est pas fait ni sans débats ni sans concession.
- 749 Les citoyens via les représentants de la société civile avaient d'ailleurs insisté pour une authentique effectivité des droits protégés. Il est vrai que cela passait sans doute par une suppression de la référence à la démocratie parlementaire qui demeurerait encore dans le projet fédéral sur l'article 1^{er} encore très déférent envers les parlements¹²⁹⁶. Cette clause limitative des droits se lit désormais comme une clause de « raisonabilité »¹²⁹⁷ qui demande au législateur des

¹²⁹⁴ La *Charte* a fait l'objet de quelques amendements en 1983 et 1993.

¹²⁹⁵ Voir H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 236 et s.

¹²⁹⁶ I. COTLER, « A Revolution in Five Acts », préc., p. 333; P. C. WEILER, « The Evolution of the Charter: a View from the Outside », préc., p. 55; W. S. TARNOPOLSKY, « The Constitution and Human Rights », préc., p. 268.

¹²⁹⁷ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 969.

justifications pour limiter les droits dans « une société libre et démocratique »¹²⁹⁸. Le passage d'une limite non justifiée au nom de la souveraineté parlementaire à une limite légitime et démontrée par le législateur constitue sans nul doute le basculement le plus tangible vers le constitutionnalisme.

750 L'autre avancement dans la garantie des libertés individuelles, en comparaison avec la *Déclaration canadienne* en particulier¹²⁹⁹, tient à l'existence de véritables sanctions à la disposition des juges en cas de non-conformité avec la *Charte*. En premier lieu, l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend « inopérantes les dispositions incompatibles de toutes règles de droit » avec la loi suprême du Canada¹³⁰⁰. Ensuite, l'article 24 de la *Charte* prévoit la possibilité d'obtenir la réparation que le juge compétent « estime convenable et juste eu égard aux circonstances »¹³⁰¹. Ces sanctions constitutionnelles donneront donc une grande latitude aux tribunaux pour non seulement écarter l'application des normes, même législatives, inconstitutionnelles et même à neutraliser leur non-conformité en incluant des termes non prévus par le législateur¹³⁰², mais aussi pour redresser la situation de la victime selon différents moyens à condition qu'ils soient utiles et équitables¹³⁰³.

751 Cette marche vers la démocratie constitutionnelle s'est faite au prix d'une dernière concession exigée par les provinces : la célèbre « clause nonobstant » prévue à l'article 33 de la *Charte* qui permet aux législatures fédérale et provinciales de soustraire des dispositions législatives aux articles 2 et 7 à 15 de la *Charte* par déclaration expresse et pour une durée maximale de 5 ans¹³⁰⁴. Une telle dérogation, bien que conforme à la tradition canadienne jusqu'alors, puisqu'elle permet un retour à la suprématie parlementaire comme dans d'autres instruments avant elle, a souvent été vécue comme un recul dans la sauvegarde des droits et libertés et le compromis de trop. Il faut

¹²⁹⁸ « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

¹²⁹⁹ Pour une comparaison sur ce point avec la *Déclaration* ainsi que l'évolution par rapport au projet gouvernemental qui ne prévoyait pas une mise en œuvre suffisamment stricte en cas de violation : W. S. TARNOPOLSKY, « The Constitution and Human Rights », préc., p. 275.

¹³⁰⁰ Cela étant, c'est bien l'inclusion de la *Charte* au corpus constitutionnel qui lui confère sa suprématie dans la mesure où cette suprématie existait avant 1982 à travers la *Loi constitutionnelle de 1867*.

¹³⁰¹ L'alinéa 2 de l'article prévoit en outre l'« irrecevabilité d'éléments de preuve qui risqueraient de déconsidérer l'administration de la justice ».

¹³⁰² C'est ce qu'on appelle l'inclusion ou le « *reading in* ».

¹³⁰³ Voir H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 1014 et s.

¹³⁰⁴ Quant aux circonstances historiques précises de l'adoption de l'article 33 voir par exemple : A. BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », *R. du B.*, vol. 63, 2003, pp. 107-149, spéc. p. 113 et s.

admettre que si dans les instruments quasi constitutionnels les clauses nonobstant démontrent leur supériorité envers les lois ordinaires, et donc une meilleure garantie des libertés, dans la Constitution elle témoigne d'un possible retour du législateur alors perçu comme un profanateur affiché des libertés. Dans le premier cas, l'impossibilité de la dérogation implicite par le législateur renforce la garantie des libertés alors que dans le second c'est une transgression explicite aux libertés, désormais suprêmes, qui est difficilement acceptable dans une perspective libérale. Cette disposition des plus spécifiques du droit constitutionnel canadien recèle un potentiel fort intéressant non seulement en ce qui concerne les relations entre les pouvoirs juridictionnels et législatifs, mais aussi dans les relations de pouvoir verticales sur lesquelles nous reviendrons.

752 L'entrée en vigueur de la *Charte* le 7 avril 1982¹³⁰⁵, a indubitablement révolutionné la protection des droits et libertés au Canada, la position des juges dans ce pays par rapport au législateur, mais aussi le plurijuridisme. Il est certain que ces plus de trente années d'application, ont vu la Cour suprême en tant qu'ultime gardien des droits et libertés évoluer et prendre désormais très au sérieux son rôle de protection des individus vis-à-vis du pouvoir. Dès 1987 la juge L'Heureux-Dubé disait d'ailleurs que le Canada avait fait plus pour les libertés après 5 années d'application que les États-Unis en 200 ans¹³⁰⁶. Le choix dès le départ d'une interprétation libérale et téléologique des droits de la *Charte*, au contraire des concepts figés des libertés existantes de la *Déclaration*¹³⁰⁷, démontre par exemple à quel point la Cour suprême du Canada s'est libérée du carcan qu'elle s'était jusqu'alors imposé quant à sa propre fonction. D'aucuns diront qu'elle s'en est que trop affranchie, mais c'est une évaluation qui serait trop hâtive à faire à ce stade.

753 Examinons plutôt dans quelle mesure la *Charte canadienne* a permis la persistance de la mobilisation des moyens de protection des droits fondamentaux qui l'ont précédée et qui lui succèderont.

D. La persistance des autres instruments de protection

754 En effet, en dépit de sa supériorité normative, la *Charte constitutionnelle* n'a pas aboli ou absorbé les différents instruments de protection des droits qui l'ont précédée. Au contraire, la *Charte canadienne* a prévu expressément cette coexistence dans l'ordre juridique canadien dans son

¹³⁰⁵ L'article 15 sur les droits à l'égalité est entré en vigueur trois ans plus tard.

¹³⁰⁶ Cité dans I. COTLER, « A Revolution in Five Acts », préc., p. 328.

¹³⁰⁷ W. S. TARNOPOLSKY, « The Constitution and Human Rights », préc., p. 264 et s.

article 26, qui précise que « le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada ». Par cette disposition lapidaire, le droit constitutionnel canadien admet l'existence des autres instruments de protection de la personne provinciaux, fédéraux ou d'autre nature, par exemple ceux issus des gouvernements autochtones, et surtout entend de pas nier leur contribution aux droits et libertés.

755 En ce qui concerne les autochtones, c'est l'article 25 de la *Charte*¹³⁰⁸ qui prévoit spécifiquement que les droits de la *Charte canadienne* ne sauraient porter atteinte aux droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Or, nous avons pu démontrer que l'autonomie normative des peuples autochtones est reconnue constitutionnellement à travers les *droits* de l'article 35¹³⁰⁹. Si bien que cette clause s'avère être bien plus qu'une simple reconnaissance des autres instruments de protection des libertés comme pour l'article 26, mais renvoie potentiellement au pouvoir normatif des peuples autochtones, et pas seulement à leur pouvoir de protéger les libertés de leurs membres. Il conviendra alors de lever toute l'ambiguïté de cet article 25¹³¹⁰, qui va au-delà de la question de la pluralité des textes de sauvegarde des droits de la personne.

756 En ce qui concerne ces instruments, l'ensemble demeure ainsi en vigueur¹³¹¹. En revanche, leur validité est conditionnée par leur conformité à l'ensemble de la Constitution, et donc à la *Charte canadienne*. Par conséquent les instruments infraconstitutionnels peuvent être déclarés inopérants devant les tribunaux en cas d'incompatibilité avec la *Charte*, il peut même arriver que le juge reformule les dispositions contraires à la *Charte*, l'affaire *Vriend*¹³¹² en est une illustration. La

¹³⁰⁸ L'Article 25 s'intitule « Maintien des droits et libertés des autochtones » et se lit comme suit : « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763 ;

b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. »

¹³⁰⁹ Voir supra § 359 et s.

¹³¹⁰ Voir infra, notamment § 990 et s.

¹³¹¹ Cela a été confirmé par la Cour suprême : *Singh*, préc., § 85.

¹³¹² *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Voir infra § 1054 et 1386. La loi de protection des droits individuels de l'Alberta protégeait les individus dans leurs relations privées contre les discriminations, mais elle ne prévoyait pas l'orientation sexuelle comme un motif de discrimination prohibée, le requérant qui avait été licencié pour ce motif ne pouvait donc obtenir réparation et il avait contesté la validité de cette législation à l'égard de la *Charte canadienne* en son article 15 (1). La Cour suprême estima que l'omission de l'orientation sexuelle dans la législation constituait une négation du droit au même bénéfice fondé sur un motif analogue et une discrimination injustifiée. La Cour choisit comme réparation la technique de l'interprétation large ou le *Reading in* et inclut l'orientation sexuelle dans la loi albertaine pour mettre fin à la discrimination sans pour autant priver les Albertains du bénéfice de la loi de protection des droits de la personne.

question de la validité appelle donc une réponse simple, en revanche, celle de l'applicabilité, éventuellement concurrentielle est plus complexe¹³¹³.

757 Il nous appartiendra d'en dégager l'essence plus tard, retenons pour l'instant que d'un point de vue structurel la *Charte* est un instrument hiérarchiquement supérieur et opère une reconnaissance laconique des autres sources du contentieux des droits et libertés. En effet, elle ne fait référence à aucune autre source extérieure, ni infraconstitutionnelle, ni internationale. Sa légitimité semble se suffire à elle-même, ce qui fait finalement d'elle un instrument peu pluraliste des droits fondamentaux, ou au « pluralisme minimal ».

Section 2. L'émergence en Europe de la protection des droits et libertés : une accumulation de sources diverses et pluralistes

758 L'avènement de la protection des droits fondamentaux en Europe a été maintes fois décrit par la doctrine. Son analyse reste toutefois pertinente dans la mesure où il permet de comprendre que la protection des droits fondamentaux en Europe a depuis le début intégré des problématiques relatives au plurijuridisme.

759 En effet, la simple existence de divers instruments de protection des droits et libertés pour chacune des autonomies normatives de l'espace plurijuridique démontre à première vue une forme de pluralisme. Mais c'est aussi dans la manière dont a émergé la protection au niveau englobant, celle qui a créé *in fine* le contentieux des droits fondamentaux devant la Cour de justice, qui nous enseigne sur les liens étroits qu'entretiennent les droits fondamentaux et le plurijuridisme. L'histoire de la protection des droits et libertés débute avec des textes non communautaires (I) dont la Cour de justice a su s'inspirer à travers les principes généraux de droit (II) avant que finalement le droit de l'Union consacre une protection explicite, avec en particulier la *Charte* (III).

I. Au commencement de la protection des droits fondamentaux : des Constitutions nationales, une Convention européenne et une Cour de justice

760 Il existait des instruments de sauvegarde des libertés en Europe (A) bien avant que la Cour de justice ne se saisisse de cette question (B).

¹³¹³ Voir infra § 1412.

A. Les protections préexistantes des droits et libertés en Europe

- 761 La protection des droits et libertés individuels en Europe a le plus souvent été reconnue au niveau étatique en premier. Sans retracer toute l'histoire des libertés individuelles en Europe, on retiendra simplement que les instruments nationaux les plus importants et encore en vigueur aujourd'hui, sont généralement de nature constitutionnelle. Ils permettent ainsi d'obliger l'État au respect des droits et libertés de la personne.
- 762 Cela est bien connu, après la Seconde Guerre mondiale plusieurs vagues successives de constitutionnalisme ont déferlé sur l'Europe, avec pour ambition de ne plus tomber dans les tragiques conséquences du totalitarisme. Il s'agissait de non seulement inscrire dans le marbre les droits les plus élémentaires de la personne humaine, mais aussi de contrôler et sanctionner leurs atteintes par un organe indépendant des pouvoirs politiques : le juge constitutionnel ou ordinaire. Selon des modalités très diverses de saisine du juge constitutionnel notamment¹³¹⁴, modalités qui ont d'ailleurs évolué dans le temps¹³¹⁵, et en se fondant sur des textes de protection des droits et libertés au contenu variable¹³¹⁶, les États européens ont ainsi entendu davantage donner une effectivité au respect des libertés individuelles.
- 763 Les contextes historiques nationaux expliquent les différents rythmes auxquels les États ont entendu protéger constitutionnellement les libertés. L'Allemagne et l'Italie ont été les premiers, le Conseil Constitutionnel français ne consacrera la valeur constitutionnelle des textes de protection auquel renvoyait le préambule de la Constitution de 1958 qu'en 1971, l'Espagne le Portugal et la Grèce ont attendu la fin des dictatures dans les années 1970 pour le faire, et c'est la transition démocratique dans les années 1990 qui permettra aux Pays de l'Europe centrale et orientale d'opérer ce changement. Le Royaume-Uni fait preuve d'originalité, puisque malgré une tradition libérale séculaire¹³¹⁷ ce n'est qu'en 1998 que le *Human Rights Act* donnera aux tribunaux britanniques un catalogue des droits fondamentaux sur le fondement duquel ils

¹³¹⁴ Voir par exemple D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3 éd., Paris, Montchrestien, 1998, 160 p; M. FROMONT, « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », *Droit et Politique à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 47-59.

¹³¹⁵ La France a ainsi introduit en 2008 la question prioritaire de constitutionnalité ouvrant la possibilité au justiciable à l'occasion d'un litige de soulever une question de constitutionnalité de la loi qui s'applique à son cas et qui porte atteinte aux droits et libertés protégés par la Constitution. Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 telle que modifiée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

¹³¹⁶ Sur les six États fondateurs et les dispositions constitutionnelles de protection des droits et libertés susceptibles de rapprochement, voir P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *CDE*, 1968, p. 629, spéc. p. 652 et s.

¹³¹⁷ La *Magna Carta* date de 1215.

pourront déclarer une loi britannique incompatible avec les droits ainsi codifiés de la *Convention européenne des droits de l'homme*¹³¹⁸.

764 D'autres instruments de protection des droits et libertés relèvent en effet du droit international, et au premier rang duquel on trouve la *Convention européenne des droits de l'homme* et la Cour, anciennement la Commission, qui est chargée de contrôler son respect par les États parties. Avec l'adhésion de la France en 1974, l'ensemble des États membres de la Communauté européenne est également partie à la *Convention*, et en 1981¹³¹⁹ tous les États ont accepté la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme pour connaître des requêtes individuelles dirigées à leur encontre. Les autres États qui adhéreront à la Communauté, puis à l'Union européenne seront préalablement partie au système conventionnel de protection de la personne.

765 Le système de protection des droits fondamentaux en Europe est d'ores et déjà divers, il en deviendra complexe¹³²⁰ avec la protection au niveau communautaire des droits de l'homme.

B. La carence initiale des traités et l'appel à la Cour de justice

766 L'action de la Cour de justice a été à cet égard déterminante. En effet, il existait au départ de la construction communautaire une « carence de la communauté européenne en matière de droits fondamentaux »¹³²¹ puisque le droit primaire ne faisait pas mention expresse d'un catalogue de droits¹³²². On explique cette absence par le caractère délibérément technique des premiers traités qui faisaient preuve d'« une sobriété tout utilitaire » après les échecs d'une communauté européenne de nature politique¹³²³. Les premières compétences transférées aux institutions

¹³¹⁸ En raison du principe de la souveraineté du Parlement britannique, les tribunaux ne peuvent annuler ou invalider les lois contraires aux droits fondamentaux issus de la *Convention européenne des droits de l'homme* et codifiés dans le *Human Rights Act* 1998 Chapter 42.

¹³¹⁹ En 1973 pour l'Italie et en 1981 pour la France.

¹³²⁰ Voir précisément sur ce sujet, l'interaction de ces trois systèmes de protection des droits et libertés : C. VAN DE HEYNING, *Fundamental Rights Lost in Complexity. The Protection of Fundamental Rights against Violations by the Rulemaker in Converging National and European Legal Systems*, thèse de doctorat en droit, Universiteit Antwerpen Faculteit Rechten, 2011, 558 p.

¹³²¹ M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, pp. 401-424, spéc. p. 401.

¹³²² Sur cette question, voir notamment : J. H. H. WEILER, « Eurocracy and Distrust: Some questions concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Community », *Wash. L. Rev.*, vol. 61, 1986, pp. 1103-1142.

¹³²³ Au contraire, ces projets politiques communautaires antérieurs, la CED notamment, avaient prévu expressément une protection des droits fondamentaux, voir l'article 3 du *Traité instituant la Communauté européenne de défense*, du 27 mai 1952, ou les articles 2 et 45 du projet de traité sur la Communauté politique européenne. Selon G. De Burca les projets du début des années 1950 prévoyaient un système de protection des droits et libertés qui aborde les

européennes étaient non seulement limitées et portaient sur des matières à propos desquelles la question des droits de l'homme ne venait peut-être pas immédiatement à l'esprit¹³²⁴. Mais cette explication ne convainc pas totalement étant donné « l'étendue de l'intégration que [le traité] était susceptible de générer »¹³²⁵.

767 Comme nous l'avions précédemment expliqué¹³²⁶, l'individu n'est toutefois pas absent des prémices de la construction communautaire, puisqu'il dispose en tant qu'agent économique à tout le moins, de certains droits qu'il peut faire valoir à l'encontre de l'État dans le but de créer un marché commun européen. C'est pourquoi il existe un contenu matériel dans les traités qui peut se rapprocher d'une garantie des droits fondamentaux.

768 Ainsi, le principe de non-discrimination selon la nationalité¹³²⁷, la situation économique¹³²⁸ ou la différence des sexes¹³²⁹ ou encore les libertés de circulation des personnes, des marchandises, la liberté d'établissement, des prestations de services, de l'exercice des professions ou de la concurrence relèvent assurément d'une philosophie libérale. Plus précisément, ces droits et libertés ont vocation à « conférer des chances égales à tous les acteurs économiques »¹³³⁰ pour la non-discrimination et à promouvoir le développement personnel à travers les activités économiques et professionnelles pour les libertés dites « économiques ».

769 Le contenu matériel de ces droits individuels européens a donc bien pour fonction de construire un marché économique paneuropéen. Il crée des solidarités entre les États porteuses de paix entre les nations, pour et par l'*homo œconomicus* européen¹³³¹. Autrement dit, ce sont des droits qui servent la construction communautaire. Ils alimentent l'autonomie normative européenne dans la

mêmes enjeux que la protection actuelle : G. D. BÚRCA, « The Road Not Taken: the European Union as a Global Human Rights Actor », *Am. J. Int. L.*, vol. 105, 2011, pp. 649-693.

¹³²⁴ Les domaines économiques et agricoles allaient pourtant donner lieu à un contentieux fourni quant aux droits fondamentaux et révéler des enjeux relatifs aux droits de la personne. Mais qui aurait pu penser dès 1957 par exemple que les quotas sur le lait donneraient lieu à une jurisprudence abondante en matière de droits fondamentaux ?

¹³²⁵ F. PICOD, « Les sources » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 125-185, p. 131.

¹³²⁶ Voir supra § 637 et s. et § 688 et s.

¹³²⁷ Article 7 du TCEE.

¹³²⁸ Article 4, b) du traité CECA

¹³²⁹ Article 119 du traité CEE sur l'égalité de rémunération pour la main-d'œuvre masculine et féminine.

¹³³⁰ P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », préc., p. 646.

¹³³¹ Le préambule du TCEE fixait ainsi les objectifs de la Communauté qui était non seulement de promouvoir « un développement harmonieux des activités économiques », mais aussi « un relèvement accéléré du niveau de vie » ou encore d'établir « les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens » et à affermir « les sauvegardes de la paix et de la liberté ».

mesure où les individus peuvent passer au-delà des restrictions *étatiques* pour se voir appliquer la conception et l'encadrement *communautaires* de la non-discrimination et des libertés de circulation (ou plus largement les libertés économiques).

770 Mais ce qui n'est pas prévu par les traités, c'est un respect des droits et libertés individuels par les institutions communautaires elles-mêmes. Les textes constitutifs, voire constitutionnels, de l'ordre juridique communautaire n'ont pas conçu que dans l'exercice de leurs compétences les pouvoirs normatifs européens doivent être tenus au respect de certaines règles, y compris celles ayant pour but la préservation des grandes libertés individuelles.

771 Par conséquent, la première fois que la question du respect des droits fondamentaux est soulevée devant la Cour de justice en vue d'annuler une décision de la Haute Autorité de la CECA, le requérant demande à la Cour de justice de se fonder sur les dispositions nationales¹³³². Dans cette affaire *Stork* de 1959, il soutient en effet que « la Haute Autorité n'a pas non plus respecté certains droits fondamentaux qui sont protégés dans presque toutes les constitutions des États membres et qui viennent limiter l'application du traité »¹³³³. En réponse, la Cour de justice s'emploie plutôt à séparer clairement le droit communautaire du droit national. Elle refuse ainsi de se prononcer sur le droit interne, car en vertu du traité elle « n'a qu'à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité »¹³³⁴. Elle décline tout grief tiré de la violation des principes de droit constitutionnel interne sur les décisions communautaires, et le réitère en 1960¹³³⁵. Ce rejet s'explique avant tout par l'objectif principal de la Cour à cette époque qui était de renforcer une Communauté alors fragile, et donc d'éviter l'invalidation des actes communautaires. Mais la perception qu'elle avait de son propre rôle, en tant que simple tribunal international, n'est sans doute pas à négliger¹³³⁶.

772 Bien entendu, cette omission textuelle (doublée de ce refus prétorien) pose problème dans la construction communautaire, certainement bien plus sur le plan des principes que pour des

¹³³² En l'espèce les articles 2 et 12 de la *Loi fondamentale* allemande.

¹³³³ CJCE, 4 février 1959, *Friedrich Stork et Cie contre Haute Autorité de la CECA*, aff. 1/58, *Rec.*, p. 43.

¹³³⁴ *Ibid.*

¹³³⁵ La Cour estime qu'« il n'appartient pas à la Cour, juge de la légalité des décisions [communautaires] [...] d'assurer le respect des règles de droit interne, même constitutionnelles, en vigueur dans l'un ou l'autre des États membres ». CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, « *Präsident* », « *Geitling* », « *Mausegatt* », et *Entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 36 à 38/59 et 40/59, *Rec.*, p. 857.

¹³³⁶ En ce sens, voir : D. S. BINDER, « The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action », en ligne: *Harvard Jean Monnet Working Paper Series*, vol.4, 1995, p. 3.

difficultés pratiques. En effet bien que peu de problèmes concrets de protection de droits fondamentaux soient apparus dans les 10 premières années des Communautés¹³³⁷, les enjeux relatifs au droit de propriété, la liberté d'association et syndicale n'auraient pu échapper indéfiniment aux domaines économiques et sociaux de la Communauté¹³³⁸.

773 Mais c'est sur le plan axiomatique, des rapports de pouvoirs, que se cristallise avant tout cette question¹³³⁹. En effet, comment des États ayant entendu protéger efficacement les droits de leurs citoyens par des dispositions constitutionnelles substantielles et procédurales toléreraient-ils qu'en ce qui concerne les matières transférées à un organisme supranational leurs droits puissent être violés sans aucune barrière ? C'est certes leur négligence en tant que « maîtres des traités » qui a conduit à cette carence, mais la solution donnée par certains membres de la doctrine¹³⁴⁰, voire certains tribunaux nationaux¹³⁴¹, tend à remettre en cause tout simplement la primauté communautaire au nom de la protection des individus. Il est en effet envisagé qu'en l'absence de garantie des droits fondamentaux équivalente ou correspondante à celle existant au niveau national¹³⁴², les dispositions nationales relatives à la protection des droits fondamentaux reprennent leur empire sur le territoire national, c'est-à-dire qu'elles prévalent sur les dispositions communautaires¹³⁴³.

774 Inutile de préciser quel danger il y aurait pour la survie de l'ordre juridique communautaire si une telle « menace » était mise à exécution. La primauté communautaire affirmée en 1964 dans

¹³³⁷ Le juge Pierre Pescatore affirme même qu'aucun problème pratique à ce sujet n'a été révélé par l'activité des institutions dans son article de 1968 : P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », préc., p. 630.

¹³³⁸ Les fonctionnaires de la Communauté sont aussi potentiellement amenés à demander la limitation du pouvoir des institutions communautaires dans des domaines plus éloignés du domaine économique initial tel que la liberté religieuse : voir M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », préc., p. 403.

¹³³⁹ Manfred DAUSES explique de la même façon que « le transfert de pouvoirs de souveraineté des États membres en faveur de la Communauté ne doit pas entraîner un abaissement du niveau des droits fondamentaux que garantissent les ordres constitutionnels nationaux » *ibid.*

¹³⁴⁰ Dès 1968 Pierre Pescatore est au fait des grands débats doctrinaux et dans les prétoires qui ont lieu en Allemagne et dans une moindre mesure en Italie, en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux des Communautés : P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », préc., p. 632 et s.

¹³⁴¹ La Cour constitutionnelle fédérale allemande semble se réserver le droit de contrôler un acte communautaire dès 1967 dans un *obiter dictum* : BVerfGE, 18 octobre 1967, 22, 293, 298, voir B.-O. BRYDE, « The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence - a Milestone in Transnational Constitutionalism » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 119-130, p. 120 et s.

¹³⁴² Nous reviendrons plus tard sur cette question du niveau de protection des droits et libertés.

¹³⁴³ Voir *infra* (notamment § 1661 et s.) sur le contenu de cette controverse qui apparaît dès les années 1960, mais qui se poursuit encore aujourd'hui sous des formes différentes à travers les jurisprudences des différentes Cours (majoritairement) constitutionnelles des États membres.

*Costa*¹³⁴⁴, et par conséquent toute l'effectivité du droit communautaire, comme droit commun, nécessairement uni et cohérent, serait compromise. États et particuliers pourraient sous prétexte d'une violation des droits fondamentaux protégés par le droit national se soustraire au droit communautaire, et de facto anéantir la vocation unitaire et autonome du droit européen. L'action de la Cour de justice a permis d'éviter cette hypothèse¹³⁴⁵.

II. L'émergence d'une protection jurisprudentielle des droits fondamentaux communautaire : les principes généraux du droit

775 Le respect des droits et libertés par la Cour de justice s'est fait grâce à une source non écrite particulière, les principes généraux de droit (A) qui ont eu pour particularité de trouver leur fondement matériel dans des sources externes au droit communautaire tout en étant spécifiquement communautaires (B).

A. La naissance des principes généraux du droit garantissant les droits fondamentaux

776 Pour autant, la préoccupation initiale du respect des droits élémentaires de la personne humaine par le droit supranational demeure légitime. C'est ainsi que la solution qui s'offrait à la gardienne des traités, la Cour de justice, était de combler la lacune originelle des traités en recourant à la source non écrite des « principes généraux de droit communautaire »¹³⁴⁶. Comme ont pu l'expliquer certains auteurs, la Cour s'est fondée sur une allusion du traité aux principes généraux communs au droit des États membres dans le contexte de la responsabilité civile de la Communauté¹³⁴⁷ ou encore dans l'idée très large selon laquelle la Cour assure « le respect du droit »¹³⁴⁸, pour combler les lacunes de son ordre juridique, comme avait pu le faire avant elle d'autres juridictions internationales¹³⁴⁹ et nationales¹³⁵⁰.

¹³⁴⁴ CJCE, 5 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec. 1964*, p. 1141. Voir supra § 406 et s.

¹³⁴⁵ Cependant la solution de se soustraire à la primauté du droit européen n'a pas totalement été « éradiquée », et comme nous le verrons plus tard le débat s'est poursuivi autour de cette question.

¹³⁴⁶ Sur les principes généraux de droit communautaire en général, voir par exemple : J. MOLINIER, « Les principes généraux », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011.

¹³⁴⁷ Soit l'article 288 par 2 : B. DE WITTE, « Le rôle passé et futur de la Cour de justice des communautés européennes dans la protection des droits de l'homme » dans P. ALSTON, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 895-935.

¹³⁴⁸ Ancien article 164 du TCEE, voir M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », préc., p. 410; F. PICOD, « Les sources », préc., p. 134. D'autres estiment au contraire que ce fondement est le plus crédible « le fondement juridique de l'application des droits fondamentaux par la Cour n'a jamais été véritablement tranché » : H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, vol. HS, 1998, pp. 75-91.

¹³⁴⁹ C'est le cas de la Cour internationale de justice, selon l'art 38(I) c de son statut.

- 777 Cette source créative du droit avait pu servir au préalable à la Cour de justice à dégager plusieurs principes généraux du droit (PGD) comme celui de la légalité, de la bonne foi, du respect des droits acquis, de la bonne administration de la justice, du refus de déni de justice, du respect du contradictoire, de certains droits de la défense ou encore celui de proportionnalité dès 1956¹³⁵¹. De cette manière, le juge Pescatore avait pu expliquer dès 1968 qu'il était possible que la Cour utilise cette source déjà éprouvée de création du droit pour protéger les droits fondamentaux¹³⁵².
- 778 C'est ce qu'elle fit dès 1969 dans l'affaire *Stauder*, où pour la première fois elle énonce clairement que « les droits fondamentaux de la personne [sont] compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »¹³⁵³. En l'espèce, elle ne considère pas que la disposition litigieuse remette en cause ces droits fondamentaux, mais les fondements d'une protection communautaire autonome des droits et libertés sont posés.
- 779 L'année suivante, la Cour de justice précisera le contour de cette protection, dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*¹³⁵⁴. En réponse au tribunal administratif allemand qui par la voie préjudicielle demandait à la Cour de justice de se prononcer sur la légalité des certaines dispositions réglementaires européennes, la Cour de Luxembourg confirme en premier lieu sa jurisprudence.
- 780 Elle affirme, sans doute assez sèchement¹³⁵⁵, la primauté absolue du droit communautaire sur les droits nationaux, même constitutionnels puisque :

¹³⁵⁰ On a par exemple pu considérer que la théorie des principes généraux de droit communautaires était largement inspirée des évolutions du droit public français. Voir B. DE WITTE, « Le rôle passé et futur de la CJCE dans la protection des droits de l'homme », préc., p. 901.

¹³⁵¹ Principes généraux qui pouvaient d'ailleurs se rapprocher d'une protection des droits de la personne, mais la Cour était restée silencieuse sur la référence explicite aux droits fondamentaux ou droits de l'homme. Voir : F. PICOD, « Les sources », préc., p. 145.

¹³⁵² P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », préc. Voir aussi les conclusions de l'Avocat Général LAGRANGE dans l'affaire *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, « *Präsident* », « *Geitling* », « *Mausegatt* », et autres, préc. Rec. 903, spéc. 910.

¹³⁵³ CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69, *Rec.*, p. 419, p. 7.

¹³⁵⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec.* 1970, p. 1128.

¹³⁵⁵ Expression de D. RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale » dans J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON, dir., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47, p. 29. Cette affirmation percutante, mais peu déférente à l'égard des États membres a pu entraîner une certaine frustration des juridictions nationales qui continuèrent de s'opposer à cette primauté absolue dans les années suivantes : par exemple : la Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 14 du 7 mars 1964, *Costa c. ENEL*, *Il Foro Italiano*, I, p. 465 et arrêt n° 98 du 27 décembre 1965, *San Michele*, *Il Foro Italiano*, I, p. 8.

« l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État »¹³⁵⁶.

- 781 Elle justifie cette prévalence par la protection des caractères autonome, unitaire et effectif du droit de la Communauté, qui seraient mis à mal en cas de renvoi au droit national pour apprécier la validité des actes européens¹³⁵⁷. Elle trouve ensuite dans le droit communautaire lui-même la source d'une protection des droits fondamentaux en recourant aux principes généraux de droit, comme elle l'avait annoncé auparavant.
- 782 En second lieu, elle précise ainsi que : « la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté »¹³⁵⁸. Puis elle procède à l'examen du régime juridique mis en place par les dispositions contestées à la lumière « des droits de caractère fondamental dont le respect doit être assuré dans l'ordre juridique communautaire »¹³⁵⁹.
- 783 C'est donc bien une protection communautaire autonome des droits fondamentaux qu'inaugure la Cour de justice puisqu'elle trouve dans le droit communautaire ces droits dont elle assurera le respect dans une perspective communautaire, dans le cadre du droit supranational.
- 784 Cependant, elle n'aurait pu ignorer les instruments de respect des droits de la personne préexistants. Elle légitime sa création en s'appuyant sur les droits fondamentaux étatiques, constitutionnels, dans la mesure où elle les estimera suffisamment communs, ou à tout le moins susceptibles d'une communautarisation¹³⁶⁰.

¹³⁵⁶ *Internationale Handelsgesellschaft*, préc., § 3.

¹³⁵⁷ Selon les mots de la Cour : « le recours à des règles ou notions juridiques du droit national, pour l'appréciation de la validité des actes arrêtés par les institutions de la Communauté, aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit communautaire ; [...] la validité de tels actes ne saurait être appréciée qu'en fonction du droit communautaire ; qu'en effet, le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne pourrait, en raison de sa nature, se voir judiciairement opposer des règles de droit national quelles qu'elles soient, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même », § 3 *ibid*.

¹³⁵⁸ § 4, *ibid*. Étonnement dans un arrêt du même jour elle ne reprend pas la référence aux traditions constitutionnelles communes se contenant de l'énoncé de l'arrêt *Stauder* : CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contre Köster et Berodt & Co*, aff. 25/70, *Rec.*, p. 1161, § 22.

¹³⁵⁹ § 4, souligné par nous, *ibid*.

¹³⁶⁰ Voir *infra* § 1458 et s.

785 Puis, dans la décision *Nold* du 14 mai 1974¹³⁶¹, la Cour de justice spécifie ces deux aspects : ses sources d'inspiration et l'autonomie de cette protection.

786 Elle affirme ainsi à propos du respect des droits fondamentaux :

« qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les Constitutions de ces États ; que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »¹³⁶²

787 La Cour ajoute donc une source d'inspiration matérielle aux droits fondamentaux communautaires en se référant aux instruments internationaux auxquels les États ont adhéré. C'est à partir de ce précédent que la *Convention européenne des droits de l'homme*¹³⁶³ deviendra une source d'inspiration.

788 Elle semble en outre établir une hiérarchie entre les deux sources d'inspiration, nationales et internationales, puisqu'elle semble s'estimer liée par l'examen des traditions constitutionnelles, tandis que les sources internationales n'apparaissent ici que comme simple indication¹³⁶⁴. En 1974, non seulement la Cour de Luxembourg ne rappelle plus la primauté absolue (contrairement à 1970), mais elle tente de convaincre les juridictions nationales que leurs Constitutions seront nécessairement prises en compte dans la protection communautaire des droits fondamentaux, afin de lever la méfiance originaire dont faisait l'objet la Communauté¹³⁶⁵.

789 En réalité, la Cour de justice conservera ultérieurement une certaine maîtrise dans la caractérisation des droits fondamentaux communautaires, et les deux types de sources serviront tous deux à simplement « inspirer » la Cour afin qu'elle identifie un principe général de droit communautaire.

¹³⁶¹ CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491.

¹³⁶² § 13, souligné par nous, *ibid.*

¹³⁶³ À la date de l'arrêt *Nold*, tous les États membres d'alors avaient adhéré à la *Convention européenne* puisque seulement trois jours avant la France l'avait ratifiée.

¹³⁶⁴ Dans ce sens voir J. N. CUNHA RODRIGUES, « The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 89-97, p. 92 et s.

¹³⁶⁵ Nous verrons que toutes les juridictions nationales n'ont pas été immédiatement convaincues, à commencer par la Cour fédérale constitutionnelle allemande : voir les affaires *Solange* infra § 901 et s.

790 On retrouve d'ailleurs cette aspiration à l'autonomie dans la défense des droits fondamentaux communautaires dans le deuxième apport de l'arrêt *Nold*. En effet, la Cour reprend une caractéristique classique du contentieux des droits et libertés à savoir qu'ils ne sont pas absolus, mais qu'ils « ne sont garantis régulièrement que sous réserve de limitations prévues en fonction de l'intérêt public »¹³⁶⁶. Ce qui est particulièrement intéressant en revanche c'est que l'appréciation de ce dernier s'effectue par rapport à l'ordre juridique communautaire, et qu'il apparaît donc « légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général *poursuivis par la Communauté*, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits »¹³⁶⁷. Elle confirmera ainsi par la suite que les limites des droits et libertés s'apprécient par rapport aux objectifs et par une mise en balance relative à l'ordre juridique communautaire¹³⁶⁸.

B. Les droits fondamentaux communautaires protégés par les PGD : entre autonomie et légitimité venue d'ailleurs

791 La doctrine s'accordera sur le fait que la méthode de sauvegarde des droits et libertés par les principes généraux de droit permettra une appropriation de ces droits par le droit communautaire c'est-à-dire une interprétation autonome¹³⁶⁹. On a en effet pu considérer que la diversité des sources d'inspiration était « au service de l'autonomie du juge communautaire » dans la mesure où la Cour prendra garde de lier directement un PGD à une source externe unique afin de mettre en avant la conformité au droit communautaire lui-même¹³⁷⁰.

792 Cette observation est particulièrement vraie en ce qui concerne les traditions constitutionnelles communes puisque les garanties communautaires ne seront pas analogues aux garanties internes, dans la mesure où la Cour prendra en considération les objectifs propres au droit communautaire. Elle choisira ainsi les droits fondamentaux « nécessaires à la vie de la Communauté »¹³⁷¹. Elle s'emploiera dans sa jurisprudence subséquente à « découvrir » des droits et libertés très

¹³⁶⁶ § 14, *Nold*, préc.

¹³⁶⁷ § 14, souligné par nous, *ibid*.

¹³⁶⁸ Voir par exemple à propos du droit de propriété : CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, § 23 et s. Nous verrons en infra (§ 1563 et s.) qu'elle accepte aussi que des objectifs propres aux États soient pris en compte. Notons simplement que la construction initiale du contentieux des droits et libertés dans l'Union passe par une posture de principe d'autonomie qui permet à la Cour de justice de détenir toutes les clés de l'interprétation de ces droits.

¹³⁶⁹ Voir par exemple M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », préc., p. 409 et s.

¹³⁷⁰ R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p., p. 69.

¹³⁷¹ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, 1135 p., p. 648 et s.

classiques et amplement reconnus par les États membres (droits fondamentaux communs)¹³⁷² et d'autres plus minoritaires¹³⁷³, mais dont elle estima opportun de les incorporer aux principes communautaires (des droits fondamentaux « communautarisables »)¹³⁷⁴. De cette manière si elle déclare se fonder sur les traditions nationales, elle ne procède pas pour autant à un examen comparatiste rigoureux et systématique des droits consacrés et garantis afin de pouvoir sélectionner et adapter les droits fondamentaux au droit communautaire avec une grande malléabilité¹³⁷⁵.

793 Comme l'explique Manfred Dauses, tant la teneur que les limites des droits fondamentaux se lisent à la lumière des objectifs de l'intégration, de la structure de l'ordre juridique autonome de la Communauté¹³⁷⁶, car l'appréciation prétorienne au niveau de l'atteinte justifiée au droit fondamental s'opère également dans la logique de l'ordre juridique supranational, du moins en principe¹³⁷⁷.

794 Ainsi le renvoi matériel¹³⁷⁸ aux traditions constitutionnelles communes permet à la fois à la Cour de Luxembourg de disposer d'une marge de manœuvre conséquente dans l'appréciation de la validité des actes communautaires tout en légitimant sa jurisprudence quant au contenu des droits et libertés. Ce processus de légitimation reposera également de plus en plus sur une source qui a fait ses preuves dans la sauvegarde des droits individuels : la *Convention européenne des droits de l'homme*.

¹³⁷² C'est la méthode que préconisait P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », préc. C'est le cas par exemple du respect de la vie privée, de la liberté d'expression, du droit de propriété, la liberté de religion, la liberté d'association, ou les garanties entourant le procès pénal telles que la non-rétroactivité des dispositions pénales.

¹³⁷³ L'exemple du principe de protection de la confiance légitime issu du droit allemand est souvent cité à cet égard : J. MOLINIER, « Les principes généraux », préc., § 82 et s.

¹³⁷⁴ C'est ce qui permettra à la Cour de « privilégier la solution la plus appropriée à une Communauté de droit plutôt qu'au plus petit dénominateur commun » : J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, préc., p. 647.

¹³⁷⁵ Dans ce sens, voir par exemple F. PICOD, « Les sources », préc., p. 148. Nous reviendrons sur cet aspect dans la dernière partie.

¹³⁷⁶ M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », préc., p. 413.

¹³⁷⁷ Les PGD trouvent donc une légitimité dans les traditions constitutionnelles des États, ce qui démontre une structure pluraliste des sources de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, une autre question en revanche est de savoir dans quelle mesure le juge tient compte en pratique dans son interprétation substantielle des droits de ces sources étatiques. Cette question sera examinée infra en partie 3.

¹³⁷⁸ Il s'agit bien d'un renvoi matériel et non formel (ou de sources matérielles et non formelles) dans la mesure où ces « emprunts » ne lient pas la Communauté. Dans ce sens voir D. SIMON, « La Communauté de droit » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 85 et s., p. 104.

795 En effet, le recours à la *Convention* sera une manière efficace de combler un déficit de légitimité à un faible coût d'un point de vue de l'autonomie communautaire¹³⁷⁹ puisque la Cour de justice devait initialement se distinguer des États membres. De plus, le recours au système conventionnel tend à démontrer que la Cour s'applique à réellement sauvegarder les droits et libertés au nom des intérêts individuels, quitte à devenir de plus en plus dépendante de cette source externe¹³⁸⁰. Elle deviendra au fil des années une source privilégiée¹³⁸¹ puis à partir des années 1990, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, feront leur apparition dans les arrêts de la Cour de justice¹³⁸². Dès lors se posera la question non plus de sa qualité de simple source d'inspiration, mais d'une véritable incorporation¹³⁸³ ou d'une absorption¹³⁸⁴ de la *Convention* dans le droit communautaire. Autrement dit, certains se demanderont si la *Convention européenne* ne serait pas devenue une source formelle en raison de l'automatisme avec laquelle le juge communautaire applique directement la *Convention*¹³⁸⁵, même si ce type de référence quasi systématique semble aujourd'hui révolue depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*¹³⁸⁶. On peut aussi se demander s'il ne faut pas plutôt relativiser la distinction entre source formelle et source

¹³⁷⁹ En ce sens, voir : F. SCHIMMELFENNIG, « Competition and Community: Constitutional courts, Rhetorical action, and the Institutionalization of Human Rights in the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 13, 2006, pp. 1247-1264, spéc. p. 1257.

¹³⁸⁰ En ce sens R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, préc., p. 71 et s.

¹³⁸¹ C'est dans l'affaire *Rutili* (CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219.) que la Cour de justice cite pour la première fois la *Convention européenne* et elle estime à partir de l'affaire *Hoechst* qu'elle « revêt une importance particulière » : § 13, CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 46/87 227/88, *Rec.* 1989, p. 2859.

¹³⁸² Pour autant, la CJE a manifesté certaines réticences à l'égard du système conventionnel, dans les avis sur l'adhésion à la CEDH : CJCE, 28 mars 1996, *Avis relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, n° 2/94, *Rec.*, p. I- 1759. Dans cet avis la Cour de Luxembourg estime que la Communauté européenne n'a pas compétence pour adhérer à la *Convention européenne des droits de l'homme*, elle met notamment en avant les « implications institutionnelles » d'une telle adhésion ce qui démontre sa réticence à se voir subordonner à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, tout comme dans CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme* n°2/13, non encore publié. Voir infra § 828 et 1733.

¹³⁸³ En ce sens : F. PICOD, « Les sources », préc., p. 182; F. SUDRE, « Introduction » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 7-34, p. 11 et s.

¹³⁸⁴ F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam. Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme? », *JCP G*, vol. 1, I, 100, 1998, p. 9 et s.

¹³⁸⁵ D. SIMON, « La Communauté de droit », préc., p. 108. Nous analyserons plus avant les relations entre la CEDH et la protection communautaire des droits et libertés.

¹³⁸⁶ C. VIAL et R. TINIÈRE, « L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question » dans R. TINIÈRE et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 9-41, p. 27.

matérielle compte tenu précisément de la « pluralité des processus juridiques d'intégration » qui se produisent dans l'espace normatif européen de protection des droits fondamentaux¹³⁸⁷.

796 En ce qui concerne le droit international, l'autonomie de la protection des droits fondamentaux communautaires a été affirmée avec force dans l'affaire *Kadi*¹³⁸⁸, dans laquelle la Cour de justice a déclaré que les règlements communautaires mettant en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité au nom du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies* violaient les droits fondamentaux tels que protégés dans la Communauté¹³⁸⁹. En outre, en dehors de la *Convention européenne*, la Cour a été dans son ensemble réticente à s'appuyer sur d'autres sources internationales, et ignore les autres traités sur les droits de l'homme¹³⁹⁰, sans doute pour insister sur son autonomie prétorienne ou du moins celle du système européen de protection des droits et libertés.

797 Au final, la doctrine loue globalement cette audace créative de la Cour¹³⁹¹, car en comblant cette lacune elle limitait le pouvoir de la Communauté, plus tellement au nom d'une répartition de compétences induites par les textes constitutifs, mais au nom de valeurs particulièrement chères aux Européens : les libertés individuelles.

798 La protection des droits et libertés au niveau communautaire permet donc de mettre l'individu au centre de la construction européenne. Conformément à la philosophie libérale, le pouvoir

¹³⁸⁷ J. GERKRATH, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne? », *RAE-LEA*, 2006, pp. 31-43, spéc. p. 34 et 35. Nous reviendrons sur cette question dans la partie 3.

¹³⁸⁸ CJCE (GC), 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P., *Rec. 2008*, p. I-06351. Était contesté la légalité du règlement n°281/2002 mettant en œuvre les résolutions du Conseil des Nations Unies dans la lutte contre le terrorisme et prévoyant des « sanctions intelligentes » dont le gel de fonds auquel avaient été soumis les requérants. La Cour a considéré que le règlement violait leurs droits fondamentaux de la défense, à une protection judiciaire effective et de propriété, § 334 et s. On peut aussi voir dans l'*avis n° 2/94*, préc. une forme de réticence de la Cour de justice à la subordination de ses principes à une jurisprudence externe.

¹³⁸⁹ La Cour estime « que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité CE, au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux, ce respect constituant une condition de leur légalité qu'il incombe à la Cour de contrôler dans le cadre du système complet de voies de recours qu'établit ce traité » § 285 *Kadi*, préc. Selon la Cour de justice, une telle décision n'implique pas pour autant une « remise en cause de la primauté de cette résolution au plan du droit international » § 288. Sur la très abondante doctrine sur cette décision, voir par exemple : J. BAQUERO CRUZ, « La CJCE et le système onusien. La Réception de l'arrêt Kadi de la Cour de justice des Communautés européennes » dans É. DUBOUT et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 117-144. Pour une vision plus critique voir : G. D. BÚRCA, « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Harv. Int'l L.J.*, vol. 51, 2010, pp. 1-49.

¹³⁹⁰ G. D. BÚRCA, « The Road Not Taken », préc., p. 280.

¹³⁹¹ Parmi de très nombreux exemples : E. F. DEFEIS, « Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal », *Fordham Int'l L.J.*, vol. 35, 2007-2008, pp. 1104-1117.

politique européen est désormais susceptible d'être arrêté, avec le soutien du juge. Or le pouvoir politique communautaire a ceci de particulier de naître dans les institutions européennes et de se manifester auprès des sujets de droit le plus souvent par l'intermédiaire des États membres qui concrétisent les normes communautaires. Dès lors les États membres devraient-ils être soumis au respect des droits fondamentaux communautaires, du moins lorsqu'ils le mettent en œuvre, lorsqu'ils agissent « dans le cadre du droit communautaire » ? C'est en résumé ce que décidera la Cour de justice sur la délicate question du champ d'application des droits fondamentaux communautaires dans les décisions *Wachauf*¹³⁹² et *ERT*¹³⁹³, sur lesquelles nous reviendrons. Notons simplement que la Cour de justice pourra dès lors contraindre les États au respect de droits fondamentaux communautaires, dans certaines circonstances. L'intégration « inexorable » du droit européen a donc conduit une fois de plus, à ce que les États qui entendaient au départ garantir, voire maîtriser, la protection des libertés individuelles, se trouveront en réalité de plus en plus soumis au droit communautaire dans ce domaine¹³⁹⁴.

799 Les États, du moins certains d'entre eux, ont donc exercé une pression qui a conduit la Cour de justice à devenir une garante des droits et libertés au niveau communautaire. Si on a pu qualifier cette protection prétorienne de véritable activisme judiciaire¹³⁹⁵, force est de constater que les États n'ont pourtant pas renié cet héritage jurisprudentiel lorsqu'il a fallu incorporer les droits fondamentaux explicitement. En tant que « maîtres des traités », ils ont au contraire confirmé son action, même après s'être vu imposer les PGD à leurs propres actions.

III. Les réponses textuelles du droit communautaire aux droits fondamentaux prétoriens : une consécration croissante jusqu'à la *Charte*

800 Les textes communautaires ont progressivement pris en considération les droits de la personne (A) jusqu'au parachèvement que constitue la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (B).

¹³⁹² CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, *Rec.*, p. 2609.

¹³⁹³ CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et autres*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925.

¹³⁹⁴ Pour plus d'explication, voir le chapitre sur le champ d'application.

¹³⁹⁵ De manière certes minoritaire, voir notamment : J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *CML Rev.*, vol. 29, 1992, pp. 669-692.

A. Avant la Charte : Une insertion graduelle dans les textes communautaires de la protection des droits et libertés

- 801 Tant les traités communautaires que certains textes, parfois à valeur symbolique uniquement, se sont attachés de plus en plus à la question des droits fondamentaux.
- 802 En ce qui concerne les réflexions préparatoires et initiatives politiques qui se sont matérialisées dans des textes de peu d'intensité normative, on notera l'action du Parlement européen qui a fait preuve d'une grande préoccupation en ce domaine. Il est à l'origine de plusieurs propositions tendant notamment à l'adoption d'une Charte des droits en 1977¹³⁹⁶ et 1989¹³⁹⁷ par exemple. La *Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* de 1989 figure également au rang des documents non contraignants qui préparaient une intégration plus directe des droits et libertés dans le droit primaire¹³⁹⁸.
- 803 Mais c'est au niveau du droit primaire que l'incorporation des droits fondamentaux sera la plus déterminante pour la protection communautaire. Les révisions successives se caractérisent ce faisant par une « intégration par citation »¹³⁹⁹. Si les États se contentent d'une simple référence dans le préambule de *l'Acte unique* en 1986¹⁴⁰⁰, ils reconnaissent pleinement la jurisprudence

¹³⁹⁶ Il s'agit de la Déclaration conjointe du Parlement, du Conseil et de la Commission, sur les droits de l'homme (Journal officiel des communautés européennes, 27 avril 1977), dans laquelle « 1. Le Parlement européen, le Conseil et la Commission soulignent l'importance primordiale qu'ils attachent à la protection des droits fondamentaux, tels qu'ils découlent en particulier des constitutions des États membres et de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

2. Dans l'exercice de leurs pouvoirs et la poursuite des objectifs des Communautés européennes, ils respectent et continueront à respecter ces droits ».

¹³⁹⁷ Le Parlement adopte en effet une Déclaration des libertés et des droits fondamentaux (Décl. 12 avr. 1989, Journal officiel des communautés européennes, 16 mai 1989), qui comprend vingt-huit articles de droits. Cinq ans auparavant le Parlement avait voté le projet de traité de l'Union européenne le 14 février 1984 sur la base du « rapport Spinelli », dans lequel l'article 4 faisait référence à la nécessité d'adopter dans les cinq ans un catalogue des droits fondamentaux et d'adhérer à la *Convention européenne des droits de l'homme* ainsi qu'aux pactes internationaux des Nations Unies sur les droits de l'homme. Voir J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 160, 2010, § 10; M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », préc., p. 418 et s.

¹³⁹⁸ En s'inspirant de la *Charte sociale européenne* du Conseil de l'Europe de 1961, cette charte visait la réalisation de certains objectifs de politiques sociales, sans le Royaume-Uni, et a ensuite été incluse en substance dans le traité d'Amsterdam en 1997 : J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 13.

¹³⁹⁹ J.-J. SUEUR, « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux » dans J. RIDEAU, dir., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 15-57, p. 38.

¹⁴⁰⁰ Les États se déclarent en effet « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et les lois des États membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et dans la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ». La Cour ne fera référence qu'exceptionnellement à cet engagement : F. PICOD, « Les sources », préc., p. 171.

créatrice de la Cour de justice dans le *Traité de Maastricht* en 1992 par cette formule de l'article F 2¹⁴⁰¹ :

« l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »¹⁴⁰².

804 Certains auteurs y verront une « constitutionnalisation de l'existant » qui a pour avantage de conforter l'autonomie des droits fondamentaux communautaires, puisqu'ils sont toujours appliqués en tant que PGD, tout en légitimant les sources matérielles d'inspiration retenues par la Cour : la CEDH et les normes constitutionnelles communes aux États membres¹⁴⁰³.

805 Maastricht marque aussi¹⁴⁰⁴ l'avènement de nouveaux droits dans le cadre de la citoyenneté européenne puisque les prérogatives électorales, la protection diplomatique du citoyen européen ou, plus largement, le recours au médiateur ou le droit de pétition (ouverts également aux ressortissants d'États tiers) participent à la reconnaissance de nouveaux droits individuels, certes « à usage plutôt européocentriste »¹⁴⁰⁵, mais qui seront par la suite considérés comme un volet des droits fondamentaux de l'Union¹⁴⁰⁶.

806 Le *Traité d'Amsterdam* de 1997 consacre davantage encore la place des droits fondamentaux dans la construction européenne. Il reprend la formule de *Maastricht*¹⁴⁰⁷, à la différence près que la disposition sera cette fois-ci soumise à la compétence de la Cour de justice. Ce faisant, la Cour de justice détient pour la première fois une compétence expresse pour assurer le respect des droits et libertés, une compétence toutefois encadrée par l'article 46 c du *Traité* qui « n'entend pas conférer à la Cour de justice une compétence générale de "Cour des droits de l'homme" »¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰¹ Repris dans l'article 6 TUE.

¹⁴⁰² La Cour n'étant pas compétente selon le *Traité de Maastricht* art L quant à l'interprétation de cette disposition, elle n'en fit pas pour autant un fondement du contentieux des droits et libertés : F. PICOD, « Les sources », préc., p. 172.

¹⁴⁰³ H. LABAYLE, « Droits fondamentaux et droit européen », préc., p. 85?

¹⁴⁰⁴ Le *Traité* fait également référence aux droits fondamentaux dans d'autres politiques, comme la politique étrangère et de sécurité commune ou la coopération en matière de justice et des affaires intérieures.

¹⁴⁰⁵ C. BLUMANN, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », *Liberté, justice et tolérance : mélanges en hommage à G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 265-281, p. 275.

¹⁴⁰⁶ Ils seront en effet incorporés dans la *Charte* au titre V, article 39 à 46, avec de nouveaux droits.

¹⁴⁰⁷ L'article F § 2 devient l'article 6 § 2, et est cette fois-ci inclus dans le domaine de compétence de la Cour.

¹⁴⁰⁸ F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le *Traité d'Amsterdam* », préc., p. pt 25. L'article 46 c renvoie, pour simplifier, au champ d'application communautaire, c'est-à-dire conditionne le

- 807 En outre, le *Traité d'Amsterdam* ajoute que « l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit, principes qui sont communs aux États membres »¹⁴⁰⁹. De plus, il prévoit que le respect de cet article 6 § 1 soit une condition à l'adhésion pour les États souhaitant rejoindre à l'Union¹⁴¹⁰. L'Union s'engage également à respecter ces principes dans la conduite des relations extérieures¹⁴¹¹.
- 808 Enfin, le Traité prévoit un mécanisme de garantie strictement politique des droits fondamentaux¹⁴¹². Le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État et de gouvernement (préalablement saisi par un tiers des États membres ou par la Commission et après avis du Parlement) peut constater à l'unanimité « l'existence d'une violation grave et persistante » des droits de l'homme, du principe de la prééminence du droit ou des principes démocratiques. L'État membre concerné peut être suspendu de « certains des droits résultant de l'application du traité », dont le droit de vote, après avoir pu présenter ses observations. En pratique, cet article ne sera jamais mis en application¹⁴¹³, ce qui démontrerait, s'il en était encore besoin, le manque d'effectivité des sanctions politiques lorsqu'il s'agit de droits fondamentaux. Sur le plan symbolique en revanche cette procédure marque indiscutablement « le lien désormais établi entre le respect des “valeurs communes” et la qualité d'État membre de la Communauté européenne (et, plus largement de l'Union) avec les droits qui y sont attachés »¹⁴¹⁴.
- 809 En dépit des progrès réalisés au niveau du droit primaire, la protection des droits et libertés en Europe souffre encore de quelques reproches¹⁴¹⁵, liés à son arrivée tardive, mais surtout au

contrôle de la Cour à la préexistence d'une compétence prétorienne dans les domaines déjà prévus par le traité. Voir infra § 1106 et s.

¹⁴⁰⁹ Article 6 § 1, pour sa part exclu de la compétence de la Cour de justice.

¹⁴¹⁰ Article 49 du Traité.

¹⁴¹¹ Voir les articles 11 du TUE ainsi que l'article 177 §2 du TCE. Cet engagement se manifeste notamment par des clauses standard sur le respect des droits et libertés dans les accords de commerce et de coopération, de développement ou d'association conclus avec des pays tiers.

¹⁴¹² Article 7 du Traité.

¹⁴¹³ La seule fois où la question a pu se poser était lors de l'entrée au gouvernement autrichien du parti d'extrême droite de Jörg Haider en 2000, mais les conditions de l'article 7 n'étant pas réunies, les 14 États membres prirent des « sanctions inamicales » à l'encontre de l'Autriche en dehors des mécanismes de l'UE. Voir par exemple : T. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les sanctions contre l'Autriche : motifs, objectifs, issues », *Critique internationale*, vol. 8, 2000, pp. 6-12.

¹⁴¹⁴ F. SUDRE, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam », préc., p. pt 29.

¹⁴¹⁵ Notamment portant sur le refus de la Cour de justice de laisser la Communauté adhérer à la *Convention européenne des droits de l'homme*, ou plutôt l'exigence de passer par une modification des traités pour ce faire. Voir

« byzantinisme de la méthode communautaire » qui n'offre pas la lisibilité qu'on peut attendre en ce domaine, d'autant qu'il s'agit au fond de mettre l'individu au centre de l'Europe¹⁴¹⁶. L'avancée la plus remarquable reste donc la rédaction en 2000, puis l'entrée en vigueur en 2009 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

B. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : une confirmation pluraliste des droits et libertés ?

1. L'élaboration de la Charte européenne

- 810 La *Charte* concrétise une ambition déjà ancienne de conférer à l'Union un catalogue de droits fondamentaux explicite, accessible et contraignant. Si la formalisation a pu être réalisée en l'an 2000, il a fallu attendre presque dix années pour qu'elle acquière une valeur juridique avec son incorporation formelle au droit primaire prévue par le *Traité de Lisbonne* entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.
- 811 Grâce à la volonté de l'Allemagne qui assurait la présidence de l'Union en 1999¹⁴¹⁷ et qui avait fait de l'élaboration de la Charte une priorité, le Conseil européen de Cologne fixa en juin 1999 la nécessité d'établir une « Charte (des droits fondamentaux) afin d'ancrer leur importance exceptionnelle et leur portée de manière visible pour les citoyens de l'Union ». Le Conseil européen de Tampere à l'automne 1999 définira ensuite les modalités de sa rédaction en la confiant à une « enceinte », avant que le texte définitif ne soit adopté par le Conseil européen de Nice le 7 décembre 2000.
- 812 Le processus d'élaboration de cet instrument est riche d'enseignements. Par exemple, ce sont les auteurs mêmes de la *Charte* qui décidèrent de donner un titre plus porteur à leur « enceinte » en la rebaptisant « Convention ». La nature solennelle et le vocabulaire « constituant » de ce titre démontrent à la fois l'ambition historique affichée par les auteurs, mais aussi la volonté d'asseoir

avis n° 2/94, préc. En l'absence de l'incorporation formelle de la Convention, la nécessité d'un catalogue textuel de droits fondamentaux était donc toujours pressante.

¹⁴¹⁶ P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC*, 2004, pp. 227-246, spéc. p. 229 et s.

¹⁴¹⁷ La France allait assurer la présidence pour le second semestre de l'année 2000, c'est-à-dire pendant la période de rédaction, ce qui fait dire à Guy Braibant, vice-président de la Convention, que l'Allemagne et la France ont été « un élément moteur de la Charte et que leur accord a contribué au succès de l'opération » : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, 334 p., p. 18.

la légitimité de cette assemblée sur les peuples européens et non pas uniquement sur le Conseil européen, de nature intergouvernementale¹⁴¹⁸.

- 813 La composition doublement mixte¹⁴¹⁹ de la Convention allait dans ce sens, tout comme le souci d'ouverture à la société civile¹⁴²⁰ ou la transparence¹⁴²¹. Toutefois, la Convention restait un organe créé et nommé par la réunion des chefs d'État et de gouvernement, et non pas élu par les peuples européens¹⁴²², et dont l'organisation des travaux pouvait s'apparenter plus à une négociation diplomatique qu'à des débats parlementaires¹⁴²³.
- 814 Le fonctionnement de la Convention n'était que peu encadré par les conclusions du Conseil qui exigeait un régime linguistique intégral aux réunions¹⁴²⁴, et fixait un terme aux travaux à décembre 2000. Cela laissait à la fois une liberté quant à la méthode de rédaction tout en exigeant un aboutissement dans un délai très resserré. Le succès de ces travaux doit sans doute à l'efficacité de la structure de la Convention, en particulier de son organe de direction, le Présidium¹⁴²⁵, à la qualité des membres généralement, ainsi qu'à la méthode de travail retenue. Notons à cet égard que la Convention avait pour particularité de procéder par consensus, et donc

¹⁴¹⁸ Ou comme l'explique Lord Goldsmith, membre britannique de la Convention, n'était-ce pas tout simplement pour éviter l'embarras des représentants francophones de porter un badge indiquant « enceinte » ? Lord GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 1201-1216, spéc. p. 1208.

¹⁴¹⁹ Elle était « doublement mixte » puisqu'elle était composée de quinze représentants des chefs d'État ou de gouvernement des États membres, un représentant du président de la Commission européenne, seize membres du Parlement européen désignés par celui-ci, trente membres des parlements nationaux (deux par parlement) désignés par ceux-ci. Tant les organes législatifs qu'exécutifs étaient donc représentés, et tant les organes nationaux qu'européens purent prendre part aux travaux. Pour plus de détails, voir J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 23 et s.

¹⁴²⁰ La Convention a en effet procédé à de larges consultations, non seulement d'institutions européennes qui étaient obligatoires, mais aussi des associations et des organisations non gouvernementales. Les interventions des syndicats ainsi que les organisations féminines ont par exemple été qualifiées d'efficaces, utiles et ont pu véritablement influencer les membres de la Convention : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 31 et 32. Pour une opinion plus critique, sur cette ouverture à la société civile voir notamment : G. D. BÚRCA et J. B. ASCHENBRENNER, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 9, 2002-2003, pp. 355-382.

¹⁴²¹ Par une ouverture au public, et de manière plus innovante à l'époque par un site internet dédié.

¹⁴²² C'est pourquoi certaines critiques, y compris parmi les membres de l'assemblée, s'élevaient contre l'auto proclamation en Convention alors que l'autorité légitime dont elle tirait ses compétences, le Conseil européen, ne l'avait qualifiée que d'enceinte (« body »). Pour son vice-président, ils avaient ainsi procédé à un « petit coup d'État, qui a augmenté notre prestige sans diminuer notre légitimité ». G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 20.

¹⁴²³ P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., p. 231.

¹⁴²⁴ C'est-à-dire une traduction de tous les débats et de tous les documents dans les douze langues de l'Union de l'époque.

¹⁴²⁵ Qui pour sa part travaillait en Français, en Allemand et en Anglais. Sur son fonctionnement général, voir : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 23 et s ; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 33 et s.

de ne jamais voter comme l'avait proposé le Président Herzog¹⁴²⁶, ce qui renforce certainement la légitimité du document. Le président Herzog avait également insisté sur la nécessité de rédiger le projet de la *Charte* « comme si » elle devait être un jour intégrée dans les traités, ce qui fut approuvé à l'unanimité¹⁴²⁷, et qui fait aujourd'hui de la *Charte* un instrument juridique à la fois clair et rigoureux.

2. Le contenu de la Charte européenne

- 815 *A priori*, le contenu de la *Charte* ne se prêtait pas à de grandes difficultés politiques puisqu'il s'agissait de codifier la protection des droits fondamentaux préexistante comme le mandat de Cologne le prévoyait. Cela étant, la rédaction d'un tel document ne saurait être politiquement neutre¹⁴²⁸ et le contenu de la *Charte* ne fut pas totalement à droit constant bien qu'il a pu être qualifié de « réaffirmation explicitement peu ambitieuse »¹⁴²⁹. La *Charte* réaffirme en effet des droits dits classiques comme les droits à l'égalité, les grandes libertés ou encore les droits de procédure. Ces droits étaient à la fois déjà énoncés dans la *Convention européenne* et avaient fait l'objet d'une protection par la Cour de justice¹⁴³⁰. À cet égard, la *Charte* ne fait que consolider l'acquis jurisprudentiel des droits fondamentaux.
- 816 Mais certains membres de la Convention entendaient également moderniser et compléter le texte de référence de 1950 ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice¹⁴³¹. Ils ont donc interprété avec une certaine souplesse l'impératif d'une simple codification¹⁴³². Par exemple, le droit au mariage n'interdit pas l'octroi du statut du mariage à des couples de même sexe, et admet

¹⁴²⁶ En procédant en autant de navettes nécessaires entre les positions moyennes issues des débats et établies par le Présidium, et la Convention, le processus permettait ainsi de trouver une solution acceptable par tous et d'éviter les blocages et les frustrations, de ne pas cristalliser les affrontements politiques : J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 37; G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 27.

¹⁴²⁷ Voir G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 36.

¹⁴²⁸ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 39.

¹⁴²⁹ X. BIOY, « Le préambule comparé » dans L. BURGORGUE-LARSEN, dir., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 91-121, p. 118.

¹⁴³⁰ Pour les droits dont il s'agit, voir K. LENAERTS, « A "Bill of Rights" for the European Union », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 273-300, spéc. p. 280.

¹⁴³¹ La jurisprudence de la Cour naît par définition des revendications des requérants et est donc soumise aux aléas du contentieux, c'est ce qui explique sans doute que certains droits n'avaient pas (encore) été reconnus par la Cour. On a pu donner l'exemple du droit d'asile ou des personnes handicapées : C. FRANKLIN, « The Legal Status of the EU Charter of Fundamental Rights after the Treaty of Lisbon », *Tilburg Law Review*, vol. 15, 2010-2011, pp. 137-162, spéc. p. 151.

¹⁴³² Ainsi « la Convention n'a donc pas tout à fait respecté l'interdiction d'innover » : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 47.

implicitement d'autres voies que le mariage pour fonder une famille¹⁴³³, alors que l'article correspondant de la Convention ne protège que le mariage hétérosexuel et ne dissocie pas le droit de se marier avec celui de fonder une famille¹⁴³⁴. D'autre part, de véritables droits nouveaux sont consacrés par la *Charte*, comme ceux concernant la bioéthique¹⁴³⁵ (par exemple l'interdiction du clonage thérapeutique), l'environnement, le droit à la protection des données personnelles, les droits du consommateur, de l'enfant ou encore la liberté de la recherche.

817 Mais ce sont certainement les droits économiques et sociaux qui ont soulevé le plus de controverses en raison des divergences persistantes entre les États. Une grande partie des objections¹⁴³⁶ tenait au caractère non justiciable, au sens traditionnel, des droits sociaux qui sont avant tout des droits-créances. En conséquence de quoi, un compromis a pu être trouvé quant à la formulation des dispositions substantielles de nature sociale. Ce faisant, la *Charte* opère une distinction entre les *droits* proprement dits qui sont immédiatement normatifs et les *principes* sociaux qui nécessitant une mise en œuvre par le législateur, ont donc une justiciabilité indirecte ou médiate¹⁴³⁷. Par exemple, l'interdiction du travail des enfants relève de la première catégorie tandis que la négociation et l'action collective ou l'accès aux prestations de sécurité sociale ont le caractère de principes en raison de leur nature programmatrice¹⁴³⁸. Ainsi même si les formulations sont parfois « plus que prudentes »¹⁴³⁹, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* consacre, pour la première fois en droit international, des droits sociaux au côté des autres droits.

¹⁴³³ Article 9 de la *Charte* DF UE : « Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

¹⁴³⁴ Article 12 CEDH : « À partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

¹⁴³⁵ Principes inspirés notamment de la Convention du Conseil de l'Europe, dite d'Oviedo de 1997, pourtant non ratifiée par la majorité des États membres : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 47.

¹⁴³⁶ En particulier des Allemands, des Espagnols et des Anglais, alors que les représentants français, au rang desquels Guy Braibant, n'auraient sans doute pas accepté un texte « trop minimal et même régressif en matière de droits sociaux » : *ibid.*, p. 45 et 46.

¹⁴³⁷ L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE*, 2005, pp. 663-690, spéc. p. 682 et s.

¹⁴³⁸ Voir aussi P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., p. 234 et s.

¹⁴³⁹ F. C. MAYER, « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE*, vol. 39, 2003, pp. 187-196, spéc. p. 189. L'auteur estime que les droits sociaux de la *Charte* sont modestes : puisqu'il n'y a pas de droit au travail, mais un droit d'accès au service de placement (article 29), pas de droit au logement, mais un de simple droit à une aide sociale et à une aide au logement (article 34). Voir aussi S. REGOURD, « Constitution européenne et modèle social européen : analyse juridique d'une imposture politique », *La Pensée : revue du rationalisme moderne (art, science, philosophie)*, vol. 341, 2005, pp. 125-137, spéc. p. 131.

- 818 C'est en effet une des grandes originalités de la *Charte* que de ne pas avoir retenu une structure classique, en droit international notamment¹⁴⁴⁰, qui consiste à distinguer, voire à opposer, les droits civils et politiques (dits de la première génération) des droits économiques sociaux, culturels ou « modernes » dits de la deuxième et troisième génération. Formellement, la *Charte* comporte un préambule puis se divise en six chapitres regroupant les droits substantiels. Une dernière partie plus technique qui constitue le « mode d'emploi » de la *Charte*¹⁴⁴¹, ce que l'on a appelé les « clauses horizontales » portant sur l'application et l'interprétation de la *Charte*¹⁴⁴². Le plan en chapitres substantiels intitulés « Dignité, Libertés, Égalité, Solidarité et Justice » montre aussi le souci d'articuler le texte autour de valeurs européennes et de favoriser une approche globale¹⁴⁴³ et concise des droits fondamentaux.
- 819 Cette ambition pédagogique conciliée avec l'impératif de sécurité juridique et de rigueur nécessaire pour une mise en œuvre contraignante a conduit à favoriser un texte bref et simple, tout en l'accompagnant de certaines précisions rédigées par le Présidium, article par article, dans les « explications ».

3. La portée de la *Charte européenne*

- 820 Ces explications ont une destinée originale puisque faute d'avoir pu être constitutionnalisées¹⁴⁴⁴, elles ont été intégrées à la *Charte* en 2007 en tant que véritable guide d'interprétation officielle¹⁴⁴⁵ : désormais, le recours aux explications est un préalable nécessaire à l'interprétation

¹⁴⁴⁰ C'était aussi le cas de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (du 10 décembre 1948, Rés. AG 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3e session, supp n°3, Doc. NU A/810 (1948)), mais avec le peu de normativité que l'on sait. Les pactes de New York qui avaient vocation à concrétiser les droits proclamés par l'AGNU ont, précisément, distingué les deux contenus.

¹⁴⁴¹ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, préc., p. 36.

¹⁴⁴² Titre VII « Dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte » articles 51 à 54.

¹⁴⁴³ Bien entendu, on retrouvera malgré tout la trace de la *summa division* entre les libertés traditionnelles et droits sociaux dans cette trame en six chapitres. Sans compter que la grande distinction entre droits et principes retenue ne manque pas de rappeler qu'une application différenciée est encouragée au-delà de l'unité formelle apparente.

¹⁴⁴⁴ Le *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, non ratifié, imposait dans l'article II-112 § 7, l'utilisation des explications retouchées à l'occasion pour l'interprétation de la *Charte*. Voir L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières », préc., p. 671.

¹⁴⁴⁵ Le préambule a été modifié de manière à ce que la *Charte* soit interprétée par les juridictions de l'Union et des États membres « en prenant dûment en considération les explications établies sous l'autorité du présidium de la convention qui a élaboré la Charte et mises à jour sous la responsabilité du présidium de la Convention européenne ». La portée des explications est en outre précisée dans l'article 52, § 7 « Les explications élaborées en vue de guider l'interprétation de la présente Charte sont dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et des États membres ». Cette obligation est en outre répétée dans le *Traité de Lisbonne* (article 6.1 alinéa 3 du TUE).

prétorienne de la *Charte*¹⁴⁴⁶. Un des objectifs de ce renvoi aux explications était de « faire en sorte que les droits garantis se situent dans la continuité des droits existants »¹⁴⁴⁷. En effet, ces explications font notamment référence à la jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui pose la question de savoir si elles n'ont pas « la fâcheuse conséquence de congeler la jurisprudence en matière de protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne »¹⁴⁴⁸. Quoi qu'il en soit, la *Charte* apparaît d'autant plus comme une simple consolidation de l'acquis¹⁴⁴⁹.

821 Si la portée des explications a connu des évolutions depuis leur élaboration, il en est de même de la *Charte* globalement, puisque la perspective de son entrée en vigueur au même rang que le droit primaire allait donner lieu à certaines modifications, en particulier de son préambule et des dispositions horizontales. La perspective de sa « constitutionnalisation » en 2004 allait donner lieu à certaines adaptations techniques¹⁴⁵⁰, tout comme en 2007 en vue de l'adoption du *Traité de Lisbonne*¹⁴⁵¹.

822 Avant l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne*, la *Charte* avait simplement été proclamée solennellement en 2000 à Nice. Le *Traité de Nice* lui donnait un rang d'accord institutionnel, ce qui n'accordait aux droits nouvellement affirmés qu'une valeur politique et morale à l'encontre des institutions¹⁴⁵². Et en l'absence de valeur contraignante, les juges ont fait preuve d'une retenue prudente à l'égard du texte, même si la doctrine avait pu voir dans certaines décisions une

¹⁴⁴⁶ Le recours à d'autres mécanismes d'interprétation n'est toutefois pas interdit.

¹⁴⁴⁷ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 154.

¹⁴⁴⁸ L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières », préc., p. 681.

¹⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 671. C'était précisément l'objectif de la diplomatie britannique qui a toujours œuvré pour que les explications aient une importance particulière.

¹⁴⁵⁰ Voir F. BENOÎT-ROHMER, « Valeurs et Droits fondamentaux dans la Constitution », *RTDE*, vol. 41, 2005, pp. 261-284, spéc. p. 267 et s.

¹⁴⁵¹ La *Charte* a été proclamée à nouveau le 12 décembre 2007 avec certains amendements sur le texte initial. (*JO* 2007, C 303/1, pour la *Charte* et C 303/17, pour les explications). Ainsi le groupe de travail sur la *Charte* dans le *Traité constitutionnel* a présenté ces modifications comme servant « à confirmer et à rendre parfaitement clairs et d'une sécurité juridique absolue, certains éléments clés du compromis global sur la *Charte* déjà approuvés par la convention précédente » cité dans J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 160. Les modifications des articles 51 et 52 ont été reprises en 2007, nous reviendrons plus tard sur leur contenu. Sur les quelques différences mineures entre ce qui était prévu par le *Traité* établissant une Constitution pour l'Europe et ce qui est entré en vigueur en 2009 voir : I. PERNICE, « The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights » dans S. GRILLER et J. ZILLER, dir., *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, New York, Springer Wien, 2008, pp. 235-246.

¹⁴⁵² J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 157.

« appropriation judiciaire » de la *Charte*¹⁴⁵³. Si la Cour de justice a pu se référer à certaines dispositions substantielles de la *Charte* avant 2009¹⁴⁵⁴, parfois en raison de la référence à cet instrument dans la législation dérivée¹⁴⁵⁵, elle précise que « bien que n'étant pas dotée de force juridique contraignante, (elle) démontre l'importance, dans l'ordre juridique communautaire, des droits qu'elle énonce »¹⁴⁵⁶.

823 Le *Traité de Lisbonne* constitue la dernière étape de la consécration des droits fondamentaux dans l'Union. Il confirme et complète l'attachement à certaines valeurs, parmi lesquelles des droits et libertés fondamentaux occupent une place prépondérante¹⁴⁵⁷, ainsi que la promotion de ces valeurs via des mécanismes précédemment reconnus¹⁴⁵⁸, ou par l'introduction de nouvelles institutions¹⁴⁵⁹.

4. Le pluralisme des sources de la protection des droits fondamentaux

824 Mais le *Traité de Lisbonne* consacre surtout la diversité, voire la complexité, des sources de la protection des droits fondamentaux dans l'Union puisque l'article 6 du TUE juxtapose les garanties nouvelles et anciennes¹⁴⁶⁰.

¹⁴⁵³ L. BURGORGUE-LARSEN, « Les juges face à la Charte. De la prudence à l'audace. » dans L. BURGORGUE-LARSEN, dir., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 3-64.

¹⁴⁵⁴ Elle y était notamment incitée par les avocats généraux : voir par exemple et pour les références exactes des conclusions : S. IGLESIAS SANCHEZ, « The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1565-1612, spéc. p. 1569.

¹⁴⁵⁵ Voir par exemple : CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, *Rec. 2006*, p. I-05769.

¹⁴⁵⁶ CJCE (GC), 12 septembre 2006, *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-131/03 P, *Rec. 2006*, p. I-07795, § 122.

¹⁴⁵⁷ L'énumération des valeurs précédemment dans l'article 6 TUE se trouve par exemple explicitée et complétée avec la référence à la solidarité. Article 2 TUE « Article 2. L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes. »

¹⁴⁵⁸ Les acquis des anciens traités perdurent comme le mécanisme de sanction politique qui avait été légèrement révisé en 2000 pour tenir compte des simples risques de violation des droits fondamentaux (article 7 TUE) le conditionnement de l'adhésion des nouveaux États (article 49 TUE).

¹⁴⁵⁹ Mais certaines institutions ont été introduites avant le Traité et simplement reconnues par lui. Ainsi l'Union dispose désormais de trois institutions importantes en matière de droits fondamentaux : le réseau d'experts sur les droits fondamentaux, le représentant spécial de l'UE (RSUE) pour les droits de l'homme et l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne. La question d'une politique en matière de droits fondamentaux par les institutions politiques de l'Union sera étudiée dans le chapitre suivant.

¹⁴⁶⁰ Sur cette question voir par exemple : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne? Brèves réflexions

- 825 L'article 6 (1) du TUE accorde à la *Charte* la même valeur juridique que les traités¹⁴⁶¹. Si elle a désormais la même normativité que le droit primaire, elle n'est pourtant pas formellement intégrée aux traités, contrairement à ce que prévoyait le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le rejet de ce projet constitutionnel explique pour partie la non-incorporation formelle de la *Charte* aux traités. Le *Traité de Lisbonne* ayant voulu gommer les dimensions symboliques et constitutionnelles, dont une charte des droits et libertés fait assurément partie, cette séparation formelle a peut-être permis une ratification plus en douceur du Traité de 2007¹⁴⁶². L'autre avantage de cette externalisation tiendrait au processus de révision, puisque de cette manière la *Charte* ne serait pas soumise aux modalités de révision des traités, mais pourrait être amendée de manière beaucoup plus souple, comme les modifications de 2004 et 2007 tendent à le montrer¹⁴⁶³.
- 826 D'autre part l'article 6 (2) du TUE¹⁴⁶⁴ prévoit l'adhésion de l'Union à la *Convention européenne des droits de l'homme*, et enfin l'article 6 (3) du TUE reprend peu ou prou l'ancienne formulation selon laquelle les droits fondamentaux font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux et s'inspirent de la *Convention européenne* et des traditions constitutionnelles communes aux États membres¹⁴⁶⁵. Le traité n'a donc pas entendu « brider l'aptitude créatrice du juge »¹⁴⁶⁶ en lui laissant toute liberté d'enrichir les droits fondamentaux reconnus dans la *Charte*¹⁴⁶⁷.

théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne » dans N. DE GROVE-VALDEYRON et M. BLANQUET, dir., *Mélanges en l'honneur de Joël Molinier*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, pp. 15-21.

¹⁴⁶¹ « L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adoptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités. Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions ».

¹⁴⁶² En ce sens : C. FRANKLIN, « The Legal Status of the EU Charter of Fundamental Rights after the Treaty of Lisbon », préc., p. 143.

¹⁴⁶³ En ce sens : *ibid.*, p. 144 et s. Cela étant, en qu'en tant qu'instrument « ayant la même valeur juridique que les traités » on peut parfaitement considérer que la procédure de révision doive se conformer à celles prévues pour les traités. L'argument de son caractère externe pourrait toutefois être soulevé si l'on voulait modifier la Charte.

¹⁴⁶⁴ « 2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités ».

¹⁴⁶⁵ « 3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux. »

¹⁴⁶⁶ J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », préc., § 161.

¹⁴⁶⁷ Les principes généraux du droit forment ce faisant une source subsidiaire et complémentaire : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Unité ou dualité du système de protection », préc., p. 20.

827 Finalement, la *Charte* est aujourd'hui la principale source formelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne, mais elle n'en est pas la source exclusive. Au contraire, le droit primaire semble à la fois permettre et encourager que la pluralité des sources perdure.

828 En effet non seulement la *Convention européenne* a vocation à devenir une source formelle, en raison de la future adhésion de l'Union à cet instrument qui entraînera aussi la reconnaissance de la juridiction de la Cour de Strasbourg¹⁴⁶⁸. Mais elle conserve aussi son statut de source matérielle privilégiée puisque les principes généraux de droit sont consacrés en tant que véritables sources supplémentaires des droits et libertés¹⁴⁶⁹. Mais encore, la *Charte* elle-même fait par trois fois référence à la *Convention européenne*, sans compter ses explications, et en particulier prévoit :

« Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondants à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue »¹⁴⁷⁰

829 De la même manière, les traditions constitutionnelles communes aux États membres conservent leur place de choix dans la protection des droits fondamentaux de l'Union via les PGD, mais sont aussi reconnus par la *Charte*¹⁴⁷¹ comme « devant servir à l'interprétation des droits garantis par la *Charte* lorsqu'ils sont fondés sur ces traditions »¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁸ Cette adhésion n'a pas été finalisée jusqu'à ce jour et constitue un véritable « serpent de mer » (D. SZYMCZAK, « L'adhésion de l'Union européenne à la CEDH : Serpent de mer ou Hydre de Lerne ? », *Politeia*, 2008, p. 405-418) sur ce très riche débat voir notamment : D. SZYMCZAK, « La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne » dans TINIÈRE, R. et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 357-375 ; J.-P. JACQUÉ, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, vol. 1, 2011, pp. 7-8 ; O. De SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH*, vol. 83, 2010, pp. 535-571 ; F. BENOIT-ROHMER, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme », *JDE*, vol. 184, 2011, pp. 285-293. L'avis négatif sur le projet d'adhésion rendu par la Cour de justice en 2014 n'augure d'ailleurs pas une adhésion imminente : CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme* n°2/13, non encore publié. Voir notamment les commentaires de D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Revue Europe*, vol. février, 2015, pp. 4-9. J.-P. JACQUÉ, « CJUE - CEDH : 2-0 », *RTDE*, 2015, pp. 823-832.

¹⁴⁶⁹ Voir J. GERKRATH, « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir », préc., p. 38 et s.

¹⁴⁷⁰ Article 52 (3) de la *Charte*, sur lequel nous reviendrons en détail plus tard.

¹⁴⁷¹ Article 52 (4) de la *Charte* : « Dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions ».

¹⁴⁷² Selon la formulation de F. BENOIT-ROHMER, « L'Union européenne et les droits fondamentaux depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTDE*, vol. 1, 2011, pp. 145-172.

- 830 Pour conclure, cette sédimentation des sources écrites, non écrites, communautaires, étatiques ou internationales, consacrée en 2007 aboutit à un complexe de normes européennes de protection des droits et libertés dont les juges devront clarifier les enchevêtrements.
- 831 Tant la *Charte*, dans ses clauses horizontales et son préambule, que le traité lui-même donnent des indications quant aux manières d'intégrer les sources étatiques et internationales en particulier, et il faudra dès lors en tirer toutes les conséquences juridiques. Notons d'ores et déjà que la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne tend à démontrer que la *Charte* est bien la référence incontournable de la protection des droits fondamentaux¹⁴⁷³. La *Charte* tend à acquérir une « prééminence fonctionnelle »¹⁴⁷⁴ et est désormais utilisée pleinement par la Cour de justice qui se sert également des sources externes et des explications en particulier lorsqu'elles sont utiles pour lever un doute quant à l'interprétation du droit fondamental affirmé par la *Charte*¹⁴⁷⁵. L'autonomie, mais aussi l'ouverture et la perméabilité, du système communautaire de garantie des droits fondamentaux semblent ainsi confirmées, dans la continuité des premières jurisprudences de la Cour de justice.
- 832 Par conséquent, l'avènement des droits individuels dans l'Union s'est fait au nom de l'autonomie communautaire, et dans le sens d'une autonomisation du système de protection. On ne peut pour autant douter des liens indéfectibles désormais qui unissent cette protection avec d'autres autonomies normatives, conventionnelle et étatique. Le pluralisme de cette protection est donc indubitable, mais il reste à en déterminer la véritable nature et les contours exacts¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷³ Voir par exemple la formulation de la Cour de justice selon laquelle les « droits fondamentaux qui, selon une jurisprudence constante, font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et qui sont désormais inscrits dans la Charte » voir § 68, CJUE (G.C.), 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, non encore publié. Pour d'autres exemples, voir: CJCE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert contre Land Hessen*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec. 2010*, p. I-11063; CJUE, 1er mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres contre Conseil des ministres*, aff. C-236/09, *Rec. 2011*, p. I-00773. Sur cette question voir S. IGLESIAS SANCHEZ, « The Court and the Charter », préc., p. 1596 et s; H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1006 p., p. 259 et s.

¹⁴⁷⁴ F. PICOD, « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit » dans R. TINIÈRE et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 43-66, p. 55 et s. L'auteur explique en effet que s'il n'existe aucune hiérarchie formelle entre les sources consacrées dans l'article 6 TUE, la *Charte* a aujourd'hui la première place dans la jurisprudence de la Cour de justice. Voir dans le même sens : C. VIAL et R. TINIÈRE, « L'autonomie du système de protection », préc., p. 30 et s.

¹⁴⁷⁵ Voir par exemple CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09, *Rec. 2010*, p. I-13849. Voir infra § 1472 et s.

¹⁴⁷⁶ Ce qui fera l'objet de développements conséquents dans d'autres chapitres.

Conclusion du Chapitre

- 833 L'étude diachronique et comparée des droits et libertés montre à la fois la montée en puissance du juge suprême comme gardien de ces droits, mais aussi une diversité des sources de leur protection. L'arrivée des droits et libertés est à la fois progressive et marquée par un pluralisme plus ou moins fort.
- 834 Il est en effet notable que tant au Canada qu'en Europe le texte fondateur n'ait pas prévu pendant de très nombreuses années un catalogue de droits et libertés.
- 835 En revanche, on remarquera dans les deux cas une protection initiale des droits de la personne à travers ces droits mobilisables par les individus, mais qui demeurent au service de la politique englobante, l'Europe et le Canada. On peut en effet comparer les libertés fondamentales communautaires (les libertés de circulation et la non-discrimination selon la nationalité) ainsi que les droits démocratiques du citoyen européen avec les libertés linguistiques et confessionnelles et les droits démocratiques du citoyen canadien. La similitude quant aux droits démocratiques est frappante, bien qu'ils soient bien plus anciens au Canada qu'en Europe. Il s'agit de droits individuels qui construisent le lien politique entre les citoyens et la collectivité politique, ils permettent la participation des citoyens aux décisions politiques, en particulier celles prises par l'entité englobante. Les autres droits originels sont en réalité du même ordre, sauf qu'ils concernent des éléments propres aux politiques concernées, et pas une caractéristique commune aux deux politiques : la démocratie. En effet, l'Union européenne s'est construite sur le marché commun et donne dès le départ aux individus les droits permettant de le mettre en œuvre, alors que le Canada se construit avec deux communautés linguistiques et religieuses (les Anglais protestants et les Français catholiques) et leur donne certains moyens pour leur perpétuation. Autrement dit, les droits fondamentaux originaires sont européocentrés et canadocentrés : ils ne concernent pas la personne humaine en tant que telle, mais l'individu membre de la collectivité globale, européenne et canadienne.
- 836 En dehors de ces droits spécifiques à la politique englobante, et en dépit de l'absence de catalogues de droits fondamentaux dans le texte suprême, les requérants ont pu demander aux tribunaux et ultimement à leur juge suprême d'intervenir pour protéger leurs libertés. La réponse de ces derniers a été très différente, puisque la Cour de justice européenne a répondu favorablement en trouvant des fondements implicites alors que la Cour suprême du Canada avait semblé

l'envisager, mais l'a vite abandonné. Les raisons qui expliquent cette divergence se trouvent certainement dans la vision de leur fonction qu'avaient alors ces juges suprêmes. Le droit communautaire pour exister durablement demandait de mettre à l'abri la primauté du droit européen des contestations y compris celles fondées sur les libertés individuelles. Au Canada, le principe de la souveraineté du Parlement a joué un rôle déterminant, même en présence d'un fondement textuel, mais non constitutionnel, comme la *Déclaration*. En comparaison, la Cour de justice ne semble pas s'être sentie particulièrement limitée par le rôle du législateur, d'autant que ni le législateur ni le pouvoir constituant européen n'ont semblé véritablement la brimer au fil des étapes de la construction. De plus, la dimension démocratique des pouvoirs politiques communautaires passait avant tout par la médiation étatique, États dont il fallait justement se distinguer. Enfin au Canada, le rôle premier d'arbitre de la répartition des compétences du juge constitutionnel canadien semble aussi avoir été un facteur freinant sa capacité à protéger les droits de la personne.

837 Et c'est à cet égard un point commun aux deux histoires que de voir que l'apparition des droits fondamentaux s'est insérée dans des problématiques propres au plurijuridisme. Il s'agissait de préserver la primauté du droit européen en protégeant par des moyens autonomes les droits et libertés d'une part. Et d'autre part, au Canada la répartition des compétences a pu être utilisée soit en vue de défendre les libertés soit au contraire pour laisser les gouvernements légiférer, parfois même en présence d'une disposition explicite, mais non constitutionnelle¹⁴⁷⁷. Sur le fond, en Europe et au Canada on ne se pose pas les mêmes questions, et pour cause le plurijuridisme de départ est très différent, mais les préoccupations du début des juges montrent que la question des relations de pouvoirs entre les gouvernements, plutôt que celles relatives aux individus, était peut-être prépondérante ou du moins première, dans le sens qu'elles étaient initiales. La véritable sollicitude à l'égard de l'autonomie individuelle est venue progressivement, elle sera affirmée au Canada avec la *Charte canadienne* et en Europe elle sera parachevée avec la *Charte européenne*. La première marque véritablement un tournant, alors que la seconde est davantage une consécration.

¹⁴⁷⁷ C'était le cas dans l'affaire *Lavell*, préc., dans laquelle on voit que la compétence fédérale à l'égard des Indiens a contribué à refuser une protection des droits et libertés.

- 838 On remarquera en outre que le processus d'élaboration des deux Chartes comporte quelques points communs¹⁴⁷⁸. En effet, on trouve dans les deux cas une négociation diplomatique propre à une gouvernance à plusieurs niveaux¹⁴⁷⁹ doublée d'un souci d'ouverture vers la société civile et d'une aura démocratique. Les différences quant aux contenus sont notables, puisque la *Charte canadienne* est plus limitée au regard de la *Charte européenne* et même des Chartes infraconstitutionnelles québécoise ou autochtones. En revanche, leurs valeurs apparaissent comparables puisque chacune bénéficie de la suprématie, mais leurs portées s'avéreront différentes en raison de leur champ d'application.
- 839 Il est notable du point de vue de la terminologie qu'encore une fois le niveau de gouvernance ayant les attributs étatiques historiques, les plus marqués, conserve le privilège de la « véritable » constitutionnalité. Ainsi la charte constitutionnelle est canadienne et en Europe les droits et libertés constitutionnels sont nationaux, relatifs à chaque État membre. Pour autant, les autres instruments sont presque constitutionnels en raison d'une véritable « fondamentale » matérielle propre aux libertés individuelles, et d'une valeur juridique supérieure aux actes normatifs ordinaires. La *Charte québécoise* est alors quasi constitutionnelle et l'on pourrait dire de même de la *Charte de l'Union européenne*.
- 840 Quant au pluralisme des instruments de protection englobant, on a pu constater que les deux Chartes reconnaissent la diversité des sources permettant le respect des droits et libertés individuels. En revanche, le pluralisme de la *Charte européenne* est beaucoup plus marqué que son homologue canadien.
- 841 En effet du côté de l'Union européenne, historiquement la légitimité de la protection européenne des droits et libertés nécessitait un appel à des sources reconnues comme la *Convention européenne des droits de l'homme* ou les constitutions étatiques, précisément en raison de l'absence de fondement explicite communautaire. Au Canada, la Cour suprême semble au contraire avoir attendu une autorisation du pouvoir constituant pour qu'elle sorte de son rôle constitutionnel originaire, d'arbitre de la répartition des compétences dans une démocratie parlementaire. En conséquence de quoi, on a conservé en Europe ce pluralisme des sources

¹⁴⁷⁸ Sur ce point voir J. E. FOSSUM, « The Transformation of the Nation-State: The EU and Canada Compared » dans J. E. FOSSUM, dir., *Constitutional Processes in Canada and the EU Compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, pp. 7-53, p. 35 et s.

¹⁴⁷⁹ La place particulière du Québec au moment des négociations ne trouve cependant pas de pendant au niveau européen,

mêmes après l'entrée en vigueur de la *Charte de l'Union européenne* en reconnaissant non seulement leur maintien, mais éventuellement leur apport à l'interprétation des droits de la *Charte européenne*. Alors qu'au Canada la *Charte* semble occuper presque tout l'espace du contentieux des libertés fondamentales ne laissant place qu'à une coexistence hiérarchique des instruments ce qui *a priori* indique un pluralisme minimal.

- 842 Dans les deux cas, l'apparition de cette mission de protection des droits fondamentaux au niveau englobant par le juge suprême qui pourra s'appuyer sur un instrument pancanadien ou pan européen bouleversera durablement le plurijuridisme et posera de grands défis quant à la diversité juridique.

CHAPITRE 2. LE BOULEVERSEMENT DU PLURIJURIDISME : LES DROITS DE LA PERSONNE METTANT EN DANGER LA DIVERSITÉ JURIDIQUE

843 La protection des droits et libertés au niveau européen et canadien pose de grands défis au plurijuridisme. On peut utiliser la métaphore de Joseph H. Weiler qui met en perspective les droits fondamentaux par rapport aux « frontières fondamentales »¹⁴⁸⁰ pour comprendre les rapports entre ces deux aspects de la mission du juge suprême. Car ce que nous avons appelé le plurijuridisme correspond à des « frontières fondamentales » c'est-à-dire une métaphore relative aux pouvoirs énumérés ou des compétences limitées qui sont précisées afin de garantir certains domaines à des sociétés afin qu'elles soient libres de faire leurs propres choix sociétaux sans interférences. Les droits fondamentaux eux concernent l'autonomie et la liberté au niveau de l'individu¹⁴⁸¹, ce qui en ce sens les oppose radicalement aux « frontières fondamentales ». Or de nos jours quand une société fait des choix, lorsqu'elle décide d'un certain équilibre entre différents intérêts en jeu, ce dernier peut se manifester comme un équilibre exprimé en termes de droits fondamentaux (un équilibre soit entre différents droits ou libertés individuels, soit entre un droit fondamental individuel et l'intérêt collectif ou général). Il n'y a donc pas tellement une opposition entre les frontières et droits fondamentaux, mais un engloutissement des premiers par les derniers. C'est là que réside le grand défi de la protection des droits et libertés dans un espace plurijuridique : faire en sorte que la sauvegarde des droits fondamentaux n'aille pas nécessairement dans le sens de l'unité. On peut apprécier la nature de ce risque en distinguant d'une part les dimensions axiomatiques (section 1) et les dimensions proprement juridiques (section 2).

¹⁴⁸⁰ J. H. H. WEILER, « The Jurisprudence of Human Rights in The European Union Integration and Disintegration, Values and Processes », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, 1996, <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/96/9602.html>> p. 2 et s.

¹⁴⁸¹ « I use the term Fundamental Boundaries as a metaphor for the principle of enumerated powers or limited competences which are designed to guarantee that in certain areas communities (rather than individuals) should be free to make their own social choices without interference from above. If you wish, if fundamental rights are about the autonomy and self-determination of the individual, fundamental boundaries are about the autonomy and self-determination of communities », *ibid.*

Section 1. Les défis dogmatiques et politiques : les droits et libertés, un danger en soi pour la diversité ?

844 Sur le plan des principes, les droits et libertés aux niveaux européen et canadien soulèvent deux types de questions, celle qui concerne leur universalité ou leur relativité (I) et celle qui concerne leur possible utilisation pour conforter les pouvoirs canadiens et européens (II).

I. La contestation relativiste de la protection des droits et libertés

845 La protection des droits et libertés dans un espace plurijuridique fait naître *a priori* certaines tensions qui dépendent notamment de présupposés théoriques et dogmatiques. L'universalité ou la relativité des droits et libertés fondamentaux est au cœur de bien des dissensions qui existent sur cette question. Au point même que c'est parfois l'existence même d'une garantie des libertés, par un juge, qui est contestée et pas seulement la manière dont elle peut ou non être exercée.

846 C'est particulièrement vrai en ce qui concerne les peuples autochtones du Canada, où le débat constitutionnel a tendance à se résumer autour d'une prétendue opposition entre les droits fondamentaux individuels issus du libéralisme politique et les droits des peuples autochtones qui sont les manifestations constitutionnelles de l'autonomie normative et des libertés collectives des autochtones. On peut retrouver ce débat bien entendu s'agissant des autres autonomies normatives des plurijuridismes étudiés, mais pas avec autant de force et pas sur la légitimité de la protection des libertés en elle-même.

847 Ainsi, la question de l'application des droits et libertés à l'égard des peuples autochtones amène nécessairement le débat de la relativité ou au contraire de l'universalité des normes de protection des droits de la personne (1), et finalement la question de la compatibilité de ces instruments avec les valeurs et cultures juridiques autochtones (2).

A. Les rejets de principe des droits fondamentaux fondés sur le relativisme

848 Les instruments de protection des droits et libertés de l'individu à l'égard du pouvoir étatique sont nés dans des cultures juridiques spécifiques : celles des États européens occidentaux. Cette protection découle d'une philosophie libérale et individualiste qui voit la puissance étatique comme une source potentielle d'abus et d'arbitraire dont il faudrait protéger les individus. Cette sauvegarde est mise en œuvre notamment par un organe indépendant de ceux qui prennent les décisions (exécutif et législatif) qui contrôle le respect des libertés individuelles les plus

essentielles. C'est donc aussi dans le cadre d'une philosophie de la séparation des pouvoirs étatiques que fonctionne la protection contemporaine des droits et libertés.

849 Partant de ce constat, certains ont pu en déduire l'inadéquation absolue entre des droits et libertés, comme mécanisme juridique et comme valeurs occidentales, et les cultures juridiques autochtones.

850 Il est certain que les cultures juridiques autochtones sont très différentes des cultures européennes, d'origine anglaise ou française. On a pu ainsi mettre l'accent sur la place différente de l'individu dans les sociétés autochtones d'Amérique du Nord, qui serait plutôt soumis à l'ordre cosmique ou la Création, qui comprend toutes les interconnexions vivantes du monde. L'individu est ainsi plus dépositaire de responsabilités à l'égard de ce cosmos et vis-à-vis d'autrui que titulaire de droits¹⁴⁸². Les sources des obligations normatives sont aussi divergentes avec les cultures occidentales, car traditionnellement ces sociétés autochtones ont un droit de nature coutumière, qui ne connaît ni la séparation des pouvoirs ni la hiérarchisation et formalisation propres aux sociétés occidentales¹⁴⁸³. En outre, le mode de résolution des différends dans une approche fondée sur les droits suppose une confrontation, ce qui serait profondément contraire aux traditions autochtones¹⁴⁸⁴.

851 Ainsi les fondements collectifs et communautaires de la vie traditionnelle autochtone feraient des droits individuels une notion totalement étrangère à leur culture juridique¹⁴⁸⁵, voire inutile, puisque la dignité humaine serait protégée efficacement selon leur propre mode de résolution¹⁴⁸⁶. Finalement, les conceptions du droit et la manière d'organiser la société seraient tellement

¹⁴⁸²Voir : M. BOLDT et J. A. LONG, « Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » dans M. BOLDT et J. A. LONG, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, pp. 165 - 179.

¹⁴⁸³Voir : *ibid.*

¹⁴⁸⁴P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256, spéc. p. 213.

¹⁴⁸⁵Selon l'auteure Mary Ellen Turpel, elle-même autochtone : « The collective or communal basis of Aboriginal life does not really, to my knowledge, have a parallel to individual rights: the conceptions of law are simply incommensurable. The duty to the Creator is the duty of the people. There are no "rights". M. E. A.-K. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter. Interpretative Monopolies, Cultural Differences », *A.C.D.P.*, vol. 6, 1989, pp. 3-45, spéc. p. 30.

¹⁴⁸⁶M. BOLDT et J. A. LONG, « Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », préc., p. 168 et s.

différentes qu'elles seraient incommensurables, et que les droits fondamentaux¹⁴⁸⁷ ne sauraient être appliqués dans les sociétés autochtones sous peine de les transformer profondément. Les droits fondamentaux, en tant que mécanismes, dans leur fonction de « régulateur du pouvoir » seraient donc, non seulement inadaptés aux sociétés autochtones, mais seraient aussi un instrument impérialiste, de nature coloniale, amenant une transformation externe non consentie¹⁴⁸⁸.

- 852 Les valeurs spécifiques qui sont contenues dans les différents droits et libertés reconnues dans les textes étatiques comme la *Charte canadienne*, ne sont pas nécessairement partagées par les sociétés autochtones. Ce faisant, leur imposition constituerait une forme de colonialisme. Il y aurait donc un double rejet de l'universalisme des droits fondamentaux, sur l'aspect fonctionnel et substantiel. Cette méfiance à l'égard la fonction des droits fondamentaux démontre à tout le moins l'absence de consensus sur les droits fondamentaux et de leurs valeurs sous-jacentes.
- 853 Ces refus pourraient démontrer la nécessité de dépasser la vision universaliste sans doute un peu naïve selon laquelle les droits fondamentaux tels que nous les connaissons seraient issus de droits naturels dont tous les individus seraient titulaires, quelle que soit la société dans laquelle ils vivent, car en pratique, les sociétés ont des visions de l'être humain de ses relations aux autres différentes et des manières différentes de réguler les conflits. En outre, ces objections dogmatiques attirent l'attention sur le piège de l'ethnocentrisme qui conduit à croire que ce sont les Occidentaux qui auraient découvert ces droits naturels et auraient appris à les protéger de la meilleure manière.
- 854 Pour autant, refuser cet universalisme « absolu » ne signifie pas pour autant tomber dans le relativisme culturel radical, dans le sens où il impliquerait une étanchéité entre les cultures juridiques alors que précisément l'analyse dans un espace plurijuridique consiste à réfléchir sur les connexions, et à déterminer la manière la plus respectueuse de les ordonner.
- 855 À cet égard, le contentieux des droits fondamentaux occupe une place à part dans l'espace plurijuridique, puisqu'il constitue un espace de rencontre des cultures juridiques et est alimenté

¹⁴⁸⁷ À cet égard, l'attribution constitutionnelle de droits aux peuples autochtones a fait l'objet de vives critiques dans la mesure où elle place les autochtones dans une rhétorique de droits fondamentaux : M. E. A.-K. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter », préc., p. 33 et s.

¹⁴⁸⁸ En effet les instruments de protection des droits de la personne, comme la *Charte canadienne* n'ont généralement pas été le fruit ne serait-ce que d'une implication des autochtones dans leur rédaction, et n'ont pas toujours fait l'objet d'un assentiment, par ces derniers. K. WILKINS, « But We Need the Eggs Too: The Royal Commission, the Charter and the Inherent Right to Aboriginal Self-Government », *U. of T. L.J.*, vol. 49, 1999, pp. 53-121, spéc. p. 77.

par les différentes autonomies normatives de cet espace. Or la structure même de cet espace contentieux des droits et libertés amène à penser que, précisément, il exerce une influence sur la diversité juridique. Ce sont donc les éléments de structure du contentieux des droits fondamentaux qui constituent un danger pour la diversité juridique et non pas l'incommensurabilité des cultures¹⁴⁸⁹. Il existerait au contraire une véritable compatibilité entre les droits et libertés et les intérêts des peuples autochtones, et plus généralement une utilité de garantir des droits fondamentaux, même par des normes et garanties extérieures et supérieures aux autonomies normatives englobées.

B. La persistance d'une utilité transcendante de garantir les droits et libertés

856 En ce qui concerne les peuples autochtones du Canada, plusieurs arguments militent en faveur d'une compatibilité entre les libertés fondamentales et les droits des peuples autochtones.

857 En premier lieu, le contentieux des droits et libertés est susceptible de lutter contre le colonialisme ce qui apparaît comme l'objectif prépondérant dans les revendications des peuples autochtones, mais aussi de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle*¹⁴⁹⁰. On a pu aussi formuler le souhait que les droits consacrés par cet article soient porteurs de la décolonisation des rapports juridiques entre les peuples autochtones et l'État canadien et le fondement d'une relation plus respectueuse et égalitaire. Or précisément, la sauvegarde des droits et libertés est à même de contribuer à forger ce type de relations, notamment par le contrôle des instruments étatiques établis pendant la période coloniale qui contiennent des dispositifs discriminatoires. Des dispositions coloniales établissant des distinctions raciales ou perpétuant un stéréotype à l'égard des autochtones ont ainsi pu être renversées par des garanties étatiques de protection de la personne¹⁴⁹¹.

858 Ces instruments peuvent aussi servir à remettre en cause une discrimination qui a parfois été introduite par le colonisateur lui-même, ce qui est le cas des dispositions patriarcales à l'égard des Indiennes¹⁴⁹². Il ne serait ainsi pas logique de priver les autochtones de recours à l'égard de

¹⁴⁸⁹ Voir infra § 1012 et s.

¹⁴⁹⁰ La Cour suprême du Canada a identifié comme objectif de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* la réconciliation des peuples autochtones avec le Canada et la majorité non autochtone du Canada. Voir supra § 583 et s.

¹⁴⁹¹ Voir par exemple *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282. Voir aussi J. BORROWS, « Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nation Politics », *R.D.U.N.-B.*, vol. 43, 1994, pp. 19-48.

¹⁴⁹² Voir par exemple la disposition contestée sans succès sous la Déclaration canadienne dans *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

telles dispositions, qui perpétuent une discrimination parfois exogène aux cultures autochtones. L'impératif de ne pas discriminer selon le genre et de lutter contre l'oppression sexuelle explique d'ailleurs que de nombreuses femmes autochtones soient en faveur d'une protection par les droits et libertés¹⁴⁹³.

859 Enfin, les relations entre les droits ancestraux et les droits fondamentaux sont parfois inattendues et ne sont pas nécessairement en opposition. Par exemple, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a utilisé des dispositions de protection des droits et libertés liées à la propriété, au départ d'inspiration occidentale, pour protéger des formes de propriété collective autochtone. De manière générale, le droit à la non-discrimination en droit international a permis de traiter à égalité les cultures juridiques et de dépasser une vision coloniale du droit¹⁴⁹⁴.

860 En outre, l'incommensurabilité entre les sociétés autochtones et le libéralisme occidental a pu être mise en échec par certains travaux démontrant qu'on trouvait des racines de la démocratie et de l'égalité également dans les communautés autochtones¹⁴⁹⁵.

861 Mais surtout, les droits et libertés sont conçus comme des contre-pouvoirs et c'est avant tout ce qui explique leur utilité persistante, y compris vis-à-vis des organes autochtones. En effet, les droits et libertés fondamentaux ont pour fonction de protéger les individus pris isolément et éventuellement en groupe, des abus de pouvoir. Le contrôle par un tiers, une juridiction, vise précisément à éviter l'arbitraire et le totalitarisme, et ceci, quel que soit le type de pouvoir en cause, qu'il soit étatique ou non. Bref, le contentieux des droits fondamentaux permet d'éviter la domination et les abus d'une personne ou d'un groupe, dont les collectivités autochtones ne sont pas plus à l'abri que les autres formes de gouvernance¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹³ Voir par exemple T. NAHANE, « Danser avec un gorille : les femmes autochtones, la justice et la Charte » dans Commission royale sur les peuples autochtones, dir., *Les peuples autochtones et la justice*, Ottawa, Groupe communication Canada, 1993, pp. 371 - 395.

¹⁴⁹⁴ Voir par exemple G. OTIS et A. LAURENT, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété? », *RTDH*, vol. 89, 2012, pp. 43-70.

¹⁴⁹⁵ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993, 68 p., p. 41.

¹⁴⁹⁶ Voir par exemple en ce sens C. E. S. FRANKS, « Rights and Self-government for Canada's Aboriginal Peoples » dans C. COOK et J. D. LINDAU, dir., *Aboriginal Rights and Self-Government The Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 101-134, p. 130 et s.; D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, 332 p., p. 52 et s.

862 Cet argument est d'autant plus convaincant qu'il faut admettre que la réalité autochtone a pu évoluer par rapport aux structures traditionnelles. Car si certaines, ou la plupart, des Premières Nations reconnaissent une « éthique de droits individuels »¹⁴⁹⁷ depuis longtemps, il est pour le moins vraisemblable que la place de l'individualisme dans les sociétés autochtones ait été « reconceptualisée », tout comme les structures politiques, à la lumière des débats sur les droits de la personne¹⁴⁹⁸. La modernité des droits et libertés a ainsi pu séduire bien des communautés autochtones qui aspirent certainement bien plus à une « tradition sous bénéfice d'inventaire »¹⁴⁹⁹ qu'à leur rejet en bloc au nom de la sauvegarde de leur culture distincte et de leur identité. Aujourd'hui, le discours des représentants des Autochtones du Canada dans les forums internationaux¹⁵⁰⁰ et celui de la grande majorité des élites autochtones ou de la doctrine plaident en faveur de traditions juridiques autochtones en accord avec les valeurs contemporaines des droits fondamentaux de la personne¹⁵⁰¹. Les Chartes autochtones dans les Constitutions et traités modernes autochtones sont autant de preuves de leur volonté de préserver leur culture, leur identité, leur autonomie normative, dans le respect des droits de la personne et d'opérer ce faisant à une mise en équilibre des droits individuels et collectifs.

863 En ce qui concerne les autres autonomies normatives des plurijuridismes étudiées, le rejet de la protection des droits fondamentaux ne s'est pas tellement focalisé sur son existence en tant que telle, mais davantage sur le niveau de cette protection. Ainsi comme la garantie des droits et libertés préexistait au niveau local, ce qui a pu être contesté, c'est la protection supplémentaire au

¹⁴⁹⁷ Commission Canadienne des droits de la personne, et al., *L'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs : la mise en œuvre de l'article 1.2 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, en ligne: Ont : Commission canadienne des droits de la personne, <<http://celarc.ca/cppc/224/224562.pdf>> p. 34 et s. Selon la Commission, la « plupart, sinon la totalité des règles de droit coutumier sous-entendent apparemment une mise en équilibre des rôles, droits et relations de l'individu à l'intérieur de la collectivité, avec ses ancêtres et ses descendants et avec le milieu naturel ou le monde non humain. Dans la plupart des cas, il serait inhabituel de considérer les règles de droit coutumier comme des règles exprimant un point de vue axé purement sur “des droits ou intérêts collectifs” ».

¹⁴⁹⁸ Sur le « traditionalisme et le modernisme » existant dans les sociétés indiennes voir : A. J. LONG et K. BEATY CHISTE, « Indian Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *American Indian Culture & Research Journal*, vol. 18, 1994, pp. 91-119, spéc. p. 103 et s.

¹⁴⁹⁹ G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne? », *Ottawa L.R.*, vol. 36, 2004/2005, pp. 207-257, spéc. p. 218 et s.

¹⁵⁰⁰ Ainsi l'article 34 de la Déclaration des droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007 (AG Rés. 61/295, Annexe, U.N. Doc. A/RES/61/295) impose le respect des droits fondamentaux sans aucune difficulté.

¹⁵⁰¹ En ce sens, voir par exemple : J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p., p. 185; D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc.

niveau canadien ou communautaire. D'autant que d'un point de vue politique et symbolique une charte à l'échelle canadienne ou européenne n'est pas sans conséquence.

II. La suspicion d'une instrumentalisation des droits et libertés au profit des politiques européenne et canadienne

864 L'argument d'une utilisation des droits et libertés au profit du pouvoir politique englobant est connu depuis longtemps s'agissant des « droits de l'homme fédéraux »¹⁵⁰², il a pu être avancé tant du côté canadien (A) que du côté européen (B).

A. La consolidation de l'identité nationale canadienne : un objectif sous-jacent de la Charte

865 Les considérations qui précèdent à propos de la force symbolique de la *Charte pour l'Union européenne* valent pour la *Charte canadienne* à l'égard du Canada et sans doute avec encore plus de force. En effet, l'objectif politique de la *Charte canadienne* a été maintes fois mis en avant par la doctrine¹⁵⁰³ qui insiste sur la « consolidation de l'identité nationale » (ou « *nation building* » en anglais)¹⁵⁰⁴ grâce à cet instrument de protection des droits et libertés pancanadien.

866 En effet, tout comme au niveau européen, l'affirmation de valeurs humaines s'affirmant comme universelles renforce l'allégeance des individus envers la communauté politique qui les affirme¹⁵⁰⁵. Elle détient une grande force symbolique dans la mesure où elle est considérée comme étant un concentré des valeurs canadiennes les plus importantes, dont on ne remet pas en

¹⁵⁰² Joseph H. Weiler explique ainsi que « in nonunitary systems such as federations, “federal human rights” have played a strong integrational role » : J. H. WEILER, « Eurocracy and Distrust: Some questions concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Community », *Wash. L. Rev.*, vol. 61, 1986, pp. 1103-1142, spéc. p. 1108.

¹⁵⁰³ P. H. RUSSEL, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *R. du B. can.*, vol. 61, 1983, pp. 30-54. Sur ce sujet voir aussi : S. CHOUDHRY, « Bills of Rights as Instruments of Nation Building in Multinational States: The Canadian Charter and Quebec Nationalism » dans J. B. KELLY et C. MANFREDI, dir., *Contested constitutionalism: reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, pp. 233-250; A. C. CAIRNS, « Reflections on the Political Purposes of the Charter: The First Decade » dans G. A. BEAUDOIN, dir., *La Charte : dix ans après. Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien et du Ministère de la justice du Canada tenue à Ottawa en avril 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 163-191.

¹⁵⁰⁴ J. WOEHLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral » dans A.-G. GAGNON, dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 251-274. Voir aussi T. S. AXWORTHY, « Colliding Visions: The Debate over the Charter of Rights and Freedoms 1980-81 » dans P. C. WEILER et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 13-26, p. 22 et s. E. BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec Septentrion, 2005, 478 p., p. 325 et s.

¹⁵⁰⁵ G. LAFOREST, « La Charte canadienne des droits et libertés au Québec : nationaliste injuste et illégitime » dans F. ROCHER, dir., *Bilan québécois du fédéralisme canadien*, Montréal, VLB, 1992, pp. 124-151, p. 133.

question le véritable caractère consensuel du texte. Cela en fait aussi un outil politique au service d'une forme de nationalisme des droits et libertés¹⁵⁰⁶, dans lequel tous les individus au Canada détiendraient des droits constitutionnels strictement identiques. Ce type d'instrument impliquerait une allégeance de l'individu au seul niveau canadien¹⁵⁰⁷, à tout le moins en ce qui concerne les valeurs les plus fondamentales de l'être humain et de la vie en société comme le présume la rhétorique des droits fondamentaux.

867 Par conséquent, la *Charte* est devenue une « icône de la culture politique canadienne »¹⁵⁰⁸ grâce à sa fonction de symbole unificateur¹⁵⁰⁹. Cette « tentative d'unification autour de valeurs communes » est d'autant plus remarquable que « ce ne sont pas tellement les valeurs universelles reprises dans ce document qui ont de l'importance, mais les valeurs propres à l'ordre politique canadien »¹⁵¹⁰.

868 Il est vrai que les droits fondamentaux propres à la politique canadienne sont particulièrement à même de renforcer l'identité nationale canadienne. C'est le cas des droits relatifs à la circulation des personnes (leur « mobilité »), mais surtout des droits linguistiques. La protection des droits linguistiques des minorités anglaise et française à travers tout le Canada était une priorité du gouvernement Trudeau de l'époque¹⁵¹¹. La plus sérieuse menace à la cohésion du Canada en tant que nation est sans doute la coexistence de deux communautés linguistiques séparées, française au Québec et anglaise dans le reste du Canada. L'idée de Trudeau était donc non seulement d'affirmer le caractère bilingue du Canada, mais aussi de permettre à chacun des citoyens canadiens francophones ou anglophones de vivre dans leur langue partout au Canada, même dans les provinces où leur langue est minoritaire, s'ils sont en nombre suffisant¹⁵¹². Or la première des

¹⁵⁰⁶ Selon Guy Laforest elle « représente d'abord et avant tout l'arme ultime visant à susciter et à favoriser un nationalisme canadien » *ibid.*, p. 126. En ce sens, voir aussi S. CHOUDHRY, « Bills of Rights as Instruments of Nation Building », *préc.*, p. 236 et s.

¹⁵⁰⁷ Ce lien est d'autant plus renforcé qu'il existe un programme fédéral de financement des recours judiciaires fondés sur la *Charte* qui facilite l'accès aux tribunaux des différents groupes d'intérêt et de pression et assure au gouvernement fédéral leur loyauté voire entretient une forme de clientélisme : J. WOEHLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne », *préc.*, p. 265 et s.

¹⁵⁰⁸ I. COTLER, « Can the Center hold? Federalism and Rights in Canada » dans E. KATZ et G. A. TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1996, pp. 173-191, p. 330.

¹⁵⁰⁹ P. H. RUSSEL, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *préc.*, p. 36.

¹⁵¹⁰ P. BLACHE, « La Charte canadienne : obstacle postmoderne à l'émergence d'un Québec moderne et rassembleur ? », *R.J.T.*, vol. 28, 1994, pp. 333-366, *spéc.* p. 335. En ce sens, voir aussi A. C. CAIRNS, « Reflections on the Political Purposes of the Charter: The First Decade », *préc.*, p. 177 et s.

¹⁵¹¹ P. H. RUSSEL, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *préc.*, p. 33.

¹⁵¹² En ce sens, voir P. C. WEILER, « The Evolution of the Charter: a View from the Outside » dans P. C. WEILER et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto,

garanties à offrir pour les communautés linguistiques minoritaires est la possibilité d'éduquer leurs enfants dans leur langue et c'est précisément l'objectif de l'article 23 de la *Charte canadienne*.

- 869 C'est cette politique linguistique de la *Charte* qui a été la plus critiquée, en particulier au Québec¹⁵¹³. En effet, l'éducation étant une compétence provinciale, la compétence linguistique accessoire des provinces à cet égard avait permis au législateur québécois de protéger la langue française, notamment pour contrer la tendance des nouveaux arrivants au Québec à s'assimiler aux anglophones en raison de l'attractivité économique et culturelle de la langue anglaise. Certains ont pu affirmer que cette loi 101, la *Charte de la langue française*, était pour Trudeau une menace majeure pour l'unité nationale¹⁵¹⁴ et que l'article 23 de la *Charte* était conçu comme l'arme ultime pour la briser¹⁵¹⁵. Cette politique linguistique constitutionnelle aurait même été la véritable « raison d'être de la Charte »¹⁵¹⁶.
- 870 Certes, par nature la *Charte* limite les pouvoirs des provinces en demandant au législateur de respecter les droits individuels constitutionnels, mais avec l'article 23 c'est une législation provinciale spécifique qui semblait visée. Cela explique notamment que l'Assemblée nationale du Québec n'ait jamais ratifié la *Loi constitutionnelle de 1982*. La légitimité de la *Charte canadienne* pourrait donc être en partie amoindrie en raison de cet objectif politique.
- 871 Plus largement, le contexte politique de l'époque démontre une opposition frontale entre la vision pancanadienne de la *Charte* et les revendications d'autonomie et d'indépendance du Québec, la question linguistique est sans doute le point d'orgue de cette dissension. Elle opposait en effet

Carswell, 1986, pp. 49-62, p. 50 et s. Voir aussi H. D. FORBES, « Trudeau's Moral Vision » dans A. A. PEACOCK, dir., *Rethinking the Constitution : Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 1996, pp. 17-39, p. 24 et s.

¹⁵¹³ Les autres provinces ont approuvé le contenu de la *Charte*, mais il est vrai que ce fut une véritable prouesse de la part du gouvernement Trudeau d'avoir fait accepter au Canada anglais la reconnaissance des droits linguistiques des francophones. Particulièrement en Ontario, qui refusait par exemple le bilinguisme officiel dans la vie publique en dépit de leur très grande minorité francophone. Voir P. C. WEILER, « The Evolution of the Charter: a View from the Outside », préc., p. 51; P. H. RUSSEL, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », préc., p. 39.

¹⁵¹⁴ F. L. MORTON, « The Effects of the Charter of Rights on Canadian Federalism », *Publius*, vol. 25, 1995, pp. 173-188, spéc. p. 179.

¹⁵¹⁵ Nous verrons qu'effectivement ce fut en partie le cas.

¹⁵¹⁶ G. LAFOREST, « La Charte canadienne des droits et libertés au Québec : nationaliste injuste et illégitime », préc., p. 145.

une vision pancanadienne de Trudeau qui rêvait d'un bilinguisme partout au Canada¹⁵¹⁷ tandis que les tenants de la souveraineté ou d'une plus grande autonomie du Québec entendaient protéger la langue minoritaire au Canada en renforçant son caractère majoritaire au Québec¹⁵¹⁸.

872 La vision linguistique qu'imposait la *Charte canadienne* au Québec est sans doute à l'origine de bien des réprobations de la part de la doctrine québécoise qui n'y est pas toujours allée de main morte pour qualifier la *Charte canadienne*¹⁵¹⁹. Mais plus largement dès lors qu'on réfléchit sur l'impact politique de la *Charte* sur l'autonomie des provinces, on a pu démontrer que la *Charte* était une véritable entreprise pour décrédibiliser des revendications d'autonomie ou d'indépendance des provinces, du Québec en particulier, voire visait à « saper l'identité culturelle québécoise en renforçant l'identité canadienne »¹⁵²⁰.

873 L'analyse ne consiste plus dès lors à constater le renforcement de la politique canadienne grâce à la *Charte*, mais d'en dénoncer la consolidation aux dépens des provinces, de ne voir la *Charte* que par ce seul objectif. L'analyse de Danielle Pinard est cet égard éloquent :

¹⁵¹⁷ L'article 23 de la *Charte* permet ainsi d'armer les minorités linguistiques sur le plan scolaire afin qu'elles obtiennent un réseau éducatif complet dans leur langue ce qui représente une vision du Canada fondé sur deux communautés linguistiques (francophones et anglophones) et non pas sur deux nations (le Québec et le Canada).

¹⁵¹⁸ Ce qui constitue paradoxalement la condition nécessaire de la survie du français au Canada et donc finalement d'un Canada bilingue au sens où deux langues y sont parlées couramment et durablement.

¹⁵¹⁹ Par exemple Guy Laforest qui estimait que c'était un projet « maladif, vicié, malsain » G. LAFOREST, « La Charte canadienne des droits et libertés au Québec : nationaliste injuste et illégitime », préc., p. 133.

¹⁵²⁰ E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 329.

« Le premier objectif politique de cette charte, avant même une quelconque forme de protection des droits et libertés, a été de renforcer l'unité nationale par la valorisation d'une identité commune, de façon à contrer les forces provinciales centrifuges, et particulièrement le nationalisme québécois. La Charte canadienne devait créer une solidarité nouvelle pour l'ensemble de la population du Canada, rendant chacun et chacune bénéficiaires de droits dits nouveaux et fondés sur l'appartenance à la communauté nationale. Toute distinction provinciale ou régionale devenait ici non pertinente. Le discours d'autonomie provinciale ne pouvait que paraître mesquin face à celui des nobles droits et libertés dont on devenait titulaire, qui ne connaissaient aucune frontière provinciale. Par exemple, les revendications environnementalistes ou féministes fondées sur des droits humains, prétendument universels, avec leur dénonciation de viles revendications autonomistes provinciales, illustrent bien de quelle façon la rhétorique des droits peut discréditer la rhétorique du fédéralisme »¹⁵²¹.

874 Dès lors, la *Charte canadienne* et le fédéralisme ont pu être représentés comme des objectifs politiques contradictoires¹⁵²². En effet dans la mesure où les droits fondamentaux pancanadiens placent sur un pied d'égalité tous les citoyens, quelle que soit leur province et donc leur culture ou leur langue, ils dévalorisent la diversité fédérale. Ceci est d'autant plus remarquable que la *Charte canadienne* favorise une certaine diversité, par exemple le multiculturalisme ou les communautés linguistiques minoritaires officielles, mais « la diversité que permet et valorise la charte canadienne est une diversité "déterritorialisée", c'est-à-dire une diversité qui s'exprime au niveau pancanadien, sans égard aux frontières provinciales »¹⁵²³. Des groupes minoritaires ont pu alors défendre leurs droits constitutionnels grâce à la *Charte* et s'opposer ainsi à la majorité politique de leur province au nom de valeurs pancanadiennes, c'est ce qu'on a pu qualifier de « minoritarisme constitutionnel »¹⁵²⁴.

875 La possibilité pour les individus et en particulier pour les minorités de s'opposer au pouvoir politique, à la majorité, grâce à des droits qui lui sont imposés est dans la logique des droits fondamentaux qui ont précisément cet objectif. Que cette garantie des droits se trouve dans une norme qui n'a pas été édictée par le niveau de gouvernement qui doit s'y plier, contribue au

¹⁵²¹ D. PINARD, « Les Dix Ans de la Charte Canadienne des Droits et Libertés et le Droit Civil Québécois: Quelques Réflexions », *Ottawa L.R.*, vol. 24, 1992, pp. 193-233, spéc. pp. 202-203.

¹⁵²² Voir par exemple T. GROPP, « La garantie des droits et libertés au niveau fédéral et provincial au Canada » dans C. AMIRANTE et C. CASONATO, dir., *The Protection of Fundamental Rights in Europe: Lessons from Canada*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004, pp. 61-80, p. 73. « La charte, se fondant sur une conception universaliste de la citoyenneté, semble faire des droits fondamentaux un lieu où composer avec la différence pour arriver à une identité constitutionnelle commune. Toutefois, elle finit par se heurter à un système fédéral qui s'articule en fonction des systèmes de valeurs respectifs des différentes communautés culturelles ».

¹⁵²³ E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 328.

¹⁵²⁴ L'expression est d'Alan Cairns, voir A. C. CAIRNS, « Constitutional Change and the Three Equalities » dans R. L. Watts et D. M. Brown, dir., *Options for a New Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, pp. 77-100. E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 328.

renforcement des droits et libertés puisque ce que les individus ne pourront obtenir par un niveau de gouvernance, ils tenteront de le trouver ailleurs¹⁵²⁵. La protection internationale des droits de la personne va par exemple en ce sens.

876 Ce qui pose en revanche problème au Canada est d'une part que le Québec n'ait pas consenti à cette norme canadienne, d'autre part que l'on aboutisse à la confrontation de principe entre les arguments relatifs aux droits fondamentaux (ceux des minorités) contre ceux du fédéralisme qui seraient donc ceux de la majorité (au niveau provincial). Autrement dit, certains discours politiques semblent poser une alternative entre les droits fondamentaux et le fédéralisme, à la faveur de l'un ou de l'autre¹⁵²⁶.

877 La doctrine québécoise sensible à l'autonomie provinciale voire à l'indépendance du Québec a donc dénoncé cette instrumentalisation des droits de la personne au service d'un désir d'unité « excessif »¹⁵²⁷, d'autant plus que le Québec avait déjà sa charte de protection des droits. Par conséquent, la *Charte canadienne* a contribué à aggraver les divisions et l'antagonisme entre le Québec et le reste du Canada¹⁵²⁸ parce qu'elle a été perçue comme un frein aux « efforts que le Québec fait pour protéger sa langue et sa culture »¹⁵²⁹. Cette incompréhension s'est manifestée à nouveau au moment de l'Accord du lac Meech qui reconnaissait le Québec comme société distincte. Cela a été très contesté par des groupes utilisateurs de la *Charte* et par le Canada anglais généralement, car selon eux cela aboutissait à une inégalité inacceptable entre les citoyens québécois et les autres Canadiens¹⁵³⁰. Or c'est précisément la recherche d'une protection égale de tous les Canadiens que voulaient assurer les rédacteurs de la *Charte constitutionnelle*¹⁵³¹.

¹⁵²⁵ Cela étant cela soulève d'autres inconvénients, notamment celui de la capacité des acteurs économiques puissants plus à même de faire valoir leurs droits aux prix de contentieux souvent coûteux alors que d'autres acteurs économiquement plus faibles n'auront pas cette capacité financière. Ainsi il y a un risque de multiplier les occasions pour ces derniers de contester les réglementations qui leur imposent des contraintes dans l'intérêt général voir : J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », *R.D. McGill*, vol. 46, 2000, pp. 21-68, spéc. p. 45 et s.

¹⁵²⁶ Sur cette question tant vis-à-vis du Québec que des peuples autochtones de « la Charte versus le fédéralisme » voir J. TULLY, « Le fédéralisme à voies multiples et la Charte » dans A. G. GAGNON, dir., *Québec : État et société. Tome I.*, Montréal, Les Éditions Québec/Amérique, 1994, pp. 125-149.

¹⁵²⁷ E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 327.

¹⁵²⁸ Pour Sujit Choudhry, « the Charter is an integral part of why Canada found itself debating Quebec's status as a nation nearly twenty-five years after it adopted it » en référence aux débats politiques soulevés en 2006 par le politicien Michael Ignatieff proposant d'inclure dans la Constitution le statut national du Québec : S. CHOUDHRY, « Bills of Rights as Instruments of Nation Building », préc., p. 235.

¹⁵²⁹ J. WOEHRLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne », préc., p. 266.

¹⁵³⁰ A. C. CAIRNS, « Constitutional Change and the Three Equalities », préc., p. 78.

¹⁵³¹ Au premier rang desquels Pierre Elliott Trudeau, voir notamment P. E. TRUDEAU, *Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine et Contrôleur de la Papeterie, 1968, 180 p., p. 14 et s. Il y

878 Ainsi on a pu plus généralement dénigrer les revendications provinciales, du Québec en particulier, au nom de la protection des droits et libertés¹⁵³². On aboutit dès lors à un raccourci fallacieux (tel que dénoncé par Danielle Pinard précédemment) qui consiste à penser qu'être en désaccord avec la vision canadienne des droits et libertés revient à être contre les grandes valeurs de l'humanité ou contre la protection des minorités¹⁵³³. Si l'on revient au problème linguistique du Canada, l'argument est d'autant plus erroné et sans nuance que la minorité linguistique officielle du Québec est en réalité la majorité linguistique du Canada. Cela démontre que dans un espace plurijuridique l'opposition entre les minorités et majorités est une question de perspective et que les droits fondamentaux peuvent être au service de la politique englobante selon le type de minorités qu'ils visent à protéger.

B. Une protection communautaire des droits fondamentaux en faveur de l'Union

1. La Charte de l'Union européenne et le renforcement de la politique européenne

879 On pourrait voir *a priori* une contradiction entre la construction d'une entité politique européenne, notamment via la citoyenneté européenne, et les droits fondamentaux aux aspirations

explique que cet objectif ne saurait être atteint par d'autres types d'instruments : « toutes les valeurs fondamentales de la société canadienne, qu'elles soient politiques, juridiques, égalitaires ou linguistiques, pourraient être sauvegardées partout au Canada d'une manière dont la Déclaration des droits de 1960 et toutes autres déclarations de droits pourraient promulguer les provinces ne sauraient assurer ».

¹⁵³² Voir par exemple : T. GROUPI, « La garantie des droits et libertés au niveau fédéral et provincial au Canada », préc., pp. 79-80. « Deux conceptions de la citoyenneté et de la nation sous-tendent ces positions divergentes. Celle du Québec dissimule une vision de type ethnique de l'unité politique que l'on peut rapprocher de la nation de "communauté de destin" dans la ligne des traditions culturelles du passé. Elle se fonde sur l'appartenance à une communauté prépolitique, reposant sur des éléments comme la descendance génétique, des traditions partagées et un langage commun. La requête d'un traitement différencié avancé par le Québec en tant que "société distincte" fait référence à la reconnaissance d'une identité collective de type ethnique qui se concrétise essentiellement dans l'élément linguistique. L'autre parti, en revanche, partage la vision d'un démos canadien qui se reconnaît autour de valeurs communes (en premier lieu des valeurs des droits de l'homme et de la démocratie énumérées par la Charte des droits et libertés) indépendamment de toute identité de type ethnico-culturel. Ces valeurs sont à l'origine d'une seule "citoyenneté", expression de droits individuels égaux ». Ceci étant, être en accord avec la *Charte canadienne* et les droits fondamentaux ne revient pas nécessairement à dénigrer le Québec.

¹⁵³³ Il est vrai que l'expérience américaine montre que l'argument du fédéralisme a pu être utilisé comme prétexte pour justifier une limitation des droits et libertés, cela a été le cas de la part des États du Sud qui pratiquaient la discrimination raciale ou de l'abaissement des garanties en droit criminel au nom de la compétence des États américains : J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », préc., p. 47. Cette méfiance originaire de leur voisin du sud à l'égard des arguments de la défense du fédéralisme a certainement eu un impact sur les Canadiens. Ceci étant, l'inverse n'est pas être en accord avec la *Charte canadienne* et les droits fondamentaux ne signifie pas nécessairement

universalistes alors que la première est une dynamique européocentrée¹⁵³⁴. Il est vrai que la catégorie des destinataires des droits et libertés est plus large et ouverte que celle des droits politiques afférents aux seuls citoyens. Mais en réalité, les premières déclarations de droits et libertés regroupaient déjà ceux propres à la personne humaine et ceux relatifs au lien politique entre un individu et des institutions¹⁵³⁵. Et la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* n'y fait pas exception puisque son titre V reprend les droits politiques du citoyen européen auparavant reconnus par les traités. Ceci tendrait donc à démontrer au contraire que la reconnaissance de droits et libertés aux individus révèle un attachement à un certain modèle européen de société¹⁵³⁶, à des valeurs communes comme l'affirme le préambule de la *Charte*.

- 880 Mettre l'individu au centre de la réflexion européenne en lui accordant des droits définis par le niveau européen va ainsi dans le sens d'une certaine unité, au sens politique et symbolique tout au moins.
- 881 Cela était d'autant plus nécessaire que la construction communautaire était au départ fondée sur l'économie, il fallait donc transformer « l'Europe des marchands » en une « Europe des citoyens »¹⁵³⁷. Ainsi Mireille Delmas-Marty explique que :

¹⁵³⁴ C'est en tout cas la question que pose Claude Blumann dans C. BLUMANN, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », *Liberté, justice et tolérance : mélanges en hommage à G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 265-281.

¹⁵³⁵ La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est à cet égard topique.

¹⁵³⁶ Tout comme la citoyenneté : C. BLUMANN, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », préc., p. 277. Selon l'auteur les droits fondamentaux ont pu même constituer « une valeur refuge sur laquelle les consensus s'avèrent relativement faciles et qui atteignent également l'objectif de sensibilisation du citoyen à la construction européenne » particulièrement à des moments où l'euroscpticisme est prégnant et que la citoyenneté est porteuse d'une « haute densité politique ».

¹⁵³⁷ P. GAÏA, « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC*, 2004, pp. 227-246, spéc. p. 230. Sur la question des « deux Europe » Voir aussi J.-J. SUEUR, « L'évolution du catalogue des droits fondamentaux » dans J. RIDEAU, dir., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 15-57, p. 31 et s.

« L'enjeu de la Charte est moins de définir le contenu de chacun de ces droits, dont la portée est en partie l'usage qui en sera fait, que de marquer au niveau régional les choix des valeurs qui conditionnent la construction d'un ordre juridique. Insérée dans un cadre juridique contraignant, la Charte dessinerait en effet, eu lieu d'un simple "espace normatif" de libre échange caractérisé par un marché sans frontière intérieure, un véritable "ordre juridique" entre deux pôles du marché et des droits de l'homme (...) »¹⁵³⁸.

882 En outre, il fallait sans doute que l'Union démontre aussi sa capacité à compenser par un volet social, notamment via des droits sociaux, le libéralisme économique qu'elle promeut, même si cette vision est loin de faire l'unanimité¹⁵³⁹.

883 Quand bien même les valeurs affirmées ne montrent qu'assez peu de spécificités propres à l'Europe¹⁵⁴⁰, leurs affirmations et protections contiennent les germes d'un sentiment d'appartenance à l'entité politique, sans doute inachevée, qu'est l'Union européenne. La vocation universelle des droits et libertés, réelle ou supposée¹⁵⁴¹, n'entache pas nécessairement ce lien, car il n'est pas certain qu'il se construise tant comme une opposition vis-à-vis de l'extérieur (du « non européen ») que tout simplement par un accord sur les qualités fondamentales des libertés proclamées. Au contraire, comme l'explique Erik Fossum, l'attachement à ces droits fondés sur des valeurs est d'autant plus fort que les principes ont une vocation universelle, ce qui crée un lien quasi affectif ou émotionnel, même si ces principes sont intégrés dans un contexte particulier¹⁵⁴². De plus, ces valeurs humaines donnent sans doute une perspective d'avenir sans doute plus enthousiasmante pour les citoyens que la simple intégration économique.

884 Au minimum, la garantie des droits individuels, et *a fortiori* une charte lisible et contraignante, constitue en effet un instrument au service d'une légitimité morale et politique de l'Union

¹⁵³⁸ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, Paris, Seuil, 2006, La couleur des idées, 303 p., p. 263.

¹⁵³⁹ Pour une critique fondée sur le faible apport juridique de la Charte par rapport aux instruments préexistants (la Charte étant « un leurre juridique, n'ayant d'autre fonction que de conférer un supplément d'âme symbolique à une réalité qui en manque cruellement ») et sur des droits sociaux européens qui constitueraient des régressions tant ils seraient mal protégés voir : S. REGOURD, « Constitution européenne et modèle social européen : analyse juridique d'une imposture politique », *La Pensée : revue du rationalisme moderne (art, science, philosophie)*, vol. 341, 2005, pp. 125-137, spéc. p. 130 et s.

¹⁵⁴⁰ Sur ce sujet voir C. LEBEN, « Y a-t-il une approche européenne des Droits de l'homme ? » dans P. ALSTON, M. R. BUSTELO et J. HEENAN, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Buxelles, Bruylant, 2001, pp. 71-98.

¹⁵⁴¹ Sur la question d'une approche particulièrement européenne des droits et libertés et le lien avec la dimension universelle, voir *ibid.*

¹⁵⁴² J. E. FOSSUM, « The European Charter. Between Deep Diversity and Constitutional Patriotism? », en ligne: *ARENA Working Papers*, vol.5/03, 2003, <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2003/wp03_5.pdf> p. 4 et s.

européenne¹⁵⁴³. Les conséquences de cet accroissement de la légitimité de la politique européenne sont en revanche moins évidentes. On peut alors se demander si la *Charte* ou plus généralement la garantie des droits au niveau communautaire ne va pas vers un renforcement de la fédéralisation, de la constitutionnalisation ou de l'étatisation de l'Union européenne. Quelle que soit la terminologie employée, *in fine* la constitutionnalisation a attiré les faveurs de beaucoup d'auteurs¹⁵⁴⁴, mais la nature de cette consolidation politique de l'Union par la *Charte* doit être analysée avec prudence et nuances.

885 Ainsi, Erik Fossum a montré que la *Charte européenne* allait dans le sens d'un « patriotisme constitutionnel »¹⁵⁴⁵, même si elle ne pouvait en être le seul élément¹⁵⁴⁶. Il démontre aussi que la

¹⁵⁴³ En ce sens, voir notamment G. D. BÚRCA et J. B. ASCHENBRENNER, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 9, 2002-2003, pp. 355-382, spéc. p. 368 et s. Voir aussi C. ENGEL, « The European Charter of Fundamental Rights (A changed Political Opportunity structure and its Normative Consequences) », *ELJ*, vol. 7, 2001, pp. 151-170, spéc. p. 160. La décision du Conseil européen de Cologne de 1999 l'exprime d'ailleurs clairement : « Le respect des droits fondamentaux est l'un des principes fondateurs de l'Union européenne et la condition indispensable de sa légitimité ». Dans le même sens, Édouard Dubout estime qu'« à un moment où l'Union européenne ne trouve plus de légitimité suffisante dans la construction d'un espace économique garant d'une certaine stabilité et prospérité, elle cherche ailleurs des ressorts de justification de son existence. Offrir un degré supplémentaire et original de protection des droits fondamentaux lui permet d'apparaître comme l'émanation d'une véritable société » : É. DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles » dans E. NEFRAMI, dir., *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 369-411, p. 410.

¹⁵⁴⁴ Ignolf Pernice s'est ainsi demandé s'il pouvait exister un argument plus convaincant en faveur de la nature constitutionnelle d'un traité qu'une garantie des droits fondamentaux protégeant les citoyens contre les institutions et leurs actions fondées sur ce traité même. I. PERNICE, « The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights » dans S. GRILLER et J. ZILLER, dir., *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, New York, Springer Wien, 2008, pp. 235-246, p. 252. « Could there exist a more compelling argument for the constitutional character of a treaty than the guarantee of fundamental rights protecting the citizens against the institutions and their actions based on that treaty? »

¹⁵⁴⁵ D'autres auteurs ont aussi eu recours à ce concept de J. Habermas transféré au cas européen : I. PERNICE et R. KANITZ, « Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe », *WHI-Paper Walter Hallstein-Institut*, vol. march, 2004, pp. 1-20, spéc. p. 6. Voir aussi sur cette question : J.-C. BARBATO, *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 599 p., pp. 415 et s.

¹⁵⁴⁶ La référence à la solidarité sociale ou l'inclusion de la *Charte* dans le droit primaire sont ainsi des éléments de ce patriotisme constitutionnel : J. E. FOSSUM, « The European Charter », préc., p. 8 et s. Le patriotisme constitutionnel est fondé sur des droits universels baignant dans une « communauté juridique particulière ». *Ibid.*, p. 4. Pour simplifier, il nécessite non seulement des droits fondamentaux, mais aussi des institutions démocratiques et leur formalisation en norme suprême.

Charte contient aussi des éléments propres à une « diversité profonde »¹⁵⁴⁷, ce qui renvoie bien au paradoxe que nous avons identifié¹⁵⁴⁸.

886 La *Charte* a potentiellement une « fonction intégrationniste »¹⁵⁴⁹ dans la mesure où elle identifie les valeurs fondamentales de l'Europe qui pourraient constituer le fondement d'une identité européenne transcendant celle des États. Elle peut en théorie¹⁵⁵⁰ tracer le chemin d'un rapprochement, d'une plus grande identification des citoyens avec l'espace politique que constitue l'Union¹⁵⁵¹. Cependant, ces suppositions peuvent être démenties dans la mesure où les droits et libertés peuvent être envisagés comme le simple reflet d'une identité politique préexistante et non les créateurs de celle-ci¹⁵⁵². En tous les cas, les droits et libertés désormais « enchâtrés » ne sauraient à eux seuls donner un plus grand poids politique à l'Union, le déficit démocratique européen reste à cet égard toujours un grand défi à relever.

887 Enfin, l'élaboration et la proclamation de la *Charte* ont pu être analysées comme une invitation à s'engager dans la rédaction d'une véritable Constitution, un signal pour le « moment constitutionnel » de l'Union durant lequel son identité constitutionnelle pourrait être définie ou redéfinie¹⁵⁵³. La *Charte* a en effet été un prélude à la constitutionnalisation formelle de l'Union¹⁵⁵⁴, bien que cette dernière fût finalement un échec. Comme nous l'avons expliqué, le processus et la terminologie utilisés pour rédiger la *Charte* avaient une certaine connotation

¹⁵⁴⁷ Il souligne entre autres les références à une forme de diversité tout au long de la *Charte*, notamment dans le préambule, mais aussi que si la *Charte* n'était qu'une des sources des droits fondamentaux cela démontrerait un patriotisme constitutionnel inabouti. *Ibid.*

¹⁵⁴⁸ De la même manière, on a pu montrer que si la *Charte* a contribué à fonder une unité du droit et à la construction d'une identité européenne, elle pouvait être totalement compatible avec un système constitutionnel composite » *European multilevel constitution* : I. PERNICE et R. KANITZ, « Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe », préc.

¹⁵⁴⁹ C. McCRUDDEN, « The Future of the EU Charter of Fundamental Rights », en ligne: 2002, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299639> p. 21. On a pu aussi parler d'« effet intégrationniste » de la Charte : C. ENGEL, « The European Charter of Fundamental Rights », préc., p. 154.

¹⁵⁵⁰ En pratique, il est certainement trop tôt pour dresser le bilan de l'attachement des citoyens envers la *Charte* et par extension envers l'Union, puisque les trois années depuis son entrée en vigueur ne permettent pas un recul suffisant, et qu'une Charte non justiciable ne saurait avoir les mêmes implications.

¹⁵⁵¹ Ce qui pourrait en outre contribuer à l'émergence d'une société civile européenne active : G. D. BÚRCA et J. B. ASCHENBRENNER, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights », préc., p. 369.

¹⁵⁵² C. McCRUDDEN, « The Future of the EU Charter of Fundamental Rights », préc., p. 22.

¹⁵⁵³ A. J. MENÉNDEZ, « Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union », en ligne: ARENA Working Papers, vol.13/01, 2001, <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/working-papers2001/01_13.xml> p. 22.

¹⁵⁵⁴ K. LENAERTS, « A "Bill of Rights" for the European Union », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 273-300, spéc. p. 298.

constitutionnelle¹⁵⁵⁵ qui allait inspirer la Convention Giscard d'Estaing en vue d'établir une constitution pour l'Europe. Le rejet de la constitutionnalisation de la *Charte*, qui donnait sans doute un signal trop fort en faveur de la construction d'un super État européen¹⁵⁵⁶, allait d'ailleurs engendrer certaines difficultés politiques, et aura un impact sur son destin juridique, notamment son externalisation formelle.

888 La protection des droits fondamentaux *a fortiori* par une charte formelle, contribue donc au renforcement de la politique européenne. C'est en réalité assez paradoxal que de constater qu'une consolidation politique d'un pouvoir naisse d'une limitation juridique de celui-ci. La soumission aux droits de la personne des institutions communautaires leur permet de s'auréoler d'une légitimité politique déjà explorée dans le droit constitutionnel moderne par le concept d'État de droit.

889 Ainsi, la doctrine et la Cour elle-même¹⁵⁵⁷ ont transposé le concept de l'État de droit à celui de la Communauté, puis de l'Union en qualifiant la politique supranationale de « Communauté de droit » puis d'« Union de droit ». Brièvement, le concept d'État de droit consiste à assurer la prééminence du droit sur la politique afin de limiter et encadrer la puissance étatique (c'est « la règle du droit » comme on pourrait traduire littéralement la « *rule of law* »). Il trouve sa véritable garantie dans la hiérarchisation des normes et surtout dans la justiciabilité des actes juridiques de l'État¹⁵⁵⁸. Cette incorporation au niveau communautaire de l'État de droit est doublement intéressante quant à notre propos.

890 D'abord, la reconnaissance des droits fondamentaux communautaire participe assurément à la construction d'une Communauté de droit¹⁵⁵⁹ dans la mesure où ils constituent le fondement de

¹⁵⁵⁵ Une telle connotation a pu faire l'objet de critiques doctrinales, par exemple Stéphanie Henneville-Vauchez qualifie la *Charte* de « tentative un peu pathétique de recouvrir les artefacts juridiques communautaires d'une patine semblable à celle dont sont revêtues les constitutions des États membres, » S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et politique dans la détermination des contours de l'office du juge » dans J.-C. MASCLET, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, 2010, pp. 775-794, p. 784.

¹⁵⁵⁶ K. LENAERTS, « A "Bill of Rights" for the European Union », préc., p. 299.

¹⁵⁵⁷ Ainsi « la Communauté économique européenne est une Communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la Charte constitutionnelle de base qu'est le traité » : § 23, CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339.

¹⁵⁵⁸ D. SIMON, « La Communauté de droit » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 85 et s., p. 91 et s.

¹⁵⁵⁹ Pour une opinion contraire voir É. DEAL, *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires – La Cour de justice face à la Communauté de droit*, thèse de doctorat en droit, Aix-Marseille III Université de droit, d'économie et des sciences, 2006, 604 p. p. 162 et s. Il est vrai que la Communauté de droit n'a pas été conditionnée

limitations et d'encadrements importants du pouvoir communautaire. Le glissement terminologique des droits de l'homme aux droits fondamentaux démontre aussi l'importance accrue du critère formel, hiérarchique, des droits fondamentaux comme norme supérieure de l'ordre juridique communautaire. Pour Denys Simon, ces droits sont protégés en raison de leur appartenance, en tant que principes généraux de droit, aux règles inhérentes de la Communauté de droit : « en ce sens la Communauté de droit n'est que l'autre nom de la spécificité du système communautaire de garantie des droits fondamentaux »¹⁵⁶⁰.

891 De plus, la transposition d'un tel concept issue de la théorie de l'État et du normativisme à une entité supranationale conduit, comme l'explique Denys Simon, à :

892 « se demander si l'emprunt du concept d'État de droit à la théorie de l'État, en vue de le transmuter en concept de Communauté de droit, n'est pas exempt d'une tentation, sans doute plus inconsciente que délibérée, de crédibiliser l'idée d'un statut pré-étatique de la construction constitutionnelle communautaire »¹⁵⁶¹.

893 C'est aussi grâce au paradigme de l'État de droit que la Cour de justice européenne a pu assumer un rôle de protecteur des droits fondamentaux, car « c'est bien précisément l'office renouvelé du juge que de protéger le droit contre le politique »¹⁵⁶².

894 Finalement, si les droits et libertés communautaires sont au départ une limite au pouvoir européen, ils contribuent à son renforcement par la légitimité qu'ils apportent. Ils apportent une certaine « qualité » à ce pouvoir : il devient grâce à eux démocratique, libéral, humaniste, social, etc. En mettant au centre de sa puissance normative certaines valeurs communes, il se rapproche des sujets de droit et consolide un peu sa raison d'être.

895 Ceci est sans doute vrai pour tous les types de pouvoirs, mais dans un espace plurijuridique, dans lequel il existe plusieurs pouvoirs normatifs, la question est alors de savoir si ce renforcement d'un pouvoir grâce aux droits fondamentaux se fait aux dépens des autres. Autrement dit les États

par la protection des droits fondamentaux (et inversement) et les deux concepts ne participant pas d'un mouvement unique. Pour l'auteur « la Communauté de droit n'implique pas explicitement la protection des droits fondamentaux, si ce n'est le droit au recours en tant qu'il participe à l'effectivité du second caractère de toute "structure de droit", la garantie des normes », même si les deux convergeront plus tard avec l'avènement de l'Union européenne : p. 165 et S.

¹⁵⁶⁰ D. SIMON, « La Communauté de droit », préc., p. 104.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 97.

¹⁵⁶² S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Les droits fondamentaux à Luxembourg », préc., p. 782.

membres auraient-ils perdu ce que l'Europe aurait gagné, comme par un jeu de vase communicant ? Pas nécessairement.

896 D'une part, les politologues ont pu en effet démontrer qu'il était parfaitement possible d'avoir un double sentiment d'allégeance, de se sentir citoyen à l'égard de deux entités superposées, en particulier dans le cadre du fédéralisme. Par analogie, on peut donc imaginer que l'individu soit tout aussi satisfait et reconnaissant, de se voir garantir des droits au niveau national qu'europeens. Si bien qu'il n'a pas tellement de raison d'abandonner l'un au profit de l'autre.

897 De plus, reconnaître une qualité à un pouvoir ne signifie pas augmenter ce pouvoir, mais admettre qu'il est « juste », valablement fondé, que sa raison d'être est acceptable. Bref une augmentation de la légitimité ne signifie pas en soi un pouvoir plus grand, dans le sens où il n'entraîne pas consubstantiellement de nouvelles capacités normatives¹⁵⁶³. Pour cela il faudra une mobilisation politique ultérieure qui dépend de bien des facteurs, en dans l'Union européenne en particulier de la volonté des États. Ce qui est en revanche indéniable c'est que la protection des droits individuels peut être une condition exigée par les États pour l'octroi de nouvelles compétences européennes. On a pu ainsi affirmer que l'adoption de la *Charte* avait été une contrepartie exigée en vue du transfert à l'Union les compétences relatives à l'ancien IIIe pilier sur l'espace de liberté, sécurité et justice¹⁵⁶⁴.

898 Finalement si l'Union européenne ne peut sortir que grandie de la protection des droits fondamentaux et leur lisibilité à la faveur d'une charte contraignante, il est prématuré à ce stade d'en déduire une diminution corrélative de la « grandeur » des États. En revanche, il est certain que des controverses ont émergé quant au risque d'instrumentalisation de la protection des droits fondamentaux. Ce qui explique en partie l'attitude pour le moins originale des États à l'égard de cette protection communautaire.

2. La méfiance réciproque entre les niveaux de protection

899 Avant même la reconnaissance des droits fondamentaux par les États en tant que maîtres des traités, ils ont joué un rôle assez paradoxal dans leur éclosion jurisprudentielle. En effet, l'émergence des droits et libertés communautaire démontre que la menace pesant à l'égard de la

¹⁵⁶³ Il est toutefois possible qu'une augmentation de la légitimité d'un pouvoir conduise à le consolider sur le plan de son effectivité.

¹⁵⁶⁴ I. PERNICE, « The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights », préc., p. 236 et s. En particulier lorsqu'il a fallu dépasser la simple coopération intergouvernementale pour entrer dans la « méthode communautaire » plus intégrée.

primauté communautaire a pu se faire sentir sur la Cour de justice, qui s'est résolue à garantir les droits fondamentaux communautaires dès les années 1970. À ce moment-là, tant la préservation de l'autonomie supranationale européenne que la protection des droits et libertés individuels semblent donc assurées grâce aux principes généraux de droit. Pourtant certains États, et plus particulièrement leurs juridictions, attendront de la Cour de justice qu'elle fasse ses preuves dans la mise en œuvre de cette protection des libertés afin de lever leur méfiance initiale et la menace correspondante de faire primer les droits fondamentaux constitutionnels.

900 Ce sont les célèbres affaires « *Solange* » de la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui permettent le mieux de comprendre cette évolution. Elles illustrent à quel point le récit normatif de la Cour de justice ne peut se comprendre qu'à l'aune des récits jurisprudentiels nationaux, constitutionnels en particulier, et à quel point la protection des droits et libertés en Europe est ontologiquement, presque « constitutionnellement », l'objet de « tractations » entre les différents niveaux du plurijuridisme.

901 La juridiction constitutionnelle allemande a dès 1974¹⁵⁶⁵ posé un certain nombre de conditions à l'intégration communautaire, qui peuvent être levées postérieurement : c'est le départ des principes « *Solange* », c'est-à-dire de l'allemand « du moment que »¹⁵⁶⁶. Or, la réserve constitutionnelle allemande porte en premier lieu sur le respect de la structure fondamentale de la Constitution sur laquelle repose son identité, notamment les droits fondamentaux de la *Loi fondamentale* allemande. Cette réserve s'appliquera *tant que* ces principes ne seront pas assurés par la Communauté encore en développement. Les juges allemands demandent notamment une charte des droits équivalente à celle de sa constitution.

902 Plus tard, dans la décision dite *Solange II* en 1986¹⁵⁶⁷, la Cour de Karlsruhe reconnaît un niveau équivalent pour l'essentiel de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire avec celui offert par la *Loi fondamentale* tant par sa conception, son contenu que ses effets. Elle en tire pour conséquence l'arrêt du contrôle juridictionnel et administratif en Allemagne du droit dérivé communautaire tant que (« *Solange* ») cette protection de la Communauté européenne et

¹⁵⁶⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 « *Solange I* ».

¹⁵⁶⁶ Voir D. HANF, « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne - L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la Cour constitutionnelle fédérale », *CDE*, vol. 45, 2011, pp. 639-710. D. DITPERT, « La Cour constitutionnelle allemande et le traité de Lisbonne », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 847 - 859.

¹⁵⁶⁷ Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339 II, « *Solange II* ».

de sa Cour de justice sera efficace¹⁵⁶⁸. Elle accepte ainsi une protection de type jurisprudentiel et abandonne l'exigence de codification. Cette acceptation conditionnelle est d'ailleurs rappelée en 2009 dans sa décision sur le *Traité de Lisbonne*¹⁵⁶⁹.

903 Semblablement, les juridictions italiennes, la Cour constitutionnelle italienne en tête, ont levé leur suspicion originelle¹⁵⁷⁰ à l'égard de la primauté communautaire tout en se réservant le droit d'y revenir, si une interprétation aberrante du droit communautaire venait à méconnaître les « principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel italien et [les] droits inaliénables de la personne humaine »¹⁵⁷¹. La Cour italienne se réconcilie donc avec la Cour de justice et prend acte de la condamnation prononcée dans *Simmenthal*¹⁵⁷², tout en posant une forte limite symbolique à la primauté au nom du respect des droits fondamentaux individuels.

904 Ces très illustres jurisprudences allemandes et italiennes participent assurément aux récits normatifs nationaux sur le plurijuridisme européen¹⁵⁷³. En outre, elles sont généralement considérées comme les déclencheurs de la protection communautaire des droits fondamentaux par la Cour de justice bien que l'arrêt de principe *Handelgesellschaft* les précède chronologiquement¹⁵⁷⁴. Elles démontrent l'ambivalence de certains États¹⁵⁷⁵ vis-à-vis de la

¹⁵⁶⁸ On a pu ainsi noter le paradoxe de cette finale acceptation de la suprématie européenne : « On the one hand, the ECJ needed to adopt human rights in order to legitimate its claim for supremacy. Without the rights-based challenge of the German administrative and constitutional courts, the ECJ would not have been pressed to introduce, and increasingly strengthen its commitment to, human rights review. On the other hand, the legal and political commitments of the EC institutions to human rights made it difficult for the FCC not to accept human rights protection in the EC as adequate and equivalent. » F. SCHIMMELFENNIG, « Competition and Community: Constitutional courts, Rhetorical action, and the Institutionalization of Human Rights in the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 13, 2006, pp. 1247-1264, spéc. p. 1257.

¹⁵⁶⁹ § 191 « La Cour constitutionnelle fédérale n'exerce plus sa juridiction à l'égard de l'applicabilité du droit dérivé de l'Union et d'autres actions de l'Union européenne qui servent de fondement juridique à l'action de la part des services administratifs et des tribunaux allemands dans le champ d'exercices de la puissance étatique de la République fédérale d'Allemagne uniquement tant que l'Union européenne assure une protection des droits fondamentaux dont le contenu et l'efficacité sont essentiellement équivalents à la protection des droits fondamentaux considérée comme impérative par la Loi fondamentale ».

¹⁵⁷⁰ L'Italie a en effet une forte tradition dualiste, ce qui explique pourquoi en 1973, la Cour constitutionnelle italienne refuse une primauté communautaire qui puisse « de quelque manière, comporter, pour les institutions de la CEE un pouvoir inadmissible de violer les principes fondamentaux de notre ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine » : Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, arrêt n° 183, *Frontini et Pozzani*, Il Foro Italiano 1974, I, p. 31.

¹⁵⁷¹ Cour constitutionnelle italienne, 8 juin 1984, arrêt n° 170, *Granital contre Amministrazione delle finanze*, *Giurisprudenza costituzionale*, Foro Italiano 1984, I, p. 2063, note d'A. Tizzano.

¹⁵⁷² *Simmenthal*, préc.

¹⁵⁷³ Voir supra § 663 et s.

¹⁵⁷⁴ Sur ce point, voir B.-O. BRYDE, « The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence - a Milestone in Transnational Constitutionalism » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 119-130, p. 120 et s. L'auteur démontre toutefois que les enjeux relatifs et la primauté et la protection des droits et

primauté du droit communautaire lorsqu'il s'agit de valeurs fondamentales telles que les droits et libertés individuels. En effet, leur méfiance semble concerner en premier lieu la capacité de l'ancienne Communauté et sa Cour à protéger efficacement les droits dans un véritable souci de la liberté et de la dignité individuelles. Mais derrière cette préoccupation, on peut lire une réticence à se voir déposséder du monopole de la garantie des droits fondamentaux. Car, si l'objection relative à l'effectivité de la protection par la Cour de Luxembourg a pu être levée à la lumière des évolutions jurisprudentielles, ce n'est pas pour autant un blanc-seing. Les juges nationaux ont accordé une confiance très relative à la Cour de justice puisqu'ils ont émis des réserves, des « contre-limites », à l'acceptation de la primauté européenne en matière de droits et libertés. Ces limites constitutionnelles ont d'ailleurs fait des émules parmi les autres juridictions nationales¹⁵⁷⁶.

905 Mais si l'on peut interpréter l'attitude des juridictions nationales comme étant intéressée davantage par la conservation d'un certain pouvoir plutôt que par des considérations humanistes, la même démonstration peut concerner la Cour de justice. On peut ainsi avoir une lecture de l'avènement des droits fondamentaux comme une véritable compétition entre les cours pour protéger leur sphère de compétence des empiètements des autres, quitte à utiliser le raisonnement juridique à des fins stratégiques, en vue de promouvoir leur autonomie normative¹⁵⁷⁷.

906 Les critiques se sont ainsi portées sur l'utilisation initialement « défensive » des droits fondamentaux par la Cour de justice qui entendait uniquement préserver la primauté communautaire sans « prendre les droits au sérieux »¹⁵⁷⁸. La Cour aurait été initialement forcée par l'extérieur, les juridictions allemandes et italiennes, à protéger les droits individuels, mais elle aurait ensuite profité de cette nouvelle compétence pour une utilisation « offensive » des droits en contrôlant l'action des États membres dans l'objectif d'accroître l'intégration européenne¹⁵⁷⁹.

libertés existaient avant leur formulation nette par les juges italiens et allemands, comme nous l'avons montré en supra, § 775 et s.

¹⁵⁷⁵ D'autres États comme le Luxembourg ou la Belgique n'ont pas posé tant de problèmes quant à la primauté communautaire : voir Cour supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg (cassation), 14 juillet 1964, *Chambre des Métiers contre Pagani et M.P* et Cour de cassation belge, 27 mai 1971, *État belge contre SA « Fromagerie Franco-Suisse Le Ski »*, *Pasicrisie belge*, 1971, I, p. 886.

¹⁵⁷⁶ Nous reviendrons sur ces jurisprudences nationales conflictuelles avec l'ordre juridique européen dans la partie 3.

¹⁵⁷⁷ En ce sens, voir : F. SCHIMMELFENNIG, « Competition and Community », préc.

¹⁵⁷⁸ J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *CML Rev.*, vol. 29, 1992, pp. 669-692. On reconnaîtra la référence à l'œuvre de Dworkin.

¹⁵⁷⁹ *Ibid.*

Autrement dit, l'activisme judiciaire de la Cour de justice se retournerait (encore) contre les États, puisque les libertés, dont les dimensions économiques tendraient à prévaloir, s'imposent désormais à eux¹⁵⁸⁰.

907 En réponse à cette protection prétorienne des droits fondamentaux qui serait purement instrumentale et stratégique, la doctrine¹⁵⁸¹ a souvent loué la protection effective des droits individuels par la Cour¹⁵⁸² et plaidé pour une réalité plus complexe¹⁵⁸³, tout en ne se privant pas de critiquer la jurisprudence européenne. Mais l'essentiel des critiques s'est en réalité concentré, non pas sur la naissance ou l'existence de cette protection, mais sur son champ d'application, les voies d'accès à la Cour de justice par les individus ou sur les équilibres jurisprudentiels quant à l'examen substantiel des droits. Autant d'aspects que nous examinerons en détail plus tard.

908 Constatons pour le moment que l'avènement des droits fondamentaux au niveau communautaire s'insère dans des problématiques propres au plurijuridisme : dans la mesure où l'on suspecte qu'ils servent la politique européenne quant à la dimension politique et qu'ils renforcent l'autonomie normative européenne en sauvegardant sa primauté et en étendant son emprise à l'égard des États, alors même que ces derniers en sont à l'origine.

909 Pour conclure, tant en Europe qu'au Canada la protection des droits fondamentaux par le niveau global a soulevé des défis d'ordre politique et dogmatique sur le plurijuridisme. Si la critique relativiste la plus radicale de la part d'une minorité de défenseurs des traditions des peuples autochtones du Canada peut être levée sans trop de difficulté en se fondant sur la fonction des droits fondamentaux, en revanche celle portant sur l'instrumentalisation de ces droits au profit de l'entité englobante pose des problèmes plus sérieux quant au plurijuridisme.

¹⁵⁸⁰ « Les Principes généraux du droit seraient ainsi un autre moyen pour le juge d'affirmer l'autonomie du droit communautaire et de le faire accepter aux États membres, un outil de plus afin de permettre l'achèvement du marché intérieur en somme, en imposant des normes communautaires dans un domaine qui constitue l'épine dorsale des droits constitutionnels nationaux, les incitant à la convergence » : R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p., pp. 115-116.

¹⁵⁸¹ Au premier rang desquels la célèbre réponse de Joseph H. Weiler et Nicolas Lockhart : J. H. H. WEILER et N. J. LOCKHART, « Taking Rights Seriously Seriously - the European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence .1. », *CML Rev.*, vol. 32, 1995, pp. 51-94.

¹⁵⁸² Au contraire, pour une remise en question récente de cette approche « normalisée » des droits fondamentaux communautaires à la faveur d'une analyse démontrant leur instrumentalisation voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Les droits fondamentaux à Luxembourg », préc.

¹⁵⁸³ Ainsi à l'instar de F. Schimmelfennig, on peut douter d'une véritable planification de la part de la Cour sur cette question. Il résume l'apparition des droits et libertés au niveau communautaire : « In sum, the institutionalization of human rights in the EU was the unintended outcome of judicial competition in the liberal international community of Europe rather than the result of a conscious and planned 'federalist' process of constitution-making », F. SCHIMMELFENNIG, « Competition and Community », préc., p. 1262.

910 En effet, aussi bien le Canada que l'Union européenne ont pu profiter d'un impact politique du fait de cette protection globale et dans les deux cas tant les valeurs réputées universelles que celles spécifiques à leur politique ont pu militer dans ce sens. Le paradoxe de ce renforcement alors que les droits fondamentaux visent précisément à limiter un pouvoir grâce à un instrument au plus haut niveau normatif, s'explique par la nature politique, de l'ordre du discours, de cette consolidation. Car le problème n'est pas tant d'augmenter la capacité normative d'une entité politique que d'ancrer son pouvoir dans une légitimité fondée sur des valeurs humaines. Cela explique à la fois que l'effet soit différent entre l'Europe et le Canada, mais aussi que dans les deux cas on puisse observer sur le plan des principes une contradiction entre une organisation plurijuridique et les droits et libertés, ou une compétition entre les différents pouvoirs pour s'auréoler de cette légitimité humaniste¹⁵⁸⁴.

911 Ainsi en Europe, si la consolidation de la politique européenne est indéniable, on peut douter qu'elle ait pour but ou pour conséquence de saper la crédibilité des États comme entité politique autonome et légitime quant à ses valeurs. Les droits fondamentaux communautaires sont allés dans le sens de l'entité de l'espace plurijuridique qui manquait le plus de légitimité et d'autonomie, l'Union européenne. À l'inverse au Canada ils ont été vécus comme des instruments de décrédibilisation des provinces et une manière de contrer les revendications d'autonomies au profit de l'entité globale qui apparaissait déjà dotée d'une puissante légitimité et de forts pouvoirs.

912 Ainsi au Canada, les droits fondamentaux sont apparus politiquement comme des instruments allant à l'encontre du fédéralisme (et inversement), alors qu'en Europe cet argument n'a pas eu le même écho¹⁵⁸⁵. Pour autant en Europe, la compétition politique entre les niveaux de gouvernance est tout aussi palpable, mais elle s'est davantage manifestée par une lutte pour conserver ou au contraire accaparer le contentieux des droits fondamentaux. Cette lutte ayant davantage été menée par des juridictions et donc sur un terrain beaucoup plus juridique, c'est la doctrine qui a pu l'interpréter comme ayant des objectifs politiques. Au final, dans les deux espaces plurijuridiques étudiés, on a pu dénoncer ou craindre une instrumentalisation politique des droits

¹⁵⁸⁴ Sujit Choudhry évoque à propos du Canada « a context in which the existence of competing nationalisms makes the dominant question of politics the conflict between competing national narratives » S. CHOUDHRY, « Bills of Rights as Instruments of Nation Building », préc., p. 247.

¹⁵⁸⁵ On peut à la limite avancer le contraire puisque l'étatisation sous-jacente que permet la mise en place d'une Union de droit grâce aux droits fondamentaux pourrait militer en faveur d'une fédéralisation de l'Union européenne.

fondamentaux au profit d'une entité du plurijuridisme. La question de savoir si juridiquement ce dernier s'en est trouvé structurellement modifié en est une autre.

Section 2. Les défis juridiques de l'homogénéisation : des droits fondamentaux centralisateurs ou uniformisateurs ?

- 913 Les droits fondamentaux consacrés au niveau englobant ont clairement été identifiés comme des dangers potentiels pour la diversité. Reste à savoir si sur le plan plus strictement juridique il est possible *a priori* de dégager la même tendance, soit par la centralisation (I) soit par l'uniformisation (II).

I. Centralisation et droits fondamentaux : une équivoque terminologique pour des effets contenus

- 914 Dans un système de gouvernance à plusieurs niveaux, deux dynamiques convergent vers une plus grande unité, la centralisation d'une part et l'uniformisation d'autre part. Il s'agit dans les deux cas d'une homogénéisation, dont il faudra éclairer les différences, car elles ont pu faire l'objet de confusion.

A. L'ambivalence des termes

- 915 L'homogénéisation peut être qualifiée de dynamique normative qui se produit dans un système plurijuridique, où existe une diversité juridique alimentée par les différents espaces dotés d'autonomie, qui aboutit à une unification, à une identité de normes là où au départ il y avait pluralité.
- 916 Elle peut découler de la centralisation quand un pouvoir central décide de mettre en œuvre un régime juridique unique dans un domaine particulier sur l'ensemble du territoire sur lequel il est compétent alors qu'il existait une diversité des régimes avant l'instauration de la mesure. Le mouvement vers l'unité s'opère en raison d'un transfert de pouvoirs décisionnels qui implique une norme unique par le ou les organes centraux (à moins qu'ils ne décident de renvoyer aux normes locales et donc de conserver un certain degré de diversité). En ce qui concerne les droits fondamentaux, la centralisation implique d'attribuer aux organes centraux une compétence de protection des droits et libertés.

- 917 En revanche, l'uniformisation est une homogénéisation qui découle de l'imposition de valeurs uniformes par les tribunaux lorsqu'ils contrôlent le respect des droits fondamentaux par les organes politiques.
- 918 On pourrait rétorquer que dans la mesure où les juridictions chargées de contrôler les droits et libertés sont avant tout des organes centraux¹⁵⁸⁶, on pourrait qualifier de centralisation l'attribution de la compétence de protection des droits de la personne à la Cour suprême du Canada¹⁵⁸⁷ d'une part et à la Cour de justice européenne d'autre part¹⁵⁸⁸.
- 919 L'argument est recevable, mais il nous semble utile de conserver la distinction entre les deux dynamiques, centralisation et uniformisation. En effet, cette nuance renvoie à la séparation horizontale des pouvoirs entre les organes politiques d'une part et les organes juridictionnels d'autre part. Dès lors, elle implique des différences quant à la forme de l'homogénéisation, puisque les organes politiques sont en mesure d'édicter des régimes juridiques encadrant et sauvegardant les droits et libertés alors que les juridictions sanctionnent le non-respect de ces droits par ces derniers. Autrement dit, les juges n'ayant, pour résumer, que la gomme et les politiques le crayon¹⁵⁸⁹, qu'une « faculté d'empêcher » et non pas une « faculté de statuer »¹⁵⁹⁰, la marge de manœuvre décisionnelle entre les deux organes est très différente et par conséquent les dynamiques également.

¹⁵⁸⁶ Nous verrons qu'effectivement, de bien des points de vue, organique notamment, ces juridictions sont des organes fédéral ou communautaire, voir infra § 1179 et s.

¹⁵⁸⁷ En ce sens, voir notamment : E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 329; G. OTIS, « La justice constitutionnelle au Canada à l'approche de l'an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit? », *Revue de Droit d'Ottawa*, vol. 27, 1995-1996, pp. 261-279, spéc. p. 274. Peter W. Hogg a une approche qui se rapprocherait davantage de celle que nous proposons lorsqu'il explique « It is sometimes said that the bill of right is a centralizing force in a federal state. This is not true in any obvious sense. The Charter of Rights did not confer any additional powers on the federal Parliament. (...) But the Charter is a centralizing force in a subtle sense. It supplies a set of uniform national standards for the protection of civil liberties » : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student éd., Scarborough, Carswell, 2009, 1490 p., p. 728. Voir aussi P. W. HOGG, « Federalism Fights the Charter of Rights » dans D. SUGARMAN et R. WHITAKER, dir., *Federalism and Political Community: Essays in Honour of Donald Smiley*, Peterborough, Broadview Press, 1989, pp. 249-266.

¹⁵⁸⁸ Pour une qualification de « centralisation », alors que nous qualifierons ce mouvement d'uniformisation voir par exemple M. CARTABIA, « A Pluralistic Europe of Rights » dans H.-W. MICKLITZ et B. De WITTE, dir., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, pp. 259-277, p. 272 et 274; J. B. KELLY, « Reconciling Rights and Federalism during Review of the Charter of Rights and Freedoms: The Supreme Court of Canada and the Centralization Thesis, 1982 to 1999 », *Can. J. Pol. Sc.*, vol. 34, 2001, p. 321-355.

¹⁵⁸⁹ Expression du président du Conseil constitutionnel français, Jean-Louis Debré, dans P. ROGER, « Conseil constitutionnel : au “non” de la loi », en ligne : *Le Monde*, 28 février 2013, <http://abonnes.lemonde.fr/societe/article/2013/02/28/au-non-de-la-loi_1840763_3224.html>. Notons qu'elle mériterait quelques nuances ici par exemple l'inclusion ou le « *Reading in* » de la Cour suprême du Canada.

¹⁵⁹⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre onzième p. Chapitre VI.

920 Dès lors que le sens de la centralisation du fait des droits fondamentaux est éclairci, examinons sa réalité juridique dans les deux espaces étudiés. Pour qu'il y ait un effet centralisateur des droits fondamentaux, encore faut-il que le niveau central, canadien ou européen, ait une compétence législative et exécutive en matière de droits et libertés. Or cette question a pu soulever des controverses tant au Canada qu'en Europe.

B. Compétences législatives et droits et libertés au Canada

1. Les controverses canadiennes autour de la compétence relative aux droits et libertés

921 La question de savoir quel était le niveau compétent pour sauvegarder les droits et libertés s'est posée au Canada, comme nous l'avons expliqué, au moment l'avènement de cette fonction. Elle était d'autant plus fondée que les « droits civils » sont une compétence exclusive des provinces selon la Constitution. Or ce terme « *civil rights* » est communément utilisé aux États-Unis pour désigner les droits fondamentaux¹⁵⁹¹. D'un autre côté, le droit criminel par essence implique une punition qui restreint les libertés¹⁵⁹² et a traditionnellement vocation à trancher sur le plan des valeurs morales¹⁵⁹³. Or, c'est une compétence fédérale ce qui aurait pu militer en faveur d'une compétence exclusive fédérale des droits et libertés¹⁵⁹⁴.

922 En réalité cette question a été tranchée très clairement par le juge Beetz en 1978 dans l'affaire *Dupond*¹⁵⁹⁵ : les droits et libertés ne font pas l'objet d'une compétence matérielle précise attribuable à l'un ou l'autre niveau de gouvernance. Par conséquent, la protection des droits fondamentaux fait l'objet d'une compétence concurrente¹⁵⁹⁶ des différents niveaux de gouvernance comme les divers instruments de protection ont pu le démontrer. La compétence législative permettant d'arrêter le pouvoir au nom des droits fondamentaux est donc possible pour tous les niveaux de gouvernance, la véritable question est alors celle de la mise en œuvre des

¹⁵⁹¹ Ainsi certains juges dissidents dans les affaires *Saumur c. Québec* préc. ou *Switzman c. Elbing* préc. ont pu estimer que la liberté de religion ou la liberté de la presse tombaient sous l'article 92(13) de l'AANB. Voir L.-V. N. TRAN, *Human Rights and Federalism. A Comparative Study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, The Hague – Boston – London Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 316 p., p. 195.

¹⁵⁹² Voir *ibid.*, p. 197 et s.

¹⁵⁹³ Ce point a pu faire l'objet de débats ultérieurement, par exemple dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457. Sur cette confusion entre le droit criminel en tant que législation d'ordre moral et la question des valeurs qui est si centrale dans le contentieux des droits et libertés voir infra § 929 et s.

¹⁵⁹⁴ Voir L.-V. N. TRAN, *Human Rights and Federalism*, préc., p. 197 et s.

¹⁵⁹⁵ Voir supra § 718 et s, *Dupond* préc., p. 796 et s.

¹⁵⁹⁶ Voir L.-V. N. TRAN, *Human Rights and Federalism*, préc., p. 207 et s. Selon cet auteur une compétence exclusive de l'un ou l'autre niveau de gouvernance à l'égard des droits fondamentaux irait d'ailleurs à l'encontre du fédéralisme coopératif canadien.

droits et libertés par le législateur, qui dès lors dépend de la répartition constitutionnelle des compétences.

- 923 La compétence législative de promotion et d'encadrement des droits et libertés dépendra ainsi du domaine matériel auquel ils doivent s'appliquer : tout ce qui concerne les droits relatifs aux accusés dépendra nécessairement du pouvoir fédéral, mais ce qui pourra concerner la liberté de manifester dans les municipalités concernera davantage les provinces. Mais d'autres libertés, comme la liberté de religion ou d'expression, ou la non-discrimination¹⁵⁹⁷ seront encadrées par des législations fédérales et provinciales.
- 924 La *Charte canadienne des droits et libertés* ne devait rien changer à cette répartition des compétences découlant du texte constitutionnel et de son interprétation prétorienne. C'est pourquoi, une des dispositions générales de la *Charte*, l'article 31 précise explicitement que « la présente charte n'élargit pas les compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit ». Le souci de laisser intact le partage des compétences législatives implique donc que la *Charte* ne saurait fonder un titre de compétence pour l'un des quelconques niveaux de gouvernance. Ainsi ce n'est pas parce qu'elle est pancanadienne que cela autorise le gouvernement canadien à légiférer sur l'une des quelconques libertés consacrées par la *Charte*¹⁵⁹⁸.
- 925 En outre la Cour suprême du Canada a très explicitement affirmé dès le début de l'application de la *Charte* que son arrivée ne saurait abroger une compétence législative entière de la Constitution. Ainsi, s'agissant de la liberté de religion ou de l'égalité religieuse, la *Charte* ne s'applique pas à

¹⁵⁹⁷ Les instruments fédéraux et provinciaux vus dans le chapitre qui précède en sont la preuve.

¹⁵⁹⁸ En ce sens voir : L. TASSÉ, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés (articles 30, 31, 32, 33 et 52) » dans G. A. BEAUDOIN et E. MENDES, dir., *Canadian Charter of Rights and Freedoms = Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, Ont, LexisNexis Butterworths, 2005, pp. 72-162, p. 76. Il y explique que « Le Parlement canadien ne saurait, pour assurer le respect de la Charte par les "provinces", s'appuyer sur la Charte et s'arroger des compétences législatives qui ne lui appartiennent pas ». Ce faisant, cette solution diffère de celle prévue aux États-Unis où le Congrès est habilité par les Treizième, Quatorzième et Quinzième amendements à légiférer pour mettre en œuvre les garanties de ces droits fondamentaux ainsi protégés. Le pouvoir constituant canadien a donc très explicitement prévu de s'écarter de la centralisation sectorielle par les droits fondamentaux prévue dans la Constitution américaine. Voir aussi K. SWINTON, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés » dans G. A. BEAUDOIN et W. S. TARNOPOLSKY, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, pp. 51-74, p. 52 et s.

l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui permet aux provinces de légiférer en matière d'éducation tout en protégeant les droits de la minorité protestante et catholique¹⁵⁹⁹.

926 La *Charte* a en revanche eu un impact non négligeable concernant la culture politique des législateurs tant fédéral que provinciaux puisque c'est désormais dans « une culture fondée sur les droits » qu'ils évalueront leurs politiques. À cet égard, les cabinets joueront un rôle essentiel dans ce contrôle préventif des mesures en cours d'élaboration avec les principes issus des droits et libertés¹⁶⁰⁰.

927 Toutefois, on peut se poser la question de l'impact de la *Charte* dans les arguments relatifs à la répartition des compétences¹⁶⁰¹ et le traitement contentieux des deux arguments lorsqu'une mesure est contestée tant sur la répartition des pouvoirs que sur sa conformité à la *Charte*.

2. De la possible confusion entre répartition législative et droits et libertés

928 Aujourd'hui, la priorité des arguments sur la répartition des compétences semble établie dans le sens où les juges procèdent d'abord par l'examen de la mesure sur le fondement du fédéralisme avant de vérifier la validité par rapport aux droits fondamentaux¹⁶⁰².

929 Cela n'a pas toujours été le cas, comme en 1985 dans l'affaire *Big M Drug Mart*¹⁶⁰³ où était contestée la *Loi sur le dimanche* tant sur le plan de la liberté de conscience et de religion que sur sa validité en tant que loi criminelle relevant du niveau fédéral. Le juge Dickson a d'abord examiné la loi fédérale par rapport à la *Charte*, puis par rapport à la répartition des compétences.

¹⁵⁹⁹ *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. Le juge Estey s'est ainsi exprimé au § 80 « Le rôle de la *Charte* n'est pas conçu dans notre philosophie du droit comme opérant automatiquement l'abrogation de dispositions de la Constitution du Canada, laquelle inclut tous les documents énumérés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Une action fondée sur la *Loi constitutionnelle de 1867* est bien entendu assujettie au contrôle de la *Charte*. C'est là une chose fort différente que de dire qu'une compétence législative expresse, existant avant avril 1982, a été entièrement supprimée par la simple arrivée de la *Charte*. C'est une chose de contrôler et, lorsque cela s'impose, de restreindre l'exercice d'un pouvoir de légiférer; c'en est une toute autre que de dire qu'une compétence législative entière a été supprimée de la Constitution par l'introduction de ce pouvoir judiciaire de contrôle ».

¹⁶⁰⁰ Sur ce sujet voir en particulier les chapitres 1 et 5 de : J. B. KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers Intent*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, 323 p.

¹⁶⁰¹ Voir sur cette question M. CARTER, « Federalism Analysis and the Charter », *Sask.L.Rev.*, vol. 74, 2011, pp. 5-20.

¹⁶⁰² Voir P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., p. 367. Par exemple les affaires *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] R.C.S. 3 571.

¹⁶⁰³ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Il s'est en outre servi de l'analyse quant à l'objet de la loi qualifié préalablement de religieux, pour confirmer le fondement juridique de la compétence du fédéral en matière criminelle¹⁶⁰⁴.

930 Bien que la priorité des arguments du fédéralisme sur ceux de la *Charte* semble aujourd'hui affirmée, on retrouve dans certaines décisions plus récentes, mais assez isolées cette « hybridation des analyses sur le fédéralisme et sur la *Charte* »¹⁶⁰⁵, en particulier dès lors qu'il s'agit d'une compétence criminelle. Ainsi dans *Malmo-Lévine*¹⁶⁰⁶, la validité de la loi fédérale interdisant la possession de marijuana était contestée tant vis-à-vis du partage des compétences que vis-à-vis du respect de la *Charte*. Les juges Gonthier et Binnie écrivant pour la majorité, semblent s'appuyer sur l'objectif légitime du législateur dans le cadre de l'article 1^{er} de la *Charte* (ici la protection des groupes vulnérables) pour soutenir que l'objectif de la Loi en cause « correspond au chef de compétence relatif au droit criminel »¹⁶⁰⁷. Ils affirment pourtant plus tard à raison qu'« il existe une sorte de “double exigence”, en ce que la *Charte* impose des exigences distinctes de celles découlant des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* »¹⁶⁰⁸.

931 Au contraire, la juge Arbour, dissidente, invite à bien distinguer les critères élaborés dans le cadre du partage des pouvoirs et les contraintes que la *Charte* lui impose. En effet, on avait pu plaider que le principe du préjudice (voulant qu'on ne puisse interdire afin de protéger les personnes contre elles-mêmes) pouvait servir sur le front de la répartition des compétences et des droits et libertés. La juge Arbour explique clairement que :

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 149. « Cependant, il faut souligner que cette conclusion quant à la compétence législative du Parlement fédéral pour adopter la Loi sur le dimanche repose sur le fait que l'objet de la Loi a été identifié comme étant de rendre obligatoire l'observance du dimanche en raison de son importance sur le plan religieux. Si, par contre, la Loi avait non pas un objet religieux, mais pour objet laïque d'imposer à tous un même jour de repos, elle relèverait alors du par. 92(13) portant sur la propriété et les droits civils dans la province, et serait donc du ressort provincial plutôt que fédéral ».

¹⁶⁰⁵ M. CARTER, « Federalism Analysis and the Charter », préc., § 9.

¹⁶⁰⁶ *Malmo-Levine*, préc.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.* § 76.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.* § 111.

« en tant que principe de justice fondamentale, le principe du préjudice a pour effet d'empêcher la restriction du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte, mais il ne constitue pas une limite inhérente au pouvoir du Parlement de légiférer en matière criminelle »¹⁶⁰⁹.

932 On retrouve cette divergence, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*¹⁶¹⁰, qui ne portait que sur le partage des pouvoirs. Et pourtant les juges LeBel et Deschamps semblent utiliser la *Charte* dans leur raisonnement pour réfuter l'idée d'une compétence liée à la morale pour le droit criminel¹⁶¹¹. En revanche, la Juge en chef refuse de voir intervenir ces arguments dans le partage des compétences, elle explique qu'en matière de partage de compétence entre le niveau provincial et fédéral :

« le degré d'incidence de la Loi sur les libertés individuelles n'est pas pertinent à cet égard. Le procureur général du Québec ne conteste pas la Loi sur la procréation assistée au motif qu'elle constitue une atteinte injustifiée à la liberté individuelle, auquel cas la question se poserait de savoir si n'importe quel palier de gouvernement pourrait adopter une telle loi, ce qui ferait intervenir le pouvoir de l'État sur l'individu »¹⁶¹².

933 Il peut paraître à première vue paradoxal de constater dans cette affaire que les arguments habituellement utilisés dans le cadre des droits et libertés peuvent pousser à une décentralisation¹⁶¹³, en refusant la compétence au fédéral, alors que ceux militant pour une séparation nette entre les arguments du fédéralisme et ceux des libertés aboutissent à une centralisation. En réalité, ce résultat est parfaitement logique dans la mesure où les droits et libertés constituent une limite au pouvoir, ici celui du législateur fédéral, et qu'ils contribuent ici à faire tomber cette loi fédérale. Le problème est que ces arguments relevant de la *Charte* participent à l'invalidation de la loi dans le cadre du fédéralisme ce qui implique qu'une telle mesure pourrait être prise par les provinces. Pourtant ce n'est pas nécessairement ce qui est sous-

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*, § 215. Notons que les juges majoritaires n'ont pas retenu le principe du préjudice vis-à-vis de la *Charte* non plus.

¹⁶¹⁰ *Renvoi sur la procréation assistée*, préc., voir supra § 477.

¹⁶¹¹ *Ibid.* § 238 à 240.

¹⁶¹² *Ibid.*, § 44. Voir aussi § 50. La juge en chef a réaffirmé l'absence d'impact de la *Charte* dans la répartition des compétences lorsqu'elle explique l'analogie entre les droits ancestraux de l'article 35 (voir supra § 618) et les droits de la *Charte* dans son *obiter dictum* dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256, §143 : « Le Parlement a une compétence exclusive en matière de droit criminel. Cependant, l'exercice de son pouvoir en droit criminel est circonscrit par l'art. 11 de la Charte qui garantit le droit à l'équité du processus criminel. (...) le droit à l'équité du processus criminel est un aspect fondamental du droit criminel. Mais nous ne disons pas que le droit à l'équité du processus criminel prévu à l'art. 11 fait partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt d'une limite à la compétence du Parlement en matière de droit criminel ».

¹⁶¹³ C'est paradoxal compte tenu de la tendance vers l'unité politique qu'engendrent les droits fondamentaux.

entendu¹⁶¹⁴, ce qui amène à un problème de logique dû au mélange des arguments fondés sur les valeurs et ceux sur la répartition¹⁶¹⁵. Il ne peut être résolu qu'en vérifiant en premier l'existence d'un pouvoir sur le fondement de la répartition des compétences puis sa conformité quant à la *Charte*.

934 L'affaire *PHS Community*¹⁶¹⁶, posait aussi des questions quant au « lien entre le partage des compétences et les allégations fondées sur la Charte » qui faisait l'objet de développements¹⁶¹⁷. Au cœur de cette affaire se trouve la clinique Insite qui est un centre d'injection supervisée de drogues, établi par la province dans le cadre de sa compétence en matière de santé. Le ministre fédéral ayant refusé d'octroyer l'exemption de l'application de la loi criminelle qui permettait auparavant le fonctionnement de la clinique, la loi fédérale interdisant la possession et le trafic de drogues était contestée sur le plan constitutionnel (sur le plan du partage des compétences et sur le fondement de la *Charte* quant au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne). La juge en chef écrivant au nom de l'ensemble de la Cour ne trouve rien à redire sur la validité de la loi en tant que compétence fédérale liée au droit criminel¹⁶¹⁸ et procède ensuite à l'examen sous l'angle de la *Charte*.

935 Or le gouvernement fédéral faisait valoir que la validité de sa loi sur le plan de la répartition des compétences empêchait la province de fournir le service d'injection supervisée et par conséquent que les demandeurs ne disposaient d'aucun droit, et ne pouvaient se fonder sur la *Charte*. La Cour ne retiendra pas cet argument puisque les deux mesures de l'espèce, fédérale et provinciale, sont valides, la seconde ne cédant sur le plan de l'application qu'en raison de la règle de la prépondérance fédérale¹⁶¹⁹. Elle explique que la *Charte* des droits et libertés est indépendante des

¹⁶¹⁴ Notamment de la part des juges LEBEL et DESCHAMPS dans le *Renvoi sur la procréation assistée*, préc.

¹⁶¹⁵ En ce sens, voir M. CARTER, « Federalism Analysis and the Charter », préc., § 13 et s. Pour une opinion contraire en faveur d'une place plus importante des arguments habituellement mobilisés dans le cadre de la *Charte* dans le contentieux de la répartition fédérale voir H. LESSARD, « Jurisdictional Justice, Democracy and the Story of Insite », *Forum Constitutionnel*, vol. 19, 2011, pp. 93-112. L'auteure milite en fait sur la valorisation des considérations démocratiques et la place des mouvements sociaux, des communautés marginalisées, dans les arguments sur le fédéralisme.

¹⁶¹⁶ *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, [2011] 3 R.C.S. 134.

¹⁶¹⁷ *Ibid.* § 79 et s.

¹⁶¹⁸ Voir supra § 474 et s.

¹⁶¹⁹ La Cour explique que « Personne ne prétend que les services de santé offerts par Insite ne relèvent pas de la compétence provinciale en matière de santé. Les demandeurs sollicitent une exemption fédérale de l'application de la *Loi*, non pas pour valider la décision de la province d'exploiter Insite à titre de service de santé, mais parce que cette exemption est nécessaire, en pratique, à la mise en œuvre de cette décision. Si Insite ne peut fonctionner sans obtenir une exemption fédérale, ce n'est pas parce que la province ne possède pas les pouvoirs constitutionnels nécessaires, mais pour la simple raison pratique que ni les employés ni les clients ne se présenteront au centre, de sorte que celui-

questions relatives au partage des compétences, et l'on ne saurait affirmer que les dispositions de la *Charte* contredisent celles sur la répartition des compétences¹⁶²⁰, même si en l'espèce le constat d'une violation de la *Charte* par le refus d'accorder l'exemption revient à favoriser la politique provinciale¹⁶²¹. Elle affirme au contraire que :

« le principe selon lequel une partie de la Constitution ne peut pas être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution n'est d'aucune utilité pour trancher les questions de partage des compétences et les questions relatives à la Charte. Il n'y a aucune contradiction entre affirmer qu'une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l'art. 91 de la Loi constitutionnelle de 1867 et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la Charte ».

936 Elle confirme ensuite la priorité des arguments relatifs au partage des compétences puisque « si la *Loi* outrepassait les pouvoirs fédéraux, elle n'existerait pas et ne pourrait donc pas être assujettie à la *Charte* » et sur leur nécessaire cumul, car « les lois doivent être conformes à la fois au partage constitutionnel des compétences et à la *Charte* »¹⁶²².

937 Cette fois-ci, l'analyse prétorienne en faveur d'une séparation nette entre les arguments relatifs à la répartition des pouvoirs et ceux relatifs à la *Charte* a pour conséquence de favoriser la législation provinciale. Mais il s'agit, à l'inverse des affaires précédentes, de refuser de faire entrer les arguments relatifs à la répartition législative dans le contentieux des droits et libertés, et d'invalidier une loi fédérale au nom de la *Charte*. Même si cette invalidation ne va pas dans le sens du pouvoir fédéral comme c'était le cas au niveau du partage des compétences, il n'y a pas de contradiction entre les deux parties du raisonnement¹⁶²³. Seulement lorsqu'il s'agit de contester une loi fédérale applicable prioritairement sur une norme provinciale par ailleurs valide, sa contestation fondée sur les libertés, favorise son invalidation et donc l'application de la législation provinciale existante, mais qui n'était pas applicable. Ce faisant, il ne s'agit pas d'une

ci sera incapable dans les faits d'offrir les services de santé qu'il propose. Par conséquent, la prémisse sur laquelle le Canada fonde son argument, soit l'incompétence de la province pour exploiter Insite sans approbation fédérale, ne tient pas » § 81.

¹⁶²⁰ « Le Canada présente son objection préliminaire comme [TRADUCTION] « une nouvelle variante de la règle selon laquelle “une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution”. Ce raisonnement consisterait semble-t-il à dire que, si la *Loi* est valide et applicable, faire droit aux allégations fondées sur la *Charte* équivaudrait à une contradiction interne dans la Constitution » *PHS Community*, préc., § 80, citation de jurisprudence omise.

¹⁶²¹ La Cour conclut en effet à la violation non justifiée des droits de l'article 7 de la *Charte* et les principes de justice fondamentale (soit la mise en danger de la vie et de la santé des consommateurs de drogues injectables) et donc l'octroi obligatoire par le ministre fédéral de l'exemption.

¹⁶²² *PHS Community*, préc., § 82.

¹⁶²³ En effet il ne peut y avoir de contradiction puisque les deux législations, fédérales et provinciales sont valides quant à la répartition des compétences.

décentralisation, puisque la validité des mesures provinciales existe en dehors de la question des droits fondamentaux. Les droits protégés par la *Charte* ont au mieux décentralisé indirectement et limitativement à certains cas d'espèces. Ils ont redonné un pouvoir effectif à la province, en raison d'un chevauchement de compétences législatives entre les niveaux de gouvernance (cette double validité si caractéristique de la vision fédérale moderne et flexible existant par ailleurs). Cet « effet décentralisateur indirect »¹⁶²⁴ reste toutefois un cas relativement rare, car il suppose le cumul de trois éléments obéissant à des conditions strictes : un chevauchement normatif des deux niveaux de gouvernement, une prépondérance fédérale et une invalidation de la mesure fédérale au nom des droits et libertés.

938 C'est davantage la question de la « centralisation » par les droits fondamentaux qui a pu se poser. En effet, par définition l'invalidation au nom des droits fondamentaux peut jouer dans les deux sens : au profit du pouvoir fédéral après une invalidation d'une loi provinciale

939 Par exemple dans l'affaire *Hunt* de 1993¹⁶²⁵ dans laquelle était contestée la loi québécoise empêchant la transmission de documents d'entreprises dans le cadre d'une demande de documents émanant d'une juridiction d'une autre province, l'article 6 de la *Charte* portant la mobilité des citoyens canadiens a pu être utilisé pour « donner au fédéral un pouvoir prépondérant quant à la reconnaissance et l'exécution mutuelles des jugements des juridictions provinciales »¹⁶²⁶. Ainsi, très logiquement les arguments relatifs aux droits fondamentaux intervenant pour contester une loi provinciale, conduisent à une « centralisation », puisqu'ils constituent un argument de plus pour faire tomber la loi provinciale. Cet argument aurait toutefois dû être examiné à part et clairement dans le cadre du contentieux des droits et libertés.

940 Toutefois, si l'on met à part la compétence prétorienne comme nous le proposons de le faire, les droits fondamentaux n'impliquent pas une centralisation directe du fédéralisme canadien, puisqu'aucun nouveau pouvoir législatif supplémentaire n'est transféré au pouvoir fédéral. Tout comme les provinces, il peut légiférer dans le domaine des droits et libertés, « négativement » par l'édiction d'une norme permettant de sauvegarder les libertés (c'est le cas de la *Déclaration*

¹⁶²⁴ Encore une fois le terme « décentralisateur » est impropre, il sert ici simplement à décrire la prépondérance de la politique provinciale aux dépens de la politique fédérale dans les faits, après la décision de la Cour suprême du Canada.

¹⁶²⁵ *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289.

¹⁶²⁶ G. OTIS, « Uniformisation et construction plurielle du droit », préc., p. 274.

canadienne) ou « positivement » en légiférant dans une optique d'une meilleure protection des libertés dans un domaine où il était préalablement compétent.

- 941 En revanche, certains auteurs ont pu déceler une forme de centralisation que nous qualifierons d'indirecte, notamment lorsque le pouvoir fédéral met en œuvre des droits économiques et sociaux. En effet, José Woehrling a pu noter que les droits à la santé ou aux services sociaux ou à l'éducation ont pu servir de :

*« justification à l'intervention des autorités fédérales dans des domaines qui relèvent de la compétence des provinces. L'intervention fédérale est présentée comme nécessaire pour procéder à la redistribution des ressources entre régions plus et moins riches et pour assurer une certaine uniformité dans la façon dont les prestations sociales sont prises en charge par les provinces »*¹⁶²⁷.

- 942 En réalité, comme le précise l'auteur ensuite, de tels droits ne sont pas garantis formellement par la *Charte canadienne*, si bien que c'est un argument qui relève du discours politique et non pas une conséquence juridique de la *Charte* ou de la Constitution.

- 943 Quand bien même il s'agirait de droits économiques et sociaux consacrés juridiquement et donc portés à la connaissance des tribunaux et, quels que soient les droits en cause, la priorité des arguments sur la répartition des compétences implique que s'il y a centralisation, elle sera fondée sur le fédéralisme et non sur les droits fondamentaux. Dans le cas d'une mesure valide du point de vue du fédéralisme, si dans un deuxième temps le juge estime que les droits fondamentaux sont bafoués, et demandent une action positive de la part d'un niveau de gouvernement, alors il s'adressera au niveau de gouvernance compétent puisqu'il l'aura préalablement affirmé¹⁶²⁸. Mais le simple fait que la décision judiciaire s'applique à tous et qu'elle demande ce faisant à tous les acteurs politiques d'aller dans le sens de la protection du droit fondamental tel qu'interprété par la décision, relève de l'uniformisation et non de la centralisation.

¹⁶²⁷ J. WOEHRLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne », préc.

¹⁶²⁸ Dans le cas où la mise en œuvre du droit fondamental en cause se rattache à une compétence concurrente, telle que déterminée préalablement dans le volet de la répartition des compétences, il se pourrait que sa mise en œuvre demande une coopération entre les niveaux de gouvernance, car elle demande une action positive. (Ce n'était pas le cas dans *PHS Community*, préc., qui demandait au contraire une abstention de la part du pouvoir fédéral par l'exemption de l'application de la Loi sur les stupéfiants.) À ce moment-là, le gouvernement fédéral grâce notamment à son pouvoir de dépenser pourrait prendre le dessus sur les provinces dans la mise en œuvre des droits, économiques et sociaux en particulier, et l'on pourrait parler d'une centralisation (c'est une situation encore hypothétique au Canada à notre connaissance). Ici la conjonction du fédéralisme coopératif et d'une obligation positive fixée par le gardien des droits fondamentaux pourrait aboutir à une centralisation des pouvoirs, seulement indirectement provoquée par les droits fondamentaux.

C. Les Compétences limitées de l'Union européenne quant aux droits fondamentaux : un effet centralisateur circonscrit

1. À la recherche de la compétence communautaire de protection des droits fondamentaux

944 La question de la compétence en matière de droits fondamentaux de l'ancienne Communauté européenne et désormais de l'Union est ancienne et fut l'objet de nombreux débats.

945 En effet les traités communautaires ont attribué au fur et à mesure aux institutions communautaires certaines compétences sectorielles en matière de droits fondamentaux¹⁶²⁹, participant ainsi du mouvement général de légitimation de l'Union par les droits fondamentaux. On notera en particulier la possibilité de mettre en place des politiques de lutte contre les discriminations¹⁶³⁰ ou encore de légiférer quant à la protection des données personnelles qui date du *Traité de Lisbonne*¹⁶³¹. Les États ont ce faisant introduit en tant que pouvoir constituant des compétences spécifiques en raison d'un « besoin particulier de protection se fai (sant) sentir dans un domaine bien identifié »¹⁶³². Le législateur européen ne s'est d'ailleurs pas privé d'édicter des normes dans ces matières¹⁶³³. Mais les traités ne lui accordent pas explicitement une compétence générale relative aux droits et libertés, ce qui fut la source de bien des interrogations.

¹⁶²⁹ Sur ces « bases juridiques spéciales », voir notamment C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union Européenne en matière de Droits de l'Homme », *RAE-LEA*, 2006, pp. 11-30, spéc. p. 17 et s.

¹⁶³⁰ Voir l'ancien article 12 TCE qui visaient respectivement l'interdiction de discriminer en fonction de la nationalité aujourd'hui dans l'article 18 du TFUE ou l'ancien article 13 TCE introduit par le *Traité d'Amsterdam* qui vise la lutte contre toutes les discriminations, aujourd'hui dans l'article 19 du TFUE qui concerne la discrimination « fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». Voir sur cette norme habilitante originale en matière de lutte contre les discriminations la thèse de É. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 845 p. Voir aussi l'ancien article 22 TCE relatif au champ de la citoyenneté européenne, aujourd'hui l'article 25 du TFUE.

¹⁶³¹ Ainsi l'article 16 TFUE permet au Parlement européen au Conseil qu'ils « fixent les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que par les États membres dans l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit de l'Union, et à la libre circulation de ces données ».

¹⁶³² J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes de la communauté européenne », *Liberté, justice et tolérance : mélanges en hommage à G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1007-1028, p. 1011. L'auteur donne l'exemple de la compétence pour le traitement des données.

¹⁶³³ En matière de discrimination voir la *Directive 2000/43/CE* du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *JO L* 180 du 19 juillet 2000, p. 22. En matière de données personnelles, le législateur européen avait pu édicter des normes de protection, sur une base juridique distincte de l'article 16 TFUE. Par exemple la *Directive 95/46/CE* du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JO* 281 du 23 novembre 1995, p. 31, la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *JO L* 201 du 31 juillet 2002, p. 37. Actuellement le législateur européen se

- 946 Étant donné que la logique d'intégration fonctionnelle de l'Union était tournée vers les dimensions économiques, il n'était pas évident qu'elle disposât d'une compétence générale en matière de droits de l'homme, matière qui plus est déjà occupée par le système conventionnel strasbourgeois. En outre, on pourrait craindre qu'une telle compétence générale aille dans le sens d'une centralisation non consentie par les États membres. Elle permettrait en effet aux institutions européennes sous couvert de protection des droits de l'homme d'intervenir dans des domaines sensibles pour les États comme les prisons, l'armée, etc.¹⁶³⁴. À l'inverse, en raison de la nature transversale et horizontale des droits fondamentaux, on pouvait envisager une compétence de l'Union dans ce domaine.
- 947 C'est pour résumer les deux thèses en présence qui se sont affrontées¹⁶³⁵ jusqu'à ce que la Cour de justice donne certaines clés dans le cadre du célèbre *Avis sur l'adhésion à la CEDH* de 1996¹⁶³⁶. La question de la compétence de la Communauté en matière de protection des droits et libertés se posait dans la mesure où pour adhérer à la Convention de 1950 et donc prendre un engagement international, les institutions européennes devaient détenir des compétences explicites ou implicites en la matière.
- 948 En premier lieu, la Cour rappelle que le principe général de la compétence d'attribution des institutions européennes, au cœur de la construction communautaire, « s'impose tant pour l'action interne que pour l'action internationale »¹⁶³⁷. Ensuite, la Cour affirme très clairement « qu'aucune disposition du traité ne confère aux institutions communautaires, de manière générale, le pouvoir d'édicter des règles en matière de droits de l'homme ou de conclure des conventions internationales dans ce domaine »¹⁶³⁸.
- 949 La question au cœur de l'avis était donc de savoir si des compétences implicites existaient, en particulier sur le fondement de la « clause de flexibilité » du traité. Comme nous avons pu

penche sur une refonte de la question sur le fondement de l'article 16 TFUE, voir la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données, COM(2012)11/4 du 25 janvier 2012.

¹⁶³⁴ J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes », préc., p. 1011.

¹⁶³⁵ Voir P. WACHSMANN, « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDE*, 1996, p. 467 et s.

¹⁶³⁶ CJCE, 28 mars 1996, *Avis relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, n° 2/94, *Rec.*, p. I- 1759.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, § 24.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, § 27.

l'expliquer¹⁶³⁹, les juges de Luxembourg ont estimé que la clause de flexibilité ne pouvait constituer une base juridique pour l'adhésion de la Communauté à la *Convention européenne*, car elle « entraînerait un changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire »¹⁶⁴⁰, sans compter les « implications institutionnelles (...) fondamentales »¹⁶⁴¹. Bref, au regard de l'importance des changements, leur « envergure constitutionnelle »¹⁶⁴², opérés par l'adhésion on ne saurait faire l'économie d'une révision des traités. C'est d'ailleurs ce qui fut fait dans le cadre du *Traité de Lisbonne*¹⁶⁴³. Mais en ce qui concerne la compétence des institutions européennes en matière de droits et libertés au niveau interne, la Cour répond lapidairement que le traité n'a pas prévu de compétence générale.

950 Lorsque l'on sait que la *Charte des droits fondamentaux* est au départ un acte de droit dérivé de l'Union, on ne peut que s'étonner avec Édouard Dubout de cette absence de compétence en matière de droits fondamentaux¹⁶⁴⁴.

951 D'ailleurs, la doctrine n'a pas abandonné « la quête d'une possible compétence générale »¹⁶⁴⁵, après cet avis et on a pu l'interpréter comme autorisant une « politique communautaire des droits de l'homme »¹⁶⁴⁶. Ce faisant, Philip Alston et Joseph H. Weiler ont ainsi insisté sur la nécessité d'une politique cohérente des droits de l'homme qui vise leur promotion au niveau politique tant

¹⁶³⁹ Voir supra, § 520.

¹⁶⁴⁰ *avis n° 2/94*, préc., § 34. L'avis de manière générale, et en particulier ce passage a été très critiqué, pour « son opacité et son caractère tout aussi cryptique qu'égoïste » : J. H. H. WEILER et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme pour la Communauté et l'Union européenne : la question des compétences » dans P. ALSTON, M. R. BUSTELO et J. HEENAN, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 147-166., p. 150.

¹⁶⁴¹ *avis n° 2/94*, préc., § 35. Il s'agit en fait de la soumission de la Cour de justice à la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui démontre une fois encore que la Cour de justice est beaucoup plus audacieuse dans son interprétation lorsqu'il s'agit de consolider l'autonomie normative communautaire que lorsqu'il s'agit de l'assujettir à un droit externe. Dans ce sens : J. H. H. WEILER et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme », préc., p. 150.

¹⁶⁴² *avis n° 2/94*, préc., § 35.

¹⁶⁴³ L'adhésion est toujours à l'ordre du jour, mais non concrétisée ce qui s'explique notamment par « les implications institutionnelles » qu'avait décelées la Cour de justice dès 1996 et par le récent avis rendu sur cette question : CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme n°2/13, non encore publié*. Voir supra, note de bas de page 1468.

¹⁶⁴⁴ É. DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences », préc., p. 379.

¹⁶⁴⁵ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union Européenne en matière de Droits de l'Homme », préc., p. 21.

¹⁶⁴⁶ Voir en particulier P. ALSTON et J. H. H. WEILER, « An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights » dans P. ALSTON, dir., *The European Union and Human Rights*, Oxford England ; New York, Oxford University Press, 1999, pp. 3-66; J. H. H. WEILER et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme », préc.

international qu'eupéen et non pas seulement juridictionnel. Ils prônent ce faisant le dépassement de l'approche « négative » des droits et libertés qui passe par des interdictions pour une intégration « positive » des droits fondamentaux. Ainsi, ils proposent, sans que le cadre constitutionnel européen soit modifié¹⁶⁴⁷, la création de certaines institutions, comme un commissaire aux droits de l'homme ou un observatoire des droits de l'homme¹⁶⁴⁸.

952 Sur ce terrain, on a pu observer de grandes avancées depuis lors puisque l'Agence des droits fondamentaux a vu le jour et qu'en pratique le législateur européen a mis en place des mécanismes de prise en considération des droits fondamentaux¹⁶⁴⁹, ce qui démontre bien la « montée en puissance d'une approche proactive et préventive, distincte de l'approche du juge, par nature réactive et réparatrice »¹⁶⁵⁰ tant désirée par certains auteurs.

953 Sur la question du fondement juridique, c'est-à-dire des compétences législatives européennes pour agir, une lecture *a contrario* de l'*avis* 2/94 n'empêcherait pas une politique des droits de l'homme¹⁶⁵¹, fondée si nécessaire sur la clause de flexibilité, à condition précisément de respecter l'équilibre institutionnel, de ne pas adhérer à la Convention, de ne pas modifier le contenu matériel des droits et leur autonomie communautaire¹⁶⁵².

954 Les auteurs prennent aussi en considération les peurs de voir la Communauté ou l'Union s'immiscer dans les domaines hors de leurs compétences ou qui devraient être réservés aux États membres¹⁶⁵³. Ils rejettent ainsi les deux positions extrêmes selon lesquelles l'Union ou bien les États membres auraient une compétence plénière s'agissant des droits et libertés. Par conséquent, s'agissant de l'étendue de la compétence législative européenne, il est proposé de l'aligner sur

¹⁶⁴⁷ Dans le même ordre d'idée, voir la position intermédiaire d'Olivier de Schutter pour fonder une politique des droits fondamentaux à l'intérieur des frontières constitutionnelles : O. De SCHUTTER, « The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.07/04, 2004, <<http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/Rights/deSchutter.pdf>>.

¹⁶⁴⁸ Ces propositions doctrinales ont d'ailleurs eu un impact politique important voir A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *CDE*, 2007, pp. 421-478., spéc. p. 424 et s.

¹⁶⁴⁹ Sur ces deux points, très précisément voir *ibid.*

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 477.

¹⁶⁵¹ Claude Blumann propose aussi de « relire l'avis 2/94 » et estime que les droits fondamentaux sont sans doute un objet de la Communauté au vu du « degré de maturité élevé » des droits de l'homme en droit communautaire. Ainsi dès lors que les conditions de l'avis 2/94 sont remplies, la clause de flexibilité pourrait être une base juridique possible. C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union Européenne en matière de Droits de l'Homme », préc., p. 22 et s.

¹⁶⁵² J. H. H. WEILER et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme », préc., p. 163.

¹⁶⁵³ P. ALSTON et J. H. H. WEILER, « Need of a Human Rights Policy », préc., p. 18 et s. 7. Legal and Constitutional Aspects of a New Policy..

celle de la Cour, c'est-à-dire de se conformer au principe de subsidiarité qui existe déjà dans les relations entre la Communauté et les États membres et de n'intervenir sur les droits de la personne que dès lors que les institutions se situent au préalable « dans le domaine du droit communautaire »¹⁶⁵⁴.

955 Certes, des doutes ont été émis sur la vocation de l'Union à devenir une organisation de protection des droits et libertés en tant que telle¹⁶⁵⁵, tant eu égard à sa légitimité particulière qu'au danger qu'elle impose par ce biais ses conceptions aux États membres. Il demeure que l'Union possède bien une compétence quant aux droits fondamentaux qui dépasse les compétences ponctuelles accordées par les traités, mais qui dépend de ses compétences attribuées préalablement, soit par les compétences subsidiaires, soit par les compétences matérielles attribuées explicitement aux institutions.

956 En effet, une politique des droits fondamentaux pourrait trouver son fondement dans les « compétences subsidiaires prévues par les traités »¹⁶⁵⁶, puisque tant la clause de flexibilité que la clause d'harmonisation pourraient bénéficier d'une nouvelle interprétation généreuse¹⁶⁵⁷. Ce faisant, la clause de flexibilité pourrait être une base juridique dans la mesure où les droits fondamentaux peuvent être considérés comme un objet de l'Union (pour la première), ce qui fut visiblement le cas par le législateur européen qui a par exemple créé l'Agence des droits fondamentaux sur ce fondement¹⁶⁵⁸. D'autre part, on a pu mettre en avant la clause d'harmonisation comme une possible base juridique à une politique européenne d'harmonisation

¹⁶⁵⁴ Cette idée est explicitée dans J. H. H. WEILER et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme », préc., p. 163. « Il nous paraît incontestable que les institutions politiques peuvent adopter des mesures relatives aux droits de l'homme dans tous ces domaines qui sont régis matériellement par le droit communautaire, au titre d'une compétence soit exclusive soit parallèle, et, en vertu de laquelle, la législation relative aux droits de l'homme soit aurait pour objet les institutions communautaires, soit serait complémentaire de la législation et des politiques de la Communauté. »

¹⁶⁵⁵ Voir par exemple A. VON BOGDANDY, « The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union », *CML Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 1307-1338; M.-J. REDOR, « La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux » dans S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M.-J. REDOR, dir., *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 13-30.

¹⁶⁵⁶ Voir supra § 518 et s.

¹⁶⁵⁷ Grainne de Burca se demande ainsi « whether the existing legislative and other powers of the EU are likely to be re-oriented and infused with a range of different values and considerations by the enactment of the Charter as a constitutional instrument ». G. D. BÚRCA, « Human Rights: The Charter and Beyond », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, 2001, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013601.html>>.

¹⁶⁵⁸ Ainsi l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes naît du règlement CE n°1035/1097 du Conseil du 2 juin 1997, JO L 151 du 10 juin 1997, p.1, et est fondé sur la clause de flexibilité, tout comme l'Agence des droits fondamentaux qui lui succèdera en 2007. Voir A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux », préc., p. 450 et s.

des droits et libertés, car « les mesures des États membres destinées à protéger les droits de l'homme fondamentaux pourraient constituer un obstacle à une des libertés fondamentales »¹⁶⁵⁹. La clause d'harmonisation a ainsi permis l'adoption de la *Directive 95/46/EC* sur les données à caractère personnel¹⁶⁶⁰, ce qui a pu faire l'objet de critiques¹⁶⁶¹. La première opposition de certains parlements nationaux dans le cadre du mécanisme d'alerte portant sur le respect du principe de subsidiarité¹⁶⁶² s'est d'ailleurs faite à propos d'une proposition de règlement fondée sur cette clause d'harmonisation¹⁶⁶³. La Commission avait en effet proposé d'harmoniser l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de service, alors même que le droit de grève est exclu de la compétence de l'Union¹⁶⁶⁴. À la suite de cette levée de boucliers nationaux, la Commission a retiré sa proposition. Ceci démontre à la fois l'impact possible d'une telle clause sur la diversité des régimes juridiques nationaux portant sur un droit fondamental pourtant exclu explicitement de la compétence législative de l'Union et l'utilité du mécanisme d'alerte politique quant au respect du principe d'attribution des compétences.

957 Mais au-delà de l'exercice de compétences sectorielles en matière de droits fondamentaux, demeure la question d'une compétence générale. La doctrine a pu à cet égard avancer que la capacité normative des institutions européennes découlerait de l'interdiction qui s'impose au législateur européen de violer les droits fondamentaux communautaires, telle qu'elle découle de la jurisprudence ou de la *Charte*, dans l'exercice de ses compétences. Ainsi en agissant dans ses domaines attribués, le législateur doit non seulement s'abstenir de porter atteinte aux droits fondamentaux¹⁶⁶⁵, mais bien souvent définir une réglementation, un régime juridique précis, afin

¹⁶⁵⁹ J. H. H. WEILER et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme », préc., p. 159. Les auteurs proposent néanmoins que le principe de subsidiarité puisse être un préalable à une telle harmonisation

¹⁶⁶⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (*JO* L 281, p. 31).

¹⁶⁶¹ Voir A. KNOOK, « The Court, the Charter, and Vertical Division of Powers in the European Union », *CML Rev.*, vol. 42, 2005, pp. 367-398. L'auteur dénonce en particulier deux arrêts dans lesquels la base juridique de la directive en question n'est pas examinée par la Cour de justice : CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, *Rec.* 2003, p. I-12971; CJCE, 20 mai 2003, *Rechnungshof contre Österreichischer Rundfunk et autres*, aff. C-465/00, *Rec.* 2003, p. I-04989. Aujourd'hui une base juridique spécifique existe dans le traité, voir supra § 945.

¹⁶⁶² Voir supra § 201.

¹⁶⁶³ Sur ce sujet voir O. De SCHUTTER, « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *JDE*, 2013, pp. 159-165, spéc. p. 159 et s.

¹⁶⁶⁴ Article 153, § 5, TFUE.

¹⁶⁶⁵ C'est pourquoi il a d'ailleurs tendance à rappeler le respect des droits fondamentaux dans les préambules des actes de droit dérivé, davantage pour démontrer une volonté politique de s'y conformer, et contribuer à la

de prévenir toute atteinte et se conformer à cette obligation de respect des droits fondamentaux, qui peut être une « obligation positive »¹⁶⁶⁶. C'est parce que la protection des droits fondamentaux peut exiger une intervention positive dans le cadre d'une compétence attribuée¹⁶⁶⁷ que le législateur possède une « compétence normative indirecte »¹⁶⁶⁸, une compétence issue et limitée par la compétence formelle principale de l'Union. Par exemple, la directive sur la télévision sans frontière¹⁶⁶⁹ a pour objet la libre prestation de service quant à la diffusion des émissions de télévision, mais doit préserver la liberté d'expression et le pluralisme. Pour ce faire, elle interdit par exemple le parrainage des émissions de télévision et réglemente précisément les publicités interdites ce qui constitue une limitation de la liberté d'expression. Ici, le but reste le marché intérieur même s'il y a harmonisation d'une liberté fondamentale dans un secteur donné¹⁶⁷⁰. Dans l'affaire *Digital Rights Ireland*¹⁶⁷¹, l'Avocat général a ainsi considéré que dès lors que le législateur européen avait exercé sa compétence relative à la réglementation des données personnelles, dont notamment les modalités de rétention se trouvaient harmonisées, il ne pouvait s'en remettre aux États membres pour protéger les droits fondamentaux de la personne y afférant, le droit à la vie privée notamment¹⁶⁷².

958 De la même manière, on a pu parler de pouvoirs normatifs fonctionnels en matière de droits fondamentaux¹⁶⁷³, qui constituent de véritables pouvoirs fondés sur une obligation de respecter les droits fondamentaux, mais non autonomes, dans la mesure où ce pouvoir législatif dépend d'une autre fonction, d'un pouvoir indépendant des droits de l'homme qui ont été conférés aux institutions.

légitimation de l'Union que dans une perspective purement juridique : R. TINIÈRE, « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : Le discours sans la méthode », en ligne: *Revue des Droits et Libertés Fondamentales*, 2013, <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=4023>>.

¹⁶⁶⁶ On peut faire une analogie avec les obligations positives telles que celles mises en œuvre dans le cadre conventionnel, dans ce sens : O. De SCHUTTER, « The Implementation of the EU Charter », préc.

¹⁶⁶⁷ J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes », préc., p. 1021. L'auteur explique par exemple que la directive 93/119/CE sur l'abattage ou la mise à mort des animaux (22 décembre 1993, *JO* L 340 du 31 décembre 1993, p. 21) est fondée sur le fonctionnement du marché intérieur (article 37 du TCE), mais qu'afin de préserver la liberté religieuse elle permet que l'obligation d'étourdissement ne soit pas applicable aux méthodes d'abattages imposées par certaines religions. Pour autant le législateur ne dispose pas d'une compétence sur la liberté religieuse en tant que telle.

¹⁶⁶⁸ C. BLUMANN, « Les compétences de l'Union Européenne en matière de Droits de l'Homme », préc., p. 14.

¹⁶⁶⁹ La directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989, *JO* L298 du 17 octobre 1989, p. 23

¹⁶⁷⁰ J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes », préc., p. 1021.

¹⁶⁷¹ CJUE (G.C.), 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12, *non encore publié*.

¹⁶⁷² Conclusions de l'Avocat général Cruz Villalon du 12 décembre 2013, dans *ibid.*, § 120. La Cour conclut comme l'Avocat général à de graves ingérences dans le droit à la vie privée et à l'invalidité de la directive 2006/24.

¹⁶⁷³ Soient des « functional rule-making powers » P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *CML Rev.*, vol. 39, 2002, pp. 945-994, spéc. p. 983 et s.

- 959 En réalité, il se pourrait que se demander si l'Union détient une compétence de protection des droits fondamentaux soit un problème mal posé. Comme l'explique Jean-Paul Jacqué, « la discussion sur l'existence d'une compétence générale est stérile »¹⁶⁷⁴, dans la mesure où c'est l'obligation de respect des droits fondamentaux qui permet au législateur d'agir pour éviter leur violation et non une compétence. Autrement dit, les droits fondamentaux ne sauraient relever d'une compétence dans la mesure où ils n'ont pas la nature d'une norme habilitante, permettant de délimitant les domaines d'action d'un pouvoir, mais relèvent de la catégorie des normes de prescription¹⁶⁷⁵. Les droits fondamentaux demandent une conformité ou une compatibilité avec une règle substantielle, de faire quelque chose ou de ne pas faire, de manière à limiter l'action d'un pouvoir (et lui octroyer une légitimité¹⁶⁷⁶). La question du titulaire ou du domaine dans lequel elle s'exerce lui est étrangère, les droits fondamentaux pouvant s'immiscer dans tous les domaines de l'activité normative. Ce faisant, le détenteur d'un pouvoir habilité à agir dans un domaine donné doit respecter les normes de protection, et peut en outre formaliser cette obligation en édictant une norme de protection des droits et libertés, qui dès lors n'a vocation à s'appliquer qu'à lui-même et conformément à son champ de compétence (le titulaire et le domaine étant fixé par ailleurs). C'est en ce sens que l'on peut comprendre l'édiction de la *Charte des droits fondamentaux*, avant qu'elle n'entre dans le droit primaire¹⁶⁷⁷.
- 960 S'il n'existe pas de compétence européenne en matière de droits fondamentaux, il ne peut alors pas y avoir de centralisation, on peut toutefois déceler une certaine homogénéisation par le législateur européen à travers des normes de protection.

2. Une centralisation *stricto sensu* introuvable, une homogénéisation législative possible

- 961 En réalité, quelle que soit la manière de présenter la nature de ce pouvoir normatif des institutions politiques de l'Union sur les droits et libertés, qu'il nécessite de se rattacher

¹⁶⁷⁴ J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes », préc., p. 1018.

¹⁶⁷⁵ É. DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences », préc., p. 379 et s.

¹⁶⁷⁶ Pour Édouard Dubout, « ils servent uniquement à envelopper l'action politique, à la légitimer et non à la substantier » : *ibid.*, p. 382.

¹⁶⁷⁷ Ce qui complique le problème dans l'Union européenne, est alors dû au plurijuridisme spécifique qu'elle met en place. Le titulaire de ce pouvoir sera bien entendu les institutions européennes, mais aussi dans une certaine mesure les États et leurs organes qui en sont les agents d'exécution. De plus ce domaine d'action européen fait l'objet d'une délimitation très large, évolutive et téléologique. Ces deux particularités rendent alors bien difficile la délimitation du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union : voir *infra* § 1106 et s.

matériellement au droit communautaire, qu'il soit accessoire ou fonctionnel, il est inséparable de la répartition des compétences préalable entre les niveaux de gouvernance¹⁶⁷⁸. Autrement dit, le respect des droits fondamentaux n'implique pas que les institutions européennes puissent utiliser cette obligation pour agir en dehors de la répartition des compétences afin de mener une politique propre. L'obligation ne donne pas naissance à un titre de compétence autonome, mais à un pouvoir normatif encadré en amont¹⁶⁷⁹. Autrement dit, les obligations, issues notamment de la *Charte*, ne sauraient impliquer un pouvoir européen et donc ne sont pas une source de centralisation.

962 Ceci a été rappelé avec insistance dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Les rédacteurs de la *Charte* ont voulu éviter qu'elle puisse modifier la répartition des compétences entre les États membres dans les clauses horizontales¹⁶⁸⁰. Ainsi, l'article 51, 2 de la *Charte*¹⁶⁸¹ prévoit que :

« La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités ».

963 Cette exigence est répétée dans le traité lui-même dans l'article 6-1 al 2 du TUE : « Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ». Ce qui démontre la préoccupation¹⁶⁸² voire l'obsession du pouvoir constituant pour que les obligations découlant de la *Charte* ne modifient pas l'attribution des compétences ou leur exercice qui dépend du principe de subsidiarité¹⁶⁸³. Ceci découle davantage d'une incompréhension¹⁶⁸⁴ qui est apparue parmi les membres de la Convention qui ne

¹⁶⁷⁸ Notons en outre que le domaine d'action de l'Agence des droits fondamentaux tel que le Règlement n°168/2007 du Conseil du 15 février 2007, JO L 53 du 22 février 2007, p. 53 le prévoit est limité au champ d'application du droit communautaire puisque qu'elle exécute ses tâches, notamment d'assistance et d'expertise en matière de droits fondamentaux, « dans le cadre des compétences de la Communauté » (article 3 alinéa 2). Voir A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux », préc., p. 459 et s.

¹⁶⁷⁹ Jean-Paul Jacqué pousse la logique jusqu'à refuser le terme de compétence. J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes », préc., p. 1014 et 1019 et s.

¹⁶⁸⁰ On appelle « clauses horizontales » les « dispositions applicables à l'ensemble des droits consacrés » F. PICOD, « Article II-111 » dans L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, dir., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, pp. 643-657, p. 644. L'expression est surtout utilisée dans le cadre européen, mais peut aussi bien s'appliquer s'agissant de la *Charte canadienne*.

¹⁶⁸¹ Le préambule de la *Charte* fait aussi référence à ce respect des compétences.

¹⁶⁸² F. PICOD, « Article II-111 », préc., p. 652 et 656 et s.

¹⁶⁸³ Le préambule de la *Charte* le rappelle « La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité » les droits fondamentaux.

¹⁶⁸⁴ J.-P. JACQUÉ, « Le Traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, 2008, p. 34, spéc. p. 39.

comprenaient pas comment certains droits pouvaient être proclamés dans la *Charte* alors que l'Union n'y possédait aucune compétence dans le domaine, par exemple la peine de mort, et qui selon eux risquait de donner naissance subrepticement à une compétence communautaire¹⁶⁸⁵. Or comme nous venons de le démontrer, du point de vue de la logique des droits fondamentaux cette crainte n'était pas fondée¹⁶⁸⁶.

964 De plus, la jurisprudence de la Cour de justice avait admis ce principe bien avant que le *Traité de Lisbonne* n'introduise ces clauses de « sauvegarde des compétences communautaires »¹⁶⁸⁷. Dans l'arrêt *Grant* en 1998, la Cour affirmait que « si le respect des droits fondamentaux qui font partie intégrante de ces principes généraux constitue une condition de la légalité des actes communautaires, ces droits ne peuvent en eux-mêmes avoir pour effet d'élargir le champ d'application des dispositions du traité au-delà des compétences de la Communauté »¹⁶⁸⁸.

965 Le pouvoir législatif de l'Union ne se trouvant pas modifié, n'ayant pas de compétence nouvelle, il ne peut y avoir de centralisation au sens classique du terme. Comme au Canada, s'il y a centralisation c'est la répartition des compétences opérée en amont qui en est la véritable source. Cependant à la différence du cas canadien, le législateur européen peut harmoniser ou unifier un domaine juridique lorsqu'il décidera de réglementer incidemment à sa compétence principale l'exercice sectoriel d'un droit fondamental. Il agit dans son domaine de compétence et encadre une liberté dans l'objectif de la respecter, mais exerce bien une action homogénéisatrice dans ce secteur particulier. Ceci est dû à l'intégration fonctionnelle communautaire¹⁶⁸⁹, qui fait d'ailleurs l'objet d'une interprétation très généreuse de la Cour de justice.

¹⁶⁸⁵ Voir aussi : G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, 334 p., p. 253.

¹⁶⁸⁶ On a pu ainsi avancer l'idée que la « valeur ajoutée » d'une telle clause serait que cette disposition introduirait une forme de hiérarchie entre les dispositions portant sur les compétences et celles de la *Charte*. J. B. LIISBERG, « Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 1171-1199, spéc. p. 1191. « The Charter explicitly says that it is not an instrument of competences, only of rights. It does not address conflicts of norms outside the sphere of the Charter. It might even be argued that the Charter, through Article 51(2), preserves not only the competences of the Union institutions (including the Court) but also, indirectly, the content and hierarchical order of Community measures based on these competences ».

¹⁶⁸⁷ Sans compter la déclaration tchèque qui l'affirme également : J.-P. JACQUÉ, « Le Traité de Lisbonne. Une vue cavalière », préc., p. 40.

¹⁶⁸⁸ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.* 1998, p. I-00621.

¹⁶⁸⁹ Ce faisant « la construction d'un régime communautaire des droits fondamentaux est alors naturellement liée au progrès dans l'intégration communautaire » J.-P. JACQUÉ, « Droits fondamentaux et compétences internes », préc., p. 1028.

- 966 Les instruments plurijuridiques du droit dérivé communautaire¹⁶⁹⁰ appliqué aux droits et libertés démontrent que cette homogénéisation, notamment fondée sur des bases juridiques contestées comme la clause de flexibilité, ne peut avoir que des effets relatifs sur la diversité juridique lorsqu'il s'agit de mettre en place une coordination¹⁶⁹¹. Ils sont toutefois plus dommageables lorsqu'il s'agit d'harmoniser l'exercice d'un droit fondamental dans un secteur donné. Ainsi l'Agence des droits fondamentaux dans le cadre de sa mission d'expertise, d'informations, de diffusion des meilleures pratiques et de dialogue avec les institutions et la société civile¹⁶⁹², relève davantage d'une technique de coordination mise en place par le législateur européen.
- 967 Enfin, si le pouvoir normatif des institutions européennes en matière des droits et libertés est consubstantiel à l'obligation de respecter les droits fondamentaux, dans son domaine d'action, alors il dépend nécessairement de l'interprétation donnée par la Cour de justice de cette obligation, qui pourra être positive dans certains cas¹⁶⁹³. Si bien que finalement il appartiendra bien à la Cour de Luxembourg de déterminer l'étendue de cette obligation pesant sur le législateur en déterminant le champ d'application des droits fondamentaux communautaires. La conjonction d'une extension du champ d'application matériel des droits et libertés européennes¹⁶⁹⁴ et d'obligations positives de les respecter, déterminées par la Cour, peut dès lors engendrer une forme de centralisation. Elle est certes indirecte puisque la mesure européenne vise avant tout une réglementation relevant de son domaine d'action,¹⁶⁹⁵ mais puisqu'elle régit aussi l'exercice des libertés elle contribue à l'homogénéisation des régimes juridiques. Cela sera par exemple le cas lorsque le législateur européen devra à nouveau légiférer sur la rétention des

¹⁶⁹⁰ Voir supra, § 236 et s.

¹⁶⁹¹ C'est le cas de la mise en place de l'Agence des droits fondamentaux qui dans sa mission de suivi du respect des droits fondamentaux par l'Union et les Etats membres ne dispose ni de pouvoirs décisionnels ni de sanction et assume une mission d'expertise et de coordination.

¹⁶⁹² A. ILIOPOULOU, « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux », préc., p. 468 et s. L'Agence pourrait ainsi être un moyen de mettre en œuvre la méthode ouverte de coordination en matière de droits fondamentaux : O. De SCHUTTER, « The Implementation of the EU Charter », préc.

¹⁶⁹³ La Cour a par exemple affirmé qu'une « intervention des institutions communautaires s'impose, en particulier, si le passage à l'organisation commune des marchés porte atteinte aux droits fondamentaux protégés par le droit communautaire de certains opérateurs économiques, tels que le droit de propriété et le droit au libre exercice des activités professionnelles » CJCE, 26 novembre 1996, *T. Port GmbH & Co. KG contre Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, aff. C-68/95, *Rec. 1996*, p. I-06065, § 40. Pour certains auteurs cette affirmation démontre qu'une telle compétence législative est inhérente à tous les domaines de compétence de la Communauté J. H. H. WEILER et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme », préc., p. 156. Pour d'autres cette affirmation démontrerait davantage que la Cour pourrait instaurer une telle obligation en l'absence de rattachement à un pouvoir de l'Union. Voir A. KNOOK, « The Court, the Charter, and Vertical Division of Powers », préc., p. 386.

¹⁶⁹⁴ Voir infra § 1119 et s.

¹⁶⁹⁵ Domaine d'action qui est potentiellement très large dès lors que les clauses de flexibilité et d'harmonisation peuvent être une base juridique à l'action du législateur sans véritable contrôle visiblement de la Cour de justice.

données personnelles dans le respect du droit à la vie privée après la décision *Digital Rights Ireland*¹⁶⁹⁶.

- 968 Finalement, tant au Canada qu'en Europe les différents niveaux de gouvernance disposent d'une compétence législative relative aux droits fondamentaux. Lorsque de telles compétences n'ont pas été attribuées expressément par les normes fondatrices du plurijuridisme, force est de constater que le pouvoir normatif sur les droits et libertés se rattache aux autres compétences, celles qui ne relèvent pas spécifiquement des droits et libertés. Ce faisant, l'étendue substantielle des droits fondamentaux telle que consacrée dans les instruments de protection de la personne n'a pas d'influence sur le pouvoir d'agir de tel ou tel niveau de gouvernance.
- 969 En revanche, le raisonnement pour arriver à une conclusion semblable sur l'existence d'une compétence accessoire ou indirecte des droits et libertés est un peu différent au Canada et en Europe en raison de leurs divergences dans leur plurijuridisme. En effet au Canada, il existe une répartition matérielle complète des compétences politiques (législatives et exécutives). Il est donc logique en raison de la nature transversale des droits et libertés que le pouvoir normatif afférent dépende des matières préalablement attribuées à l'un ou l'autre des niveaux de gouvernance. En revanche, l'Union européenne est fondée sur une répartition fonctionnelle des compétences selon un principe d'attribution, certes assoupli. Cela explique le besoin de démontrer l'existence d'une telle compétence¹⁶⁹⁷, alors que les droits fondamentaux innervent, tout comme au Canada, l'ensemble des activités normatives, y compris celles du législateur européen.
- 970 Par conséquent, un tel pouvoir normatif quant aux droits fondamentaux étant à la disposition tant du gouvernement fédéral canadien que des institutions européennes, une dynamique d'homogénéisation due aux droits fondamentaux est envisageable, même si elle dépend d'une compétence principale. Il peut d'abord y avoir une centralisation par les droits et libertés pour des raisons politiques, mais dans une perspective purement juridique, on ne peut considérer que le pouvoir central se trouve augmenté par rapport aux autonomies normatives englobées. Toutefois, le fonctionnement plurijuridique existant en dehors des droits fondamentaux peut pousser dans l'Union européenne à un mouvement d'unité dans des régimes juridiques sectoriels des droits et libertés. D'autre part, la particularité du fédéralisme canadien actuel permettant des

¹⁶⁹⁶ *Digital Rights Ireland*, préc.

¹⁶⁹⁷ D'où l'idée de démontrer que le fondement de la compétence normative sur les droits fondamentaux est davantage lié à l'obligation de s'y conformer.

chevauchements de compétences et tendant vers un fédéralisme coopératif pose des défis quant aux politiques relatives aux droits et libertés, qui peuvent ainsi favoriser ponctuellement et indirectement le niveau fédéral ou fédéré.

971 Au final, juridiquement, les pouvoirs des institutions politiques des différents niveaux de gouvernance en matière de droits et libertés ne se trouvent pas fondamentalement changés par l'apparition des droits et libertés et des instruments de protection. Ce sont davantage les fonctionnements plurijuridiques antérieurs qui peuvent favoriser la centralisation ou la décentralisation dont les droits fondamentaux ne sont qu'un des facteurs. La dynamique vers l'unité juridique est autrement plus problématique lorsqu'elle est le fruit du processus de l'uniformisation qui est opéré par les juridictions, car elle crée précisément un espace décisionnel qui n'était pas nécessairement prévu dans le fonctionnement préalable des espaces plurijuridiques.

II. L'homogénéisation potentielle en raison de l'uniformisation des valeurs par le juge suprême

972 Le risque d'une homogénéisation par le contentieux des droits de la personne des espaces plurijuridiques est consubstantiel à son existence au niveau global (A). Il a pu être partiellement anticipé dans certaines clauses horizontales des instruments de protection qui ont tenté de le contenir sur certains aspects (B).

A. Un espace décisionnel prétorien fondé sur les droits et libertés ayant un effet uniformisant

973 L'homogénéisation par l'action du juge résulte du contrôle des décisions et des règles émanant de tout l'espace plurijuridique, ce contrôle agissant comme un entonnoir au bout duquel les seules règles et décisions permises sont celles qui correspondent à une vision unique de la protection des droits et libertés, la vision de la juridiction suprême. Ce faisant, les règles et les décisions issues des différents espaces finissent par être similaires, voire identiques, en étant soumises à ce contrôle prétorien unique. Cet espace décisionnel prétorien correspond donc à l'imposition de droits et obligations (en matière de droits et libertés) aux autorités diverses de l'espace plurijuridique.

974 Par conséquent, il s'agit d'un espace décisionnel qui encadre des prises de décisions et l'édiction de normes prises par d'autres autorités. La multiplication des contraintes imposées par cet organe

unique finit par réduire tellement les différentes possibilités normatives qu'il en résulte une proximité normative. Cet encadrement juridictionnel constitue donc à la fois une limite à l'autonomie normative dont dispose chacune des autorités décisionnelles de l'espace plurijuridique et une dynamique aboutissant à une identité ou une similitude des règles juridiques. Par exemple chaque fois que la Cour suprême du Canada déclarera une législation provinciale inconstitutionnelle sur le fondement de la *Charte*, une telle mesure deviendra automatiquement interdite pour les autres provinces¹⁶⁹⁸, c'est ce qu'on a pu appeler une « norme uniforme négative »¹⁶⁹⁹. Il se peut aussi que les juges imposent des obligations dites positives, dans le cadre d'un litige particulier à l'encontre d'un pouvoir normatif, et qui s'imposeront ensuite à tous¹⁷⁰⁰, sous réserve du champ d'application des droits fondamentaux.

975 Ce faisant, les différentes normes issues de ces espaces se trouvent petit à petit élimées et émoussées, par une force de corrosion identique, à cause de la série d'obligations de plus en plus précises et spécifiques forgées par le corps judiciaire qui découle de l'impératif de respecter les droits et libertés du texte suprême.

976 Par exemple¹⁷⁰¹, le principe d'égalité appliqué de manière extensive peut conduire à donner les mêmes droits et obligations à tous sans tenir compte des particularismes et des choix collectifs faits par les sociétés dans lesquels se situent les individus¹⁷⁰². De la même manière, la protection de la liberté de religion peut donner lieu à une uniformisation de la manière d'appréhender la religion dans les espaces publics et privés (en exigeant des accommodements raisonnables

¹⁶⁹⁸ En ce sens, voir D. PINARD, « Les dix ans de la Charte canadienne », préc., p. 204. « L'existence d'une charte des droits uniforme, ultimement mise en œuvre par le plus haut tribunal du pays, ne peut, à long terme, que standardiser les choix possibles pour les assemblées législatives provinciales. C'est ce plus haut tribunal qui définira le contenu des nouvelles normes nationales que sont les droits et libertés. Ces nouvelles normes prévaudront désormais aussi dans ce qui était auparavant compris comme étant le champ d'exercice de la souveraineté provinciale. »

¹⁶⁹⁹ J. WOEHLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne », préc. E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 332.

¹⁷⁰⁰ Voir par exemple au Canada l'exigence d'une traduction gestuelle dans les hôpitaux pour les personnes sourdes : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

¹⁷⁰¹ Les exemples jurisprudentiels seront examinés avec précisions dans la troisième partie afin d'analyser le raisonnement prétorien qui aboutit à l'imposition d'un standard unique.

¹⁷⁰² Du côté de l'Union européenne, l'affaire *Tanja Kreil* est assez emblématique, la Cour de justice y estime que le principe d'égalité des sexes s'oppose à l'application de l'art 12a de la *Loi fondamentale* allemande excluant d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes. CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98, *Rec. 2000*, p. I-00069. Voir infra § 1400. Du côté du Canada on peut citer l'application à l'Alberta du principe de non-discrimination en fonction des préférences sexuelles, voir par exemple *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Voir infra § 1054 et 1386.

partout au Canada par exemple¹⁷⁰³). Ou encore l'imposition des droits démocratiques fondés sur l'élection pourrait entrer en contradiction avec les pratiques traditionnelles de gouvernance autochtone¹⁷⁰⁴ et anéantirait en fin de compte tout mode de gouvernance différent de celui valorisé dans les sociétés occidentales. Cette potentielle homogénéisation des régimes juridiques explique en partie que le droit de propriété soit absent de la *Charte canadienne*¹⁷⁰⁵. La propriété étant une compétence des provinces canadiennes, une protection constitutionnelle aurait entraîné une uniformisation pancanadienne des régimes juridiques provinciaux relatifs aux biens, et sans pour autant qu'un quelconque changement dans la répartition des compétences ne soit opéré.

977 Ainsi, le caractère nécessairement flou et large des obligations textuelles dans les instruments de protection des droits et libertés implique une marge d'interprétation très large pour les organes juridictionnels chargés de les mettre en œuvre¹⁷⁰⁶. Cette marge d'interprétation est telle qu'elle constitue un véritable espace décisionnel soit un foyer autonome de création de normes, dont les limites se trouvent dans les contraintes qui s'exercent sur la fonction de juger.

978 Dans le cadre de l'Union européenne, on observera que cet espace décisionnel existe en dehors du contentieux des droits fondamentaux proprement dits puisque ce qu'on appelle des libertés fondamentales en droit communautaire, c'est-à-dire grossièrement les libertés de circulation¹⁷⁰⁷, ont précisément pour objet de limiter le pouvoir des États membres (alors que les droits fondamentaux limitent aussi les institutions communautaires) qui doivent se conformer à des obligations substantielles, tout comme les droits fondamentaux¹⁷⁰⁸. Mais les libertés fondamentales communautaires sont « au service » de la construction européenne, alors que les droits et libertés se doivent d'être au service avant tout de l'individu.

979 En outre, les juges ont d'autant plus tendance à imposer des obligations identiques à tous les organes décisionnels que les droits fondamentaux sont souvent entourés d'une aura universelle et

¹⁷⁰³ Voir par exemple au Canada l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Nous reviendrons sur cette question et celle d'une possible Charte québécoise de la laïcité dans la partie 3 en infra § 1646 et s.

¹⁷⁰⁴ A. J. LONG et K. BEATY CHISTE, « Indian Governments and the Charter », préc., p. 102.

¹⁷⁰⁵ Voir supra § 745.

¹⁷⁰⁶ À propos du cas de la *Charte de l'Union européenne*, voir en ce sens M. CARTABIA, « A Pluralistic Europe of Rights », préc., p. 272.

¹⁷⁰⁷ Voir supra § 637 et s.

¹⁷⁰⁸ Voir supra § 688 et s.

d'une grande légitimité dans nos sociétés démocratiques. Ainsi la « conception transcendantale et prépolitique des droits » explique pour une grande partie cet effet uniformisateur¹⁷⁰⁹.

980 L'existence d'un texte national au Canada, la *Charte canadienne*, qui a vocation à s'appliquer à travers tout le pays, et qui a une valeur suprême (constitutionnelle) renforce le risque d'une application indifférenciée des obligations qui en découlent, et donc une uniformisation imposée par un espace décisionnel prétorien¹⁷¹⁰. La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* comporte les mêmes risques d'homogénéisation¹⁷¹¹, bien que son application soit plus restreinte et plus limitée¹⁷¹².

981 Le problème n'est pas l'imposition de limites aux pouvoirs politiques dans le but de garantir une sphère de droits et de libertés aux individus, d'ailleurs une telle unification de l'ordre juridique se produit également dans les États unitaires¹⁷¹³. Mais lorsqu'il s'agit d'espaces plurijuridiques, le problème est que l'on puisse imposer les mêmes limites à tous les pouvoirs, sans tenir compte des différences notamment de contexte et de cultures juridiques.

982 Aussi, la question de l'application uniforme des droits fondamentaux ou sa variabilité dans l'espace rejoint celle de l'universalité ou du relativisme des droits fondamentaux. Il se peut en outre fort bien que certains droits fassent difficilement l'objet de variation, par exemple l'interdiction de la torture, car ils sont fondés sur la « nature humaine » précisément. Tandis que d'autres pourraient davantage s'accommoder de variations et d'une relativisation, car ils sont « le résultat d'une pesée des intérêts, d'un aménagement forcément contingent et qui peut légitimement varier d'une époque et d'un pays à l'autre »¹⁷¹⁴. Dès lors « si on tend à définir les

¹⁷⁰⁹ J. WOEHRLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne », préc.; J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », préc., p. 53 et s.

¹⁷¹⁰ Voir en ce sens Y. DE MONTIGNY, « The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Legislative Authority of Quebec » dans D. SCHNEIDERMAN et K. SUTHERLAND, dir., *Charting the Consequences. The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, pp. 3-33.

¹⁷¹¹ En ce sens, voir notamment M. CARTABIA, « Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously », *E.C.L. Review*, vol. 5, 2009, pp. 5-31.

¹⁷¹² Voir infra § 1119 et s.

¹⁷¹³ C'est le cas par exemple en France avec ce qu'on appelle la « constitutionnalisation de l'ordre juridique » voir notamment L. FAVOREU, et al., *Droit constitutionnel*, 14 éd., Paris, Dalloz, 2012, 1077 p., p. 281 et s.

¹⁷¹⁴ J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », préc., p. 53. L'auteur prend ainsi pour exemple la question de la retraite obligatoire, combattue au nom de la non-discrimination selon l'âge, et qui pose également un problème de justice sociale et ce faisant peut faire l'objet d'une législation différente par exemple entre les provinces. Voir *Mckinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

droits comme le résultat d'un équilibre des intérêts effectué dans un contexte social et politique concret, par le processus démocratique, la possibilité d'ajuster les solutions à chaque contexte particulier apparaîtra comme un avantage »¹⁷¹⁵.

983 Ce risque de l'uniformisation prétorienne est ainsi lié à la fonction que l'on attribue aux droits fondamentaux et donc aux présupposés dogmatiques qui y sont attachés. Mais n'oublions pas que la diversité juridique peut-être mise en péril lorsque les législateurs « englobés », ceux des provinces ou les États membres par exemple décident de mettre en œuvre préventivement les standards des Chartes, telles qu'interprétées ou telles qu'ils supposent qu'elles vont être interprétées par les juridictions suprêmes. Comme l'explique James B. Kelly à propos du Canada, la protection de la diversité fédérale n'est pas de la seule responsabilité des tribunaux¹⁷¹⁶, les gouvernements provinciaux par exemple lorsqu'ils « gouvernent avec la Charte »¹⁷¹⁷, qu'ils s'assurent de la conformité de leur mesure avec les droits et libertés, ne sont pas obligés d'opter pour une uniformité pancanadienne¹⁷¹⁸.

984 Finalement le véritable enjeu se situe dans la création de ce nouvel espace décisionnel attribué aux tribunaux qui constitue la structure aboutissant à l'homogénéisation. Cette structure tendant à l'homogénéisation ne se trouve en réalité qu'imparfaitement limitée par les clauses horizontales présentes dans les Chartes de protection des droits et libertés.

B. Le défi de l'homogénéisation partiellement relevé par les clauses horizontales des instruments de protection des libertés

985 La posture des dispositions des Chartes relatives à leur « mode d'emploi » quant à cette potentielle homogénéisation peut se regrouper autour de trois axes. Les clauses horizontales peuvent concerner soit la répartition des compétences (1), soit le champ d'application des droits fondamentaux ou s'y rapportant (2) soit l'interprétation de ces droits (3).

¹⁷¹⁵ J. WOEHRLING, « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne », préc.

¹⁷¹⁶ J. B. KELLY, *Governing with the Charter*, préc., p. 183.

¹⁷¹⁷ Pour une analyse de la manière dont ils le font voir *ibid.*, p. 213 et s.

¹⁷¹⁸ Voir par exemple en infra § 1646 et s. la question d'une possible Charte de la laïcité au Québec et le problème de sa conformité à la *Charte des droits et libertés*.

1. Les clauses de neutralité quant à la répartition des compétences : une non-réponse quant à l'uniformisation prétorienne

- 986 Les clauses de neutralité quant à la répartition des compétences, respectivement l'article 31 de la *Charte canadienne* et l'article 51 al 2 de la *Charte de l'Union européenne*, ainsi que l'article 6-1 al 2 du TFUE, que nous venons d'étudier¹⁷¹⁹ ne constituent pas une réponse adaptée à l'homogénéisation due au contentieux des droits et libertés. Elles portent sur la répartition des compétences, sous-entendues législatives ou appartenant aux institutions politiques. Elles empêchent ainsi que les droits substantiels protégés par les Chartes ne puissent servir de titre de compétences aux autonomies normatives pour agir en dehors du partage des pouvoirs qui se trouve ailleurs dans les pactes fondateurs. Elles sont donc des freins à la centralisation (ou à la décentralisation). Pour autant, rien ne permet d'affirmer qu'elles constituent une limite explicite quant à l'action du juge sur la diversité juridique.
- 987 L'article 31 de la *Charte canadienne* est sans doute plus clair à cet égard puisqu'il concerne les « compétences législatives de quelque organisme ou autorité que ce soit » ce qui écarte sans hésitation les compétences juridictionnelles.
- 988 Les clauses de neutralité communautaires pourraient s'avérer plus ambivalentes, car elles mentionnent « les compétences de l'Union », et l'on pourrait argumenter que l'Union est tout aussi bien constituée des institutions politiques que de ses autorités juridictionnelles. En réalité cela n'a que peu d'importance puisque la compétence des juridictions communautaires est définie précisément ailleurs, en ce qui concerne le champ d'application des droits fondamentaux¹⁷²⁰.
- 989 Les critères de déclenchement de la compétence prétorienne en matière de droits fondamentaux sont donc les véritables limites structurelles à l'uniformisation prétorienne dans ce contentieux. Les clauses de neutralité européenne ne font que le confirmer et la clause de neutralité canadienne n'est pas pertinente sur ce point.

¹⁷¹⁹ Voir supra. § 962.

¹⁷²⁰ Nous verrons donc cet aspect dans le chapitre suivant.

2. Les clauses portant *in fine* sur le champ d'application des droits fondamentaux

a) *Le cas particulier des Peuples autochtones : une homogénéisation empêchée par les clauses des instruments de protection ? De l'article 25 de la Charte canadienne*

990 En ce qui concerne spécifiquement les peuples autochtones du Canada, l'uniformisation pose problème en raison non pas tellement de la disparition des différents droits coutumiers autochtones qu'il faudrait protéger à tout prix comme des espèces menacées, mais en raison de la volonté collective exprimée par les autochtones de continuer de régir la vie sociale dans leurs communautés de manière conforme à leurs cultures. Ce qu'il faut éviter dans une perspective pluraliste c'est bien l'hégémonisme et l'impérialisme, c'est-à-dire une homogénéisation sans consentement, sans implication des intéressés. C'est précisément ce qu'ont dû subir les autochtones avec le colonialisme et regagner la reconnaissance par l'État de l'impératif de les consulter et de pouvoir décider pour eux-mêmes n'a pas été une chose facile et ne l'est d'ailleurs toujours pas. Cet aspect pose d'autant plus problème qu'au moment des travaux de rédaction on n'a pas cherché à savoir quelles étaient les conceptions autochtones et les valeurs essentielles de leurs sociétés de manière à les inclure dans les textes¹⁷²¹. Le risque d'une imposition hégémonique des valeurs occidentales est donc important à l'aune tant du texte même que de la manière de l'interpréter par des juges peu sensibles à ces visions et valeurs autochtones¹⁷²².

991 Dans ce sens, on peut comprendre que les autochtones n'aient pas voulu perdre dans le contentieux des droits fondamentaux ce qu'ils avaient réussi à se voir reconnaître dans les instruments historiques comme la Proclamation royale, les anciens traités, mais aussi dans les reconnaissances potentielles futures via les nouveaux traités et les droits ancestraux. C'est dans cette optique que naît notamment¹⁷²³ l'article 25 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷²⁴ qui

¹⁷²¹ K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode H.L.J.*, vol. 34, 1996, pp. 61-99, spéc. p. 70. « It should not be forgotten that the Aboriginal peoples were not directly involved in patriation of the Constitution and inclusion of the charter in 1981-82; on the contrary, there was strong opposition to patriation between them ». Voir supra § 741.

¹⁷²² Voir infra § 1204 et s.

¹⁷²³ Voir aussi les articles 28 et 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui visent à protéger l'égalité entre les hommes et les femmes quels que soient les droits reconnus par ailleurs par la Constitution. D'autres instruments étatiques de protection des droits de la personne contiennent des clauses équivalentes à l'article 25 de la *Charte*, notamment la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, préc., et son initiale clause d'exemption vis-à-vis des autochtones et l'article 1.2 du projet C-21. Voir infra § 1103 et s.

¹⁷²⁴ L'article 25 s'intitule « Maintien des droits et libertés des autochtones » et se lit comme suit : « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;

prévoit que les droits de la *Charte* ne pourraient porter atteinte aux droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Cette disposition introduite en même temps que l'instauration d'une protection constitutionnelle des droits et libertés au Canada démontre bien la conscience qu'avait le pouvoir constituant de l'influence que pouvait avoir le contentieux des droits fondamentaux sur les peuples autochtones.

- 992 Mais s'agit-il d'une clause empêchant l'homogénéisation ou la centralisation par les droits et libertés ?
- 993 La jurisprudence canadienne ne s'est pas encore fixée sur l'interprétation de l'article 25, ce qui laisse son contenu et son effet encore indéterminés¹⁷²⁵.
- 994 Comme nous l'avons étudié précédemment, le pouvoir constituant a exprimé sa détermination à reconnaître les libertés des autochtones comme groupe à travers la reconnaissance de droits dans l'article 35. Nous avons démontré que cette reconnaissance correspond finalement à une forme de plurijuridisme et comprend l'admission de sphères autonomes de normativité autochtones¹⁷²⁶, mais la formulation constitutionnelle en termes de droits, et dans l'article 25 de « droits ou libertés », continue d'entretenir cette confusion entre les droits des peuples autochtones et leur autonomie normative.
- 995 En effet, la tentation est forte de raisonner dans l'optique de conflits de droits substantiels. C'est-à-dire se demander si les clauses de sauvegarde des droits et libertés des peuples autochtones vis-à-vis des droits et libertés « généraux » ou individuels ne présupposent pas l'existence d'un conflit de principe entre droits collectifs et droits individuels¹⁷²⁷. Il ne s'agit dès lors plus d'une question de structure du contentieux, mais d'interprétation substantielle¹⁷²⁸.

b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. »

¹⁷²⁵ La question a pu être posée à la Cour suprême du Canada, qui a soit écarté l'argument « compte tenu de l'argumentation limitée qui a été présentée sur ce point, il ne conviendrait pas d'énoncer, en l'espèce, des principes généraux relativement à l'art. 25 » *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, § 20 et § 51 et s. Ou ce sont simplement des opinions dissidentes qui ont argumenté la solution du litige sur le fondement de 25 : *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483. L'analyse du juge minoritaire Bastarache au § 77 et s. sera analysée infra § 1090 et s. Sur le contenu indéterminé, voir par exemple J. M. ARBOUR, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of The Charter of Rights and Freedoms », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 21, 2003, pp. 3-71.

¹⁷²⁶ Voir supra § 359 et s.

¹⁷²⁷ Voir infra § 1426. En ce sens, voir par exemple : T. ISAAC, « Canadian Charter of Rights and Freedoms: the Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 21, 2002, pp. 431-53, spéc. p. 445 et s.

¹⁷²⁸ Qui sera étudiée en partie 3.

- 996 On peut aussi analyser l'article 25 de la *Charte canadienne* du point de vue de la structure. Certes, la terminologie des droits laisse penser qu'il ne s'agit pas d'une problématique de centralisation, du moins dans le sens classique du terme¹⁷²⁹. Toutefois, l'objectif de l'article 25 de la *Charte* est bien d'éviter que les droits et libertés de la *Charte* n'anéantissent ceux reconnus dans l'article 35 de la Constitution ou d'autres, qui sont des sources d'autonomie normative. Cela concerne assurément une problématique liée au plurijuridisme.
- 997 Par exemple, il a été jugé par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Campbell*¹⁷³⁰, que la *Charte* ne puisse servir à rendre inconstitutionnelle la création d'un troisième ordre de gouvernement par traités ou la mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale autochtone¹⁷³¹. La Cour suprême de Colombie-Britannique interprète ce faisant l'article 25 comme un bouclier qui protège les droits autochtones issus de traités ou autres des effets défavorables des dispositions de la *Charte*¹⁷³².
- 998 Ainsi, selon cette interprétation de l'article 25, il s'agit d'en faire un bouclier c'est-à-dire un élément empêchant le contrôle du juge des droits fondamentaux dès lors qu'il existe un droit autochtone ancestral ou issu de traité, ce qui relève *in fine* d'une question de champ d'application de la *Charte*.
- 999 Finalement, l'article 25 pourrait être un simple équivalent fonctionnel des clauses de neutralité sur la répartition des compétences, mais qui s'applique de manière particulière dans le contexte des peuples autochtones, en particulier parce qu'il existe des droits-compétences¹⁷³³. Il se pourrait qu'il soit bien plus qu'une clause de neutralité, mais un véritable bouclier empêchant l'exercice du contrôle prétorien quant au droit fondamental dans des limites qu'ils restent encore à analyser. Une telle soustraction à la compétence juridictionnelle de protection des droits fondamentaux ferait de l'article 25 une véritable clause de prévention de l'homogénéisation par les droits

¹⁷²⁹ Il ne serait pas excessif d'utiliser le terme de centralisation dans le cadre du plurijuridisme canado-autochtone fondé sur les traités, mais lorsqu'il s'agit de droits-compétences issus des droits ancestraux de l'article 35 cela paraît trop éloigné du sens originel de la centralisation tel que nous l'avons défini.

¹⁷³⁰ *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, [2000] BCSC 1123. Voir supra § 368 et s.

¹⁷³¹ Les requérants se fondaient notamment sur l'article 3 de la *Charte*, les droits de vote des citoyens, pour défendre l'idée que seuls le Parlement et les législatures provinciales pouvaient édicter des lois au Canada. L'argument est aussi rejeté en tant qu'il suppose une distribution exhaustive des compétences législatives par l'acte constitutionnel de 1867. *Ibid.*, § 151.

¹⁷³² *Ibid.*, § 153 et s.

¹⁷³³ Voir supra § 376 et s.

fondamentaux, reste à savoir si cela est exact et le cas échéant dans quelles circonstances¹⁷³⁴. Une telle clause pourrait aussi être une clause interprétative dans le contrôle substantiel des droits fondamentaux en faveur de la diversité juridique autochtone¹⁷³⁵. Clause de neutralité, bouclier ou clause interprétative, les effets de l'article 25 restent entièrement à évaluer, la tâche est plus facile pour les autres clauses horizontales, même si pour la plupart elles reviennent finalement aussi à une question de champ d'application.

b) L'article 33 : la possibilité de déroger ponctuellement à la Charte canadienne

- 1000 Le véritable instrument juridique laissé par la *Charte canadienne* pour éviter l'homogénéisation par le contentieux des droits et libertés est la clause nonobstant, l'article 33 de la *Charte*. Elle permet au législateur, s'il le précise expressément, d'échapper à l'application de la *Charte* pour les articles 2 et 7 à 15¹⁷³⁶, c'est-à-dire de donner pleine application à une disposition législative en dépit d'une éventuelle contradiction avec une ou plusieurs des dispositions de la *Charte* précitées¹⁷³⁷. Cet article autorise le législateur à déroger à la *Charte* et non pas à l'interprétation qu'en fait la Cour suprême, mais c'est pourtant tout l'intérêt que va prendre cette disposition¹⁷³⁸.
- 1001 Certes, cette clause s'inscrit dans la tradition canadienne de la souveraineté parlementaire¹⁷³⁹ et à ce titre peut être utilisée par le pouvoir fédéral et les provinces. Mais son insertion à la demande des provinces¹⁷⁴⁰ tend à démontrer que la possibilité de conserver le dernier mot de la part des législatures provinciales sur certaines mesures n'est pas étrangère à la conservation ultime de leur souveraineté et donc à la question de l'effet intégrateur de la *Charte*.
- 1002 En théorie du moins, la clause nonobstant constitue l'arme la plus efficace contre l'effet homogénéisant de la *Charte canadienne*, mais la pratique s'avérera peu efficace. C'est ce que nous étudierons dans le cadre du champ d'application de la *Charte canadienne*, car dans le fond il

¹⁷³⁴ Voir infra § 1076 et s.

¹⁷³⁵ Voir infra § 1549 et s.

¹⁷³⁶ Article 33 de la *Charte des droits et libertés* : « Dérogation par déclaration expresse (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. Effet de la dérogation. (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte ».

¹⁷³⁷ Notons d'ores et déjà que les droits spécifiquement canadiens sont exclus de cette clause nonobstant, ce qui n'est pas un hasard, nous y reviendrons. Voir notamment M. LEBEL, « La Charte dix ans après », *R.G.D.*, vol. 25, 1994, pp. 151-154, spéc. p. 151.

¹⁷³⁸ Voir notamment : J. WALDRON, « Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 23, 2004, pp. 7-47. Nous y reviendrons plus tard.

¹⁷³⁹ Voir supra § 733 et s.

¹⁷⁴⁰ Voir supra, § 751.

s'agit bien de soustraire au juge sa compétence de protection des droits fondamentaux dès lors qu'une loi le spécifie expressément.

c) Les clauses européennes et canadiennes portant explicitement sur le champ d'application des droits fondamentaux

1003 Les deux Chartes, ainsi que tous les autres instruments de protection des droits et libertés susceptibles de s'appliquer, prévoient explicitement le champ d'application des droits que les juges doivent contrôler. L'encadrement, prévu notamment par l'article 51 de la *Charte de l'Union* et l'article 32 de la *Charte canadienne*, mais aussi développé par la jurisprudence, constitue les limites structurelles à l'homogénéisation puisqu'il commande et éventuellement restreint l'intervention prétorienne sur les droits fondamentaux¹⁷⁴¹.

3. Les clauses de non-régression et de reconnaissance de sources externes de protection des droits fondamentaux

1004 Nous les avons évoquées lorsqu'il s'est agi d'évaluer le pluralisme des sources de protection des droits fondamentaux¹⁷⁴², il s'agit des clauses de non-régression des droits fondamentaux situées respectivement l'article 26 de la *Charte canadienne* et l'article 53 de la *Charte de l'Union européenne*. Elles indiquent que les instruments « englobants » ne sauraient nier¹⁷⁴³, limiter ou porter atteinte¹⁷⁴⁴ aux autres droits fondamentaux externes¹⁷⁴⁵ aux Chartes. C'est ce faisant une reconnaissance de la possible application d'autres instruments de sauvegarde des droits et libertés, sous réserve de leur champ d'application respectif. La *Charte de l'Union européenne* fait en outre une place particulière à certaines sources lorsqu'il s'agira d'interpréter la *Charte* dans son article 52.

¹⁷⁴¹ Voir infra chapitre suivant § 1014 et s. Notons que nous aurions pu également noter l'« *opting-out* » de certains États membres quant à l'application de la *Charte de l'Union européenne*, qui aurait pu être un fondement à la non-application de la *Charte* et donc une absence d'homogénéisation à géométrie variable dans l'espace. Nous verrons qu'en réalité il n'en est rien dans le chapitre suivant.

¹⁷⁴² Voir supra § 754 et 827 et s.

¹⁷⁴³ Formulation issue de la *Charte canadienne* qui interdit la « négation » des autres droits ou libertés.

¹⁷⁴⁴ Formulations issues de la *Charte de l'Union européenne*.

¹⁷⁴⁵ La *Charte de l'Union* précise desquels il s'agit « le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ». La *Charte canadienne* est plus laconique et concerne les droits ou libertés qui « existent au Canada ».

- 1005 Notons simplement ici que ces clauses pourront se révéler utiles pour lutter contre l'uniformisation dans la mesure où elles pourront peser dans l'interprétation substantielle des juges pour y introduire éventuellement du pluralisme¹⁷⁴⁶.
- 1006 Pour conclure, ces clauses horizontales tendent à montrer que les deux missions du juge suprême, trouver un équilibre dans le plurijuridisme en particulier vis-à-vis de la répartition des compétences, et faire respecter les droits fondamentaux sont amenées à coexister. Il n'est pas toujours évident de savoir comment : si c'est une question de champ d'application des droits et libertés, de structure juridictionnelle ou d'interprétation substantielle. Certaines d'entre elles pourront servir de fondement pour faire obstacle à l'uniformisation soit en limitant l'intervention du juge quant aux droits fondamentaux, soit en lui enjoignant dans son interprétation à tenir compte de la diversité, de la situation de plurijuridisme. Il restera à déterminer ce qu'il en fera.

Conclusion du Chapitre

- 1007 Tant dans l'Union européenne qu'au Canada, la protection des droits fondamentaux pose des défis de taille au plurijuridisme. Les tensions entre le relatif et l'universel, si caractéristiques de notre monde juridique¹⁷⁴⁷, se retrouvent aussi dans les espaces plurijuridiques canadien et européen. Dès lors que l'utilité des droits fondamentaux en tant qu'instrument de limitation du pouvoir est acceptée, ils procurent à ce pouvoir une nouvelle légitimité. En plaçant la personne humaine au centre de l'ordre juridique, la protection des droits fondamentaux lui donne une légitimité, une validité axiologique, dont les pouvoirs composant l'espace plurijuridique ne peuvent qu'être demandeurs. Fondateurs des autonomies normatives, les droits fondamentaux peuvent alors devenir un objet de convoitise dont on se demande alors comment il doit être partagé entre les pouvoirs de l'espace normatif. Il se pourrait en réalité que poser la question de la protection des droits fondamentaux en termes de compétences ne soit pas la bonne approche puisqu'en tant que norme de limitation du pouvoir et non pas de délimitation des pouvoirs, ils traversent l'ensemble des actions normatives. Dès lors, si les droits et libertés perturbent l'équilibre plurijuridique au Canada et dans l'Union européenne, ce n'est pas tant parce qu'ils induisent une véritable centralisation, mais plutôt qu'ils provoquent une uniformisation en raison du contrôle prétorien. S'il est apparu dès le départ que la protection des droits et libertés pouvait

¹⁷⁴⁶ Voir infra partie 3. C'est aussi le cas de l'article 25 de la *Charte canadienne*.

¹⁷⁴⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel (Les forces imaginantes du droit I)*, Paris, Seuil, 2004, La couleur des idées, 346 p.

avoir un impact sur l'équilibre fragile des plurijuridismes, il n'a pas toujours été aisé d'appréhender *a priori* les réalités exactes de ce bouleversement et d'anticiper des palliatifs. On retrouve dans les dispositions générales des Chartes englobantes à la fois la conscience du caractère transformateur des droits fondamentaux dans les relations entre les autonomies normatives et une certaine ambivalence dès lors qu'il s'agit de remédier au véritable danger qui menace les équilibres plurijuridiques, l'uniformisation par les juges suprêmes.

CONCLUSION DU TITRE I

- 1008 Protection des droits et libertés et plurijuridisme ne poursuivent pas chacun des voies parallèles, telles deux missions confiées aux juges suprêmes indépendantes les unes des autres. Il appert au contraire que les droits et libertés sont à la fois imbriqués dans le plurijuridisme préexistant et en sont aussi les agents d'une transformation future.
- 1009 D'une part la naissance de la protection des droits et libertés au niveau global, démontre tant dans l'Union européenne qu'au Canada que des enjeux politiques entre les différents niveaux de gouvernance étaient présents : les droits fondamentaux ont bien semé un certain trouble dans leurs relations.
- 1010 D'autre part, cette concurrence entre les autonomies normatives englobées et englobantes se traduit par une pluralité des sources de protection des droits et libertés. Or, cette diversité des instruments garantissant le respect des droits fondamentaux a été appréhendée par les Chartes canadienne et de l'Union européenne. En tant qu'instruments les plus récents et ayant la vocation territoriale la plus large, elles tendent à couronner leur espace plurijuridique de cette aura si nécessaire aux sociétés démocratiques : le respect de la personne humaine par la garantie de ses droits. Parachevant l'État de droit au niveau englobant, elles devaient nécessairement s'inscrire dans les acquis antérieurs de la protection des libertés. Leurs rédacteurs devaient en particulier réfléchir à leurs relations avec les instruments préexistants, ceux des autonomies normatives englobées notamment. La diversité des instruments de protection et la considération dont les Chartes font preuve à leur égard démontrent ainsi que la protection des libertés recèle une part de pluralisme.
- 1011 La manière dont les Chartes garantissent les droits qu'elles reconnaissent aux personnes attesterait que cette protection a aussi été pensée en relation avec le plurijuridisme. Les dispositions générales des instruments englobants indiquent en effet de cette préoccupation essentielle. Cela étant, tout n'a pas évalué, anticipé ou prévu pour que la protection des libertés et le plurijuridisme s'épousent harmonieusement, sans perturbation. C'est avant tout, l'effet uniformisant créé par l'espace décisionnel prétorien en charge de garantir les droits de la personne qui affecte la nature du plurijuridisme. L'équilibre plurijuridique reposant sur des mécanismes complexes et fragiles se trouve alors potentiellement altéré par les droits fondamentaux, tant du côté européen que du côté canadien. Les modalités et l'ampleur de ce

bouleversement dépendent en revanche des lignes de force structurelles propres à chacun des plurijuridismes et chacune des Chartes. Dessiner les contours de l'espace prétorien garantissant les droits fondamentaux devient alors nécessaire pour comprendre toute l'étendue que l'homogénéisation pourrait avoir.

TITRE II. LES FACTEURS STRUCTURELS PESANT SUR LA FONCTION DU JUGE SUPRÊME EN TANT QUE PROTECTEUR DES DROITS ET LIBERTÉS

- 1012 La protection des droits fondamentaux par le juge suprême recèle un potentiel homogénéisateur qui est de nature à bouleverser le plurijuridisme. Pour autant, cette homogénéisation n'est pas nécessairement identique entre l'Union européenne et le Canada. Son intensité et sa forme pourront en effet varier d'un espace à l'autre, car au niveau structurel deux facteurs auront un impact déterminant dans la mesure où ils permettent d'encadrer le juge suprême dans sa mission de protection des droits fondamentaux.
- 1013 Le premier est celui du champ d'application des instruments de protection des droits et libertés : le juge ne pourra exercer sa mission de défense des libertés que dans les limites fixées par les normes relatives aux droits de la personne elles-mêmes (chapitre 1). Le second est l'architecture juridictionnelle générale qui permet de définir sa compétence en tant que juge suprême (chapitre 2). Le premier facteur peut ainsi limiter le risque d'uniformisation par la restriction de l'application des textes (globaux notamment) et donc de leur interprétation par le juge. Le second le restreint en instaurant une forme de pluralisme dans la structure contentieuse générale. Ces deux éléments apparaissent de manière fort dissemblable entre les espaces plurijuridiques étudiés, et constituent davantage des facteurs expliquant qu'au niveau structurel le risque de mise à mal de la diversité juridique est globalement beaucoup plus important au Canada que dans l'Union européenne.

CHAPITRE 1. L'ENCADREMENT DE LA COMPÉTENCE PRÉTORIENNE DE GARANTIE

DES DROITS ET LIBERTÉS : LE FACTEUR DU CHAMP D'APPLICATION

1014 La définition du champ d'application des instruments des droits fondamentaux demande de s'intéresser au domaine de validité des normes de protection des droits et libertés. En dehors de ce domaine, les juridictions chargées de leur contrôle seront donc incompétentes pour se prononcer sur ces normes. Par conséquent, il est utile d'étudier précisément les champs d'application matériels et personnels tels qu'ils ressortent des textes et de la jurisprudence dans les deux espaces étudiés, car ils encadrent les compétences prétoriennes de garantie des droits et libertés. Cependant, la nature et l'étendue de la compétence de protection des droits fondamentaux attribuée au pouvoir judiciaire sont très différentes entre le Canada et l'Europe, ce qui explique leur étude séparée en section 1 pour le Canada et en section 2 pour l'Union européenne.

Section 1. Le champ d'application des instruments de protection au Canada

1015 La place respective des instruments étatiques de protection est déterminée par le champ d'application respectif des instruments issus des différents niveaux de gouvernance (I), ce qui laisse entrevoir une forme de complémentarité entre eux (II). En outre, la possibilité pour le législateur de déroger au texte garantissant les droits grâce aux clauses nonobstant, assure en théorie un grand respect de la diversité juridique (II). Le cas des peuples autochtones du Canada sera traité à part tant en raison de leur statut constitutionnel spécifique que de l'existence de clauses horizontales prévoyant une application différenciée les concernant (III).

I. Les champs d'application respectifs de la *Charte canadienne* et des instruments quasi constitutionnels

1016 Chacun des instruments obéit à des règles différentes quant à leur domaine d'application, il faudra donc étudier d'une part les instruments quasi constitutionnels (A) et d'autre part la *Charte constitutionnelle* (B).

A. Les champs d'application des instruments quasi constitutionnels canadiens : limités par la répartition des compétences, mais liant aussi bien l'État que les particuliers

1017 En dehors de leur statut normatif particulier, supra-législatif, mais infraconstitutionnel, les instruments quasi constitutionnels de protection des droits de la personne canadiens ont pour

point commun un champ d'application restreint à un niveau de gouvernance¹⁷⁴⁸, mais dans la plupart des cas étendu quant au champ d'application personnel.

- 1018 Ainsi la *Déclaration canadienne des droits*, et la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne peuvent s'appliquer que dans les matières de compétences fédérales¹⁷⁴⁹, par exemple à l'encontre des entreprises fédérales¹⁷⁵⁰, ou aux employés du Parlement fédéral¹⁷⁵¹. Ceci est parfaitement logique dans la mesure où ce sont formellement des lois fédérales : le Parlement canadien ne pouvait donc outrepasser les titres de compétence qui lui ont été attribués par la Constitution.
- 1019 De la même manière, les instruments de protection provinciaux se limitent aux matières de compétence provinciale. Certains instruments sont explicites à ce sujet comme la *Charte québécoise des droits* dans son article 55 que la « Charte vise les matières qui sont de la compétence législative du Québec », ou encore *l'Alberta Bill of Rights*¹⁷⁵². Mais dans d'autres textes de protection cette limitation au domaine de compétence matérielle de la province se déduit simplement de la vocation à protéger les droits et libertés dans la province affirmée dans le préambule¹⁷⁵³, dans le corps du texte¹⁷⁵⁴ ou aux références au droit de la province¹⁷⁵⁵. En tout état de cause, leur statut formel de simples lois provinciales implique le respect du droit constitutionnel canadien, dont la répartition matérielle des compétences législatives fait assurément partie. Clauses explicites ou non, la garantie provinciale des droits et libertés est circonscrite au domaine de compétence matérielle attribué par la Constitution aux provinces.

¹⁷⁴⁸ Un autre point commun entre ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels canadiens est qu'aucun ne s'appliquent aux actes posés par les assemblées législatives, fédérales ou provinciales relatifs à leur fonctionnement interne en raison du privilège parlementaire. Le principe de séparation des pouvoirs au Canada interdit aux tribunaux une ingérence dans les affaires internes aux assemblées législatives, sur la liberté de parole ou le déroulement des débats parlementaires par exemple. Voir sur les privilèges des assemblées par exemple : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p., p. 320.

¹⁷⁴⁹ Voir les articles 2, 5 (2) et surtout l'article 5 (3) précise que « les dispositions de la Partie I doivent s'interpréter comme ne visant que les matières qui sont de la compétence législative du Parlement du Canada ». L'article 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* précise que « la présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant... ».

¹⁷⁵⁰ Voir par exemple à propos de la *Loi canadienne* : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Sun Life du Canada, cie d'assurance-vie*, [1991] 3 R.C.S. 689.

¹⁷⁵¹ Voir *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, [2005] 1 R.C.S. 667, 2005 CSC 30.

¹⁷⁵² Son Article 3(3) précise : « The provisions of this Act shall be construed as extending only to matters coming within the legislative authority of the Legislature of Albe.

¹⁷⁵³ Par exemple dans le préambule du *Code des droits de la personne* de l'Ontario.

¹⁷⁵⁴ Voir par exemple l'article 3 du *Human Rights Code* de Colombie-Britannique.

¹⁷⁵⁵ Voir par exemple le *The Saskatchewan Human Rights Code*.

- 1020 De ce fait, même si les instruments quasi constitutionnels provinciaux sont constitutionnellement valides (l'examen se fera ici par rapport à la *Charte constitutionnelle*¹⁷⁵⁶), des problèmes d'applicabilité peuvent entrer en jeu. La jurisprudence sur la répartition des compétences relative aux pouvoirs accessoires ou la question de l'entrave dans le cœur de la compétence fédérale¹⁷⁵⁷ trouve dès lors ici toute sa pertinence. Ainsi, à moins de satisfaire au critère de l'entrave, les codes des droits de la personne provinciaux ont vocation à s'appliquer aux organismes ou entreprises fédérales en raison de la compétence provinciale en droit privé¹⁷⁵⁸. Dans le cas contraire, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* trouvera à s'appliquer, même si les droits protégés ne se recoupent pas nécessairement avec ceux protégés par les codes provinciaux ou la *Charte québécoise*¹⁷⁵⁹.
- 1021 En ce qui concerne le champ d'application personnel, qui permet de savoir qui peut demander à qui le respect des prérogatives garanties dans le texte, les instruments quasi constitutionnels ont généralement pour objet de contraindre tant les pouvoirs étatiques que les personnes privées. Ainsi à l'exception de la *Déclaration canadienne des droits*, qui ne s'applique qu'à l'État, les autres instruments lient tant l'État que les individus. En effet, l'article 2 de la *Déclaration canadienne* n'évoquant que les lois du Canada et la jurisprudence n'ayant jamais démontré qu'elle puisse s'appliquer directement aux personnes privées, on considère généralement qu'elle ne vise que la protection des droits que vis-à-vis de l'État¹⁷⁶⁰.
- 1022 Mais les autres instruments ont une vocation beaucoup plus large, qui permet par exemple de lutter contre les discriminations dans un cadre aussi bien public et que privé, celui des relations de travail par exemple. Ce qui permet *a priori* de mettre davantage la protection des droits de la personne dans une optique de justice sociale, d'autant plus quand les instruments de protection garantissent certains droits économiques et sociaux¹⁷⁶¹.

¹⁷⁵⁶ Voir infra § 1382 et s.

¹⁷⁵⁷ Voir supra § 461 et s.

¹⁷⁵⁸ Voir *Ontario (Commission des droits de la personne) c. Bureau national d'examen dentaire du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 121, spéc. p. 122.

¹⁷⁵⁹ En ce sens : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 939 et s. rappelons en effet que la *Loi canadienne* ne protège que contre la discrimination alors que par exemple la *Charte québécoise* couvre une substance de droits beaucoup plus importante.

¹⁷⁶⁰ En ce sens, voir notamment : *ibid.*, p. 947. Cette position apparaît toutefois contestable si l'on prend en considération que certaines dispositions ne se limitent pas textuellement à l'État et que donc rien n'interdit à ce qu'elles s'appliquent aux particuliers comme toute autre loi.

¹⁷⁶¹ Pour une analyse critique de ce préjugé, voir : G. W. ANDERSON, « Filling the "Charter Gap?" Human Rights Codes in the Private Sector », *Osgoode H.L.J.*, vol. 33, 1995, pp. 749-783.

- 1023 Ainsi la Loi canadienne permet de lutter contre les discriminations à l'encontre de « toute personne »¹⁷⁶² et parfois explicitement vis-à-vis des employeurs. C'est aussi le cas du *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique qui protège les droits et libertés à l'encontre des personnes privées puisque les garanties sont imposées via des obligations incombant à toute personne, et parfois spécifiquement à certaines personnes privées comme les employeurs¹⁷⁶³. D'autres instruments consacrent un article spécifique au champ d'application personnel quant à l'État, comme le *Code des droits de la personne* de l'Ontario¹⁷⁶⁴ ou la *Charte québécoise*¹⁷⁶⁵ tout en imposant certaines obligations aux particuliers¹⁷⁶⁶.
- 1024 À l'inverse, la *Charte canadienne* s'appliquera indistinctement à toutes les matières constitutionnelles et s'imposera aux deux niveaux de gouvernement (sous réserve des privilèges parlementaires), mais n'aura pas vocation à garantir les droits et libertés entre particuliers.

B. Le champ d'application de la Charte canadienne : une soumission de l'ensemble des pouvoirs de la fédération

- 1025 L'article 32 (1) de la *Charte canadienne* détermine qu'elle s'applique :
- « a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest ;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature ».
- 1026 Il apparaît dès lors très clairement que la *Charte* est véritablement pancanadienne, car elle s'impose à tous les pouvoirs parlementaires et gouvernementaux de la fédération : fédéraux,

¹⁷⁶² Article 4 de la *Loi canadienne* : « Les actes discriminatoires prévus aux articles 5 à 14.1 peuvent faire l'objet d'une plainte en vertu de la partie III et toute personne reconnue coupable de ces actes peut faire l'objet des ordonnances prévues aux articles 53 et 54. ».

¹⁷⁶³ Par exemple les articles 7, 8, 9, 10 et 11 commencent par « a person must not », l'article 12 « an employer must not » ou l'article 14 « A trade union, employers' organization or occupational association must not ».

¹⁷⁶⁴ L'article 47 prévoit spécifiquement « La présente loi lie la Couronne et tous ses organismes ».

¹⁷⁶⁵ L'article 54 prévoit que « la Charte lie l'État ». La *Charte québécoise* précise en outre dans l'article 56(3) que la référence aux lois dans la *Charte*, sur lesquelles elles l'emportent (article 52), comprend les règlements, décrets, ordonnance et arrêtés en conseil. Si bien que tant le pouvoir législatif qu'exécutif du Québec se trouvent finalement soumis à la *Charte québécoise*, sous réserve des privilèges parlementaires. Sur ces privilèges voir Michaud c. Bissonnette, [2006] R.J.Q. 1552, 2006 QCCA 775. Certaines dispositions de la *Charte* ne lient cependant que les pouvoirs publics (dans le chapitre IV notamment).

¹⁷⁶⁶ Par exemple dans la *Charte québécoise* les articles sur le respect de la propriété privée (article 8), l'interdiction du harcèlement (art.10.1) l'interdiction des discriminations dans la publicité (11), dans la formation d'acte juridique (12), dans l'accès aux lieux publics (15) dans l'embauche (16), sont adressés à toute personne par la forme d'une interdiction « nul ne peut... ». Parfois la *Charte* impose des obligations à certaines catégories de personnes privées, par exemple aux employeurs quant à l'égalité de traitement ou de salaire (article 19).

provinciaux et territoriaux¹⁷⁶⁷. Si cet aspect a pu soulever des débats au moment de l'élaboration de la *Charte canadienne*, tant il vrai qu'elle limite l'autonomie du pouvoir fédéral comme des provinces (et modifie par là même le plurijuridisme), il n'a pas posé de difficulté quant à l'application juridique. La soumission de toutes les lois fédérales ou provinciales n'a pas non plus posé de grandes difficultés d'interprétation. Il en est de même, globalement pour le pouvoir législatif, sauf en ce qui concerne les privilèges inhérents aux assemblées législatives dotées d'un statut constitutionnel¹⁷⁶⁸.

- 1027 En ce qui concerne notre propos, le véritable enjeu de l'article 32(1) de la *Charte canadienne* a résidé dans la définition du terme « gouvernement »¹⁷⁶⁹ auquel s'imposent les garanties individuelles¹⁷⁷⁰. Cette question est d'autant plus fondamentale qu'il faut comprendre le domaine d'application de la *Charte* en conjonction avec l'article 52 de la *Charte* qui impose la suprématie de la Constitution en rendant « inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ».
- 1028 Ainsi, la désignation des institutions étatiques à l'article 32 et la subordination des « règles de droit » à la *Charte* qu'implique l'article 52¹⁷⁷¹, tend à démontrer que le pouvoir politique institutionnalisé dans l'appareil étatique ou se manifestant à travers des normes juridiques (quelle qu'en soit la nature) est visé par le texte constitutionnel¹⁷⁷². Par conséquent, la simple exégèse du

¹⁷⁶⁷ Sur ce point l'article 30 de la *Charte* précise bien que « Dans la présente charte, les dispositions qui visent les provinces, leur législature ou leur assemblée législative visent également le territoire du Yukon, les Territoires du Nord-Ouest ou leurs autorités législatives compétentes ». Or justement en ce qui concerne le pouvoir exécutif et administratif des territoires ce serait davantage l'article 32(1)a qui les assujettirait à la *Charte*, dans la même mesure que l'est le Parlement ou le gouvernement du Canada desquels ils détiennent leurs pouvoirs territoriaux. Sur la question, voir L. TASSÉ, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés (articles 30, 31, 32, 33 et 52) » dans G. A. BEAUDOIN et E. MENDES, dir., *Canadian Charter of Rights and Freedoms = Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, Ont, LexisNexis Butterworths, 2005, pp. 72-162, pp. 74, 85 et s.

¹⁷⁶⁸ Ces privilèges parlementaires ne sont pas soumis à la *Charte* (voir *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319). De même la *Charte* ne s'applique pas aux assemblées dès lors qu'il s'agit d'amender la Constitution, voir *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627.

¹⁷⁶⁹ Voir par exemple C. BRUNELLE, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementale*, Scarborough, Carswell, 1993, 156 p.

¹⁷⁷⁰ Le titulaire des droits et libertés de la *Charte*, les individus, ne pose pas de difficulté non plus.

¹⁷⁷¹ Voir aussi l'article 15 (1) de la *Charte* qui est relatif à une norme juridique spécifique, la loi, et impose ce faisant une obligation à l'égard du législateur seulement.

¹⁷⁷² Une majorité de la doctrine allait d'ailleurs en ce sens, comme Peter Hogg et Katherine Swinton. Pour un résumé des tendances doctrinales fondées sur une interprétation littérale de la Constitution, avant la clarification jurisprudentielle, ainsi que sur des éléments d'opportunité voir D. LLUELLES et P. TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », *R.J.T.*, vol. 18, 1984, pp. 220-252, spéc. p. 224 et s.; C. BEAULIEU, « La Charte canadienne des droits et libertés: domaine d'application », *R. du B.*, vol. 52, 1992, pp. 387-435, spéc. p. 393 et s.

texte constitutionnel permet de déceler la vocation de la *Charte canadienne* à encadrer et contraindre l'action de l'État et non des particuliers¹⁷⁷³. Or nous verrons que c'est précisément ce qu'a confirmé la plus haute juridiction du Canada. Et ce refus d'appliquer la *Charte* aux personnes privées constituera un guide d'interprétation aux concepts de « gouvernement » et de « toute autre règle de droit » qui permettront d'évaluer *in fine* l'impact de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé. Ceci aura un impact sur le plurijuridisme, en raison des différentes traditions juridiques et des instruments provinciaux présents au Canada.

II. L'inapplication de la *Charte canadienne* aux rapports privés et ses conséquences quant au plurijuridisme

- 1029 Conformément au texte constitutionnel qui n'est pas équivoque sur cette question, la Cour a refusé d'étendre aux rapports entre particuliers l'application de la *Charte canadienne* (A), ceci a eu des répercussions quant au plurijuridisme puisque d'une part la question d'un impact différencié de la *Charte* vis-à-vis du bijuridisme a pu se poser (B), d'autre part parce que cette opposition prétorienne permet une complémentarité entre les différents textes de protection (C).

A. Les fondements du champ d'application de la *Charte canadienne* : L'arrêt *Dolphin Delivery*

- 1030 Les grands principes concernant l'application de la *Charte canadienne* ont été énoncés en 1986 dans l'affaire *Dolphin Delivery*¹⁷⁷⁴. En l'espèce l'action de protestation des salariés dans le cadre d'un conflit de travail n'étant pas régi par une loi, mais par la common law, la question était de savoir si l'injonction juridictionnelle d'y mettre fin, fondée sur la common law, allait à l'encontre de la liberté d'expression protégée par la *Charte*. Il s'agissait donc d'un litige privé, mais dans lequel la *Charte* pouvait trouver à s'appliquer sur deux fondements. Le premier consistait à assimiler les tribunaux au « gouvernement » visé par l'article 32 et le second à passer par l'article 52 pour appliquer la *Charte* à la common law en tant que « règle de droit ».
- 1031 La première solution a été écartée par la Cour suprême du Canada, elle y affirme ainsi que « l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit

¹⁷⁷³ *A contrario* on a pu voir l'article 32 comme ayant pour seul rôle de viser tant les institutions fédérales que provinciales et de lever l'immunité traditionnelle des lois à l'égard des instruments de protection des droits fondamentaux, voir à propos de D. Gibson : C. BEAULIEU, « La Charte canadienne des droits et libertés: domaine d'application », préc., p. 395.

¹⁷⁷⁴ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable, peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés »¹⁷⁷⁵. En outre, le juge McIntyre écrivant pour la majorité estime que l'ordonnance d'un tribunal ne saurait être assimilée à une action gouvernementale aux fins de l'application de la *Charte*¹⁷⁷⁶.

1032 Cette exclusion des tribunaux du domaine d'application personnel de la *Charte*, s'explique par le refus « d'élargir la portée de l'application de la Charte à pratiquement tous les litiges privés » et de considérer les juges comme des parties opposées dans un litige et non comme des arbitres neutres. La Cour suprême du Canada réitéra ce choix délibéré dans l'affaire *McKinney* en le fondant sur la nature libérale de la Charte, car « soumettre au contrôle judiciaire toutes les actions de nature privée et publique pourrait paralyser le fonctionnement de la société (...) restreindre la liberté d'action des particuliers »¹⁷⁷⁷.

1033 En revanche, sous l'angle de l'article 52(1), la common law en tant que règle de droit ne saurait se soustraire au respect de la Constitution et donc de la *Charte*¹⁷⁷⁸. Mais pour que la *Charte* ne continue de s'appliquer qu'à l'État et ne pose pas d'obligations constitutionnelles aux particuliers, seules les règles de common law fondant une action gouvernementale seront soumises à examen sur les bases de la *Charte*¹⁷⁷⁹. Cela étant le rôle créateur du juge dans la tradition de common law permet à la Cour suprême de ne pas exclure une application indirecte de la *Charte* aux principes de common law puisque le pouvoir judiciaire devra « expliquer et développer des principes de common law d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution »¹⁷⁸⁰. La suprématie de la *Charte* est ainsi assurée sans pour autant que le juge ou le particulier ne soit directement lié par des obligations constitutionnelles tirées de la *Charte*.

¹⁷⁷⁵ § 34, *ibid.*

¹⁷⁷⁶ § 36, « même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire » *ibid.*

¹⁷⁷⁷ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 262.

¹⁷⁷⁸ *Dolphin Delivery*, préc., § 25.

¹⁷⁷⁹ « La Charte s'applique à la common law tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la common law que dans la mesure où la common law constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis. » § 34. Autrement dit « lorsque "A", une partie privée, actionne "B", une partie privée, en s'appuyant sur la common law et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la Charte ne s'appliquera pas. » § 39, *ibid.*

¹⁷⁸⁰ § 39, *ibid.*

- 1034 Pour autant, cette distinction entre le public et le privé que nous amène à faire cette délimitation du domaine d'application de la *Charte* n'est pas si évidente à mettre en pratique¹⁷⁸¹ : cette jurisprudence a donc par la suite été abondamment commentée par la doctrine puis précisée et nuancée au fil des décisions de justice.
- 1035 En ce qui concerne en premier lieu l'application de la *Charte* précisément aux juges et aux décisions de justice, il faut d'ores et déjà noter que l'interprétation restrictive de l'article 32 ne signifie pas une soustraction totale des tribunaux à la *Charte*. Au contraire, certains droits constitutionnels s'appliquent très précisément aux tribunaux puisque les garanties juridiques prévues aux articles 7 à 14 de la *Charte* sont par nature imposables au pouvoir judiciaire. Par exemple, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (article 11 b) est une obligation qui incombe aux juridictions et implique la possibilité de demander réparation¹⁷⁸². De plus, il se peut que dans certains cas, le juge agisse comme officier du gouvernement et non pas comme un « arbitre neutre », ce qui entraîne l'application de la *Charte*. C'est par exemple le cas d'une injonction émise contre les actions de protestation, de piquetage, devant le palais de justice pour le bon fonctionnement de la justice qui constitue une action gouvernementale au sens de l'article 32¹⁷⁸³, mais pas d'une action en diffamation d'un procureur contre un avocat¹⁷⁸⁴.
- 1036 En effet, la jurisprudence subséquente de la Cour suprême du Canada s'est en second lieu attachée à définir les contours de l'article 32 en fondant une application de la *Charte* alternative entre le gouvernement au sens organique (une entité gouvernementale par nature) et au sens fonctionnel (une action gouvernementale qui peut être l'œuvre d'une entité qui n'est pas gouvernementale par nature)¹⁷⁸⁵.

¹⁷⁸¹ Voir notamment P. HUGUES, « The Intersection of Public and Private under the Charter », *R.D.U.N.-B.*, vol. 52, 2003, pp. 201-214. Plus généralement on a pu ainsi refuser une approche dualiste dans l'application de la *Charte* pour préférer des « horizons d'application » permettant une application graduée de la *Charte* : N. KARAZIVAN, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés par les valeurs : l'article 32 », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 61, 2013, pp. 241-292, spéc. p. 248.

¹⁷⁸² *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588.

¹⁷⁸³ *B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur Général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

¹⁷⁸⁴ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, § 66 à 82.

¹⁷⁸⁵ Comme l'explique la Cour suprême du Canada, pour interpréter l'article 32 « deux avenues s'offrent donc pour déterminer si la Charte s'applique aux activités d'une entité : l'examen de la nature de l'entité ou celui de ses activités. Si on conclut que l'entité fait partie du "gouvernement", soit par sa nature même, soit à cause du pouvoir substantiel que l'État exerce sur elle, toutes ses activités sont assujetties à la Charte. Si l'entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu'elle exerce tout de même des activités gouvernementales, seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la Charte » : *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295, § 16. Voir aussi *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, § 47.

- 1037 La première hypothèse consiste à soumettre au respect de la *Charte* toutes les actions des entités gouvernementales par nature. En effet, « son champ d'application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale »¹⁷⁸⁶. La jurisprudence a forgé un certain nombre de critères permettant de déterminer si les entités font partie de l'appareil gouvernemental ou non : il s'agit d'analyser la nature de l'entité, la nature de ses relations avec l'État et surtout le niveau de contrôle de l'État en général, et sur la décision d'espèce. Ainsi pour déterminer si un hôpital fait partie du gouvernement au sens de l'article 32 il faut analyser le « degré d'autonomie dont l'hôpital bénéficie dans l'ensemble » et différencier entre « le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier »¹⁷⁸⁷. De ce fait, les conseils municipaux sont des organismes gouvernementaux, notamment parce que les municipalités sont des « créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer »¹⁷⁸⁸. De la même manière, un collège peut être considéré comme « gouvernemental »¹⁷⁸⁹, tout comme certaines entités d'exploitation des réseaux de transport en commun¹⁷⁹⁰, alors que l'autonomie des universités canadiennes les range généralement dans l'autre catégorie¹⁷⁹¹.
- 1038 La seconde hypothèse consiste à soumettre à la *Charte* seulement les actions gouvernementales des organismes qui ne sont pourtant pas par nature gouvernementaux, comme les entités privées ou les juridictions. C'est par exemple le cas de la fourniture de services médicalement nécessaires qui n'est que la mise en œuvre « une politique ou un programme gouvernemental déterminé »¹⁷⁹² dans le cadre d'un hôpital non considéré comme gouvernemental par nature.

¹⁷⁸⁶ *Godbout c. Longueuil*, préc., § 47.

¹⁷⁸⁷ *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, p. 515.

¹⁷⁸⁸ *Godbout c. Longueuil*, préc., § 51 : « la Charte ne peut ainsi que s'appliquer « aux entités qu'[elles] investissent de pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence, sinon les provinces pourraient (...) éviter tout simplement l'application de la Charte en attribuant certains pouvoirs aux municipalités ». D'autres critères sont aussi entrés en jeu comme l'élection des conseillers, le pouvoir général de taxation et le « le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d'un territoire déterminé ».

¹⁷⁸⁹ *Douglas Kwantlen faculty association c. Douglas College* [1990] 3 R.C.S. 570.

¹⁷⁹⁰ *Greater Vancouver Transportation*, préc.

¹⁷⁹¹ *Mckinney*, préc., p. 236.

¹⁷⁹² *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624. Ainsi la Cour explique qu'il y a une action gouvernementale dans le refus de prodiguer les services d'un interprète gestuel à des malentendants, car « la fourniture de ces services n'est pas simplement une question de régie interne de l'hôpital, elle est l'expression d'une politique du gouvernement. Par conséquent, bien que les hôpitaux soient autonomes dans leur fonctionnement quotidien, ils sont les mandataires du gouvernement pour la fourniture des services médicaux spécifiés dans la Loi. » (§51)

B. Les conséquences quant à l'impact de la Charte canadienne sur le bijuridisme

- 1039 Finalement, c'est la manière d'appliquer de la *Charte* à la common law qui a fait couler le plus d'encre¹⁷⁹³. Les commentateurs ont pu ainsi critiquer l'exclusion de l'activité privée du champ d'application de la *Charte*¹⁷⁹⁴ ou au contraire se féliciter de la non-application de la *Charte* à la common law étant donné son mode de formation spécifique¹⁷⁹⁵. On a pu à tout le moins s'étonner après *Dolphin Delivery* que la Cour suprême n'ait pas anticipé le problème du possible impact différencié de la *Charte* quant à la common law et quant au droit civil¹⁷⁹⁶.
- 1040 Ce qui ressort en effet de la décision *Dolphin Delivery* est que la common law se trouve soumise à la *Charte* seulement dans la mesure où elle fonde une action gouvernementale. Le droit privé canadien régi par la common law ne serait donc pas affecté quant à sa validité par la *Charte canadienne* dès lors qu'on ne peut démontrer la présence d'une action de l'État. Dans le cadre de la tradition juridique romano-germanique telle qu'elle existe au Québec, le droit privé se trouve par principe codifié sous forme de loi. Or la source législative est par excellence une manifestation du pouvoir de l'État qui est indubitablement soumise à la *Charte*¹⁷⁹⁷. En common law, les principes du droit commun privé sont fixés par la jurisprudence et si le législateur ne s'en satisfait pas il peut par son action en fixer d'autres par voie statutaire, alors que dans la tradition de droit civil l'action du législateur est première, elle précède, via la codification, l'action jurisprudentielle qui éclaire les principes législatifs antérieurement posés. Cette logique « inversée » des rapports entre le juge et le législateur propre à chacune des traditions, aboutirait ainsi à ce que le droit privé commun québécois soit sous le couperet de la *Charte* alors que le

¹⁷⁹³ Pour un condensé des considérations doctrinales sur ce point voir : D. PINARD, « Les Dix Ans de la Charte Canadienne des Droits et Libertés et le Droit Civil Québécois: Quelques Réflexions », *Ottawa L.R.*, vol. 24, 1992, pp. 193-233, spéc. p. 207 et s.

¹⁷⁹⁴ Voir par exemple B. SLATTERY, « The Charters Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver? », *McGill L.J.*, vol. 32, 1986-1987, pp. 905-923.

¹⁷⁹⁵ Voir par exemple : A. REICHMAN, « A Charter-Free Domain: in Deference of Dolphin Delivery », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 3, 2001-2002, pp. 329-392.

¹⁷⁹⁶ Voir par exemple G. OTIS, « The Charter, Private Action and the Supreme Court », *Ottawa L.R.*, vol. 19, 1987, pp. 71-94, spéc. p. 87 et s.

¹⁷⁹⁷ Ainsi pour France Allard « le principe établi dans *Dolphin Delivery* quant à l'importance de la distinction entre le droit légiféré et le droit jurisprudentiel ne pouvait s'appliquer au Québec, l'idée d'un droit jurisprudentiel fondateur des autres règles n'existant pas en droit civil. » F. ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 1-72, spéc. p. 26.

droit privé des autres provinces du Canada y est soustrait parce que le premier est de source essentiellement législative et le second essentiellement jurisprudentiel¹⁷⁹⁸.

- 1041 La réalité juridique est pourtant plus complexe, d'abord parce que la common law et le droit statuaire sont plus imbriqués qu'il n'y paraît¹⁷⁹⁹, et que l'ensemble du droit civil québécois n'est pas formalisé par un acte législatif en raison des principes généraux et abstraits du code qui nécessitent une interprétation détaillée par les juridictions ou la place non négligeable de la coutume et des principes généraux du droit¹⁸⁰⁰. Finalement, beaucoup ont estimé que le droit civil et « la common law sont pour ainsi dire sur un même pied au plan de leur “fragilité” à l'égard de la Charte »¹⁸⁰¹, ou que le régime juridique particulier pour le droit civil québécois à l'égard de la *Charte* était de l'ordre de la « spéculation »¹⁸⁰² et que concrètement l'intégrité du droit civil n'était pas plus menacée que celle de la common law¹⁸⁰³. Il est vrai que la jurisprudence tend à montrer une convergence entre le traitement du droit civil et de la common law quant à la *Charte*.
- 1042 Premièrement, la common law de droit privé subit un impact de la *Charte*, puisque dans le cadre des litiges purement privés, où aucune action gouvernementale n'est en cause, si le particulier allègue que la règle de common law est contraire à la *Charte*, la common law doit être interprétée d'une manière conforme aux valeurs de la *Charte*¹⁸⁰⁴. Le juge pourra aussi reformuler la règle de common law dans une matière donnée, par exemple en matière d'ordonnance de non-publication, pour la rendre compatible avec les principes de la *Charte* comme la liberté d'expression et procéder à un nouvel équilibre avec le droit au procès équitable¹⁸⁰⁵. Bref, « les valeurs exprimées dans la Charte doivent présider à l'évolution de la common law »¹⁸⁰⁶. Cette exigence paraît

¹⁷⁹⁸ Selon France Allard, le dialogue entre la jurisprudence et la loi est ainsi différent en common law et en droit civil : *ibid.*

¹⁷⁹⁹ Voir B. SLATTERY, « The Charters Relevance to Private Litigation », préc. L'auteur y développe une théorie permettant l'application de la *Charte* à la common law par l'acte de réception de cette dernière en droit canadien. De plus nombre de règles fondatrices de droit privé ont été légiférées dans les provinces du reste du Canada : F. ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne sur le droit civil », préc., p. 27.

¹⁸⁰⁰ Voir F. ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne sur le droit civil », préc., p. 22 et s; D. PINARD, « Les dix ans de la Charte canadienne », préc., p. 208.

¹⁸⁰¹ F. ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne sur le droit civil », préc., p. 27.

¹⁸⁰² D. PINARD, « Les dix ans de la Charte canadienne », préc., p. 209.

¹⁸⁰³ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 271- 310, spéc. p. 306.

¹⁸⁰⁴ Hill, préc., § 95 et s. sur cette question voir notamment N. KARAZIVAN, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés par les valeurs : l'article 32 », préc.

¹⁸⁰⁵ Voir *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

¹⁸⁰⁶ *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, [2008] 2 R.C.S. 420, voir § 2 et 16. Voir aussi *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156. « Le piquetage secondaire est généralement légal,

parfaitement conforme au rôle inhérent des tribunaux dans les systèmes de common law dans l'évolution et la progression des règles jurisprudentielles selon les valeurs sociales¹⁸⁰⁷, tant que les « changements d'ampleur » sont laissés au législateur¹⁸⁰⁸. L'incompatibilité avec les valeurs de la *Charte*, et non avec ses droits, permet ainsi de ne pas faire peser d'obligations constitutionnelles entre particuliers et ne pas assujettir les tribunaux à une action directe à leur rencontre fondée sur la *Charte*¹⁸⁰⁹. Mais puisque les bouleversements importants de la common law doivent toujours relever de l'action du Parlement, force est de constater que, sur ce plan des principes, le droit commun québécois semble toujours davantage exposé aux contraintes constitutionnelles que le droit commun du reste du Canada.

- 1043 Deuxièmement, le Code civil québécois n'est pas si vulnérable qu'on pouvait le supposer, notamment lorsqu'il ne régit pas une situation particulière cela ne sera pas nécessairement reconnu comme une action de l'État¹⁸¹⁰. Le Code civil ou la common law constituent le droit commun en matière privée, et dans les deux cas en l'absence d'une mesure de l'État qui dicte le comportement d'un particulier ou qui provient sans équivoque du gouvernement, les droits de la *Charte canadienne* ne s'imposeront pas.
- 1044 En outre, le Code civil québécois est fondé sur le respect de la personne humaine, ce qui est parfaitement en accord avec la *Charte canadienne*¹⁸¹¹. Ainsi plus généralement, le droit civil québécois laisse une certaine place à des notions floues telles que l'ordre public, la bonne foi, les

sauf s'il comporte une conduite délictuelle ou criminelle. Cette approche fondée sur la constatation d'un acte fautif est celle qui pondère le mieux les intérêts en jeu, d'une façon conforme aux valeurs fondamentales reflétées dans la Charte canadienne des droits et libertés. » p. 186 et s.

¹⁸⁰⁷ En ce sens, voir F. ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne sur le droit civil », préc., p. 15.

¹⁸⁰⁸ Hill, préc., § 96.

¹⁸⁰⁹ « La partie qui conteste la common law ne peut alléguer que celle-ci viole un droit garanti par la Charte, tout simplement parce que les droits garantis par la Charte n'existent pas en l'absence d'une action de l'État. Tout ce que le particulier peut prétendre, c'est que la common law est incompatible avec les valeurs de la Charte. Il est très important d'établir une distinction entre les droits garantis par la Charte et les valeurs de la Charte. Il faut prendre soin de ne pas élargir l'application de la Charte au-delà de ce qui est établi au par. 32(1), soit en créant de nouvelles causes d'action, soit en assujettissant toutes les ordonnances judiciaires au contrôle fondé sur la Charte » § 95, *ibid.*

¹⁸¹⁰ Par exemple dans l'affaire *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530. opposant un père biologique à son ex-compagne afin de demander une injonction empêchant l'avortement de cette dernière, en l'absence de fondement juridique à une telle demande dans le droit civil québécois, la Cour ne décèle aucune action de l'État, aucune loi qui peut porter atteinte aux droits de l'intimé ou à ceux d'autrui et applique l'arrêt *Dolphin Delivery* et conclut à l'inapplicabilité de la *Charte canadienne* (voir p. 571). Ainsi même si le Code civil traite du statut juridique du fœtus dans le cas où il est nécessaire de le faire pour protéger ses intérêts après sa naissance, il ne lui confère pas la personnalité juridique, cette non-reconnaissance par la loi n'est pourtant pas reconnue comme une action de l'État. En ce sens et pour d'autres exemples, voir D. PINARD, « Les dix ans de la Charte canadienne », préc., p. 211. Voir aussi J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme », préc., p. 305 et s.

¹⁸¹¹ En ce sens, voir F. ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne sur le droit civil », préc., p. 55 et s.

clauses abusives ou l'abus de droit, dont l'interprétation dans le cadre des droits et libertés s'avère fondamentale. C'est en ce sens que l'application de la *Charte canadienne* à ces notions ainsi qu'aux principes généraux du droit prend tout son sens¹⁸¹² à travers les valeurs de la *Charte*¹⁸¹³. Cela étant, le reste des dispositions du Code civil aux obligations beaucoup plus déterminées demeurent entièrement soumises au respect de la *Charte*.

- 1045 La *Charte canadienne* irrigue donc les diverses sources du droit canadien, législative et jurisprudentielle, bien que sa manière de les impacter soit nécessairement différente d'une source à l'autre en raison de la nécessité posée par la Cour suprême de ne pas créer d'obligations constitutionnelles entre particuliers ou à l'égard des juges. Ce faisant, la Cour suprême s'est trouvée confrontée au dilemme consistant à adapter la manière d'appliquer de la *Charte* aux différentes traditions juridiques pour préserver leur logique propre, ou à refuser un impact différencié entre les sources du droit afin d'éviter qu'une mise en équilibre des droits soit discordante selon les traditions juridiques. C'est la première voie qu'a semble-t-il choisi la plus haute juridiction canadienne, grâce à la distinction entre les « droits » et les « valeurs » de la *Charte*.
- 1046 Cette application indirecte via les « valeurs » implique toutefois des dissemblances par rapport au raisonnement fondé sur les droits, puisque d'une part la pondération des intérêts en cause sera plus souple que sous l'angle de l'article 1^{er} (les valeurs de la *Charte* ne constituant que des lignes directrices), et d'autre part que la charge de la preuve sera plus lourde pour la partie qui conteste l'incompatibilité avec les valeurs de la *Charte*, car elle devra démontrer la teneur de cette contradiction, mais également l'absence de justification¹⁸¹⁴. Ceci pourrait donc éventuellement rejaillir dans la mise en balance des libertés qui au terme du raisonnement pourrait être discordante selon la tradition juridique en cause¹⁸¹⁵.

¹⁸¹² Pour une argumentation en faveur d'une application directe ou indirecte de la *Charte canadienne* au droit privé québécois, notamment à la notion d'ordre public voir D. LLUELLES et P. TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », préc.

¹⁸¹³ F. ALLARD, « L'impact de la Charte canadienne sur le droit civil », préc., p. 59 et s.

¹⁸¹⁴ Hill, préc., § 97 et § 98.

¹⁸¹⁵ En ce sens, en prenant l'exemple du droit de la diffamation : W. RIVERA PEREZ, « Dolphin Delivery: The Constitutional Values Standard and its Implications for Private Law in Quebec », *Ohio N.U. L. Rev.*, vol. 36, 2010, pp. 59-80.

C. La possible complémentarité entre les instruments de protection des droits et libertés au Canada

- 1047 En premier lieu cette complémentarité entre la *Charte canadienne* et les instruments préexistants de sauvegarde des libertés de la personne peut expliquer en partie le champ d'application personnel restreint de la *Charte canadienne*. En effet cet argument a été avancé dès que l'on a commencé à s'interroger sur le champ d'application de la *Charte canadienne*¹⁸¹⁶. Ceci peut justifier l'exclusion des particuliers du champ d'application personnel de la *Charte canadienne* en raison de l'existence d'autres instruments plus à même de régler ces questions, notamment en raison de leur plus grande précision dans leurs dispositions et de leur mécanisme de règlement des différends spécifiques¹⁸¹⁷.
- 1048 Dans *McKinney*, le refus d'étendre le domaine d'action de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé est ainsi plus nettement motivé par la possibilité pour le gouvernement de « prévoir des moyens plus souples pour traiter les droits des particuliers ». Ce faisant, au lieu d'imposer un « fardeau impossible aux tribunaux » en soumettant les activités privées au contrôle judiciaire, les commissions des droits de la personne créées par les instruments quasi constitutionnels « disposent de techniques plus souples pour examiner les pratiques discriminatoires, sans restreindre indûment l'exercice d'autres droits démocratiques »¹⁸¹⁸.
- 1049 En second lieu cette complémentarité peut être limitée par la supériorité normative de la *Charte*. La hiérarchie des normes permet ce faisant à la *Charte canadienne* de s'immiscer dans les rapports de droit privé via les instruments quasi constitutionnels. Certes, la *Charte* n'a pas vocation à régir les rapports entre particuliers et laisse donc cette fonction aux autres textes de

¹⁸¹⁶ Ainsi dès 1982 Katherine Swinton estime que « le but d'une charte des droits est de régir les rapports entre un particulier et le gouvernement en rendant invalides les lois et les mesures gouvernementales qui empiètent sur les droits garantis par le document, les rapports entre les particuliers étant laissés aux codes des droits de la personne, aux autres lois et aux recours de la "common law", par exemple les lois sur la diffamation ». K. SWINTON, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés » dans G. A. BEAUDOIN et W. S. TARNOPOLSKY, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, pp. 51-74, p. 55. Ses arguments de complémentarité ont été parfaitement entendus par la Cour suprême du Canada puisqu'elle cite précisément ces deux passages dans *Dolphin Delivery* sans pour autant les reprendre à son compte totalement : § 29 et 30.

¹⁸¹⁷ Ces arguments ont pu être nuancés : D. LLUELLES et P. TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », préc., p. 223 et s. Les auteurs expliquent au contraire l'intérêt d'ouvrir le champ d'application de la *Charte canadienne* aux rapports de droit privé au Québec en raison de certaines lacunes de la *Charte québécoise* qui par exemple ne prohibe pas la discrimination fondée sur la résidence provinciale.

¹⁸¹⁸ *McKinney*, préc., p. 262. Ainsi le juge La Forest écrivant pour la majorité ne nie pas que les atteintes aux droits des particuliers proviennent uniquement du gouvernement : « Mais le gouvernement peut soit les réglementer soit créer des organismes distincts afin de protéger les droits de la personne et promouvoir la dignité humaine » p. 261 et s.

sauegarde des libertés, mais de par sa suprématie constitutionnelle elle pourra toutefois avoir un impact substantiel. En effet, la *Charte* pourra s’immiscer dans les rapports de droit privé entre particuliers du fait de sa supériorité hiérarchique sur les instruments quasi constitutionnels de protection de la personne qui régissent cet aspect¹⁸¹⁹.

1050 Dès *Dolphin Delivery*, la Cour suprême admet que la *Charte* puisse avoir un impact dans les rapports entre particuliers en appréciant les mesures législatives en fonction de la *Charte*, au premier rang desquels, les instruments quasi constitutionnels de protection de la personne¹⁸²⁰.

1051 L’affaire *McKinney* nous offre un exemple intéressant puisque la politique de la retraite obligatoire à l’Université en cause avait d’abord été contestée sur le fondement du *Code des droits de la personne de l’Ontario* qui, en matière d’emploi restreignait la compétence de la Commission ontarienne des droits de la personne aux seules personnes âgées de 18 à 65 ans¹⁸²¹. Les requérants pouvaient donc utiliser la *Charte canadienne*, pour contester directement la mesure de l’Université, mais son l’applicabilité a été refusée. Ou alors ils pouvaient contester la validité du *Code des droits de la personne* sur le fondement de la *Charte* qui excluait explicitement les personnes de plus de 65 ans de sa protection, l’applicabilité de la *Charte* quant au Code ne faisant aucun doute. Le juge LaForest explique au nom de la majorité que le contrôle fondé sur la *Charte* des lois garantissant les droits et libertés s’opère avec « une certaine retenue » précisément parce que « la Charte a été expressément conçue de façon à ne pas s’appliquer aux actions privées. Elle remet entre les mains du pouvoir législatif la tâche de réglementer et de promouvoir la cause des droits de la personne dans le secteur privé », il faut dès lors « veiller à ce que la Charte ne fasse indirectement ce qui lui est clairement interdit de faire directement »¹⁸²².

1052 Par la suite, le rejet prétorien de faire de la *Charte canadienne* un instrument de régulation des rapports de droit privé a quelque peu évolué dès lors que la Cour suprême du Canada a ouvert la voie à la sanction de l’inaction du législateur sur le fondement de la *Charte*, ce qui a contribué à

¹⁸¹⁹ Quant à cette hiérarchie incontournable, quant à la validité entre la *Charte canadienne* et les instruments quasi constitutionnels voir supra § 756.

¹⁸²⁰ Ainsi la Cour explique dans *Dolphin Delivery*, préc., § 37 que « dans l’affaire Blainey où il était question d’une action entre particuliers, la Charte a été appliquée pour le motif qu’une partie avait agi en se fondant sur une disposition législative, savoir le par. 19(2) du Code des droits de la personne de l’Ontario, qui portait atteinte aux droits que garantit la Charte à une autre personne. L’affaire Blainey constitue donc un exemple de la manière dont les cours peuvent mettre à exécution et protéger les droits que la Charte garantit aux particuliers, c’est à dire en appréciant la mesure législative l’action gouvernementale en fonction de la Charte. » Voir *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4 th) 728, 54 O.R. (2d) 513.

¹⁸²¹ *Code des droits de la personne*, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9a).

¹⁸²² *McKinney*, préc., p. 318-319.

brouiller la frontière entre le public et le privé¹⁸²³. En imposant des actions positives au législateur au nom de la *Charte canadienne*, la Cour suprême est allée un peu plus loin dans la manière dont la *Charte* peut avoir un impact dans les relations entre particuliers. Car en déclarant invalides des lois régissant les rapports de droit privé pour leur incapacité à protéger certains droits, la *Charte* s’immisce dans le domaine des relations privées par l’intermédiaire d’une loi qui par son silence ne régit pas la situation des personnes privées, ou plutôt qui par son exclusion ne protège pas leurs droits et libertés même dans leur rapport entre personnes privées.

1053 Si cette possibilité n’avait pas toujours effleuré la Cour¹⁸²⁴, force est de constater que sinon l’inaction, l’exclusion d’un certain groupe de personne d’un régime juridique, en particulier dans les domaines des relations de travail¹⁸²⁵ et de la protection contre les discriminations¹⁸²⁶, peut constituer une action gouvernementale incompatible avec la *Charte*.

1054 L’affaire *Vriend* est topique sur ce plan puisque la Cour suprême estima que l’omission de l’orientation sexuelle dans le « *Bill of Rights* » albertain¹⁸²⁷ constituait une négation du droit au même bénéfice fondé sur un motif analogue et une discrimination injustifiée dans le sens de l’article 15(1) de la *Charte canadienne*. Le juge Cory écrivant pour la majorité confirme ainsi l’application de la *Charte* non pas à une « activité privée », mais à une « loi qui régit l’activité privée »¹⁸²⁸.

1055 La question de la validité des instruments quasi constitutionnels les subordonne à la *Charte canadienne*¹⁸²⁹, mais une fois ce cap passé son champ d’application plus restreint permet assez

¹⁸²³ P. HUGUES, « The Intersection of Public and Private under the Charter », préc., p. 210 et s.

¹⁸²⁴ *Tremblay c. Daigle*, préc., voir supra note de bas de page n° 1809.

¹⁸²⁵ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016. La Cour explique ainsi que « la Charte n’oblige pas l’État à prendre des mesures positives pour préserver et faciliter l’exercice de libertés fondamentales. Toutefois, « dans ce contexte très particulier, pour que la liberté syndicale ait un sens, l’al. 2d) de la Charte peut imposer à l’État l’obligation positive d’étendre la protection légale à des groupes non protégés. De façon plus générale, on peut se demander si la distinction entre obligations positives et négatives de l’État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l’exclusion des travailleurs agricoles de l’application d’un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées » p. 1043-1044.

¹⁸²⁶ Voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Voir supra, § 756.

¹⁸²⁷ *Individual’s Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2, (IRPA).

¹⁸²⁸ Il explique ainsi : qu’ « appliquer la Charte à l’IRPA ce n’est pas appliquer la Charte à une activité privée. Il est vrai que l’IRPA vise des activités privées et, par conséquent, elle a une “incidence” sur de telles activités. Mais il ne s’ensuit pas que cette incidence indirecte devrait soustraire l’IRPA à l’application de la Charte. Il serait inacceptable qu’une loi échappe à l’examen fondé sur la Charte pour le seul motif qu’elle régit des activités privées », *Vriend c. Alberta*, préc., § 65.

¹⁸²⁹ Pour un exemple récent voir aussi : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 C.S.C. 11. Une partie de la disposition du *Saskatchewan Human Rights Code* interdisant les expressions qui « ridiculise,

paradoxalement de leur laisser une place du fait de leur champ d'application singulier. C'est ainsi qu'il peut y avoir un effet cumulatif possible quant à l'application des instruments de protection

1056 C'est dans l'affaire *Singh* que l'argument de la complémentarité ou de l'effet cumulatif des instruments de protection au Canada fut explicité par le juge Beetz :

*« la Déclaration canadienne des droits conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude. Cela est particulièrement vrai dans le cas où ils contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans la Charte canadienne des droits et libertés et qui paraissent avoir été spécialement conçues pour répondre à certaines situations de fait (...) »*¹⁸³⁰.

1057 Ainsi la coexistence de ces normes qui ont chacune des spécificités assure une protection des droits et libertés plus complète et permet finalement de renforcer leur objet commun de protection, par cet effet cumulatif. Elle correspond à une complémentarité entre les deux types de protection dès lors que les champs d'application sont distincts, voire séparés. En effet, quand le justiciable se demande quels instruments de protection il peut utiliser pour mettre fin à une atteinte à un droit de la personne¹⁸³¹, « la réponse à cette question dépend essentiellement de deux paramètres, le paramètre État individu ou domaine public-domaine privé et le paramètre domaine fédéral-domaine provincial »¹⁸³².

1058 Avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, les différents domaines d'application des instruments se conjuguèrent puisque la dichotomie entre le champ de compétence fédéral et provincial se reflétait dans le corpus de protection¹⁸³³. Mais les interprétations frileuses dont ont fait l'objet les instruments fédéraux¹⁸³⁴, ont conduit à l'édiction de la *Charte*, et son champ d'action a été étendu aux provinces. Ce faisant, quasiment toutes les actions à l'encontre de

rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à la dignité » sont déclarées non conformes à la liberté d'expression protégée par la *Charte canadienne*.

¹⁸³⁰ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, § 85.

¹⁸³¹ Le fait de devoir se poser cette question est un inconvénient de la pluralité des instruments de protection des droits et libertés : voir J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », *R.D. McGill*, vol. 46, 2000, pp. 21-68, spéc. p. 45.

¹⁸³² H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 923.

¹⁸³³ Voir A. MOREL, « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », *R.D.U.S.*, vol. 17, 1986, pp. 49-84, spéc. p. 52. À propos de la *Charte québécoise* et de la *Déclaration canadienne*, « les deux instruments s'inscrivaient ainsi sur des trajectoires parallèles. Loin d'interférer, ils se conjuguèrent plutôt pour offrir une protection de même nature à l'encontre de l'action législative et réglementaire tant fédérale que provinciale. »

¹⁸³⁴ Voir supra § 723 et s.

l'État, et de ses résurgences, se trouvent donc couvertes par la *Charte canadienne*, au point qu'on pourrait estimer sans objet les lois quasi constitutionnelles de protection à l'encontre de l'État. Pourtant, force est de constater que les instruments quasi constitutionnels conservent leur pertinence, non seulement pour les procédures engagées à l'encontre des personnes privées¹⁸³⁵, mais aussi lorsqu'ils protègent des droits qui sont absents de la *Charte canadienne*.

1059 Par exemple, la *Déclaration canadienne* énonce un droit à la justice fondamentale qui s'applique aux droits économiques des personnes alors que le pouvoir constituant a exclu à dessein les droits économiques et sociaux ainsi que la propriété du domaine de la *Charte canadienne*¹⁸³⁶. La *Charte québécoise* couvre également un domaine substantiel plus large que son homologue canadien puisqu'elle protège certains droits de manière plus large que la *Charte canadienne*¹⁸³⁷ et garantit des droits absents de la *Charte constitutionnelle* comme la propriété, certains droits économiques et sociaux¹⁸³⁸, le droit à la vie privée et la dignité¹⁸³⁹. Or, la *Charte canadienne* a pu être interprétée comme protégeant la dignité humaine (l'article 15(1))¹⁸⁴⁰ ainsi que le respect de la vie privée (article 7)¹⁸⁴¹. Peut-on considérer qu'il existe toujours un effet cumulatif des deux Chartes, ou avec les codes des droits de la personne ?

1060 C'est ici que les difficultés commencent, car il se peut que deux instruments aient des sphères d'action qui se recoupent, qui se croisent, tant sur le champ d'application *ratione materiae* que *ratione personae*, sans que pour autant les dispositions soient en conflit entre elles (la norme quasi constitutionnelle est valide), ou soient totalement identiques (les deux normes peuvent produire des résultats différents). Il s'agit alors d'une concurrence que l'on qualifiera de directe entre deux normes de protection des droits et libertés, car chacune a vocation à s'appliquer. Or, étant donné que la résolution du litige peut dépendre du choix entre les deux normes, il sera

¹⁸³⁵ Voir par exemple *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.à propos de l'accommodement raisonnable en matière de religion, la Cour suprême utilise la *Charte québécoise* en matière contractuelle.

¹⁸³⁶ Dans l'arrêt *Singh*, préc., il s'agissait précisément de cette spécificité de la *Déclaration canadienne* qui était invoquée. Cela étant si la *Déclaration canadienne* protège la libre jouissance des biens, cette protection n'a pas une valeur quasi constitutionnelle, car elle n'est pas opposable à une loi comme telle : *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40.

¹⁸³⁷ Ainsi le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté sont garanties plus amplement par la *Charte québécoise* que par l'article 7 de la *Charte canadienne* qui n'interdit qu'une atteinte à ces droits dans la mesure où elle est aussi contraire aux principes de justice fondamentale, voir : *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791.

¹⁸³⁸ La justiciabilité de ces droits économiques et sociaux est toutefois limitée : voir *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429.

¹⁸³⁹ De la même manière, l'article 23 de la *Charte québécoise* protège de manière plus large le droit à une audition impartiale par un tribunal indépendant que ne le font les articles 7 et 11 de la *Charte canadienne*.

¹⁸⁴⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

¹⁸⁴¹ *Godbout c. Longueuil*, préc., voir opinion du juge La Forest (avec L'Heureux-Dubé et McLachlin).

nécessaire d'étudier s'il existe des règles permettant de choisir entre les deux instruments. En effet, si les champs d'application respectifs de chacun des instruments rendent possible cet effet cumulatif, la réalité de cet effet dépendra des choix effectués par les juges au moment de l'interprétation substantielle des droits qui demandera donc notre attention future¹⁸⁴².

III. La possibilité de déroger aux textes de protection des libertés

1061 Pour que ces textes s'appliquent, encore faut-il que le législateur n'ait pas explicitement exclu leur mise en œuvre comme les instruments garantissant les droits et libertés au Canada le permettent. En effet, tant les instruments quasi constitutionnels que la *Charte constitutionnelle* permettent au législateur de se soustraire à leur application partielle ou totale pourvu qu'il en manifeste explicitement la volonté. À l'origine, c'est la souveraineté parlementaire qui fonde cette dérogation pour garantir aux assemblées démocratiques la possibilité d'avoir le dernier mot¹⁸⁴³. Mais au niveau constitutionnel, la clause nonobstant, l'article 33 de la *Charte*¹⁸⁴⁴, va au-delà de la question de l'équilibre institutionnel entre le pouvoir politique et juridique puisque ce sont les provinces qui avaient poussé au moment de l'élaboration de la *Charte* à son insertion. En ce sens, la disposition de dérogation édifie potentiellement un obstacle au risque d'homogénéisation. Il est toutefois nécessaire que son encadrement juridique et son usage puissent le démontrer.

1062 L'article 33 de la *Charte* a lui-même un champ d'application restreint puisque seulement les droits et libertés garantis par les articles 2 (libertés fondamentales), les articles 7 à 14 (les garanties juridiques) et l'article 15 (le droit à l'égalité) peuvent faire l'objet d'une dérogation. Les autres droits, les droits démocratiques, la liberté de circulation et d'établissement, les dispositions relatives aux langues officielles et aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité, et l'égalité de garantie des droits pour les deux sexes ne peuvent être écartés par une clause nonobstant. Comme nous avons eu l'occasion de le remarquer, les droits typiquement canadiens,

¹⁸⁴² Voir infra partie 3.

¹⁸⁴³ De plus comme nous l'avions expliqué, une telle clause permettait aux instruments statutaires d'acquérir une valeur supra-législative, voir supra § 732 et s..

¹⁸⁴⁴ Il se lit comme suit : « (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte. (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. (4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4). »

au service de la police canadienne, sont ceux auxquels il est impossible de déroger. Au contraire les droits plus généralement reconnus en droit international peuvent échapper à une application. La doctrine n'a pas manqué de le relever et a même pu y déceler une véritable contradiction avec le droit international¹⁸⁴⁵.

- 1063 Les seules autorités habilitées à adopter les clauses dérogatoires sont de nature législative puisqu'il s'agit du Parlement et des législatures des provinces, dans leurs sphères de compétences respectives. Les organismes subordonnés comme les corporations municipales ne seraient donc pas habilités à le faire¹⁸⁴⁶. En ce qui concerne les conseils législatifs des territoires du Nord canadien, le doute était possible eu égard la lecture combinée des articles 30, 32 et 33 de la *Charte*¹⁸⁴⁷, mais cela n'a pas empêché le Yukon d'adopter une clause nonobstant, même si elle n'est jamais entrée en vigueur¹⁸⁴⁸.
- 1064 Cette dérogation est en outre limitée dans le temps puisqu'elle est valide pour cinq ans au maximum, même si elle peut être renouvelée selon la même procédure pour des périodes successives de cinq années. Cette limitation permet en effet que des élections législatives puissent avoir lieu avant l'éventuel renouvellement de la clause et que les citoyens puissent s'assurer par leur vote de la légitimité de la privation de leurs droits et libertés.
- 1065 Les autres conditions posées pour l'adoption de clauses dérogatoires sont qu'elles doivent être expresse (l'intention du législateur doit être claire), qu'elles doivent se trouver dans la loi que le législateur souhaite soustraire à l'application de la *Charte* et que la déclaration de dérogation doit clairement indiquer l'article de la *Charte* auquel il entend se soustraire. Là encore, ces conditions doivent en théorie permettre aux citoyens d'avoir connaissance de l'utilisation faite par le législateur de l'article 33 afin qu'un débat public et éclairé puisse s'opérer.
- 1066 Ces conditions de pure forme posées par l'article 33 sont de nature à éviter que les juridictions puissent se prononcer sur le fond et de fait s'exprimer indirectement sur l'opportunité de

¹⁸⁴⁵ En ce sens, voir A. BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », *R. du B.*, vol. 63, 2003, pp. 107-149, spéc. p. 127 et s; M. PARÉ, « La légitimité de la clause dérogatoire de la Charte canadienne des droits et libertés en regard du droit international », *R.J.T.*, vol. 29, 1995, pp. 627-655.

¹⁸⁴⁶ En ce sens, voir L. TASSÉ, « Application de la Charte canadienne », préc., p. 124.

¹⁸⁴⁷ On a pu affirmer que seule la plénitude de la souveraineté étatique permettait de déroger à la *Charte* : *ibid.*, p. 125.

¹⁸⁴⁸ *Land Planning and Development Act* s. 39 (1) S.S. 198443586. C. 111. Voir T. KAHANA, « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter », *Adm. pub. Can.*, vol. 44, 2001, pp. 255-291, spéc. p. 265.

l'utilisation de la clause ou réintroduire les critères de la *Charte* lorsqu'elles contrôlent la validité des clauses nonobstant.

1067 C'est en ce sens que la Cour suprême a interprété l'article 33 dans l'affaire *Ford*¹⁸⁴⁹. La Cour insiste principalement sur la condition selon laquelle la déclaration doit être expresse, exigence satisfaite dès lors que le numéro de l'article, du paragraphe ou de l'alinéa de la *Charte* est mentionné¹⁸⁵⁰. La validité de la clause n'est pas non plus compromise si elle a été insérée dans un seul texte législatif dans toutes les lois de la législature adoptées avant une date donnée, mais l'article 33 n'autorise à déroger que pour l'avenir.

1068 L'affaire *Ford* donne aussi l'occasion de se pencher sur l'usage qui a été fait des clauses nonobstant. Trois des quatre utilisations les plus marquantes ont été faites les années qui suivirent l'adoption de la *Charte*. La première a été d'ordre préventif, puisqu'elle a été adoptée en juin 1982 par l'Assemblée nationale du Québec, donc en dehors de toute invalidation par un tribunal. Afin de protester contre l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* sans son consentement le Québec souverainiste d'alors a de nouveau adopté toutes les lois en vigueur dans la province en y incorporant pour toutes une clause nonobstant, pour les articles 2 à 15 de la *Charte*. C'est cette loi dite omnibus¹⁸⁵¹ qui avait fait l'objet d'un contrôle dans *Ford*, sans que la Cour y trouve à redire sur ce point. Cinq années plus tard, la clause nonobstant générale au Québec ne fut pas renouvelée par la nouvelle législature et lorsque la Cour suprême se prononça (en 1988) elle estima que l'article 58 de la *Charte de la langue française*, dans la mesure où il exigeait que l'affichage public et la publicité commerciale soient faits uniquement en français, était contraire à la liberté d'expression et à la non-discrimination telles que protégées par la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise*¹⁸⁵². Suite à cette décision, le gouvernement québécois, libéral cette fois, modifia la *Charte de la langue française* de façon à imposer l'unilinguisme en français dans ces matières tout en adoptant une clause dérogatoire tant à l'égard de la *Charte canadienne* que de la

¹⁸⁴⁹ *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Elle estime que « L'exigence d'un lien ou d'un rapport apparent entre la loi dérogatoire et les droits ou libertés garantis auxquels on veut déroger semble ouvrir la voie à un examen au fond, car il semble exiger que le législateur précise les dispositions de la loi en question qui pourraient par ailleurs porter atteinte à des droits ou à des libertés garantis spécifiés. Ce serait exiger dans ce contexte une justification *prima facie* suffisante de la décision d'exercer le pouvoir dérogatoire et non pas simplement une certaine expression formelle de cette décision. » §33.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.* Elle rejette ainsi la conception restrictive adoptée par la Cour d'appel du Québec dans *Alliance des professeurs de Montréal c. Québec (procureur général)*, [1985] C.A. 376.

¹⁸⁵¹ *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 2.

¹⁸⁵² *Ford*, préc., § 40 et s.

*Charte québécoise*¹⁸⁵³. Cette utilisation cette fois-ci curative des clauses nonobstant a fait l'objet d'un retentissement politique inépuisable et d'aucuns estiment qu'elle a eu des répercussions sur les négociations constitutionnelles ultérieures¹⁸⁵⁴. Elle n'a pas été renouvelée en 1993.

- 1069 Les deux autres utilisations des clauses dérogatoires les plus connues étaient aussi curatives et concernaient tant la *Charte* que le code provincial en question (le Parlement fédéral n'a jamais utilisé la clause nonobstant). Il s'agissait d'une loi de la Saskatchewan de 1986 mettant en cause le droit de grève des employés du gouvernement¹⁸⁵⁵, et plus récemment d'une loi de 2000 de l'Alberta qui réduisait le mariage à un couple composé d'un homme et d'une femme¹⁸⁵⁶.
- 1070 En dehors de ces cas emblématiques, Tsvi Kahana notait en 2001 qu'il existait une dizaine d'autres utilisations de la clause dérogatoire qui était largement méconnue du grand public et des spécialistes, entre autres en raison de leur caractère préventif et portant sur des domaines moins politisés¹⁸⁵⁷.
- 1071 De ces utilisations très exceptionnelles, dont les plus marquantes datent des années 1980, la doctrine¹⁸⁵⁸ a généralement déduit un intérêt limité en pratique de la clause nonobstant. Ce n'est pas tant pour des raisons juridiques qui restreindraient son usage, mais parce qu'elle serait impraticable politiquement¹⁸⁵⁹. Le coût politique de l'utilisation de cette clause serait ainsi trop important (et les gains faibles), comme ont pu le démontrer les alternances au Québec ou les

¹⁸⁵³ *Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54, art. 10. Les articles 20 b et 15 de la *Charte canadienne* ainsi que les articles 2 et 10 de la *Charte québécoise* étaient donc privés d'effet à l'égard des dispositions sur l'affichage public et la publicité commerciale en français.

¹⁸⁵⁴ Voir P. MONAHAN, *Constitutional Law* 3rd éd., Toronto, Irwin Law, 2006, 613 p., p. 419.

¹⁸⁵⁵ En réalité la dérogation s'est avérée inutile puisque la Cour suprême a ultimement décidé que le droit de grève n'était pas protégé par la liberté d'association de la *Charte* contrairement aux juridictions inférieures. Voir T. KAHANA, « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion », préc., p. 258 et s.

¹⁸⁵⁶ *Marriage Act*, R.S.A. 1980, cM-6, S.A. 2000, c. 3. Cette loi est d'une constitutionnalité douteuse puisque la définition du mariage est une compétence fédérale, elle faisait suite à une décision de la Cour suprême *M v. H.*, [1999] 2 R.S.R. 3.

¹⁸⁵⁷ T. KAHANA, « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion », préc. voir notamment les tableaux p. 260 et s. Ces utilisations « méconnues » concernent notamment des lois québécoises relatives à l'éducation ou les retraites, ainsi que celle du Yukon préc.

¹⁸⁵⁸ Sur la très abondante doctrine relative à la clause nonobstant, voir notamment J. CAMERON, « The Charter's Legislative Override: Feat or Figment of the Constitutional Imagination? », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 23, 2004, pp. 135-167; A. BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne », préc. Voir les références doctrinales mentionnées.

¹⁸⁵⁹ S. REID, « Penumbra for the People: Placing Judicial Supremacy under Popular Control » dans A. A. PEACOCK, dir., *Rethinking the Constitution : Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 1996, pp. 186-213, p. 201. Dans le même sens, voir aussi R. ALBERT, « Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause », *Alta L. Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 1037-1069; J. CAMERON, « The Charter's Legislative Override: Feat or Figment of the Constitutional Imagination? », préc., p. 156.

débats houleux dès que le recours à la clause est envisagé¹⁸⁶⁰. Son utilisation pousse le législateur à se poser explicitement en profanateur des libertés ou comme oppresseur des minorités, ce que précisément la démocratie constitutionnelle est censée éviter. La pratique politique de la clause en aurait fait un « tigre de papier », une « clause dormante » quasiment tombée en désuétude¹⁸⁶¹.

- 1072 La clause nonobstant a toutefois ses défenseurs¹⁸⁶², et conserve une utilité certaine. Elle serait la disposition typiquement canadienne permettant la synthèse de la souveraineté parlementaire britannique et du contrôle constitutionnel (« *judicial review* ») à l'américaine¹⁸⁶³ permettant d'alterner les sagesses entre législateur et juge¹⁸⁶⁴ et elle favoriserait le compromis¹⁸⁶⁵. Elle serait aussi le rempart contre un pouvoir sans limites du corps judiciaire face au pouvoir politique démocratiquement élu dans le cadre d'une constitution particulièrement rigide. Car si dans certains pays, c'est par l'amendement constitutionnel que le pouvoir politique peut avoir le dernier mot¹⁸⁶⁶, en présence d'une constitution très difficile à modifier, d'autres voies peuvent permettre d'infléchir la position des juges : aux États-Unis la nomination des juges de la Cour suprême. Or, comme le note Peter Russel cela entraîne une attitude de « *court bashing* » de la part des politiciens qui porte davantage sur la personnalité des juges que sur une discussion raisonnée sur les enjeux de justice et sur le bien commun¹⁸⁶⁷. Mais pour que l'utilisation de la clause dérogatoire suscite un débat démocratique encore faut-il que les médias s'en fassent l'écho

¹⁸⁶⁰ Ce fut par exemple le cas suite à l'arrêt *Vriend* préc. en Alberta voir P. MONAHAN, *Constitutional Law* préc., p. 419.

¹⁸⁶¹ Voir par exemple J. CAMERON, « The Charter's Legislative Override: Feat or Figment of the Constitutional Imagination? », préc., p. 160 et s. L'expression tigre de papier vient de Leeson cité dans l'article préc. p. 148.

¹⁸⁶² Au premier rang desquels P. H. RUSSEL, « Standing up for Notwithstanding », *Alta L. Rev.*, vol. 29, 1991, pp. 293-309.

¹⁸⁶³ Voir par exemple P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Student éd., Scarborough, Carswell, 2009, 1490 p. Chapter 39: Override of Rights.

¹⁸⁶⁴ A. BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne », préc., p. 138.

¹⁸⁶⁵ Voir L. E. WEINRIB, « The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution », *R. du B. can.*, vol. 80, 2001, pp. 699-748, spéc. p. 733.

¹⁸⁶⁶ En France par exemple, le législateur n'a pas le dernier mot, mais le corps politique peut avoir le dernier mot sur le juge constitutionnel, en tant que pouvoir constituant, s'il peut réunir les conditions politiques renforcées pour modifier la Constitution. Voir notamment sur le rôle d'aiguilleur du Conseil Constitutionnel : L. FAVOREU, « Le Conseil constitutionnel et l'alternance », *RFSP*, vol. 34, 1984, p. 1002 et s..

¹⁸⁶⁷ Alors que si elle est utilisée adéquatement la clause nonobstant canadienne aurait ce mérite : P. H. RUSSEL, « Standing up for Notwithstanding », préc., p. 298. Voir aussi A. BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne », préc., p. 135 et s.

(sans parler d'écho éclairé) ce qui n'est pas toujours le cas, notamment lorsqu'il s'agit d'utilisation préventive sectorielle¹⁸⁶⁸.

1073 Étant donné les critiques et aux vues des précédents, de nombreuses propositions ont été faites pour modifier la clause nonobstant constitutionnelle, voire la supprimer¹⁸⁶⁹. Mais compte tenu de la rigidité de la constitution et de la sensibilité politique à cet égard, il y a peu de chance qu'une quelconque révision aboutisse¹⁸⁷⁰.

1074 Finalement concernant le champ d'application, les clauses nonobstant sont d'un intérêt certain, particulièrement en ce qui concerne la *Charte canadienne*, mais limité en raison du faible usage qu'il en a été fait pour des raisons politiques. En revanche sur le plan théorique, elles ouvrent des champs de réflexion quant au rôle du juge vis-à-vis de la *Charte* par rapport aux autres acteurs de l'équilibre institutionnel canadien dont il faudra évaluer tout le potentiel¹⁸⁷¹.

IV. Les instruments étatiques de protection des droits et libertés et les peuples autochtones du Canada : quelle application ?

1075 Il nous faut encore une fois distinguer entre l'application de la *Charte canadienne* (A) et celle des autres instruments des droits de la personne (B) pour comprendre leurs impacts sur les peuples autochtones.

A. La Charte canadienne et les peuples autochtones

1076 L'application de la *Charte canadienne* aux peuples autochtones se mesure à la lumière de deux dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982* : les articles 25 et 32 (et éventuellement la clause dérogatoire de l'article 33).

1077 Pour comprendre si la *Charte* s'applique aux peuples autochtones, commençons par la disposition générale précitée, l'article 32. À l'aune des précisions jurisprudentielles précédemment étudiées, il est certain que la *Charte* s'applique aux gouvernements fédéraux,

¹⁸⁶⁸ C'est le sens de l'argumentaire de T. KAHANA, « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion », préc. qui propose de limiter l'article 33 seulement en réaction à une décision de la Cour suprême et non avant une telle décision.

¹⁸⁶⁹ On a par exemple demandé une majorité qualifiée pour voter la clause dérogatoire (voir sur ce sujet P. MONAHAN, *Constitutional Law* préc., p. 420.) ou encore de provoquer un référendum (S. REID, « Penumbra for the People: Placing Judicial Supremacy under Popular Control », préc.)

¹⁸⁷⁰ Ainsi en 1992 lors de l'accord de Charlottetown les dirigeants politiques des trois niveaux de gouvernance s'étaient mis d'accord pour ne pas la modifier.

¹⁸⁷¹ Voir infra partie 3, notamment § 1752 et s.

provinciaux et territoriaux même lorsqu'il s'agit d'actes ou de politiques concernant les autochtones et même s'ils les concernent spécifiquement¹⁸⁷². Les autochtones bénéficient à titre individuel de la protection de la *Charte* à l'égard du gouvernement tel que défini précédemment. La question est plus compliquée dès lors qu'il s'agit de savoir si les gouvernements autochtones sont soumis au respect de la *Charte canadienne*.

- 1078 La question est non seulement polémique quant à l'opportunité de les contraindre à se conformer au texte constitutionnel de sauvegarde des droits et libertés¹⁸⁷³, mais aussi ambivalente sur le plan juridique en raison de l'absence de solution tranchée par la jurisprudence et des natures diverses des pouvoirs normatifs détenus par les peuples autochtones du Canada.
- 1079 Ainsi, plusieurs arguments ont été mobilisés par la doctrine en faveur ou en défaveur d'une telle application¹⁸⁷⁴. Ce faisant, si l'on s'en tient à l'expression de l'arrêt *Dolphin Delivery*, le pouvoir constituant a prévu de manière précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*, au rang desquels ne figurent pas les gouvernements autochtones. Il est vrai que l'article 32 aurait pu être formulé dans un langage plus large de manière à englober les gouvernements autochtones¹⁸⁷⁵. Mais en regardant de plus près, on peut aussi trouver certains arguments en faveur de l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones.
- 1080 En premier lieu, on peut avec la Commission royale considérer que les pouvoirs délégués aux gouvernements autochtones par les autorités étatiques, fédérales en particulier, sont soumis à la *Charte canadienne*¹⁸⁷⁶. Dans l'hypothèse où les gouvernements autochtones ne seraient pas considérés comme gouvernementaux par nature au sens de l'article 32, et en tout état de cause

¹⁸⁷² Il est donc possible de contester par exemple la *Loi sur les Indiens* voir *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. En l'espèce le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* était contesté par rapport à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (il exigeait que les membres d'une bande « réside[nt] ordinairement » dans une réserve pour être habilités à voter à l'élection du conseil de la bande).

¹⁸⁷³ Voir supra, § 850 et s. Voir aussi : CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993, 68 p.

¹⁸⁷⁴ Pour les arguments pour et contre d'une telle application voir par exemple S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant /Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p., p. 336 et s.; K. WILKINS, « But We Need the Eggs Too: The Royal Commission, the Charter and the Inherent Right to Aboriginal Self-Government », *U. of T. L.J.*, vol. 49, 1999, pp. 53-121, spéc. p. 64 et s.

¹⁸⁷⁵ En ce sens, voir K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode H.L.J.*, vol. 34, 1996, pp. 61-99, spéc. p. 69.

¹⁸⁷⁶ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p., p. 161. En ce sens, voir aussi P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256, spéc. p. 214.

lorsque les Premières Nations mettent en œuvre directement un programme fédéral ou mettent à exécution certaines fonctions issues directement de la *Loi sur les Indiens*, ces activités seraient à coup sûr soumises au respect de la *Charte canadienne* selon la jurisprudence classique de l'article 32¹⁸⁷⁷. Il serait en outre possible de considérer comme gouvernementales par nature certaines entités autochtones¹⁸⁷⁸ dès lors qu'un peu comme les municipalités¹⁸⁷⁹, les bandes indiennes tirent leurs pouvoirs d'une délégation du Parlement fédéral¹⁸⁸⁰. Cet argument a pu être contesté par la doctrine dans la mesure où l'on pourrait estimer que les conseils de bande indienne ne sont que la reconnaissance étatique à travers la *Loi sur les Indiens* des gouvernements ancestraux qui préexistaient : ils ne seraient donc pas des pouvoirs délégués¹⁸⁸¹.

- 1081 Il est vrai que, de manière générale, les pouvoirs inhérents des communautés autochtones visés au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que l'on y classe ou non les bandes Indiennes, sont ceux qui posent le plus de difficulté quant à l'application de la *Charte canadienne*. Pour la Commission royale sur les Peuples autochtones, les gouvernements autochtones traditionnels peuvent tout à fait se voir contraints de respecter la *Charte*¹⁸⁸², dans la mesure où l'article 32(1) n'établit pas de liste exhaustive des organismes gouvernementaux assujettis à la *Charte*¹⁸⁸³ et parce que « la reconnaissance tacite d'un ordre de gouvernement autochtone au paragraphe 35(1) correspond à cette possibilité »¹⁸⁸⁴.

¹⁸⁷⁷ En ce sens, B. W. MORSE, « The Charter and Aboriginal Peoples after 25 Years: An Uneven Experience. », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 37, 2007, pp. 213-60, spéc. p. 249. Voir aussi en ce sens *Charlie c. Vuntut Gwitchin Development Corp.*, [2002] 4 CF D-22; 2002 CFPI 344.

¹⁸⁷⁸ Dès lors tant les activités de nature privée que de nature publique de ces entités autochtones seraient dès lors soumises à la *Charte canadienne*.

¹⁸⁷⁹ Voir *Godbout c. Longueuil*, préc., on peut tirer de l'opinion du juge La Forest l'intention du constituant de soumettre l'ensemble de l'activité gouvernementale à la *Charte* voir S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, préc., p. 339.

¹⁸⁸⁰ En ce sens, voir S. GRAMMOND, « Canadian Federalism, Cultural Diversity and Conceptions of Fundamental Rights » dans S. GRAMMOND et J. M. C. ANDREU, dir., *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo: un diálogo entre Canadá y España*, Barcelona, Addenda, 2010, pp. 29-48, p. 46. Voir *R. c. Campbell*, [1996] M.J. No. 603. Pour une jurisprudence récente de la Cour d'appel fédérale appliquant la *Charte* à une bande indienne voir *Taypotat c. Taypotat*, [2013] CAF 192. Confirmé par la Cour suprême du Canada dans *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 C.S.C. 30. Pour d'autres jurisprudences en ce sens des tribunaux inférieurs voir note de bas de page n°56, *ibid.* Voir aussi en général sur l'application de la *Charte* aux bandes indiennes : B. W. MORSE, « The Charter and Aboriginal Peoples », préc., p. 255 et s.

¹⁸⁸¹ Voir K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Charter », préc., p. 79 et s.

¹⁸⁸² Pour une opinion contraire, voir *ibid.*

¹⁸⁸³ La *Charte* peut s'appliquer aux tribunaux dans certains cas, en ce sens : G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne? », *Ottawa L.R.*, vol. 36, 2004/2005, pp. 207-257, spéc. p. 228 et s.

¹⁸⁸⁴ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à redéfinir*, préc., p. 162.

- 1082 En ce qui concerne la soumission à la *Charte* des pouvoirs autochtones issus de traités, on retrouve des arguments similaires. On peut considérer qu'ils se trouvent assujettis à la *Charte* dans la mesure où une loi est nécessaire pour mettre en œuvre l'accord, notamment à l'égard des tiers, ce qui constituerait une implication suffisante du Parlement pour rendre la *Charte* applicable¹⁸⁸⁵, ou au contraire estimer que de tels traités ne transforment pas les gouvernements autochtones en créature fédérale ou provinciale puisqu'ils ont pour objectif de mettre en œuvre l'autonomie autochtone¹⁸⁸⁶, ou encore que les accords ne sont que la confirmation de pouvoirs inhérents¹⁸⁸⁷. Enfin certains traités modernes prévoient expressément l'assujettissement à la *Charte canadienne*¹⁸⁸⁸, comme l'accord définitif Nisga'a¹⁸⁸⁹. En présence de clause explicite ou non, la création d'un troisième ordre de gouvernement par les traités irait dans le sens de l'argument de la Commission royale en faveur d'un élargissement de la notion de gouvernement au sens de l'article 32.
- 1083 En revanche, ce qui est plus clair c'est que, conformément à la jurisprudence classique de l'article 32 depuis *Dolphin Delivery*, la *Charte* ne pourra s'appliquer dans un litige entre personnes privées, qu'elles soient ou non autochtones lorsqu'il n'y a pas d'intervention gouvernementale¹⁸⁹⁰. Il paraît alors délicat de soumettre la coutume autochtone à la *Charte* dans la mesure où, un peu comme pour la common law, cette source de droit est laborieusement assimilable à une intervention gouvernementale directe, d'autant plus qu'il existe un débat sur le caractère gouvernemental des pouvoirs traditionnels autochtones¹⁸⁹¹.

¹⁸⁸⁵ En ce sens P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government », préc., p. 214.

¹⁸⁸⁶ G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte », préc., p. 226.

¹⁸⁸⁷ Voir K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Charter », préc., p. 90 et s; K. WILKINS, « But We Need the Eggs Too », préc., p. 74.

¹⁸⁸⁸ Voir G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte », préc., p. 232.

¹⁸⁸⁹ L'article 9 prévoit que « La Charte canadienne des droits et libertés s'applique au gouvernement Nisga'a concernant toutes les questions relevant de son pouvoir, eu égard au caractère libre et démocratique du gouvernement Nisga'a tel qu'énoncé dans l'Accord ». Voir aussi l'article 1.3.2 du Chapitre 1 de *l'Accord définitif des Premières Nations Maa-nulthes* du 1er avril 2011 : « La Charte canadienne des droits et libertés s'applique à chaque gouvernement de première nation maa-nulthe en ce qui concerne toutes les matières relevant de sa compétence ».

¹⁸⁹⁰ *Thomas v. Norris*, [1992] 2 C.N.L.R. 139, p. 29 et 42. Dans cette affaire civile opposant deux Indiens, M. Thomas avait été forcé pendant 4 jours de poursuivre une cérémonie rituelle traditionnelle de danses spirituelles, il poursuit donc M. Norris au civil pour « assault, battery and false imprisonment » (c'est-à-dire coups et blessures et kidnapping). En l'absence d'intervention gouvernementale, la Cour suprême de Colombie-Britannique exclut toute application de la *Charte*.

¹⁸⁹¹ On pourrait aussi imaginer qu'à la manière de la common law, dans le cadre de litige privé la *Charte* s'applique à la coutume autochtone indirectement à travers ses « valeurs ». Toute la question serait alors de déterminer qui serait l'acteur de cette évolution de la coutume autochtone conforme aux valeurs de la *Charte*. Or contrairement aux traditions juridiques européennes, les tribunaux ne sont pas les interprètes les mieux indiqués en matière de coutume

- 1084 De plus si dans un litige donné, des autochtones veulent se fonder sur une coutume ancestrale, ils demanderont sa reconnaissance par les tribunaux certainement à travers les droits ancestraux de l'article 35(1)¹⁸⁹², c'est alors au stade de la justification de l'atteinte que l'objectif de protection des droits et libertés ressurgira¹⁸⁹³. Les limites intrinsèques de l'article 35¹⁸⁹⁴ sont aussi susceptibles de contenir le respect des droits et libertés, au-delà de la limite explicite interdisant la discrimination fondée sur le genre de l'article 35(4). Ainsi, la protection des droits et libertés à travers les valeurs de la *Charte*, c'est-à-dire sans que les juridictions se fondent sur un droit garanti par le texte constitutionnel, est tout à fait envisageable par les juridictions, explicitement voire implicitement dans le raisonnement des tribunaux¹⁸⁹⁵.
- 1085 En dehors de toutes les interprétations possibles et imaginables de l'article 32, et dans une certaine mesure 35(1), l'interaction entre les droits et libertés protégés par la *Charte* et ceux spécifiquement détenus par les peuples autochtones du Canada a été prévue par le pouvoir constituant, d'une manière générale à l'article 25 et spécifiquement sur la non-discrimination selon le genre à l'article 28.
- 1086 L'article 25 a pour objet de « maintenir les droits et libertés des autochtones » et d'éviter que les droits de la *Charte* ne puissent leur « porter atteinte », ou dans la version anglaise entraîner leur « abrogation » ou « dérogation ». L'effet exact de cette disposition n'étant ni particulièrement

autochtone (Voir infra § 1204 et s. Au contraire les tribunaux, organiquement étatiques, risqueraient de radicalement transformer la coutume autochtone).

¹⁸⁹² Ceci était plus ou moins le cas dans l'affaire *Thomas v. Norris*, préc., la Cour suprême de Colombie-Britannique refusa de considérer les traditions de danses rituelles comme protégées par l'article 35(1) : « If spirit dancing includes criminal conduct as an integral part of it, it could not be said to be an aboriginal right which survived the introduction of English law into the colonies » *Thomas v. Norris*, préc., p. 40. Cette justification a fait l'objet de nombreuses critiques, y compris par des auteurs favorables au respect des droits et libertés par les peuples autochtones, par exemple : J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p., p. 265 et s.

¹⁸⁹³ Voir par exemple : T. ISAAC, « Canadian Charter of Rights and Freedoms: the Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 21, 2002, pp. 431-53, spéc. p. 449.

¹⁸⁹⁴ Voir supra § 592 et s. On peut gager que la conciliation des droits autochtones avec l'« organisation juridique et constitutionnelle du Canada » comprend assurément les valeurs de la *Charte*.

¹⁸⁹⁵ Par exemple le raisonnement de la Cour suprême de Colombie-Britannique dans *Thomas v. Norris*, préc., se fonde en priorité sur l'extinction du droit ancestral, mais la question de la protection des droits fondamentaux de M. Thomas a semble-t-il pesé : p. 52 : « While the plaintiff may have special rights and status in Canada as an Indian, the "original" rights and freedoms he enjoys can be no less than those enjoyed by fellow citizens, Indian and non-Indian alike. He lives in a free society and his rights are inviolable. He is free to believe in, and to practise, any religion or tradition, if he chooses to do so. He cannot be coerced or forced to participate in one by any group purporting to exercise their collective rights in doing so. His freedoms and rights are not "subject to the collective rights of the aboriginal nation to which he belongs ».

limpide du fait de son énoncé¹⁸⁹⁶, ni éclairé par l'interprétation de la Cour suprême¹⁸⁹⁷, plusieurs lectures sont envisageables.

1087 Ce qui n'est pas l'objet de contestation est que l'article 25 ne crée pas de nouveaux droits¹⁸⁹⁸, et que sa vocation est de s'opposer à ce que la *Charte* permette d'anéantir l'existence même de tous droits spécifiques aux autochtones. On aurait pu imaginer par exemple que le principe d'égalité tel que consacré par l'article 15(1) de la *Charte* permette de contester certains droits aux autochtones, car ils seraient discriminatoires vis-à-vis des non-autochtones. L'article 25 serait alors un filet de sécurité¹⁸⁹⁹, empêchant une telle contestation¹⁹⁰⁰. Il serait alors sans doute un doublon par rapport à l'article 15(2) autorisant les programmes préférentiels¹⁹⁰¹. On a pu aussi voir dans l'article 25 une clause interprétative qui n'aurait donc aucun impact quant à l'application de la *Charte*, mais exigerait que les droits de la *Charte* soient interprétés à travers les yeux de la culture de la Première Nation en cause¹⁹⁰². Enfin selon d'autres analyses, l'effet de l'article 25 serait bien plus qu'un filet de sécurité, il constituerait un « bouclier »¹⁹⁰³ empêchant l'application la *Charte canadienne* dans des circonstances distinctes selon les auteurs. Car si le premier empêche la contestation des droits autochtones (droit ancestral, droit issu de traités, ou d'« autres droits ») de la part de personnes extérieures aux communautés autochtones, le second envisage de bloquer les contestations fondées sur la *Charte* en provenance de l'intérieur du

¹⁸⁹⁶ Ni même son élaboration, sur l'historique, voir par exemple T. ISAAC, « Challenge of the Individual and Collective Rights », préc., p. 433 et s.

¹⁸⁹⁷ Voir supra § 993 à propos des arrêts *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc.; *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

¹⁸⁹⁸ Voir en ce sens par exemple T. ISAAC, « Challenge of the Individual and Collective Rights », préc., p. 435 et s. Ni l'énoncé de l'article 25 ne laisse de doutes sur ce point (il s'agit de droits antérieurement « reconnus », « existants » ou « susceptibles d'être acquis » par des accords de revendications territoriales), ni sa place parmi les dispositions générales de la *Charte* qui guident son interprétation. Voir aussi l'opinion concordante du juge Bastarache dans *R. c. Kapp*, préc. § 94.

¹⁸⁹⁹ T. ISAAC, « Challenge of the Individual and Collective Rights », préc.

¹⁹⁰⁰ Voir aussi P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 334 p., p. 225.

¹⁹⁰¹ D'ailleurs dans l'affaire *R. c. Kapp*, préc., la majorité de la Cour suprême se fonde sur cet article 15(2) pour valider le permis de pêche communautaire délivré en vertu d'un programme pilote de vente et accordant aux membres de trois bandes autochtones le droit exclusif de pêcher le saumon pendant une période de 24 heures, car ce programme est considéré comme « destiné à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ».

¹⁹⁰² Voir par exemple T. DICKSON, « Section 25 and Intercultural Judgment », *Revue de droit de l'Université de Toronto*, vol. 61, 2003, pp. 141 - 174.

¹⁹⁰³ L'expression à l'origine doctrinale a été utilisée en jurisprudence, voir par exemple *R. c. Kapp*, préc.

groupe autochtone en s'opposant à « la manière dont ces droits de groupe sont exercés à l'égard des personnes soumises à l'autorité autochtone »¹⁹⁰⁴.

1088 On a pu ainsi proposer un « bouclier total » ou un « effet immunitaire complet »¹⁹⁰⁵ de la *Charte* à l'égard de toutes contestations à l'encontre des droits ancestraux ou issus de traités¹⁹⁰⁶. La grande majorité de la doctrine s'accorde toutefois à admettre que le bouclier ne saurait empêcher les contestations fondées sur la discrimination sexuelle en raison de la disposition spécifique de la *Charte* sur ce point dans l'article 28¹⁹⁰⁷. Les arguments doctrinaux se sont souvent focalisés sur l'autonomie gouvernementale comme droit ancestral¹⁹⁰⁸ pour prévenir une application de la *Charte* à l'encontre de toutes les formes de gouvernance autochtones (y compris les bandes indiennes, ou celles issues de traités¹⁹⁰⁹) qui seraient nécessairement originaires et donc protégées par un droit ancestral, immunisé par l'article 25¹⁹¹⁰.

1089 Certains auteurs ont suggéré de restreindre l'effet immunitaire à la seule compétence inhérente des gouvernements autochtones¹⁹¹¹, à la position distinctive des peuples autochtones au Canada¹⁹¹² ou pour protéger la spécificité culturelle autochtone¹⁹¹³. L'avantage de l'argument du

¹⁹⁰⁴ G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte », préc., p. 235. Alors que les premières sont des contestations fondées sur la *Charte* visant davantage « l'exclusivisme ethnique inhérent aux droits des peuples autochtones ». Cela correspond à la distinction opérée par Will Kymlicka entre restrictions internes ou externes : W. KYMLICKA, « Le nouveau débat sur les droits des minorités » dans I. SCHULTE-TENCHOFF, dir., *Altérité et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 91-116.

¹⁹⁰⁵ Expression de G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte », préc., p. 235.

¹⁹⁰⁶ Voir par exemple M. E. A.-K. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter. Interpretative Monopolies, Cultural Differences », *A.C.D.P.*, vol. 6, 1989, pp. 3-45, spéc. p. 44.

¹⁹⁰⁷ Voir aussi l'article 35(4) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Voir K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Charter », préc., p. 73 et s. L'auteur s'appuie notamment sur les termes « abrogate » et « derogate » de la version anglaise pour justifier la non-application de la *Charte* aux gouvernements autochtones à l'exception de la discrimination fondée sur le genre. Voir aussi l'opinion du Juge Bastarache dans *R. c. Kapp*, préc. § 98.

¹⁹⁰⁸ Voir supra § 361 et s., cet argument n'a jamais été reconnu en tant que tel par la jurisprudence.

¹⁹⁰⁹ On notera d'ailleurs que l'existence de clauses reconnaissant l'application de la *Charte canadienne* dans les traités limite la portée du raisonnement voulant soustraire les peuples autochtones à la *Charte* au nom de leur pouvoir inhérent à l'autodétermination.

¹⁹¹⁰ K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Charter », préc. Toutes les formes de gouvernance autochtone ne sont que les manifestations de l'exercice du droit inhérent à l'autodétermination. Les bandes sont comprises dans « les autres droits » de 25. Voir aussi A. J. LONG et K. BEATY CHISTE, « Indian Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *American Indian Culture & Research Journal*, vol. 18, 1994, pp. 91-119, spéc. p. 114.

¹⁹¹¹ On retrouve ainsi les arguments de la souveraineté, que cela concerne les terres ou les gouvernements., voir P. MONTURE-ANGUS, *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, 175 p., p. 150.

¹⁹¹² Voir l'argument de la Cour suprême de Colombie-Britannique (voir supra § 997) *Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al*, [2000] BCSC 1123.

¹⁹¹³ P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government », préc. S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence*, préc., p. 344. Sur les problèmes auxquels renvoie la définition des spécificités culturelles autochtones, voir supra § 346 et s.

bouclier à l'égard des contestations tant externes qu'internes réside dans la simplicité du raisonnement et milite en faveur d'une importante protection de la souveraineté autochtone. De plus en empêchant l'intervention judiciaire cela laisserait la possibilité aux citoyens de se saisir des débats et d'engager un processus politique qui aboutirait à une solution d'équilibre¹⁹¹⁴. Il est certain que la distinction entre les revendications externes et internes n'est pas si aisée dès lors qu'il s'agit par exemple de trancher un différend portant précisément sur les questions d'appartenance au groupe autochtone¹⁹¹⁵.

- 1090 La jurisprudence n'offre que peu d'éclairage sur la nature de cet effet bouclier de l'article 25 : celle des tribunaux inférieurs montre avant tout la difficulté de démontrer l'existence d'un droit ou liberté pour les autochtones¹⁹¹⁶ et seule une opinion minoritaire de la Cour suprême du Canada offre une analyse détaillée de l'article 25, celle du Juge Bastarache dans *Kapp*. La majorité indique en effet uniquement que « seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de la protection de l'art. 25 » sans trancher fermement sur la question¹⁹¹⁷, puisque le programme préférentiel quant au permis de pêche pour les autochtones est validé via l'article 15(2)¹⁹¹⁸.
- 1091 Pour le Juge minoritaire au contraire, l'article 25 est davantage qu'une clause interprétative et il utilise cette clause de maintien des droits et libertés autochtones à une contestation externe aux groupes autochtones par rapport au permis de pêche accordé de manière préférentielle aux autochtones. Il semble en revanche exclure l'effet immunitaire de l'article 25 aux restrictions internes¹⁹¹⁹. Dès lors, son analyse porte en particulier sur la signification des « autres » droits et

¹⁹¹⁴ K. McNEIL, « Aboriginal Governments and the Charter », préc., p. 99.

¹⁹¹⁵ Voir par exemple P. MACKLEM, *Indigenous Difference*, préc., p. 227.

¹⁹¹⁶ Voir par exemple l'analyse et les jurisprudences citées par T. ISAAC, « Challenge of the Individual and Collective Rights », préc., p. 439 et s. Voir aussi *R.T., Re*, 2004 SKQB 503, §52 et s, pour contester l'adoption d'enfants autochtones par des non-autochtones la bande indienne faisait valoir l'existence d'un droit ancestral de se prononcer au nom de l'enfant ce qui n'a pas été démontré selon la Cour et qui n'a donc pas pu déclencher l'article 25 de la *Charte*. Voir aussi J. M. ARBOUR, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of The Charter of Rights and Freedoms », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 21, 2003, pp. 3-71, spéc. p. 43.

¹⁹¹⁷ *R. c. Kapp*, préc., § 64.

¹⁹¹⁸ Cette prudence de la majorité à ne pas vouloir trancher la question de l'article 25 a fait l'objet de critiques, par le juge minoritaire, et par la doctrine : S. MOREAU, « R. v. Kapp: New Direction for Section 15 », *Ottawa L.R.*, vol. 40, 2008-2009, pp. 283-298, spéc. p. 298.

¹⁹¹⁹ *R. c. Kapp*, préc., § 100 et s. Il affirme notamment qu'il « n'existe aucune raison de croire que l'art. 25 ait exclu les Autochtones du régime de protection de la Charte ». Dans ce sens voir G. MOTARD et S. PICARD, « R. c. Kapp : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la Charte canadienne ? », *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, vol. 1, 2008, pp. 196-213, spéc. p. 204. Cet aspect était en revanche largement irrésolu par les

libertés des autochtones protégés par l'article 25 qui, au contraire de ce qu'affirme la majorité, peuvent selon lui recouvrir des droits et libertés garanties constitutionnellement, mais aussi par des textes législatifs. Les droits et libertés des autochtones protégés par l'article 25 sont ceux qui protègent « les intérêts liés à la culture, au territoire ou à la souveraineté autochtone, ou au processus des traités »¹⁹²⁰, ce qui est le cas en l'espèce¹⁹²¹, car l'objectif de l'article 25 est « de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l'application des protections établies dans la *Charte* à l'endroit des individus diminuerait l'identité distinctive, collective et culturelle d'un groupe autochtone »¹⁹²². En suivant le mode d'analyse qu'il préconise¹⁹²³, à savoir une évaluation de l'atteinte *prima facie* d'un droit garanti par la *Charte* (en l'espèce la non-discrimination raciale), puis celle du droit autochtone relevant de l'article 25 (le droit de pêche), le juge Bastarache conclut à l'existence d'un conflit entre les deux et à la primauté du droit autochtone sur celui de la *Charte*. Il résout donc le litige en faveur de la validité du programme pilote de vente accordant les permis de pêche aux autochtones.

- 1092 Finalement l'arrêt *Kapp*, nous apprend que lorsque la *Charte* s'applique de manière indubitable au nom de l'article 32, parce qu'il s'agit d'une norme étatique qui met en œuvre un régime juridique concernant les autochtones, l'article 25 n'a donc pas vocation première à s'appliquer, puisque la majorité de la Cour préfère le recours à l'article 15(2). Mais l'opinion concordante du juge Bastarache démontre qu'il serait possible de recourir à l'article 25 pour protéger des revendications externes fondées sur la *Charte* les droits et libertés des autochtones, constitutionnels et éventuellement législatifs. Toutefois, l'arrêt *Kapp* ne nous guide que très peu

juridictions inférieures voir C. HUTCHINSON, « Case Comment on R. v. Kapp: An Analytical Framework for Section 25 of the Charter », *R.D. McGill*, vol. 52, 2007, pp. 173 - 190

¹⁹²⁰ Y compris lorsqu'ils sont d'origine législative. *R. c. Kapp*, préc., § 104. Il précise : « Ça sera le cas des lois adoptées en vertu de la compétence établie au par. 91(24) feraient normalement partie de cette catégorie, cette compétence concernant les peuples autochtones en tant que tels, mais pas les lois visées par l'art. 88 de la Loi sur les Indiens. (...) Mais les droits privés dont jouissent les Autochtones sur le plan individuel, à titre privé, en tant que citoyens canadiens comme les autres, ne seraient pas protégés. » § 106. Il précise en outre que la différence entre les droits et libertés des autochtones constitutionnels et législatifs est que les seconds sont « susceptibles d'être abolis n'importe quand » (§ 119) ce qui ne contribue donc pas à la « constitutionnaliser ».

¹⁹²¹ Une telle analyse lui permet ce faisant en l'espèce de considérer que le droit de pêche peut faire l'objet d'une telle protection en raison du « rapport tout à fait particulier des communautés autochtones de la Colombie-Britannique avec la pêche » et parce que ce droit « dépend entièrement de l'exercice des pouvoirs conférés au Parlement par le par. 91(24) de la Loi constitutionnelle de 1867, qui concerne une catégorie de personnes, soit les Indiens ». §120 et 122.

¹⁹²² § 90. La doctrine a pu dès lors s'interroger à juste titre sur les différences qu'il fallait opérer entre la « différence culturelle autochtone » du Juge Bastarache pour l'article 25, le critère de la culture distinctive qui s'opère sous l'article 35(1) ou celui de l'indianité sous 91(24) : G. MOTARD et S. PICARD, « Commentaire de R. c. Kapp », préc., p. 211 et s.

¹⁹²³ *R. c. Kapp*, préc., § 112.

sur la question de savoir si les gouvernements autochtones seront tenus de respecter la *Charte canadienne*.

- 1093 Pour résumer, il existe des arguments juridiques fondés sur l'article 32 et sur l'article 25 permettant d'exclure totalement l'application de la Charte aux gouvernements autochtones. Il existe aussi une multitude de raisonnements juridiques entrant dans différentes nuances pour ne leur appliquer la *Charte* que dans certains cas : soit en distinguant selon les types de gouvernance autochtones, soit en évaluant si c'est la différence culturelle autochtone s'en trouve atteinte ou non. Outre l'inconvénient pratique de la grande complexité à laquelle la deuxième solution conduit, elle pourrait conduire à appliquer de nouveau le raisonnement essentialiste qui a pu être développé sous 35(1)¹⁹²⁴ donnant cours à des stéréotypes quant aux cultures autochtones.
- 1094 Mais par-dessus tout, il semble extrêmement peu probable que la Cour suprême du Canada décide un jour de soustraire les gouvernements autochtones l'application de la *Charte* aux gouvernements autochtones¹⁹²⁵, qu'elle le fasse purement et simplement en retenant l'hypothèse du bouclier total ou qu'elle entre dans des distinctions byzantines qu'il est possible de faire. Pour des raisons de légitimité tenant à l'aura des droits et libertés et son propre rôle, ou encore parce qu'il est aujourd'hui de moins en moins concevable d'exclure les autochtones en tant qu'individu ou tant que collectivité de la protection des droits et libertés¹⁹²⁶, il est fort possible qu'elle contrôle le respect des droits et libertés par les pouvoirs autochtones en élargissant l'article 32 à tous les types de gouvernements autochtones.
- 1095 Pour autant, l'article 25 pourrait conserver un effet utile. L'article 25 pourrait en effet avoir vocation à non plus tellement de protéger les droits et libertés des autochtones en tant droits substantiels, mais davantage en tant que droits et libertés *collectifs* des peuples autochtones c'est-à-dire préservant les délimitations externes de l'autonomie normative des différents gouvernements autochtones. En ce sens, l'article 25 serait davantage une clause de neutralité

¹⁹²⁴ Voir supra § 848 et s. En ce sens : G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte », préc., p. 237 et s.

¹⁹²⁵ En ce sens, voir P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government », préc. ainsi que les jurisprudences préc., comme *Kapp* et *Campbell* ou *Thomas*. Voir aussi D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, 332 p., p. 64 et s.

¹⁹²⁶ Voir supra § 855 et s. En ce sens, voir notamment : C. E. S. FRANKS, « Rights and Self-government for Canada's Aboriginal Peoples » dans C. COOK et J. D. LINDAU, dir., *Aboriginal Rights and Self-Government The Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 101-134.

quant à la répartition des compétences entre entités étatiques et autochtones à la manière de l'article 31 de la *Charte*¹⁹²⁷. L'article 25 permettrait simplement de sécuriser dans le contentieux des droits et libertés de la *Charte* les droits-compétences, en particulier des contestations venant des non-autochtones ou éventuellement des autochtones d'une collectivité concurrente à celle détenant le droit-compétence.

- 1096 On retrouve une idée assez similaire chez la Commission royale sur les peuples autochtones¹⁹²⁸ ou chez les auteurs distinguant entre les fruits et les branches constitutionnelles, soit entre l'exercice du droit et le droit lui-même, la délimitation externe de l'autonomie normative et l'exercice de cette autonomie¹⁹²⁹. Certes il peut y avoir une difficulté à distinguer dans certains cas entre le droit-compétence et son exercice, d'autant que contrairement au fédéralisme classique la jurisprudence semble plus consacrer des droits-activités que des droits-compétences.
- 1097 À partir de cette interprétation on pourrait définir « les autres droits » définis dans l'article 25 comme l'ensemble des droits collectifs-compétences qui accordent ou reconnaissent un pouvoir décisionnel aux autochtones constitués en nation, communauté, bandes, peu importe l'origine constitutionnelle ou législative des normes délimitant l'autonomie normative autochtone.
- 1098 Cette solution serait à la fois respectueuse des revendications d'autonomie des peuples autochtones, sur lesquelles il n'est pas question de revenir incidemment via le contentieux des droits fondamentaux lorsqu'elles reçoivent une réponse favorable. Elle serait en outre conforme aux aspirations individuelles des autochtones qui entendent de moins en moins se mettre en marge du mouvement général de protection des droits et libertés¹⁹³⁰. Elle serait en outre en adéquation avec la solution de la majorité dans *Kapp*, sauf qu'elle aurait le mérite d'explicitier le refus de recourir à l'article 25 pour trancher le litige. En suivant notre analyse, la raison était que

¹⁹²⁷ Voir supra § 987.

¹⁹²⁸ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération*, préc., p. 39 et s. Sauf que la Commission propose de ne soustraire au contrôle des droits et libertés seulement le droit des peuples autochtones à l'autonomie gouvernementale. C'est plus restreint que ce que nous proposons : « l'article 25 (...) exclut clairement toute interprétation de la Charte mettant en cause l'existence des gouvernements autochtones ou portant atteinte à leurs pouvoirs essentiels » CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à redéfinir*, préc.

¹⁹²⁹ Voir J. M. ARBOUR, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime », préc., p. 19. G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte », préc., p. 244 et s. On a ainsi utilisé par analogie le raisonnement de la Cour suprême du Canada par rapport à l'article 29 de la *Charte* précisant qu'elle ne portait pas atteinte « aux droits ou privilèges garantis en vertu de la Constitution du Canada concernant les écoles séparées et autres écoles confessionnelles ». Voir *Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148. *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

¹⁹³⁰ Voir supra 856 et s.

le droit de pêche en cause issu d'une politique fédérale ne crée aucun espace normatif pour les autochtones, la pêche n'étant pas communautaire au sens d'un droit-collectif mais étant attribuée à titre individuel¹⁹³¹. Il s'agissait de droits individuels de pêche fondés sur une « différence autochtone », mais pas d'un quelconque pouvoir décisionnel autochtone obtenu par délégation ou par reconnaissance étatique¹⁹³². Cette solution permet pour résumer de considérer les peuples autochtones davantage comme un troisième ordre de gouvernement, à la manière des provinces à qui il incombe également de respecter la *Charte canadienne*¹⁹³³, que comme des minorités privilégiées au Canada qui disposeraient de droits et libertés dérogatoires au droit commun.

1099 Dans cette optique, il paraîtrait logique de reconnaître aux gouvernements autochtones la possibilité de recourir à la clause nonobstant de l'article 33¹⁹³⁴. Sur le plan juridique, cette proposition est toutefois audacieuse dans la mesure où il n'existe pas de symétrie entre les entités soumises à la *Charte* au nom de l'article 32 et celles pouvant jouir de la clause dérogatoire au nom de l'article 33. En effet les seules autorités habilitées à adopter les clauses dérogatoires sont de nature législative¹⁹³⁵. De plus il faudrait pouvoir démontrer que certaines entités de gouvernance autochtone sont « législatives », ce qui n'est pas insurmontable dans le cadre des systèmes de gouvernance fondé sur les traités, mais plus hasardeux en ce qui concerne les gouvernements traditionnels ou les bandes indiennes. En tout état de cause, les limites inhérentes à la clause nonobstant précédemment étudiées seraient sans doute aussi valables ici.

1100 Pour conclure, l'application de la *Charte canadienne* aux peuples autochtones demeure un terrain non balisé par la jurisprudence qui devra un jour faire cet effort d'interprétation. Nous gageons qu'elle donnera vraisemblablement un effet à la *Charte canadienne* dans la gouvernance autochtone, et militons le cas échéant pour qu'elle prenne garde de ne pas anéantir les formes d'autonomie autochtone difficilement reconnue par ailleurs, comme l'article 25 l'y enjoint. En cas d'une telle application de la *Charte*, le potentiel d'homogénéisation ne serait que peu

¹⁹³¹ Sur ce point relatif au cas d'espèce voir *R. c. Kapp*, préc., § 71 et § 115.

¹⁹³² Ce faisant on aurait pu écarter le recours à l'article 25 sur ce fondement et suivre le raisonnement classique suivi par la majorité qui permet d'ailleurs de valider les programmes préférentiels fondés sur l'article 15(2). Dès lors qu'il n'est plus question d'attribuer ou de reconnaître une autonomie normative aux autochtones, il n'y a pas de raison qu'ils soient traités différemment des autres minorités au Canada qui peuvent aussi faire l'objet d'une protection particulière en conformité avec la *Charte*.

¹⁹³³ Rappelons à cet égard que la question du consentement au texte constitutionnel n'a dès lors pas tellement d'importance si l'on compare avec le cas québécois.

¹⁹³⁴ En ce sens, voir G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte », préc., p. 249.

¹⁹³⁵ Par exemple les municipalités sont assujetties à la *Charte* sans pouvoir recourir à l'article 33.

prévenu, sauf à ce que l'article 33 puisse être mobilisé ou que l'article 25 puisse servir aussi comme une clause interprétative au niveau de l'interprétation substantielle¹⁹³⁶.

B. Les instruments quasi constitutionnels de protection de la personne et les peuples autochtones du Canada

1101 En ce qui concerne la *Déclaration canadienne*, on notera que deux des grandes décisions précédemment étudiées, les affaires *Drybones* et *Lavell*¹⁹³⁷, concernent précisément les Indiens. Si dans la première affaire les juges suprêmes ont rendu inopérantes la disposition de la *Loi sur les Indiens* incriminant l'ivresse des Indiens au nom de la discrimination raciale, dans la seconde au contraire les juges suprêmes ont refusé de conclure à une discrimination fondée sur le genre opérée par la *Loi sur les Indiens*, au nom précisément du statut constitutionnel particulier des Indiens. En effet, la majorité de la Cour suprême a estimé qu'au contraire de l'affaire *Drybones*, la disposition législative contestée vise une « réglementation interne de la vie des Indiens dans des réserves, ou leur droit à l'usage et aux avantages de terres de la Couronne situées dans celles-ci »¹⁹³⁸. Ainsi ils ont estimé que rendre inopérante la disposition contestée reviendrait à retirer la compétence constitutionnelle du Parlement fédéral à l'égard des Indiens. Ce raisonnement étrange fut d'ailleurs contesté par le juge Laskin dissident, qui distingue précisément entre l'attribution constitutionnelle du pouvoir législatif à l'égard des Indiens qui ne saurait être remis en cause par la *Déclaration* et l'exercice de ce pouvoir du Parlement qui peut faire l'objet d'un contrôle fondé sur la *Déclaration*. En effet, « le traitement discriminatoire fondé sur la race, la couleur ou le sexe n'est pas compris dans l'attribution de ce pouvoir législatif »¹⁹³⁹. Cette argumentation dissidente va tout à fait dans le sens que nous préconisons pour l'application des droits et libertés à l'égard des autochtones : sécuriser les autonomies normatives, constitutionnelles en particulier, tout en demandant le respect des droits fondamentaux par toutes les formes de pouvoir, *a fortiori* lorsque leur nature gouvernementale ne fait pas de doute, comme dans *Lavell*¹⁹⁴⁰. Sur ce point la *Déclaration canadienne* a aujourd'hui un intérêt réduit avec

¹⁹³⁶ Nous étudierons cette possibilité infra § 1549 et s.

¹⁹³⁷ Voir supra, § 722 et s. *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

¹⁹³⁸ *Lavell*, préc., p. 1372. Comme nous l'avons expliqué supra § 723 et s., le statut infra-constitutionnel de la *Déclaration* a semble-t-il joué ici.

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 1388 et 1389. Voir aussi supra note de bas de page n°1225.

¹⁹⁴⁰ L'exclusion de l'application de la *Déclaration* à la question de l'appartenance à une bande indienne ne se justifiait pas nécessairement par une « différence culturelle autochtone » dans la mesure où de telles dispositions patriarcales sont davantage le fruit du colonisateur que des cultures autochtones originaires, voir supra § 857.

l'avènement de la *Charte canadienne*. En outre les raisonnements concernant le champ d'application de la *Charte* et les autochtones pourraient certainement être transposés à l'égard de la *Déclaration canadienne* si cette dernière était aujourd'hui mobilisée.

- 1102 Les instruments provinciaux de protection des droits de la personne ne traitent pas non plus spécifiquement du cas des autochtones. On a pu le regretter et militer pour une inclusion des droits des autochtones par exemple dans la *Charte québécoise*¹⁹⁴¹. Leur application aux autochtones dépend donc du régime général d'application des lois provinciales à leur égard¹⁹⁴². Avant la décision de 2014 *Nation Tsilhqot'in*¹⁹⁴³, on estimait que la *Charte québécoise* ou les codes provinciaux ne pouvaient s'appliquer dans des litiges impliquant des autochtones seulement s'ils n'empiétaient pas gravement dans l'exercice de la compétence fédérale sur le contenu essentiel de « l'indianité ». On pouvait toutefois argumenter que les pratiques autochtones faisant l'objet d'un droit ancestral ne jouissaient pas nécessairement d'une immunité constitutionnelle absolue à l'égard des instruments de protection de la personne provinciaux¹⁹⁴⁴. L'*obiter dictum* dans *Nation Tsilhqot'in*¹⁹⁴⁵ semble simplifier le raisonnement et impliquerait une application générale des instruments provinciaux de protection des droits de la personne (étant par ailleurs valides du point de vue de la répartition des compétences).
- 1103 La *Loi canadienne sur les droits de la personne* est des plus intéressantes dans la mesure où elle comprend une disposition spécifique concernant les autochtones. À l'origine, l'article 67 de la Loi canadienne prévoyait qu'elle était « sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi ». Il s'agissait d'une véritable exemption qui se voulait en 1977 transitoire, afin de laisser le temps au gouvernement de réviser la *Loi sur les Indiens* à l'issue de consultation avec les Premières Nations. Malgré les polémiques intenses qu'a suscitées cette disposition¹⁹⁴⁶, elle ne fut abrogée par le Parlement qu'en 2008 avec l'adoption du Projet C-

¹⁹⁴¹ S. GRAMMOND, « Pour l'inclusion des droits autochtones dans la Charte des droits et libertés de la personne », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 295-319.

¹⁹⁴² Voir supra § 608 et s.

¹⁹⁴³ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256.

¹⁹⁴⁴ En ce sens et avec l'exemple de l'adoption coutumière autochtone confrontée à la *Charte québécoise* voir : G. OTIS, « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de "l'adoption coutumière" autochtone au Québec », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 567-610.

¹⁹⁴⁵ Voir supra § 614 et s.

¹⁹⁴⁶ Voir Mary C. HURLEY, résumé législatif de 2008 sur le « Projet de loi C-21 : Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne », disponible en ligne :

21¹⁹⁴⁷. Entre 1977 et 2008, cette exception interdisait aux tribunaux de contrôler tous les actes issus d'un pouvoir explicite attribué au conseil de bande ou au ministère des Affaires indiennes par la *Loi sur les Indiens* ou par tout règlement adopté en vertu de celle-ci, laissant parfois perdurer des discriminations manifestes¹⁹⁴⁸.

1104 Ce bouclier¹⁹⁴⁹ fut donc levé en 2008 et les rapports de la *Loi canadienne* avec les autochtones firent l'objet de deux précisions importantes aux articles 1.1 et 1.2 du projet C-21. Premièrement, l'abrogation de la clause d'exemption ne « porte pas atteinte à la protection des droits existants, ancestraux ou issus de traités, des peuples autochtones du Canada découlant de leur reconnaissance et de leur confirmation au titre de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 » et deuxièmement son interprétation devra tenir compte des traditions juridiques et des règles de droit coutumier dès lors qu'elle est utilisée à l'encontre de toute entité de gouvernance autochtone¹⁹⁵⁰. Ces précisions permettent à la fois de mettre en œuvre la Loi canadienne en conformité avec ce que prévoient les articles 25 et 28 de la *Charte canadienne*¹⁹⁵¹ et surtout d'éviter dans le cadre d'une soumission aux droits et libertés des gouvernements autochtones que les tribunaux éliminent la diversité juridique autochtone sans égard pour leur spécificité. Autrement dit, la clause de la Loi canadienne relative aux autochtones était dans une logique de « bouclier », elle est devenue une clause interprétative, dont il faudra évaluer toutes les promesses¹⁹⁵².

1105 Il serait sans doute trop audacieux de déduire de cette dynamique étudiée dans la *Loi canadienne* un mouvement général dans le contentieux des droits et libertés à l'égard des Peuples autochtones du Canada. Il nous semble pourtant probable, voire souhaitable, que les instruments étatiques de protection des droits de la personne s'appliquent aux gouvernements autochtones dans la mesure

<http://www.parl.gc.ca/About/Parliament/LegislativeSummaries/bills_ls.asp?ls=c21&Parl=39&Ses=2&Language=F#note29>, p. 3 et s.

¹⁹⁴⁷ Sur les nombreux projets d'abrogation non votés voir Ibid., p. 7 et s. Voir aussi Commission Canadienne des droits de la personne, et al., *L'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs : la mise en œuvre de l'article 1.2 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, en ligne: Ont : Commission canadienne des droits de la personne, <<http://celarc.ca/cppc/224/224562.pdf>> p. 5 et s. Voir aussi l'annexe contenant le projet p. 89 et s.

¹⁹⁴⁸ Voir *ibid*, sur les différentes interprétations judiciaires de cette clause voir Mary C. HURLEY, résumé législatif de 2008, préc., p. 6 et s.

¹⁹⁴⁹ Il n'était pas total, car en raison d'une interprétation restrictive de la clause, les tribunaux acceptaient de contrôler les actes lorsque ce pouvoir explicite faisait défaut : voir *ibid*.

¹⁹⁵⁰ — 2008, ch. 30, art. 1.2, voir infra § 1559 et s. pour plus de précision.

¹⁹⁵¹ Voir en ce sens Commission Canadienne des droits de la personne, et al., préc., p. 10 et s.

¹⁹⁵² C'était précisément l'objet de l'évaluation du rapport de la Commission Canadienne des droits de la personne, préc. sur lequel nous reviendrons donc dans la dernière partie.

où il est possible de prévenir les interprétations à effet homogénéisant, au lieu d'empêcher simplement leur mise en œuvre.

Section 2. Le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union européenne, enjeu essentiel d'intégration vis-à-vis des États

- 1106 L'encadrement de la compétence de la Cour de justice européenne dépend avant tout du domaine matériel des droits fondamentaux de l'Union et non pas tellement des autres instruments (I). La *Charte européenne* n'a pas fondamentalement bouleversé ce domaine par rapport aux principes généraux du droit (II). Il est au final peu aisé de l'appréhender, car il est en constante extension tout en restant enfermé dans les limites matérielles du droit de l'Union (III).

I. De l'importance du champ d'application matériel des droits fondamentaux de l'Union, par rapport aux autres conditions d'invocabilité

- 1107 Si l'espace plurijuridique européen se caractérise également par la pluralité des instruments de protection des droits fondamentaux¹⁹⁵³, c'est le champ d'application des droits fondamentaux de l'ordre juridique communautaire (puis de l'Union) qu'il convient avant tout d'analyser. C'est en effet leur champ d'application circonscrit qui permet d'une part de faire exister une complémentarité avec les autres textes garantissant les droits et libertés, et d'autre part qui constitue une limite véritable au potentiel homogénéisateur de ce contrôle par la Cour de justice européenne. Car les droits fondamentaux de l'Union ne sont mobilisables que dans le cadre du droit communautaire, laissant donc la place aux instruments de se déployer en dehors de ce champ du droit de l'Union. Ainsi, la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice n'a pas fait d'elle une Cour suprême des droits fondamentaux en Europe¹⁹⁵⁴, en raison notamment de cette délimitation matérielle. Examinons toutefois en premier lieu les autres conditions tenant au champ d'application des instruments nationaux et de l'Union européenne avant d'expliquer l'importance du critère matériel qui les démarque le plus.
- 1108 Les instruments nationaux, constitutionnels en particulier, exigent des conditions particulières pour être mobilisés, comme le respect du champ d'application territorial ou du champ d'application *ratione temporis*, mais leur recevabilité ne demande pas de se situer dans un

¹⁹⁵³ Voir supra § 708 et s.

¹⁹⁵⁴ F. ZAMPINI, « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux “dans le cadre du droit communautaire” », *RTDE*, vol. 35, 1999, pp. 659-707, spéc. p. 662.

domaine juridique, des matières, qui leur sont propres. Autrement dit d'un point de vue matériel, seule la substance des prérogatives garanties aux individus (la liberté d'expression, le droit de propriété, etc.), telle qu'interprétée par les juridictions étatiques compétentes, sera pertinente pour déterminer si l'instrument s'applique.

- 1109 Pour qu'un droit fondamental européen soit mobilisé, il faut également qu'il soit matériellement garanti par les sources communautaires ou de l'Union. Par exemple, la Cour de justice avait pu refuser de considérer que le droit à la non-discrimination selon le genre comprenait l'orientation sexuelle dans l'arrêt *Grant*¹⁹⁵⁵, mais dans l'affaire *K.B.*¹⁹⁵⁶, elle accepta une protection des transsexuels sur ce fondement. Les droits fondamentaux de l'Union protégés par la *Charte* sont quant à la substance assez larges, voire « universels », mais tout comme ceux consacrés par les principes généraux du droit, ils ne pourront s'appliquer à une situation donnée que dans la mesure où l'on pourra démontrer un rattachement préalable au droit de l'Union. Ainsi l'étendue des droits varie d'un instrument à un autre¹⁹⁵⁷, mais pour les instruments étatiques l'étendue des activités normatives ou factuelles soumises aux droits protégés n'est généralement pas circonscrite à un domaine particulier¹⁹⁵⁸.
- 1110 Dès lors qu'on s'intéresse au contenu des droits fondamentaux, une autre spécificité a été introduite par la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* : une gradation de la justiciabilité des droits et libertés avec la distinction entre les « droits » et les « principes »¹⁹⁵⁹. Fruit d'un compromis entre les défenseurs des droits économiques et sociaux et les sceptiques quant à leur justiciabilité¹⁹⁶⁰, les « principes » ne sont pas directement invocables auprès des

¹⁹⁵⁵ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec. 1998*, p. I-00621. Mais elle a considéré en 2011 que « la directive 2000/78 a pour objet de combattre, en matière d'emploi et de travail, certains types de discriminations, au nombre desquelles figurent celles fondées sur l'orientation sexuelle, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement » § 38 : CJUE, 10 mai 2011, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-147/08, *Rec. 2011*, p. I-03591.

¹⁹⁵⁶ CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, *Rec. 2004*, p. I - 541.

¹⁹⁵⁷ Cet aspect « substantiel » sera donc étudié infra en partie 3.

¹⁹⁵⁸ Il se peut toutefois que certaines normes soient ponctuellement exclues du contrôle des droits fondamentaux, par exemple le Conseil constitutionnel français refuse de contrôler les lois référendaires, mais ceci n'est pas propre aux contentieux des droits fondamentaux et relève davantage d'une question de compétence de la juridiction sur ce type de norme.

¹⁹⁵⁹ F. PICOD, « Article II-111 » dans L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, dir., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, pp. 643-657, p. 652.

¹⁹⁶⁰ Voir supra § 818 et s.

juridictions¹⁹⁶¹, mais peuvent être mobilisés pour interpréter et contrôler les normes de mise en œuvre de ces principes¹⁹⁶². Leur identification demeure imprécise, même à la lumière des explications¹⁹⁶³, ce qui laisse sans doute des marges de manœuvre conséquentes aux interprètes de la *Charte*¹⁹⁶⁴.

- 1111 Les conditions classiques de validité des normes tenant à leur application territoriale¹⁹⁶⁵ et dans le temps, et les conditions tenant à la compétence des juridictions de contrôle de ces normes (en dehors de la question de savoir quelle est la norme de contrôle mobilisée), sont les critères pertinents pour déterminer tant le domaine d'application des instruments étatiques que ceux des droits fondamentaux de l'Union.
- 1112 Des différences entre eux sont envisageables en particulier quant au champ d'application personnel : la question de savoir si les personnes morales peuvent être titulaires de droits

¹⁹⁶¹ La question de la justiciabilité des principes de la *Charte de l'Union* n'est donc pas une question d'application au sens strict mais interroge plus largement la recevabilité d'un argumentaire juridique fondé sur la *Charte*. Il s'agit en effet de savoir si le droit fondamental est invocable, c'est-à-dire s'il a suffisamment de substance normative pour être mobilisable par un requérant devant une juridiction. Voir en infra § 1165 et 1168 à propos des difficultés concrètes soulevées par cette subtilité du droit de l'Union.

¹⁹⁶² C'est en ce sens que les « explications » précisent leur effet limité « En vertu de cette distinction, les droits subjectifs doivent être respectés, tandis que les principes doivent être observés (...). Les principes peuvent être mis en œuvre par le biais d'actes législatifs ou exécutifs (adoptés par l'Union dans le cadre de ses compétences et par les États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union); ils acquièrent donc une importance particulière pour les tribunaux seulement lorsque ces actes sont interprétés ou contrôlés. Ils ne donnent toutefois pas lieu à des droits immédiats à une action positive de la part des institutions de l'Union ou des autorités des États membres ». Voir aussi F. PICOD, « Article II-111 », préc., p. 652 et s; L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE*, 2005, pp. 663-690, spéc. p. 689 et s.

¹⁹⁶³ Les explications ne fournissent que des exemples, les articles 25 (droit des personnes âgées), 26 (intégration des personnes handicapées) et 37 (protection de l'environnement), et précise que « dans certains cas, un article de la Charte peut contenir des éléments relevant d'un droit et d'un principe: par exemple, les articles 23, 33 et 34. ». (Respectivement, l'égalité entre les hommes et les femmes, la vie familiale et vie professionnelle ainsi que la sécurité sociale et l'aide sociale. Il faut ensuite identifier article par article si les droits et libertés relèvent davantage du droit subjectif ou du droit « programmatique », voir L. BURGORGUE-LARSEN, « Ombres et lumières », préc., p. 687 et s.

¹⁹⁶⁴ Pour une première interprétation voir les conclusions de l'Avocat général dans CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10, *Rec. numérique*. En particulier au § 77 « Les principes ont comme caractéristique essentielle que leur application implique souvent l'adoption de mesures d'exécution, qui est du reste soumise au respect de la répartition des compétences fixée dans le traité et du principe de subsidiarité. » Pour l'Avocat général, le droit au congé annuel payé relève ainsi des droits subjectifs et non des principes. Voir aussi les conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalón du 18 juillet 2013 dans CJUE (G.C.), 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT et autres*, aff. C-176/12, *Rec. numérique*. La Cour de justice ne s'est pas explicitement fondée sur l'article 51 pour résoudre cette affaire (voir infra § 1165), laissant la question des effets des « principes » en partie irrésolue.

¹⁹⁶⁵ On pourrait ici considérer que le territoire de l'Union européenne étant transnational il faut s'intéresser ici au critère de l'extranéité comme le fait Édouard Dubout. Nous l'examinerons toutefois comme un critère accessoire au champ matériel en infra § 1143 et s. É. DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles » dans E. NEFRAMI, dir., *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 369-411, p. 397 et s.

fondamentaux ou encore si les personnes privées peuvent en être les débitrices pourront faire l'objet de différentes conceptions parmi les États membres et par rapport au droit de l'Union¹⁹⁶⁶. Ainsi les titulaires des droits fondamentaux communautaires¹⁹⁶⁷ sont somme toute assez classiquement les personnes physiques et morales sous certaines conditions. Il pourra s'agir tant de citoyens européens que de ressortissants de pays tiers à l'Union, dans la mesure où le lien avec le droit communautaire pourra être établi.

- 1113 Pour autant, ces possibles complémentarités entre instruments nationaux et communautaires dues aux différences de champ d'application¹⁹⁶⁸ ne constituent pas l'enjeu majeur du plurijuridisme européen : il faut d'abord déterminer si les droits fondamentaux de l'Union s'appliquent ou non, avant d'envisager la place éventuelle des droits fondamentaux nationaux¹⁹⁶⁹, qui par définition ont vocation première à s'appliquer à toutes les activités et normes au sein de l'État sans restrictions sur le plan matériel.
- 1114 La condition d'un domaine d'application matériel pour invoquer les droits fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union constitue donc le facteur déterminant pour la compréhension des interactions possibles entre les instruments étatiques de protection des droits et libertés et les droits fondamentaux de l'Union, et rend superfétatoire l'étude du champ d'application de l'ensemble des normes de protection propres aux États membres de l'Union. Le phénomène de l'intégration juridique du droit de l'Union dans ceux des États membres y compris au niveau des droits fondamentaux explique la nécessité de comprendre avant tout la nature de cette immixtion communautaire, sans pour autant étudier en détail le champ d'application des instruments étatiques. Cette condition est donc la véritable limite de la protection juridictionnelle des droits

¹⁹⁶⁶ Sur la question de savoir si les États membres acceptent généralement que les personnes privées soient débitrices des droits fondamentaux nationaux, constitutionnels avant tout voir : L. F. M. BESSELINK, « General Report - The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon. The Interaction Between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94> p. 18 et s. La réponse est généralement négative sauf en ce qui concerne quelques Constitutions étatiques et à l'égard des certains droits seulement.

¹⁹⁶⁷ Sur ce sujet, voir : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le champ d'application personnel, horizon du droit communautaire ? Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 57-72. Nous reviendrons plus tard sur la question l'impact « horizontal » des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans la mesure où il est indissociable du droit dérivé européen.

¹⁹⁶⁸ Pour une étude complète des différences des champs d'application des instruments de protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique français voir S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2008, 716 p., p. 163 et s.

¹⁹⁶⁹ Ce retour aux droits fondamentaux des États sera donc étudié en partie 3.

fondamentaux par la Cour de Luxembourg qui se fonde sur le partage délicat entre les pouvoirs de l'Union et ceux des États membres¹⁹⁷⁰.

- 1115 En effet, si nous posons la question de l'éventuelle complémentarité, concurrence ou conflit des droits fondamentaux de l'Union avec ceux des États, c'est que les premiers pourront s'imposer au sein des États. Le champ d'application personnel des droits fondamentaux de l'Union pose comme débitrices les institutions européennes, mais aussi les États, à condition d'une certaine relation avec le droit communautaire.
- 1116 Les institutions et organes communautaires agissant nécessairement dans le cadre du droit communautaire puisqu'elles ne peuvent agir que conformément aux attributions qui lui sont conférées par les traités, le champ matériel n'est pas à étudier spécifiquement lors du contentieux des droits fondamentaux : en cas de doute il s'agirait d'une question de répartition des compétences. Comme l'avènement jurisprudentiel de la protection des droits fondamentaux le démontre, ainsi que l'article 51 de la *Charte*, sont avant tout visées les entités européennes¹⁹⁷¹. La détermination précise des débiteurs communautaires¹⁹⁷² ne pose pas de problème insurmontable, même si l'article 6 TUE impose le respect des droits fondamentaux à l'« Union » sans plus de précisions. Il s'agit des institutions communautaires ou de l'Union qui sont celles que les traités habilitent à assurer la réalisation des tâches confiées à l'ancienne Communauté et aujourd'hui l'Union¹⁹⁷³. De plus, la *Charte* précise que les « organes et organismes de l'Union » sont également tenus au respect des droits fondamentaux. Ceci permet de couvrir assez largement les « entités les plus diverses » créées par le droit primaire ou le droit dérivé¹⁹⁷⁴. À cet égard, la question la plus centrale est celle de savoir si la Cour de justice, traditionnellement considérée

¹⁹⁷⁰ Ainsi J. Rideau expliquait que « le partage entre les situations purement nationales et les situations entrant dans l'orbite du droit européen s'avère souvent délicat en l'absence de listes de compétences et en fonction du titre auquel l'État intervient ou prétend intervenir » J. RIDEAU, « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 399.

¹⁹⁷¹ Voir par exemple les « explications » de la *Charte* sur l'article 51 « Il vise à établir clairement que la Charte s'applique d'abord aux institutions et organes de l'Union, dans le respect du principe de subsidiarité ». Ce rappel du principe de subsidiarité ici montre bien la Charte n'autorise pas à sortir de leurs attributions conférées par les traités et doivent respecter les principes de répartition des compétences, y compris leur exercice subsidiaire.

¹⁹⁷² F. PICOD, « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 527-545, p. 534 et s.

¹⁹⁷³ Voir l'ancien article 7 du TCE qui citait le Parlement européen, le Conseil la Commission, la Cour de justice et la Cour des comptes et aujourd'hui l'article 13 § 1 du TUE liste les institutions un peu différemment avec le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission européenne, la Cour de justice de l'Union européenne et la Banque centrale européenne.

¹⁹⁷⁴ F. PICOD, « Article II-111 », préc., p. 646.

comme une institution, est une débitrice. Concernant les actes de gestions à l'égard de son personnel par exemple, rien ne semble s'y opposer alors que pour les décisions de justice cela paraît plus délicat, en raison précisément de leur nature¹⁹⁷⁵.

1117 Ainsi en ce qui concerne les normes édictées par les institutions européennes, la Cour de justice a pu contrôler le respect des droits fondamentaux tels que consacrés par les principes généraux du droit dès l'aube de cette protection¹⁹⁷⁶. La *Charte* n'y a rien changé sur ce point comme le démontre la jurisprudence récente¹⁹⁷⁷.

1118 Les autres débiteurs des obligations de sauvegarde des droits et libertés sont les États membres, ce qui constitue l'un des enjeux majeurs du champ d'application des droits et libertés européens, d'autant qu'on a pu se demander dans quelle mesure il se trouvait bouleversé par l'entrée en vigueur de la *Charte européenne*.

II. Le champ d'application matériel de la Charte à l'égard des États membres, une continuité par rapport aux principes généraux de droit

1119 Les droits fondamentaux de l'Union européenne ont d'abord été consacrés par voie jurisprudentielle à travers les principes généraux du droit. C'est donc la Cour de justice qui a délimité au fil des décisions leur champ d'application matériel en ce qui concerne les États membres, champ qui n'a pas cessé de s'accroître (A). La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* a délimité explicitement son champ d'application matériel dans l'article 51(1) si bien qu'on ait pu se demander s'il s'agissait d'un frein à cette extension ou bien une consécration de l'encadrement jurisprudentiel antérieur (B). Son entrée en vigueur s'est en outre accompagnée de dispositions spécifiques concernant certains États membres dont il faudra évaluer l'impact sur le champ d'application de la *Charte* à leur rencontre (C).

¹⁹⁷⁵ Voir *ibid.*, p. 647. Ainsi l'autorité de la chose jugée et les moyens de sanctions prévus par les traités rendent compliquée une telle possibilité, mais l'auteur semble approuver une telle possibilité.

¹⁹⁷⁶ Voir par exemple CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727.

¹⁹⁷⁷ Voir par exemple CJCE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert contre Land Hessen*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec. 2010*, p. I-11063. La Cour rappelle que « conformément à l'article 6, paragraphe 1, TUE, l'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (...) laquelle a la même valeur juridique que les traités » (§ 46) et apprécie ensuite la validité de certaines dispositions réglementaires à l'égard de la *Charte* (en l'espèce les articles 42, point 8 ter, et 44 bis du règlement n° 1290/2005 ainsi que du règlement n° 259/2008).

A. L'extension progressive du champ d'application matériel des droits fondamentaux consacrés par les principes généraux de droit

- 1120 En 1985 lors de la décision *Cinéthèque*¹⁹⁷⁸, la Cour de justice se trouvait à la croisée de chemins¹⁹⁷⁹ lorsqu'on lui demanda de contrôler la conformité d'une loi nationale avec la liberté d'expression telle que garantie par la *Convention européenne des droits de l'homme*. Elle refusa de façon lapidaire de le faire¹⁹⁸⁰. Pourtant, la Commission et l'Avocat général avaient milité pour un possible contrôle dans la mesure où la norme française pouvait provoquer des entraves aux échanges intracommunautaires concernant en l'espèce des vidéocassettes, et que si la mesure pouvait se justifier en tant que dérogation à la libre circulation des marchandises, il aurait fallu qu'elle se justifiait aussi vis-à-vis des droits fondamentaux. En réalité, cette affaire ne ferma pas la porte à l'imposition par la Cour de justice des standards de protection des droits de la personne aux États membres¹⁹⁸¹.
- 1121 En effet en 1989, la décision *Wachauf*¹⁹⁸² constitue la première pierre de l'édifice de l'extension des droits fondamentaux communautaires aux actions des États membres. Dans cette affaire aux apparences très techniques sur le marché du lait et des produits laitiers¹⁹⁸³, la Cour estima que la législation allemande qui mettait en œuvre le règlement communautaire sur cette question devait respecter les droits fondamentaux communautaires. Ainsi la Cour établit que les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire « liant également les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre des réglementations communautaires, il

¹⁹⁷⁸ CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque s.a. e.a. contre Fédération nationale des cinémas français*, aff. jtes 60 et 61/84, *Rec.*, p. 2605.

¹⁹⁷⁹ J. H. H. WEILER, « The European Court at Crossroads: Community Human Rights and Member State Action » dans P. PESCATORE et P. CAPOTORT, dir., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 821-842.

¹⁹⁸⁰ *Cinéthèque*, préc. § 26.

¹⁹⁸¹ Sur le processus d'argumentation interne à la Cour, notamment avec les Avocats généraux et les affaires annonçant la jurisprudence future voir D. S. BINDER, « The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action », en ligne: *Harvard Jean Monnet Working Paper Series*, vol.4, 1995.

¹⁹⁸² CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, *Rec.*, p. 2609.

¹⁹⁸³ F. G. JACOBS, « Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 133-139, p. 135.

s'ensuit que ceux-ci sont tenus, dans toute la mesure du possible, d'appliquer ces réglementations dans des conditions qui ne méconnaissent pas lesdites exigences »¹⁹⁸⁴.

- 1122 Cette contrainte imposée par le droit communautaire aux États se justifie par le fédéralisme d'exécution propre au plurijuridisme européen. Car si les institutions européennes doivent respecter les droits fondamentaux tels que protégés par la Cour de justice, les États membres lorsqu'ils agissent en tant qu'agent du droit communautaire sont soumis aux mêmes obligations. C'est ce qu'en anglais on appelle l'« *agency situation* »¹⁹⁸⁵ qui correspond à la soumission des États membres au contrôle du respect des droits fondamentaux communautaires lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ou de l'ancienne Communauté. Ici, le champ d'application communautaire correspond à la répartition des pouvoirs entre les sphères nationales et européennes¹⁹⁸⁶ puisqu'en mettant en œuvre une norme européenne, les États agissent au nom de la norme européenne, dans la sphère de compétence européenne (le champ communautaire) qu'ils sont chargés de rendre effective notamment par l'édiction normative de règles d'application. Cette administration indirecte ou décentralisée par les États du droit européen légitime le contrôle de la Cour de justice sur des fondements européens, car il s'agit toujours de droit communautaire même s'il passe par une norme nationale. Pour conserver une cohérence dans le droit européen, la Cour s'engage à contrôler selon ses standards le respect des droits fondamentaux par les États membres qui mettent en œuvre le droit édicté par les institutions européennes.
- 1123 Le deuxième pas franchi par la Cour de justice dans la progression du champ communautaire est la décision *ERT* de 1991¹⁹⁸⁷. Elle revient en réalité sur la situation qui existait dans *Cinéthèque* tout en y assurant la continuité de ce qu'elle avait affirmé alors¹⁹⁸⁸. Elle estime ainsi que les

¹⁹⁸⁴ Wachauf, préc. § 19.

¹⁹⁸⁵ Voir par exemple A. KNOOK, « The Court, the Charter, and Vertical Division of Powers in the European Union », *CML Rev.*, vol. 42, 2005, pp. 367-398.

¹⁹⁸⁶ Voir par exemple Z. KÜHN, « Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 151-161, p. 153. Pour cet auteur, le principe Wachauf « reemphasises a quasi-federal structure of the interference between EU and national law » p. 153.

¹⁹⁸⁷ CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et autres*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925.

¹⁹⁸⁸ La « Cour ne peut apprécier, au regard de la convention européenne des droits de l'homme, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit communautaire. En revanche, dès lors qu'une telle réglementation entre dans le champ d'application du droit communautaire, la Cour, saisie à titre préjudiciel, doit fournir tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par la juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect, tels qu'ils résultent, en particulier, de la convention européenne des droits de l'homme » § 42 *ibid.*

réglementations nationales entrant dans le champ d'application du droit communautaire doivent se conformer aux droits fondamentaux dont elle assure le respect. C'est le cas lorsqu'un État justifie conformément au traité « une réglementation qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services, cette justification, prévue par le droit communautaire, doit être interprétée à la lumière des principes généraux du droit et notamment des droits fondamentaux » et devra être « conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect »¹⁹⁸⁹.

- 1124 Désormais lorsqu'un État voudra bénéficier des exemptions aux libertés de circulation (mêmes plus largement les libertés fondamentales en vue de conforter le marché intérieur) prévues par le droit communautaire, la justification qu'il invoque devra non seulement satisfaire les critères classiques propres à ces libertés économiques, mais aussi démontrer que sa dérogation respecte des droits fondamentaux communautaires. Cette jurisprudence *ERT* a été fort critiquée, y compris par certains Avocats généraux¹⁹⁹⁰. On a en effet suspecté la Cour de justice d'étendre indûment son emprise sur les États membres au nom de la protection des droits fondamentaux sans véritablement les prendre au sérieux¹⁹⁹¹. Il est vrai qu'on pouvait se demander si déroger à un droit, c'est-à-dire légitimement s'y soustraire, c'est encore le mettre en œuvre ou même se situer dans son champ d'action. Sur le plan logique, il est également remarquable que la non-application justifiée de certaines libertés entraîne l'application d'autres libertés. On voit ici toute la spécificité du plurijuridisme européen qui conçoit bien les libertés économiques propres à la réalisation du marché commun, comme l'apanage du droit européen. Ces libertés sont des normes substantielles et non des normes habilitantes, elles s'inscrivent comme des limites à l'action des seuls États en vue de leur intégration au sein d'un ensemble commun. Dès lors, leur mobilisation, y compris lorsqu'il s'agit d'y déroger, constitue le cœur du droit européen de l'intégration. Ceci justifie que tout contrôle de validité des mesures étatiques à cet égard se fasse sous l'égide de la Cour de justice, seule à même de garder la cohérence de cet espace commun, y compris à l'égard des principes de protection de la personne. De plus la Cour appliquant un contrôle de proportionnalité pour vérifier la validité des mesures de dérogations étatiques aux libertés

¹⁹⁸⁹ § 43, *ibid.*

¹⁹⁹⁰ C'est le cas de l'Avocat général Jacobs voir : F. G. JACOBS, « Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law », préc., p. 137 et s; F. G. JACOBS, « Human rights in the European Union: the Role of the Court of Justice », *ELR*, vol. 26, 2001, pp. 331-341.

¹⁹⁹¹ Voir la célèbre critique déjà citée de J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *CML Rev.*, vol. 29, 1992, pp. 669 -692.

économiques, il paraît difficile de ne pas prendre en considération les droits fondamentaux quand il s'agit de peser les différents intérêts en présence.

- 1125 Si la Cour de justice a étendu son rôle de gardien des droits fondamentaux aux États membres, elle a toutefois refusé de contrôler toutes leurs activités et normes à cet égard. La condition répétée du rattachement préalable du « champ d'application communautaire » ou que les mesures se situent dans le « cadre communautaire »¹⁹⁹² (soit parce que les États mettent en œuvre ou dérogent à ce droit) fait la différence avec un contrôle illimité matériellement. Elle a aussi refusé d'étendre artificiellement ce champ communautaire, par exemple en refusant de considérer les peines de privation de liberté comme des entraves à la libre circulation des personnes déclenchant à elles seules l'applicabilité des droits fondamentaux communautaires à leur encontre¹⁹⁹³.
- 1126 La doctrine a globalement noté l'extension de ce champ d'application communautaire¹⁹⁹⁴, pour s'en féliciter ou pour le critiquer, et s'est souvent échinée à trouver le véritable critère de « cadre communautaire ». Avant d'en préciser les contours, il faut s'interroger sur le rôle du pouvoir constituant européen dans la délimitation désormais textuelle du champ d'application matériel des droits fondamentaux de l'Union proclamés par la *Charte*.

B. L'article 51(1) de la Charte et le doute sur son équivalence avec la jurisprudence antérieure

- 1127 Depuis le 1^{er} décembre 2009, les droits fondamentaux de l'Union se fondent sur la source non écrite des principes généraux du droit, mais aussi sur la *Charte*. Celle-ci définit son champ d'application dans l'article 51(1) tant à l'égard des organes de l'Union qu'à l'égard des États

¹⁹⁹² Voir par exemple à propos d'un parc naturel et archéologique : CJCE, 18 décembre 1997, *Daniele Annibaldi contre Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, aff. C-309/96, *Rec. 1997*, p. I-07493..

¹⁹⁹³ CJCE, 29 mai 1997, *Friedrich Kremzow contre Republik Österreich*, aff. C-299/95, *Rec. 1997*, p. I-02629. § 16.

¹⁹⁹⁴ Voir par exemple R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p., p. 167 et s; F. SUDRE, « Introduction » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 7-34, p. 25; L. AZOULAI, « The Case of Fundamental Rights: a State of Ambivalence » dans H.-W. MICKLITZ et B. De WITTE, dir., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, pp. 207-217, p. 208 et s; D. S. BINDER, « Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action », préc. Beaucoup d'auteurs ont en outre comparé cette extension avec la doctrine de l'incorporationaux États-Unis concernant le Bill of Rights constitutionnel à l'égard des États voir : J. H. H. WEILER, « The European Court at Crossroads: Community Human Rights and Member State Action », préc; A. KNOOK, « The Court, the Charter, and Vertical Division of Powers », préc; J. J. I. BARCELO, « ECJ Review of Member State Measures for Compliance with Fundamental Rights » dans J.-C. MASCLLET, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 767-774.

membres en précisant que la *Charte* s'adresse à eux « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (« *implementing Union law* » en anglais).

- 1128 Cette expression pouvait laisser entendre que les rédacteurs avaient entendu réduire le champ d'application matériel des droits fondamentaux aux seuls cas relevant de la jurisprudence *Wachauf*, c'est-à-dire aux cas où les États membres agissaient au nom de l'Union lorsqu'ils mettaient en œuvre son droit. Cette interprétation restrictive excluant par exemple les cas de dérogation établis par la jurisprudence *ERT* avait pu être retenue par certains auteurs qui s'appuyaient notamment sur les travaux d'élaboration de la *Charte*¹⁹⁹⁵. Il est vrai que les rédacteurs de la *Charte* avaient préféré cette formulation de la « mise en œuvre » issue de la jurisprudence *Karlsson*¹⁹⁹⁶ à celle mentionnant l'action des États membres dans le « cadre communautaire » originaire de la décision *Wachauf*¹⁹⁹⁷.
- 1129 D'autre part, les explications relatives à la *Charte*¹⁹⁹⁸ citent expressément les quatre affaires mentionnées précédemment : *Wachauf*, *ERT*, *Annibaldi* et *Karlsson*. Ceci laisse entendre au contraire la volonté des rédacteurs de s'inscrire dans la jurisprudence antérieure de la Cour de justice concernant le champ d'application matériel. En outre, une application différenciée entre les droits de la *Charte* et ceux des principes généraux du droit ne manquerait pas de poser un problème de cohérence. Car si les seconds n'ont pas été évincés par la *Charte* et qu'ils bénéficient d'une applicabilité plus grande que celle-ci, cela pourrait reléguer au second plan la *Charte de l'Union* qui était pourtant censée être la source première du respect des droits et libertés et une simple codification. Il y aurait donc un paradoxe à vouloir faire de la *Charte* un instrument de valorisation des droits et libertés dans l'Union tout en lui conférant une portée extrêmement limitée¹⁹⁹⁹.
- 1130 La Cour aurait pu aussi interpréter cette formulation plus réduite comme un signal de la part des pouvoirs constituants de réduire le champ d'application de l'ensemble des droits fondamentaux

¹⁹⁹⁵ Voir sur ce sujet T. VAN DANWITZ et K. PARASCHAS, « Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights », *Fordham Int'l L.J.*, vol. 35, 2011-2012, pp. 1396-1425, spéc. p. 1399 et s; K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *E.C.L. Review*, vol. 8, 2012, pp. 375-403.

¹⁹⁹⁶ CJCE, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, *Rec. 2000*, p. I-02737. § 37.

¹⁹⁹⁷ G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, 334 p., p. 251.

¹⁹⁹⁸ Rappelons en effet que le droit primaire renvoie à ce texte aux fins d'interprétation de la *Charte*.

¹⁹⁹⁹ Voir P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *CML Rev.*, vol. 39, 2002, pp. 945-994. « The Charter's paradox, in short, is that it contains indivisible fundamental rights, but of strictly limited scope », p. 358.

ou du moins d'en stopper l'extension. Mais les jurisprudences récentes relatives au champ d'application de la *Charte* semblent davantage démontrer une continuité avec les acquis jurisprudentiels concernant les PGD, et une interprétation large de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union ».

- 1131 Au départ les premières jurisprudences relatives à la *Charte* se sont avérées peu concluantes, dans la mesure où aucun lien avec le droit communautaire ne pouvait être établi, la Cour avait dû rejeter sa compétence maintes fois²⁰⁰⁰. Le nombre assez important de décisions et d'ordonnances de rejet pour incompétence manifeste de la Cour de justice²⁰⁰¹ semble démontrer à la fois que la *Charte* a eu un impact, une lisibilité, auprès des justiciables, mais aussi que son champ d'application matériel n'a pas été bien assimilé par ces derniers sans doute en raison de l'incertitude et de la complexité caractéristiques au domaine. On retrouve ce faisant toujours le même paradoxe d'une *Charte européenne* d'une grande aura, mais à faible portée.
- 1132 La Cour de Luxembourg n'a pas établi expressément si le champ d'application des droits de la *Charte* est identique à celui des PGD²⁰⁰², mais le récent arrêt *Fransson*²⁰⁰³ semble jeter les bases

²⁰⁰⁰ Voir par exemple : CJUE, 12 novembre 2010, *Krasimir Asparuhov Estov et autres contre Ministerski savet na Republika Bulgaria*, aff. C-339/10, *Rec. 2010*, p. I-11465. CJUE, 1er mars 2011, *Claude Chartry contre État belge*, aff. C-457/09, *Rec. 2011*, p. I-00819. spéc. au § 25. Voir aussi CJUE, 21 décembre 2011, *Teresa Cicala contre Regione Siciliana*, aff. C-482/10, *Rec. 2011*, p. I-14139; CJUE, 7 juin 2012, *Anton Vinkov contre Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, aff. C-27/11, *Rec. numérique*.

²⁰⁰¹ On peut dénombrer en moins de quatre années un peu plus d'une douzaine d'affaires dans lesquelles la Cour s'est estimée manifestement incompétente.

²⁰⁰² La question des relations entre la *Charte* et les PGD, notamment quant à une éventuelle différence de champ d'application, avait été posée à la Cour dans l'affaire CJUE, 8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida contre Stadt Ulm*, aff. C-40/11, *Rec. numérique*. Ni la Cour ni l'Avocat général ne répondent sur ce point. Cette omission pourrait signifier que la réponse était inutile sans doute parce que la *Charte* est la source première des droits de l'Union, et son champ d'application semble ne pas différer de celui des PGD. Voir aussi les conclusions de l'Avocat général Bot dans CJUE, 6 septembre 2011, *Ivana Scattolon contre Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, aff. C-108/10, *Rec. 2011*, p. I-11315, § 117 à 119. Selon lui « la formule retenue par les rédacteurs de la charte ne signifie pas qu'ils ont voulu restreindre le champ d'application de celle-ci par rapport à la définition prétorienne du champ d'application des principes généraux du droit de l'Union » § 118. Voir aussi les conclusions de l'Avocat général dans *Dominguez*, préc., dans lesquelles il envisage successivement l'application du droit au congé payé annuel de la *Charte* puis celui éventuellement issu d'un PGD pour finalement opter pour une interprétation harmonisée entre les deux pour éviter une contradiction entre les régimes du droit selon sa source. Il précise toutefois qu'« on ne doit cependant pas exclure que les droits fondamentaux résultant de principes généraux du droit et qui continuent à évoluer confèrent une protection plus importante que les droits fondamentaux résultant de la charte. Dans ce cas, la contradiction par rapport à l'article 51, paragraphe 1, première phrase, de la charte pourrait éventuellement devenir obsolète. » § 131. Autrement dit le régime des principes généraux pourrait déteindre sur celui de la *Charte*.

²⁰⁰³ CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, *Rec. numérique*.

d'une interprétation large,²⁰⁰⁴ mais non illimitée de ce dernier, dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure.

- 1133 La Cour précise clairement à propos de l'article 51(1) qu'il « confirme ainsi la jurisprudence de la Cour relative à la mesure dans laquelle l'action des États membres doit se conformer aux exigences découlant des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ». Elle rappelle « qu'elle ne peut apprécier, au regard de la Charte, une réglementation nationale qui ne se situe pas dans le cadre du droit de l'Union » et de citer pour appuyer la constance de sa vision du champ d'application certains précédents relatifs aux PGD, y compris *ERT*, ainsi que les explications de la *Charte*²⁰⁰⁵. La Cour affirme surtout que :

*« Les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte »*²⁰⁰⁶.

- 1134 En l'espèce il s'agissait de savoir si le pouvoir national de sanction fiscale et pénale en matière de perception de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), réglementée par une directive européenne, devait respecter le principe non bis in idem protégé par la *Charte*.
- 1135 Pour l'Avocat général, le degré de connexité avec le droit de l'Union était trop ténu pour déclencher l'examen de ce droit fondamental²⁰⁰⁷. Selon lui la compétence de l'Union pour protéger les droits et libertés à l'encontre de l'exercice du pouvoir des États membres doit se justifier par un « intérêt spécifique de l'Union à ce que cet exercice du pouvoir s'adapte à sa conception des droits fondamentaux. Le seul fait que cet exercice trouve sa source dans le droit de l'Union ne suffit pas, en soi, à considérer qu'il s'agit d'une situation de « mise en œuvre ». Cet intérêt doit selon lui se trouver dans « la place prépondérante qu'occupe en toute hypothèse le droit de l'Union dans le droit national » et quand « la légitimité de la res publica européenne peut être en cause »²⁰⁰⁸. En l'espèce, il estime que ce lien avec le droit de l'Union est insuffisant²⁰⁰⁹.

²⁰⁰⁴ Voir en ce sens V. KRONENBERGER, « Quand “mise en œuvre” rime avec “champ d'application” : la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du ne bis in idem. CJUE, 26 février 2013, Hans Åkerberg Fransson, aff. C- 617/10 », *RAE-LEA*, 2013, pp. 147-159; A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *RTDH*, vol. 97, 2014, pp. 215-235.

²⁰⁰⁵ *Fransson*, préc. § 18, §19 et §20.

²⁰⁰⁶ *Ibid.* §21. Souligné par nous.

²⁰⁰⁷ *Ibid.* § 51 des conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalon.

²⁰⁰⁸ *Ibid.* § 40 et 41 des conclusions de l'Avocat général.

- 1136 La Cour a estimé le contraire pour deux raisons. D'une part, elle estime que la directive sur la TVA impose implicitement aux États qu'ils adoptent des sanctions appropriées aux manquements de ces dispositions²⁰¹⁰ et d'autre part que le droit primaire exige des États qu'ils luttent contre les activités illicites portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union et donc qu'ils sanctionnent de manière effective les fraudes sur la perception de la TVA qui fait partie des recettes de l'Union²⁰¹¹.
- 1137 L'arrêt *Fransson* marque ainsi la volonté d'unifier le régime des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne²⁰¹² et de ne pas restreindre leur domaine d'application²⁰¹³. Le facteur déterminant qui a permis de faire entrer les mesures nationales dans le champ d'application du droit de l'Union semble avoir été ici non pas tellement une « mise en œuvre » directe des règles européennes substantielles, mais davantage la nécessité pour l'État de garantir l'effectivité ou l'efficacité du droit de l'Union²⁰¹⁴. Garantir l'effectivité du droit de l'Union s'avère encore une fois ici le leitmotiv de la Cour de justice, qui lui permet d'affirmer

²⁰⁰⁹ Voir *ibid.* §54 des conclusions de l'Avocat général. Ainsi « la seule constatation qu'un exercice du pouvoir de sanction national en particulier trouve son origine première dans une disposition du droit de l'Union ne suffit pas à transférer le contrôle de garanties constitutionnelles applicables à l'exercice de ce pouvoir, quelles qu'elles soient, du domaine de compétence des États vers celui de l'Union. » Puis au § 63 « En définitive, il semble risqué d'affirmer que, en adoptant des dispositions telles que celles de l'article 273 de la directive 2006/112, le législateur avait anticipé un transfert des États vers l'Union de toutes les garanties constitutionnelles entourant l'exercice du pouvoir de sanction des États en matière de perception de la TVA ».

²⁰¹⁰ La Cour estime qu'ils ont une « obligation de prendre toutes les mesures législatives et administratives propres à garantir la perception de l'intégralité de la TVA due sur son territoire et à lutter contre la fraude » §25 *ibid.*

²⁰¹¹ La Cour se fonde sur l'article 235 TFUE, voir § 26, *ibid.*

²⁰¹² J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Arrêt "Åkerberg Fransson" : l'application juridictionnelle de la Charte européenne des droits fondamentaux », *JDE*, 2013, pp. 184-186, spéc. p. 185. Avec l'auteur nous pouvons considérer que « la démarche est assurément salutaire, car on n'ose imaginer les complexités auxquelles on serait confronté s'il fallait raisonner sur l'applicabilité des droits suivant leur source (principes généraux du droit ou Charte) ». On ne saurait toutefois totalement exclure l'hypothèse d'un dualisme des champs de contrôle selon les fondements de la protection, voir en ce sens : É. DUBOUT, « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, 2013, pp. 5-23, spéc. p. 17 et s. L'auteur envisage même l'hypothèse d'un pluralisme des champs de protection si les juges nationaux devaient les définir comme l'arrêt *Dereci* le sous-entend (CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres contre Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, *Rec. 2011*, p. I-11315, § 72.) Il faut sans doute avec É. Dubout comprendre cet arrêt à la lumière des circonstances de l'espèce. Un tel abandon de la part de la Cour de justice de son autonomie dans l'interprétation du droit de l'Union semble ainsi peu probable.

²⁰¹³ On notera toutefois avec Sébastien Platon que le lien de rattachement de l'arrêt *Fransson* relève de la notion de mise en œuvre au sens de la jurisprudence *Wachauf* et non de la dérogation au sens de l'arrêt *ERT* : S. PLATON, « La Charte des droits fondamentaux et la "mise en œuvre" nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte », en ligne: *Revue des Droits et Libertés Fondamentales*, 2013, <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=3774>>. Cette hypothèse « ERT » a depuis été confirmée par la Cour dans CJUE, 30 avril 2014, *Robert Pflieger, Autoart as, Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Hans-Jörg Zehetner*, aff. C-390/12, non encore publié.

²⁰¹⁴ Voir en ce sens V. KRONENBERGER, « Quand "mise en œuvre" rime avec "champ d'application" », préc., p. 153.

que les normes nationales tendant à assurer l'effet utile d'une norme de l'Union, d'une manière ou d'une autre, sont soumises à son appréciation vis-à-vis des droits fondamentaux²⁰¹⁵. D'ailleurs, la Cour de justice a explicitement reconnu que, pour déterminer l'application de la *Charte*, l'objectif est d'éviter qu'une protection des droits fondamentaux ne varie selon le droit national concerné et porte donc « atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union » devant faire partie des critères d'évaluation²⁰¹⁶.

1138 À partir de ce critère qui semble se dégager pour faire « entrer dans le champ d'application de l'Union » les mesures nationales, il nous faudra examiner précisément l'ensemble des situations couvertes ou susceptibles de l'être au regard de la jurisprudence relative aux PGD et la *Charte*²⁰¹⁷. Mais avant, penchons-nous sur une autre polémique que l'entrée en vigueur de la *Charte* avait portée avec elle : la question d'un éventuel « *opting-out* »²⁰¹⁸ de la part de certains États membres vis-à-vis de la *Charte*.

²⁰¹⁵ Pour une critique fondée sur la « circularité » de l'argument de l'efficacité dans la justification du champ d'application voir : É. DUBOUT, « Le Défi de la Délimitation du Champ de la Protection », préc., p. 19 et s. L'auteur explique la jurisprudence de la Cour par la « résidualité » vis-à-vis du droit de l'Union des situations pour lesquelles elle étend le champ d'application des droits fondamentaux : « Ces situations n'ayant d'existence qu'en raison de la présence du droit de l'Union dont elles subissent l'incomplétude, elles doivent pouvoir bénéficier du cadre de légitimation de l'exercice du pouvoir national propre au droit européen afin d'en compenser ainsi les éventuels inconvénients » (p. 22). Sur cet argument de la « compensation » voir aussi É. DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences », préc., p. 392.

²⁰¹⁶ CJUE, 6 mars 2014, *Cruciano Siragusa contre Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, aff. C-206/13, non encore publié, § 32. En l'espèce ce risque n'était pas présent en l'espèce. La Cour déclare la *Charte* inapplicable à cette affaire de permis de construire sur une zone soumise à des obligations de protection du paysage. Comme l'explique Fabienne Gazin, le juge confirme que « que la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union est finalisée, orientée par le principe de primauté » : F. GAZIN, « Charte des droits fondamentaux. Comm. 190 », *Revue Europe*, vol. 5, mai 2014, 2014. Voir dans le même sens l'affaire CJUE, 10 juillet 2014, *Julián Hernández*, aff. C-198/13, non encore publié, dans laquelle la Cour affirme au § 47 que « la poursuite de l'objectif de la protection des droits fondamentaux dans le droit de l'Union, en ce qui concerne tant l'action de l'Union que la mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres, est motivée par la nécessité d'éviter qu'une protection des droits fondamentaux susceptible de varier selon le droit national concerné porte atteinte à l'unité, à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union ».

²⁰¹⁷ Ainsi à la lumière de l'arrêt *Fransson* il s'agirait de « Toute mesure nationale qui trouve sa source ou sa justification dans le droit de l'Union, ou bien encore qui remplit une “fonction communautaire” est concernée, qu'elle prenne la forme d'une mesure appliquant directement les traités ou les règlements, qu'elle soit prise en transposition d'une directive, ou encore qu'elle réponde à une obligation générale posée par le droit de l'Union c'est-à-dire qu'elle tende à assurer l'effet utile d'une norme de l'Union » J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, « Arrêt “Åkerberg Fransson” », préc., p. 185.

²⁰¹⁸ § 35: A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *JCP G*, vol. 9, I, 122, 2008.

C. « *Opting-out* » vis-à-vis de la Charte ou simple explicitation des États vis-à-vis de l'application de la Charte ?

- 1139 L'opposition du Royaume-Uni à l'égard de la *Charte*, et en particulier des droits sociaux qu'elle reconnaît, avait conduit à l'adoption du protocole n° 30²⁰¹⁹ qui fut ensuite étendu à la Pologne, qui craignait davantage qu'on lui impose des valeurs morales²⁰²⁰. Ce protocole constitue-t-il une clause de non-application de la *Charte* à l'égard de ces deux États (et potentiellement d'autres²⁰²¹) ou davantage une clause déclaratoire ? Il précise en effet que la *Charte* n'étend pas le contrôle de la Cour de justice ou des juridictions nationales à l'égard des mesures nationales du Royaume-Uni ou de la Pologne et que les droits sociaux du titre IV de la *Charte* ne sont pas justiciables²⁰²².
- 1140 Dans sa très grande majorité, la doctrine n'a pas interprété ce protocole comme une clause de non-participation de ces deux États à la *Charte*²⁰²³. Les termes utilisés et le contenu de cette

²⁰¹⁹ Protocole (n° 30) sur l'application de la charte à la République de Pologne et au Royaume-Uni [(*JO* 2010, C 83, p. 313) (ci-après le protocole n°30).

²⁰²⁰ Sur la genèse de ce protocole, voir M. DOUGAN, « The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts », *CML Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 617-703, spéc. p. 665; C. LADENBURGER, « European Union Institutional Report - The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88> p. 28 et s. D. ANDERSON et C. C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights : History and Prospects in Post-Lisbon Europe », en ligne: *EUI Working Papers LAW*, vol.8, 2011, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/17597/LAW_2011_08.pdf?sequence=1> p. 7 et s.

²⁰²¹ Voir la Déclaration de 2009 de la République tchèque en ce sens.

²⁰²² «Article premier. 1. La Charte n'étend pas la faculté de la Cour de justice de l'Union européenne, ou de toute juridiction de la Pologne ou du Royaume-Uni, d'estimer que les lois, règlements ou dispositions, pratiques ou actions administratives de la Pologne ou du Royaume-Uni sont incompatibles avec les droits, les libertés et les principes fondamentaux qu'elle réaffirme. 2. En particulier, et pour dissiper tout doute, rien dans le titre IV de la Charte ne crée des droits justiciables applicables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale. Article 2 « Lorsqu'une disposition de la Charte fait référence aux législations et pratiques nationales, elle ne s'applique à la Pologne ou au Royaume-Uni que dans la mesure où les droits et principes qu'elle contient sont reconnus dans la législation ou les pratiques de la Pologne ou du Royaume-Uni. »

²⁰²³ Voir par exemple : A. BERRAMDANE, « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », préc. Selon cet auteur « il résulte finalement de ce protocole, chef d'œuvre de contorsion juridique, que le Royaume-Uni et la Pologne ne sont liés par la Charte que dans la mesure prévue par la Charte elle-même » § 35. Voir aussi C. LADENBURGER, « The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon », préc., p. 30; I. PERNICE, « The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights » dans S. GRILLER et J. ZILLER, dir., *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, New York, Springer Wien, 2008, pp. 235-246, p. 245 et s. J.-P. JACQUÉ, « Le Traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, 2008, p. 34. C'est aussi l'avis des négociateurs au nom du Royaume-Uni de la *Charte* et du protocole : voir D. ANDERSON et C. C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights : History and Prospects in Post-Lisbon Europe », préc., p. 10; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « The Protection of Fundamental Rights in the EU: Community of Values with Opt-Out? » dans I. PERNICE et E. TANCHEV, dir., *Ceci n'est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 119-129, p. 127 et s.

clause relevaient davantage d'une obsession de certains États à insister sur la portée limitée de la *Charte* à l'encontre de leur droit national avec le plus de précisions possible. La faculté pour certains États de se soustraire à l'application de la *Charte* serait d'autant plus vaine que les droits fondamentaux issus des principes généraux de droit sont eux toujours pleinement applicables à leur égard.

- 1141 Cette lecture déclaratoire du protocole réfutant la thèse de l'« *opting-out* » a été explicitement écartée par la Cour de justice dans l'affaire *N.S.*²⁰²⁴ Elle affirme que « le protocole n° 30 ne remet pas en question l'applicabilité de la charte au Royaume-Uni ou en Pologne »,²⁰²⁵ mais qu'il « explicite l'article 51 de la charte, relatif au champ d'application de cette dernière, et n'a pas pour objet d'exonérer la République de Pologne et le Royaume-Uni de l'obligation de respecter les dispositions de la charte ni d'empêcher une juridiction de l'un de ces États membres de veiller au respect de ces dispositions »²⁰²⁶. La Cour ne se prononce pas sur la teneur de la disposition dans laquelle la justiciabilité des droits du titre IV de la *Charte* est déniée, la question demeure donc pour l'instant ouverte²⁰²⁷ même s'il est fort probable qu'également elle soit davantage considérée comme une clarification plutôt que comme une réserve²⁰²⁸. Pour résumer, une application à géométrie variable de la *Charte* est *a priori* à proscrire sur ce fondement.
- 1142 Si finalement l'entrée en vigueur de la *Charte de l'Union* n'a eu que peu d'impact sur le champ d'application matériel des droits fondamentaux de l'Union qui demeure dans la continuité de la jurisprudence concernant les PGD, il reste à esquisser les différentes situations dans lesquelles les États doivent s'y soumettre.

²⁰²⁴ CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec. 2011*, p. I-13905.

²⁰²⁵ § 120, *ibid.* Les conclusions de l'Avocat général Trstenjak allaient exactement dans le même sens voir § 165 et s.

²⁰²⁶ § 121, *ibid.* Voir dans le même sens les conclusions de l'Avocat général, § 169.

²⁰²⁷ En ce sens, voir S. IGLESIAS SANCHEZ, « The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1565-1612, spéc. p. 1598.

²⁰²⁸ En ce sens, voir J.-P. JACQUÉ, « Le Traité de Lisbonne. Une vue cavalière », préc. spéc. II, A, 3) 3. Le protocole relatif à la Pologne et au Royaume-Uni. L'auteur précise que ce protocole pourrait plus être « un avertissement adressé au juge britannique contre toute tentative d'utilisation du titre IV dans des situations purement internes, notamment en ce qui concerne l'article 28 de la Charte sur le droit à la négociation et à l'action collective qui serait de nature à remettre en cause les spécificités britanniques en ce domaine ».

III. À la recherche du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union : une complexité au nom du respect du plurijuridisme ?

1143 En dehors des deux cas clairement identifiés par les jurisprudences *Wachauf* et *ERT*, celui de l'exécution et de la dérogation, il n'a pas toujours été évident de déterminer avec précision le critère fondamental déclenchant l'application des droits fondamentaux de la Communauté ou de l'Union à l'encontre des États membres²⁰²⁹. La jurisprudence est en effet non seulement dense, mais peine aussi parfois à trouver une cohérence sur le contenu de champ d'application matériel. Comme nous l'expliquions à propos du récent arrêt *Fransson*, il se pourrait bien que le facteur déterminant soit la nécessité de garantir l'effectivité du droit de l'Union qui entraîne le basculement des mesures nationales dans le cadre du droit de l'Union. En gardant ce fil rouge en tête, il est possible de faire le tour des différentes applicabilités envisageables bien que les contours de ce champ d'application ne soient pas pour autant exempts de critiques. Le déclenchement des droits fondamentaux européens peut se faire soit lorsque le droit de l'Union est mis en œuvre dans un sens restreint (A), soit lorsqu'un droit garanti par les traités s'applique (B) soit lorsque des normes de droit dérivé entrent en jeu (C).

A. La situation de mise en œuvre du droit de l'Union stricto sensu

1144 Le premier des liens de rattachement d'une mesure nationale au droit de l'Union entraînant un contrôle fondé sur les droits fondamentaux de l'Union est la situation de mise en œuvre du droit de l'Union, stricto sensu. Il s'agit de la jurisprudence *Wachauf* qui correspond au cas où l'État membre, ou ses entités agissent en tant qu'agent de l'Union dans l'exécution de son droit. Ici, le champ d'application des droits fondamentaux épouse le plurijuridisme européen dans la mesure où il reflète le fédéralisme d'exécution ou d'administration décentralisée du droit de l'Union. On pourrait presque dire que dans ces cas le droit primaire, le texte constitutif de l'Union, habilite les États à agir au nom du pouvoir englobant, ce qui les soumet par conséquent et pour ces actions au respect des droits fondamentaux de l'Union. Ainsi, les États se placent sous l'égide de ses droits et libertés lorsqu'ils mettent en œuvre des règlements et toutes réglementations européennes²⁰³⁰

²⁰²⁹ Pour une recherche d'un critère unique, voir par exemple A. EGGER, « EU-Fundamental Rights in the National Legal Order: The Obligations of Member States Revisited », *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pp. 515-553, spéc. p. 520 et s.

²⁰³⁰ Voir CJCE, 24 mars 1994, *The Queen et Ministry of Agriculture, Fisheries and Food Ex parte Dennis Clifford Bostock*, aff. C-2/92, *Rec.*, p. I-955.

ou lorsqu'ils transposent les directives²⁰³¹ puis les mettent en application à travers leurs normes étatiques ou leurs actions²⁰³². Il se peut également que les États soient considérés comme des agents de l'Union dès lors qu'il existe une obligation générale à leur égard dans les traités, comme celle de veiller aux intérêts financiers de l'Union comme dans *Fransson*.

B. Le cas des droits substantiels garantis par les traités

1145 Ces droits substantiels du droit primaire concernaient au départ les libertés du marché intérieur (1), et ensuite la citoyenneté européenne (2).

1. Les droits primaires visant la réalisation du marché intérieur

1146 La seconde hypothèse à envisager concerne donc les droits substantiels garantis par le droit primaire qui visent la réalisation du marché intérieur ou désormais plus largement un espace de circulation commun. Il s'agit en effet au départ des grandes libertés de circulation et du principe de non-discrimination selon la nationalité. Dans la terminologie communautaire, on les qualifie de « libertés fondamentales », à différencier donc des « droits fondamentaux ». Elles s'en écartent parce qu'elles sont « au service » de l'intégration européenne et qu'elles se trouvent expressément garanties par des dispositions spécifiques des traités qui précisent leur régime juridique alors que les droits fondamentaux étaient à l'origine une source non écrite. Mais en même temps, elles peuvent être considérées comme de véritables libertés que les individus

²⁰³¹ CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, *Rec.* 2003, p. I-12971. Ainsi la Cour précise qu'en dehors du contrôle de la directive elle-même il est possible de contrôler sa mise en œuvre par les États et « veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de [la directive] qui entrerait en conflit avec les droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire (§ 87). Voir aussi § 84 et 85. Cette interprétation a été confirmée dans CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd contre The Scottish Ministers.*, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, *Rec.* 2003, p. I-07411. Voir aussi : CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU.*, aff. C-275/06, *Rec.*, p. I-279. Selon la Cour « il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité » § 68.

²⁰³² Sous le régime de la *Charte*, on pourra aussi miser sur une continuité à cet égard, voir en ce sens les conclusions de l'Avocat général Bot : « si l'on se réfère au cas particulier des directives, il conviendrait de ne pas cantonner la notion de mise en œuvre du droit de l'Union aux seules mesures de transposition de celles-ci. Une telle notion devrait, à notre avis, être comprise comme visant les applications ultérieures et concrètes des règles énoncées par une directive, ainsi que, de manière générale, toutes les situations dans lesquelles une réglementation nationale "appréhende" ou "affecte" une matière régie par une directive dont le délai de transposition est expiré ». *Scattolon*, préc., conclusions § 119.

peuvent opposer au pouvoir étatique. D'ailleurs, la *Charte* a inclus ces libertés fondamentales communautaires auprès des autres droits fondamentaux.

- 1147 On peut alors considérer ces libertés fondamentales comme des droits fondamentaux ayant un champ d'application matériel particulier dans la mesure où leur régime juridique est spécifié ailleurs dans le droit primaire de manière spécifique²⁰³³. Globalement, un élément d'extranéité est nécessaire à leur applicabilité²⁰³⁴. En effet, la Cour n'ayant pas à se prononcer sur les « situations purement internes »²⁰³⁵, l'extranéité a longtemps été la différence de nationalité entre ressortissants d'État membre ou le franchissement des frontières entre États membres²⁰³⁶.
- 1148 D'un autre côté, ces libertés fondamentales d'intégration ne sont pas des libertés comme les autres dans la mesure où elles sont susceptibles d'être l'élément déclencheur des autres droits fondamentaux. C'est précisément l'objet de la jurisprudence *ERT*, confirmée par l'arrêt *Pfleger*²⁰³⁷, que de considérer que dès lors que les États peuvent se voir opposer une liberté fondamentale propre à l'intégration ils se trouvent sous l'égide du droit communautaire même s'ils peuvent justifier légitimement l'atteinte à cette liberté. Inversement, les États pourront recourir à l'objectif de protéger les droits fondamentaux pour justifier la dérogation apportée à une liberté d'intégration²⁰³⁸. Les obligations du droit primaire déclenchant le contrôle des droits fondamentaux peuvent ainsi aussi bien concerner les obligations relatives à la libre circulation des personnes, des marchandises²⁰³⁹ que la liberté de prestation de service, même exercée occasionnellement²⁰⁴⁰.

²⁰³³ Sur par exemple le large champ d'application de l'ancien article 12 TCE (aujourd'hui article 18) sur la non-discrimination selon la nationalité voir P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », préc., p. 959 et s.

²⁰³⁴ Voir S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., p. 207 et s.

²⁰³⁵ Voir sur cette notion et R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *CDE*, 2002, pp. 95-130.

²⁰³⁶ Voir supra § 643 et s.

²⁰³⁷ *Pleger*, préc. Ainsi la Cour rappelle que « lorsqu'il s'avère qu'une réglementation nationale est de nature à entraver l'exercice de l'une ou de plusieurs libertés fondamentales garanties par le traité, elle ne peut bénéficier des exceptions prévues par le droit de l'Union pour justifier cette entrave que dans la mesure où cela est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect. Cette obligation de conformité aux droits fondamentaux relève à l'évidence du champ d'application du droit de l'Union et, en conséquence, de celui de la Charte » § 35.

²⁰³⁸ CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-05659.

²⁰³⁹ CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH contre Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-03689.

²⁰⁴⁰ CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, *Rec.* 2002, p. I-06279.

- 1149 C'est cette hypothèse de la dérogation qui permettra une formidable extension du champ d'application matériel des droits fondamentaux, parfois de manière critiquable. Car si les libertés fondamentales d'intégration ont vu leur recevabilité grandir au fur et à mesure, les droits fondamentaux ont corrélativement vu s'accroître la leur parfois de manière spectaculaire, voire artificielle. Ainsi dans l'affaire *Carpenter* c'est l'usage occasionnel de la liberté de prestation de service avec d'autres États membres que celui de M. Carpenter qui lui permet d'invoquer son droit au respect de sa vie familiale. Ce faisant, la Cour de justice estime que l'expulsion de l'épouse de M. Carpenter constitue une ingérence dans son droit fondamental²⁰⁴¹.
- 1150 De la même manière dans l'affaire *Karner*²⁰⁴² qui avait pourtant l'apparence d'une situation purement interne²⁰⁴³, la Cour s'est prononcée sur le respect de la liberté d'expression par la réglementation allemande en raison d'une possible entrave au commerce intracommunautaire alors même que cette entrave ne pouvait être sanctionnée sur le fondement des critères jurisprudentiels établis à cet égard. Toutefois, dans d'autres affaires elle s'est montrée plus timorée sur le lien entre la liberté de circulation en cause et la mesure nationale qui était aussi contestée quant à sa conformité aux droits fondamentaux, particulièrement lorsque des valeurs étaient en jeu comme dans *Grogan*²⁰⁴⁴.
- 1151 Au fil des révisions des traités, d'autres droits substantiels se sont inscrits dans le droit primaire comme le droit à la non-discrimination selon le genre²⁰⁴⁵ ou les droits propres aux citoyens de l'Union européenne.

²⁰⁴¹ Voir § 39 « il est constant que la séparation des époux Carpenter nuirait à leur vie familiale et, partant, aux conditions de l'exercice d'une liberté fondamentale par M. Carpenter. En effet, cette liberté ne pourrait pas produire son plein effet si M. Carpenter était détourné de l'exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint » et § 40. « À cet égard, il y a lieu de relever qu'un État membre ne peut invoquer des motifs d'intérêt général pour justifier une mesure nationale qui est de nature à entraver l'exercice de la libre prestation des services que lorsque cette mesure est conforme aux droits fondamentaux dont la Cour assure le respect », *ibid.*

²⁰⁴² CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contre Troostwijk GmbH*, aff. C-71/02, *Rec. 2004*, p. I-03025.

²⁰⁴³ C. PICHERAL, « Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDH*, vol. 63, 2005, pp. 649-672, spéc. p. 655.

²⁰⁴⁴ CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contre Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685. Dans cette affaire était contestée l'interdiction par l'Irlande des publicités sur la possibilité de se faire avorter dans un autre État membre de l'Union. La Cour estime que le lien avec la liberté de prestation de service et la mesure nationale était trop ténue et ne pouvait être considérée comme une dérogation à cette liberté. La mesure étant alors hors du cadre du droit communautaire, et de son contrôle des droits fondamentaux (voir §31).

²⁰⁴⁵ Voir à cet égard l'affaire « *K.B.* », préc.

2. La citoyenneté européenne

- 1152 La citoyenneté européenne a ajouté une dose de complexité dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union à plusieurs égards²⁰⁴⁶. D'abord, le statut de citoyen comprend des droits transnationaux préexistants dans le droit de l'intégration communautaire comme ceux de circuler, de séjourner et de ne pas être discriminé selon la nationalité, ainsi que des droits propres à son statut de nature politique spécifique à la démocratie composite qu'est l'Union²⁰⁴⁷. De plus, les droits des citoyens européens ont été intégrés à la *Charte* en son titre V, les droits de circuler et de séjourner aux côtés de leurs droits politiques. Mais la mise en œuvre des droits des citoyens dépend du régime juridique spécial prévu par les traités et non pas directement de la *Charte*²⁰⁴⁸.
- 1153 Plus spécifiquement en ce qui concerne les droits de circulation et de séjour qui préexistaient au statut de citoyen, la question est donc de savoir si le statut de citoyen change quelque chose dans l'applicabilité de ces libertés fondamentales. À cet égard, force est de constater que la jurisprudence s'est trouvée influencée par le statut du citoyen européen. Elle a ainsi étendu le champ d'application des « libertés d'intégration » des citoyens et a inclus des situations dépassant un strict critère de mobilité. En effet puisque la « libre circulation et le libre séjour des personnes sont élevés alors non plus au rang de libertés économiques, mais à celui de droit de l'Homme »²⁰⁴⁹, leur champ d'application a eu tendance à s'élargir ou du moins à dépasser le critère de l'exercice d'une activité économique transfrontalière, ou des compétences de l'Union²⁰⁵⁰, pour celui du statut de citoyen de l'Union. Les affaires *Garci Avello*, *Zambrano* et *McCarthy*²⁰⁵¹ attestent cette évolution²⁰⁵². Le critère de la privation de la jouissance effective des

²⁰⁴⁶ En ce sens, voir aussi F. FONTANELLI, « The European Union's Charter of Fundamental Rights Two Years Later », en ligne: *Perspectives on Federalism*, vol.3, 2011, <http://www.on-federalism.eu/attachments/104_download.pdf> pp. 26, voir aussi les références bibliographiques correspondantes.

²⁰⁴⁷ A. C. EFTIMIE, *La Citoyenneté de l'Union. Contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, thèse de Doctorat en droit, Université Montesquieu Bordeaux IV, École doctorale de Droit, 2012, 1292 p.

²⁰⁴⁸ Voir l'article 52 § 2 de la *Charte* : « Les droits reconnus par la présente Charte qui font l'objet de dispositions dans les traités s'exercent dans les conditions et limites définies par ceux-ci ». Pour les articles des traités correspondant à chaque droits des citoyens de la *Charte* se reporter aux explications relatives aux articles 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45 et 46.

²⁰⁴⁹ H. GAUDIN, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux », *RAE-LEA*, 2006, pp. 83-92.

²⁰⁵⁰ En ce sens voir E. MUIR, « The Court of Justice: a fundamental rights institution among others » dans M. DAWSON, B. DE WITTE et E. MUIR, dir., *Judicial activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 76-101, p. 97.

²⁰⁵¹ CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, *Rec.*, p. I-11613; CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec.* 2011, p. I-01177.

droits conférés par le statut de citoyen européen a ainsi émergé²⁰⁵³, non sans difficulté d'ordre logique²⁰⁵⁴.

- 1154 La citoyenneté européenne a aussi suscité aussi d'autres interrogations à l'égard de l'ensemble des droits fondamentaux de l'Union. Car, si « le statut de citoyen a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres »²⁰⁵⁵, alors pourquoi ce simple statut de citoyen de l'Union ne suffirait-il pas à déclencher l'application des droits fondamentaux de l'Union ?²⁰⁵⁶ Autrement dit, l'accroissement de la compétence du juge des droits fondamentaux passerait alors à travers le champ d'application personnel uniquement. Si tel est le cas, cela signifierait la quasi-disparition du critère du champ d'application matériel, puisque tout individu ressortissant d'un État membre, et même les ressortissants des États tiers grâce à une protection par ricochet²⁰⁵⁷, se trouverait dans le cadre du droit de l'Union pouvant déclencher un contrôle des droits et libertés de l'Union. Il s'agirait non plus d'une extension du champ d'application des droits fondamentaux, mais d'une authentique autonomie de leur régime.
- 1155 C'est précisément ce que semble refuser la Cour dans la récente affaire *Dereci*²⁰⁵⁸. Non seulement la Cour y précise la jurisprudence *Zambrano* de manière assez restrictive²⁰⁵⁹, mais elle

CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-434/09, *Rec.* 2011, p. I-03375.

²⁰⁵² Nous noterons d'ailleurs que les droits invoqués dans ces affaires ne sont pas rattachés à la *Charte*. Sans doute parce que cela aurait pu avoir un impact négatif sur la *Charte* (en ce sens S. IGLESIAS SANCHEZ, « The Court and the Charter », préc.) ou parce qu'il est préférable de se fonder sur les dispositions spécifiques directement.

²⁰⁵³ Voir supra § 641 et s.

²⁰⁵⁴ S. Platon note ainsi que ce critère tend à une confusion entre applicabilité et application des droits puisque c'est l'entrave à la jouissance des droits qui entraînent leur application et donc nécessairement leur violation : S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci* - De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE*, vol. 1, 2012, pp. 23-52.

²⁰⁵⁵ *Zambrano*, préc., § 41.

²⁰⁵⁶ Voir à ce sujet la proposition de l'Avocat général Jacobs dans CJCE, 30 mars 1993, *Christos Konstantinidis contre Stadt Altensteig - Standesamt et Landratsamt Calw - Ordnungsamt*, aff. C-168/91, *Rec.* 1993, p. I-01191. Il suggérerait qu'un « ressortissant communautaire qui se rend dans un autre État membre en qualité de travailleur salarié ou non salarié au sens des articles 48, 52 ou 59 du traité n'a pas seulement le droit de poursuivre son entreprise ou sa profession et de bénéficier des mêmes conditions de vie et de travail que les ressortissants de l'État d'accueil; il a droit, en outre, à l'assurance que, où qu'il se rende pour gagner sa vie dans la Communauté, il sera traité selon un code commun de valeurs fondamentales, en particulier celles inscrites dans la convention européenne des droits de l'homme. En d'autres termes, il a le droit d'affirmer "civis europeus sum" et d'invoquer ce statut pour s'opposer à toute violation de ses droits fondamentaux. » § 44 à 46 des conclusions. Notons que le critère du franchissement des frontières reste toutefois indispensable au déclenchement de ce statut de protection des droits fondamentaux de cet « *homo economicus* européen ».

²⁰⁵⁷ Sur ce sujet, voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Le champ d'application personnel », préc.

²⁰⁵⁸ *Dereci*, préc.

²⁰⁵⁹ Ainsi « le critère relatif à la privation de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen de l'Union se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le

y confirme que « la Cour est appelée à interpréter, à la lumière de la charte, le droit de l'Union dans les limites des compétences attribuées à celle-ci » et qu'il faut que la situation factuelle des requérants « relève du droit de l'Union »²⁰⁶⁰. Ainsi il appert que le statut en lui-même de citoyen européen ne saurait constituer un critère d'applicabilité des droits fondamentaux, mais que la violation des droits spécifiques aux citoyens européens est susceptible de le faire²⁰⁶¹. (Mais bien entendu l'inverse est en revanche inadmissible : les droits de la *Charte* ne sauraient déclencher les droits d'un citoyen européen²⁰⁶²). Ceci est dans la lignée de la jurisprudence *ERT* sur la dérogation aux libertés de circulation, à la différence près que l'élément d'extranéité ne semble plus dépendre seulement du franchissement des frontières, mais de l'entrave aux droits propres au citoyen de l'Union²⁰⁶³. Bien souvent, les libertés propres au citoyen plaident dans le même sens, protègent les mêmes intérêts que les droits fondamentaux soulevés. Donc si c'est l'entrave aux droits du citoyen déclenche la recevabilité des autres droits fondamentaux, la violation des premiers rend inutile l'examen des seconds²⁰⁶⁴.

- 1156 On a pu ainsi considérer que le citoyen de l'Union bénéficiait grâce à son statut d'un certain nombre de droits fondamentaux qui sont alors dégagés de leur champ traditionnel²⁰⁶⁵, il est certain que la citoyenneté conduit assurément à une énième extension du champ d'application matériel²⁰⁶⁶ sans pour autant que le rubicond de l'autonomisation des droits fondamentaux ne soit franchi.

territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble » *ibid.* § 66.

²⁰⁶⁰ § 71 et 72, *ibid.*

²⁰⁶¹ En ce sens M. Van den Brink nous enjoint à distinguer le statut des droits du citoyen : M. J. VAN DEN BRINK, « EU Citizenship and EU Fundamental Rights: Taking EU Citizenship Rights Seriously? », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, 2012, pp. 273-289.

²⁰⁶² Voir la prise de position de l'Avocat général dans *Dereci*, préc. § 38, à propos du droit au respect de la vie familiale. La solution contraire aurait entraîné une confusion totale puisque les droits de la *Charte* auraient permis de déclencher le champ d'application de l'Union...

²⁰⁶³ Voir en ce sens les Conclusions de l'Avocat général P. Cruz Villalón, CJUE, 4 juin 2015, *Thierry Delvigne contre Commune de Lesparre Médoc contre Préfet de la Gironde*, aff. C-650/13, p. affaire pendante. Il estime ainsi à propos d'une sanction pénale nationale pouvant priver du droit de vote qu'il existe un lien clair avec le droit de l'Union puisque « le droit primaire assume une compétence afin d'établir les dispositions nécessaires pour permettre l'élection des membres du Parlement européen » (§ 92). Ce faisant l'article 39 de la *Charte* (le droit de vote aux élections au Parlement européen) est applicable au litige.

²⁰⁶⁴ Voir aussi à cet égard : CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec. 2010*, p. 13693.

²⁰⁶⁵ H. GAUDIN, « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux », préc., p. 87.

²⁰⁶⁶ On a pu ainsi estimer que « le juge semble vouloir étendre sa compétence sans l'avouer, opérant par des interprétations de plus en plus audacieuses qui vident quasiment de toute substance l'affirmation, religieusement répétée, selon laquelle sa compétence ne peut s'exercer que dans le cadre du champ d'application *ratione materiae* du droit communautaire » R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, préc., p. 304.

C. La place du droit dérivé européen

1157 Le droit dérivé européen est un facteur de déclenchement des droits fondamentaux européens (1), il peut aussi provoquer un certain impact des droits fondamentaux dans les rapports entre personnes privées (2).

1. Application des droits fondamentaux et droit dérivé

1158 Le dernier lien à examiner déclenchant l'application des droits fondamentaux de l'Union est celui créé cette fois par le droit dérivé européen. Premièrement, tout comme le droit primaire, il est possible que les normes européennes protègent directement certains droits fondamentaux et du moment qu'elles sont valides du point de vue de l'attribution des compétences²⁰⁶⁷, elles entraîneront un contrôle prétorien sur leur fondement en dehors de l'application de la *Charte* ou des principes généraux du droit. Il pourra s'agir aussi bien de droits fondamentaux classiques, par exemple relatif à la dignité humaine²⁰⁶⁸, que de droits au service du marché intérieur²⁰⁶⁹ qui touchent aussi des droits fondamentaux comme les normes relatives au regroupement familial. Bien souvent, les normes de droit dérivé déterminent expressément leur propre champ d'application²⁰⁷⁰, et le contrôle des droits fondamentaux à l'égard des mesures nationales peut s'opérer à la lumière de la *Charte*²⁰⁷¹ ou sans aucun usage de la *Charte* ou du droit primaire²⁰⁷².

1159 Mais il se peut aussi que le droit dérivé déclenche l'application des droits fondamentaux de la *Charte*²⁰⁷³ ou des PGD. Ainsi dans *Steffensen*²⁰⁷⁴, la Cour interprète classiquement un droit issu

²⁰⁶⁷ Voir supra § 942 et s.

²⁰⁶⁸ Voir par exemple CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle contre Greenpeace eV*, aff. C-34/10, *Rec. 2011*, p. I-09821. La Cour interprète ainsi les notions autonomes d'embryon humain dans le respect des droits fondamentaux tels que consacrés par la directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. Voir spéc. § 34.

²⁰⁶⁹ Voir à ce propos S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., p. 209 et s.

²⁰⁷⁰ Voir par exemple la directive relative aux données personnelles préc.

²⁰⁷¹ CJUE (G.C.), 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12, *non encore publié.*, § 68. Voir aussi C.J.U.E, 10 septembre 2014, *Monika Kuionová c. SMART Capital a.s.*, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189, à propos de l'utilisation du droit au logement (article 7 de la *Charte*) dans l'interprétation de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JO L 95* du 21 avril 1993 p. 29. La charte sert ici d'« aide à l'interprétation du droit de l'Union » : V. DEPAIGNE, « La Charte des droits fondamentaux : un socle autonome pour la protection des droits dans l'Union européenne », *JDE*, vol. 3, 2015, pp. 104-106, spéc. p. 105.

²⁰⁷² Pour une application de la directive 2000/78/CE sur l'égalité de traitement, voir : *Römer*, préc. Sur ce sujet voir : L. PECH, « Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in *Römer* and *Dominguez* », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1841-1880.

²⁰⁷³ On a pu à ce sujet noter que les références croissantes à la *Charte* dans les instruments de droit dérivé eux-mêmes pouvaient constituer un argument supplémentaire pour que la Cour de justice vérifie l'interprétation conforme aux droits fondamentaux : R. TINIÈRE, « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de

d'une directive, le droit à une contre-expertise dans le cadre des contrôles officiels des denrées alimentaires. Sauf qu'elle ira jusqu'à estimer que dès lors que ce droit entre en jeu dans une procédure nationale, puisque la violation de ce droit peut avoir des conséquences dans le cadre de l'admissibilité d'un moyen de preuve dans le cadre d'un recours, alors « les règles nationales applicables en matière d'administration de la preuve entrent dans le champ d'application du droit communautaire. Partant, ces règles doivent respecter les exigences découlant des droits fondamentaux »²⁰⁷⁵. Cette affaire constitue sans nul doute un « bon exemple de l'extraordinaire extension atteinte par la doctrine du champ d'application »²⁰⁷⁶. Il appert toutefois que la directive doit être applicable « matériellement » au litige pour qu'elle puisse déclencher l'application de la *Charte*²⁰⁷⁷. La Cour a donc donné dans sa jurisprudence récente certains gages aux Etats en limitant la notion de mise en œuvre du droit de l'Union qui, selon elle, « présuppose l'existence d'un lien de rattachement entre un acte du droit de l'Union et la mesure nationale en cause, qui dépasse le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre »²⁰⁷⁸.

l'Union européenne : Le discours sans la méthode », en ligne : *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2013, <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=4023>>.

²⁰⁷⁴ CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, *Rec.* 2003, p. I-03735.

²⁰⁷⁵ § 71, *ibid.* Selon S. Platon cela revient à dire que si la norme communautaire ou sa violation est susceptible d'avoir des conséquences sur une matière régie par une norme nationale, elle entre dans le champ d'application communautaire : S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., p. 216.

²⁰⁷⁶ P. CRUZ VILLALON, « 'All the guidance', ERT and Wachauf » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 162-169, pp. 167, notre traduction.

²⁰⁷⁷ CJUE, 27 mars 2014, *Emiliano Torralbo Marcos contre Korota SA, Fondo de Garantía Salarial*, aff. C-265/13, *non encore publié*. Dans cette affaire le requérant avait engagé une procédure judiciaire d'exécution forcée en vue d'obtenir une déclaration judiciaire d'insolvabilité de son employeur. L'insolvabilité de l'employeur n'étant, par définition, pas constaté, la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 octobre 2008, relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, n'était pas applicable et donc le droit à un recours effectif garanti par l'article 47 de la *Charte* non plus. La Cour vérifie en l'espèce si « l'objet de la procédure au principal ne concerne pas l'interprétation ou l'application d'une règle du droit de l'Union autre que celle figurant dans la Charte » (§ 33). On a pu voir dans cet arrêt une interprétation stricte des critères dégagés dans *Fransson*, préc. : H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1006 p., p. 272. Mais on peut aussi considérer que la Cour s'attache à garantir l'effectivité des normes de l'Union, autre que la *Charte*, dès lors qu'elles s'appliquent *in concreto* dans le litige. En ce sens, voir l'analyse antérieure aux arrêts *Fransson* et *Torralbo* : A. ROSAS, « "Implementing" EU law in the Member States: Some Observations on the Applicability of the Charter of Fundamental rights » dans L. WEITZEL, dir., *Mélanges en hommage à Albert Weitzel. L'Europe des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2013, pp. 185-200, p. 197 et s.

²⁰⁷⁸ *Hernández*, préc., § 34. On a pu dire à propos de cette affaire que « la Cour s'efforce de convaincre que les droits fondamentaux garantis par l'Union européenne n'ont pas vocation à vampiriser tout litige national » : L. COUTRON, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (2014) », *RDP*, 2015, p. 1383 et s.

- 1160 On sait d'autre part qu'en vertu de la situation de mise en œuvre par l'État agissant en tant qu'agent de l'Union, toute flexibilité laissée par la législation européenne est interprétée comme un engagement implicite à respecter les droits fondamentaux de l'Union²⁰⁷⁹.
- 1161 Mais le droit dérivé peut aussi servir à mobiliser un droit fondamental alors même que la norme européenne ne peut s'appliquer directement au cas d'espèce, si elle protège elle-même ce droit, le concrétise. C'est le cas des jurisprudences *Mangold*²⁰⁸⁰ et *Küçükdeveci*²⁰⁸¹, dans lesquelles la directive en cause ne pouvait être invoquée dans les litiges entre particuliers, par exemple parce que la directive n'avait pas été transposée conformément au délai restant, mais a vocation à s'appliquer d'un point de vue matériel. La Cour peut alors contrôler la conformité de la législation nationale avec le droit à ne pas subir de discrimination en fonction de son âge que la directive protégeait. La directive permet de faire entrer le litige dans le champ de l'Union²⁰⁸², alors même qu'elle ne peut être formellement invoquée au cas d'espèce, et de le soumettre au respect des droits fondamentaux de l'Union reconnus par le droit primaire²⁰⁸³ et non expressément prévu par la directive²⁰⁸⁴. Ce faisant la Cour donne aux droits fondamentaux une « dimension horizontale ».

2. Droit dérivé et personnes privées, le possible effet horizontal indirect des droits fondamentaux européens

- 1162 La possibilité d'étendre les droits fondamentaux de l'Union aux personnes privées est une question déjà ancienne et controversée que l'on résume à la question de savoir si l'effet

²⁰⁷⁹ L. AZOULAI, « The Case of Fundamental Rights: a State of Ambivalence », préc., p. 213. Voir supra note de bas de page 2031 à propos de *Lindqvist*, préc. et *Promusicae*, préc. Et ceci est confirmé sous l'empire de la Charte : *N.S. et autres*, préc.

²⁰⁸⁰ CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec. 2005*, p. I-09981.

²⁰⁸¹ CJCE (G.C.), 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07, *Rec. 2010*, p. I-00365.

²⁰⁸² Ainsi « À cette date, ladite directive a eu pour effet de faire entrer dans le champ d'application du droit de l'Union la réglementation nationale en cause au principal qui appréhende une matière régie par cette même directive, à savoir, en l'occurrence, les conditions de licenciement. » § 25 *ibid.*

²⁰⁸³ Pour des raisons d'application *ratione temporis* la Charte ne trouvait pas application ici.

²⁰⁸⁴ Ainsi parmi les très nombreuses analyses et critiques de ces jurisprudences on a pu dire que *Mangold* « determines a rather curious constitutional effect whereby the directive triggers the application of general principles in a way that is broader than what could be achieved through the sole trigger. It is this dissonance between trigger and general principle that is both novel and problematic » : E. SPAVENTA, « The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law » dans A. ARNULL, et al., dir., *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 199-218, p. 210 et 214 et s.

horizontal des droits fondamentaux est direct ou indirect²⁰⁸⁵. Si le premier implique de véritables obligations des personnes privées entre elles, le second correspond à un impact sur les rapports entre particuliers par l'intermédiaire d'un autre acte normatif²⁰⁸⁶. *A priori* l'article 51(1) de la *Charte* exclut clairement que les personnes privées puissent être débitrices des droits qu'elle reconnaît, pourtant la jurisprudence européenne a déjà reconnu que certains droits ou libertés pouvaient avoir un effet horizontal. C'est en particulier le cas de certaines libertés de circulation et d'établissement²⁰⁸⁷, mais aussi de la non-discrimination fondée sur le genre ou de certains droits sociaux comme le droit à des actions collectives dès lors qu'il s'agit précisément de résister à l'application horizontale des libertés d'intégration²⁰⁸⁸.

- 1163 En tout état de cause, les droits fondamentaux de l'Union peuvent avoir un effet horizontal indirect puisqu'une violation par une mesure nationale d'un droit fondamental européen entraînera une modification des relations juridiques entre particuliers. C'est précisément le cas dans les affaires *Mangold* et *Kücükdeveci*²⁰⁸⁹ ou de l'affaire *Dominguez*²⁰⁹⁰.
- 1164 En réalité, dans les affaires *Mangold* et *Kücükdeveci*, le droit fondamental, par une « invocabilité d'emprunt »²⁰⁹¹ vient « au secours » de l'effectivité de la directive, qui selon les critères

²⁰⁸⁵ Voir par exemple : L. F. M. BESSELINK, « The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon », préc., p. 17 et s.

²⁰⁸⁶ On parle aussi d'effet horizontal incident ou de « pur effet horizontal » : E. SPAVENTA, « The Horizontal Application of Fundamental Rights », préc.

²⁰⁸⁷ CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455 ; CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.* I-4921 ; CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Rec.* p. I-4139.

²⁰⁸⁸ Ceci est dans la continuité de la jurisprudence *Schmidberger*, préc., voir : CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p. I-11767 ; CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10779. En ce sens notamment : E. SPAVENTA, « The Horizontal Application of Fundamental Rights », préc., p. 211.

²⁰⁸⁹ Voir aussi M. De MOL, « Küçükdeveci: Mangold Revisited ? Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, *Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG* », *E.C.L. Review*, vol. 6, 2010, pp. 293-308 ; P. CABRAL et R. NEVES, « General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect », *EPL*, vol. 17, 2011, pp. 437-451.

²⁰⁹⁰ *Dominguez*, préc. En effet en l'espèce on se trouvait dans un contexte d'un « litige horizontal » entre personnes privées à propos du droit au congé annuel payé. La Cour a lapidairement considéré que ce dernier devait être considéré comme « un principe du droit social de l'Union » § 16. Mais au-delà de l'interprétation de la directive à laquelle se contente la Cour, on pouvait se demander si ce droit tel qu'issu de la *Charte* ou éventuellement des principes généraux du droit pouvait avoir une applicabilité à l'égard des particuliers. L'Avocat général défend l'existence de ce droit sur le fondement de ces deux sources (et qui trouve une expression spécifique dans la directive en cause), mais lui réfute toute applicabilité directe entre personnes privées.

²⁰⁹¹ D. SIMON, « Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux », *Revue Europe*, vol. 3, mars 2014, 2014, p. comm. 112.

jurisprudentiels classiques ne peut produire d'effet direct horizontal²⁰⁹². Ce faisant, la directive régissant les rapports juridiques entre particuliers, à savoir entre employeur et salarié, un tel contrôle de la Cour de justice permet de faire entrer les droits fondamentaux de l'Union dans les relations entre personnes privées.

- 1165 En 2014 dans l'affaire *AMS*, la Cour de justice semble confirmer une telle possibilité sous l'empire de la *Charte des droits fondamentaux*²⁰⁹³, mais refuse en l'espèce d'accorder un « effet direct » à l'article de la *Charte* mobilisé, à savoir l'article 27, le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise. Elle estime en effet que contrairement au droit à la non-discrimination en fonction de l'âge cet article « doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national » et ne se suffit donc pas à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel²⁰⁹⁴, même combiné avec les dispositions de la directive²⁰⁹⁵. L'application d'un droit fondamental européen dans un litige entre particuliers n'est alors possible que s'agissant d'une certaine catégorie de droits fondamentaux²⁰⁹⁶. En effet, le droit fondamental en question doit remplir le critère de

²⁰⁹² Ainsi pour Nicolas Cariat « L'effet direct, autonome, des droits fondamentaux garantis par le droit de l'Union a été développé dans le contexte particulier de l'invocation horizontale des directives et possède l'unique vocation de renforcer leur effectivité, en leur conférant de facto un effet d'éviction que la jurisprudence continue à leur dénier. Il n'a de sens et d'importance que dans ce contexte » : N. CARIAT, « L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux -- État des lieux après l'arrêt Association de médiation sociale », *CDE*, vol. 50, 2014, pp. 305-336, spéc. pp. 332-333.

²⁰⁹³ *AMS*, préc. Il serait toujours possible d'invoquer un article de la *Charte* « seul ou en combinaison avec les dispositions » d'une directive « dans un litige entre particuliers afin d'écarter, le cas échéant, la disposition nationale non conforme à ladite directive », § 41. La Cour estime que la réglementation nationale en cause met en œuvre la directive, qui bien que non recevable, donne à la Charte « vocation à être appliquée à l'affaire » § 43. Avant la confirmation par l'affaire *AMS*, préc., la doctrine avait préconisé la continuité entre les PGD et la *Charte* sur ce point : voir L. F. M. BESSELINK, « The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon », préc., p. 20.

²⁰⁹⁴ §45 et 47, *AMS*, préc.

²⁰⁹⁵ § 49, *ibid.*

²⁰⁹⁶ Bien que la Cour ne le précise pas dans *AMS*, il semblerait que la distinction entre les droits et les principes au sens de l'article 52 (5) de la *Charte des droits fondamentaux* soit au cœur de l'invocabilité des droits fondamentaux dans ce contexte. Voir sur cette question les conclusions de l'Avocat général Pedro Cruz Villalón du 13 juillet 2013, §43 et s. Contrairement à la Cour il estimait le principe invocable dans la mesure où il était « concrétisé de manière essentielle et immédiate » dans la directive (§ 80). Voir N. CARIAT, « L'invocation de la Charte dans les litiges horizontaux », préc., p. 321 et s. Il semble finalement qu'en refusant l'invocabilité des principes, la Cour « aligne le régime contentieux des principes consacrés par la Charte sur celui des directives non ou mal transposées, les vidant ainsi de quasiment toute substance normative » : R. TINIERE, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », en ligne: *Revue des Droits et Libertés Fondamentales*, vol.Chron. n°14, 2014, <<http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-cour-de-justice-de-lue-et-linvocabilite-des-principes-de-la-charte-dans-les-litiges-horizontaux-commentaire-2/>>.

l'« autosuffisance »²⁰⁹⁷, dont bien des droits sociaux semblent faire défaut, pour produire un effet d'éviction du droit national contraire²⁰⁹⁸.

- 1166 En revanche la formulation de l'article 51(1) de la *Charte* semble exclure l'application horizontale directe des droits fondamentaux²⁰⁹⁹, ce qui pourrait poser deux problèmes. Le premier serait que les principes généraux du droit, ou certains d'entre eux seraient alors d'application plus large que la *Charte* au niveau du champ d'application personnel²¹⁰⁰. Le second serait que certaines libertés fondamentales économiques auraient un effet horizontal direct, mais qu'on ne pourrait plus invoquer les droits fondamentaux classiques à leur encontre comme dans *Laval* et *Viking* (à moins de recourir aux PGD et encore une fois de disjoindre les régimes des droits fondamentaux selon leur source). Cette solution ne semble ni souhaitable ni probable vu la volonté de la Cour d'unifier les deux champs d'application, encore récemment dans *AMS*. Encore une fois, le choix de la continuité avec la jurisprudence précédant la *Charte* est le plus plausible au prix d'une large interprétation de l'article 51(1) de la *Charte*. Cette difficulté vient une fois de plus en partie de l'égalité formelle opérée par la *Charte* entre les libertés d'intégration et les autres libertés, alors que les premières commandent l'invocabilité des secondes.
- 1167 Finalement, avec *Mangold* et sa suite on assisterait encore une fois à une énième extension du champ d'application matériel des droits fondamentaux avec en outre une conséquence quant à l'extension du champ d'application personnel même si ce dernier ne reste qu'incident.
- 1168 Pour conclure, ce champ d'application des droits fondamentaux de l'Union est donc décidément complexe et l'on peine à trouver la cohérence de la jurisprudence de la Cour qui tient de l'ordre

²⁰⁹⁷ D. DITTERT, « Droits fondamentaux européens : vers un effet direct horizontal généralisé ? », *RAE-LEA*, vol. 1, 2014, pp. 177-182, spéc. p. 181.

²⁰⁹⁸ Ce qui a pu faire l'objet de critiques, « En caricaturant à peine, on pourrait dire que les négociateurs britanniques et danois de la Charte avaient probablement rêvé d'une telle situation des droits sociaux et que la Cour de justice l'a rendu possible par son arrêt Association de médiation sociale sans même avoir à se prononcer sur la portée du protocole n°30 en matière sociale. Curieux paradoxe » : R. TINIÈRE, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », préc. On peut alors craindre avec Sébastien Platon que « cette faiblesse normative imposée aux droits sociaux fondamentaux soit en passe de devenir une caractéristique structurelle du droit de l'Union européenne » : S. PLATON, « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière (CJUE, grande chambre, 15 janv. 2014, aff. C-176/12) », *Revue de l'Union Européenne*, vol. 584, 2015, pp. 33-40, spéc. p. 40.

²⁰⁹⁹ On a pu cependant déduire des formulations de la Cour de justice dans l'affaire *AMS*, préc., § 42 un rejet des interprétations selon lesquelles l'article 51, paragraphe 1er, définissait de manière exhaustive « le cercle des destinataires de l'obligation de respecter les droits fondamentaux » : N. CARIAT, « L'invocation de la Charte dans les litiges horizontaux », préc., p. 327.

²¹⁰⁰ Voir sur ce problème qu'il veut éviter à propos du droit au congé annuel les conclusions de l'Avocat général dans *Dominguez*, préc. Voir aussi É. DUBOUT, « Le Défi de la Délimitation du Champ de la Protection », préc., p. 10 et s.

du patchwork²¹⁰¹ voire du puzzle. Car si l'on comprend que son leitmotiv semble être la protection de l'effectivité du droit de l'Union, avec toutes les difficultés qu'elle peut poser notamment dès qu'il s'agit de directive²¹⁰², lorsqu'on se place tant du point de vue de la défense des droits fondamentaux que de celui de l'autonomie des États membres, la critique semble inévitable²¹⁰³.

- 1169 La Cour doit en effet rester dans un étroit couloir, entre une véritable protection des droits et libertés individuels, y compris celles qui ne sont pas au service de l'intégration, tout en étant sommée par les États membres de ne pas dépasser le cadre de sa compétence limitée par le plurijuridisme. La complexité de ce plurijuridisme, alliant une répartition des compétences fonctionnelles, une administration décentralisée des normes de l'Union et un encadrement des États membres par des libertés substantielles, dites d'intégration, ne peut que se refléter dans son champ d'application du droit de l'Union, critère de recevabilité des droits fondamentaux²¹⁰⁴.
- 1170 On a pu ainsi maintes fois proposer de réformer ce facteur de l'applicabilité, ce qui aurait pour mérite premier de le clarifier, le simplifier et rendre finalement lisible et prévisible le régime des

²¹⁰¹ D. CHALMERS, « Looking Back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 142-150, p. 145.

²¹⁰² Les déductions que l'on peut faire des affaires concernant les directives, comme *Mangold* et *AMS* aboutissent à une complexité extrême et des raisonnements byzantins, dont la finalité semble de maximiser l'effectivité des normes législatives européennes dépourvues de « complétude normative » sans pour autant dépasser les limites matérielles tracer par la *Charte*. Certains droits fondamentaux seraient ainsi applicables, mais non invocables comme l'article 27 de la *Charte* dans *AMS* préc. Il semblerait en effet qu'une directive amputée de son effectivité pour des raisons tenant à sa nécessaire médiation par le droit national puisse déclencher l'application d'un droit fondamental européen qu'elle entendait consacrer. Mais une telle directive non invocable ne saurait conférer à ce droit une invocabilité autonome, puisque précisément des normes de mises en œuvre sont nécessaires pour en préciser le contenu à certains droits non subjectifs que l'on peut qualifier de « principes ». En même temps la Cour semble tenir à ce que la directive permettant de rattacher le litige au droit de l'Union puisse s'appliquer à l'affaire selon les critères de son champ d'application matériel si l'on en croit l'arrêt *Torralbo Marcos*, préc., en dehors de la question de son invocabilité. Le droit fondamental peut ainsi être applicable, mais non invocable, mais la directive déclenchant son application doit être applicable matériellement, mais pas nécessairement invocable.

²¹⁰³ Y compris de la part des juridictions nationales, voir par exemple la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07, « loi relative à une base de données à des fins de lutte contre le terrorisme », sur laquelle nous reviendrons en infra § 1689. Sur cette question voir par exemple A. ÉPINAY, « Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt Fransson et ses implications », *CDE*, vol. 50, 2014, pp. 283-303.

²¹⁰⁴ Une autre complexité induite par ce champ d'application des droits fondamentaux est que le « droit communautaire » intervient à plusieurs niveaux comme l'expliquait O. De Schutter : O. De SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 p., p. 170. Ce droit communautaire intervient à plusieurs étapes, tantôt au moment de l'applicabilité, tantôt au niveau de l'application des droits fondamentaux. La *Charte* a renforcé la confusion en mettant dans le même document des droits d'applicabilité distincte, dont certains ont besoin de l'examen d'autres droits pour être mobilisables.

droits fondamentaux de l'Union, ce qui était d'ailleurs un des objectifs du pouvoir constituant européen. Il est vrai que l'état actuel de la jurisprudence a nombre d'inconvénients. En plus de l'indubitable complexité voire incertitude qu'entraîne ce champ d'application à l'égard des justiciables, certains ont pu trouver inefficace la protection des libertés mise en œuvre par la Cour de justice et plaider pour une véritable ouverture voire une autonomisation²¹⁰⁵. On a pu aussi trouver inadéquat de restreindre le champ d'application des droits fondamentaux à l'égard des États membres, mais de l'imposer allègrement aux États tiers par les clauses insérées dans les traités internationaux de développement²¹⁰⁶. De plus, le critère du déclenchement par le franchissement des frontières contient une incertitude voire une certaine superficialité²¹⁰⁷. Ce critère créé en outre des « discriminations à rebours », car ceux qui peuvent se prévaloir d'une situation d'extranéité ou qui ont été mobiles peuvent bénéficier des droits de l'Union alors que ceux placés dans une situation purement interne (les « sédentaires ») ne le peuvent pas. Cette discrimination à l'égard de l'individu dans une situation interne est connue depuis longtemps et la Cour estime qu'elle est à prendre en charge par les États membres qui seuls doivent y remédier et non pas la Cour de justice²¹⁰⁸.

- 1171 En contrepartie, ce champ d'application restreint permet de ne pas étendre le contrôle de la Cour et de respecter le plurijuridisme ou le « fédéralisme » de l'ordre juridique européen²¹⁰⁹, qui pour certains est déjà bien trop étendu.
- 1172 En dehors de l'autonomisation complète, on a pu ainsi proposer d'élargir ou de clarifier le champ d'application pour une meilleure protection des droits de la personne et afin d'éviter les discriminations à rebours. Par exemple l'Avocat général Sharpston dans *Zambrano* proposait de régir le domaine d'application selon les domaines de compétences de l'Union²¹¹⁰. Ou encore

²¹⁰⁵ D. CURTIN et R. Van OOIK, « The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights », *MJ*, vol. 8, 2001, pp. 102-114.

²¹⁰⁶ F. SUDRE, « Introduction », préc., p. 26; D. CHALMERS, « Looking Back at ERT », préc., p. 145.

²¹⁰⁷ On peut par exemple se demander dans la lignée de *Carpenter*, préc., combien de fois il fallait passer la frontière dans le cadre d'une prestation de service pour pouvoir se placer sous l'égide de l'Union.

²¹⁰⁸ Voir par exemple R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant? », préc., p. 113 et s.

²¹⁰⁹ S. ACIERNO, « The Carpenter Judgement: Fundamental Rights and the Limits of Community Legal Order », *ELR*, vol. 28, 2003, pp. 398-407, spéc. p. 404.

²¹¹⁰ L'Avocat général propose aussi que la Cour de justice lutte de manière subsidiaire aux États aux discriminations à rebours aux § 144 et s. et de clarifier le champ d'application des droits fondamentaux aux § 163 et s., *Zambrano*, préc. Ainsi « la règle prévoirait que, pourvu que l'Union européenne dispose d'une compétence (quelle soit exclusive ou partagée) dans un domaine juridique particulier, les droits fondamentaux de l'Union européenne protègent le citoyen de l'Union européenne même si cette compétence n'a pas encore été exercée. »

l'Avocat général Poires Maduro dans *Centro Europa*²¹¹¹ de se détacher du champ d'application matériel actuel en cas de violations graves et persistantes des droits fondamentaux. Dans le même ordre d'idée, on a pu plaider pour une doctrine « Solange inversée » c'est-à-dire que les États restent autonomes dans la protection des droits et libertés tant qu'il peut être présumé qu'ils assurent l'essence même de ces droits contenus dans l'article 2 du TUE²¹¹².

- 1173 Or comme le relevait très justement l'Avocat général Sharspton quant à sa proposition de changement du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, il paraît difficile pour la Cour de justice de se défaire de son ancienne jurisprudence qui avait reçu malgré tout, une forme d'aval par les pouvoirs constituants européens, notamment via les explications. Un bouleversement profond nécessiterait sans doute « une déclaration politique sans équivoque des pouvoirs constituants de l'Union européenne (ses États membres), attribuant un rôle nouveau aux droits fondamentaux dans l'Union européenne »²¹¹³, ce qui n'est pas à l'ordre du jour. La jurisprudence semble dès lors condamnée à la complexité bien qu'elle soit toujours tentée par la constante extension. Aujourd'hui on peut presque dire qu'aucune matière ne semble *a priori* exclue pour un contrôle des droits fondamentaux à l'encontre des États membres²¹¹⁴. En même temps, le contenu précis du champ d'application matériel continuera donc d'être un enjeu majeur puisque la Cour ne semble pas vouloir s'en défaire. Elle démontre ainsi qu'elle n'a pas vocation à être une Cour européenne des droits de l'homme « bis », qui elle n'a pas son champ d'application limité matériellement en dehors de la substance des droits qu'elle interprète. Le projet d'adhésion de l'Union à la *Convention européenne* tend aussi à confirmer que la Cour de Luxembourg n'a pas vocation à prendre la place de celle de Strasbourg.

Conclusion du chapitre

- 1174 Finalement, le champ d'application des instruments englobants de garantie des droits fondamentaux en Europe et au Canada demeure fort différent. Car si en Europe il tente d'être un miroir au plurijuridisme européen au Canada le pouvoir constituant l'a conçu comme

²¹¹¹ Voir les conclusions en particulier § 20 et s. : CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7 Srl contre Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni et Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni*, aff. C-380/05, *Rec.* 2008, p. I-00349.

²¹¹² La présomption est levée lorsque la violation est de nature systémique. Les droits de la *Charte* ne sont pas concernés. A. VON BOGDANDY, et al., « Reverse Solange. Protecting the Essence of Fundamental Rights against Member States », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 489-520.

²¹¹³ § 173 des conclusions, *Zambrano*, préc.

²¹¹⁴ L. AZOULAI, « The Case of Fundamental Rights: a State of Ambivalence », préc., p. 209.

contraignant pour l'ensemble des pouvoirs de la fédération. En revanche, il a prévu certains palliatifs comme la clause dérogatoire de l'article 33 et l'article 25 par rapport aux peuples autochtones.

- 1175 La différence de départ dans les plurijuridismes explique aussi les différences dans le champ d'application des instruments englobants de protection. Ainsi l'intégration européenne explique en partie la grande complexité du champ d'application des droits fondamentaux européens qui peine à départager ce qui relève des États de ce qui relève de l'Union²¹¹⁵. Cela étant le plurijuridisme canadien relatif aux peuples autochtones n'a rien à envier non plus à la complexité juridique européenne ce qui explique les incertitudes entourant l'article 25.
- 1176 On retrouve à cet égard une curieuse confusion entre les droits ou libertés qui construisent le plurijuridisme²¹¹⁶ et ceux qui protègent classiquement les intérêts individuels à l'égard de tout pouvoir. Cette ambivalence est à l'origine de bien des difficultés d'application des droits et libertés individuels « classiques » qui peuvent paradoxalement entrer conflit avec les droits de construction du plurijuridisme²¹¹⁷, mais aussi qui voient leur application conditionnée par les droits ou libertés ayant servi à la délimitation des autonomies normatives.
- 1177 Comme autre point commun, on retiendra surtout que dans les deux espaces l'encadrement du champ d'application ne parvient pas totalement, voire très peu, à écarter les craintes d'homogénéisation, et dans certains cas cela se fait même aux dépens de la clarté. En Europe en particulier la question du « champ communautaire » fait l'objet d'une constante extension et au Canada il y a fort à parier qu'il en sera de même là où les ambivalences subsistent à l'égard des peuples autochtones en particulier.
- 1178 Les deux instruments englobants laissent donc une place aux autres instruments de protection des droits de la personne, mais de manière différente : en raison du champ d'application matériel limité en Europe et en raison du champ d'application personnel encadré au Canada. Mais l'importance de cette place laissée aux autres textes de garantie des droits et libertés dépendra aussi pour beaucoup de l'autre facteur structurel : l'architecture juridictionnelle.

²¹¹⁵ P. Eeckhout expliquait ainsi que le phénomène d'intégration construisait des relations à l'opposé de la théorie des compartiments étanches de certains États fédéraux : « The interlinkage and mutual integration is probably stronger than in many mature federal systems, where federal and State powers are well defined, and federal and State law mostly deal with different issues. » P. EECKHOUT, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », préc., p. 953.

²¹¹⁶ Voir supra § 689 et s.

²¹¹⁷ Cet aspect sera étudié infra en partie 3, notamment § 1427 et s.

CHAPITRE 2. DES JUGES SUPRÊMES COMME CLÉS DE VOÛTE DE LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS : LE FACTEUR DE L'ARCHITECTURE JURIDICTIONNELLE

1179 Le deuxième facteur déterminant est le caractère suprême, ou plus ou moins suprême, des deux juridictions étudiées dans l'espace normatif qui est le leur. La juridiction est en effet suprême dans le sens où elle est le point culminant, la clé de voûte, du contentieux des droits fondamentaux dans l'espace plurijuridique. Mais en réalité, la nature et même l'intensité de cette suprématie peuvent varier d'une juridiction à l'autre dans la mesure où les modalités juridiques construisant les architectures juridictionnelles respectives divergent entre l'Union européenne et le Canada. Il y a donc différents types de suprématie qui constitueront des données décisives quant à la question du plurijuridisme, puisque, plus la suprématie sera forte, plus le potentiel homogénéisateur sera grand. C'est ce qu'avait si bien exprimé le juge Lecourt :

« Qu'on voie le rôle et du juge et du droit dans l'histoire de toutes les unités nationales. La règle commune en a partout été le ciment. Faites un juge suprême et faites un droit, et l'unité sera donnée par surcroît »²¹¹⁸.

1180 Appréhender la suprématie de la juridiction suprême suppose aussi de comprendre l'architecture juridictionnelle dans son ensemble. Il faudra analyser dans quelle mesure on peut y trouver une forme de pluralisme juridictionnel²¹¹⁹, c'est-à-dire un pluralisme issu de la structure contentieuse. Elle peut se manifester de plusieurs manières, et peut être plus ou moins forte. Ainsi la « pluralité organique » au sein d'une juridiction qui porte sur le reflet du plurijuridisme dans la composition des juridictions est une forme relativement faible de pluralisme juridictionnel. En revanche, lorsque des juridictions organiquement issues d'une autonomie normative sont chargées d'interpréter le droit issu de cette autonomie (on peut alors parler de dualisme juridictionnel dans un système fédéral) il y a un plus grand pluralisme juridictionnel. Les types de relations existants entre les juridictions sont aussi des critères pertinents pour apprécier le pluralisme juridictionnel, des relations hiérarchiques, verticales, iront ainsi dans le sens d'un « monisme juridictionnel ». La tendance à l'unité du système contentieux va alors dans le sens de l'homogénéisation.

²¹¹⁸ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 (réimpression de l'ouvrage de 1976), 321 p., p. 306.

²¹¹⁹ Nous proposons ainsi une définition légèrement différente de celle avancée par R. Tinière davantage centrée sur l'action des juridictions : R. TINIERE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne » dans M. LÉVINET, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 357-376, p. 359. Voir aussi la définition de « pluralisme judiciaire » proposée par Étienne Le Roy dans le cadre du pluralisme juridique dans G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d'autonomie gouvernementale au Canada », *R.D. McGill*, vol. 54, 2009, pp. 237-256, spéc. p. 246.

- 1181 Cette architecture juridictionnelle n'est pas nécessairement spécifique au contentieux des droits fondamentaux et concerne souvent l'ensemble des litiges que les juridictions ont à traiter (bien que certaines règles ou certains organes le concernent spécifiquement). Elle revêt toutefois une signification particulière à leur égard dans la mesure où la garantie juridictionnelle des droits pour les particuliers est une condition indispensable à leur effectivité, par conséquent les droits fondamentaux dits procéduraux, concernant le droit au juge, ont un rapport étroit avec ce fonctionnement judiciaire.
- 1182 Il est donc nécessaire d'étudier les modalités de saisine des deux juridictions, tant du point de vue hiérarchique à l'égard des autres juridictions, que de la place des particuliers dans le contentieux. On s'apercevra que les deux juridictions ont des formes de suprématie très différentes. La Cour Suprême du Canada se situe dans un contexte clairement étatique, voire national, c'est-à-dire fortement intégré et hiérarchique (section 1). À l'inverse, la Cour de justice européenne opère dans un espace juridique issu du droit international et a besoin de la coopération des juges nationaux européens. Et, pour reprendre la métaphore de Mireille Delmas-Marty, la Cour de Justice va essayer de mettre de l'ordre dans la nébuleuse communautaire pour que le nuage²¹²⁰ prenne plus ou moins la forme d'une pyramide (Section 2).

Section 1. La Cour suprême du Canada : une Cour nationale au sommet d'un ordre juridictionnel hiérarchisé

- 1183 La Cour suprême du Canada s'inscrit dans système juridictionnel unifié dans lequel peu de place est laissée au pluralisme juridictionnel, lorsqu'on étudie tant l'architecture générale (I) que les spécificités relatives aux droits et libertés qui impliquent notamment la présence de tribunaux provinciaux spécialisés dans ce contentieux (II).

I. Un système juridictionnel essentiellement unifié : un plurijuridisme insuffisamment reconnu au niveau juridictionnel ?

- 1184 Le caractère essentiellement unitaire de l'architecture juridictionnelle au Canada reflète mal le plurijuridisme général. Il se révèle à la lumière de la place des juridictions provinciales et fédérales (A), du manque de juridiction autochtone (B) et de l'existence d'une Cour suprême nationale située à son sommet (C).

²¹²⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, Paris, Seuil, 2006, La couleur des idées, 303 p., p. 257 et s.

A. Juridictions fédérales et provinciales : une architecture intégrée

- 1185 Les fondations constitutionnelles des juridictions au Canada se trouvent principalement dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. En effet au moment de la création de la fédération, les constituants ne se sont que peu concentrés²¹²¹ sur l'architecture juridictionnelle, surtout si l'on compare ces dispositions à la répartition des compétences législatives. Au préalable, ils ont assuré la persistance du système juridictionnel antérieur fondé le modèle britannique avec l'article 129²¹²². On trouve ensuite l'article 92(14) qui confère aux provinces « l'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province »²¹²³. En outre, le titre VII sur la « Judicature » prévoit dans l'article 96 que le fédéral pourra nommer « les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province »²¹²⁴, ainsi que certaines précisions quant aux modalités de nominations, durée des fonctions et salaires²¹²⁵. Enfin, l'article 101 précise que le Parlement du Canada pourra créer des juridictions fédérales²¹²⁶. Sur ces fondements, les juridictions du Canada s'insèrent dans la fédération canadienne d'une manière originale, et qui n'apparaît pas évidente à la seule lecture du texte constitutionnel.
- 1186 En effet, d'un point de vue organique, il existe trois types de juridictions au Canada. Les juridictions issues de l'article 92 de la constitution sont purement provinciales et comprennent des tribunaux spécialisés et généraux dont la création, la composition, la rémunération et le fonctionnement général dépendent du niveau provincial (sous réserve des garanties d'indépendance propres au pouvoir judiciaire). De la même manière, les juridictions issues de l'article 101 sont purement fédérales, il s'agit de juridictions établies par le Parlement : comme la

²¹²¹ On a pu dire qu'ils avaient fait peu d'effort à cet égard : P. H. RUSSEL, *Canadians' Trial Courts: Two Tiers or One?*, University of Toronto Press, 2007, 288 p., pp. 4, 7 et s.

²¹²² Cet article fixe un principe de continuité législative, administrative et juridictionnelle puisque les « tribunaux de juridiction civile et criminelle (...) toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, et tous les officiers judiciaires, administratifs et ministériels (...) continueront d'exister ».

²¹²³ Article 92 de la LC 1867 : « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir, (...) 14) L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux ».

²¹²⁴ Art. 96 LC 1867 : « Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick ».

²¹²⁵ Voir les articles 97 à 100 de la LC 1867.

²¹²⁶ Article 101 LC 1867 : « Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». L'article 101 établit donc deux types de juridictions distinctes, la cour générale d'appel qui se nommera Cour suprême du Canada sera étudiée plus tard.

Cour d'appel générale qui deviendra la Cour suprême, de tribunaux administratifs spécialisés ou de cours fédérales.

1187 En revanche, les cours supérieures provinciales de l'article 96, ont pu être qualifiées d'hybrides²¹²⁷ ou de « collaboratives », dans la mesure où elles ne sont ni fédérales ni provinciales²¹²⁸. Certes, la constitution donne à l'échelon fédéral un poids des plus importants en lui octroyant le pouvoir de nomination²¹²⁹ et la responsabilité de la rémunération. Mais les cours supérieures sont aussi provinciales dans la mesure où leur compétence territoriale se limite au territoire provincial, mais aussi parce que les autres aspects relatifs à l'administration de la justice dépendent de la province (par exemple la nomination des greffiers). Cela explique notamment la diversité d'appellations parmi les provinces des cours supérieures et la possibilité de créer des niveaux de premiers ressorts et d'appel à l'intérieur de chaque province²¹³⁰. Le fondement historique de ce poids donné au fédéral dans la composition des cours provinciales n'est pas facile à identifier²¹³¹. On a pu ainsi avancer différentes possibilités : modèle anglais des nominations centralisées, méfiance à l'égard de l'esprit de clocher des provinces²¹³², manque de ressources financières des provinces²¹³³ ou tout simplement le fait que ces cours avaient vocation à trancher des questions tant de droit fédéral que de droit provincial²¹³⁴. Ce qui est l'une des originalités des juridictions canadiennes.

1188 L'architecture juridictionnelle canadienne est ainsi relativement complexe dans la mesure où le critère organique ne commande pas directement la hiérarchie des juridictions. Les tribunaux de

²¹²⁷ P. H. RUSSEL, *Canadians' Trial Courts: Two Tiers or One?*, préc., p. 6.

²¹²⁸ P. GLENN, « Divided Justice? Judicial Structures in Federal and Confederal States », *S.C. L. Rev.*, vol. 46, 1994-1995, pp. 819-833, spéc. p. 828.

²¹²⁹ Les juges sont toutefois nommés parmi les membres du barreau de la province, ce qui ne déracine pas totalement les juges nommés par le fédéral du terrain provincial.

²¹³⁰ Les Provinces ont ainsi une seule Cour d'appel, la plus haute juridiction dans une province, sauf l'Ontario. On parlera de la Cour d'appel du Québec, la Cour d'appel de Colombie-Britannique (et non pas la Cour suprême de Colombie-Britannique qui n'est pas la plus haute juridiction de la province), etc.

²¹³¹ P. GLENN, « Divided Justice? Judicial Structures in Federal and Confederal States », préc., p. 824.

²¹³² P. H. RUSSEL, *Canadians' Trial Courts: Two Tiers or One?*, préc., p. 7. L'auteur fait d'ailleurs remarquer que cette dernière considération peut paraître ironique aujourd'hui eu égard au mode de désignation fédérale des juges fondé sur une forme de parrainage voire de clientélisme : voir sur ce sujet le chapitre 4 « Judicial Recruitment and Selection » : F. L. MORTON, dir., *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 2002, 660 p. voir aussi : L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, Toronto, Oxford University Press, 2009, 466 p. Des mêmes auteurs voir également « Federal Judicial Appointments: A Look at Patronage in Federal Appointments since 1988 », *U. of T. L.J.*, Vol. 58, 2008, pp. 39-74.

²¹³³ P. GLENN, « Divided Justice? Judicial Structures in Federal and Confederal States », préc., p. 825.

²¹³⁴ P. W. HOGG, « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », *R.D.U.N.-B.*, vol. 30, 1981, pp. 9-25, spéc. p. 15.

premier ressort sont en effet à double niveau²¹³⁵, car il peut s'agir de tribunaux de justice provinciaux (ceux de l'article 92) ou bien de cours supérieures (ceux de l'article 96)²¹³⁶. En pratique, les tribunaux de justice provinciaux ont vu leur compétence matérielle s'accroître de manière continue depuis 1867²¹³⁷, et le volume d'affaires qu'ils traitent est considérable²¹³⁸. Quant aux cours supérieures, elles ont une double juridiction qui leur vient de la common law,²¹³⁹ car elles détiennent une compétence résiduelle, de droit commun, en tant que tribunaux de première instance (et complètent ainsi les tribunaux de justice provinciaux qui ont une compétence d'attribution), et un pouvoir de contrôle et de surveillance des tribunaux inférieurs par la procédure d'appel et de contrôle de légalité. Les juridictions purement fédérales de l'article 101 peuvent aussi être de premier ressort ou d'appel.

1189 Mais ce qui fait la particularité du système juridictionnel canadien est son caractère intégré,²¹⁴⁰ voire unitaire²¹⁴¹, car ici non plus, le critère organique des juridictions (fédérales ou provinciales) ne présume pas de la compétence matérielle des juridictions. En effet, la répartition des compétences matérielles des juridictions canadiennes ne correspond pas à la répartition matérielle des compétences législatives. Autrement dit, les juridictions provinciales, de l'article 92 et de l'article 96, trancheront les litiges sur le fondement tant du droit provincial que sur celui du droit fédéral (sauf s'il s'agit d'une compétence exclusive de la Cour fédérale). Elles appliqueront et interpréteront dans une affaire donnée l'un ou l'autre droit ou les deux si nécessaire. Le système est aussi intégré dans la mesure où il n'y a pas de distinction *a priori* entre les juridictions constitutionnelles, administratives, criminelles ou civiles dans la lignée du modèle anglais²¹⁴².

²¹³⁵ Voir sur ce « two tiers trial courts system » et les différents enjeux s'y rapportant les différentes contributions dans : P. H. RUSSEL, *Canadians' Trial Courts: Two Tiers or One?*, préc.

²¹³⁶ La seule exception concerne le Nunavut où il existe une juridiction de premier ressort unifiée, une cour supérieure. Notons en outre que les Territoires ont des tribunaux territoriaux analogues à ceux des provinces sur le fondement de l'article 92 : L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 387.

²¹³⁷ *Ibid.*, p. 35 et s. Voir aussi p. 34 sur l'historique de ces juridictions. Voir aussi G. T. G. SENIUK et N. LYON, « The Supreme Court of Canada and the Provincial Court in Canada », *R. du B. can.*, vol. 79, 2000, pp. 77-119.

²¹³⁸ On a pu ainsi dire qu'il s'agissait à la fois des juridictions les plus importantes, mais aussi les moins importantes eu égard à leur place dans la hiérarchie juridictionnelle F. L. MORTON, dir., « Law, Politics, and the Judicial Process », préc., p. 94.

²¹³⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p., p. 797.

²¹⁴⁰ L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 31; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 795.

²¹⁴¹ F. L. MORTON, dir., « Law, Politics, and the Judicial Process », préc., p. 93.

²¹⁴² H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 796.

- 1190 Le Canada se distingue donc fortement du modèle juridictionnel des États-Unis, qui se caractérise par un dualisme juridictionnel qui reproduit le dualisme législatif propre à un État fédéral : les juges des États fédérés américains tranchant sur le fondement du droit de leur État et les juges fédéraux sur le fondement du droit fédéral américain²¹⁴³. Le système juridictionnel canadien est lui, au départ du moins, unitaire dans la mesure où tout au long de la chaîne hiérarchique des tribunaux, les juges canadiens utiliseront le droit territorialement applicable au litige, droit provincial ou fédéral (à l'exception de certaines matières), et ceci, jusqu'à l'ultime degré de juridiction, la Cour suprême du Canada. Cette dernière l'a d'ailleurs très clairement affirmé dans l'affaire *Pembina*²¹⁴⁴, mais le principe d'une application du droit fédéral par les juridictions provinciales²¹⁴⁵ avait été admis dès 1879²¹⁴⁶. Dans l'affaire *Paul c. Colombie-Britannique*²¹⁴⁷, la Cour suprême a ainsi confirmé que « la compétence législative et la compétence juridictionnelle ne coïncident pas ». Ce principe s'applique aussi bien aux tribunaux administratifs qui, tout comme les cours de justice font « tous partie du système judiciaire »²¹⁴⁸ : la province ayant valablement créé un tribunal administratif, celui-ci pourra trancher des questions relevant de la compétence législative fédérale, en l'espèce des questions relatives aux Indiens.
- 1191 Cette intégration des juridictions sans égard à l'existence d'un double niveau de gouvernance présente d'ailleurs certains avantages, pour le justiciable notamment, qui de manière générale n'a pas à se tourner vers des juridictions différentes pour un litige dans lequel se mêlent des questions de droit provincial et fédéral²¹⁴⁹. Pour autant, la structure contentieuse canadienne n'est pas exempte de difficultés.
- 1192 S'agissant spécifiquement de la répartition matérielle entre les tribunaux de première instance, elle s'est faite au gré des besoins et des nécessités par les législateurs, tant provinciaux que

²¹⁴³ Pour une comparaison avec les États-Unis ainsi qu'avec l'Australie, voir P. GLENN, « Divided Justice? Judicial Structures in Federal and Confederal States », préc.; P. W. HOGG, « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », préc.

²¹⁴⁴ « Le système judiciaire canadien est, de façon générale, un système unitaire en vertu duquel les tribunaux provinciaux d'instance inférieure et supérieure qui ont compétence en première instance et en appel appliquent les lois tant fédérales que provinciales selon une structure hiérarchisée ayant à son sommet la Cour suprême du Canada établie par le Parlement en vertu de l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 » : § 14, *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd*, [1989] 1 R.C.S. 206.

²¹⁴⁵ À défaut d'une attribution à la Cour fédérale, nous y reviendrons.

²¹⁴⁶ Voir *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, 5 App. Cas. 115.

²¹⁴⁷ *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585.

²¹⁴⁸ § 21 et 22, *ibid.*

²¹⁴⁹ Voir sur ce sujet et les palliatifs contentieux américains P. W. HOGG, « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », préc., p. 831; P. GLENN, « Divided Justice? Judicial Structures in Federal and Confederal States », préc.

fédéraux, qui ont en pratique massivement transféré des compétences aux tribunaux provinciaux de l'article 92, au point qu'il soit parfois difficile de s'y retrouver pour le justiciable²¹⁵⁰. On conçoit dès lors aisément que tant la doctrine que les politiques ou les justiciables aient voulu unifier les juridictions de premier ressort, bien souvent au profit des tribunaux provinciaux de l'article 92. Or la Cour suprême du Canada s'est opposée à plusieurs reprises à de telles tentatives au nom de la protection d'une compétence inhérente des cours supérieures.

- 1193 En effet, la Cour a pris garde à ce que la création de tribunaux purement provinciaux ne détourne pas les finalités de l'article 96²¹⁵¹ et veillant à limiter le transfert de compétences des cours supérieures aux tribunaux administratifs²¹⁵². Ainsi dans l'affaire *McEvoy*²¹⁵³ qui concernait la création d'un tribunal unifié de premier ressort en matière criminelle par le Nouveau-Brunswick, la Cour a refusé « la suppression totale de la compétence des cours supérieures en matière criminelle »²¹⁵⁴. Elle entend ainsi garantir la compétence inhérente des Cours supérieures en plus de vérifier les critères fonctionnels propres aux juridictions²¹⁵⁵. Cette décision pose encore aujourd'hui des problèmes concrets dans l'administration de la justice au Canada²¹⁵⁶. Elle revient en effet à demander aux provinces de renoncer à la nomination des juges pour unifier un

²¹⁵⁰ Ainsi les tribunaux provinciaux peuvent connaître des infractions provinciales, de certaines infractions fédérales (qui ont été donc attribuées par le Parlement canadien) de tout un pan du droit de la famille et du droit civil. Mais les cours supérieures provinciales continuent de connaître en première instance certains litiges de droit criminel ou du droit de la famille, par exemple les divorces. Voir L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 35 et s puis 47 et s.

²¹⁵¹ Ainsi au début des années 1980, la Cour confrontée à la création de tribunaux de premier ressort purement provinciaux visant à unifier le contentieux dans une matière a refusé de vider les compétences matérielles des cours supérieures. Dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, elle estime que « l'art. 96 restreint la compétence des provinces de nommer les juges d'un tribunal qui exerce les pouvoirs judiciaires prévus à l'art. 96 et, par conséquent, qu'il restreint implicitement la compétence des provinces de conférer ces pouvoirs à un tribunal provincial » *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, p. 729.

²¹⁵² S'agissant en particulier des tribunaux administratifs, elle établit trois critères pour déterminer si la compétence matérielle d'une Cour supérieure peut être transférée à une juridiction dont la nomination est provinciale : un critère historique (est-ce que la matière était exercée par les Cours supérieures en 1867) un critère relatif à la fonction juridictionnelle (l'objet de la décision du tribunal est-elle judiciaire ?) et un critère relatif à la fonction globale du tribunal créé (est-ce que la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger ?) Voir par exemple L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 45 et s.

²¹⁵³ *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick et autre*, [1983] 1 R.C.S. 704.

²¹⁵⁴ Elle poursuit : « Cette proposition visant à transférer à un tribunal provincial la compétence en matière criminelle qu'ont actuellement les cours supérieures relativement aux actes criminels aurait pour effet d'enlever au gouverneur général son pouvoir en vertu de l'art. 96 de nommer les juges chargés de juger les actes criminels au Nouveau-Brunswick » p. 720 et 721, *McEvoy* préc. Elle considère à cet égard qu'« il n'est pas plus loisible au Parlement de se départir des pouvoirs conférés au fédéral par la Constitution qu'il ne l'est à une province de les usurper » p. 720.

²¹⁵⁵ Ce sont les critères établis dans le *Renvoi de 1981*.

²¹⁵⁶ Ainsi en matière criminelle notamment, on ne saurait transférer la totalité du contentieux aux tribunaux purement provinciaux, alors même que la pratique depuis 1867 était allée dans ce sens Voir G. T. G. SENIUK et N. LYON, « The Supreme Court of Canada and the Provincial Court in Canada », préc.

contentieux de premier ressort²¹⁵⁷. D'autres voies ont été explorées par la doctrine dans le sens d'une refondation plus générale du système, comme une unification des instances de jugement passant par des nominations conjointes des gouvernements fédéraux et provinciaux²¹⁵⁸, ou la création d'une « maison de la justice » demandant une coopération entre les différents paliers de gouvernance²¹⁵⁹.

- 1194 Mais cette protection par la Cour suprême de la juridiction inhérente des cours supérieures a aussi permis de sauvegarder une bonne part du caractère unitaire du système juridictionnel canadien. En effet la Cour suprême s'est montrée tout aussi hostile²¹⁶⁰ à l'égard des tribunaux purement fédéraux créés sur le fondement de l'article 101. Au début de la fédération, le système était totalement unitaire puisque s'il existait des juridictions provinciales et des juridictions hybrides, il n'existait pas de tribunaux purement fédéraux. Or l'article 101 ouvre la possibilité de créer des tribunaux additionnels fédéraux uniquement « pour la meilleure administration des lois du Canada ». Cela signifie que les tribunaux additionnels organiquement fédéraux ne peuvent se fonder que de façon exclusive sur le droit fédéral pour trancher les litiges que la loi leur attribue²¹⁶¹.
- 1195 Ainsi un système dualiste à l'américaine aurait pu émerger à la faveur d'un développement de ces juridictions fédérales additionnelles. Alors que les juridictions même purement provinciales d'un point de vue organique, malgré leur développement considérable au fil du temps, ne constituent pas une menace pour l'unité de l'ordre juridictionnel canadien en raison de l'intégration du droit fédéral et provincial dans leur champ d'action. Il en va de même pour la cour générale d'appel envisagée par l'article 101, qui donnera naissance à la Cour suprême du Canada, en raison de son envergure nationale, fédérale et provinciale : en dépit de sa composition fédérale, elle a une compétence matérielle illimitée.
- 1196 Ce faisant, dès 1875 le Parlement du Canada utilise les deux possibilités offertes par l'article 101 et crée, d'une part la Cour suprême du Canada et d'autre part un tribunal additionnel fédéral : la

²¹⁵⁷ P. H. RUSSEL, *Canadians' Trial Courts: Two Tiers or One?*, préc., p. 14. Voir aussi la contribution au débat de MANSON dans l'ouvrage précité à propos de cette décision *McEvoy* dans le contexte actuel.

²¹⁵⁸ G. T. G. SENIUK et N. LYON, « The Supreme Court of Canada and the Provincial Court in Canada », préc., p. 118.

²¹⁵⁹ G. T. G. SENIUK et J. BORROWS, « The House of Justice: A Single Trial Court », *Crim. L.Q.*, vol. 48, 2003-2004, pp. 126-140.

²¹⁶⁰ L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 66.

²¹⁶¹ Voir par exemple : *Roberts c Canada*, [1989], R.C.S. 322, p.330.

Cour de l'Échiquier²¹⁶². Cette dernière fut remplacée en 1970 par la Cour fédérale du Canada²¹⁶³ qui comprend une section de première instance et une section d'appel, disjointes en 2002²¹⁶⁴. Les compétences matérielles de ces juridictions ont progressivement augmenté, comprenant par exemple des litiges relatifs au droit fédéral de la propriété intellectuelle, au droit maritime, à l'impôt fédéral, au droit de la citoyenneté et à l'immigration, à la responsabilité contractuelle ou délictuelle du gouvernement fédéral ou au contrôle des organes administratifs fédéraux²¹⁶⁵.

1197 La Cour suprême a cependant restreint cette expansion en exigeant par exemple que le litige soumis aux juridictions fédérales impose l'application d'une loi ou d'une réglementation fédérale existante et applicable. Il ne suffit donc pas qu'un certain domaine soit en principe attribué au droit fédéral pour que ces juridictions fédérales soient compétentes²¹⁶⁶. Cette attitude restrictive de la Cour à l'encontre des juridictions fédérales peut s'expliquer par sa volonté de protéger la compétence des cours supérieures de l'article 96. Ce faisant, elle réaffirme la priorité de ces juridictions « collaboratives » dans l'architecture canadienne²¹⁶⁷, et évite l'expansion d'un système dualiste. Ce dernier objectif a d'ailleurs été explicitement admis par la Cour dans *Pembina*²¹⁶⁸.

1198 On a pu aussi voir dans cette stratégie de la Cour suprême du Canada certains inconvénients, sur le plan pratique notamment. En effet, en refusant une progression de la compétence des juridictions fédérales elle s'est aussi privée des techniques contentieuses propres au système dualiste, comme la technique de l'accessoire qui permet de réunir auprès de la juridiction fédérale

²¹⁶² *Supreme and Exchequer Courts Act*, S.C. 1875, c. 11. Cette dernière ne constituait pas un risque sérieux pour le système unitaire des juridictions canadiennes en raison de ces compétences extrêmement limitées : P. W. HOGG, « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », préc., p. 17. Il s'agissait d'une compétence fiscale sur les revenus que le fédéral recouvrait.

²¹⁶³ *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c.1.

²¹⁶⁴ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 810 et s. Aujourd'hui il existe donc un double niveau de juridictions fédérales additionnelles comprenant deux Cours de première instance, la Cour fédérale, la Cour canadienne de l'impôt, puis la Cour d'appel fédérale.

²¹⁶⁵ Voir la *Loi sur les Cours fédérales*, LRC (1985) c. F7.

²¹⁶⁶ *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654. Réitéré dans *Pembina*, préc., § 23 « la compétence judiciaire en vertu de l'art. 101 [l'A.A.N.B., 1867] ne recouvre pas le même domaine que la compétence législative fédérale ». Ainsi lorsque le gouvernement fédéral poursuit en responsabilité civile il doit le faire sur le fondement d'une loi fédérale spécifique.

²¹⁶⁷ P. GLENN, « Divided Justice? Judicial Structures in Federal and Confederal States », préc., p. 830.

²¹⁶⁸ *Pembina*, préc., § 29. Cela explique aussi l'établissement de critères très différents pour l'établissement des juridictions fédérales par rapport aux tribunaux provinciaux : « la Cour a défendu avec force la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire. Obliger le Parlement à se conformer à des critères stricts pour conférer compétence aux tribunaux fédéraux, pour ensuite exiger que l'attribution provinciale de compétence à des tribunaux d'instance inférieure se fasse en des termes spécifiques n'a pas de sens ».

tous les points de droit d'un litige même extra fédéraux²¹⁶⁹. Le dualisme juridictionnel est donc une réalité au Canada entraînant certains inconvénients pour le justiciable qui dans certains cas doit se tourner vers deux juges parallèles pour une seule affaire. Il faut toutefois le relativiser puisqu'en raison du strict encadrement dont il fait l'objet, son extension a été contenue. On peut ainsi toujours estimer que le système judiciaire canadien reste essentiellement unitaire, tant par du point de vue du volume d'affaires traitées par les juridictions additionnelles fédérales de l'article 101²¹⁷⁰, que par l'envergure nationale de l'ultime degré de juridiction.

- 1199 Le plurijuridisme fédéral trouve donc un reflet dans les aspects organiques dans l'architecture juridictionnelle, mais peu dans leur champ matériel. En revanche, le plurijuridisme autochtone peine à trouver dans la structure juridictionnelle canadienne une forme de correspondance à son autonomie normative et est loin de remettre en cause son caractère essentiellement unitaire.

B. L'absence d'organes de règlement des différends autochtones : l'unité juridictionnelle canadienne au prix d'une interprétation judiciaire externe aux cultures autochtones

- 1200 Le principe d'unité des juridictions canadiennes n'est pas perturbé par le plurijuridisme autochtone. En effet, au Canada les tribunaux autochtones sont presque inexistants²¹⁷¹, ce qui constitue une autre différence avec le système américain qui connaît des juridictions tribales depuis plus de 70 ans²¹⁷². De ce fait globalement, les autochtones du Canada ne peuvent se tourner que vers les juridictions canadiennes ordinaires pour trancher leurs litiges ou faire valoir leurs droits et libertés²¹⁷³, y compris ceux tirés de l'article 35 de la Constitution²¹⁷⁴.
- 1201 Ceci peut s'expliquer en premier lieu par une différence de culture juridique quant à la place du contentieux et quant au rôle du juge dans une société donnée. Ainsi il serait hasardeux de transposer la fonction juridictionnelle telle que nous la connaissons aujourd'hui aux traditions

²¹⁶⁹ Voir la critique sur ce point de P. W. HOGG, « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », préc.

²¹⁷⁰ L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 66.

²¹⁷¹ K. MCNEIL, « Aboriginal Governments and the Charter: Lessons from the United States », *Can.J.L. & Society*, vol. 17, 2002, pp. 73-105, spéc. p. 103.

²¹⁷² Voir Ibid et pour une comparaison fondée sur un tribunal tribal américain : K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts: The New Westminster First Nation Court and the Colville Tribal Court », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 44, 2011, pp. 99-110, spéc. p. 102 et s.

²¹⁷³ Dit autrement « les juridictions étatiques ordinaires sont compétentes à l'égard des autochtones pour l'application de toute loi ou règle de droit issue de l'ordre étatique ou reconnue par celui-ci. » : G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones », préc., p. 246.

²¹⁷⁴ Voir *Paul c. Colombie-Britannique* préc., § 36 et s. En l'espèce, la *Forest Appeals Commission* avait reçu pour mandat de la loi provinciale de pouvoir se prononcer sur des questions de droit, ce qui comprenait dès lors celle de l'application de l'article 35. Voir infra § 1245 et s. le raisonnement analogue sur la compétence de trancher des questions constitutionnelles appliquées aux droits et libertés des tribunaux administratifs.

juridiques autochtones originelles. En effet, les sociétés autochtones relativement petites n'avaient certainement pas besoin de tout un arsenal procédural et de tribunaux pour trancher des litiges ou appliquer le droit²¹⁷⁵. On a pu aussi avancer que ces sociétés ne connaissaient pas une séparation des pouvoirs avec un ou des organes indépendants, un juge, tranchant des litiges, ou étaient étrangères à une gestion conflictuelle et contradictoire des différends. Pourtant les traditions juridiques autochtones connaissent une formalisation de la résolution des conflits et ont des institutions qui ont des fonctions similaires à des juridictions²¹⁷⁶.

1202 Ainsi, tant la transformation des traditions autochtones après plusieurs siècles de contact avec un système juridique étatique, que les formes de justice préexistantes, peuvent plaider en faveur d'une combinaison harmonieuse d'un système juridictionnel avec les cultures juridiques autochtones. Pas plus que l'on ne saurait exclure *a priori* une protection des droits et libertés aux autochtones, on ne saurait écarter une mise en œuvre de ces derniers par des juridictions autochtones. Une juridiction autochtone serait donc une juridiction de rechange aux juridictions étatiques provinciales qui demande un minimum de participation des premières nations ou des Inuit dans la détermination de sa composition. Elle s'adresserait en outre principalement aux autochtones²¹⁷⁷ (soit directement par une compétence *ratione personae* soit de manière indirecte par une compétence *ratione loci* ou *ratione materiae*). D'ailleurs, le recours à des instances de règlement des différends non juridictionnels spécifiquement autochtones est de plus en plus plébiscité au Canada, en s'inspirant notamment du modèle américain²¹⁷⁸.

1203 S'agissant du droit criminel, de nombreuses études ont pu dénoncer un véritable échec de la justice pénale à l'égard des autochtones²¹⁷⁹, et on a pu proposer de réfléchir à des poursuites pénales selon des modalités plus proches des traditions autochtones. Ainsi des juridictions autochtones pourraient être davantage fondées sur la justice réparatrice et sur un objectif de paix

²¹⁷⁵ C. E. S. FRANKS, « Rights and Self-government for Canada's Aboriginal Peoples » dans C. COOK et J. D. LINDAU, dir., *Aboriginal Rights and Self-Government The Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 101-134.

²¹⁷⁶ J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p., p. 207.

²¹⁷⁷ Voir pour une définition proche : K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts », préc., p. 99.

²¹⁷⁸ K. MCNEIL, « Lessons from the United States », préc., p. 103 et s.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 103. K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts », préc., p. 108. La Cour suprême l'a aussi admis dans l'affaire *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, voir § 58 et s. sur « La surreprésentation des autochtones canadiens dans les établissements pénitentiaires ». Voir aussi D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, 332 p.

sociale²¹⁸⁰. Aujourd'hui, le droit pénal canadien prévoit quelques aménagements concernant les autochtones en particulier lorsque le juge (étatique) détermine la peine²¹⁸¹.

- 1204 Un autre problème causé par cette absence de juridictions autochtones est que le droit autochtone, quelle que soit la source, est appliqué par des organes non autochtones peu à même d'en donner une interprétation. Car les juges étatiques n'ont ni la formation suffisante s'agissant des cultures juridiques autochtones ni sans doute la légitimité si l'on veut favoriser l'autonomie normative des peuples autochtones. En interprétant le droit autochtone, le juge étatique transforme inévitablement celui-ci, voire le « falsifie »²¹⁸², crée un processus de fragmentation du droit autochtone par la transcription judiciaire²¹⁸³, en particulier s'agissant de la coutume qui devient un « droit coutumier judiciaire »²¹⁸⁴.
- 1205 D'où l'intérêt qu'au pluralisme normatif corresponde un pluralisme juridictionnel ou judiciaire²¹⁸⁵. La version la plus forte du pluralisme juridictionnel demande un véritable dualisme juridictionnel, c'est-à-dire que le droit autochtone est interprété et appliqué par des juridictions organiquement autochtones²¹⁸⁶. Eu égard à la tradition canadienne de système juridictionnel unitaire, on peut douter du réalisme d'une telle proposition²¹⁸⁷. On peut aussi imaginer l'introduction d'une forme de pluralisme dans le système juridictionnel étatique, un pluralisme juridictionnel plus faible, soit en créant des tribunaux autochtones de première instance intégrés dans le système général d'appel canadien, soit en introduisant dans le corps judiciaire étatique

²¹⁸⁰ K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts », préc., p. 99.

²¹⁸¹ Par exemple le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 718(2), prévoit la possibilité de sanctions substitutives « justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones ». L'affaire *Gladue* préc., portait précisément sur une application de cette disposition. D'autres dispositifs permettent au juge pénal de recourir aux cercles de guérison comme conseil dans la détermination de la peine. Voir sur sujet les références dans G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones », préc., p. 246.

²¹⁸² Ainsi « l'intervention des juridictions étatiques ou sous tutelle étatique n'est pas sans soulever le problème, emblématique des colonisations juridiques, de la "falsification" du droit autochtone d'origine extra-étatique. Celui-ci subit parfois une captation institutionnelle ou un alignement sur la norme étatique causé par des magistrats peu versés dans les traditions juridiques autochtones et peu sensibles à la diversité juridique » : *ibid.*, p. 247.

²¹⁸³ P. MONTURE-ANGUS, *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, 175 p., p. 90.

²¹⁸⁴ Expression de Régis Lafargue citée dans G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones », préc.

²¹⁸⁵ Selon l'expression d'Étienne Le Roy, *ibid.*, p. 246.

²¹⁸⁶ On pourrait ainsi se fonder sur l'article 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 pour reconnaître une compétence générale des peuples autochtones, en matière pénale notamment, en ce sens voir : D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc., p. 48.

²¹⁸⁷ Pour une étude des avantages et inconvénients d'un système judiciaire autochtone séparé, voir : B. SCHWARTZ, « A Separate Aboriginal Justice System? », *Revue de Droit Manitobain*, vol. 19, 1990, pp. 77-91.

une composante autochtone, par exemple en exigeant des juges des compétences spécifiques en droit autochtone, ou en donnant un pouvoir de nomination aux collectivités autochtones.

- 1206 C'est en ce sens que J. Borrows a pu d'une part plaider pour une acculturation juridique envers les droits autochtones de la part des juristes et des juges²¹⁸⁸, et d'autre part suggérer avec G. Seniuk la mise en place d'une « maison de la justice ». L'objectif était de permettre une unification des juridictions de première instance grâce à un tribunal organiquement issu d'une coopération entre les trois niveaux de gouvernance, fédéral, provincial et autochtone le cas échéant²¹⁸⁹. Cette proposition présente l'avantage, en particulier dans le cadre de la gouvernance autochtone fondée sur les traités, que les peuples autochtones puissent continuer de peser sur leur communauté dans la phase contentieuse tout en introduisant des modalités de règlement des différends propres à leur tradition juridique²¹⁹⁰. En même temps, perpétuer un système intégré, puisque ce tribunal appliquerait tant le droit étatique que le droit autochtone, permettrait sans doute de renforcer les objectifs de coexistence pacifique entre Occidentaux et Autochtones et de reconnaissance des cultures juridiques distinctes des autochtones²¹⁹¹.
- 1207 Mais une telle intégration présente aussi des inconvénients, dont on a pu mesurer l'ampleur dans les rares exceptions au Canada où un tribunal autochtone a été créé par une province ou prévu par les traités autochtones.
- 1208 Il existe en effet au Canada quelques juridictions autochtones. En pratique²¹⁹², quelques juridictions provinciales à « coloration autochtone » ont vu le jour ces dernières années²¹⁹³, notamment en Ontario²¹⁹⁴, en Alberta²¹⁹⁵, en Saskatchewan et en Colombie-Britannique (avec le

²¹⁸⁸ Voir le chapitre 8 « Indigenous Legal Tradition Institution Development », portant notamment sur la formation des juristes p. 219 et s : J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, préc. Voir aussi dans ce sens : B. SCHWARTZ, « A Separate Aboriginal Justice System? », préc., p. 89.

²¹⁸⁹ G. T. G. SENIUK et J. BORROWS, « The House of Justice: A Single Trial Court », préc., p. 130. Les auteurs prévoient en outre une spécialisation au sein des sections de cette maison de la justice. Y compris en droit autochtone.

²¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 135.

²¹⁹¹ Deux objectifs sous-tendent sans doute ce fédéralisme de traité et qui trouveraient là une modalité complémentaire : *ibid.*, p. 136. Un autre avantage mis en avant par les auteurs est que cette structure dépendrait financièrement de l'État, ce qui pallierait les difficultés financières auxquelles font face les tribunaux tribaux aux États-Unis, p. 136.

²¹⁹² Elles sont parfois de simples expériences « pilotes » et donc pas nécessairement pérennes.

²¹⁹³ K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts », préc., p. 99.

²¹⁹⁴ Voir par exemple la juridiction dite « Gladue », naît de la décision de la décision *Gladue* préc.

²¹⁹⁵ Par exemple le « Tssuu T'ina Peacemaking Court », ou le « Alexis Justice Committee ». Pour une analyse de ce dernier comité, dans une perspective de pluralisme juridique voir : V. R. NAPOLEON, et al., « Where is the Law in

tribunal de la Première Nation New Westminster²¹⁹⁶). Ces juridictions sont toutes rattachées au système juridictionnel provincial, et les compétences ne portent pas sur la mise en œuvre du droit autochtone, mais avant tout sur du droit pénal étatique²¹⁹⁷. Ce sont souvent des émanations des cours provinciales, placées sous leur responsabilité,²¹⁹⁸ dans lesquelles la langue autochtone est utilisée²¹⁹⁹ et certains concepts de « justice alternative » admis²²⁰⁰. Ce sont donc des juridictions provinciales qui sont sensibles à la différence autochtone, linguistique et culturelle, et admettent certaines composantes autochtones quant à leur composition ou leur fonctionnement. Cette ouverture à la culture juridique autochtone, en particulier en matière pénale, se manifeste souvent au travers des programmes étatiques entendant valoriser une « justice réparatrice »²²⁰¹. Ce sont donc davantage des juridictions étatiques au pluralisme minimal, elles sont à peine « colorées » ou influencées par les cultures juridiques autochtones²²⁰². Elles peuvent avoir des avantages certains en matière d'administration de la justice, mais ne constituent pas un véritable pluralisme juridictionnel, miroir du pluralisme normatif²²⁰³.

- 1209 Il existe aussi des juridictions autochtones issues de traités, qui sont plus susceptibles de manifester un pluralisme juridictionnel dans la mesure où elles naissent dans le cadre d'un plurijuridisme cohérent, dans lequel le pluralisme normatif est reconnu. Cette possibilité reste

Restorative Justice? » dans Y. D. BELANGER, dir., *Aboriginal Self-Government in Canada - Current Trends and Issues*, Saskatoon, Purich Pub, 2008, pp. 348-372.

²¹⁹⁶ K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts », préc. L'article porte spécifiquement sur le dernier tribunal.

²¹⁹⁷ Elles sont en outre soumises à d'autres limitations, par exemple il faut que l'accusé autochtone plaide coupable et sont souvent restreintes aux infractions les moins graves : D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc., p. 33.

²¹⁹⁸ K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts », préc., p. 99.

²¹⁹⁹ Ainsi les deux juridictions du Nord de la Saskatchewan sont celles où l'on parle Cree et Dene. Voir sur la juridiction Cree, la contribution du juge Morin : P. H. RUSSEL, *Canadians' Trial Courts: Two Tiers or One?*, préc., p. 17 et s.

²²⁰⁰ Par exemple un plan de guérison dans celle de la première nation de New Westminster : K. L. WHONNOCK, « A Tale of Two Courts », préc., p. 100 et s.

²²⁰¹ V. R. NAPOLEON, et al., « Where is the Law in Restorative Justice? », préc., voir sur la notion 1.3 « restorative justice ».

²²⁰² *Ibid.* Dans cette étude les auteurs montre ainsi que le « droit autochtone », celui de la Première Nation, est appliqué de manière implicite par dans le comité judiciaire de la Première Nation Alexis, qu'il est toujours bien vivant. Mais les acteurs eux-mêmes parviennent très difficilement à raisonner dans un contexte de pluralisme juridique : il est difficile d'admettre dans le contexte d'un programme étatique que leur utilisation de méthodes et usages traditionnels de « justice réparatrice » recouvre une dimension juridique, une application du droit local de la Première Nation.

²²⁰³ En ce sens, voir *ibid.* À partir de leur constat d'une manifestation contemporaine du droit autochtone local, les auteurs militent pour une approche pluraliste de la justice autochtone : « So rather than imagining Canadian criminal law relating to Aboriginal values and practices, there would be some effort to take a pluralist approach, relating Canadian criminal law to how Aboriginal peoples dealt with harms and offences in their entirety ».

toutefois rare²²⁰⁴, ainsi certains traités ont explicitement remis à une phase ultérieure de négociation l'instauration d'une juridiction autochtone²²⁰⁵.

- 1210 Ce sont donc principalement les traités Nisga'a²²⁰⁶ et des Inuit du Labrador²²⁰⁷ qui autorisent les autorités autochtones à instaurer une juridiction autochtone pour l'application des normes autochtones²²⁰⁸. Mais comme a pu le démontrer G. Otis, « divers procédés utilisés dans ces accords viennent tantôt contenir, tantôt nier l'autonomie du droit judiciaire et de la justice autochtones face au modèle étatique »²²⁰⁹. Ainsi les traités prévoient que la constitution organique de telles juridictions passe au travers d'un véritable veto provincial, au nom du respect des règles d'indépendance, de qualification des juges, sans qu'en contrepartie soient prescrites des exigences de qualification quant à la culture juridique autochtone de ces juges²²¹⁰.
- 1211 Toutefois, la nomination de juges relevant exclusivement des autorités autochtones permet de pallier cette absence de garantie²²¹¹. Et surtout, ces juridictions autochtones seraient intégrées au système unitaire juridictionnel canadien et auraient même un rang hiérarchique inférieur²²¹². Les appels auprès des juridictions purement étatiques seraient donc susceptibles de réduire à néant les

²²⁰⁴ Pour une comparaison des types de juridictions mises en place par différentes Constitutions autochtones issues des traités modernes voir : C. ALCANTRA et G. WHITFIELD, « Aboriginal Self-Government through Constitutional Design: A Survey of Fourteen Aboriginal Constitutions in Canada », *Revue d'Études Canadiennes*, vol. 44, 2010, pp. 122-145, spéc. p. 136 et s.

²²⁰⁵ C'est le cas des traités Westbank (*l'Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank*, art 222 (i)), en attendant le contentieux et le contrôle judiciaire est attribué aux juridictions de Colombie-Britannique, mais aussi du traité Taswawassen qui prend en plus la précaution de préciser que la création de juridictions ne fait pas partie de la compétence législative de la première nation (Accord définitif de la Première Nation de Tsawwassen de 2007, article 143).

²²⁰⁶ Accord définitif Nisga'a, articles 30 et s.

²²⁰⁷ Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador, « Partie 17.31 : Cour inuite », voir aussi article 9.2 et s. de la Constitution des Inuit du Labrador.

²²⁰⁸ Notons en outre l'existence d'un « conseil de justice » Teslin Tlingit aux articles 8.1 et s. de la Constitution Teslin Tlingit de 2009. Voir aussi des instances également hybrides (mi- conseil mi- juridiction) dans la Constitution Carcross/Tagish (dont le statut n'est presque pas spécifié par le texte : de 1997 art 14-15 disponible sur http://www.ctfn.ca/documents/doc_view/2-ctfn-constitution), voir aussi la Constitution Ta'an Kwäch'an de 2004 (amendée en 2010 disponible sur <http://www.taana.ca/assets/files/WEBMASTER-dtm/WEB-02-CONSTITUTION-2003.pdf> fondée sur l'article 10 de l'entente sur l'autonomie gouvernementale du Conseil des Ta'an Kwäch'an de 2002, ainsi que les Constitutions Vuntut Gwitchin en matière criminelle (Constitution de la première Nation Vuntut Gwitchin disponible sur <http://www.vgfn.ca/pdf/constitution.pdf> et prévue par Entente sur l'autonomie gouvernementale de la première nation des Gwitchin Vuntut du 29 mai 1993), ou la Kwanlin Dün : C. ALCANTRA et G. WHITFIELD, « Aboriginal Self-Government through Constitutional Design », préc., p. 137.

²²⁰⁹ G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones », préc., p. 247.

²²¹⁰ Ibid., p. 248. Art 33 et s. de l'Accord Nisga'a, article 17.31.4 et s. de l'Accord Inuit.

²²¹¹ Ibid. voir l'article 17.31. 7 de l'Accord Inuit (article 9.2.14 de la Constitution des Inuits du Labrador) et l'article 37 de l'Accord Nisga'a.

²²¹² L'appel se fait devant la Cour suprême de Colombie-Britannique pour la juridiction Nisga'a (article 45 et s. de l'accord Nisga'a). Voir les articles 17.31. 21 et s. de l'Accord Inuit, les appels se font ainsi principalement auprès de la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador.

efforts d'une interprétation adéquate du droit autochtone. Au mieux, pourra surgir de ce système d'appel une « coutume judiciaire », « espèce juridique hybride issue d'un dialogue entre la juridiction autochtone et le juge étatique »²²¹³, au pire les juges d'appel nieront totalement l'interprétation autochtone ce qui reviendrait alors à un monisme juridictionnel étatique typique des affres du colonialisme. L'intégration des juridictions autochtones dans un système juridictionnel hiérarchisé demanderait donc un effort minimal quant à la qualification des juges étatiques (ou au moins certains d'entre eux) si l'on ne veut éviter le deuxième cas de figure.

- 1212 La tradition juridictionnelle unitaire et hiérarchisée du Canada explique certainement l'existence de revendications centrées sur la nomination de personnes autochtones au sein des tribunaux étatiques ou d'une meilleure formation juridique à l'égard des problématiques de droit autochtone. Il est certain qu'au regard du très faible pluralisme juridictionnel existant et même en tenant compte de ce que les traités modernes prévoient, introduire une once de pluralisme quant à la composition des juridictions étatiques serait sans doute une avancée pour les peuples autochtones. En effet, aujourd'hui, s'agissant des droits et libertés, que la norme soit consacrée au niveau étatique ou à celui des peuples autochtones, c'est au juge étatique que reviendra la responsabilité d'éventuellement concilier ou harmoniser les cultures juridiques autochtones avec les libertés individuelles. Or pour le moment ni la structure contentieuse ni aucune garantie « organique » ne laissent présager une inclination particulière du juge étatique à tenir compte des spécificités des cultures juridiques autochtones dans la protection des droits et libertés, y compris pour le juge suprême.

C. La Cour suprême du Canada, ultime symbole d'un système unifié²²¹⁴

- 1213 À l'aune de la *Loi constitutionnelle de 1867*, on observe que la Cour suprême du Canada non seulement n'avait pas été prévue par les Pères de la Confédération, mais que son existence est au départ posée par une loi ordinaire. L'article 101 ouvre en effet la possibilité de créer une cour d'appel générale pour le législateur fédéral. Ceci fut fait dès 1875²²¹⁵ par le Parlement du Canada. Cette naissance par voie législative de la Cour engendre un déficit initial de légitimité : au contraire de bien des cours suprêmes fédérales elle est dépourvue de légitimité

²²¹³ G. OTIS, « La place des cultures juridiques et des langues autochtones », préc., p. 249.

²²¹⁴ L'expression est de L. HAUSEGGER, M. HENNIGER et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 66.

²²¹⁵ *Supreme and Exchequer Courts Act*, S.C. 1875, c. 11.

constitutionnelle²²¹⁶. C'est donc une loi fédérale, la *Loi sur la Cour suprême*²²¹⁷, qui définit sa composition et ses attributions.

1214 Toutefois, la *Loi constitutionnelle de 1982* a contribué à pérenniser en partie son statut²²¹⁸ puisque désormais l'article 41 d) prévoit que la « composition de la Cour suprême du Canada » doit faire l'objet de la procédure de révision constitutionnelle la plus rigide et nécessite le consentement unanime des composantes de la fédération. En dehors de sa composition, l'article 42 prévoit que les autres modifications tenant à la Cour suprême doivent se faire par la procédure normale de modification de la Constitution²²¹⁹. La Cour suprême a bien interprété ces dispositions comme une « constitutionnalisation » de ces caractéristiques essentielles, qui incluent « à tout le moins, la juridiction de la Cour en tant que cour générale d'appel pour le Canada, notamment en matière d'interprétation de la Constitution, et son indépendance »²²²⁰. Autrement dit, le Parlement ne peut plus exercer librement la compétence attribuée par l'article 101²²²¹, un changement dans la composition doit être approuvé par toutes les

²²¹⁶ V. MAYER, « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique, redéfinition et impact politique », *Pouvoirs*, vol. 59, 1991, pp. 143-158, spéc. p. 145. Voir aussi E. BROUILLET et Y. TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif plurinational : Le cas de la Cour suprême du Canada », en ligne: *SC Working Paper*, vol.6, 2009, <<http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/DemocraticDilemma/ReformingTheSCC/SCCpapers/BrouilletFINAL.pdf>> p. 8.

²²¹⁷ *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26.

²²¹⁸ La Cour suprême estime ainsi qu'elle « a acquis une protection constitutionnelle au cours de l'histoire » §75 et s. sur le contenu de cette évolution du *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 C.S.C. 21.

²²¹⁹ Il faut en effet des résolutions du Sénat, de la Chambre des communes et de l'Assemblée législative de chaque province. Ceci a une importance particulière lorsque l'on sait que trois juges au moins doivent provenir du Québec (voir infra § 1219 et s.).

²²²⁰ *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 94. La doctrine avait d'ailleurs soutenu avant 2014 que « l'existence et les caractéristiques essentielles de la Cour ont été implicitement constitutionnalisées » : E. BROUILLET et Y. TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif », préc., p. 8. Pour une vision plus nuancée de l'impact de ces articles, voir H. MELLON, « Introduction: Appreciating the Supreme Court's National Significance » dans H. MELLON et M. WESTMACOTT, dir., *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough, Nelson-Thomson Learning, 2000, pp. 2-30, p. 16. Sur la controverse doctrinale voir : F. L. MORTON, dir., « Law, Politics, and the Judicial Process », préc., p. 98.

²²²¹ *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 101. « Le Parlement peut certainement, aux termes de l'art. 101, adopter les modifications d'ordre administratif nécessaires au maintien de la Cour suprême, mais uniquement à condition que ces modifications ne changent rien aux caractéristiques de la Cour qui bénéficient d'une protection constitutionnelle. La nature du pouvoir unilatéral conféré à l'art. 101 de la Loi constitutionnelle de 1867 a été modifiée par l'évolution de la Cour dans la structure constitutionnelle, comme le reconnaît la partie V de la Loi constitutionnelle de 1982. Par conséquent, l'art. 101 exige maintenant que le Parlement préserve — et protège — les éléments essentiels qui permettent à la Cour suprême de s'acquitter de sa mission actuelle ».

provinces²²²² et les autres caractéristiques, sa compétence par exemple, ne pourraient se passer de l'accord d'une partie des provinces pour être modifiées²²²³.

- 1215 Du point de vue fonctionnel, la Cour suprême est d'abord une cour d'appel²²²⁴, elle ne fut d'ailleurs véritablement suprême qu'en 1949, avec l'abolition des recours devant le Comité judiciaire du Conseil privé. Auparavant, la continuité des juridictions préexistantes à la Fédération permettait en réalité au Comité judiciaire privé de Londres de remplir en tant que juridiction impériale de dernier ressort une fonction de Cour suprême, rôle qu'il aura donc bien après la création de la cour d'Ottawa.
- 1216 Elle détient deux compétences, une compétence générale d'appel en « matière civile et pénale pour l'ensemble du Canada ²²²⁵ » et une juridiction spéciale de « renvoi » lui permettant de donner un avis juridique lorsque le gouvernement fédéral le lui demande²²²⁶. Si seul l'exécutif canadien peut saisir directement la Cour suprême, les provinces ayant prévu le même système de renvoi auprès de leur cour d'appel respective peuvent accéder à la Cour suprême en raison du droit de saisine automatiquement accordé pour faire appel de ces décisions²²²⁷.
- 1217 Du fait de sa compétence nationale, elle constitue donc un « tribunal général d'appel dans un système judiciaire unifié »²²²⁸, puisqu'elle a une compétence matérielle illimitée²²²⁹ : elle peut aussi bien connaître du droit fédéral que du droit provincial, du droit constitutionnel que des autres branches du droit. Or cette envergure nationale de la Cour suprême ne se reflète pas dans les caractéristiques organiques de la Cour qui est essentiellement fédérale²²³⁰.

²²²² Ce faisant le Parlement ne peut légiférer pour ce qui est des trois postes de juge de la Cour réservés pour le Québec : *ibid.*

²²²³ La procédure normale de révision demande en effet « des résolutions des assemblées législatives d'au moins deux tiers des provinces dont la population confondue représente, selon le recensement général le plus récent à l'époque, au moins cinquante pour cent de la population de toutes les provinces. » Article 38 de la LC 1982.

²²²⁴ V. MAYER, « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique », préc., p. 145. Voir les articles 35 et s. de la *Loi sur la Cour suprême* et pour la procédure d'appel les articles 56 et s.

²²²⁵ Article 35 de la *Loi sur la Cour suprême*.

²²²⁶ Article 53 et s. de la *Loi sur la Cour suprême*.

²²²⁷ En ce sens P. MONAHAN, *Constitutional Law* 3rd éd., Toronto, Irwin Law, 2006, 613 p., p. 130.

²²²⁸ A. LAJOIE, *Jugements de valeur*, Paris, PUF, 1997, 217 p.

²²²⁹ L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 58. C'est d'ailleurs une originalité par rapport à bien des cours suprêmes fédérales.

²²³⁰ C'est ce qui fait dire à P. HOGG que la Cour suprême du Canada est techniquement une cour fédérale, mais fonctionnellement nationale : P. W. HOGG, « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », préc., p. 16.

- 1218 En effet, les neuf juges de la Cour suprême du Canada²²³¹ sont nommés par le gouverneur fédéral en conseil ou le cabinet²²³². Cette composition purement fédérale fait l'objet de nombreuses critiques depuis des années, car elle crée une « apparence de partialité » en ce qui concerne notamment les différends fédératifs²²³³ et éventuellement la conception des droits et libertés. Ce mode de désignation a pu également être considéré comme peu démocratique et peu transparent²²³⁴. De manière générale, c'est le déficit en pluralisme quant à la composition de la Cour qui fait débat²²³⁵.
- 1219 Il y a toutefois une certaine représentation de la diversité canadienne au sein de la Cour suprême puisque sa loi constitutive prévoit que le gouvernement fédéral nomme trois juges du Québec parmi les neuf membres²²³⁶. Cette condition a d'ailleurs fait l'objet d'une interprétation stricte en 2014 dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*²²³⁷. Ainsi le juge Nadeau qui avait été inscrit au barreau du Québec pendant plus de 10 ans, mais qui exerçait auprès de la Cour d'appel fédérale au moment de sa nomination, ne remplissait pas les conditions posées par les articles 5 et 6 de la *Loi sur la Cour suprême*²²³⁸. En effet selon la Cour :

²²³¹ Il s'agit de huit juges et d'un juge en chef, sur cette dernière fonction voir : P. W. HOGG, « The Role of a Chief Justice in Canada », *Queen's L.J.*, vol. 19, 1994, pp. 248-260.

²²³² Article 4 2) de la *Loi sur la Cour suprême*.

²²³³ E. BROUILLET et Y. TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif », préc., p. 9.

²²³⁴ Depuis 2004, le gouvernement fédéral a apporté des changements en instaurant un comité de nomination parlementaire chargé de présenter une liste de juges potentiels, non sans débats : voir L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 170.

²²³⁵ Voir par exemple H. MELLON, « Supreme Court's National Significance », préc., p. 17 et s; E. CRANDALL, « Intergovernmental Relations and the Supreme Court of Canada: The Changing Place of the Provinces in Judicial Selection Reform », en ligne: *Institute of Intergovernmental Relations Working Paper*, 2010, <<http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/DemocraticDilemma/ReformingTheSCC/SCCpapers/HurrelmannFINAL.pdf>>.

²²³⁶ Article 6 de la *Loi sur la Cour suprême*.

²²³⁷ *Renvoi sur la Cour suprême*, préc.

²²³⁸ Sur cette affaire, avant qu'elle ne soit tranchée par la Cour suprême voir notamment : M. PLAXTON et C. MATHEN, « Purposive Interpretation, Quebec, and the Supreme Court Act », *Forum Constitutionnel*, vol. 22, 2013, pp. 15-26. L'interprétation téléologique préconisée par les auteurs a d'ailleurs été reprise par la Cour dans le *Renvoi sur la Cour suprême*, préc..

« L'objectif de l'article 6 est de garantir que non seulement des juristes civilistes expérimentés siègent à la Cour, mais également que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. Autrement dit, l'art. 6 protège à la fois le fonctionnement et la légitimité de la Cour suprême dans sa fonction de cour générale d'appel pour le Canada »²²³⁹

1220 En outre, un usage veut que trois juges viennent d'Ontario, deux des provinces de l'Ouest et un des provinces de l'Atlantique²²⁴⁰. Comme l'explique la Cour suprême, l'obligation, constitutionnelle²²⁴¹, à l'égard des juges québécois est nécessaire dans le cadre d'une Cour générale d'appel étant donnée la différence de traditions juridiques entre le système de common law et de droit civil. Mais la pratique d'une représentation régionale au sein de la Cour suprême témoigne de la conscience des autorités de nomination de son importance dans le cadre d'une fédération²²⁴². En revanche aucun autochtone, n'a jamais été nommé juge à la Cour suprême, ce qui n'est pas sans conséquence sur la place des traditions juridiques autochtones au sein du plus haut tribunal du pays²²⁴³. Les accords constitutionnels avortés du Lac Meech et de Charlottetown prévoyaient d'ailleurs des changements quant à la composition de la Cour suprême²²⁴⁴. Le premier proposait ainsi que les trois juges québécois de la Cour suprême du Canada soient nommés par le gouvernement fédéral sur proposition du gouvernement du Québec. Le second accord prévoyait que le gouvernement fédéral nomme les juges à partir de listes soumises par les gouvernements des provinces et des territoires. De plus, la place des peuples autochtones dans le processus de nomination des juges suprêmes était assurée à travers des mécanismes de consultations et de suggestions.

²²³⁹ *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 49.

²²⁴⁰ Voir par exemple P. MONAHAN, *Constitutional Law* préc., p. 127.

²²⁴¹ Une modification de la composition de la Cour doit même être approuvée par toutes les provinces (voir supra § 325), le Québec disposant alors d'un veto sur la modification des trois membres issus du Québec. Ainsi, le « consentement unanime exigé pour changer la composition de la Cour a donné au Québec la garantie constitutionnelle que sa représentation à la Cour ne sera pas modifiée sans son consentement. Il était nécessaire de protéger la composition de la Cour à l'al. 41d) parce que la protection prévue à l'al. 42(1)d) n'aurait pas empêché que le nombre de postes de juge réservés pour le Québec puisse être réduit, peut-être même totalement supprimé, sans le consentement du Québec », *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 93.

²²⁴² Voir de sa dimension politique : F. L. MORTON, dir., « Law, Politics, and the Judicial Process », préc., p. 97. La Cour semble aussi reconnaître cette dimension à travers l'expression de la représentation des « valeurs sociales distinctes du Québec » dans le *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 49.

²²⁴³ Voir : J. C. Hopkins et A. C. Peeling, « Aboriginal Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada », en ligne: *Paper Prepared for the Indigenous Bar Association*, 2004, <<http://www.indigenousbar.ca/pdf/Aboriginal%20Appointment%20to%20the%20Supreme%20Court%20Final.pdf>>.

²²⁴⁴ Voir par exemple E. CRANDALL, « Intergovernmental Relations and the Supreme Court of Canada », préc., p. 4 et s.

- 1221 D'un point de vue organique, la Cour suprême du Canada est donc aujourd'hui un très pâle reflet du plurijuridisme canadien. Elle y joue pourtant un rôle fondamental, mais en dépit de l'évolution de ses fonctions, sa composition elle n'a pas changé.
- 1222 Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada est en effet devenu plus central parmi les missions de la Cour dès lors que celle-ci a pu maîtriser l'accès à son prétoire en 1975²²⁴⁵, puis avec l'avènement de la *Charte canadienne*. L'analyse quantitative des matières examinées par la Cour suprême du Canada ces dernières années peut également donner des indications sur la manière dont elle envisage son rôle et la manière dont il a évolué. De nos jours, entre 40 et 45 % des affaires sont relatives au droit criminel, alors que les affaires concernant la *Charte* seraient en dessous de 10 % du total des affaires²²⁴⁶. Cela étant, le contentieux des droits et libertés a considérablement augmenté depuis les années 1970²²⁴⁷.
- 1223 Il faut désormais une autorisation de faire appel par la Cour dans la plupart des affaires criminelles et dans les autres domaines²²⁴⁸. Pour ce faire, la Cour²²⁴⁹ prend en considération « l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard »²²⁵⁰. La loi ne définissant pas l'importance pour le public et la Cour étant réticente à

²²⁴⁵ En 2007 moins de 19 % des affaires devant la Cour étaient des appels de droit, pour des détails chiffrés démontrant la diminution des appels de droit voir L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 106.

²²⁴⁶ Chiffres de 2007 dans *ibid.*, p. 110. Voir aussi D. R. SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, 290 p., p. 53. En ce qui concerne les affaires relatives à la *Charte* on peut distinguer celles relatives au droit criminel (9 % et celle non relative au droit criminel 4 %) comme le font les premiers auteurs, les autres litiges constitutionnels seraient autour de 4 % en 2007.

²²⁴⁷ Voir D. R. SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, préc. Pour l'auteur la Cour est ainsi devenu une Cour de droit public, rappelons en effet qu'au Canada le droit criminel est considéré comme une branche du droit public. Il estime que « once the Court gained the power to fashion its own agenda through its leave to appeal decisions, it focused increasingly on cases involving questions of statutory construction, and constitutional interpretation rather than on cases involving 'mere' disputes between private litigants of the sort that have little significance for those not directly involved. » p. 66.

²²⁴⁸ Art 37 et s. de la *Loi sur la Cour suprême*. L'amendement du Code criminel en 1997 a restreint les circonstances pour lesquelles un appel de droit pouvait être accordé. Il existe encore quelques cas d'appel de droit par exemple lorsque les cours d'appel inférieures renversent un acquittement. En revanche elle accepte toutes les affaires de « renvoi » demandé par le gouvernement fédéral. Voir *ibid.*, p. 44 et s.

²²⁴⁹ Il s'agit en réalité d'un panel de trois juges qui en décident. Sur le processus et une comparaison avec le cas américain, voir R. B. FLEMMING, « Processing Appeals for Judicial Review: The Institutions of Agenda Setting in the Supreme Courts of Canada and the United States » dans H. MELLON et M. WESTMACOTT, dir., *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough, Nelson-Thomson Learning, 2000, pp. 40-62.

²²⁵⁰ Article 40 (1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

expliciter ses critères²²⁵¹, la doctrine a souvent interprété comme signifiant « importance nationale »²²⁵². C'est par exemple le cas lorsqu'il y a un désaccord entre cours provinciales ou s'il y a une incertitude juridique (un point de droit nouveau ayant été soulevé) ou si une interprétation juridique est assez importante en droit provincial ou en droit fédéral pour lui donner une dimension nationale²²⁵³. On a pu dire aussi que le souci de maintenir l'uniformité nationale du droit était un critère pertinent pour accorder l'appel devant la Cour suprême²²⁵⁴.

- 1224 L'hypothèse, d'une sélection des litiges sur la base des critères de l'importance nationale et du maintien de l'uniformité du droit au Canada est particulièrement intéressante. Elle est toutefois difficile à vérifier puisque les demandes d'autorisation ne sont pas motivées. Si la Cour sélectionne ses affaires en vue de trancher une question de droit pour qu'elle soit uniformisée à travers tout le pays, il y a un grand risque d'homogénéisation lorsqu'elle statuera sur le fond du litige. Inversement, on pourrait estimer que lorsqu'elle n'accorde pas la permission d'appeler sur les questions de droit et libertés elle fait preuve de déférence à l'égard des cours d'appel provinciales. La maîtrise de son prétoire pourrait en ce sens être un instrument de pluralisme juridictionnel. Le problème est qu'il est bien difficile de vérifier dans quelle mesure la volonté de respecter des interprétations divergentes s'agissant des droits et libertés est un argument pour ne pas accorder l'appel. Au vu des différentes explications doctrinales, de la part de juges notamment, rien ne permet d'aller en ce sens, et c'est donc davantage une tendance à l'homogénéisation qui serait à craindre.
- 1225 En fin de compte, le caractère discrétionnaire de l'appel aurait donc contribué à un changement du rôle de la Cour qui est passée d'une cour d'appel à une « cour d'encadrement »²²⁵⁵. D'ailleurs ses « fonctions hiérarchiques », le fait qu'elle soit le degré ultime de juridiction au Canada vont dans le sens d'un rôle de supervision des autres cours au Canada. À cet égard, le principe du

²²⁵¹ R. B. FLEMMING, « Processing Appeals for Judicial Review », préc., p. 44. Le juge Sopinka a toutefois exprimé dans un ouvrage ce que signifiait l'importance pour le public à savoir les questions constitutionnelles nouvelles, l'interprétation d'une loi fédérale significative, d'une loi provinciale ayant un contenu similaire dans d'autres provinces, des questions ayant reçu des interprétations différentes par les cours d'appel et celles qui nécessitent un réexamen par la Cour. Voir *ibid.*, p. 44 et 45.

²²⁵² D. R. SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, préc., p. 46.

²²⁵³ Ainsi certains juges ont confirmé que « it was only questions of general importance to the whole country that were granted leave to appeal; also, they preferred that the issue not go to the Supreme Court until several appeal courts had had a chance to rule on it. » *ibid.*, p. 47; L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 109.

²²⁵⁴ D. R. SONGER, *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, préc., p. 50.

²²⁵⁵ L'expression est du juge Bora LASKIN « supervisory tribunal » repris dans F. L. MORTON, dir., « Law, Politics, and the Judicial Process », préc., p. 103.

précédent au sein de l'ordre juridique canadien remplirait aujourd'hui une fonction de contrôle des juridictions inférieures dans la mesure où la Cour suprême ne se sent plus liée par ses propres précédents et peut opérer des revirements²²⁵⁶. Finalement, la Cour suprême du Canada en tant que « clé de voûte du système judiciaire unifié du Canada »²²⁵⁷ est donc bien l'« interprète final de la Constitution »²²⁵⁸, et peut à ce titre imposer à tous des valeurs « homogènes » par son interprétation des droits et libertés. D'ailleurs, on ne trouve aucune trace dans sa jurisprudence sur les juridictions spécialisées en droits et libertés de la moindre intention de céder de son rôle fondamental dans l'interprétation des valeurs.

II. Les juridictions chargées de protéger les droits et libertés : des spécificités ne remettant pas en cause le caractère intégré

- 1226 Les instruments quasi constitutionnels ont mis en place des institutions, parfois juridictionnelles pour rendre effectifs les droits consacrés. Ces organes spécialisés s'intègrent toutefois au système juridictionnel général (A). La *Loi constitutionnelle de 1982* ne bouleverse pas non plus l'architecture juridictionnelle canadienne, comme elle donne un nouveau rôle constitutionnel aux juridictions, celui de protéger les droits et libertés à travers les articles 24 et 52, on a pu se demander si cette mission incombait à toutes les juridictions canadiennes (B). La question de leur indépendance et de leur impartialité apparaît également sous un nouveau jour avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (C).

A. L'originalité des tribunaux des droits de la personne au Canada : une protection spécialisée des droits et libertés quasi constitutionnels

- 1227 Cette protection spécialisée peut-être juridictionnelle ou administrative (1) et reste dans son ensemble soumise aux cours supérieures (2).

²²⁵⁶ Le précédent peut remplir d'autres fonctions. Une fonction de légitimation des juges : la règle du précédent permet de minimiser la part de discrétion allouée au juge puisque celui-ci est contraint par une règle qui lui est extérieure et qui lui commande de se conformer à des règles qu'il n'a pas lui-même établies. Il a aussi une fonction quant à la prévisibilité du droit, ou de son caractère certain et cohérent, qui s'adresse davantage au justiciable.

²²⁵⁷ *Renvoi sur la Cour suprême*, préc., § 84.

²²⁵⁸ A. LAJOIE, *Jugements de valeur*, préc.; P. W. HOGG, « Canada: from Privy Council to Supreme Court » dans J. D. GOLDSWORTHY, dir., *Interpreting Constitutions: a Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 55-105, p. 79.

1. Des commissions et tribunaux spécialisés dans la lutte contre les discriminations

- 1228 Les législateurs canadiens et provinciaux ont mis en place des systèmes de protection spécifique des droits de la personne en édictant des « codes des droits de la personne » ou une *Charte des droits de la personne* en ce qui concerne le Québec²²⁵⁹. Ils ont dans bien des cas institué des organes spécialisés²²⁶⁰ pour mettre en œuvre ces droits et plus spécifiquement pour lutter contre les discriminations²²⁶¹.
- 1229 Ainsi la plupart de ces législations ont mis en place une Commission des droits de la personne. Généralement, on peut considérer ces organes comme étant administratifs. En effet même si leur statut prévoit parfois des garanties d'indépendance par rapport à l'exécutif, leurs fonctions ne sont pas à titre principal de juger, mais de promouvoir les droits fondamentaux, d'éduquer, informer et conseiller sur ces sujets. Dans certains cas, elles peuvent recevoir des plaintes de la part de particuliers victimes de discriminations et procéder à des enquêtes²²⁶².
- 1230 Mais les phases contentieuses, par voie arbitrale, judiciaire ou quasi judiciaire, ne sont pas de leur ressort même si dans la plupart des cas elles peuvent être à l'origine d'une saisine en particulier lorsqu'il s'agit d'organes spécifiques mis en place par la loi de protection des droits de la personne.
- 1231 Par exemple, au Québec, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (CDPDJ)²²⁶³ est considérée comme une instance non judiciaire dans la mesure où elle dispose d'un pouvoir d'enquête et de médiation et, si cette dernière a échoué, un pouvoir de saisine d'un arbitre ou d'un tribunal. La *Charte québécoise* a en effet prévu en 1990 la mise en place en plus de la Commission un Tribunal spécialisé, en le cantonnant au domaine de la lutte contre les

²²⁵⁹ Voir supra § 720 et s.

²²⁶⁰ Seule l'Alberta ne semble pas prévoir d'organes spécifiques dans l'*Alberta Bill of Rights*, R.S.A. 2000, c A-14.

²²⁶¹ Les « *human rights codes* » sont en effet bien souvent restreint à la seule protection contre les discriminations.

²²⁶² Voir par exemple sur les fonctions de la Commission des droits de la personne de Terre-Neuve et du Labrador les articles 23 et s du *Human Rights Act*, 2010, SNL 2010, c H-13.1 Au Manitoba le *Code des droits de la personne*, CPLM c H175, les fonctions de la Commission article 4 et s ; La Commission ontarienne des droits de la personne, articles 29 et s. du *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.1 ; la Commission du Yukon article 16 et s. de la *Loi sur les droits de la personne*, LRY 2002, c 116, sur la Commission de l'île du Prince Édouard voir l'article 16 et s. du *Human Rights Act*, RSPEI 1988, c H-12 ; Sur la Commission de la Saskatchewan voir les articles 25 et s. du *Saskatchewan Human Rights Code* ; la Commission de Nouvelle-Écosse voir les articles 22 et s. du *Human Rights Act*, RSNS 1989, c 214. Au niveau fédéral voir la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, lrc 1985, c h-6, articles 26 et s.

²²⁶³ voir par exemple sur ce sujet : L. LAMARCHE, « Les institutions de défense et de promotion des droits de la personne et du citoyen au Québec : un chaos apparent », *Revue Française d'Administration Publique*, vol. 139, 2011, pp. 487-498.

discriminations²²⁶⁴. L'expertise du Tribunal des droits de la personne (TDP) est à l'origine même de sa création, car ses membres sont « normalement plus sensibilisés aux questions de discrimination et d'exploitation (ils) devraient donc être mieux préparés pour statuer sur une plainte que les juges de cour ordinaire moins bien informés de la réalité de certains milieux »²²⁶⁵. Un autre objectif de cette spécialisation était de créer en plus des juridictions ordinaires ou de la Commission un tribunal plus accessible aux citoyens, avec une procédure plus souple et plus rapide²²⁶⁶. La *Charte québécoise* prévoit en effet que les personnes puissent toujours s'adresser aux juridictions ordinaires pour faire valoir leurs droits en plus du recours devant le TDP²²⁶⁷.

1232 Le Québec avait été avant-gardiste quant à ce tribunal²²⁶⁸, et bien des provinces aujourd'hui ont un organe quasi juridictionnel spécialisé dans la protection contre les discriminations, c'est le cas par exemple en Ontario. Mais si l'on compare aujourd'hui l'accessibilité entre le tribunal québécois et ontarien force est de constater que ce dernier est plus ouvert aux particuliers puisque tant les personnes victimes que la Commission peuvent saisir le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario²²⁶⁹. En effet, le Tribunal québécois a vu l'accès direct des individus restreints dans certains cas dans une affaire *Ménard c. Rivet*²²⁷⁰ au grand dam d'une partie de la doctrine qui prône son renversement²²⁷¹. On trouve une configuration comparable au niveau fédéral avec d'une part la Commission canadienne des droits (CCDP) et le Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP).

1233 D'autres provinces ou territoires ont choisi de mettre en place en plus d'une Commission, non pas un tribunal, mais un « comité d'arbitrage »²²⁷² ou « tribunal d'arbitrage »²²⁷³ ou un

²²⁶⁴ Le TDP a une compétence limitée matériellement puisque seules les dispositions de la *Charte québécoise* visant la discrimination, y compris les programmes d'accès à l'égalité (art. 10 à 19 et 86 et s.) et l'exploitation d'une personne âgée ou handicapée (art. 48) sont de son ressort.

²²⁶⁵ S. BERNATCHEZ, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne », *R.D.U.S.*, vol. 42, 2012, pp. 203-276. Voir aussi le Rapport de la Commission des Institutions qui a proposé la création ce TDP (*Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec*, Rapport final présenté au Président de l'Assemblée nationale, Québec, 14 juin 1988).

²²⁶⁶ A.-M. SANTORINEOS, « L'accès à la justice en matière de droits de la personne: Le difficile accès au Tribunal des droits de la personne », *R.D.U.S.*, vol. 42, 2012, pp. 42-85.

²²⁶⁷ On trouve dans le *Human Rights Act* de Terre-Neuve et du Labrador une disposition similaire dans l'article 46.

²²⁶⁸ A.-M. SANTORINEOS, « L'accès à la Justice en Matière de Droits de la Personne », préc.

²²⁶⁹ Voir respectivement les articles 34(1) et 35(1) du *Code des droits de la personne* préc.

²²⁷⁰ *Ménard c. Rivet* [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.).

²²⁷¹ A.-M. SANTORINEOS, « L'accès à la Justice en Matière de Droits de la Personne », préc. Voir aussi sur ce sujet les différentes contributions dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité: l'urgence d'agir au Québec ? Actes d'un colloque tenu les 22 et 23 novembre à Montréal*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 588 p.

²²⁷² C'est le cas au Yukon.

« panel »²²⁷⁴. D'autres législateurs ont prévu des phases de médiation non contentieuse auprès de la Commission, mais que la phase contentieuse si elle a lieu se passe auprès des juridictions provinciales ordinaires²²⁷⁵. Enfin, la Colombie-Britannique a mis en place un « *British Columbia Human Rights Tribunal* », mais pas de Commission.

- 1234 On trouve ainsi toute une gamme de possibilités non contentieuses, quasi judiciaires et judiciaires pour mettre en œuvre les dispositions de protection des instruments quasi constitutionnels des droits de la personne, le droit à la non-discrimination particulièrement²²⁷⁶. L'efficacité de ces organes à lutter contre les discriminations fait l'objet d'appréciations diverses²²⁷⁷. Quant au statut des tribunaux spécialisés et à leur place dans l'architecture juridictionnelle canadienne, ils peuvent diverger et ne sont pas toujours aisés à appréhender. Ils font parfois l'objet de dispositions expresses dans les lois habilitantes, par exemple le Tribunal de Colombie-Britannique est clairement soumis à la loi sur les tribunaux administratifs de la province²²⁷⁸, alors que le Tribunal des droits de la personne est une division de la Cour du Québec et peut donc difficilement être assimilé à un tribunal administratif²²⁷⁹. D'autres instruments prévoient expressément des procédures d'appel²²⁸⁰ ou de révision des ordonnances arbitrales²²⁸¹, parfois dans des conditions strictes²²⁸².

²²⁷³ C'est le cas au Manitoba.

²²⁷⁴ C'est le cas dans l'Île-du-Prince-Édouard qui possède un « Human Rights Panel » ou à Terre-Neuve et au Labrador ainsi qu'en Nouvelle-Écosse avec un « Board of Inquiry ».

²²⁷⁵ C'est ce qui est prévu dans la Saskatchewan et au Nouveau-Brunswick.

²²⁷⁶ On a pu parler dans le cas québécois d'un « enchevêtrement juridictionnel » à cet égard : J. FRÉMONT, « La Charte, le droit statuaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexions autour de malaises » dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne, dir., *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 63-82, p. 75.

²²⁷⁷ Sur la jurisprudence du TDP québécois, la doctrine a globalement reconnu un renforcement du droit à l'égalité de manière concrète : S. BERNATCHEZ, « Un Tribunal Spécialisé », préc.; M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte » dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, dir., *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, Montréal, volume 2 - Études, 2003, pp. 247-288, p. 253. Pour une appréciation plus nuancée à propos de l'ensemble des provinces voir : G. W. ANDERSON, « Filling the "Charter Gap?" Human Rights Codes in the Private Sector », *Osgoode H.L.J.*, vol. 33, 1995, pp. 749-783.

²²⁷⁸ Article 31.1 du *Human Rights Code*, RSBC 1996, c 210.

²²⁷⁹ En ce sens : L. LAMARCHE, « Les institutions de défense et de promotion des droits de la personne », préc., p. 493.

²²⁸⁰ Voir par exemple le *Saskatchewan Human Rights Code*, articles 32.

²²⁸¹ Voir par exemple Article 42 *Human Rights Act* de Terre-Neuve et Labrador.

²²⁸² C'est le cas au Manitoba, voir l'article l'art 50(1) du Code préc.

1235 Leur place dans le système juridictionnel canadien a aussi fait l'objet de décisions judiciaires, de la Cour suprême du Canada notamment, qui les considère clairement comme ayant un statut hiérarchique subordonné.

2. Des tribunaux des droits de la personne intégrés à l'architecture juridictionnelle canadienne

1236 Globalement, ces tribunaux des droits de la personne sont intégrés au reste de l'architecture juridictionnelle canadienne. Par exemple, il est possible de faire appel d'une décision du Tribunal canadien des droits de la personne devant la Cour fédérale, la Cour fédérale d'appel et éventuellement la Cour suprême du Canada²²⁸³.

1237 Ils sont en outre extrêmement contrôlés par les cours supérieures. En effet dans l'affaire *Mossop*²²⁸⁴, la Cour suprême estima que la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur de droit en n'opérant pas le contrôle le plus intense, celui de la décision correcte, à l'égard des décisions du Tribunal canadien des droits de la personne. En l'espèce, le Tribunal avait interprété la discrimination fondée sur la « situation de famille » de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* comme s'étendant à la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Or, la majorité de la Cour suprême estime que l'interprétation de la « situation de famille » ne fait pas partie de l'expertise du Tribunal qui porte sur l'appréciation des faits, mais ne s'étend pas aux questions générales de droit comme en l'espèce²²⁸⁵.

1238 En exigeant un contrôle strict des décisions des tribunaux de la personne (puisque le critère est celui de la décision correcte pour les questions de droit, qui consiste à savoir si l'interprétation

²²⁸³ Voir par exemple : *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471.

²²⁸⁴ *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

²²⁸⁵ Ce faisant les juges Lamer et Laforest estiment que : « Ces questions relèvent de la compétence des cours de justice et font appel à des concepts d'interprétation des lois et à un raisonnement juridique général, qui sont censés relever de la compétence des cours de justice. Ces dernières ne peuvent renoncer à ce rôle en faveur du tribunal administratif. Elles doivent donc examiner les décisions du tribunal sur des questions de ce genre du point de vue de leur justesse et non en fonction de leur caractère raisonnable » : *Mossop*, préc., p. 585. Au contraire la juge L'Heureux-Dubé dissidente estime que les « cours de justice réviseront la décision d'un tribunal administratif si celui-ci a commis une erreur de compétence ou une erreur de fait ou de droit manifestement déraisonnable, mais elles devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés. » p. 557-558.

coïncide avec celle de la Cour²²⁸⁶) la Cour suprême a certainement entendu réduire considérablement l'importance des interprétations juridiques de ces tribunaux²²⁸⁷.

1239 Cet attachement de la Cour suprême du Canada à encadrer strictement les interprétations juridiques des droits et libertés par les tribunaux de la personne a peu été atténué ensuite. En effet si la Cour suprême a fait évoluer la norme de contrôle des décisions des tribunaux administratifs en général, en acceptant une certaine déférence sur les faits, mais aussi sur l'interprétation de leur loi habilitante²²⁸⁸, en matière d'interprétation juridique des droits et libertés le contrôle reste le plus strict possible. Dans l'affaire *Dunsmuir*, elle maintient en effet le contrôle le plus strict lorsqu'il s'agit de « questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur, ainsi qu'aux questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents »²²⁸⁹.

1240 En 2011, la Cour suprême examina la question de la norme de contrôle par rapport à la décision du TCDP adjugeant des dépens. En l'espèce, elle conclut que la norme de la décision raisonnable s'appliquait, car « le tribunal fédéral en cause dans la présente affaire a interprété une disposition de sa loi constitutive qui requerrait un examen approfondi des faits et qui lui laissait une certaine marge d'appréciation »²²⁹⁰. En apparence, la Cour fait preuve d'un certain assouplissement, en réalité elle prend soin de constater qu'habituellement « les juridictions de révision ne se montrent pas déférentes envers les tribunaux des droits de la personne appelés à trancher des questions de droit »²²⁹¹. Elle estime que « la nature de la “loi constitutive” qu'administre un tribunal des droits de la personne rend très délicat le maintien de l'équilibre » énoncé dans *Dunsmuir*²²⁹². Elle n'exclut donc pas la norme de la décision correcte lorsqu'il s'agit de « questions à très large portée » qui peuvent également être soulevées devant les cours de justice, qui peuvent constituer des « questions d'une importance capitale pour le système juridique et elles ne sont pas toutes

²²⁸⁶ D. DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », *Queen's L.J.*, vol. 27, 2002, pp. 445-509, spéc. p. 453.

²²⁸⁷ *Ibid.*, p. 452. L'auteur propose ainsi de changer le standard de la norme correcte.

²²⁸⁸ En effet dans *Dunsmuir*, la Cour a simplifié les normes de contrôle en les réduisant désormais à deux: celles de la décision correcte et de la décision raisonnable *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

²²⁸⁹ Voir § 55 de *Dunsmuir*, préc. Ce résumé est tiré du § 18 de l'affaire *Commission canadienne*, préc.

²²⁹⁰ § 26, *ibid.*

²²⁹¹ § 19, *ibid.*

²²⁹² À savoir entre la déférence en matière d'interprétation de la loi constitutive et « les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble ».

étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel »²²⁹³. Or étant donné que tant les cours de justice que les tribunaux des droits de la personne peuvent connaître du contentieux des droits et libertés, on aurait pu penser, dans la lignée de l'affaire *Mossop*, que la norme de décision correcte s'impose en matière d'interprétation substantielle des droits fondamentaux. Ces derniers pouvant relever d'« une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble »²²⁹⁴. Mais dès lors qu'il s'agit d'appliquer le droit fondamental aux faits, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable²²⁹⁵.

- 1241 En réalité, la Cour suprême a récemment distingué les questions générales de droit dans le contentieux des droits fondamentaux dans l'affaire *Mouvement laïque québécois c. Saguenay*²²⁹⁶. Dans le cadre de la contestation de la prière effectuée au début des conseils municipaux de la ville de Saguenay (au nom de la liberté de religion protégée par la *Charte québécoise*), la Cour suprême estime que la question de la neutralité religieuse de l'État relève de la norme de contrôle de la décision correcte, tandis que les autres dimensions de l'affaire méritent une déférence à l'égard de l'appréciation du Tribunal des droits de la personne²²⁹⁷. La juge Abella critique cet isolement de la question de la neutralité religieuse par rapport à celle de la discrimination religieuse, tant sur le plan conceptuel que pratique²²⁹⁸. Pourtant, la Cour suprême semble décidée à appliquer la norme de contrôle de la décision raisonnable aux tribunaux spécialisés sur les droits de la personne²²⁹⁹, au risque de distinguer artificiellement les enjeux juridiques (selon la norme de contrôle applicable) d'une même problématique²³⁰⁰.

²²⁹³ *Commission canadienne*, préc., § 22 et 23.

²²⁹⁴ En ce sens, voir l'arrêt de la Cour d'appel du Québec qui applique la norme de la décision correcte pour interpréter la discrimination fondée sur l'âge, *Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025, autorisation d'appel refusée, [2012] 2 R.C.S. Ainsi la Cour d'appel estime que « toutes les décisions d'un tribunal des droits de la personne statuant sur une question de droit ne seront pas assujetties à la norme de la décision correcte, qui s'appliquerait toutefois lorsque la question est d'importance pour le système juridique et étrangère à son domaine d'expertise. C'est d'une question similaire dont il s'agit ici, à l'égard de laquelle le Tribunal, qui n'est pas investi d'une mission exclusive en la matière, ne possède en outre pas d'expertise particulière par rapport aux cours de justice. » § 33.

²²⁹⁵ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 C.S.C. 11, § 168.

²²⁹⁶ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 C.S.C. 16.

²²⁹⁷ Ainsi le juge Gascon pour la majorité estime par exemple que « l'évaluation du caractère religieux de la prière, la portée des atteintes causées par celle-ci au plaignant et la détermination du caractère discriminatoire de cette prière sont au cœur de l'expertise du Tribunal », § 50, *ibid.*

²²⁹⁸ § 165 et s., *ibid.*

²²⁹⁹ Voir une confirmation dans *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 C.S.C. 39, § 70 et s.

²³⁰⁰ La juge Abella note bien que la question de la liberté religieuse et de la neutralité de l'État sont bien deux facettes d'une même pièce, difficilement distinguables dans le contrôle (voir § 167, *Mouvement laïque*, préc.).

1242 Finalement, ces tribunaux des droits de la personne ont un intérêt certain dans la protection des droits fondamentaux, mais ils sont doublement limités, d'une part matériellement (globalement seul le droit à l'égalité est concerné) et d'autre part par leur statut hiérarchique subordonné²³⁰¹. De ce fait, on est tenté de les considérer comme de simples tribunaux administratifs, ce qui risque assurément de miner leur légitimité²³⁰². En matière constitutionnelle, c'est en tout cas à ce rang que la Cour suprême du Canada les a relégués.

B. Les juridictions chargées de la protection constitutionnelle des droits et libertés et leur encadrement

1243 Les droits et libertés constitutionnels sont garantis par les juridictions canadiennes, mais lesquelles ? Les articles 24 et 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne précisent pas quels sont les tribunaux compétents. L'article 52 ne fait qu'affirmer que les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit avec la Constitution sont inopérantes et l'article 24 que la réparation des violations de la *Charte* se fait devant « un tribunal compétent ». On en déduit donc qu'il faut se tourner vers le système de recours général canadien pour déterminer la juridiction à même de protéger les droits fondamentaux : il n'y a ni juridictions spécialisées ni procédures parallèles. Le contrôle de constitutionnalité est en effet diffus, tout comme dans le modèle de justice constitutionnelle américain. Ainsi une juridiction sera compétente, selon l'expression de l'article 24(1) du moment qu'il existe une compétence indépendante de la *Charte* elle-même²³⁰³.

1244 Étant donné qu'il existe une différence entre les tribunaux inférieurs et les cours supérieures quant à leur statut constitutionnel, cela pourrait justifier des rôles différents quant à la protection des droits fondamentaux constitutionnels. Il est ainsi évident que les cours supérieures peuvent appliquer l'article 52²³⁰⁴, mais ça l'est moins pour les tribunaux inférieurs ou pour les tribunaux administratifs.

1245 Le rôle des tribunaux spécialisés ou administratifs quant à la *Charte* a ainsi fait l'objet de plusieurs décisions de la Cour suprême du Canada. Au début des années 1990, une trilogie

²³⁰¹ Voir à propos du Tribunal des droits de la personne québécois M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », préc., p. 255.

²³⁰² *Ibid.* 263.

²³⁰³ § 78, *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

²³⁰⁴ L. TASSÉ, « Application de la Charte canadienne des droits et libertés (articles 30, 31, 32, 33 et 52) » dans G. A. BEAUDOIN et E. MENDES, dir., *Canadian Charter of Rights and Freedoms = Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, Ont, LexisNexis Butterworths, 2005, pp. 72-162, p. 154.

d'affaires²³⁰⁵ posa les bases de la compétence des tribunaux administratifs quant à l'article 52(1). Dans ces affaires, la Cour suprême part du principe que cet article étant silencieux quant aux organismes pouvant étudier les questions relatives à la *Charte*, il faut se tourner vers les lois habilitantes de ces tribunaux²³⁰⁶. En effet ces tribunaux inférieurs n'ayant pas une compétence de droit commun, au contraire des Cours supérieures, une loi doit leur attribuer expressément²³⁰⁷ ou au regard de l'ensemble du texte, la compétence matérielle par rapport à la loi contestée²³⁰⁸. La Cour y définit des critères propres à déterminer si un organisme donné peut appliquer l'article 52 de la *Loi constitutionnelle*²³⁰⁹, au premier rang desquels celui de savoir si l'organisme ou le tribunal a le pouvoir requis pour trancher une question de droit²³¹⁰. Il y a ainsi un avantage pratique à laisser à un tribunal la compétence de traiter l'ensemble de la question qui lui est soumise et sur laquelle il est spécialisé y compris lorsqu'elle a trait à la *Charte*, tant parce que leur « opinion éclairée » est « inestimable » que parce que les valeurs de la *Charte* doivent irradier l'ensemble des pouvoirs publics²³¹¹.

- 1246 En 1996 dans l'affaire *Cooper*²³¹², la question qui se posait était de savoir si la Commission canadienne des droits de la personne, fondée sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pouvait examiner la constitutionnalité de cette loi habilitante sur le fondement de l'article 52. En raison du silence de la loi sur cette question, la majorité de la Cour suprême examine diverses questions pratiques comme la composition, la structure, la procédure, les voies de recours et le degré d'expertise de la Commission²³¹³ pour conclure à l'absence d'un tel pouvoir de contrôle de

²³⁰⁵ *Douglas Kwantlen faculty association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

²³⁰⁶ *Cuddy Chicks* préc., p. 13 et 14.

²³⁰⁷ C'est le cas lorsqu'une loi attribue à un tribunal la compétence quant aux litiges découlant de son application.

²³⁰⁸ Ainsi dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5 la Cour précise que « le par. 52(1) ne précise pas les organismes qui peuvent étudier les questions relatives à la *Charte* et statuer à leur égard, et on ne peut dire qu'il confère compétence aux tribunaux administratifs. La compétence du tribunal doit plutôt lui avoir été conférée expressément ou implicitement par sa loi constitutive ou autrement. Ce principe fondamental demeure, quelle que soit la nature de la question dont est saisi le tribunal administratif. Ainsi, le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la *Charte* doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée » p. 14.

²³⁰⁹ Plus précisément la Cour suprême estime que « le tribunal administratif qui s'apprête à étudier une question ayant trait à la *Charte* doit déjà avoir compétence à l'égard de l'ensemble de la question qui lui est soumise, c'est-à-dire à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée », *ibid.*, p. 14.

²³¹⁰ C'est en tout cas l'apport de cette trilogie qu'a tiré la Cour suprême une vingtaine d'années plus tard dans *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, § 6 et § 22.

²³¹¹ Voir *Douglas College*, préc., p. 605.

²³¹² *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

²³¹³ Voir L. TASSÉ, « Application de la Charte canadienne », préc., p. 158.

constitutionnalité d'une disposition de la loi. En outre, dans son opinion concordante le juge en chef Lamer s'oppose davantage sur le plan des principes à un contrôle de constitutionnalité de la part des tribunaux administratifs à la faveur des Cours de justice seules. En revanche, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, dissidentes, ont une position beaucoup plus ouverte puisqu'elles opinent que dès lors qu'ils sont habilités à trancher des questions de droit, ils peuvent appliquer l'article 52. On a pu ainsi analyser cette décision comme manifestant une véritable réticence de la Cour suprême à confier aux agences des droits de la personne un rôle significatif en matière constitutionnelle²³¹⁴, ou comme une vision très rigide de la séparation des pouvoirs²³¹⁵.

1247 Cette décision divisée a été renversée en 2003 dans l'affaire *Martin*²³¹⁶, dans laquelle la Cour a unanimement penché pour une solution favorable au contrôle de constitutionnalité par les tribunaux administratifs. En effet, la Cour pose une présomption réfragable de compétence des tribunaux administratifs pour statuer sur la constitutionnalité d'une disposition, du moment qu'ils ont une compétence expresse ou implicite pour trancher les questions de droit découlant de l'application de cette disposition²³¹⁷. Le juge Gonthier écrivant pour la majorité justifie sa position notamment sur la nécessité dans le cadre du contentieux des droits et libertés que les Canadiens puissent se tourner vers « le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles », ainsi que sur la connaissance du régime législatif contesté par un tribunal spécialisé²³¹⁸. Tant les considérations pratiques, la spécificité du contentieux des droits et libertés que le système unitaire canadien vont donc dans le sens d'un contrôle fondé sur la *Charte canadienne* par les tribunaux administratifs.

1248 Ceci a été réaffirmé par la Cour suprême à propos de l'article 24. En effet, la Cour suprême a récemment unifié dans l'affaire *Conway*²³¹⁹ les critères dégagés à propos de l'article 52 avec ceux propres au déclenchement de réparations plus larges fondées sur l'article 24. Originellement, un « tribunal compétent » pour accorder réparation sur le fondement de la *Charte* était « celui qui est

²³¹⁴ B. BILSON, « The Voice from the Trenches: Administrative Tribunals and the Interpretation of the Charter », *Sask.L.Rev.*, vol. 69, 2006, pp. 3-37, spéc. p. 14.

²³¹⁵ D. DYZENHAUS, « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », préc. Voir aussi sur l'affaire Cooper : M.C. CRANE, « Administrative Tribunals, Charter Challenges, and the "Web of Institutional Relationships" », *Sask.L.Rev.*, vol. 61, 1998, pp. 495-524.

²³¹⁶ *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504.

²³¹⁷ « Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve que le législateur avait manifestement l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que les tribunaux administratifs possèdent à l'égard des questions de droit ». *Ibid.* § 3.

²³¹⁸ *Ibid.* § 28 et s.

²³¹⁹ *R. c. Conway*, préc.

compétent à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation demandée »²³²⁰. Dans *Conway*, la Cour se fonde sur plusieurs évolutions jurisprudentielles pour justifier la fusion avec les critères de l'article 52 : celle allant en faveur d'une extension de l'application de la *Charte* au domaine administratif²³²¹, y compris à l'égard des Commissions des droits de la personne²³²² et celle relative à l'article 52. La juge Abella reprend ainsi l'opinion dissidente de la juge McLachlin dans *Cooper* et estime que « La Charte n'est pas un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder »²³²³. Par conséquent, « le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher des questions de droit et dont la compétence pour appliquer la *Charte* n'est pas clairement écartée a le pouvoir — et le devoir — correspondant d'examiner et d'appliquer la Constitution, y compris la *Charte*, pour se prononcer sur ces questions de nature juridique »²³²⁴. La Cour estime que, tant les raisons pratiques, d'expertise des tribunaux administratifs²³²⁵ que la possibilité pour les justiciables de se tourner vers « le tribunal qui est le plus à leur portée sans fractionner leur recours »²³²⁶ plaident pour une assimilation avec les critères de l'article 52. Autrement dit, il faut en premier lieu déterminer si le tribunal peut en général accorder des réparations sur le fondement de la *Charte*, selon les critères précités²³²⁷. En second lieu, il faut examiner si la réparation précise demandée par le justiciable peut être accordée en cernant si le législateur a voulu que le tribunal administratif en cause puisse l'accorder à partir de l'examen de son cadre législatif. En l'espèce, la Commission ne pouvait pas attribuer une libération conditionnelle ou ordonner un traitement particulier comme réparation à la violation de la *Charte*, car le législateur avait clairement exclu ces pouvoirs des attributions de la Commission²³²⁸.

²³²⁰ Voir les affaires *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 telles que résumées dans *Conway* préc., § 24 et s.

²³²¹ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038 et *Conway*, préc. § 41 et s. voir aussi *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395. Sur la question de l'application de la *Charte* aux décisions administratives voir N. KARAZIVAN, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés par les valeurs : l'article 32 », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 61, 2013, pp. 241-292, spéc. p. 249 et s.

²³²² *Blencoe c. C.-B. (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307.

²³²³ § 70, *Cooper*, préc.

²³²⁴ *Conway*, préc., § 17.

²³²⁵ § 80, *ibid.*

²³²⁶ § 79, *ibid.*

²³²⁷ Pour ce faire : « il faut d'abord se demander si le tribunal administratif a le pouvoir exprès ou tacite de trancher une question de droit. Si tel est le cas et qu'il n'est pas clairement établi que le législateur a voulu soustraire l'application de la Charte à la compétence du tribunal en cause, ce dernier est un tribunal compétent et peut examiner et appliquer la Charte, y compris les réparations qu'elle prévoit, lorsqu'il statue dans une affaire dont il est régulièrement saisi » § 81, *ibid.*

²³²⁸ § 83 et s., *ibid.*

- 1249 La jurisprudence de la Cour suprême du Canada a donc évolué à la faveur d'un critère fonctionnel pour déterminer si les tribunaux spécialisés pouvaient contrôler la constitutionnalité de leur loi habilitante en mettant l'accent sur l'attribution statutaire d'une compétence sur les questions de droit. Ce faisant, la Cour suprême fait de la fonction juridictionnelle de ces tribunaux le critère décisif impliquant l'obligation de faire respecter la *Charte* et d'accorder les réparations adéquates en cas de violation. Cette ouverture à l'égard des tribunaux administratifs va ainsi dans le sens d'une plus grande pénétration de la *Charte canadienne* dans l'appareil étatique juridictionnel ou quasi juridictionnel. Il aurait été en effet étonnant que les tribunaux des droits de la personne exerçant une véritable fonction de juger, c'est-à-dire en tranchant des litiges et en disant le droit, soient laissés hors de la portée de la *Charte constitutionnelle*. Pour autant, la Cour suprême n'a pas non plus laissé à ces tribunaux une grande marge de manœuvre, puisque leurs pouvoirs, notamment vis-à-vis des réparations possibles, restent dépendants de leurs attributions statutaires. Mais surtout, la plus haute juridiction du pays n'a pas voulu donner un trop grand poids à leurs décisions en matière constitutionnelle.
- 1250 En effet, en raison de leur statut constitutionnel inférieur, les décisions d'inconstitutionnalité des tribunaux inférieurs n'ont pas la force d'un précédent : seules les Cours supérieures ont en vertu de la common law une autorité contraignante en dehors du cas d'espèce liant les décideurs ultérieurs²³²⁹. La Cour suprême distingue donc dès le départ le pouvoir des cours supérieures de rendre inopérante une loi sur des fondements constitutionnels et l'autorité limitée de ces tribunaux qui, ayant l'obligation de respecter la *Charte*, rendent une décision conforme à celle-ci, mais à l'égard des parties seulement²³³⁰.
- 1251 Le contrôle hiérarchique des Cours supérieures sur les tribunaux inférieurs est donc essentiel en matière constitutionnelle puisqu'il pourra à la fois constituer un précédent et qu'il sera strict à leur égard. Car en matière de protection de la *Charte*, le contrôle est celui de la décision correcte par rapport aux tribunaux administratifs. Il n'y a ainsi « aucune retenue judiciaire » à leur égard de la part des cours supérieures, et pas non plus de déclaration formelle d'invalidité *erga omnes* des tribunaux inférieurs²³³¹. Lorsqu'en 2003 la Cour suprême est à nouveau plus favorable au

²³²⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 1001.

²³³⁰ B. BILSON, « The Voice from the Trenches », préc., p. 9. Voir aussi *Douglas College*, préc., *Cuddy Chicks*, préc., p.17.

²³³¹ *Cuddy Chicks*, préc. p. 17, le Juge Laforest insiste à cet égard « La compétence de la Commission est restreinte au moins sur un point essentiel: elle ne peut s'attendre à aucune retenue judiciaire à l'égard de ses décisions en

contrôle de constitutionnalité par ces tribunaux, elle utilise d'ailleurs ces deux arguments pour démontrer l'absence de danger sur l'équilibre juridictionnel canadien, en particulier « permettre aux tribunaux administratifs de trancher des questions relatives à la *Charte* ne mine pas le rôle d'arbitre ultime que les cours de justice jouent en matière de constitutionnalité au Canada »²³³².

1252 D'ailleurs, la Cour a réitéré récemment que « la norme de la décision correcte continue de s'appliquer aux questions constitutionnelles »²³³³. L'intensité d'un tel contrôle par les cours supérieures et ultimement par la Cour suprême du Canada permet donc de s'assurer que l'interprétation constitutionnelle de la *Charte* ne dépende pratiquement pas des tribunaux administratifs.

1253 Finalement, les droits et libertés au Canada peuvent être protégés en premier lieu par les tribunaux des droits de la personne, vers qui les justiciables peuvent trouver des avantages du point de vue contentieux. En revanche, l'interprétation substantielle de ces droits et de leur contenu est tellement encadrée, en particulier en matière constitutionnelle, qu'ils se trouvent en réalité déterminés par les cours supérieures et éventuellement la Cour suprême.

1254 Cette inquiétude peut sans doute se justifier par le statut constitutionnel inférieur de ces tribunaux qui ne présentent pas toutes les garanties d'indépendance²³³⁴, propres à susciter à leur égard la confiance nécessaire en matière de protection des droits et libertés. Cette question de l'indépendance des juges est d'ailleurs de manière générale primordiale s'agissant de la protection des droits et libertés.

matière constitutionnelle. En outre, une déclaration formelle d'invalidité n'est pas une réparation qui s'offre à la Commission. Celle-ci considère plutôt simplement comme invalide la disposition contestée, aux fins de l'affaire dont elle est saisie. Comme cela n'équivaut pas à une déclaration formelle d'invalidité, réparation que seules les cours supérieures peuvent accorder, l'affirmation de la Commission à l'égard d'une question relative à la *Charte* ne constitue pas un précédent judiciaire impératif, mais elle se limite dans son application à l'affaire dont elle procède. »

²³³² *Martin*, préc., § 31. La Cour précise auparavant ces deux arguments : « L'erreur de droit qu'un tribunal administratif commet en interprétant la Constitution peut toujours faire l'objet d'un contrôle complet par une cour supérieure. En outre, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs sont limitées et n'incluent pas les déclarations générales d'invalidité. La décision d'un tribunal administratif qu'une disposition de sa loi habilitante est invalide au regard de la *Charte* ne lie pas les décideurs qui se prononceront ultérieurement dans le cadre ou en dehors du régime administratif de ce tribunal. Ce n'est qu'en obtenant d'une cour de justice une déclaration formelle d'invalidité qu'une partie peut établir, pour l'avenir, l'invalidité générale d'une disposition législative ».

²³³³ Voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, § 58 ; *Commission canadienne*, préc., § 18.

²³³⁴ C'était une des raisons pour lesquelles le juge Lamer ne voulait pas qu'ils interprètent la *Charte* dans *Cooper*, préc., § 12. On a pu remarquer assez curieusement que dans l'affaire *Martin*, préc., la Cour ne s'intéresse pas à l'indépendance des tribunaux administratifs : B. BILSON, « The Voice from the Trenches », préc., p. 17.

C. De l'indépendance des juridictions protégeant les droits et libertés

- 1255 La question de l'indépendance des juridictions est une question importante lorsque l'on traite de la protection des droits et libertés dans la mesure où la séparation des pouvoirs judiciaires et politiques est à l'origine même du contentieux des droits et libertés. Il n'est pas étonnant qu'elle ait évolué en tenant compte du rôle des tribunaux dans cette protection²³³⁵.
- 1256 La *Loi constitutionnelle de 1867* n'accorde au départ des garanties d'indépendance qu'aux cours supérieures, par rapport à la rémunération notamment. En outre, la *Charte* de 1982 prévoit que tout inculpé a droit à « un tribunal indépendant et impartial » et « un procès public et équitable »²³³⁶. Cette exigence d'indépendance et d'impartialité est donc un apport essentiel au régime de 1867 puisque d'autres juridictions que les cours supérieures sont concernées, mais a toutefois une portée limitée puisqu'elle ne s'applique qu'en matière pénale. La Cour suprême a en outre précisé qu'il n'y a pas nécessairement d'équivalence entre la protection des cours supérieures tirée de la *Loi constitutionnelle de 1867* et celle de la *Charte*²³³⁷.
- 1257 En dehors de ces cas, on pouvait se demander quelle était la protection constitutionnelle de l'indépendance des juridictions inférieures. La Cour suprême y répond dans le *Renvoi sur la rémunération des juges*. Elle met à jour un principe non écrit constitutionnel d'indépendance de toute la magistrature issu du préambule de la Constitution de 1867²³³⁸. Ainsi « l'al. 11d) [de la Charte] atteste l'existence d'un principe général d'indépendance de la magistrature qui s'applique à tous les tribunaux, sans égard au type d'affaires qu'ils entendent »²³³⁹. Elle justifie en outre ces

²³³⁵ Nous n'allons donc pas examiner en détail le régime juridique assurant cette indépendance, voir pour cela par exemple : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 814 et s.; L. HAUSEGGER, M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, préc., p. 173 et s.

²³³⁶ Article 11d) de la *Charte canadienne*.

²³³⁷ *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673. Ceci a été affirmé de nouveau à propos de la rémunération dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.)*, [1997] 3 R.C.S. 3. Ainsi la Cour admet que les garanties soient d'origine réglementaire s'agissant des traitements des juges provinciaux (§ 116). La Cour précise toutefois que cela signifie que « l'al. 11d) ne garantit pas automatiquement aux cours provinciales même degré de protection que celui accordé aux juges des cours supérieures par l'art. 100 et les autres dispositions relatives à la magistrature. Dans les circonstances de l'espèce, toutefois, l'al. 11d) peut en fait accorder aux juges des cours provinciales le même degré de protection que celui garanti aux juges des cours supérieures par les dispositions relatives à la magistrature ».

²³³⁸ Au contraire le juge Laforest dissident estime qu'il est inutile de recourir au préambule et à une norme écrite et estime que la constitution canadienne et éventuellement la *Charte* suffisent à garantir l'indépendance des cours provinciales.

²³³⁹ *Renvoi relatif à la rémunération des juges*, préc., § 107.

garanties de l'indépendance des tribunaux judiciaires par l'évolution de leur rôle constitutionnel, notamment celui de protéger les valeurs enchâssées dans la Constitution²³⁴⁰.

1258 S'agissant des tribunaux administratifs en revanche, la Cour suprême n'a pas étendu ce principe constitutionnel d'indépendance. Dans l'affaire *Ocean Port Hotel*²³⁴¹, la Cour estime que « le degré d'indépendance requis d'un décideur ou d'un tribunal administratif est déterminé par sa loi habilitante ». S'il est possible en cas de doute de s'inspirer des « principes de justice naturelle », il n'est pas possible pour l'interprète juridictionnel de s'écarter des dispositions expresses de la loi habilitante pour garantir davantage d'indépendance. La Cour affirme ainsi une « distinction fondamentale entre tribunaux administratifs et tribunaux judiciaires », car les premiers « ne sont pas constitutionnellement séparés de l'exécutif » et, s'ils peuvent parfois rendre des décisions quasi judiciaires, leur fonction première reste la mise en œuvre d'une politique gouvernementale²³⁴². Ils restent toutefois assujettis aux exigences de la *Charte* dans certains cas précis²³⁴³.

1259 S'agissant des tribunaux administratifs, y compris ceux relatifs aux droits de la personne, leur indépendance dépend donc de dispositions législatives. Ainsi cette indépendance est protégée au Québec en raison de la *Charte québécoise* qui consacre en son article 23 le droit à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant qui ne soit pas préjugé. Or l'article 56(1) de cette *Charte* vise « tout organisme exerçant des fonctions quasi judiciaires, même de façon ancillaire ». C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a pu vérifier si la Régie des permis d'alcool se conformait aux exigences prescrites par l'art. 23 de la *Charte québécoise*²³⁴⁴. Mais ce raisonnement, et les exigences d'indépendance énumérées dans cette affaire ne sont pas transposables lorsque le législateur d'une autre province n'a pas prévu un tel degré

²³⁴⁰ Pour la Cour, « il ne fait aucun doute que ces tribunaux d'origine législative jouent un rôle crucial dans l'application des dispositions de la Constitution et la protection des valeurs consacrées par celle-ci. Dans la mesure où ce rôle s'est accru au cours des dernières années, il est clair qu'il convient de reconnaître aux cours provinciales une certaine indépendance institutionnelle » *ibid.* § 126, voir aussi les §127 et 128 sur leur rôle quant à l'article 52, 24 ou d'autres dispositions constitutionnelles. Voir aussi pour une confirmation récente *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 C.S.C. 43, où la Cour estime que les « cours visées à l'art. 96 possèdent le pouvoir inhérent de rendre les ordonnances nécessaires à la protection du processus judiciaire et de la primauté du droit. Elles doivent évidemment défendre leur propre indépendance constitutionnelle afin d'assurer l'équité de ce processus et de s'acquitter de leur obligation de protéger les droits et libertés que la Charte garantit aux Canadiens », § 39.

²³⁴¹ *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781.

²³⁴² *Ibid.*, § 20 à 24.

²³⁴³ Soit en vertu de l'article 11d) ou encore de l'article 7 lorsque les décisions affectent la vie, la liberté ou la sécurité des personnes : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 816.

²³⁴⁴ *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

d'indépendance²³⁴⁵. Par conséquent, pour ce qui est des tribunaux administratifs des provinces de common law, en dehors des garanties spécifiques de la *Charte canadienne*, leur indépendance ne serait que peu protégée²³⁴⁶.

- 1260 En revanche au niveau fédéral, la *Déclaration canadienne* prévoit le « droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations »²³⁴⁷. Ce faisant la Cour suprême a examiné si le Tribunal canadien des droits de la personne se conforme aux normes d'indépendance et d'équité procédurale²³⁴⁸. La Cour suprême prend en compte la qualité très particulière de ce Tribunal, dont la principale fonction est juridictionnelle²³⁴⁹, qui fonctionne « sensiblement de la même manière qu'une cour de justice » et dont l'objectif général est de lutter contre les discriminations²³⁵⁰. Ces considérations et l'examen attentif de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, poussent la Cour suprême à assujettir le Tribunal « à la norme d'indépendance la plus élevée par application du principe constitutionnel non écrit de l'indépendance juridictionnelle »²³⁵¹.
- 1261 La Cour suprême n'assimile toutefois pas le Tribunal à une cour de justice et rappelle qu'il reste, en tant que tribunal administratif, « assujetti au pouvoir de surveillance des tribunaux visés par l'art. 96, [et] ne doit pas obligatoirement présenter toutes les caractéristiques d'une cour de justice »²³⁵².
- 1262 La Cour suprême admet donc implicitement que les tribunaux des droits de la personne ne sont pas des tribunaux administratifs comme les autres²³⁵³, mais reste toutefois attachée à une certaine conception de la séparation des pouvoirs. Elle refuse ainsi de s'affranchir de la volonté du législateur pour évaluer le degré d'indépendance des tribunaux créés par lui dans le cadre d'une politique particulière. Toutefois, il nous semble qu'au vu de leur fonction et de leur

²³⁴⁵ *Ocean Port Hotel*, préc., § 28.

²³⁴⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 816.

²³⁴⁷ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44 (L.R.C. 1985, app. III), art. 2e).

²³⁴⁸ *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884.

²³⁴⁹ *Ibid.* § 23, la Cour précise en outre que « Le Tribunal ne participe pas à l'élaboration des politiques et ne mène pas ses propres enquêtes indépendantes sur les plaintes : le législateur a délibérément attribué les fonctions d'enquête et d'élaboration de politiques à un organisme différent, soit la Commission ».

²³⁵⁰ *Ibid.* § 24 et 26.

²³⁵¹ « Il doit agir de façon impartiale et satisfaire à une norme d'indépendance relativement élevée, aussi bien en vertu de la common law qu'en vertu de l'al. 2e) de la Déclaration canadienne des droits » : *ibid.* § 31.

²³⁵² *Ibid.* § 29.

²³⁵³ S'agissant des tribunaux autochtones, ils pourraient être considérés comme des tribunaux spécialisés de la même manière et donc obéir aux mêmes règles quant à l'indépendance.

fonctionnement particulier, il paraît difficilement pérenne de les tenir à l'écart des exigences d'indépendance élémentaires propres aux juridictions, même en l'absence d'une volonté expresse des législatures provinciales de les garantir²³⁵⁴. La nécessité de marquer une différence de statut entre ces tribunaux et les cours de justice (différence qui justifie un rôle supérieur de cette dernière dans le contentieux des droits et libertés) explique peut-être aussi cette différence de traitement quant à l'indépendance. Il n'en demeure pas moins que le contrôle des cours supérieures n'est qu'un piètre palliatif au faible degré d'indépendance des tribunaux des droits de la personne. Mais cette déférence de la Cour suprême du Canada à l'endroit des tribunaux créés par les différents législateurs est peut-être une manière d'introduire un peu de pluralisme juridictionnel en les laissant maîtres de leurs statuts et procédures²³⁵⁵.

- 1263 Il n'en demeure pas moins que les tribunaux des droits de la personne au Canada ont un statut hiérarchique subordonné et sont soumis à un contrôle intense de la part des cours supérieures : il appartient dès lors aux cours d'interpréter les droits fondamentaux consacrés par leur loi habilitante. Ce faisant, c'est davantage aux cours supérieures provinciales, fédérales ou territoriales les plus élevées dans la hiérarchie juridictionnelle, avant la Cour suprême du Canada, qu'il reviendrait de faire une interprétation d'ensemble adaptée à leur instrument de protection des droits. Or il n'est pas certain qu'elles assument toujours ce rôle²³⁵⁶. Il y a donc un paradoxe dans l'architecture juridictionnelle des droits de la personne au Canada d'avoir fait des interprètes spécialisés d'une valeur fondamentale, l'égalité, des interprètes subordonnés. Ceci s'explique par l'accent mis sur l'accessibilité et l'expertise de ces juridictions, qui sont des avantages indéniables du point de vue du justiciable, mais ne favorisent pas nécessairement le pluralisme juridictionnel puisque ce n'était pas l'objectif initial. Car c'est finalement à la Cour suprême du Canada, lorsqu'elle le décide, d'être l'interprète déterminant des droits fondamentaux au Canada. Ce n'est pas nécessairement le cas de la Cour de justice de l'Union européenne.

²³⁵⁴ On pourrait certainement dire la même chose au regard des tribunaux autochtones traitant des questions relatives aux droits de la personne.

²³⁵⁵ Cela pourrait donc être une chance pour les tribunaux autochtones de développer des modes de règlement des différends propres, en dehors des normes occidentales du droit au juge.

²³⁵⁶ Ce raisonnement a en particulier été tenu par rapport à la *Charte québécoise*, le TDP et la Cour d'appel du Québec : M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte », préc., p. 258 et s.

Section 2. La Cour de justice de l'Union européenne : une Cour supranationale au centre d'un espace juridictionnel de collaboration

- 1264 L'organisation du contentieux de l'Union européenne tente de répondre à une triple préoccupation. Elle tâche de conserver une forme de pluralisme dans l'architecture juridictionnelle de l'espace plurijuridique. En même temps, elle doit assurer l'effectivité et la cohérence du droit de l'Union, ce qui implique une forme de suprématie pour la Cour de justice qui s'efforcera donc aussi de « verticaliser » cette structure en s'assurant de sa place centrale dans ce système. Enfin, il faut garantir au justiciable une protection juridictionnelle effective qui est un droit fondamental. On pourrait ainsi le qualifier de « droit structure », tant parce que l'effectivité des autres droits et libertés en dépend (il tend donc à les structurer²³⁵⁷) que parce qu'il est un argument mobilisé en vue de modifier les voies de droit et ce qui fait de lui « une charpente » de l'architecture juridictionnelle.
- 1265 Bien qu'on ne puisse exclure que la Cour européenne des droits de l'homme soit la véritable Cour suprême du contentieux des droits fondamentaux en Europe²³⁵⁸, nous nous intéresserons exclusivement aux relations entre la Cour de Luxembourg et les juges nationaux²³⁵⁹. Pour ce

²³⁵⁷ Selon O. De Schutter « Si les conditions d'accès à ces voies de recours diffèrent, c'est le droit lui-même qui s'en trouve transformé » : O. De SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 p., p. 177.

²³⁵⁸ En revanche on ne parle pas exactement de la même Europe entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne puisque la seconde est restreinte à 28 États et la seconde à 50.

²³⁵⁹ La place de la Cour de Strasbourg est fondamentale notamment lorsqu'on considère l'impact déterminant de ses décisions dans le cadre du recours individuel, la force obligatoire à l'égard des États et la fonction déclaratoire quant à la violation de la Convention ou la réparation du dommage subi par la victime. En outre, la future adhésion de l'Union européenne à la *Convention européenne des droits de l'homme* prévue par le *Traité de Lisbonne* (mais dont les modalités sont toujours à l'étude) laisserait présager, un système juridictionnel des droits fondamentaux à sommet unique, celui de la Cour de Strasbourg à moins qu'il ne soit toujours à « doubles pics » comme c'est encore le cas aujourd'hui. (L. F. M. BESSELINK, « General Report - The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon. The Interaction Between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94>. Voir le chapitre 4 « Managing a Twin Peak System - Consequences of the Accession of the EU to the ECHR » p 34 et s.) Ce vaste sujet dépasse les ambitions de cette étude (voir supra § 90). Une telle évolution conduira certainement à des réflexions quant aux modifications potentielles des relations entre la Cour de justice, les particuliers ou des juridictions nationales, mais l'étendue de ces changements demeure une pure spéculation, même si la Cour de justice a d'ores et déjà posé certaines balises dans CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme* n°2/13, non encore publié. Parmi une abondante doctrine sur la question voir notamment : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « À qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe? » dans B. FAVREU, dir., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 39-60; F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt "Bosphorus Air Lines" du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 827 et s; S. DOUGLAS-SCOTT, « A Table of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *CML Rev.*, vol. 43, 2006, pp. 629-665; G. HARPAZ, « The European Court of Justice and its Relations with the European Court

faire, nous nous intéresserons à la répartition originale des compétences entre la Cour de justice et les juges nationaux (I) dont le lien procédural privilégié, en ce qu'il instaure une collaboration, est le renvoi préjudiciel (II), même si cette relation tend à se hiérarchiser à travers les mécanismes de responsabilité des États auprès de la Cour de Luxembourg (III).

I. La répartition des compétences juridictionnelles : un droit au juge national ou au juge de l'Union ?

- 1266 Le particulier afin d'obtenir une protection de ses droits et libertés de l'Union a droit à une protection juridictionnelle effective, un droit au juge, certes, mais lequel ? S'agissant des juges institués par les traités constitutifs, la Cour de justice y trouve une place primordiale (A), mais son accès direct est limité (B), si bien que le particulier plaide davantage auprès du juge national, sans pour autant que la Cour ne soit complètement absente (C).

A. La Cour de justice européenne : cour suprême des juridictions de l'Union instituées par les traités

- 1267 Affirmer que la Cour de justice européenne est une cour suprême ne va pas nécessairement de soi²³⁶⁰. En effet tout comme l'ordre juridique communautaire, la Cour a pu être assimilée à une cour internationale. Pourtant force est de constater que la Cour de Luxembourg est dès le départ conçue dans les traités de manière distincte par rapport à une cour internationale²³⁶¹, même si le système juridictionnel communautaire présente des originalités qui ne placent pas la Cour du Luxembourg dans une position d'autorité absolue.

of Human Rights: the Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy », *CML Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 105-141; K. LENAERTS, « The Charter and the role of European Courts », *MJ*, vol. 8, 2001, pp. 90-101.

²³⁶⁰ Sur cette question, voir A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne. Institutions et ordre juridique*, Paris, Lextenso, 2013, 509 p., p. 473 et s. Les auteurs estiment que si la Cour est une juridiction constitutionnelle, il est difficile de la ranger dans la catégorie des cours constitutionnelles ou bien des cours suprêmes disposant d'attributions constitutionnelles. Voir aussi M. CLAES et M. DE VISSER, « The Court of Justice as a Federal Constitutional Court: A Comparative Perspective » dans E. CLOOTS, G. BAERE et S. SOTTIAUX, dir., *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 83-109.

²³⁶¹ Si la Cour est au départ la gardienne d'un ordre juridique issu du droit international public général, différents caractères font de celle-ci une juridiction pour le moins singulière par rapport aux juridictions internationales. Ainsi D. Simon distingue à cet égard quatre caractères propres. Le premier est que la juridiction de la Cour est, dans l'ensemble, obligatoire. Ceci la différencie des situations des cours internationales qui sont subordonnées au consentement du défendeur. Le deuxième est l'exclusivité de la Cour de justice quant au contentieux relatif à l'application ou à l'interprétation des traités. Le troisième critère est l'accessibilité de la juridiction, car le système contentieux communautaire ouvre des voies de recours à l'individu (personne physique ou morale). Le dernier est le caractère contraignant des décisions, qui revêtent une force exécutoire dans les ordres juridiques nationaux D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 779 p., p. 480 et s.

- 1268 Ainsi, la création de la Cour répond à un besoin de contrôle et de protection des citoyens comparable à la situation constitutionnelle interne, puisque c'est la République fédérale allemande qui la première a envisagé la création d'une institution juridictionnelle au sein du système communautaire afin de faire converger vers la situation allemande l'organisation institutionnelle de la Communauté²³⁶². La naissance de la Cour est donc intimement liée à la « Communauté de droit », puis à « l'Union de droit » c'est-à-dire à la notion d'État de droit transposée au niveau du système communautaire²³⁶³.
- 1269 Selon les traités, la Cour de justice de l'Union européenne en tant qu'institution comprend la Cour de justice, le Tribunal²³⁶⁴ et des tribunaux spécialisés²³⁶⁵. La Cour de justice européenne désigne donc à la fois l'institution juridictionnelle de l'Union dans son ensemble, y compris les instances créées au fil du temps afin de soulager sa charge de travail, et la plus haute instance de ce tout : la Cour de justice en tant qu'organe. Celle-ci est composée d'un juge par États membres, alors que le Tribunal compte au moins un juge par État membre²³⁶⁶. La Cour est en outre « assistée d'avocats généraux »²³⁶⁷ au nombre de huit²³⁶⁸ et le traité offre cette possibilité également au Tribunal²³⁶⁹.
- 1270 Cette composition donne en pratique la possibilité pour chaque État membre de désigner un juge sous réserve des conditions d'indépendance et de compétence posées par le traité²³⁷⁰. (En effet,

²³⁶² D'autres raisons ont été avancées : la gestion des risques de conflits potentiels entre les deux niveaux de gouvernement. Enfin une troisième raison serait la volonté d'assurer une protection juridictionnelle aux entreprises du secteur CECA. Voir P. MAGNETTE, *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses de sciences-po, 2003, 287 p., p. 176; J.-V. LOUIS et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne* Paris, L.G.D.J., 2005, 458 p., p. 67 et s.

²³⁶³ Voir supra § 889 et s., ainsi que plus largement : É. DEAL, *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires – La Cour de justice face à la Communauté de droit*, thèse de doctorat en droit, Aix-Marseille III Université de droit, d'économie et des sciences, 2006, 604 p.

²³⁶⁴ Auparavant appelé le Tribunal de Première Instance (TPI), il a été créé lors de l'Acte unique.

²³⁶⁵ Article 19 § 1 du TUE. Le *Traité de Nice* avait créé cette possibilité et c'est sur cette base que le tribunal de la fonction publique a été créé par le Conseil en 2004 pour trancher en premier ressort les litiges entre les agents de l'Union et celle-ci. Décision 2004/752/CE, Euratom du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JO L 333 du 9 novembre 2004, p. 7.

²³⁶⁶ Article 19 § 2 du TUE. Les formations de jugement peuvent être en chambre (de trois ou cinq juges) en grande chambre (treize juges) ou exceptionnellement en assemblée plénière.

²³⁶⁷ Ibid.

²³⁶⁸ Article 252 TFUE, mais « si la Cour de justice le demande, le Conseil, statuant à l'unanimité, peut augmenter le nombre des avocats généraux ».

²³⁶⁹ Article 254 TFUE.

²³⁷⁰ Ils sont « choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires » article 253 TFUE. Le *Traité de Lisbonne* a d'ailleurs introduit une consultation d'un comité chargé de vérifier ces qualités : Voir l'article 255 du TFUE. Ce comité est lui-même

ils sont nommés d'un commun accord pour six ans²³⁷¹, renouvelables²³⁷², par les gouvernements des États membres, mais en pratique le candidat proposé par chaque État est choisi par les autres États. Globalement, la compétence des membres ni leur indépendance assurée par leur statut (incompatibilité avec toute autre fonction publique ou professionnelle, absence de révocation par les États, etc.²³⁷³) ne font l'objet de contestation majeure doctrinale ou politique.

- 1271 La composition de la Cour de justice privilégie donc une représentation de tous les systèmes juridiques nationaux, peut-être aux dépens d'une certaine cohérence de la jurisprudence en raison du nombre de juges par conséquent assez élevé²³⁷⁴. En effet, les nominations des juges sont assurées directement par les États qui désignent de facto chacun un juge²³⁷⁵. Ceci donne une certaine légitimité aux décisions de la Cour en prévenant les critiques relatives à une éventuelle obligeance ou loyauté à l'égard des autorités de nomination, puisqu'en dépit de leur origine étatique les juges de la Cour ont collectivement davantage démontré un attachement à l'Union en renforçant notamment sa juridiction.
- 1272 En ce qui concerne la structure juridictionnelle instituée par les traités européens, il ne fait aucun doute que la Cour de justice en est la juridiction suprême. En effet, la Cour statue soit en premier et dernier ressort soit en dernier ressort sur un pourvoi contre un jugement du Tribunal²³⁷⁶ soit en

composé « de sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires, dont l'un est proposé par le Parlement européen ».

²³⁷¹ Le renouvellement se fait toutefois tous les trois ans par tiers.

²³⁷² Article 19 § 2 TUE et article 253 TFUE, ce caractère renouvelable concerne aussi bien les juges de la Cour que du Tribunal que les avocats généraux.

²³⁷³ Voir pour plus de précision le Règlement UE, EURATOM, n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil du 11 août 2012 modifiant le protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne et son annexe I, *JO L* 228, 23 août 2012, p. 1 ; Règlement de procédure de la Cour de justice, *JO L* 265, 29 septembre 2012, p. 1. Sur la réforme du statut en 2012 voir notamment : L. COUTRON, « Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre ! », *RTDE*, 2013, pp. 293-304.

²³⁷⁴ C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, Litec, 2007, 605 p., p. 498. Voir aussi D. R.-J. COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Gaz. Pal.*, vol. 171, 19 juin 2008, p. 23 et s. L'auteur précise en outre qu'il est « dangereux de risquer, par l'augmentation régulière du nombre de juges, de franchir la fine frontière qui sépare une juridiction collégiale d'une assemblée délibérante ».

²³⁷⁵ En revanche ce n'est pas le cas en ce qui concerne les avocats généraux puisqu'ils sont moins nombreux que le nombre d'États membres. Aujourd'hui cinq d'entre eux sont issus des « grands » États (Allemagne France Royaume-Uni, Italie et Espagne) qui disposent d'un poste permanent alors que pour les autres États il y a un système de roulement. Voir notamment : S. VAN DER JEUGHT, « Le Traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne », *JDE*, vol. 164, 2009, pp. 297-303, spéc. p. 299.

²³⁷⁶ Article 256, paragraphe 1er, alinéa 2, du TFUE, ce pourvoi devant la Cour de justice est limité aux questions de droit.

dernier ressort à l'issue des procédures de réexamen des arrêts du Tribunal²³⁷⁷. Il s'agit donc d'une structure pyramidale²³⁷⁸ à la base de laquelle on trouve les tribunaux spécialisés, dont les décisions sont contrôlées par le Tribunal. Ce dernier peut aussi statuer en premier ressort selon les attributions du Traité et du Statut de la Cour²³⁷⁹. La Cour peut ainsi à la fois contrôler les décisions du Tribunal et statuer sur les recours qui lui sont réservés, comme les renvois préjudiciels²³⁸⁰, les recours en manquement contre les États membres ou les demandes d'avis²³⁸¹. Dans tous les cas, elle statue en dernier ressort et a donc le dernier mot²³⁸². Sans davantage se pencher sur la répartition précise des compétences à l'intérieur des juridictions communautaires²³⁸³, l'essentiel est ici de retenir que la Cour décide ultimement à l'égard des juridictions instaurées par les traités, ce qui fait d'elle une juridiction suprême de l'ordre juridique communautaire. En outre, elle se prononce sur le droit de l'Union seulement, car elle a une compétence d'attribution : comme l'indique l'article 19 TUE, elle « statue conformément aux traités ».

- 1273 Il est plus intéressant de se pencher sur les compétences de la Cour vis-à-vis des États membres afin de montrer que la Cour se situe dans une place particulière dans l'espace juridictionnel européen, l'espace comprenant les juridictions instituées par les traités et celles des États. Elle est à cet égard davantage une juridiction supranationale qu'une juridiction suprême, même si elle a

²³⁷⁷ Article 256, paragraphe 2, alinéa 2, du TFUE, les décisions rendues en deuxième instance par le Tribunal sont susceptibles d'un réexamen devant la Cour de justice, en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit de l'Union.

²³⁷⁸ F. PICOD, « Cour de justice. Composition, organisation, compétences. », *JCl. Europe Traité*, fasc. 265, 2011, § 6. Voir aussi D. R.-J. COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », préc..

²³⁷⁹ Article 256 TFUE.

²³⁸⁰ Article 267 du TFUE, il s'agit d'une compétence exclusive de la Cour, car si le traité prévoit que le Tribunal puisse en connaître (§ 3) sur des matières spécifiques encore faut-il que le Statut de la Cour l'organise ce qui n'est pas aujourd'hui le cas.

²³⁸¹ Article 218, paragraphe 11 du TFUE. Voir sur cette ancienne compétence par exemple M. DIEZ DE VELASCO, « La compétence consultative de la Cour de justice des Communautés européennes » dans F. Capotorti, dir., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 177-194.

²³⁸² Toutefois, il existe des voies de recours exceptionnels contre ses arrêts qui sont l'opposition, la tierce opposition, le recours en interprétation d'arrêt, la rectification d'erreur matérielle ou d'omission de statuer ou la révision. Ces voies ne s'appliquent pas dans le cadre de la procédure préjudicielle.

²³⁸³ Voir notamment (ainsi que les références citées) : §78 et s., F. PICOD, « Cour de justice », préc.; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 494 et s.; P. CRAIG, « The Jurisdiction of the Community Reconsidered » dans G. D. BÚRCA et J. H. H. WEILER, dir., *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, pp. 177-214. A. TIZZANO, « La Cour de justice après Nice : le transfert de compétences au Tribunal de première instance », *RDUE*, 2002, pp. 665-685. Sur les changements apportés par le *Traité de Lisbonne*, qui notamment « tendent à renforcer la Cour de justice dans son rôle d'organe constitutionnel suprême, délaissant une bonne part de ses compétences juridictionnelles ordinaires au Tribunal de première instance » voir D. R.-J. COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », préc.

su tirer profit du système de coopération avec les juridictions des États membres pour imposer son autorité juridictionnelle et une forme de suprématie. En revanche, elle a refusé que cette suprématie soit assurée par un élargissement de l'accès direct aux particuliers.

B. L'accès restreint des particuliers à la Cour de justice, limité à la protection des droits fondamentaux ?

- 1274 La protection des droits fondamentaux individuels passe par des voies de recours appropriées afin de pouvoir contester des normes leur portant potentiellement atteinte. Or ni la *Charte de l'Union*, ni d'ailleurs d'autres règles de l'Union ne prévoient de recours, de sanctions, ou de voies de droit particulières en cas de violation des droits fondamentaux. Pour contester la validité d'une norme européenne à cet égard il faut recourir aux voies de droit générales. Mais dès lors qu'il s'agit d'agir directement contre les institutions européennes et leurs normes, l'accès des particuliers à la Cour de justice de l'Union européenne s'avère malaisé, alors que dans le cadre de l'Union de droit, on s'attendrait à ce que les particuliers puissent contester les normes européennes devant la Cour chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »²³⁸⁴.
- 1275 En effet, il existe plusieurs recours possibles contre les institutions de l'Union : celui de l'annulation²³⁸⁵, complétée par l'exception d'illégalité²³⁸⁶, le recours en carence²³⁸⁷ et le recours en indemnité ou la responsabilité extracontractuelle²³⁸⁸. Le premier est à la fois capital dans la protection juridictionnelle des droits²³⁸⁹ et controversé quant à sa recevabilité circonscrite.
- 1276 Le recours en annulation est le recours par lequel un requérant demande aux juridictions de l'Union d'annuler un acte d'une institution communautaire produisant des effets de droit au motif de son illégalité, il permet ainsi d'annuler les actes des institutions européennes et non ceux des États membres²³⁹⁰. Il est surtout donc considéré comme une voie de droit primordiale dans la protection des droits de la personne, car il permet aux particuliers d'obtenir une sanction efficace

²³⁸⁴ Article 19 TUE.

²³⁸⁵ Ancien article 230 du TCE (ex art 173), aujourd'hui l'article 263 TFUE.

²³⁸⁶ Article 277 TFUE (ex art 241 TCE).

²³⁸⁷ Article 265 TFUE (ex art 232 TCE).

²³⁸⁸ Article 340 du TFUE (ex art 288 TCE).

²³⁸⁹ L'exception d'illégalité et le recours en carence sont davantage des « substituts du recours en annulation » puisque la première permet au particulier de contester la légalité d'une réglementation lorsqu'elle constitue la base juridique de la décision individuelle qu'il conteste alors que le second permet de contrôler la légalité de l'inaction des institutions, d'un organe ou d'un organisme de l'Union. En pratique ces deux voies de droit ont rencontré peu de succès. Voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, préc., p. 540.

²³⁹⁰ Par exemple : CJCE, ord., 5 oct. 1983, *Névas c. Caisse des Juristes*, aff. 142/83, *Rec. CJCE* p. 2969.

à la violation de ces droits : l'annulation de la norme. Or c'est le recours qui s'avère le plus difficile à mobiliser pour les justiciables, ce qui a fait l'objet de nombreux commentaires en particulier sur la compatibilité avec le recours juridictionnel effectif ou le droit au juge²³⁹¹.

- 1277 En effet, ce recours est davantage dédié aux litiges entre institutions de la Communauté ou bien aux recours des États contre un acte communautaire. Le Traité distingue plusieurs types de requérants, les requérants institutionnels ou « privilégiés », les États membres, Conseil, Commission et Parlement européens, qui ont toujours qualité pour agir en annulation contre les actes de portée générale, et les requérants dits « ordinaires »²³⁹² qui doivent démontrer cette qualité.
- 1278 Or les conditions de recevabilité posées par le traité²³⁹³ sont restreintes en ce qui concerne le particulier (personne physique ou morale), puisque, pour résumer, seuls les actes communautaires à caractère individuel peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Depuis l'arrêt *Plaumann* de 1963,²³⁹⁴ la Cour exige du particulier qu'il montre que l'acte de portée générale attaqué cache en réalité une ou plusieurs décisions individuelles dont il serait le destinataire²³⁹⁵. La condition de l'affectation individuelle interprétée très strictement empêche donc une voie d'accès directe du particulier à la Cour.
- 1279 Cette position a été réaffirmée dans l'arrêt *UPA* du 25 juillet 2002²³⁹⁶, alors même que l'Avocat général Jacobs avait examiné un possible revirement de la jurisprudence *Plaumann* à la faveur d'une prise en compte des effets de la mesure à l'égard du particulier. Cette proposition visait à

²³⁹¹ Voir par exemple : D. SIMON, « “Droit au juge” et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout », *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1399-1419.

²³⁹² Il existe en outre une catégorie particulière qui concerne la Banque centrale européenne, la Cour des comptes et le comité des régions et les parlements nationaux par l'intermédiaire de leur gouvernement : voir par exemple A. POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *CDE*, vol. 48, 2012, pp. 167-194, spéc. p. 170; D. R.-J. COLOMER, « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », préc.

²³⁹³ Voir l'ancien article 230, quatrième alinéa TCE » toute personne physique ou morale peut former (...) un recours contre les décisions dont elle est le destinataire ou contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement».

²³⁹⁴ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c. Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 197.

²³⁹⁵ Ainsi « les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire », *ibid*, p. 223.

²³⁹⁶ CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00, *Rec.* 2002, p. I-06677.

considérer comme individuellement concerné celui à qui « une mesure nuit ou est susceptible de nuire, à ses intérêts de manière substantielle »²³⁹⁷. Le Tribunal de Première Instance consacra d'ailleurs cette analyse dans l'affaire *Jégo-Quéré*,²³⁹⁸ mais de manière plus réformatrice que la proposition plus « révolutionnaire » de l'Avocat général²³⁹⁹. Mais la Cour de justice refusa de suivre cette voie tant dans l'affaire *UPA* que *Jégo-Quéré*²⁴⁰⁰, non sans critiques d'ailleurs²⁴⁰¹. Elle y réaffirme la condition des qualités particulières de la personne physique ou morale ou « d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait l'individualise d'une manière analogue à celle d'un destinataire »²⁴⁰².

- 1280 Un des arguments mis en avant par la Cour pour ce faire est celui du caractère complet des voies de droit dans le système communautaire. Car si la voie de l'annulation directe lui est fermée, il a toujours à sa disposition une autre voie de droit, indirecte, pour contester la légalité d'un acte communautaire, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, l'exception d'illégalité²⁴⁰³ ou le recours en indemnité²⁴⁰⁴. La Cour se devait en effet de répondre aux critiques soulevées à propos du droit à une protection juridictionnelle effective dans le cadre d'une Communauté de droit. Elle le fait en affirmant qu'elle est assurée par l'ensemble des voies de recours disponibles, en particulier le mécanisme préjudiciel, et renvoie au pouvoir constituant européen la tâche d'élargir le système de contrôle de la légalité des actes communautaires de portée générale²⁴⁰⁵. Autrement dit, la protection juridictionnelle effective des droits individuels tirés du droit de l'Union repose

²³⁹⁷ *Ibid.* Conclusions du 21 mars 2002, § 60.

²³⁹⁸ Tribunal de première instance (première chambre élargie), 3 mai 2002, *Jégo-Quéré & cie SA contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-177/01, *Rec. 2002*, p. II-02365. Le Tribunal estime qu'« afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers, une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes » § 51.

²³⁹⁹ K. LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *CDE*, vol. 45, 2009, pp. 711-745, spéc. p. 722.

²⁴⁰⁰ CJCE, 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes contre Jégo-Quéré & Cie SA*, aff. C-263/02 P, *Rec. 2004*, p. I-03425.

²⁴⁰¹ Voir par exemple : D. WAELBROECK, « Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier : trois pas en avant, deux pas en arrière », *CDE*, 2002, pp. 3-8.

²⁴⁰² § 36, *UPA*, préc.

²⁴⁰³ § 40 et s. *Ibid.*

²⁴⁰⁴ La solution de remplacement au recours en annulation pour le particulier d'intenter une action en dommages et intérêts pour un préjudice causé par des mesures communautaires a été critiquée, notamment par le Tribunal dans *Jégo-Quéré*. En effet dans le cadre de ce contentieux en indemnité la catégorie des particuliers recevables n'est pas limitée, pourtant cette action ne peut « aboutir à faire écarter de l'ordre juridique communautaire un acte pourtant considéré, par hypothèse, comme illégal » § 46, TPI, *Jégo-Quéré* préc..

²⁴⁰⁵ § 44 et 45 *UPA*, préc.

sur les États membres, qui doivent prévoir les voies de recours pertinentes et s'en remettre à la Cour de justice dans le cadre des renvois préjudiciels pour apprécier la validité des normes de l'Union. Cette protection est donc assurée selon la Cour par la complémentarité entre les voies de recours²⁴⁰⁶ et la subsidiarité juridictionnelle²⁴⁰⁷.

1281 La Cour a ainsi refusé de faire de ce mécanisme une action populaire de contrôle constitutionnel²⁴⁰⁸. Cela a pu s'expliquer notamment par la crainte d'un frein à l'intégration communautaire, par le respect du texte du traité ou encore par la peur d'augmenter le nombre d'affaires soumises à la Cour de manière trop importante.²⁴⁰⁹ Cette procédure fait donc de la Cour un « forum pour le débat entre institutions »²⁴¹⁰, qui laisse peu de place au particulier.

1282 Cependant, on avait pu douter de la pertinence de se reposer sur les voies de recours étatiques dès lors que comme dans l'affaire *Jégo-Quéré* il n'existait aucune intervention nationale par rapport au règlement contesté (à moins de considérer que le particulier soit obligé d'enfreindre ce règlement, pour s'exposer à des sanctions et les contester). La Cour répond que le système juridique national peut prévoir que le particulier qui sollicite un acte auprès des autorités nationales se rattachant au règlement puisse être mis en cause devant les juridictions nationales afin de contester indirectement le règlement²⁴¹¹. Cette solution était de toute évidence peu satisfaisante, et comme le lui enjoignait implicitement la Cour, c'est le pouvoir constituant européen²⁴¹² qui tenta de remédier à ce problème.

1283 Ainsi le *Traité de Lisbonne* procède à une modification du recours en annulation dans l'article 263 TFUE²⁴¹³. Désormais, le particulier peut introduire un recours en annulation contre les actes réglementaires qui le concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution²⁴¹⁴. Or le traité ne définit pas ce que recouvrent les actes réglementaires : S'agit-il de

²⁴⁰⁶ A. POPOV, « La complémentarité entre les recours », préc.

²⁴⁰⁷ P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, 2003, pp. 177-202. Voir infra § 1288 et s.

²⁴⁰⁸ H. SCHEPEL et E. BLANKENBURG, « Mobilizing the European Court of Justice » dans G. D. BÚRCA et J. H. H. WEILER, dir., *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, pp. 9-42, p. 19.

²⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 21 et s.

²⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 18.

²⁴¹¹ § 35 et s. *Jégo-Quéré*, préc.

²⁴¹² En ce sens, voir D. SIMON, « “Droit au juge” et contentieux de la légalité », préc., p. 1416.

²⁴¹³ Actuel article 263, paragraphe 4, TFUE : « toute personne physique ou morale peut former... un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement ».

²⁴¹⁴ Comme l'explique K. Lenaerts « Pour le dire autrement, la jurisprudence Plaumann continue à s'appliquer, sauf aux “actes réglementaires” (“regulatory acts” en anglais) qui ne comportent pas de mesures d'exécution » K.

tout acte de portée générale, de nature législative ou non, ou bien cette catégorie exclut-elle les actes législatifs (dont les règlements) ²⁴¹⁵? Dans l'affaire *Inuit Tapiriit Kanatami e. a.*, la Cour de justice penche pour la seconde solution.²⁴¹⁶ L'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* ne modifie pas les conditions très restreintes pour que les particuliers puissent demander l'annulation d'un acte européen : il faut que l'acte le concerne, l'affecte, directement et individuellement, ce qui n'est pas le cas des actes législatifs de l'Union comme le règlement contesté. Cependant, leur droit à une protection juridictionnelle effective ne se trouve pas bafoué dans la mesure où d'autres voies de droit s'ouvrent à eux : s'ils ne peuvent contester le règlement de base, ils peuvent demander l'annulation du règlement de mise en œuvre adopté par la Commission, ce qu'ils ont fait²⁴¹⁷. L'affaire *Telefonica* a quant à elle permis à la Cour de donner une stricte interprétation de la notion de « mesure d'exécution »²⁴¹⁸.

- 1284 Quoi qu'il en soit, l'accès des particuliers au prétoire européen dans le contentieux de l'annulation s'avère très étroit, ce qui pourrait constituer une limite à la protection des droits de la personne²⁴¹⁹. En réalité, le système de voies de recours de l'Union semble privilégier un accès indirect à la Cour, par l'entremise des juridictions étatiques. Cette médiation constitue peut-être un inconvénient pour le particulier (notamment l'allongement des délais²⁴²⁰ ou simplement de s'y retrouver dans ce labyrinthe du contentieux du droit de l'Union), mais certainement un avantage s'agissant des rapports entre l'Union et ses États membres.

LENAERTS, « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », préc., p. 725.

²⁴¹⁵ Sur ce débat, voir notamment : *ibid.*, p. 725 et s. L. GUILLOUD, « Le droit au juge dans l'Union européenne : passe, impair et manque », *RDP*, vol. 6, 2012, pp. 1699-1722.

²⁴¹⁶ CJUE (G.C.), 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami et autres contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-583/11 P, *Rec. numérique*. Voir par exemple : D. WAELBROECK et T. BOMBOIS, « Des requérants “privilégiés” et des autres. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE*, vol. 50, 2014, pp. 21-75; E. BROSSET, « Les enseignements de l'affaire Inuit Tapiriit Kanatami : bien-être animal, bien-être des populations inuits et bien-être des requérants individuels », *Revue de l'Union Européenne*, vol. 586, 2015, pp. 173-186.

²⁴¹⁷ D'où l'affaire, Trib. UE, 25 avril 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c. Commission*, aff. T-526/10, *Rec. numérique*.

²⁴¹⁸ CJUE, 19 décembre 2013, *Telefonica s.a.c. Commission*, aff. C-274/12 P, *Rec. numérique*. Voir notamment le commentaire de : P. NIHOUL et C. DELFORGE, « Arrêt “Telefonica s.a. c. Commission” : les recours en annulation introduits par des particuliers contre les actes réglementaires européens en l'absence de mesure d'exécution », *JDE*, 2014, pp. 156-159.

²⁴¹⁹ J. RIDEAU, « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 399, p. 415 et s.

²⁴²⁰ Voir en ce sens par exemple J. KOMAREK, « Creating a Quasi-federal Judicial System of the European Communities », en ligne: *Publications by the Institute for European Law at Stockholm University*, vol.54, 2006, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=934247> p. 4.

C. La responsabilité encadrée des juridictions étatiques quant à la protection des droits de l'Union

- 1285 Les juridictions nationales sont essentielles dans la mise en œuvre du droit de l'Union. On a pu ainsi les qualifier de « juges de droit commun »²⁴²¹ de l'Union. En effet, tout comme l'exécution administrative des normes de l'Union repose sur les organes des États membres²⁴²², l'exécution judiciaire du droit de l'Union implique que les juridictions des États tranchent les litiges relatifs au droit de l'Union et participent donc pleinement de sa mise en œuvre.
- 1286 Cette compétence communautaire des juridictions nationales peut se déduire des traités même si elle n'y est pas explicitée à l'origine²⁴²³. La compétence des juges nationaux en matière de droit de l'Union dépend aussi des propriétés fondamentales de la norme communautaire à savoir son immédiateté et sa primauté²⁴²⁴. Le premier principe signifie que le droit communautaire est obligatoire pour les juridictions nationales dès lors qu'il est pertinent pour trancher le litige, et le second qu'il prime sur les normes nationales en cas de conflit. Ce qui signifie que la « compétence communautaire des juridictions nationales prévaut ainsi sur leur compétence nationale »²⁴²⁵.
- 1287 En raison de ce « déficit judiciaire » du droit de l'Union²⁴²⁶, les juridictions étatiques se voient confier une grande responsabilité quant à la protection des droits de l'Union, au premier rang desquels la protection juridictionnelle effective. Ceci s'explique par l'évidente insuffisance des seules juridictions instaurées par les traités pour veiller au respect du droit de l'Union et à leurs voies d'accès circonscrites. Le particulier doit donc s'adresser au juge étatique, d'un point de vue organique, pour qu'il statue sur le droit de l'Union et que la juridiction assure une fonction de juge de l'Union. C'est ce qu'on a pu appeler le dédoublement fonctionnel du juge étatique, qui

²⁴²¹ Expression utilisée par la Cour de justice elle-même : CJUE (ass. plénière), 8 mars 2011, *Avis relatif au projet de création d'une juridiction des brevets*, n°1/09, *Rec. 2011*, p. I-01137.

²⁴²² Voir supra § 275 et s., sur le fédéralisme d'exécution et l'administration indirecte.

²⁴²³ Comme le fait remarquer O. Dubos, la possibilité prévue par le traité que les juges nationaux puissent poser une question préjudicielle à la Cour de justice « pour l'interprétation et l'appréciation de la validité des normes communautaires, signifiait que les auteurs du Traité considéraient implicitement que les juridictions nationales étaient les juges « naturels » du droit communautaire. O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p., p. 29.

²⁴²⁴ Voir supra § 393 et s.

²⁴²⁵ O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 51.

²⁴²⁶ C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G*, vol. I, 175, 2007, pp. 13-19.

agit tantôt comme juridiction nationale tantôt comme juridiction de l'Union selon la norme qu'il s'agit d'appliquer²⁴²⁷.

- 1288 L'architecture juridictionnelle européenne est donc décentralisée selon un principe de subsidiarité selon lequel « l'existence d'une juridiction supranationale ou internationale ne dispense pas les États d'assurer au premier chef une protection des droits subjectifs »²⁴²⁸. Plus spécifiquement dans le cadre de l'Union « c'est un principe d'organisation juridictionnelle, chaque juge étant chargé à son échelle de garantir la bonne application du droit de l'Union »²⁴²⁹.
- 1289 Les juridictions nationales ont donc une certaine responsabilité dans la mise en œuvre du droit de l'Union, y compris des droits fondamentaux. Le droit de l'Union encadre toutefois cette charge qui obéit à deux exigences possiblement contradictoires. La première consiste à respecter le système juridictionnel national qui préexistait à l'Union et continue de servir dans le cadre étatique. Le second impératif est d'assurer des voies de droit propres à assurer l'effectivité du droit de l'Union²⁴³⁰.
- 1290 En effet, la Communauté puis l'Union ont dû s'appuyer sur les systèmes juridictionnels nationaux qui préexistaient à son droit pour le mettre en œuvre. Elle a ainsi reconnu que les États restaient libres de déterminer les règles de fond et de forme liées à la mise en œuvre de ce droit,

²⁴²⁷ En ce sens, on peut lire toute une partie de la jurisprudence de la Cour de justice comme un travail poussant les juges nationaux à prendre conscience de leur dédoublement fonctionnel, c'est-à-dire de leur qualité de juge communautaire. Les juges nationaux ont une compétence issue du droit de l'Union, leur permettant de le mettre en œuvre et donc se détacher de leurs droits nationaux respectifs à la faveur du droit européen, et par exemple en écartant une norme nationale incompatible avec ce droit, ou en créant une procédure, provisoire notamment, inconnue du droit national : D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493, p. 489. Ce raisonnement était lui-même issu du professeur J. BOULOUIS dans le commentaire de l'arrêt de la CJCE « Simmenthal », *AJDA*, 1978, pp. 324 et s. L'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice consisterait à inciter les juridictions nationales à faire du droit communautaire un droit effectif (donnant ainsi toute sa réalité à l'ordre juridique de l'Union) en concevant des outils juridiques adéquats pour les juridictions nationales comme les principes de primauté, d'effet direct (voir supra § 393 et s.).

²⁴²⁸ P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores », préc., p. 185.

²⁴²⁹ J. DUPONT-LASSALE, « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et Société*, vol. 80, 2012, pp. 47-71, spéc. p. 52. En effet « le contrôle concret de la mise en œuvre des normes européennes par les États est donc bien dévolu à titre principal à l'organe juridictionnel interne, tandis que la sanction de la méconnaissance de ces normes ne revient que marginalement au juge de l'Union. Inversement, le juge national ne peut remettre en cause les actes édictés au niveau de l'Union, leur respect se vérifiant uniquement au niveau des juridictions de l'Union » p. 51.

²⁴³⁰ Il faut en effet trouver un équilibre entre la préoccupation légitime de l'Union à assurer l'effectivité et l'uniformité du droit et celle également légitime des conceptions nationales à propos de l'organisation et du fonctionnement de l'administration de la justice : M. DOUGAN, « The Vicissitudes of Life at Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law Before the National Courts » dans P. CRAIG et G. D. BÚRCA, dir., *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 407-438, p. 409.

mais ils doivent assurer l'effet utile de ces dispositions. C'est le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale²⁴³¹ des États membres.

1291 Ainsi dans les arrêts *Rewe* et *Comet*²⁴³² de 1976, la Cour de justice s'appuie sur le principe de coopération pour confier aux juridictions nationales « le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire »²⁴³³. Elle y affirme surtout l'autonomie des États membres quant à la désignation des juridictions compétentes et les modalités procédurales des recours en justice à condition qu'il n'existe pas de réglementation communautaire en la matière et que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles de nature interne (principe d'équivalence)²⁴³⁴. Il faut également qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité). La Cour ne fixe donc pas directement des règles de nature procédurale, mais elle édicte les exigences que les États membres doivent satisfaire. Avec l'autonomie procédurale naissent les deux principes qui la limitent, le principe d'équivalence et d'effectivité²⁴³⁵.

1292 Depuis lors un énorme corpus jurisprudentiel a été construit dans la lignée du cadre dressé dans *Rewe* et *Comet*²⁴³⁶, constituant un véritable encadrement du juge national. Par exemple, en ce qui concerne les mesures provisoires prises par les autorités nationales, la Cour se fonde dans l'arrêt *Factortame I*²⁴³⁷ sur l'arrêt *Simmenthal*²⁴³⁸ pour décider que le juge national devait écarter les

²⁴³¹ Sur l'avènement doctrinal et jurisprudentiel de la notion d'autonomie procédurale, voir V. COURONNE, « L'autonomie procédurale des États Membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE*, vol. 46, 2010, pp. 273-309.

²⁴³² CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre andwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76, *Rec.* 1976, p. 1989 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76, *Rec.* 1976, p. 2043.

²⁴³³ *Rewe*, préc., p. 1998 et *Comet*, préc., p. 2052.

²⁴³⁴ *Comet*, préc., p. 2052 et s. *Rewe*, préc. p. 1998. Pour un exemple récent dans lequel ce principe est réitéré voir : CJUE, 27 juin 2013, *ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov contre Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» — Razplasztatelna agentsia*, aff. C-93/12, *Rec. numérique*, § 35 et s.

²⁴³⁵ Voir J.-C. BONICHOT, « Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen », *RDP*, 2008, pp. 375 et s.

²⁴³⁶ M. DOUGAN, « The Vicissitudes of Life at Coalface », préc., pp. 409, notre traduction, voir p. 410 et s. pour le contenu de cette évolution. Voir aussi les exemples des sanctions nationales pour violation du droit communautaire et la protection juridictionnelle provisoire en vue de « l'exigence d'une protection juridictionnelle efficace des droits individuels attribués par les droits communautaires ayant effet direct » dans O. De SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, préc., p. 176 et s.

²⁴³⁷ CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, aff. C-213/89, *Rec.* 1990, p. I-02433, où les autorités britanniques avaient ordonné des mesures provisoires sur le fondement du droit communautaire alors même qu'il n'avait pas été statué sur l'incompatibilité des lois britanniques avec le droit communautaire.

dispositions nationales qui empêchaient de prendre des mesures provisoires sur le fondement du droit communautaire. Puis dans *Zuckerfabrik*²⁴³⁹, elle précise que le juge national statuant en référé pouvait suspendre l'exécution d'un acte national prétendument fondé sur un acte communautaire invalide selon des critères précis²⁴⁴⁰. On a pu également constater une émancipation de la Cour de justice à l'égard du principe de l'autonomie procédurale des États²⁴⁴¹ en matière de délais de recours²⁴⁴², d'examen d'office par le juge national²⁴⁴³ ou l'effet suspensif des recours contentieux²⁴⁴⁴ ou même de l'autorité de la chose jugée²⁴⁴⁵.

1293 L'arrêt *Unibet*²⁴⁴⁶ est intéressant, car il fait explicitement le lien cet encadrement procédural des juges nationaux et le droit fondamental à la protection juridictionnelle effective. Le principe du droit à un recours juridictionnel effectif est reconnu à travers les principes généraux du droit depuis l'arrêt *Johnston* de 1986²⁴⁴⁷. En ce sens, l'arrêt *Unibet* ne fait que rappeler cet état du droit tout en mentionnant comme renfort à ce principe général de droit l'article 47 de la *Charte des droits fondamentaux* qui n'était pourtant pas en vigueur à cette époque²⁴⁴⁸. Mais ce droit fondamental vient ici au soutien de l'instrumentalisation du juge national par le droit communautaire²⁴⁴⁹, c'est-à-dire au service des principes d'équivalence et d'effectivité quant aux modalités procédurales nationales²⁴⁵⁰. En outre, la Cour offre dans cet arrêt une certaine

²⁴³⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 631. Voir supra § 414 et s.

²⁴³⁹ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec. 1991*, p. I- 00415.

²⁴⁴⁰ Voir aussi CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, aff. C-465/93, *Rec. 1995*, p. I-03761.

²⁴⁴¹ En ce sens voir par exemple J.-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7ème éd., Paris, Dalloz, 2012, 788 p., p. 613 et s.

²⁴⁴² Voir : CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec. 1995*, p. I-4599.

²⁴⁴³ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec. p. I-4941*.

²⁴⁴⁴ Voir l'affaire dite « Scott Paper » : CJCE, 5 octobre 2006, *Commission contre France*, aff. C-232/05, *Rec. 2006*, p. 10071. Pour un commentaire critique de cette décision voir : A. GIRAUD, D. TAYAR, « L'autonomie procédurale des États membres à l'épreuve du principe d'effectivité du droit communautaire : la Cour est-elle un arbitre impartial ? (À propos de l'arrêt de la CJCE du 5 octobre 2006) », *LPA*, 4 juillet 2007 n° 133, pp. 8 et s. Voir aussi E. MEISSE, « Limites de l'autonomie procédurale nationale », *Revue Europe*, 2006 (Décembre), Comm. n° 350, p.11-12.

²⁴⁴⁵ CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, *Rec. p. I-6199*. Voir infra § 1348 et s.

²⁴⁴⁶ CJCE (G.C.), 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd Contre Justitiekanslern*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-2271.

²⁴⁴⁷ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 224/84, *Rec. 1986*, p. 1163.

²⁴⁴⁸ § 37, *Unibet*, préc.

²⁴⁴⁹ C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté », préc.

²⁴⁵⁰ Pour le dire autrement « Since Unibet the line protection of individual rights derived from EC Law and the line as a fundamental right have been merged and the right to effective judicial protection has been elevated to a general principle to be materialised jointly by national and European procedural laws » : J. BAST, « Legal instrument and Judicial Protection » dans A. V. BOGDANDY et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, München, Germany CH Beck, 2010, pp. 345-397, p. 359.

extension des garanties offertes aux justiciables²⁴⁵¹. La Cour demande donc aux juges nationaux d'élargir grâce à leur interprétation les conditions de recevabilité de recours nationaux en vue d'accorder une « protection maximale »²⁴⁵².

1294 Finalement, *Unibet* est une confirmation de la jurisprudence constante de la Cour visant à assurer l'effectivité du droit européen en encadrant l'autonomie procédurale et institutionnelle des États, tant et si bien que leurs limites si contraignantes en deviennent la caractéristique la plus déterminante. Pour ce faire l'argumentation de la Cour n'est pas de fonder cette supervision étroite au nom d'une hiérarchie entre juges nationaux et la Cour (ce qui démontrerait une fédéralisation du système juridictionnel), mais de la légitimer au nom d'un droit fondamental individuel : celui de protection juridictionnelle effective, du droit au juge²⁴⁵³.

1295 Depuis l'entrée en vigueur de la *Charte des droits fondamentaux*, la tendance à répondre sur le plan des droits et libertés à propos de questions relatives à la garantie effective des droits tirés de l'Union ne semble pas démentie²⁴⁵⁴. Ainsi dans l'affaire *DEB*²⁴⁵⁵, elle reformule la question préjudicielle qui portait sur la question de savoir si le principe d'effectivité imposait d'accorder l'aide judiciaire à des personnes morales (qui en l'espèce voulait se prévaloir du droit de l'Union), et explique qu'elle porte en réalité sur l'interprétation du principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré par l'article 47 de la *Charte*²⁴⁵⁶.

1296 L'Union européenne s'appuie donc sur les juridictions des États membres pour mettre en œuvre son droit et assurer une protection juridictionnelle effective des droits du particulier qu'elle consacre. Comme la Cour de justice a pu le préciser, notamment dans *UPA*²⁴⁵⁷, c'est une manière d'assurer un droit au juge dans un contexte dans lequel les voies d'accès directes aux juridictions

²⁴⁵¹ Elle affirme qu'« il incombe aux juridictions nationales d'interpréter les modalités procédurales applicables aux recours dont elles sont saisies dans toute la mesure du possible d'une manière telle que ces modalités puissent recevoir une application qui contribue à la mise en œuvre de l'objectif de garantir une protection juridictionnelle effective des droits que tirent les justiciables du droit communautaire. » § 44, *Unibet*, préc.

²⁴⁵² C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté », préc. L'auteur note en outre qu'un des apports de l'arrêt est la reconnaissance par la cour du droit de ne pas se placer dans l'illégalité pour se voir imposer des sanctions et *in fine* accéder au juge, voir § 62, *Unibet*, préc.

²⁴⁵³ En ce sens : C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté », préc., « Il ne s'agit pas d'instaurer une espèce de hiérarchie entre juge communautaire et juge national, de mettre le doigt dans un engrenage de type fédéral, mais il s'agit de renforcer les droits reconnus aux justiciables et au-delà aux citoyens européens » p. 3.

²⁴⁵⁴ Sur cette question, voir M. DOUGAN, « The Vicissitudes of Life at Coalface », préc., p. 430 et s.

²⁴⁵⁵ CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09, *Rec. 2010*, p. I-13849.

²⁴⁵⁶ § 33, *ibid.* Voir aussi § 27, 28 et 29.

²⁴⁵⁷ *UPA*, préc., voir supra § 1279.

européennes instituées par les traités sont restreintes. La Cour a ainsi exigé des États membres qu'ils mettent en place les voies de recours nationales propres à assurer ce principe d'une protection juridictionnelle effective des droits de l'Union. Cet impératif a été repris dans le *Traité de Lisbonne* qui en fait une véritable obligation à la charge des États²⁴⁵⁸.

- 1297 Ainsi cette responsabilité incombant aux juridictions des États membres n'enlève en rien au rôle fondamental de la Cour de justice européenne dans la mesure où elle a sensiblement quadrillé l'autonomie procédurale des États à cet égard. Si la subsidiarité juridictionnelle, renforcée par le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, démontre plutôt que le pluralisme du système européen, la « rigidité » de l'encadrement procédural mis en place par la Cour « permet de s'interroger sur la réalité d'un véritable pluralisme juridictionnel »²⁴⁵⁹.
- 1298 Ces règles déterminées par la Cour de justice à l'égard du juge interne se sont imposées à travers deux types de recours : le recours en manquement²⁴⁶⁰ et le renvoi préjudiciel. Ce dernier met en effet en relation les juges nationaux et la Cour de Luxembourg directement. Ainsi, pour faire valoir ses droits, le particulier saisit son juge national (d'un point de vue organique) en vertu des règles procédurales nationales (selon le principe de l'autonomie procédurale), qui pourra lui donner accès à la Cour de justice grâce à la procédure préjudicielle.

II. Le renvoi préjudiciel : coopération ou coordination entre le juge national et la Cour de justice ?

- 1299 Le renvoi préjudiciel est un mécanisme central de l'architecture juridictionnelle européenne. Il parvient à concilier deux objectifs apparemment discordants. Il s'agissait d'une part de prévoir un mécanisme permettant une uniformité d'application et d'interprétation du droit communautaire. Impératif d'autant plus nécessaire que ce sont les juridictions nationales qui sont « les juges de droit commun communautaire » et sont chargées d'appliquer ce droit communautaire selon un

²⁴⁵⁸ L'article 19 § 1 al 2 du TUE, pose l'obligation pour les États d'établir « les voies de recours nécessaires pour assurer la protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Cet article constitue également une explicitation du principe général de coopération loyale des États membres : T. BONTINCK, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne » dans B. FAVREU, dir., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 101-121, p. 116 et s.

²⁴⁵⁹ R. TINIÈRE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc., p. 366. Voir contra : J. DUPONT-LASSALE, « La “subsidiarité juridictionnelle” », préc., p. 60. Selon l'auteur, « paradoxalement, la délimitation de l'office du juge interne a permis à ce dernier d'acquérir une efficacité supplémentaire et de perfectionner l'application du droit de la Communauté, ce qui va au contraire dans le sens d'une revalorisation de la subsidiarité juridictionnelle ».

²⁴⁶⁰ Voir infra § 1331 et s.

principe de primauté. D'autre part il ne devait pas ressembler à une structure « trop fédérale », c'est-à-dire que la procédure ne devait pas impliquer une subordination organique entre les juges nationaux et le juge communautaire. Était donc exclue la création d'un mécanisme d'appel ou de cassation devant la Cour de justice²⁴⁶¹.

- 1300 Certains ont pu voir dans cette procédure une application du principe de subsidiarité entre juge communautaire et juge national faisant de l'architecture juridictionnelle européenne une « organisation décentralisée du système juridictionnel communautaire qui le distingue d'une structure fédérale verticale »²⁴⁶². En tout état de cause, de l'absence de hiérarchie juridictionnelle et de l'impératif de l'uniformité du droit communautaire, est né le renvoi préjudiciel. Il s'agit d'un mécanisme de coopération juridictionnelle²⁴⁶³ par lequel « une juridiction nationale pose une question à la Cour de justice portant sur l'interprétation ou l'appréciation en validité d'une norme communautaire applicable au litige dont elle est saisie »²⁴⁶⁴. Le recours préjudiciel est donc le « lien de communication organique entre la Cour et les juridictions nationales »²⁴⁶⁵ essentiel à l'espace juridictionnel européen. Ce lien a été renforcé par la Cour de justice (A) et a contribué au succès de cette procédure (B).

A. Une procédure préjudicielle stimulée par la Cour de justice

1. Des conditions de recevabilité facilitées

- 1301 Il s'agit d'une procédure recouvrant plusieurs types de renvois principalement, en interprétation, en validité²⁴⁶⁶. Il s'agit d'une procédure incidente d'un procès devant un tribunal interne. Cela implique que la première phase se déroule devant le juge national qui pose la question

²⁴⁶¹ « Ce mécanisme est destiné à résoudre la contradiction essentielle entre la hiérarchie normative qui caractérise les rapports entre ordres juridiques communautaires et nationaux d'une part, et d'autre part, l'absence de subordination structurelle entre les juridictions communautaires et nationales » : D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 661.

²⁴⁶² J.-V. LOUIS et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne* préc., p. 73.

²⁴⁶³ On a pu aussi parler de « procédure mixte qui se situe à l'articulation des compétences juridictionnelles des tribunaux internes et de la juridiction communautaire, ce qui implique un partage des fonctions complexe entre les deux niveaux judiciaires » : D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 662.

²⁴⁶⁴ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, préc., p. 561.

²⁴⁶⁵ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration : Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005 (réimpression de l'ouvrage de 1972), 100 p., p. 88.

²⁴⁶⁶ L'article 267 TFUE prévoit deux types de renvois. Le renvoi en interprétation du traité, des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. D'autre part la Cour peut statuer sur la validité des actes pris par les institutions. Il existe en outre des procédures spécifiques comme la procédure préjudicielle d'urgence : Article 104 ter, paragraphe 1, premier alinéa, RP, voir à ce sujet : L. CLÉMENT-WITZ, « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, pp. 135-166.

préjudicielle, puis la deuxième étape est devant la Cour de justice qui traite la question, enfin le juge national tire les conséquences de l'arrêt de la Cour de Luxembourg sur le litige principal²⁴⁶⁷.

- 1302 La Cour a permis de faciliter les questions préjudicielles en retenant une acception large de l'objet du renvoi préjudiciel en étendant cette possibilité aux accords internationaux²⁴⁶⁸, ou en élargissant sa compétence quant aux décisions prises dans le cadre du troisième pilier aujourd'hui supprimé²⁴⁶⁹. Elle en outre retenu une conception large des juridictions susceptibles de renvoi²⁴⁷⁰. Elle retient ainsi un critère organique de la juridiction à savoir une « origine légale de l'organe, sa permanence, le caractère obligatoire de la juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application des règles de droit, ainsi que son indépendance »²⁴⁷¹ et aussi un critère fonctionnel²⁴⁷².
- 1303 Globalement, la Cour de justice n'a que très peu limité la recevabilité des questions préjudicielles estimant que cette responsabilité incombait au juge national de renvoi, même si on a pu déceler une tendance vers une exigence accrue de la recevabilité des questions préjudicielles²⁴⁷³. La Cour dans son Arrêt *Foglia c. Novello*²⁴⁷⁴ exige que la question intervienne dans le cadre d'un litige réel, c'est-à-dire qu'il n'a pas été monté de toutes pièces afin de mettre en exergue une incompatibilité entre droits national et communautaire. Dans la même veine, la Cour exige que le litige ne soit pas hypothétique et que la question soit pertinente par rapport au litige²⁴⁷⁵). Enfin, elle exige que les questions préjudicielles soient suffisamment motivées afin que la Cour puisse répondre utilement au litige.
- 1304 Elle a également autorisé une extension du domaine des questions et de ses propres réponses. Ainsi la Cour a estimé qu'elle était compétente pour interpréter les notions de droit

²⁴⁶⁷ L'Avocat Général Darmon qualifie ainsi cette procédure de « détour communautaire d'une procédure nationale » : M. DARMON, « Réflexions sur le recours préjudiciel », *CDE*, 1995, pp. 577-584.

²⁴⁶⁸ CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449.

²⁴⁶⁹ Dans l'arrêt *Pupino* la Cour a aligné le statut de la directive communautaire avec la décision-cadre, cela impliqué que le régime prévu par l'article 234 TCE s'applique à celui de l'article 35 UE : CJCE (G.C.), 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, *Rec.*, p. I- 5285. Dans l'arrêt *Gestoras*, la Cour devant l'impasse textuelle du traité sur l'UE qui allait à l'encontre d'un droit au recours effectif s'agissant des positions communes, autorise un recours préjudiciel à leur égard : CJCE (G.C.), 27 février 2007, *Gestoras pro Amnistia*, aff. C-354/04 P, *Rec.*, p. I-1579.

²⁴⁷⁰ La notion de juridiction est une notion autonome du droit communautaire, même si elle s'inspire de conceptions existantes dans les États membres.

²⁴⁷¹ CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, *Rec.*, p. I-1277.

²⁴⁷² CJCE, 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, aff. C-337/95, *Rec.*, p. I- 6113.

²⁴⁷³ O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 686 et s.

²⁴⁷⁴ CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia contre Mariella Novello*, aff. 104/79, *Rec.* p. 745.

²⁴⁷⁵ Il faut que la question ait une incidence sur la solution du litige.

communautaire alors même qu'elles sont appliquées dans des situations purement internes, ce qui a fait l'objet de critiques²⁴⁷⁶.

2. Les facultés et les obligations de saisine protégées et renforcées

- 1305 Quant à la liberté ou le devoir de saisine de la part des juridictions nationales, il est à noter que l'article 267 prévoit une simple faculté de saisine pour les juridictions dites ordinaires, mais une obligation de saisine pour les juridictions suprêmes des États membres lorsqu'une question sur le droit communautaire se pose²⁴⁷⁷. À cet égard la Cour a non seulement eu pour volonté non seulement de ne pas « brimer » les juridictions nationales désireuses de soumettre des questions à la Cour, mais elle également d'essayer de contraindre le juge national de la saisir dans certains cas.
- 1306 Elle a pu rappeler récemment que la procédure préjudicielle nécessitait « que le juge national soit libre de saisir, à tout moment de la procédure qu'il juge appropriée, la Cour de justice de toute question qu'il juge nécessaire »²⁴⁷⁸. Pour autant, le droit interne ne saurait transformer cette faculté des juridictions inférieures nationales en obligation²⁴⁷⁹.
- 1307 La Cour a également eu pour but de favoriser la saisine par voie préjudicielle en matière d'interprétation. Aussi dans l'affaire *CILFIT*²⁴⁸⁰ la Cour a eu à se prononcer sur la théorie de « l'Acte clair » développée par le Conseil d'État français. La Cour d'une certaine manière paraît reconnaître cette théorie qui soustrait le juge suprême national à l'obligation de saisine dans les cas où l'interprétation du droit communautaire est limpide. Mais elle circonscrit les possibilités

²⁴⁷⁶ CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem et Giloy*, aff. jtes C-28/95 et C-130/95, *Rec. 1997*, p. I-04161. Cette solution a été très critiquée par certains, notamment par l'Avocat général DARMON dans les conclusions du 3 juillet 1990 de l'arrêt *Dzodzi*, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, *Rec. p. I-3378*.

²⁴⁷⁷ L'article prévoit que « lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question », en revanche « lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour ».

²⁴⁷⁸ CJUE, 1er mars 2011, *Claude Chartry contre État belge*, aff. C-457/09, *Rec. 2011*, p. I-00819. § 19. Reprenant le § 52 de l'arrêt CJUE (G.C.), 22 juin 2010., *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10., *Rec. 2010*, p. I-05667. Voir infra § 1323 et s. pour une analyse plus précise de l'affaire *Melki* en particulier.

²⁴⁷⁹ Par exemple sous prétexte que le droit national « ne permet pas à ce juge de laisser inappliquée une disposition nationale qu'il estime contraire à la Constitution sans que cette disposition ait été préalablement déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle » § 54, CJCE (G.C.), 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07, *Rec. 2010*, p. I-00365. « Le caractère facultatif de cette saisine est indépendant des modalités s'imposant au juge national, en droit interne, pour laisser inappliquée une disposition nationale que celui-ci estime contraire à la Constitution. » § 55.

²⁴⁸⁰ CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 383/81, *Rec.*, p. 314.

d'acte clair à des circonstances tellement limitées²⁴⁸¹, qu'elle réduit à une peau de chagrin l'hypothèse de l'acte clair.

- 1308 En ce qui concerne le renvoi en appréciation de validité du droit communautaire, la Cour a instauré un véritable monopole. Dans l'affaire *Foto-Frost*²⁴⁸², elle instaure une obligation de saisine en matière de validité afin d'asseoir sa compétence exclusive en matière de légalité, de validité des actes communautaires. Le juge national a donc interdiction de se prononcer sur la validité d'un acte communautaire. Ceci assure ce faisant l'unité du droit de l'Union et une forme de suprématie de la Cour de Luxembourg.

3. Des réponses préjudicielles effectives

- 1309 Certains ont pu qualifier ce mécanisme de procédure objective en raison du fait que la question est posée de juge à juge sur l'interprétation ou la validité d'une norme, un problème plutôt abstrait²⁴⁸³. Cependant, la procédure devant la Cour est organisée depuis le départ comme un véritable débat contentieux : le litige gardant son caractère contradictoire permet ainsi un « *véritable combat d'arguments* »²⁴⁸⁴ entre les parties, gouvernements et institutions intéressés.
- 1310 En réalité, les réponses données par la Cour ont tendance à dépasser largement le cadre des questions posées par les juges nationaux. Ainsi la Cour reformule souvent des questions qu'elle estime mal posées²⁴⁸⁵. Le juge Koopmans analyse cette habitude de reformuler les questions portant sur l'interprétation ou la validité de dispositions nationales en dégagant les éléments de droit communautaire utiles à la résolution du litige comme un expédient ayant permis qu'elle soit « interrogée sur la compatibilité de dispositions d'une législation nationale avec les règles du traité »²⁴⁸⁶. Il est vrai que la distinction entre interprétation du droit et application au litige est ténue, cela a conduit les juridictions nationales à poser des questions très précises et la Cour à y répondre. Par conséquent, la réponse de la Cour parvient à commander parfois totalement la solution à donner au litige. La Cour s'efforce de répondre d'un point de vue abstrait sur

²⁴⁸¹ Ainsi il faut que l'acte soit d'une clarté évidente, sans aucun doute, il faut tenir compte des langues officielles et de la terminologie communautaire, et interpréter en tenant compte de l'ensemble des dispositions du droit communautaire, de ses finalités et de l'état d'évolution.

²⁴⁸² CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4225.

²⁴⁸³ Plus précisément la norme en question doit être une norme ou un acte de l'Union.

²⁴⁸⁴ T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle – victime de son succès? », *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, : Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 347-357.

²⁴⁸⁵ Voir par exemple supra § 1295, *DEB*, préc.

²⁴⁸⁶ T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle – victime de son succès? », préc., p. 348.

l'interprétation du droit communautaire, mais en réalité elle ne laisse parfois aucune marge d'appréciation au juge national²⁴⁸⁷.

- 1311 Ainsi en reformulant les questions, en opérant une interprétation concrète et utile pour le juge de renvoi tout en faisant les liens nécessaires avec les faits de l'espèce, la Cour en vient finalement à pleinement participer à la fonction juridictionnelle des États membres²⁴⁸⁸. Mais surtout, cela démontre que la procédure de renvoi est susceptible de laisser une marge de manœuvre très étroite au juge national qui doit simplement transposer la solution de la Cour (y compris s'agissant de la protection des droits fondamentaux) ou bien au contraire de lui laisser une plus grande liberté d'appréciation²⁴⁸⁹. La Cour peut donc dans le cadre de cette procédure de coopération faire varier la responsabilité du juge national dans la protection des droits fondamentaux, selon l'intensité de son contrôle²⁴⁹⁰.
- 1312 En ce qui concerne les effets des arrêts sur question préjudicielle, le principe est que, puisqu'il s'agit simplement d'une procédure incidente dans un litige national, la Cour doit se limiter à indiquer la validité d'un acte communautaire ou son sens. La Cour ne peut en principe en aucun cas se prononcer sur la validité de décisions ou normes nationales, ni même en théorie sur l'application de la règle communautaire au litige (même si comme nous venons de le voir la distinction entre interprétation du droit et application aux faits est en pratique délicate).
- 1313 Les arrêts préjudiciels ont un caractère déclaratoire : la Cour « dit pour droit ». Il est acquis qu'à l'égard de la juridiction de renvoi, l'arrêt a un caractère obligatoire. Si l'on se réfère aux concepts de droit national, on peut dire que l'arrêt a une autorité relative de la chose jugée vis-à-vis de l'auteur de la saisine et des juridictions appelées à statuer sur la même affaire. Il existerait ensuite un effet *erga omnes* à l'égard des autres juridictions des États membres. On peut ainsi envisager que les effets des arrêts interprétatifs aient une autorité de la chose interprétée²⁴⁹¹. Cela signifie

²⁴⁸⁷ Voir par exemple, CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C158/96, *Rec.*, *CJCE*, p. I-1931.

²⁴⁸⁸ O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 663 et s.

²⁴⁸⁹ Voir sur ce sujet : R. TINIÈRE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc.

²⁴⁹⁰ Nous y reviendrons largement sur la manière dont la Cour peut faire varier son contrôle dans l'interprétation substantielle des droits fondamentaux infra dans la partie 3 (notamment § 1565 et s.). Notons simplement ici que la procédure préjudicielle y est sans doute propice.

²⁴⁹¹ Pour une discussion précise de cette idée d'autorité de la chose interprétée développée par J. ANDRIANTSIMBAZOVINA voir notamment : O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 646 et s. L'auteur explique notamment que « dans la mesure en effet où l'autorité de la chose jugée constitue la manifestation du pouvoir de rendre la justice qui appartient à l'État, l'existence d'un contrôle direct n'est concevable

qu'aucune autre juridiction ne saurait adopter une interprétation différente de celle de la Cour sans commettre une violation du droit communautaire : l'interprétation fait corps avec l'acte ou la norme interprétée. La Cour donne ce faisant de « véritables directives obligatoires d'interprétation »²⁴⁹².

- 1314 Quant aux arrêts en appréciation de validité, il faut distinguer selon la solution dégagée par la Cour de justice. Soit la Cour estime que l'acte est légal et la juridiction à l'origine du renvoi doit l'appliquer, ainsi que toutes les autorités de l'Union et étatiques. Soit la Cour a déclaré l'acte illégal et le juge national devra en refuser l'application, tant le juge à l'origine du renvoi que tous les autres juges²⁴⁹³, ainsi que toutes les autorités de l'Union et des États membres. Il ne s'agit donc pas d'une annulation de l'acte, l'acte n'est pas éliminé de l'ordonnancement juridique. La Cour a toutefois admis que l'auteur de l'acte est dans l'obligation de modifier ou d'abroger l'acte déclaré invalide, les mesures nationales d'application de l'acte devraient aussi être éliminées selon les modalités prévues par le droit national. Ceci étant la Cour ne ferme pas la porte aux juges nationaux désireux de faire changer d'avis la Cour et leur permet de faire à nouveau un renvoi préjudiciel en interprétation ou en appréciation de validité.

B. Les mérites de la procédure préjudicielle : entre respect des juridictions nationales et protection effective des droits de l'Union

- 1315 En pratique, cette procédure s'est avérée être « un petit chef-d'œuvre de prévoyance » dont le succès est reconnu encore aujourd'hui²⁴⁹⁴. Elle est à l'origine de bien des décisions fondatrices du droit de l'Union, notamment en matière de droits fondamentaux²⁴⁹⁵. Sur le plan quantitatif, la procédure est indubitablement une réussite²⁴⁹⁶, à tel point qu'un tel afflux a conduit à un encombrement du prétoire qui a considérablement allongé les délais de traitement des renvois préjudiciels, et risque de diminuer la qualité du travail prétorien²⁴⁹⁷.

que dans le cadre d'un État fédéral. » p. 644. Voir aussi O. De SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, préc., p. 430 et s.

²⁴⁹² P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, préc., p. 90.

²⁴⁹³ CJCE, 13 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation*, aff. 66/80, *Rec.* p. 1191.

²⁴⁹⁴ T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle – victime de son succès? », préc.

²⁴⁹⁵ En ce sens : T. De la MARE et C. DONNELLY, « Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis » dans P. CRAIG et G. D. BÚRCA, dir., *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 363-406, p. 378.

²⁴⁹⁶ Pour un tableau statistique du nombre de renvoi voir les annexes dans : *ibid.*, p. 399 et s. En général plus de 50 pour cent du travail de la Cour est constitué par les questions préjudicielles.

²⁴⁹⁷ Voir notamment quant aux propositions de réformes pour remédier à ces problèmes : *ibid.*, p. 391 et s.; C. TIMMERMANS, « The European Union's Judicial System », *CML Rev.*, vol. 41, 2004, pp. 393-405; M. DARMON,

- 1316 Le renvoi préjudiciel est aussi la voie de recours privilégiée pour assurer la protection juridictionnelle effective des droits de l'Union²⁴⁹⁸. Il institue une « collaboration entre les juridictions nationales et la Cour de justice, il intervient alors comme un complément, un renfort, voire un catalyseur de la protection juridictionnelle des droits des particuliers assumée par le juge national »²⁴⁹⁹. La Cour a ainsi souvent rappelé la complémentarité entre les voies de recours pour assurer cette protection juridictionnelle effective dans laquelle le recours préjudiciel a une place déterminante²⁵⁰⁰, puisqu'il permet de faire de la Cour de justice le juge de la légalité de l'Union et donc une protectrice des droits fondamentaux. Des voix critiques se sont pourtant élevées pour dénoncer l'attitude paradoxale de la Cour à vouloir conserver un monopole quant à la validité des actes de l'Union (selon la jurisprudence *Foto-Frost*) et sa volonté de confier aux juridictions nationales ce contentieux en privilégiant la procédure préjudicielle à la saisine directe²⁵⁰¹.
- 1317 Mais la Cour demeure extrêmement attachée à cette procédure qu'elle qualifie de « coopération directe entre la Cour et les juridictions nationales »²⁵⁰² et de véritable « clé de voûte du système juridictionnel »²⁵⁰³. Ainsi elle a estimé que la création d'un système de juridiction international en matière de brevets, appelé à trancher notamment « au regard des droits fondamentaux et des principes généraux du droit de l'Union, voire à examiner la validité d'un acte de l'Union »²⁵⁰⁴, et qui priverait les juridictions nationales de leur responsabilité comme juges de droit commun de l'Union ainsi que de leur faculté ou de leur obligation de renvoi préjudiciel²⁵⁰⁵ était contraire au

« Réflexions sur le recours préjudiciel », préc.; J.-P. JACQUÉ et J. H. H. WEILER, « Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire », *RTDE*, 1990, pp. 441-456.

²⁴⁹⁸ Réciproquement en mettant en exergue le lien entre la procédure préjudicielle et la possibilité laissée au justiciable d'invoquer les droits communautaires devant le juge national, la Cour s'en remet donc à la vigilance des particuliers.

²⁴⁹⁹ O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 77.

²⁵⁰⁰ *UPA*, préc. Voir aussi *Küçükdeveci*, préc.

²⁵⁰¹ Voir la critique de l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions (§ 41 et s) dans *UPA*, préc. Sur ce sujet voir O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 101 et s.

²⁵⁰² § 84, *avis 1/09*, préc. Elle poursuit en expliquant que « ces dernières participent de façon étroite à la bonne application et à l'interprétation uniforme du droit de l'Union ainsi qu'à la protection des droits conférés par cet ordre juridique aux particuliers ».

²⁵⁰³ *avis 2/13*, préc., § 176.

²⁵⁰⁴ § 78, *avis 1/09*, préc.

²⁵⁰⁵ § 80, *ibid.* elle rappelle ensuite que le renvoi préjudiciel est « essentiel à la préservation du caractère communautaire du droit institué par les traités, a pour but d'assurer en toutes circonstances à ce droit le même effet dans tous les États membres. Le mécanisme préjudiciel ainsi établi vise à prévenir des divergences dans l'interprétation du droit de l'Union que les juridictions nationales ont à appliquer et tend à assurer cette application en ouvrant au juge national un moyen d'éliminer les difficultés que pourrait soulever l'exigence de donner au droit de l'Union son plein effet dans le cadre des systèmes juridictionnels des États membres », § 83.

droit primaire²⁵⁰⁶. De la même manière la Cour de justice refuse dans l'*avis 2/13* un « contrôle externe »²⁵⁰⁷ par la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'interprétation du droit de l'Union et la *Charte*, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer si un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, qui « ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH »²⁵⁰⁸. La procédure d'avis consultatifs des juridictions étatiques à la Cour de Strasbourg ne saurait non plus affecter « l'autonomie et l'efficacité de la procédure de renvoi préjudiciel »²⁵⁰⁹.

1318 Elle n'entend donc pas renoncer à son rôle dans la protection des droits de l'Union, y compris des droits fondamentaux. Les récents développements sur les relations entre les juridictions françaises et la Cour de Luxembourg dans le contentieux des droits et libertés sont aussi à cet égard particulièrement dignes d'intérêt.

1319 En effet, les juridictions des États membres protègent les droits fondamentaux sur le fondement de leur droit national, mais aussi sur le fondement du droit de l'Union. Elles sont donc confrontées à deux types de sources de protection des droits fondamentaux et parfois même à deux types de règles procédurales, nationales et européennes, visant à garantir leur effectivité. Autrement dit, les juges nationaux doivent s'insérer dans l'architecture juridictionnelle nationale et celle de l'Union. L'exemple le plus topique de ces dernières années est celui de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) introduite en droit français²⁵¹⁰ dont on a pu se demander si sa mise en œuvre pouvait s'insérer sans heurt avec le renvoi préjudiciel à la Cour de justice européenne²⁵¹¹.

²⁵⁰⁶ Sur cet avis et la vision de la Cour donnée quant au juge national, voir : R. BARATTA, « National Courts as 'Guardians' and 'Ordinary Courts' of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 38, 2011, pp. 297-320.

²⁵⁰⁷ D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Revue Europe*, vol. février, 2015, pp. 4-9.

²⁵⁰⁸ *avis 2/13*, préc., § 186. Voir infra § 1733 et s. sur cette question.

²⁵⁰⁹ § 196 et s, *ibid.* L'argument de la Cour de justice a pu étonner la doctrine dans la mesure où le protocole n°16 de la *Convention européenne des droits de l'homme* instaurant ce mécanisme d'avis ne relevait pas directement de la question de l'adhésion de l'Union à la Convention : D. SIMON, « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », préc.; J.-P. JACQUÉ, « CJUE - CEDH : 2-0 », *RTDE*, 2015, pp. 823-832.

²⁵¹⁰ *Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008*, n°2008-724 modifiant les articles 61-1 et 62 al 2 de la *Constitution* française. *Loi organique du 10 décembre 2009*, n° 2009-1523, entrée en vigueur le 1er mars 2010.

²⁵¹¹ Pour un exemple récent relatif à au contrôle de constitutionnalité autrichien voir l'affaire CJUE, 11 septembre 2014, *A. c. B e. a.*, aff. C-112/13, non encore publié. Pour un commentaire voir : L. COUTRON, « Confirmation à l'autrichienne de la jurisprudence Melki et Abdeli. (CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-112/13, *A. c/ B.*) », *RTDE*, 2015, pp. 353-355.

- 1320 Rappelons en effet que la QPC consiste pour le justiciable à soulever l'inconstitutionnalité d'une loi qui s'applique à son litige et qui porte atteinte à ses droits et libertés tels que garantis par la *Constitution* française. En conservant le modèle dit « concentré » de justice constitutionnelle à l'europpenne, le système français prévoit que le Conseil Constitutionnel conserve le monopole juridictionnel pour invalider les lois non conformes à la Constitution. Pour ce faire, les juridictions nationales ordinaires transmettent la question de l'inconstitutionnalité soulevée par le justiciable à leur juridiction suprême respective (Cour de cassation ou Conseil d'État selon l'ordre juridictionnel auquel il appartient) qui vérifiera les conditions propres à transmettre la question et le Conseil Constitutionnel la tranchera le cas échéant.
- 1321 Les États restant autonomes dans l'organisation de leur justice, *a priori* le droit de l'Union ne pouvait troubler cet heureux avènement en France d'une justice constitutionnelle *a posteriori*. Mais le pouvoir constituant français avait tenu à qualifier ce qui n'est autre qu'une question préjudicielle de constitutionnalité de *prioritaire*. Ainsi le législateur organique français a très clairement voulu que lorsqu'une question de protection des droits et libertés se pose devant le juge national, il donne priorité aux sources nationales constitutionnelles sur les sources internationales et européennes. Pour ce faire, le juge français doit préalablement s'interroger sur la pertinence de la QPC soulevée avant de se pencher sur l'éventuelle inconventionalité de la disposition législative contestée. La QPC est donc une procédure visant certes une protection effective des droits et libertés en France, mais aussi un moyen de « renationaliser »²⁵¹² le contentieux des droits fondamentaux par un principe de priorité aux sources constitutionnelles et à son juge.
- 1322 Or la priorité donnée au juge constitutionnel pourrait être de nature à brimer la liberté du juge national de saisir la Cour de justice européenne puisqu'il est contraint de saisir préalablement son juge constitutionnel. On pouvait aussi se demander, et c'était l'argument de la Cour de cassation française, s'il ne pouvait pas y avoir une véritable violation du droit communautaire dans la mesure où le Conseil constitutionnel se prononcerait sur la compatibilité de la loi française avec le droit de l'Union, empêchant ce faisant le juge national ordinaire de saisir la Cour de justice en raison de l'autorité de la chose jugée des décisions du Conseil constitutionnel. Car, le 16 avril

²⁵¹² Selon l'expression du Président de la République française d'alors, voir D. SIMON, « Conventionalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, vol. 137, 2011, pp. 19-31, spéc. p. 20.

2010 il y eut un véritable « coup de théâtre »²⁵¹³, puisque la Cour de cassation française transmet à la Cour de justice de l'Union une question préjudicielle portant *in fine* sur la conformité de la QPC avec le droit de l'Union en particulier l'article 267 TFUE²⁵¹⁴.

- 1323 La réponse de la Cour de justice dans *Melki*²⁵¹⁵ est que la procédure préjudicielle prévue par les traités européens

*« s'oppose à une législation d'un État membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles »*²⁵¹⁶.

- 1324 La réponse de la Cour de justice fait prévaloir un principe d'interprétation conforme du dispositif français avec le droit de l'Union²⁵¹⁷, en estimant que l'interprétation donnée par le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel désamorce la question de la compatibilité entre la QPC et le droit de l'Union. En effet, une telle interprétation « ne conduit pas le Conseil constitutionnel à statuer sur la compatibilité de la loi au droit de l'Union et, partant, ne fait pas obstacle à la faculté, voire à

²⁵¹³ G. MARTI, « L'arrêt Melki de la Cour de justice, la clef d'un pluralisme constitutionnel renforcé? », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 889 - 904, spéc. p. 890. Pour les autres « coups de théâtre » voir aussi les « réactions » des autres juridictions suprêmes françaises à savoir celle du Conseil Constitutionnel (Conseil Constitutionnel, 12 mai 2010, 2010-605 DC, « *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* ») et celle du Conseil d'État dans CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305, confirmé dans CE, 16 juin 2010, *Assetou Diaké*, n° 340250. Voir aussi : M. GAUTIER, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *DA*, n° 10, octobre 2010, étude 19. D. SIMON et A. RIGAUX, « Drôle de drame. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Revue Europe*, n° 5, mai 2010 ; D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », préc.; A. PLIAKOS, « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *CDE*, 2010, pp. 487 - 514; J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen », *RTDE*, vol. 46, 2010, pp. 577-587; D. SARMIENTO, « L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », *RTDE*, vol. 46, 2010, pp. 588-598.

²⁵¹⁴ Cour de Cassation, 16 avril 2010, *Aziz Melki*, n° 10-40.001, *AJDA*, 2010, p. 1023, note P. MANIN. La Cour de cassation pose une autre question de fond cette fois à la CJUE relative à l'espace de liberté, de sécurité et de justice européen (article 67 TFUE) et la législation française permettant aux autorités de police d'effectuer des contrôles d'identité dans une bande de 20 km au-delà des frontières.

²⁵¹⁵ *Melki*, préc.

²⁵¹⁶ § 57, *ibid.* Réitéré au § 20 de *Chartry*, préc. La seconde affaire concernait la Belgique, sur un point de droit très similaire au cas français.

²⁵¹⁷ Contrairement à l'Avocat général Mazak dans ses conclusions du 22 juin 2010, *Melki*, préc., § 62 et s.

l'obligation, de renvoi préjudiciel »²⁵¹⁸. Pour autant, la Cour entend encadrer cette interprétation en la conditionnant.

1325 Finalement la Cour, sans grande surprise, reste attachée à la protection de la liberté des juridictions nationales de la saisir à tout moment, ainsi que d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'Union et de laisser inappliquée la disposition législative nationale contraire au droit de l'Union. Elle insiste sur le mécanisme de coopération entre les juridictions nationales et européennes et la nécessaire liberté du juge national à cet égard. Elle réitère aussi son monopole à l'égard de la constatation d'une invalidité d'un acte de l'Union. Elle affirme ainsi qu'un contrôle de constitutionnalité préalable d'une loi nationale se limitant à la transposition d'une directive ne saurait la priver du contrôle de validité de la directive par rapport au droit primaire « notamment des droits reconnus par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». Ce faisant, l'obligation de saisine incombant aux juridictions suprêmes nationales persiste quant à la validité de la directive, à moins qu'il n'ait été déjà fait auparavant²⁵¹⁹.

1326 La Cour de justice fait donc à la fois preuve de modération en acceptant la validité de la QPC au regard du droit de l'Union tout en prenant garde d'encadrer son application de telle sorte que l'effectivité du droit de l'Union reste garantie, notamment à travers le respect du mécanisme si précieux du renvoi préjudiciel²⁵²⁰.

1327 À la lumière de la récente décision du Conseil constitutionnel français de la saisir par la voie préjudicielle pour la première fois en 2013²⁵²¹, on peut estimer que bien lui en avait pris. Car cette décision est sans doute une marque de confiance dans le système juridictionnel de coordination de l'Union de la part du juge constitutionnel français²⁵²². Peut-être que la stratégie de la Cour de s'en remettre à la coopération loyale des juges nationaux pour assurer l'effectivité du droit de l'Union a payé : en se montrant respectueuse d'une procédure nationale

²⁵¹⁸ G. MARTI, « L'arrêt Melki de la Cour de justice », préc., p. 895. Les prémisses de la Cour de cassation étaient erronées tant sur le caractère absolu de la priorité que sur le contrôle du Conseil constitutionnel sur les engagements internationaux : D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », préc., p. 22 et s.

²⁵¹⁹ § 54, 55 et 56, *Melki*, préc.

²⁵²⁰ « La Cour de justice adopte ainsi une position conciliante, mais qui n'est pas pour autant complaisante » : D. SIMON, « Conventionnalité et constitutionnalité », préc., p. 26.

²⁵²¹ Conseil Constitutionnel, 4 avril 2013, 2013-314 P QPC, AJDA 2013. 711, « *Jeremy F.* ».

²⁵²² Sur cette innovation, voir notamment H. LABAYLE et R. MEHDI, « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *RFDA*, 2013, pp. 461-476; F. CHALTIEL, « L'eupéanisation du juge constitutionnel : le dialogue renforcé entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne », *LPA*, 2013, p. 4 et s.

constitutionnelle, la Cour a gagné un nouvel interlocuteur²⁵²³, le Conseil constitutionnel français, et par là même de nouvelles possibilités de dire au final le droit de l'Union.

1328 En ce qui concerne les autres juridictions constitutionnelles nationales, on avait pu remarquer une tendance des juges constitutionnels à de plus en plus faire respecter la procédure préjudicielle par les autres juridictions nationales²⁵²⁴. Toutefois de nombreuses juridictions constitutionnelles se montrent encore réticentes à saisir directement la Cour de justice, et le Conseil constitutionnel français a rejoint le groupe minoritaire des États l'ayant fait, par exemple l'Irlande et la Belgique²⁵²⁵.

1329 Pour conclure, le renvoi préjudiciel implique une relation entre les juridictions nationales et la Cour de justice qui est fondée au départ sur la coopération²⁵²⁶ afin d'éviter une confrontation entre les juges des différents niveaux de gouvernance, mais qui au fil du temps a tendu vers une procédure de coordination dans laquelle la Cour de justice a entendu encadrer les juridictions et introduire davantage de verticalité dans ses relations avec elles, tout en continuant d'utiliser une terminologie de la coopération²⁵²⁷. Elle l'a fait grâce à son interprétation de la voie préjudicielle, mais aussi par d'autres moyens procéduraux.

III. L'introduction d'une verticalité dans l'architecture juridictionnelle par des mécanismes de responsabilité des États membres et de leurs juridictions

1330 Cette responsabilisation peut se faire par la procédure de manquement prévue par les traités (A) ou par une voie purement prétorienne qui trouve des résonances intéressantes à l'encontre des juges nationaux (B).

²⁵²³ Sur la « Cour et ses interlocuteurs » voir J. H. WEILER, « Une révolution tranquille. La Cour de justice des communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, vol. 8, 1995, pp. 119-138. L'auteur expliquait déjà que « D'un point de vue historique, la CJCE a réussi un tour de force : malgré le caractère radicalement intégrationniste de sa construction doctrinale, la Cour a presque totalement monopolisé le pouvoir d'interprétation du droit communautaire, et a persuadé les autres acteurs du système d'accepter les grandes lignes de sa doctrine ainsi que de la reconnaître comme l'arbitre suprême des orientations constitutionnelles de la Communauté. » p. 124 et s.

²⁵²⁴ M.-L. TRÉGUIER, « Cours constitutionnelles, Cour de justice des communautés européennes et droits fondamentaux » dans J. RIDEAU, dir., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 249-275, p. 258.

²⁵²⁵ *Ibid.*, p. 259. CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. contre Premier ministre*, C-168/13 PPU, *Rec. numérique*. Voir infra. § 1678.

²⁵²⁶ Ce qui n'est pas sans rappeler la notion de fédéralisme coopératif, en ce sens : T. De la MARE et C. DONNELLY, « Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis », préc., p. 375.

²⁵²⁷ *Ibid.*, p. 376 et s.

A. Le recours en manquement : la voie prévue par les traités pour contraindre les États membres

- 1331 Le recours en constatation de manquement est un mécanisme original qui a pour but de sanctionner les infractions des États membres afin de faire prévaloir les intérêts communautaires contre la résistance des États membres, et ce faisant il permet de déterminer la portée exacte des obligations des États membres en cas de divergence d'interprétation²⁵²⁸.
- 1332 Cette voie de doit permet à la Cour de contrôler le respect par les États membres des obligations découlant du traité, y compris les droits fondamentaux, sans qu'il y ait un préjudice subi par les autres États ou que l'État poursuivi ait commis une faute. L'arrêt constatant le manquement est obligatoire²⁵²⁹ et déclaratoire. Il impose à l'État de prendre les mesures d'exécution nécessaires pour se conformer à ses obligations, par exemple adopter une transposition conforme d'une directive ou bien restituer les taxes indûment perçues. En cas d'inexécution de l'arrêt en manquement, il existe un mécanisme de sanction financière²⁵³⁰, en faisant payer une somme forfaitaire ou une astreinte. Le recours en manquement est donc le mécanisme prévu par les traités qui permet d'encadrer les États puisqu'il s'agit de sanctionner leurs violations faites à leurs obligations communautaires. Procédure, qui, si elle n'implique pas une « nullification » de la part du juge communautaire à l'instar d'un juge fédéral, a acquis une certaine efficacité notamment par la mise en place d'une sanction financière.
- 1333 Le rôle central de la procédure appartient à la Commission²⁵³¹, les États membres peuvent également engager la procédure,²⁵³² mais ils utilisent rarement cette faculté et préfèrent se joindre

²⁵²⁸ C'est ce que D. Simon nomme les deux finalités complémentaires de l'action en manquement : sanction subjective des infractions et garantie objective de l'application effective et uniforme du droit communautaire : Voir D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, préc., p. 608.

²⁵²⁹ Ainsi les autorités nationales, y compris les juridictions, devront prohiber de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité : CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, aff. 48/71, *Rec.*, p. 529.

²⁵³⁰ Pendant longtemps il n'y a pas eu de sanction, car le système prévu par l'art 88 du TCECA n'avait jamais été mis en œuvre. Puis le TUE a introduit ce mécanisme de sanction financière dans l'art 288 § 2, pour la première fois utilisée en 2000 contre la Grèce : CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c. Grèce*, aff. C-387/97, *Rec.*, p.I-5902. Le *Traité de Lisbonne* accélère le mécanisme de sanctions pécuniaires en cas de non-exécution d'un arrêt en manquement. Il permet à la Cour, si la Commission le demande, d'infliger directement à un État une astreinte ou le paiement d'une somme forfaitaire lorsque celui-ci a manqué à ses obligations de communiquer les mesures de transposition d'une directive.

²⁵³¹ Article 258 TFUE (ex art. 226 TCE), ainsi la Commission est maîtresse de la phase précontentieuse, officieuse, où elle tente de mettre l'État membre dans le droit chemin communautaire en négociant avec l'État et en cas d'échec elle adresse une lettre de mise en demeure. La procédure peut prendre fin si l'État convainc la Commission du bien-fondé de sa position ou s'engage à éliminer le manquement à ses obligations. « Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. » Ex art 226.

à la Commission. Les particuliers ne sont pas recevables à intenter ce recours, et ne peuvent pas contraindre la Commission à le faire, car c'est un pouvoir discrétionnaire. Ils restent cependant de manière informelle à l'origine des manquements grâce aux plaintes qu'ils peuvent adresser à la Commission concernant les violations du droit communautaire. Encore une fois, cette fermeture de cette voie de recours à leur égard²⁵³³ explique l'importance corrélative accordée aux juridictions nationales et au renvoi préjudiciel²⁵³⁴. En revanche, les particuliers pourront invoquer un arrêt en constatation de manquement devant le juge interne qui devra écarter l'application de la norme jugée non conforme au droit communautaire et indemniser le préjudice dû à cette illégalité fautive²⁵³⁵. Il n'en reste pas moins que ce recours est presque entièrement maîtrisé par la Commission²⁵³⁶, car la Cour a refusé de donner un rôle aux particuliers dans cette procédure²⁵³⁷.

- 1334 En ce qui concerne la protection des droits fondamentaux, cette procédure peut toutefois se révéler utile malgré le peu de place qu'elle laisse au particulier. En ce sens, la Commission européenne s'est dite prête dans une communication de 2010 à poursuivre les États en cas de violation de la *Charte* sur cette base²⁵³⁸. L'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* a pu faciliter cette initiative de la Commission²⁵³⁹ dans la mesure où il supprime l'ancien article 46 UE d) suivant lequel la compétence de la Cour de justice concernant le traité UE²⁵⁴⁰ n'est applicable quant au respect des droits fondamentaux qu'à l'égard des institutions alors que l'article 51 de la *Charte* prévoit aujourd'hui expressément son application aux États²⁵⁴¹. Reste à savoir si la Commission mettra en œuvre cette politique de respect des droits fondamentaux, qui implique

²⁵³² Article 259 TFUE (ex art. 227 TCE).

²⁵³³ On peut même affirmer avec P. Gilliaux que « la circonstance que les justiciables ne peuvent mettre eux-mêmes cette action en mouvement la rend insatisfaisante au regard de leur droit à une protection juridictionnelle effective » P. GILLIAUX, « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores », préc., p. 190.

²⁵³⁴ O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 60.

²⁵³⁵ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C6/90 et C9/90, *Rec. CJCE*, p. I-5403. Voir infra § 1336.

²⁵³⁶ On put dire que la Cour de justice était une « Cour-Kangourou », car la Cour est comme le petit dans la poche de sa mère, elle suit là où la mère va. La Cour ne fait que suivre les solutions retenues par la Commission. H. SCHEPEL et E. BLANKENBURG, « Mobilizing the European Court of Justice », préc., p. 18.

²⁵³⁷ CJCE, 14 février 1989, *Star Fruit c. Commission*, aff. 247/87, *Rec.*, p. 291.

²⁵³⁸ Communication de la Commission sur la « stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », COM(2010)573 du 19 octobre 2010.

²⁵³⁹ En ce sens et généralement sur cette question voir : R. TINIÈRE, « Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux », en ligne: *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2011, <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=631>>.

²⁵⁴⁰ Le *Traité de Lisbonne* supprime ainsi la structure en pilier qui différenciait pour simplifier les domaines communautaires des domaines de l'Union (et du traité dit de l'Union européenne).

²⁵⁴¹ Voir supra § 1127 et s.

sinon du courage²⁵⁴², une volonté d'entrer directement en confrontation avec un État membre ce qui n'a visiblement pas été sa stratégie jusqu'alors²⁵⁴³.

- 1335 Le cas échéant, Romain Tinière note que cela changerait l'office du juge de l'Union²⁵⁴⁴. Elle serait en effet amenée à se prononcer directement et ouvertement sur la validité du droit national avec la *Charte*, alors que dans les hypothèses de renvoi préjudiciel elle se gardait du moins sur le plan des principes de le faire²⁵⁴⁵. Pour l'heure concernant la protection des droits fondamentaux dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour a eu l'occasion de constater les manquements de l'Autriche par rapport aux obligations prévues par la directive sur la protection des données à caractère personnel²⁵⁴⁶, dont la législation ne satisfaisait pas au critère d'indépendance concernant la commission de protection des données. Certes, cette exigence d'indépendance « résulte également du droit primaire de l'Union », dont la *Charte*²⁵⁴⁷, mais tant la Commission que la Cour de justice se trouvent en l'espèce dans leur rôle classique visant assurer l'effectivité du droit dérivé de l'Union²⁵⁴⁸.

B. L'encadrement supplémentaire créé par la Cour et la responsabilisation des juridictions nationales

- 1336 La Cour de justice européenne a mis en place un système de responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire dans l'arrêt *Francovich*²⁵⁴⁹, et ensuite dans l'arrêt *Factortame III Brasserie du Pêcheur*²⁵⁵⁰. Elle l'a fait en dehors de toute disposition expresse²⁵⁵¹

²⁵⁴² R. TINIÈRE, « Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux », préc.

²⁵⁴³ Voir par exemple le traitement de la Commission dans l'affaire de 2010 relative aux mesures collectives d'éloignement prises par le gouvernement français à l'égard des Roms *ibid.*

²⁵⁴⁴ En effet « se prononcer sur le respect des dispositions de la Charte des droits fondamentaux par un État membre conduira nécessairement la Cour de justice à adopter une position analogue à celle de la Cour européenne des droits de l'homme : celle d'un juge des droits de l'homme » *ibid.*, p. 3.

²⁵⁴⁵ En pratique la Cour a pu détailler tant et si bien sa réponse que cela revenait à se prononcer sur le droit national. *Ibid.*

²⁵⁴⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31).

²⁵⁴⁷ CJUE (G.C.), 16 octobre 2012, *Commission européenne c. République d'Autriche*, aff. C-614/10, *Rec. numérique*, § 36.

²⁵⁴⁸ Voir sur le même sujet CJUE (G.C.), 9 mars 2010, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-518/07, *Rec. 2010*, p. I-01885; ainsi que la requête de la Commission européenne demande à la Cour de constater que, en mettant fin de manière anticipée au mandat de l'autorité de contrôle de la protection des données, la Hongrie a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive préc., affaire en cours C-288/12.

²⁵⁴⁹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jtes. C-6 et 9/90, *Rec.*, p. I-5357.

²⁵⁵⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, aff. jtes C-46 et 48/93, *Rec.*, p. I-1029.

²⁵⁵¹ Ce point a pu d'ailleurs être contesté, notamment par le gouvernement allemand, *Brasserie du Pêcheur*, préc. § 24. La Cour se contente de justifier cette innovation par une interprétation large de sa propre compétence. L'ex

du traité ou de disposition législative communautaire²⁵⁵². Ce faisant elle a contribué à façonner une certaine hiérarchie dans l'architecture juridictionnelle européenne, renforçant le rôle de cour suprême de la Cour de justice européenne²⁵⁵³.

- 1337 L'objectif de la Cour de justice est d'assurer l'effectivité du principe de primauté dans les cas où les cours nationales violeraient les prescriptions du droit communautaire intentionnellement ou non en en créant un lien de droit entre le particulier et la Cour de justice, à l'encontre de l'État membre récalcitrant. Certes la réparation patrimoniale du préjudice subi par le particulier est un pis-aller par rapport au rétablissement sur le plan substantiel, toutefois cela permet de remédier à la défaillance de l'État et d'assurer au particulier une protection effective des droits²⁵⁵⁴.
- 1338 Il appartient au juge national de constater si les conditions de la responsabilité des États membres pour une violation du droit de l'Union sont réunies en l'espèce²⁵⁵⁵, toutefois la question de l'existence et de l'étendue de la responsabilité d'un État pour un dommage découlant d'une telle violation concerne l'interprétation du traité qui, comme telle, relève de la compétence de la Cour²⁵⁵⁶.
- 1339 La Cour s'en remet donc encore une fois à la vigilance du particulier afin d'assurer l'effectivité du droit communautaire tout garantissant le droit fondamental du particulier de faire valoir les droits qu'il tire du droit communautaire. Cette voie de droit est en outre un moyen pour la Cour de renforcer son rôle de Cour suprême dans l'architecture juridictionnelle communautaire.
- 1340 En effet, la responsabilité de l'État membre est mise en jeu, quel que soit l'organe fautif, y compris un juge national. Si dès l'arrêt *Brasserie du Pêcheur* la Cour de justice précise que la

article 220 du traité lui ayant confié la mission d'assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application du traité permet de conférer à la Cour le pouvoir de régler la question des conséquences des violations du droit communautaire par les États membres en l'absence de dispositions expresses et précises du traité. Point 27 de l'arrêt *Brasserie du Pêcheur*, préc.

²⁵⁵² Il existait cependant des dispositions législatives sectorielles en matière de responsabilité des États membres.

²⁵⁵³ Voir sur ce sujet : C. MAUBERNARD, dir., *Le renforcement du rôle de cour suprême de la CJCE et l'encadrement substantiel du juge national*, Cahiers de l'institut de droit européen des droits de l'homme, 2006, 401 p.

²⁵⁵⁴ Voir les conclusions de l'Avocat général G. TESAURO dans l'affaire *Brasserie du Pêcheur*, préc., « C'est l'efficacité de la disposition et, par voie de conséquence, l'efficacité du droit communautaire dans son ensemble qui sortent renforcées » § 31.

²⁵⁵⁵ Il existe trois conditions sont nécessaires et suffisantes pour qu'un droit à réparation soit reconnu : « à savoir que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées » : *Brasserie du Pêcheur*, préc. § 51.

²⁵⁵⁶ Arrêts *Brasserie du pêcheur*, préc., § 22 et 25. Voir aussi les conclusions de l'Avocat général V. TRSTENJAK, spéc. § 174, dans CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10, *Rec. numérique*.

responsabilité de l'État membre peut être mise en jeu « quel que soit l'organe » auteur de la violation, l'arrêt de principe en la matière est l'arrêt *Köbler* où la Cour y affirme la possibilité que « les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort »²⁵⁵⁷.

- 1341 Dans la mise en jeu de la responsabilité de l'État membre du fait de la violation par ses juges du droit communautaire, la condition du caractère exceptionnel de la gravité de la violation trouve une dimension particulière²⁵⁵⁸. En effet selon le degré de violation du droit communautaire exigé, cela implique un plus ou moins grand contrôle de la Cour de justice sur le juge national et une certaine atteinte à l'esprit de collaboration entre juges sur une base égalitaire. Mais surtout l'exigence de sécurité juridique, et du respect de l'autorité de la chose jugée, implique que la violation doit être telle qu'elle permet de la mettre en cause²⁵⁵⁹.
- 1342 Dans l'affaire *Köbler*, la Cour de justice donne des critères d'appréciation afin de déterminer les cas de violation manifeste, parmi lesquels on trouve le non-respect de l'obligation de renvoi préjudiciel²⁵⁶⁰. Toutefois, elle procède en pratique à un contrôle de la violation manifeste assez laconique et conclut que la responsabilité de l'État n'est pas engagée. Ainsi la mise en jeu de la responsabilité du fait d'une juridiction nationale suprême est affirmée en théorie, en pratique l'indulgence de la Cour de justice à l'égard des juges nationaux peut faire échec à sa mise en œuvre. Peut-être que l'intention de la Cour de justice était davantage d'inciter les juridictions nationales suprêmes à respecter le droit communautaire et en cas de doute de demander une

²⁵⁵⁷ Dans le cas contraire, « Eu égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires, la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie » : § 74, CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239. Voir aussi la confirmation et l'explicitation dans l'arrêt CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I- 5177.

²⁵⁵⁸ Sur cette question, voir : B. BEUTLER, « State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: is the Requirement of Manifest Infringement of the Applicable Law Insurmountable Obstacle? », *CML Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 773-804.

²⁵⁵⁹ De plus il faut se demander si cette exigence doit prendre en considération le caractère intentionnel ou du moins inexcusable de la violation du droit communautaire par le juge national. Un autre critère a été proposé par l'Avocat général Léger pour savoir s'il s'agit d'une violation manifeste : l'absence de question préjudicielle de la part du juge national de dernier ressort faisant pencher la balance du côté de la violation manifeste.

²⁵⁶⁰ « Parmi ces éléments figurent notamment le degré de clarté et de précision de la règle violée, le caractère délibéré de la violation, le caractère excusable ou inexcusable de l'erreur de droit, la position prise, le cas échéant, par une institution communautaire, ainsi que l'inexécution, par la juridiction en cause, de son obligation de renvoi préjudiciel en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE. En tout état de cause, une violation du droit communautaire est suffisamment caractérisée lorsque la décision concernée est intervenue en méconnaissance manifeste de la jurisprudence de la Cour en la matière » § 55 et 56, *Köbler*, préc.

interprétation par voie préjudicielle, tout en préservant un système de collaboration avec les cours nationales.

- 1343 Dans l'affaire *Traghetti*, la Cour sanctionne une loi italienne faisant échec à la responsabilité des juridictions statuant en dernier ressort qui impose des conditions plus strictes que celle de la violation manifeste²⁵⁶¹, à savoir la faute intentionnelle ou la faute sérieuse. En rejetant avec vigueur ces conditions, la Cour de justice avait certainement pour intention de montrer que l'exigence de violation manifeste n'est pas un obstacle en théorie et en pratique à l'obtention de dommages et intérêts²⁵⁶².
- 1344 Quant aux décisions des cours nationales, sur ce point il faut observer qu'elles ont dans l'ensemble admis, en théorie, la possibilité de la mise en jeu d'une telle responsabilité, mais qu'aucune n'a pour l'instant estimé que la condition de la violation manifeste était remplie²⁵⁶³. D'ailleurs le principe de responsabilité des juridictions suprêmes est communément reconnu dans les ordres juridiques nationaux²⁵⁶⁴.
- 1345 Quoi qu'il en soit, l'existence, seulement théorique pour l'instant, contribue à une effectivité du droit communautaire, car la simple existence du mécanisme de responsabilité contribue à dissuader le juge national suprême d'une mauvaise application du droit communautaire et d'inciter de faire appel à la Cour de justice européenne en cas de doute. On peut même aller jusqu'à affirmer, comme l'Avocat général Léger²⁵⁶⁵, que le juge national aura des scrupules à juger de la responsabilité d'un de ses pairs et aura tendance à se tourner vers la Cour de Luxembourg pour qu'elle apprécie si les conditions sont réunies, de facto, décidant elle-même de la responsabilité du juge national en cause. Ainsi pour J. Komarek, formellement l'initiative de la saisine de la Cour de justice reste nationale, dans le respect d'un système de coopération, en

²⁵⁶¹ Point 44 de l'arrêt *Traghetti*, préc.

²⁵⁶² Sur cette analyse voir : B. BEUTLER, « State Liability for Breaches of Community Law by National Courts », préc., p. 784. La Cour affirme à nouveau que l'intention du juge national est un critère, mais refuse que seuls les éléments subjectifs soient pris en compte, la violation manifeste peut être constituée lorsqu'elle est dans son objet même, en dehors du comportement du juge national, évidente.

²⁵⁶³ Pour un examen plus en détail voir *ibid.*, p. 787 et s.

²⁵⁶⁴ Seuls la Grèce, l'Irlande, les Pays-Bas et le Royaume-Uni conféraient une immunité aux juges nationaux et l'Autriche, la Suède, le Luxembourg et le cas français dans la branche administrative réservent cette immunité aux juridictions suprêmes : L. COUTRON, « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : Franche innovation ou faux-semblant ? », Institut de droit européen des droits de l'homme (dir.), *Le renforcement du rôle de Cour suprême de la CJCE et l'encadrement substantiel du juge national : Cahiers de l'institut de droit européen des droits de l'homme* 2006, pp. 81-169.

²⁵⁶⁵ Conclusions dans *Köbler*, préc., point 111.

pratique cela pourrait ressembler de plus en plus à une procédure d'appel²⁵⁶⁶. Cela renforcerait la stature de cour suprême de la Cour de justice, voire son statut de Cour d'un système fédéral.

1346 En ce qui concerne les juridictions nationales inférieures, la Cour de justice dans un arrêt en constatation en manquement *Commission c. Italie*²⁵⁶⁷ a ouvert la voie à la reconnaissance d'un « manquement judiciaire »²⁵⁶⁸. Elle estime que les « décisions de justice isolées ou fortement minoritaires dans un contexte jurisprudentiel marqué par une autre orientation, ou encore une interprétation démentie par la juridiction suprême nationale ne sauraient être prises en compte. Il n'en est pas de même d'une interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême, voire confirmée par celle-ci »²⁵⁶⁹. Cette décision est donc dans la continuité de la jurisprudence *Köbler*, en transposant le raisonnement dans les arrêts en manquement, selon laquelle ce sont avant tout les juridictions de dernier ressort qui peuvent être tenues responsables. En l'espèce, elle impute la mauvaise application du droit communautaire non pas au pouvoir judiciaire, mais au pouvoir législatif italien²⁵⁷⁰. Au final, cette solution nuancée de la Cour permet de donner un signal fort en direction des juridictions suprêmes puisque leur responsabilité pourrait être mise en jeu, tout en refusant ici de leur imputer le manquement en le reportant sur le législateur italien. Il n'est certainement pas dans l'intérêt de la Cour de justice de mettre en cause le principe de l'indépendance de la justice et encore moins de toucher la susceptibilité des juges nationaux. D'où cette solution de sanction indirecte des juges nationaux visant à les inciter à une plus grande déférence vis-à-vis du droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice.

1347 Dans une autre affaire *Commission c. Italie* en 2011²⁵⁷¹, la Cour a constaté le manquement de l'Italie qui, malgré l'arrêt *Traghetti* n'avait toujours pas respecté ses obligations qui lui incombent en vertu du principe général de responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union par l'une de leurs juridictions statuant en dernier ressort. En effet ni la loi italienne en question ni l'interprétation de la Cour suprême de cassation italienne n'ont démontré une mise en conformité du droit italien avec la jurisprudence de la Cour de justice. L'hypothèse du « manquement judiciaire », bien que les torts semblent « partagés » avec le législateur

²⁵⁶⁶ J. KOMAREK, « Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order », *CML Rev.*, vol. 42, 2005, pp. 9-34, spéc. p. 15.

²⁵⁶⁷ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission contre Italie*, aff. C-129/00, *Rec.*, p. I-14637.

²⁵⁶⁸ D. SIMON, « La condamnation indirecte du “manquement judiciaire” », *Europe* mars 2004, chron. n°4, p. 8.

²⁵⁶⁹ Point 32 de l'arrêt *Commission c. Italie*, 2003, préc.

²⁵⁷⁰ Car « cette législation n'est pas suffisamment claire pour assurer une application compatible avec le droit communautaire », § 33 de l'arrêt *Commission c. Italie*, préc.

²⁵⁷¹ CJUE, 24 novembre 2011, *Commission européenne contre Italie*, aff. 379/10, *Rec. 2011*, p. I-180.

national, trouve donc ici une application, précisément sur les modalités de la responsabilité des États pour violation du droit de l'Union par les juridictions suprêmes nationales.

- 1348 La Cour de justice envoie donc des avertissements forts et répétés aux juges nationaux pour obtenir plus de respect tout en refusant une hiérarchisation trop explicite des relations entre juridictions. Pour cela elle transfère quand elle le peut la charge de l'effectivité du droit communautaire en cas d'erreur du pouvoir judiciaire à d'autres organes étatiques : le législatif, dans *Commission c. Italie* de 2003, et même l'exécutif. La Cour a en effet exigé de retirer une décision administrative définitive contraire au droit communautaire tel qu'interprété par la Cour de justice postérieurement²⁵⁷². La Cour trouve ainsi une manière de renforcer son autorité tout en gardant de bonnes relations de collaboration juridictionnelle²⁵⁷³. La principale difficulté dans ces mécanismes réside dans le respect de la sécurité juridique, et plus précisément de l'autorité de la chose jugée²⁵⁷⁴. Le problème pour la Cour est de trouver un équilibre entre la sécurité juridique et l'effectivité des arrêts préjudiciels. Elle continue donc d'affirmer le principe de l'autorité de la chose jugée, par exemple dans *Kapferer*²⁵⁷⁵, pour sans doute éviter le risque d'une confrontation avec les juges nationaux²⁵⁷⁶. En revanche, la remise en cause des décisions administratives définitives fondées sur une décision juridictionnelle nationale définitive peut créer une incertitude

²⁵⁷² Voir l'affaire CJCE, 7 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV contre Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-440/00, *Rec.*, p. I-787. La Cour de justice instaure une obligation de « rendre la décision administrative définitive conforme au droit communautaire postérieur » du moment que certaines conditions sont remplies (voir les conditions au point § 28 de *Kühne*, préc.). F. D. QUADROS, *Droit de l'Union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 571 p., p. 492. L'arrêt CJCE, 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, *Rec.* 2008, p. 41, a confirmé la jurisprudence *Kühne* tout en enlevant l'exigence d'immédiateté dans le retrait de la décision administrative. Voir L. COUTRON, « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE 12 février 2008, Aff. C-2/06) », *RTDE*, vol. 45, 2009, pp. 69-90.

²⁵⁷³ En outre cette obligation qui incombe aux autorités administratives est conçue, du moins pour l'instant, comme respectueuse de l'autonomie procédurale des États membres puisque le droit national doit avoir prévu le pouvoir pour les autorités administratives en cause de revenir sur leur décision. De la même manière, la condition de délai dépend de la conception nationale de délai raisonnable.

²⁵⁷⁴ Ainsi les parties dans l'arrêt *Köbler* préc., avait mis en avant ce principe pour faire échec à la responsabilité des juridictions suprêmes nationales en argumentant que la réclamation de dommages et intérêts ne faisait que répéter la dispute originale, mettant à mal l'autorité de la chose jugée. La Cour de justice écarta cet argument en précisant que le but du litige est différent, que les parties sont différentes, en conséquence de quoi il ne s'agit pas d'une révision de la décision judiciaire responsable du dommage.

²⁵⁷⁵ Ainsi « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause » *Kapferer* préc., § 21. Voir aussi l'arrêt CJCE (G.C), 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec.*, p. I-6199.

²⁵⁷⁶ En revanche la remise en cause de « l'autorité de la chose décidée » est non seulement possible, mais obligatoire, dans la mesure où elle un tel mécanisme est prévu par le droit national. Ce faisant, « la faute commise par la juridiction nationale est ainsi délibérément occultée... tout en étant une condition requise pour que le réexamen puisse intervenir ». L. COUTRON, « À propos de l'arrêt Kempter », préc., p. 81.

auprès du justiciable et des autorités administratives. En réalité pour dépasser cette analyse il faudrait intégrer comme principe que la « véritable » juridiction de dernier ressort dans l'ordre juridique communautaire est la Cour de justice. Le problème de sécurité juridique qui se pose alors est celui du mode de saisine de la Cour, et ses aléas, et non pas les mécanismes prétoriens permettant d'assurer l'effectivité des décisions de la Cour.

- 1349 Ces mécanismes d'encadrement du juge national ont fait dire à certains membres de la doctrine que la Cour se comportait en véritable Cour suprême voire en quasi-cour fédérale²⁵⁷⁷ ou comme ultime degré de juridiction²⁵⁷⁸. Ce nouvel encadrement du juge national n'est pas sans soulever des difficultés et des critiques. Difficultés notamment quant à la mise en balance avec un principe fondamental du droit au juge : le principe de l'autorité de la chose jugée. Et des critiques sur l'ambition de la Cour de Luxembourg qui finirait par mettre à mal le système de coopération entre juges, ce qui pourrait faire naître des réactions hostiles auprès des juges nationaux²⁵⁷⁹. La Cour de justice est toutefois restée très prudente sur ce point, nous semble-t-il, quant aux conditions de mise en œuvre de la responsabilité des États membres et leurs effets.
- 1350 En tout état de cause, elle semble attacher une grande importance à ce principe de responsabilité, conçu par les traités ou prétorien. Ainsi dans *l'avis 1/09*, l'absence de ces mécanismes de responsabilité dans le projet de création d'une juridiction des brevets a pu peser en faveur de l'incompatibilité avec le droit primaire²⁵⁸⁰.
- 1351 La Cour parvient donc à devenir une cour « quasi fédérale » en permettant un accès indirect aux particuliers, en veillant à respecter les droits fondamentaux du procès, tout en tâchant de ménager la susceptibilité des États membres et en particulier de leurs juges.

Conclusion du chapitre

- 1352 Les architectures juridictionnelles en Europe et au Canada ont finalement peu de points communs, et ceux que l'on peut déceler montrent plus une fédéralisation de la Cour de justice européenne qu'un mouvement pluraliste auprès des juridictions canadiennes²⁵⁸¹. On remarquera

²⁵⁷⁷ J. KOMAREK, « Creating a Quasi-federal Judicial System », préc.

²⁵⁷⁸ D. RITLENG, « Le principe de primauté de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303, spéc. p. 297.

²⁵⁷⁹ A. BIONDI, « How to Go Ahead as an EU Law National Judge », *EPL*, vol. 15, 2009, pp. 225-238.

²⁵⁸⁰ § 86 à 89, *avis 1/09*, préc.

²⁵⁸¹ Dans ce sens voir : T. C. HARTLEY, « Federalism, Courts, and Legal System: The Emerging Constitution of the European Community », *Am. J. Comp. L.*, vol. 34, 1986, pp. 229-247.

aussi que les deux architectures juridictionnelles sont fortement intégrées puisqu'au minimum les juges inférieurs (ceux avec qui le justiciable a le plus souvent à faire) appliqueront le droit local et le droit global. En revanche, les formes de suprématie et le caractère plus ou moins pluraliste du système judiciaire sont dissemblables, et par conséquent le potentiel homogénéisateur l'est aussi.

- 1353 Ainsi on peut parler de pluralisme juridictionnel au niveau européen. D'ailleurs, il n'était pas si évident au départ d'identifier un espace juridictionnel européen puisqu'il fallait y trouver une certaine unité et cohérence²⁵⁸². Ces qualités existent notamment grâce à la mise en ordre par la Cour de justice qui a instauré une verticalité dans les rapports avec les juges nationaux, dans un contexte horizontal dans le cadre du renvoi préjudiciel, et à travers une certaine idée du droit à la protection juridictionnelle effective²⁵⁸³.
- 1354 Du côté canadien, il est fort difficile de déceler des traces de pluralisme juridictionnel. Au contraire, le système judiciaire est très hiérarchisé et constitue un véritable ordre. Sa cohérence et son unité ont pu être mises en péril par l'émergence des juridictions purement fédérales, mais la Cour suprême a pris garde à contenir son expansion. Elle a aussi pris soin d'intégrer au sein de la hiérarchie juridictionnelle les tribunaux spécialisés, y compris les tribunaux des droits de la personne. Le strict encadrement dont ils font l'objet, dès lors qu'il est question de droit constitutionnel ou de droit « fondamental » pour le système juridique (au rang desquels nous mettons le contenu des droits et libertés), montre également la volonté de la Cour suprême de faire respecter la prévalence des cours supérieures de justice. Ces juridictions recèlent au demeurant une forme de pluralisme de par leur caractère organiquement hybride dans lequel on peut voir une collaboration entre les niveaux provincial et fédéral (qui est presque inexistante avec les peuples autochtones). Cette collaboration interne à un organe judiciaire montre toutefois

²⁵⁸² O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 574 et s. Cette cohérence est à la fois « horizontale » puisqu'entre les juridictions nationales sont coordonnées selon un principe de confiance mutuelle qui implique par exemple une libre circulation de leurs jugements. Elle est aussi issue d'une « mise en ordre » de la part de la Cour de justice qui instaure une verticalité. (Voir sur les aspects « horizontaux » : M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, Bruxelles, Bruylant 2013, 632 p. L'Auteur y développe une vision du juge national comme finalement relativement autonome et dont l'action au sein du réseau juridictionnel européen en fait un égal complémentaire à la Cour de justice.)

²⁵⁸³ On retrouve ainsi l'idée que ce droit, et même plus largement, le droit au procès équitable dont il est une composante, est un « indice de l'existence d'un espace normatif » : voir H. RUIZ-FABRI, dir., *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, Société de législation comparée, 2003, 290 p. (Voir en particulier C. GIRARD, « Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs (réflexions sur la problématique générale) », pp. 21-52.)

un pluralisme juridictionnel bien plus faible (voire inexistant) que lorsqu'une collaboration existe entre deux juridictions, comme c'est le cas dans l'Union européenne²⁵⁸⁴.

1355 Car si la Cour de justice a encadré les juridictions nationales avec des règles procédurales parfois très contraignantes, elle a pris garde de mettre en avant la coopération avec les juges étatiques²⁵⁸⁵ et de le faire au nom de l'effectivité du droit de l'Union et parfois au nom des droits fondamentaux, mais pas au nom de sa supériorité hiérarchique²⁵⁸⁶. Elle instaure donc une coopération, sans doute inégalitaire avec les juges étatiques. Elle veille par un encadrement de ces derniers à ce que sa place au sein de l'architecture juridictionnelle ne soit pas tellement au sommet de celle-ci, mais en son centre, telle une tour de contrôle d'un « tarmac » juridictionnel européen. La suprématie de la Cour de justice est plus fonctionnelle que hiérarchique. Elle n'est supérieure aux juridictions nationales ni d'un point de vue organique, ni en raison d'une quelconque autorité absolue dont elle disposerait à l'égard de l'ensemble l'espace plurijuridique. Sa suprématie est relative dans la mesure où elle s'assure de disposer du dernier mot quant à l'interprétation juridique du droit de l'Union dans l'unique but de garantir l'effectivité de ce droit²⁵⁸⁷. Pour autant, cette architecture juridictionnelle permet à la Cour de justice de remplir la fonction d'une Cour suprême comme dans un État fédéral, assurer l'unité du droit. Ceci en particulier grâce au renvoi préjudiciel²⁵⁸⁸. Le potentiel homogénéisateur de l'action de la Cour de Luxembourg est donc bien réel.

²⁵⁸⁴ Il serait d'ailleurs intéressant à ce titre de réfléchir à des procédures de collaboration entre juridictions autochtones et juridictions étatiques au Canada si l'on entend respecter et valoriser les cultures juridiques autochtones. Le renvoi préjudiciel en interprétation des coutumes ou normes autochtones par des juridictions étatiques auprès d'organes institués par les communautés autochtones pourrait être une manière de concilier un système juridictionnel canadien traditionnellement intégré et interprétation correcte et légitime du droit autochtone.

²⁵⁸⁵ A. Tizzano va même jusqu'à dire que la Cour de justice a toujours souligné ses rapports avec les juges nationaux non pas en termes de « suprématie », mais de « collaboration », une collaboration à laquelle elle se prête comme une sorte d'auxiliaire de justice au service des juges nationaux » A. TIZZANO, « La protection des droits fondamentaux en Europe : la Cour de justice et les justices constitutionnelles nationales », *RDUE*, 2006, pp. 9-22, spéc. p. 12.

²⁵⁸⁶ Par exemple, on a pu ainsi voir dans l'arrêt *Melki* un « marqueur du pluralisme constitutionnel », en particulier parce que la Cour de justice se montre davantage soucieuse d'assurer l'effectivité du droit de l'Union et du renvoi préjudiciel ainsi qu'une coexistence ordonnée des procédures nationales et européennes, plutôt que de démontrer sa suprématie en passant par un principe hiérarchique, celui de la primauté. G. MARTI, « L'arrêt *Melki* de la Cour de justice », préc., p. 896 et s.

²⁵⁸⁷ On a pu ainsi expliquer que « le monopole de la CJCE en matière d'interprétation et d'application du droit de l'Union se traduit par une relation semi-verticale avec les juridictions nationales » : A. BERRAMDANE, « La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques » dans J.-C. MASCLÉ, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 227-244, p. 234.

²⁵⁸⁸ C'est ainsi : « une modalité indirecte de contrôle : la Cour de justice ne peut en effet remettre en cause une décision d'une juridiction nationale. Ce contrôle est donc, d'un point de vue technique, radicalement différent de celui opéré par une cour suprême d'un État fédéral. Il est certes également moins efficace dans la mesure où il repose

- 1356 Mais dans un État fédéral comme le Canada, cette fonction suprême de la Cour fait bien plus que garantir l'*unité du droit canadien* (constitutionnel et fédéral) puisqu'en tant que cour nationale elle est en mesure d'assurer l'*unité du droit au Canada*. Les risques d'homogénéisation sont donc bien plus forts puisqu'elle peut se faire à travers des normes pancanadiennes (constitutionnelles ou fédérales), mais aussi provinciales ou autochtones éventuellement. De plus la Cour est dotée d'une autorité hiérarchique sur les cours provinciales (par le précédent notamment) qui n'est jamais remise en question et totalement inattaquable. Seule la maîtrise du prétoire dont elle dispose désormais grâce au caractère discrétionnaire de l'appel pourrait être un outil contentieux de pluralisme juridictionnel : en se gardant de se prononcer, elle peut laisser le dernier mot aux cours provinciales. Mais la pratique de la demande d'autorisation démontrerait plutôt qu'elle entend remplir un rôle de supervision à l'égard des cours canadiennes. Et ce rôle ne semble pas démenti dans le cas spécifique des droits et libertés.
- 1357 Enfin l'argument des droits fondamentaux dans la structure du contentieux a été mobilisé de manière différente entre les deux cours. Il a constitué un appui important pour la jurisprudence européenne dans l'encadrement du contentieux. Alors qu'au Canada ce resserrement existant par ailleurs, il a pu servir à renforcer l'indépendance des juges ou à légitimer les tribunaux inférieurs spécialisés en raison de leur accessibilité pour le justiciable.
- 1358 Pour conclure la Cour de justice de l'Union européenne est une Cour à la suprématie très relative dans un espace juridictionnel européen soucieux de préserver un certain pluralisme dans la structure du contentieux des droits et libertés. Même si elle tend à devenir une clé de voûte de l'espace juridictionnel européen, ou qu'elle aimerait y arriver, elle reste très prudente pour ne pas braquer les juges nationaux qui conditionnent une grande partie de sa saisine avec le renvoi préjudiciel. La Cour suprême du Canada détient elle une suprématie acquise et incontestée, elle est une clé de voûte solide et sans doute durable de l'architecture juridictionnelle canadienne. Mais dans la mesure où toutes les deux détiennent le dernier mot en matière d'interprétation des droits et libertés, elles remplissent toutes deux la fonction d'une clé de voûte dans la structure de contentieux.

sur la bonne volonté des juridictions nationales. Il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue fonctionnel, ces deux formes de contrôle sont relativement comparables et poursuivent le même objectif qui est d'assurer l'unité du droit » : O. DUBOS, *Juridictions nationales, juge communautaire*, préc., p. 636 voir aussi p. 716.

CONCLUSION DU TITRE 2

- 1359 Le potentiel homogénéisateur du juge suprême canadien par la défense des droits et libertés est donc généralement plus important au Canada que dans l'Union européenne. Cette différence de nature et d'intensité de ce risque à l'égard de la diversité juridique s'explique par des réalités différentes quant au champ d'application et au système juridictionnel dans les deux espaces plurijuridiques.
- 1360 Ainsi dans l'Union européenne, le risque sera beaucoup moins fort, car la Cour de justice européenne ne garantira le respect des droits et libertés que sur le fondement de normes européennes qui ont un champ d'application limité au cadre du droit de l'Union. Alors que la Cour suprême du Canada remplit sa mission de protection des droits et libertés à la fois sur le fondement du droit local et global (en sa qualité de cour nationale) et qui plus est, la norme globale de protection s'applique, quelle que soit la matière, provinciale ou fédérale.
- 1361 On trouve pourtant des tendances à aller vers davantage d'unité en Europe puisque le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union augmente et que la Cour de justice instaure des mécanismes contentieux lui permettant d'être l'interprète final des droits et libertés. Inversement, on trouve au Canada des signes démontrant une volonté de prendre en considération la pluralité, en particulier à l'égard des peuples autochtones. On trouve ces signes davantage au niveau du champ d'application, avec des clauses de dérogation ou éventuellement des clauses boucliers, plutôt qu'au niveau contentieux et juridictionnel.
- 1362 Finalement, ces facteurs ne démontrent pas l'existence d'un monisme ou d'un pluralisme de la structure contentieuse des droits et libertés, mais permettent de placer le curseur de manière nuancée entre dynamique de pluralisme et mouvement d'uniformité du droit. Mais globalement dans les deux espaces étudiés, ni le champ d'application des droits, ni l'architecture juridictionnelle ne démontrent que le potentiel homogénéisateur peut être définitivement écarté au stade de la détermination de la compétence du juge suprême comme gardien des droits fondamentaux.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

- 1363 L'étude comparée des éléments de structure du contentieux des droits et libertés auprès de la Cour suprême du Canada et de la Cour de justice de l'Union européenne a permis de démontrer que l'équilibre plurijuridique pouvait être chamboulé, au profit d'une plus grande unité. Cette mission de protection des libertés par les deux juridictions étudiées suppose qu'il existe des instruments de protection qui leur confie cette fonction. Or ces sources des droits et libertés se caractérisent par une forme de pluralisme, ce qui laisse le champ ouvert au maintien d'une certaine diversité.
- 1364 Malgré les fondements divers de la protection des droits fondamentaux en Europe et au Canada qui sont une manifestation de la pluralité juridique existant dans un espace plurijuridique, le risque d'homogénéisation demeure²⁵⁸⁹. Car, en confiant ultimement à une juridiction, dès lors qualifiée de suprême, la sauvegarde des droits essentiels à la personne humaine, il leur ait donné la possibilité d'influencer par leur contrôle et leur interprétation tout le champ normatif ainsi transcendé par ses valeurs humanistes. En théorie, la personne humaine et son respect pourraient être un dénominateur commun légitime à l'ensemble des espaces juridiques d'Europe et du Canada. Mais cet universalisme humaniste pose en réalité un véritable défi dans la mesure où les valeurs ne peuvent se comprendre qu'à la lumière d'une certaine philosophie, d'un contexte politique, d'une vision sociétale, qui sont, elles, relatives. Le plurijuridisme prend acte de ces différenciations parmi le commun et il cherche à ordonner cette tension en répartissant le pouvoir d'édiction normative à différent niveau global et englobé. Mais la protection des droits et libertés pourrait mettre à mal cet ordonnancement et contester la raison d'être du plurijuridisme au nom d'un objectif éminemment légitime : le respect des individus et de leur autonomie.
- 1365 Assumée ou crainte, cette conséquence dépend des modalités selon lesquelles les cours « reçoivent » les demandes de protection des libertés par les individus. Ces modalités établissent dès lors des lignes de force structurelles qui mènent à ce que les contrôles des droits et libertés soient effectués par elles. Les normes et les organes de protection des libertés constituent alors

²⁵⁸⁹ Ceci étant un tel risque peut sans doute faire l'objet de perceptions diverses puisque la question de l'homogénéisation renvoie à une question d'équilibre dans la gestion du commun et du multiple, et l'on peut parfaitement estimer que les textes et les lignes de force structurelle parviennent à maintenir une juste balance. Il n'y aurait ni monisme, ni pluralisme, mais une gradation nuancée, et différente au Canada et dans l'Union européenne. Cette deuxième partie a donc vocation à démontrer avant tout l'existence d'une tendance à l'homogénéisation, une certaine orientation du plurijuridisme dont l'aboutissement n'est pas avéré au stade structurel, un simple risque qui ne se réalise pas nécessairement à l'étape « substantielle » étudiée dans la dernière partie.

une certaine structure qui conditionne l'homogénéisation. L'applicabilité des instruments de protection et les possibilités de saisine des cours étudiées sont à cet égard fort différentes, ce qui explique alors en quoi les dynamiques d'uniformisation diffèrent dans leurs mises en œuvre entre l'Europe et le Canada.

- 1366 À ce stade du raisonnement, la question qui se pose est donc de savoir si nos juridictions se prononcent sur la protection des libertés ou non. Après l'étude des conditions de recevabilité (normative et organique), la réponse est nécessairement binaire : soit la juridiction est compétente, soit elle ne l'est pas. Autrement dit, l'étude des seules lignes des forces structurelles semble poser une alternative insatisfaisante : soit les juridictions protègent les droits et libertés, mais elles perturbent l'équilibre plurijuridique, soit l'équilibre est conservé (et la diversité juridique inchangée), mais la protection des droits et libertés n'est pas assurée par les juridictions. Si l'on conserve l'idée qu'assurer la protection des droits individuels la plus effective possible reste un objectif légitime que l'Union européenne et le Canada doivent promouvoir, la seconde possibilité tendra à prévaloir. Reste alors à déterminer s'il est possible de réintégrer une forme de pluralisme, et trouver un nouvel équilibre plurijuridique, au niveau de l'interprétation substantielle des droits et libertés, lorsque les juridictions suprêmes se prononcent sur le fond.

**TROISIÈME PARTIE :
PLURIJURIDISMES ET
DROITS FONDAMENTAUX :
QUELLE PROTECTION
SUBSTANTIELLE PAR LES
JUGES SUPRÊMES ?**

1367 Le juge suprême une fois valablement saisi d'une mission de garantie des droits et libertés peut alors se prononcer sur le contenu des droits fondamentaux, et mettre en œuvre une protection des droits fondamentaux de la personne. Tant au Canada que dans l'Union européenne, les juges suprêmes détiennent alors une large marge d'interprétation étant donné le caractère vague, large et flou des droits fondamentaux. De manière classique, les normes de garantie des droits formulent des protections générales, leurs modalités ne sont pas prescrites dans le détail. Cette indétermination textuelle, ou « sous-détermination initiale »²⁵⁹⁰ des règles, introduit une souplesse et autorise une mise en œuvre adaptable aux cas d'espèce, aux domaines, contextes, et aux différents intérêts en présence. Les interprètes de ces droits, au premier rang desquels les juges suprêmes peuvent également jouer de cette indétermination pour faire évoluer les protections à la lumière des évolutions juridiques ou extrajuridiques et prendre toujours mieux en considération les enjeux d'un problème juridique lié au respect de la personne humaine. Car, si le texte peut être de nature générale et vague, la mise en œuvre de cette protection permet de préciser le contenu de cette protection, d'en dessiner des contours toujours plus nets au fur et à mesure qu'il faut décider si un droit fondamental est violé et pour quelles raisons. Ce sont finalement les décisions, et parfois leur lecture combinée, tant dans leur dispositif que dans leurs motifs, qui éclairent le contenu d'une protection, et qui permettent de déterminer la « substance » d'un droit fondamental.

1368 On utilise à cet égard la notion de standard²⁵⁹¹ pour rendre compte de cette indétermination textuelle délibérée des droits fondamentaux, dont les règles exactes se déduisent du modèle ou de la démarche type adoptée par ceux qui l'appliquent. Or, dans un contexte d'une pluralité de protection des droits fondamentaux (en raison de la diversité des normes et de la multiplicité des interprètes), il peut donc exister non pas un standard unique relatif à un droit fondamental ou s'y rattachant, mais plusieurs standards coexistants, en concurrence ou plus ou moins coordonnés. Les éléments de structure distincts entre l'Union européenne et le Canada révèlent ainsi que les divers standards de protection existants peuvent être le fruit d'une diversité textuelle, d'une pluralité d'interprètes ou bien des deux combinées. La notion de standard de protection permet

²⁵⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel (Les forces imaginantes du droit I)*, Paris, Seuil, 2004, La couleur des idées, 346 p., p. 65 et s.

²⁵⁹¹ Sur cette question voir R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p., p. 537 et s.

alors de comparer les cas canadien et européen quant à cette coexistence, alors même qu'elle s'explique par des éléments de structure fort différents.

- 1369 Si la notion de standard renvoie à une protection type d'un droit fondamental et si les éléments de structure convergent vers un juge suprême (Cour suprême du Canada ou Cour de justice de l'Union européenne), alors la pluralité des standards peut laisser place à une unicité de standard qui, bien que mouvant et évolutif par nature, n'en relève pas moins de l'homogénéisation. Tout l'enjeu est donc de savoir comment ces juges suprêmes appréhendent cette diversité des protections dans leur interprétation concrète des droits et libertés, s'ils conservent une diversité de standards ou au contraire ont tendance à n'en retenir qu'un seul et pourquoi.
- 1370 Dans une perspective juridique, juges et observateurs chercheront à repérer une certaine cohérence dans cette gestion de la pluralité, on pourra ainsi déceler une alternative sur la manière de procéder. La première logique, plus ancienne, que nous appellerons verticale, propose une gestion de la pluralité ascendante, ordonnée par le haut, par le juge suprême. Cette démarche ayant sans doute l'avantage de la simplicité et d'être ancrée dans une vision formaliste et pyramidale du droit a les faveurs des juges suprêmes. Mais cette mise en ordre verticale a pour inconvénient de tendre vers une unicité dans la protection (Titre I). Cette gestion étant peu respectueuse des différentes visions que peuvent avoir les autonomies normatives et de la place de choix qu'elle devrait continuer d'avoir au sein d'un espace plurijuridique, une autre voie est envisageable. L'autre logique se caractériserait alors par une dimension horizontale et s'inscrirait dans une vision du droit plus moderne, permettant de mieux faire vivre la diversité, et donc de mieux respecter le plurijuridisme de chacun des deux espaces étudiés. Elle est toutefois encore balbutiante et requiert d'être approfondie (Titre II).

TITRE I. LA LOGIQUE

VERTICALE : UNE

INTERPRÉTATION DES DROITS ET

LIBERTÉS TEMPÉRANT PEU

L'UNIFORMISATION

- 1371 La gestion verticale de la coexistence des droits fondamentaux dans l'espace plurijuridique correspond à l'idée que la pluralité des protections pourrait être coordonnée de « haut en bas » par le juge suprême. En suivant une rationalité juridique de type pyramidal, les divers droits fondamentaux se trouveraient ainsi être mis en ordre en accordant prééminence à ceux qui seraient « supérieurs » par rapport aux « inférieurs ». Ce classement des droits fondamentaux relève *a priori* du paradoxe dans la mesure où la définition formelle de ces droits passe nécessairement par leur supériorité normative.
- 1372 Mais cette logique verticale vise en réalité à résoudre les difficultés dues au caractère pluriel de la protection des libertés : soit parce qu'il existe des normes distinctes ou des interprétations divergentes de protection des droits et libertés (il s'agit alors de gérer la pluralité des garanties), soit parce que la gestion verticale cherche à apporter une solution aux cas dans lesquels une seule garantie s'applique, mais cette norme de protection fait l'objet d'interprétations différentes, parfois spécifiques aux autonomies normatives.
- 1373 Dans les deux cas, la tentation des juges suprêmes de gérer de manière verticale la protection des droits et libertés dans un contexte pourtant caractérisé par la pluralité est très grande en raison de l'apparente simplicité et de la cohérence qu'elle impliquerait. Les juges suprêmes le font d'ailleurs souvent de manière assumée lorsqu'ils mettent en œuvre les droits et libertés faisant l'objet d'une protection plurielle (chapitre 1). Ils n'iront toutefois pas totalement au bout de cette

logique peu respectueuse de la diversité juridique et ils en atténueront quelque peu ses effets. Ils éviteront ainsi une uniformisation brutale et totale, sans pour autant que ces tempéraments suffisent à convaincre que les objectifs de cohérence et de protection de la diversité normative soient véritablement atteints (chapitre 2). En gardant la pleine maîtrise de l'interprétation des droits et libertés et de la gestion de la pluralité de leur protection, ils démontreront finalement à quel point ils sont ancrés dans une logique verticale. Un tel attachement révèle sans doute leur perception très pyramidale de l'espace plurijuridique au sommet duquel ils se situent.

CHAPITRE 1. UNE IMPLEMENTATION DESCENDANTE DES DROITS ET LIBERTES : LA VERTICALITE ASSUMEE

- 1374 Réguler la coexistence des multiples garanties des libertés par une méthode verticale est une réalité dans le contentieux des droits et libertés au Canada et dans l'Union européenne, tant en raison d'une différence de statut des normes protégeant les libertés que de celui des interprètes de ces normes.
- 1375 Ainsi la pyramide des normes peut impliquer d'appliquer une logique hiérarchique en cas de conflits de droits fondamentaux (section 1). Tandis que la « pyramide des juridictions », le caractère suprême des interprètes ultimes des droits et libertés aboutit à un ordonnancement par la convergence maîtrisée des standards des droits fondamentaux (section 2). Le raisonnement descendant peut donc opérer soit en réglant des conflits par la prévalence d'une norme sur l'autre soit en procédant par congruence des standards en les alignant les uns aux autres.
- 1376 Ce faisant, une telle interprétation verticale, qui peut s'expliquer par la simple ignorance des différences, l'importance de privilégier la cohérence ou d'éviter les conflits, entraîne une homogénéisation. De manière imagée, on peut dire que le juge fait sa cuisine seul, avec des ingrédients parfois divers, mais si le plat peut-être un peu épicé, tout le monde mange en définitive la même chose.

Section 1. La solution hiérarchique face aux conflits de droits fondamentaux

- 1377 La solution hiérarchique a par définition vocation à s'appliquer à toutes les normes considérées comme inférieures à la norme supérieure de protection des libertés. Nous privilégierons toutefois ici les cas où cette dernière prévaudra précisément sur une autre norme garantissant les droits fondamentaux. Un tel cas démontrant avec force jusqu'où peut aller l'homogénéisation et le poids de l'interprétation verticale des libertés dans un espace plurijuridique.
- 1378 Rappelons que, dans la théorie de Kelsen, la hiérarchie des normes permet de résoudre les cas de conflit normatif²⁵⁹². En matière de droits fondamentaux, c'est « lorsque le contenu de deux normes est directement contradictoire ; soit une norme A qui prescrit l'abolition de la peine de

²⁵⁹² Ainsi « un conflit entre deux normes existe quand ce que l'une pose comme obligatoire est incompatible avec ce que l'autre pose comme obligatoire, et quand donc l'obéissance ou l'application de l'une des deux normes implique de façon *nécessaire* ou *possible* la violation de l'autre » : H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduit par O. BEAUD et F. MALKANI, Paris, PUF, 1996, spéc. p. 161, cité par S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2008, 716 p. p.

mort et une norme B qui énumère les hypothèses dans lesquelles cette peine peut être prononcée »²⁵⁹³. La solution hiérarchique invite la norme inférieure à céder à la norme supérieure. Les conflits de droits fondamentaux peuvent dès lors se définir largement comme étant des contrariétés normatives en matière de protection de la personne dont la solution hiérarchique impose la conformité de l'instrument inférieur à l'instrument supérieur.

1379 Comme certains auteurs ont pu l'observer²⁵⁹⁴, un conflit entre droits fondamentaux et une violation de ces droits sont deux hypothèses distinctes et pourtant parfois confondues. Car si la violation correspond à l'atteinte à un droit, soit le non-respect factuel des droits fondamentaux par les autorités, alors que le conflit est une incompatibilité entre normes, on peut aussi considérer du point de vue de la norme devant primer que l'autre norme constitue une violation des droits fondamentaux que la première protège. Ainsi, on peut faire d'une question d'incompatibilité entre instruments de protection des libertés une affaire de violation pure et simple des droits fondamentaux, ce qui sur le plan symbolique tend à faire de la norme supérieure la source primordiale de la protection des libertés.

1380 Tant au Canada que dans l'Union européenne, ce sont les instruments englobants qui vont être considérés comme prévalant, une supériorité qui se justifie par une nécessité au fonctionnement de chacun des plurijuridismes (I). Cela étant, cette hiérarchie peut s'avérer inopérante en l'absence de contradiction directe (d'incompatibilité) entre des normes (II).

I. La hiérarchie comme prépondérance normative, deux fonctions spécifiques dans le plurijuridisme

1381 La hiérarchie des normes permet de résoudre les cas où les normes de protection des droits fondamentaux sont directement contradictoires, mais encore faut-il qu'il soit possible de déterminer leur rang normatif dans l'espace plurijuridique pour savoir laquelle doit primer. Si ce

²⁵⁹³ C. GREWE, « Les conflits de normes entre droit communautaire et droits nationaux en matière de droits fondamentaux » dans S. LECLERC, J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M.-J. REDOR, dir., *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 57-73, p. 57. La conception kelsennienne d'un conflit de normes est celle d'une incompatibilité, la violation de l'une des deux normes est donc nécessaire ou possible. Dans cet exemple on pourrait toutefois estimer qu'il n'y a pas de conflit au sens strict dans la mesure où il s'agit d'une norme prescriptive et d'une norme permissive : obéir à la première n'est pas au sens strict attentatoire avec la seconde, puisque le sujet de droit peut se conformer aux deux en ne prononçant pas la peine de mort. Il n'y aurait donc pas de conflits d'obligations. Il existe toutefois une incompatibilité opérationnelle entre la norme permissive et la norme prescriptive. La première n'est plus applicable sans violer la norme prescriptive. Si cette norme prescriptive est formellement supérieure à la norme permissive, cette dernière ne pourra plus s'appliquer.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*; S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., p. 477 et s.

dernier ne pose de difficulté au Canada, il est plus contesté dans l'Union européenne. Les fondements de la suprématie des instruments sont en effet fort différents, puisqu'ils trouvent leur source dans un plurijuridisme distinct, national au Canada et supranational dans l'Union²⁵⁹⁵. Dans l'ordre juridique canadien, la nature constitutionnelle réservée à la seule *Charte canadienne* permet de résoudre le conflit aisément : la *Charte canadienne* remplissant alors une fonction classique de norme fondamentale dans le cadre du constitutionnalisme, à laquelle toutes les autres, même quasi constitutionnelles doivent se conformer (A). Dans l'Union européenne, en l'absence d'une « supra constitution » formelle reconnue par les États, la primauté des normes européennes passe davantage par la nécessité d'imposer le droit de l'Union à tous (B).

A. La supériorité constitutionnelle de la Charte canadienne à l'égard des instruments quasi constitutionnels

1382 La valeur constitutionnelle de la *Charte canadienne* lui conférant une suprématie normative partout au Canada était, on le sait, un des arguments en faveur de son adoption²⁵⁹⁶. Comme nous avons pu le voir, rien ne s'oppose à ce que les autres instruments de protection, de nature seulement quasi constitutionnelle, soient soumis à son contrôle²⁵⁹⁷. En cas de conflits, les codes ou chartes des droits de la personne fédéraux ou provinciaux devront donc céder en raison de leur simple forme législative. Ceci ne souffre d'aucune contestation au Canada, la question qui peut néanmoins se poser est de savoir si compte tenu de la fonction particulière de ces normes, la protection des libertés, le contrôle prétorien fondé sur la *Charte canadienne* doit faire preuve d'une certaine retenue, en ce qui concerne notamment les instruments provinciaux. Il faut alors distinguer ce qui relève de la simple obligation de conformité au texte constitutionnel du parallélisme matériel des instruments de protection.

1383 Ainsi dans l'affaire *McKinney*²⁵⁹⁸, nous avons pu déceler les réticences du juge LaForest, majoritaire, à opérer un contrôle classique et donc soutenu à l'égard du *Code des droits de la personne* ontarien en raison de l'immixtion de la *Charte canadienne* que cela induirait dans le

²⁵⁹⁵ Daniel Turp tirait un constat similaire lorsqu'il comparait la *Charte canadienne* avec cette fois-ci la *Convention européenne des droits de l'homme* : D. TURP, « La suprématie de la convention européenne des droits de l'homme et des chartes canadienne et québécoise de droits et libertés » dans G. A. BEAUDOIN, dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 45-71, p. 46 et s.

²⁵⁹⁶ Voir supra § 725.

²⁵⁹⁷ Voir supra § 756.

²⁵⁹⁸ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

domaine des relations privées²⁵⁹⁹. Ce faisant, il n'invalidera pas la disposition du Code limitant la protection contre la discrimination dans l'emploi aux personnes de 18 à 65 ans. Il milite plus généralement pour une forme de déférence en la matière :

« (...) de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la Charte pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais (...) la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit et constituer un autre jalon dans le long processus vers une reconnaissance pleine et entière de la dignité de la personne humaine »²⁶⁰⁰.

1384 Cette analyse est dès le départ controversée puisque dans cette affaire la juge Wilson dissidente croit au contraire « que la législation en matière de droits de la personne, dont le but est de préserver, protéger et promouvoir la dignité humaine, la valorisation personnelle et l'estime de soi, devrait faire l'objet d'un examen plus sévère que les autres types de lois »²⁶⁰¹. Elle refuse ainsi que la *Charte canadienne* soit un « moyen subsidiaire aux lois sur les droits de la personne pour ce qui est de résoudre des cas de discrimination privée »²⁶⁰².

1385 De ces deux points de vue diamétralement opposés, il semble qu'une vision intermédiaire ait finalement prévalu : le contrôle des codes des droits de la personne est le même que celui à l'égard des autres types de législations et actes gouvernementaux, ni plus ni moins sévère. Il n'en demeure pas moins qu'un tel contrôle a un effet homogénéisant dans la mesure où c'est bien ultimement la Cour suprême du Canada qui, sur le fondement de la *Charte canadienne*, imposera les standards de droits fondamentaux, au premier rang desquels celui de l'égalité à l'ensemble du Canada²⁶⁰³.

²⁵⁹⁹ Voir supra § 1051, *ibid.*, p. 318-319..

²⁶⁰⁰ *Ibid.*

²⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 413-413

²⁶⁰² *Ibid.*, p. 341.

²⁶⁰³ Le contentieux sur ce point a en effet pour l'instant concerné uniquement le droit à la non-discrimination. Mais rien ne laisse penser qu'il ne pourrait pas en être de même concernant d'autres libertés, notamment celles plus larges contenues dans la *Charte québécoise*. Voir toutefois la proposition de faire primer la *Charte canadienne* sur la *Charte québécoise* en cas de conflits qui semble être considérée comme un simple scénario possible et non le droit positif : D. SCHNEIDERMAN, « Dual(ling) Charters : The Harmonics of Rights in Canada and Quebec », *Ottawa L.R.*, vol. 24, 1992, pp. 235-263, spéc. p. 262.

- 1386 L'arrêt *Vriend* de 1998²⁶⁰⁴ constitue à cet égard la jurisprudence paroxysmique. Rappelons que dans cette affaire un enseignant avait été licencié par son école chrétienne privée en raison de son homosexualité, or le Code des droits de la personne de l'Alberta (l'*Individual's Rights Protection Act*) protégeait les personnes notamment à l'égard de leur employeur, comme en l'espèce, mais ne prévoyait pas l'orientation sexuelle comme un motif de discrimination prohibé. C'était donc le caractère discriminatoire de la législation albertaine sur les droits de la personne qui était contesté au nom de l'article 15(1) de la *Charte constitutionnelle*. Elle a été déclarée inconstitutionnelle, mais c'est surtout en raison de la réparation choisie par la Cour, à savoir l'inclusion dans la loi du motif prohibé de l'orientation sexuelle, que la décision a fait l'objet de fortes critiques comme un « exemple des valeurs pancanadiennes menaçant l'autonomie des provinces et les choix politiques distincts reflétant les valeurs des sociétés provinciales »²⁶⁰⁵.
- 1387 Ici, le juge Cory dans son opinion majoritaire s'écarte sensiblement de la vision du juge La Forest dans *McKinney* visant à la retenue, notamment lorsqu'il refuse de prendre en considération l'argument du « reflet ». L'argument consistait à éviter que toute loi sur les droits de la personne soit le « reflet » de la *Charte* et prévoit tous les motifs énumérés dans celle-ci, de même que les motifs analogues, car cela restreindrait indûment les choix du législateur et permettrait que la *Charte* régie indirectement l'activité privée, laquelle devrait continuer de ressortir aux législatures²⁶⁰⁶.
- 1388 Le juge Cory écarte l'argument, « car il n'est tout simplement pas exact de dire que les dispositions sur les droits de la personne devront toujours être l'exact "reflet" de la *Charte* »²⁶⁰⁷ puisque les tribunaux évaluent au cas par cas les mesures. Selon lui, ce n'est que dans le cadre de l'étape de la justification qu'une éventuelle retenue peut avoir lieu, comme à l'égard de toutes les autres mesures législatives²⁶⁰⁸. On ne peut que regretter que la faiblesse de l'argumentation

²⁶⁰⁴ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

²⁶⁰⁵ Notre traduction. Sur ce sujet voir généralement J. B. KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers Intent*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, 323 p., p. 191 et s. L'auteur critique et nuance cette position en examinant les suites politiques de l'affaire en Alberta qui ne démontrent pas une atteinte si forte aux valeurs de la province puisque par exemple un sondage a pu montrer que 76 % de ces habitants soutenaient la décision. Voir infra (§ 1816 et s.) sur la « réponse » provinciale possible dans le cadre de la théorie du dialogue.

²⁶⁰⁶ *Vriend c. Alberta*, préc., § 105.

²⁶⁰⁷ *Ibid.* § 106.

²⁶⁰⁸ Ainsi, « les tribunaux pourront faire preuve de retenue à l'égard du choix d'un législateur provincial qui décide de prendre des mesures législatives qui n'incluent pas tous les motifs énumérés de la Charte ou les motifs analogues

apportée par la Cour à la question de l'harmonisation et de l'homogénéisation des standards des droits fondamentaux au Canada²⁶⁰⁹. Car si l'affaire *Vriend* prend naissance à l'occasion d'un litige particulier (caractéristique du contrôle constitutionnel concret au Canada) il est contestable de nier que désormais toutes les lois luttant contre les discriminations devront intégrer l'orientation sexuelle comme motif prohibé, voire tous les autres motifs analogues prohibés sur le fondement de la *Charte canadienne*. On voit mal dans l'affaire en quoi les faits de l'espèce et le contexte de l'adoption de la loi ont pu peser pour aboutir à la conclusion que l'exclusion de l'homosexualité était discriminatoire (soit une distinction établit par la loi niant un droit au même bénéfice et à la même protection de la loi, fondée sur une caractéristique personnelle analogue et imposant des fardeaux ou des désavantages non imposés à d'autres et d'empêcher l'accès aux avantages offerts à d'autres). On peut toutefois argumenter que cette décision ne cherche pas à transposer les protections constitutionnelles dans la sphère des rapports privés telles que mises en œuvre par les provinces en insistant sur le caractère discriminatoire de la loi albertaine qui visait un régime complet de protection. Cela démontrait en effet que l'exclusion sélective d'un groupe particulier de cette garantie a un effet discriminatoire alors que « si la législature avait simplement choisi de s'attaquer à un type de discrimination en particulier (...) il aurait pu être acceptable de ne viser que ce type de discrimination, et pas les autres ». ²⁶¹⁰

- 1389 La Cour suprême se fonde tout au long de sa décision sur la nécessité de garantir une égale dignité, qui sont des objectifs tant de la *Charte canadienne* que du législateur albertain vu le préambule de l'*IRPA*, y compris pour justifier l'inclusion prétorienne du motif de l'orientation sexuelle dans la loi contestée²⁶¹¹. La Cour ne reprendra pourtant pas cet argument lorsqu'on lui opposera la question du respect de la diversité des législations provinciales luttant contre la discrimination. Le refus de laisser perdurer au Canada des discriminations fondées sur

dans la mesure où il est satisfait aux critères de justification de l'article premier, y compris le critère du lien rationnel » *ibid.*

²⁶⁰⁹ Pour une critique de la réponse de la Cour sur cet aspect, voir aussi A. A. PEACOCK, « Judicial Rationalism and the Therapeutic Constitution: The Supreme Court's Reconstruction of Equality and Democratic Process under the Charter of Rights and Freedoms » dans P. JAMES, D. E. ABELSON et M. LUSZTIG, dir., *Myth of the Sacred: The Charter, the Court, and the Politics of the Constitution in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, pp. 17- 65, p. 43 et s.

²⁶¹⁰ § 96. Mais on a pu aussi critiquer l'argument repris de l'affaire *McKinney* dans la mesure où dans le code ontarien le motif contesté de l'âge existait déjà, mais était limité, alors qu'il était absent dans *Vriend* : *ibid.*, p. 44.

²⁶¹¹ Voir supra § 750 sur la réparation du « *reading in* ».

l'orientation sexuelle irradie la décision²⁶¹² sans que la Cour aille au bout de sa logique et affirme que cette protection ne saurait souffrir d'exception ou de particularisme²⁶¹³.

- 1390 La plus récente jurisprudence de 2013 dans laquelle la Cour suprême a contrôlé la conformité d'une disposition d'un code provincial de droits de la personne démontre une continuité dans la manière de l'appréhender puisque le juge n'entend pas faire de différence par rapport aux lois ordinaires. Ainsi dans l'affaire *Whatcott*²⁶¹⁴, à la suite de la distribution de tracts homophobes, l'article du *Saskatchewan Human Rights Code* interdisant les discours haineux était contesté par rapport à la liberté d'expression et la liberté de religion protégées par la *Charte canadienne*²⁶¹⁵.
- 1391 Encore une fois, la hiérarchie entre les deux instruments apparaît très clairement : d'ailleurs, la Cour n'hésite pas à déclarer inconstitutionnelle une partie du régime provincial sur les discours de haine. Elle a ainsi estimé que l'expression législative interdisant le propos qui « ridiculise, rabaisse ou porte par ailleurs atteinte à la dignité » ne correspond pas à de la « haine » et ne contient pas de lien rationnel avec l'objectif du législateur de lutter contre la discrimination systémique dirigée contre les groupes protégés, sans non plus que l'atteinte minimale à la liberté d'expression ne soit admise. Elle a cependant admis la constitutionnalité de l'autre partie de la disposition interdisant « toute représentation “qui expose ou tend à exposer [...] à la haine”, une personne ou une catégorie de personnes pour un motif de distinction illicite constitue une limite raisonnable dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique »²⁶¹⁶. La retenue dont faire preuve le juge suprême se manifeste ainsi dans le cadre du contrôle de proportionnalité et de l'analyse des différents choix raisonnables qui s'offraient au législateur, comme pour toute autre loi²⁶¹⁷.

²⁶¹² C'est à cet égard qu'on a pu dire que la Cour avait montré « its receptiveness to progressive intellectual trends », faisant de la *Charte* une « Constitution thérapeutique » : A. A. PEACOCK, « Judicial Rationalism and the Therapeutic Constitution », préc., p. 51.

²⁶¹³ Ici le particularisme albertain semblait être mis en avant par les requérants à travers le respect de leur liberté de religion était un argument aisément réfutable, voir infra § 1870.

²⁶¹⁴ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 C.S.C. 11.

²⁶¹⁵ Pour une discussion sur le fond et l'équilibre nécessaire entre les droits fondamentaux en jeu voir notamment : C. F. ZWIBEL, « Reconciling Rights: The Whatcott Case as Missed Opportunity », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 313-335.

²⁶¹⁶ *Whatcott*, préc., § 206.

²⁶¹⁷ *Ibid.* Voir les § 78 et s., dans lesquels la Cour se fonde sur des précédents concernant des lois ne protégeant pas les droits de la personne.

- 1392 Les instruments de protection des droits de la personne provinciaux²⁶¹⁸ ne font donc l'objet d'aucune faveur quant à l'intensité du contrôle. En cas de conflits avec la *Charte canadienne*, le juge canadien peut ainsi choisir entre les réparations qu'il a à sa disposition, retrait de la disposition inconstitutionnelle à effet immédiat ou report à une date ultérieure, voire ajout d'une disposition dans la norme de garantie.
- 1393 S'agissant des Chartes autochtones de protection des droits et libertés, encore une fois, leur caractère récent et leur faible présence dans le contentieux jusqu'à maintenant ne nous donnent que peu d'indices sur leur soumission à la *Charte canadienne*. Cela étant, puisque la *Charte canadienne* est systématiquement incluse dans les traités modernes comme limite aux pouvoirs des gouvernements autochtones issus de traités, desquels sont issues les quelques Chartes autochtones des droits de la personne, il paraît impossible de les soustraire *a priori* au contrôle de conformité à l'instrument constitutionnel²⁶¹⁹. Quant à savoir si les juges canadiens seraient enclins à plus de déférence qu'ils ne le font à l'égard des instruments provinciaux, il est clair que l'article 25 de la *Charte* somme le juge de se préoccuper de cette question, sans qu'il n'existe d'équivalent au niveau provincial.
- 1394 En effet, cette clause interdit que la *Charte* ne puisse porter atteinte aux droits ou libertés des peuples autochtones du Canada. Ce faisant, un droit fondamental spécifique à une communauté autochtone, consacrant par exemple la propriété collective²⁶²⁰ ou éventuellement un droit à un règlement des différends par un conseil d'ânés et non pas un « juge indépendant »²⁶²¹, et enchâssé dans un traité, ne saurait être anéanti par la *Charte canadienne* au motif de son inconstitutionnalité²⁶²². Cela étant, les Chartes autochtones ne se trouvent pas directement dans

²⁶¹⁸ On peut dire la même chose d'ailleurs s'agissant des instruments fédéraux quasi constitutionnels voir par exemple (*Commission des droits de la personne*) c. *Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, qui portait également sur les propos haineux.

²⁶¹⁹ Sous réserve de ce que nous avons expliqué à propos des incertitudes entourant l'article 25 de la *Charte canadienne* quant à son champ d'application, voir supra § 1076 et s.

²⁶²⁰ Voir par exemple l'article 10 portant sur la propriété dans « Ha Kus Teyea ~ the Tlingit Way » *Declaration & Charter of Teslin Tlingit Nation* sixth discussion draft june 1, 2005.

²⁶²¹ Sur cette hypothèse et le potentiel conflit, voir D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, 332 p., p. 78 et s.

²⁶²² Inconstitutionnalité dont on peinerait d'ailleurs à voir le fondement dans la *Charte canadienne* en ce qui concerne la propriété collective en raison de l'absence du droit de propriété dans son texte. S'agissant du droit de tout inculpé à « un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable » de l'article 11(d) de la *Charte canadienne*, il pourrait poser des problèmes plus sérieux dans l'optique d'une mise en œuvre d'une justice propre aux communautés autochtones comme on a pu le démontré : *ibid.*

les traités²⁶²³, simplement certains traités permettent l'édiction d'un tel instrument par le gouvernement autochtone en question²⁶²⁴.

- 1395 On a pu toutefois avancer que l'article 25 de la *Charte* commanderait une interprétation sensible aux cultures autochtones²⁶²⁵, proposition sur laquelle nous reviendrons en détail²⁶²⁶, mais qui pourrait à l'évidence avoir un impact déterminant en ce qui concerne le contrôle des chartes autochtones elles-mêmes²⁶²⁷. Ainsi si l'on soutient que l'intervention des tribunaux non autochtones au-delà de ce qui est prévu par la charte autochtone est une restriction injustifiée au droit à l'autonomie gouvernementale²⁶²⁸, *a fortiori* l'invalidation d'une disposition même de la charte autochtone le serait aussi. Il paraît donc fort peu concevable que les tribunaux canadiens constatent l'inconstitutionnalité d'une protection des droits fondamentaux spécifiquement autochtone tels qu'un droit de propriété de nature collective. Cela étant, *a priori*, on ne voit pas ce qui empêcherait que les juges canadiens se prononcent sur leur conformité s'agissant de droits fondamentaux non spécifiquement autochtones, comme le droit à la non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et n'appliquent par exemple la jurisprudence *Vriend* à l'égard d'une charte autochtone²⁶²⁹.

²⁶²³ C'est le cas par exemple de la disposition précitée où la *Charte de la Nation Teslin* est une déclaration.

²⁶²⁴ Voir par exemple l'article 17.3.4 portant sur la Constitution des Inuit du Labrador, et son alinéa f), dans l'accord les concernant.

²⁶²⁵ Voir par exemple S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, 645 p., p. 434 et s.; D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc., p. 62 et s.

²⁶²⁶ Dans la mesure où cette proposition ne concerne pas seulement le contrôle des chartes autochtones, nous y reviendrons en infra § 1549 et s.

²⁶²⁷ On s'étonnera d'ailleurs du manque d'analyse doctrinal sur ce point précis, alors que l'article 25 et les chartes autochtones ont pu être abondamment commentés. Voir par exemple D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc. L'auteur analyse l'impact de la *Charte canadienne* sur la justice et plus généralement la gouvernance autochtone, en prenant en considération les chartes autochtones. Pourtant leurs relations avec la *Charte canadienne* ne sont pas examinées, on retrouve simplement l'idée qu'en présence d'une charte autochtone elle peut, non pas remplacer la *Charte canadienne*, mais être un outil d'interprétation des droits canadiens pour une interprétation culturellement sensible des droits (p. 76 et s.). On retrouve un raisonnement identique dans CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p. Nous y reviendrons en infra § 1549 et s.

²⁶²⁸ S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant / Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p., pp. 346-347. (Proposition réitérée par l'auteur en 2013 dans la version anglaise p. 439).

²⁶²⁹ Sous réserve encore une fois d'une interprétation relative au champ d'application de la *Charte canadienne* compatible, c'est-à-dire que l'article 25 ne soit pas un « bouclier » complet, ce dont nous ne sommes pas assurés, voir supra § 1076 et s. Il serait toutefois absurde de prétendre qu'il puisse avoir un effet bouclier dès lors que le traité incorpore la *Charte canadienne*. Son application allant de soi, on peut considérer qu'elle ne saurait porter atteinte à un droit issu de traité au sens de l'article 25 puisque le traité prévoit lui-même cette limitation des gouvernements autochtones par la *Charte canadienne*. Selon cette logique, les chartes autochtones devraient être assujetties au respect de la *Charte constitutionnelle*.

- 1396 Dans la mesure où les chartes autochtones des droits sont à leur balbutiement, on peut aussi réfléchir en amont à des formulations des droits fondamentaux autochtones les plus conciliatrices possible avec la *Charte canadienne* afin d'éviter les conflits potentiels. C'est toute la démarche de David Milward qui propose des dispositions de garanties des libertés dans le respect des cultures juridiques autochtones en ce qui concerne le domaine de la justice pénale particulièrement²⁶³⁰.
- 1397 Pour conclure, le socle constitutionnel de la *Charte canadienne*, ainsi que certainement son importance et son « aura » auprès du juge canadien, fait logiquement d'elle l'instrument prééminent vis-à-vis des autres garanties infraconstitutionnelles. Certes, certains conflits sont de nature purement hypothétique eu égard aux ressemblances quant au contenu des normes en question, par exemple sur la protection de liberté d'expression entre la *Charte québécoise* et la *Charte canadienne*, ou au contraire en raison de l'absence totale d'équivalent de certains droits dans la *Charte canadienne*, comme le droit de propriété, qui ne saurait être en danger s'il était protégé de manière particulière dans les communautés autochtones notamment. Pour autant, la jurisprudence existante démontre que l'homogénéisation des standards de protection²⁶³¹ en raison de la supériorité de la *Charte constitutionnelle* est une réalité que la Cour suprême du Canada n'a que peu justifiée.

B. La primauté du droit de l'Union européenne, y compris s'agissant de droits et libertés

- 1398 On connaît l'importance du principe de primauté pour la Cour de justice pour garantir l'effectivité et l'autonomie du droit de l'Union²⁶³². À cet égard, le respect des droits fondamentaux ne fait *a priori* pas exception, et ceci peu importe la nature normative des instruments nationaux garantissant les droits et libertés. On peut même voir dans l'avènement des droits fondamentaux communautaires une affaire de protection de la primauté européenne²⁶³³. En

²⁶³⁰ Par exemple il propose de concilier l'article 8 de la *Charte canadienne* (le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives) avec les cultures autochtones dans lesquelles les forces de police ne font pas partie de leur tradition originelle et dont leur fonctionnement pourrait être adapté. D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc., pp. 156-165. Ainsi il suggère l'insertion de la clause suivante en la matière : « When a peace officer has reasonable grounds to believe that a person has committed an offence, that peace officer may search that person's residence without warrant provided that consent has been given by recognized Elder of that person's clan », p. 160.

²⁶³¹ Notons qu'il ne s'agit ici que d'un reflet, par standard de protection. Ainsi même si les instruments provinciaux hors Québec notamment ne protègent pas toutes les libertés fondamentales garanties par la *Charte canadienne* (comme la liberté d'expression ou de religion) cela n'est pas contraire à la norme constitutionnelle.

²⁶³² Voir supra § 393 et s.

²⁶³³ Voir supra § 899 et s.

effet, rappelons que la Cour de justice considère que les États ne peuvent invoquer une atteinte à un droit fondamental constitutionnel pour affecter la validité ou l'effet d'un acte de l'Union²⁶³⁴. Autrement dit en cas de normes contradictoires, quand bien même il s'agirait d'une liberté protégée constitutionnellement par un État et d'un droit garanti par une simple « législation » de l'Union, la norme européenne devra prévaloir²⁶³⁵.

1399 La Cour exige ainsi du juge national qui se trouverait face à un conflit d'écarter la norme nationale. En effet, en principe, la Cour de justice ne se prononce que par rapport à la norme européenne, sans tenir compte de la norme nationale ou de son interprétation²⁶³⁶ : le conflit de normes n'apparaît pas *a priori* devant elle, mais devant le juge national. En réalité, la Cour n'ignore pas l'existence d'un conflit latent lorsqu'elle est saisie d'une affaire dans la mesure où les parties auront tendance à le lui rappeler et qu'elle a développé une technique d'interprétation concrète dans laquelle le droit national tient une place importante. Elle peut donc avoir pleinement conscience du conflit potentiel qui pourrait se jouer devant le juge national sans qu'on puisse nécessairement déceler un conflit de normes au sens strict. Rappelons en effet que du point de vue du droit international, le droit interne est considéré comme un simple fait, tout comme « probablement aussi dans l'ordre juridique de l'Union »²⁶³⁷. Ainsi on pourrait tout aussi bien estimer que devant la Cour européenne, l'existence d'une contradiction entre le droit national et le droit de l'Union relève tout simplement d'une violation de ce dernier et non d'un véritable conflit. Quoi qu'il en soit, la nature concrète du contrôle de la Cour de justice, telle qu'elle apparaît dans le cadre de la procédure préjudicielle notamment, lui permet de se prononcer subrepticement sur la compatibilité d'une norme nationale avec celle de l'Union²⁶³⁸.

1400 D'ailleurs, la Cour de Luxembourg ne s'est pas privée de le faire, et sans grand ménagement pour les normes nationales, même de nature constitutionnelle. L'affaire de l'an 2000 *Tanja Kreil*²⁶³⁹

²⁶³⁴ § 3, CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.*, aff. 11/70, *Rec.* 1970, p. 1128. Voir supra § 779 et s. Voir aussi le § 61 « Il ne saurait en effet être admis que des règles de droit national, fussent-elles d'ordre constitutionnel, portent atteinte à l'unité et à l'efficacité du droit de l'Union » : CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH contre Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. C-409/06, *Rec.* 2010, p. I-08015.

²⁶³⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 631.

²⁶³⁶ Voir supra § 1266 et s.

²⁶³⁷ O. DUBOS, « Inconciliable Primauté. L'identité nationale Sonderweg et Self-Restraint au service du pouvoir des juges? » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 429-443, p. 430.

²⁶³⁸ En ce sens, voir S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., p. 514

²⁶³⁹ CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98, *Rec.* 2000, p. I-00069.

est à cet égard un exemple intéressant²⁶⁴⁰. La question qui était posée à la Cour était celle de savoir si le droit allemand interdisant l'accès aux femmes aux emplois dans l'armée comportant l'usage d'armes (et en les limitant aux seuls secteurs de la santé et de la musique militaire) était conforme à la directive européenne portant sur la non-discrimination entre les hommes et les femmes dans le domaine professionnel²⁶⁴¹. Or le régime législatif allemand sur la question s'appuyait sur les dispositions constitutionnelles portant sur les droits fondamentaux et le service militaire et civil obligatoire qui prévoyaient que les femmes « ne peuvent en aucun cas être employées à un service armé »²⁶⁴². Même si l'article se trouve sous le titre constitutionnel portant sur les droits fondamentaux, on pouvait toutefois se demander si cet article constitutionnel allemand consacrait véritablement un droit fondamental²⁶⁴³.

- 1401 En tout état de cause, ni la fonction de cette interdiction dans l'État allemand ni son fondement constitutionnel en droit national n'ont paru avoir un impact sur le contrôle de la Cour de justice. Elle s'en est tenue à la doctrine de la primauté²⁶⁴⁴ et a estimé que la directive s'opposait « à l'application de dispositions nationales, telles que celles du droit allemand, qui excluent d'une manière générale les femmes des emplois militaires comportant l'utilisation d'armes et qui autorisent seulement leur accès aux services de santé et aux formations de musique militaire »²⁶⁴⁵. La Cour s'est contentée d'un contrôle classique, et examine en particulier la conformité des dispositions allemandes avec l'article 2, paragraphes 2 et 3 de la Directive qui permettent d'une part aux États d'exclure les activités « pour lesquelles, en raison de leur nature ou des conditions

²⁶⁴⁰ On pourrait citer également l'affaire *Michaniki* comme une application prétorienne du principe de primauté sans égard pour la constitution nationale (en l'espèce grecque), ici la directive européenne n'avait pas pour objectif la protection d'un droit fondamental, mais la procédure de passation des marchés publics de travaux : CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec. 2008*, p. I-09999.

²⁶⁴¹ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail.

²⁶⁴² Article 12(a) (4) de la *Loi fondamentale* prévoyait que « Si, en cas d'état de défense, les besoins en services civils des établissements sanitaires et des hôpitaux civils et des hôpitaux militaires fixes ne peuvent être satisfaits sur une base volontaire, les femmes âgées de dix-huit à cinquante-cinq ans révolus peuvent être affectées à ces services par une loi ou en vertu d'une loi. Elles ne peuvent en aucun cas être employées à un service armé ».

²⁶⁴³ La question a été discutée par la doctrine allemande, voir sur ce sujet la note 7 des conclusions de l'Avocat général A. LA PERGOLA dans *Kreil*, préc.

²⁶⁴⁴ En ce sens, voir par exemple C. VAN DE HEYNING, « The European Perspective: From Lingua Franca To a Common Language » dans M. CLAES, et al., dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 181-204, p. 191.

²⁶⁴⁵ Voir le dispositif de l'arrêt, *Kreil*, préc. L'Avocat général était arrivé à la même conclusion, bien qu'on puisse estimer qu'il opère un contrôle prenant en considération de manière plus détaillée les raisons historiques et sociales derrière les dispositions constitutionnelles allemandes. En ce sens C. VAN DE HEYNING, « From Lingua Franca To a Common Language », préc., p. 192.

de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante » et d'autre part de prendre des « dispositions relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité ». La très large portée de l'exclusion de l'armée allemande des femmes n'est pas conforme à l'exigence d'« activités spécifiques » du paragraphe 2 et ne saurait non plus satisfaire le principe de proportionnalité²⁶⁴⁶. En outre, la Cour ne voit pas en quoi l'utilisation d'armes constitue une différence de traitement visant à protéger « la protection de la condition biologique de la femme et, d'autre part, les rapports particuliers entre la femme et son enfant » permise par la Directive²⁶⁴⁷.

- 1402 Sans que la Cour n'y accorde une importance explicite dans sa décision, elle a sans hésiter obligé l'État allemand à modifier sa Constitution²⁶⁴⁸ afin de se conformer au droit à la non-discrimination tel que protégé par le droit européen. Alors que dans bien des affaires, la Cour avait pu ne pas entrer directement en confrontation avec le droit constitutionnel national²⁶⁴⁹, elle inaugure ici une jurisprudence assujettissant directement les constitutions nationales à la protection européenne des droits fondamentaux²⁶⁵⁰.
- 1403 La jurisprudence *Kreil* date d'avant la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, or on pouvait se demander à l'aune des clauses horizontales de cette dernière si la primauté du droit de l'Union ne s'en trouvait pas sinon remise en question, « adoucie »²⁶⁵¹, d'autant que le *Traité de Lisbonne* avait introduit dans l'article 4 § 2 du TUE une clause de sauvegarde des identités nationales²⁶⁵². S'agissant d'éventuel effacement ou limitation de la primauté du droit de l'Union au profit d'une norme nationale, la Cour ne l'a pour l'instant jamais admis²⁶⁵³. En matière de

²⁶⁴⁶ En effet « le fait que les personnels servant dans ces forces puissent être appelés à utiliser des armes ne saurait justifier à lui seul l'exclusion des femmes de l'accès aux emplois militaires » : § 28.

²⁶⁴⁷ § 30 et 31.

²⁶⁴⁸ L'article contesté se lit désormais comme suit, s'agissant des femmes, « elles ne doivent en aucun cas être obligées à accomplir un service armé. »

²⁶⁴⁹ On se rappellera à titre d'exemple du cas de la protection de l'enfant à naître protégé dans la Constitution irlandaise dans CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contre Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685.

²⁶⁵⁰ Voir en ce sens M. CARTABIA, « A Pluralistic Europe of Rights » dans H.-W. MICKLITZ et B. De WITTE, dir., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, pp. 259-277, p. 263.

²⁶⁵¹ E. VAN RIJCKEVORSEL, « Arrêt « Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal » », *RDUE*, 2013, pp. 182-92, spéc. p. 186.

²⁶⁵² Un autre argument de poids militait en faveur d'une primauté relativisée : les contestations dont elle fait l'objet devant les juridictions nationales, nous y reviendrons en infra § 1656 et s.

²⁶⁵³ O. DUBOS, « Inconciliable Primauté », préc., p. 431.

droits et libertés, elle a même affirmé dans l'affaire *Melloni* de 2013 que l'article 53 de la *Charte des droits fondamentaux* ne pouvait en aucun cas venir limiter la portée²⁶⁵⁴.

1404 Rappelons que l'article 53 de la *Charte* porte sur les niveaux de protection et se lit comme suit :

« Aucune disposition de la présente Charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, ou tous les États membres, et notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des États membres ».

1405 Cette clause pose bien des interrogations sur la gestion des droits et libertés dans l'hypothèse d'une multiplicité des sources de protection, et nous esquisserons d'ailleurs l'idée qu'elle était susceptible d'introduire une logique horizontale²⁶⁵⁵. Nous devons pourtant constater dès à présent que l'interprétation de la Cour de justice qui a prévalu dans *Melloni* a plutôt démontré un attachement sans faille à la primauté du droit de l'Union. En effet, une des interprétations possibles de l'article 53²⁶⁵⁶ était de considérer que dans la mesure où un droit fondamental issu d'un instrument extérieur à la *Charte*, par exemple une constitution nationale, procure à l'individu un niveau de protection supérieur à celle-ci, alors il devait prévaloir sur celui reconnu par la *Charte de l'Union*. Cette clause horizontale pouvait donc potentiellement limiter la primauté du droit de l'Union afin de permettre une protection maximale des libertés²⁶⁵⁷.

1406 C'est précisément la question qui se posait l'affaire *Melloni*²⁶⁵⁸ dans le cadre du mandat d'arrêt européen²⁶⁵⁹. Cette décision-cadre européenne²⁶⁶⁰ est fondée sur le principe de reconnaissance

²⁶⁵⁴ CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, *Rec. numérique*.

²⁶⁵⁵ Voir infra § 1722 et s. Cette clause vise en effet davantage la régulation des divergences de standard comme nous le verrons, ici la question est simplement de savoir si elle est susceptible d'apporter des exceptions ou entorses au principe de primauté en tant que solution hiérarchique.

²⁶⁵⁶ Par exemple, le Tribunal *Constitucional* espagnol envisageait trois interprétations possibles de l'article 53 que l'Avocat général a repris dans ses conclusions § 90 et s. *Melloni*, préc. Nous y reviendrons plus tard.

²⁶⁵⁷ La question s'est posée dès 2001 voir : J. B. LIISBERG, « Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 1171-1199.

²⁶⁵⁸ On notera en outre que cette affaire inaugure la première question préjudicielle posée par le Tribunal constitutionnel espagnol, sur cette question et la vision du Tribunal avant que la décision n'ait été rendue voir A. TORRES PÉREZ, « Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011 », *E.C.L. Review*, vol. 8, 2012, pp. 105-127.

²⁶⁵⁹ L'Avocat général Bot, dans ses conclusions du 2 octobre 2012 estime plus généralement que « la présente affaire constitue une bonne illustration de la manière dont il convient d'envisager la coexistence des différents instruments de protection des droits fondamentaux » § 2, *Melloni*, préc.

²⁶⁶⁰ Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, *JO L* 190, p. 1, modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, *JO L* 81, p. 24.

mutuelle et de coopération pénale entre États et prévoit précisément les modalités visant à remplacer les extraditions multilatérales entre États membres. Dans le cas d'espèce, était en cause l'extradition par l'Espagne de M. Melloni vers l'Italie, et ceci dans un contexte particulier puisque ce dernier avait été condamné par défaut par les juridictions italiennes. Or la décision-cadre prévoit exhaustivement et précisément les hypothèses dans lesquelles les autorités judiciaires peuvent refuser d'exécuter le mandat d'arrêt européen, y compris lorsque l'intéressé n'avait pas comparu à son procès. La protection des droits fondamentaux, ici, les exigences liées au procès équitable, était particulièrement importante, sauf que les garanties offertes entre l'Union et la Constitution espagnole se sont avérées différentes. Pour résumer, cette dernière conférait des droits plus élevés dans la mesure où elle exige que la condamnation puisse être révisée lorsqu'elle a été prononcée en l'absence de l'intéressé, ce qui en l'espèce militait pour que les juges espagnols subordonnent l'exécution du mandat européen à la condition que les juges italiens révisent la condamnation prononcée par défaut. Or la Cour de justice estime que ce cas de figure n'est pas prévu par la décision-cadre²⁶⁶¹ sans que celle-ci ne porte atteinte aux droits de la défense de l'intéressé²⁶⁶².

- 1407 Nous étions bien dans une hypothèse dans laquelle un droit fondamental supplémentaire à celui de l'Union était accordé par le droit constitutionnel espagnol. Il était donc demandé à la Cour de Luxembourg si ce droit pouvait être mis en œuvre par les juridictions espagnoles sur le fondement de l'article 53 de la *Charte*, ce qui se traduisait par une subordination du mandat d'arrêt européen à une condition non prévue par la décision-cadre : celle que la condamnation puisse être révisée dans l'État membre d'émission. La Cour y répond par la négative, car une telle interprétation de l'article 53 :

²⁶⁶¹ *Melloni*, préc., § 40 « Il en résulte que cet article 4 bis, paragraphe 1, s'oppose, dans ces quatre cas de figure, à ce que l'autorité judiciaire d'exécution subordonne la remise d'une personne condamnée par défaut à la possibilité d'une révision en sa présence du jugement de condamnation ».

²⁶⁶² *Ibid.* § 44. Elle précise en outre que « En ce qui concerne la portée du droit à un recours effectif et à un procès équitable prévu à l'article 47 de la *Charte* ainsi que des droits de la défense garantis par l'article 48, paragraphe 2, de celle-ci, il convient de préciser que, si le droit de l'accusé de comparaître en personne au procès constitue un élément essentiel du droit à un procès équitable, ce droit n'est pas absolu » § 49. Voir aussi les §73 à 87 des conclusions de l'Avocat général dans lesquels il détaille les motifs tendant à la conformité des dispositions de la décision-cadre contestées avec la *Charte*, mais aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon lui « que l'article 4 bis, paragraphe 1, de la décision-cadre respecte non seulement les exigences ainsi dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme, mais procède également à leur codification aux fins de garantir leur application en cas d'exécution d'un mandat d'arrêt européen délivré aux fins d'exécuter une décision rendue à l'issue d'un procès auquel l'intéressé n'a pas comparu en personne », § 80.

« porterait atteinte au principe de la primauté du droit de l'Union, en ce qu'elle permettrait à un État membre de faire obstacle à l'application d'actes du droit de l'Union pleinement conformes à la Charte, dès lors qu'ils ne respecteraient pas les droits fondamentaux garantis par la Constitution de cet État »²⁶⁶³.

1408 La primauté du droit de l'Union, y compris le droit dérivé, est donc à nouveau rappelée et le droit national constitutionnel des libertés demeure considéré comme un « fait » qui ne « saurait affecter l'effet du droit de l'Union sur le territoire de cet État »²⁶⁶⁴. Autrement dit, l'effet quelconque de l'article 53 de la *Charte* sur la gestion de la pluralité des sources de protection des libertés²⁶⁶⁵ ne saurait en aucun cas porter atteinte au principe essentiel au plurijuridisme européen aux yeux de la Cour : la primauté. Ainsi, la question du niveau de protection des droits fondamentaux « se voit conférer qu'un caractère secondaire, car elle doit s'effacer, le cas échéant, devant la règle de conflit de la primauté du droit de l'Union que commandent les impératifs d'unité et d'effectivité de ce droit »²⁶⁶⁶.

1409 La Cour estime en effet que permettre à un État membre d'ajouter seul une condition à l'exécution du mandat d'arrêt européen, quand bien même elle trouverait son fondement dans les droits et libertés constitutionnels :

« aboutirait, en remettant en cause l'uniformité du standard de protection des droits fondamentaux défini par cette décision-cadre, à porter atteinte aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelles que celle-ci tend à conforter et, partant, à compromettre l'effectivité de ladite décision-cadre »²⁶⁶⁷.

1410 Primauté ou uniformité, on peut se demander lequel des deux objectifs la Cour de justice a voulu le plus sauvegarder ici. Nous savons que pour la Cour ces deux qualités sont essentielles à l'effectivité du droit de l'Union²⁶⁶⁸ dont elle demeure assurément la gardienne opiniâtre. La Cour n'a pu en outre être que sensible à la volonté expresse du législateur de l'Union de prévoir de manière exhaustive les cas de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen, sans pour autant bafouer les droits de la défense²⁶⁶⁹, d'autant qu'ici l'accord des États était *a priori* acquis puisque la décision avait été prise par l'ensemble des États membres. On peut en outre reconnaître avec

²⁶⁶³ § 58, *ibid.*

²⁶⁶⁴ § 59, *ibid.* Voir dans le même sens les § 97 à 100 des conclusions de l'Avocat général.

²⁶⁶⁵ Nous reviendrons sur ce possible effet de l'article 53 en *infra* § 1722 et s.

²⁶⁶⁶ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTDE*, 2013, pp. 267-292. (p. ?? niveau de la nbp 80).

²⁶⁶⁷ § 63, *Melloni*, préc. Voir dans le même sens § 101 et s. des conclusions de l'Avocat général.

²⁶⁶⁸ Voir *supra* § 393 et s.

²⁶⁶⁹ Voir en ce sens les conclusions de l'Avocat général Bot, § 65 à 70, *Melloni*, préc.

l'Avocat général que dans le cas du mandat d'arrêt européen, l'uniformité des conditions d'extradition était sans doute indispensable à l'effectivité du régime juridique européen²⁶⁷⁰.

1411 Quoi qu'il en soit, l'affirmation quasi dogmatique²⁶⁷¹ et réitérée²⁶⁷² de la « primauté de la primauté » par la Cour de Luxembourg démontre son inflexibilité quant à la hiérarchie qu'elle entend imposer aux États, voire son autoritarisme dans sa volonté de privilégier l'unité du droit de l'Union²⁶⁷³. Pour autant, cette hiérarchie est loin de résoudre toutes les questions tenant à la coexistence des droits fondamentaux dans un espace plurijuridique²⁶⁷⁴.

II. Une coexistence non entièrement résolue par la hiérarchie : la persistance des concurrences

1412 La solution hiérarchique à la mise en ordre de la pluralité des protections des droits fondamentaux dans un espace plurijuridique est loin d'être une panacée. La première limite tient à ce que la hiérarchie est une règle permettant de trancher des conflits de normes ; or en l'absence de tels conflits, d'incompatibilités, elle s'avère inefficace (A). Elle est également insignifiante si on l'envisage comme une règle permettant de choisir entre les droits fondamentaux (B).

A. Une résolution hiérarchique des seules incompatibilités

1413 La hiérarchie des normes est une règle permettant de trancher lorsque deux normes se confrontent, leur contenu étant incompatible. Mais en dehors de cette hypothèse, c'est-à-dire lorsque deux normes de protection des droits fondamentaux sont différentes, elles aboutissent à un résultat distinct, mais ne se contredisent pas, alors de quel secours est la règle hiérarchique ?

²⁶⁷⁰ Ainsi « la création d'un système à géométrie variable de ce type encouragerait les délinquants à se réfugier dans les États membres dont les normes constitutionnelles offrent une meilleure protection que les autres, en portant ainsi atteinte à l'efficacité de la décision-cadre » § 103.

²⁶⁷¹ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel - Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *CDE*, vol. 2, 2013, pp. 293-317, spéc. p. 309.

²⁶⁷² Voir aussi dans le contexte de l'éventuelle interférence du système conventionnel européen dans les rapports de l'Union et des États membres : CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme* n°2/13, non encore publié., § 166, 188 et 189.

²⁶⁷³ En comparaison avec la Cour suprême des États-Unis, « La Cour de justice en a décidé autrement, optant pour une voie apparemment plus simple et certainement plus autoritaire : le caractère plus favorable du niveau national de protection des droits fondamentaux n'est pas un argument suffisant, en l'espèce, pour écarter l'application uniforme du droit européen dérivé ». É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc., p. 296.

²⁶⁷⁴ D'autant plus qu'elle est en partie contestée par les États européens : voir infra § 1661 et s.

- 1414 Par exemple au Canada les clauses limitatives des droits sont rédigées de façon distincte dans la *Charte canadienne* et dans la *Charte québécoise*²⁶⁷⁵. La formulation de la disposition québécoise a pu être interprétée comme accordant plus de déférence au législateur²⁶⁷⁶. Ainsi les deux normes, dont la fonction est très similaire, peuvent potentiellement aboutir à des conclusions différentes dans un litige donné, sans qu'on puisse pour autant soutenir que la clause québécoise soit incompatible avec la *Charte canadienne*. La hiérarchie ne semble d'aucune aide ici.
- 1415 On peut faire des constats comparables lorsqu'on étudie les formulations différentes des droits fondamentaux. Pour prendre un exemple européen, on pourrait se demander si la protection de la liberté de conscience et de religion en France ne passe pas davantage par une reconnaissance négative, un droit à la non-discrimination en fonction de ses croyances, même religieuses²⁶⁷⁷, alors que la *Charte de l'Union* mentionne sans équivoque un « droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion »²⁶⁷⁸. En réalité la situation se complique dans la mesure où chacun de ces droits va faire l'objet d'interprétations prétorienne, parfois convergentes, parfois divergentes²⁶⁷⁹. Bref, les normes de garanties ne sont pas nécessairement contradictoires, mais les standards de protection des libertés sont dissemblables. Une différence non contradictoire entre les standards de protection laisse tant au Canada que dans l'Union européenne, une place à la concurrence et la superposition des droits et libertés et peut donc laisser subsister non pas des conflits au sens strict, mais des tensions dues à cette pluralité.
- 1416 Au Canada, la situation est particulièrement limpide dans la mesure où la hiérarchie conditionne la validité des normes inférieures. Une fois le cap de la validité franchi, ou si celle-ci n'est pas contestée, rien n'empêche l'application simultanée de deux normes de protection concurrentes

²⁶⁷⁵ Article 1^{er} de la *Charte canadienne* « 1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. » Article 9.1 de la *Charte québécoise* « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. »

²⁶⁷⁶ Voir par exemple A. MOREL, « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », *R.D.U.S.*, vol. 17, 1986, pp. 49-84, spéc. p. 70 et s. Nous reviendrons plus tard sur cette question.

²⁶⁷⁷ Article 10 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ». Voir aussi le préambule de la Constitution française de 1946. En ce sens, voir X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Lextenso Éditions, 2013, 661 p., p. 493.

²⁶⁷⁸ Article 10 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*.

²⁶⁷⁹ Ainsi en réalité l'interprétation de la liberté de religion par le Conseil constitutionnel français est élargie à une véritable liberté religieuse, voir : Conseil Constitutionnel, 7 octobre 2010, 2010-613 DC, « *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ».

dès lors que leur champ d'application respectif se chevauche dans un cas précis. La persistance des instruments non constitutionnels a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada²⁶⁸⁰.

- 1417 Dans l'Union européenne, la jurisprudence de principe *Melloni* pouvait nous faire douter de la persistance d'une concurrence dans la mesure où la primauté du droit de l'Union semble écraser les normes de protection nationales. On pourrait ainsi être tenté de croire que la place respective de chacun des instruments de protection serait déterminée uniquement par leur champ d'application respectif. Autrement dit, une fois établi que la *Charte de l'Union* trouve à s'appliquer au litige, elle ne laisserait subsister aucune concurrence. La thèse de l'exclusivité de l'application de la *Charte* a, outre le défaut d'avoir un fort impact homogénéisateur, la faiblesse de faire de l'article 53 une clause redondante par rapport à l'article 51 sur le champ d'application²⁶⁸¹. Elle n'a pas été retenue par la Cour. Elle affirme, tout comme dans l'affaire *Fransson* du même jour que :

« Certes, l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »²⁶⁸².

- 1418 La Cour de Luxembourg apporte ainsi deux limites, dont la plus importante est certainement le principe de primauté, mais n'exclut donc pas l'application cumulative des standards de protection nationaux des libertés. La concurrence des standards n'a donc pas été exclue même s'il reste à en délimiter son maniement.
- 1419 À cet égard, tant au Canada qu'en Europe, la hiérarchie ne saurait être considérée comme une solution à la concurrence des standards de protection.
- 1420 Au Canada, une mise en ordre hiérarchique des concurrences des standards des droits et libertés impliquerait que la priorité d'application soit systématiquement donnée à la *Charte canadienne* aux dépens des autres instruments. Or rien de tel ne ressort de la jurisprudence de la Cour qui a

²⁶⁸⁰ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

²⁶⁸¹ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection », préc. L'article 53 aurait ainsi été privé d'« effet utile ».

²⁶⁸² § 60, *Melloni*, préc. § 29, CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, *Rec. numérique*.

indubitablement continué d'appliquer les instruments quasi constitutionnels même lorsque la *Charte canadienne* était applicable²⁶⁸³. D'autre part, une telle priorité anéantirait les possibles « effets cumulatifs » dont parlait le juge Beetz²⁶⁸⁴ et plus largement réduirait au silence les droits fondamentaux quasi constitutionnels ayant vocation à s'imposer à l'État, domaine concurrent avec la *Charte canadienne*.

- 1421 De la même manière en Europe, la priorité systématique donnée à la *Charte de l'Union* aurait exactement les mêmes effets puisqu'elle lui donnerait *de facto* l'exclusivité d'application et la pluralité des instruments de protection ne dépendrait plus que de la délimitation du champ d'application de la *Charte*.
- 1422 Finalement dans les deux cas, la hiérarchie n'est qu'un préalable soit à la validité de la norme quasi constitutionnelle au Canada soit à l'effectivité de la norme européenne. Lui donner un autre effet reviendrait à mettre considérablement en danger la pluralité des sources de protection et ses avantages en se remettant uniquement aux champs d'application matériels des instruments englobants qui sont, on l'a vu, relativement larges.
- 1423 Une autre hypothèse dans laquelle la hiérarchie pourrait apporter une aide à la gestion des multiples des standards des libertés serait de considérer qu'il puisse exister une hiérarchie entre les droits fondamentaux.

B. L'absence de hiérarchie matérielle entre droits fondamentaux

- 1424 L'hypothèse d'une hiérarchie matérielle entre les libertés²⁶⁸⁵ permettrait de trancher certaines hypothèses où un droit protégé par un instrument donné se trouve confronté à un autre droit fondamental garanti par une autre norme.
- 1425 Par exemple, le droit à la propriété privée, tel que garanti par la *Charte québécoise*, peut se trouver confronté à la liberté de religion telle que protégée par la *Charte canadienne*. La supériorité de principe de l'un ou l'autre droit permettrait de résoudre le problème. Sauf qu'en

²⁶⁸³ Voir *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Exemple sur lequel nous reviendrons.

²⁶⁸⁴ § 85, *Singh*, préc. Voir supra § 1056.

²⁶⁸⁵ Sur cette question voir S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., 541 et s. L'auteur explique notamment que certains membres de la doctrine française ont pu estimer que les droits de première génération, de nature individuelle, devraient primer sur ceux de la seconde génération, plus collectifs. Pour une analyse théorique voir : V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Raisonement juridique et pluralité des valeurs : Les conflits axio-téléologiques de normes », en ligne: *Analisi e diritto*, 2001, <www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/.../3champeildesplats.pdf>.

réalité, la *Charte québécoise* protégeant également la liberté de religion, cette hypothèse ne saurait être considérée comme uniquement un problème de coexistence entre les Chartes²⁶⁸⁶. On peine en réalité à imaginer les hypothèses d'école dans lesquelles une telle règle aurait une utilité au Canada²⁶⁸⁷. En tout état de cause, une hiérarchie matérielle entre les droits fondamentaux est globalement refusée par la Cour suprême du Canada, y compris au sein d'un même instrument²⁶⁸⁸. Reste toutefois à envisager que l'on puisse déduire une hiérarchie entre les droits et libertés constitutionnels en fonction du champ d'application matérielle de la clause nonobstant (article 33 de la *Charte canadienne*), qui on l'a vu exclut la possibilité de déroger aux droits « typiquement canadiens »²⁶⁸⁹. En dehors de certaines hypothèses²⁶⁹⁰, l'affaire *Whatcott* opposant la liberté de conscience et de religion avec le droit à la non-discrimination ou encore l'affaire *R. c. N.S.*²⁶⁹¹ sont des illustrations récentes d'une hiérarchie matérielle introuvable : le juge doit trouver un équilibre au cas par cas entre les libertés concurrentes²⁶⁹². La difficile tâche du juge est donc de trouver le moyen de réconcilier ou de pondérer les divers intérêts protégés par les droits fondamentaux sans que les uns ou les autres aient *a priori* une supériorité²⁶⁹³.

²⁶⁸⁶ Voir sur ce problème l'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. Voir infra § 1648.

²⁶⁸⁷ On peut toutefois penser que le droit à la mobilité canadienne puisse se trouver confronté au droit de propriété québécois, dans des circonstances concrètes qui restent à inventer.

²⁶⁸⁸ On notera toutefois que lorsque la Cour affirme que les formes d'expression violentes ne peuvent relever de la liberté d'expression, elle fait ce faisant primer l'intégrité et la sécurité de la personne sur la liberté d'expression.

²⁶⁸⁹ Voir A. BINETTE, « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », *R. du B.*, vol. 63, 2003, pp. 107-149.

²⁶⁹⁰ On peut penser aux cas spécifiques des droits linguistiques et des droits confessionnels qui l'emportent sur le droit à l'égalité (voir par exemple *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609).

²⁶⁹¹ *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726. Dans une affaire de droit criminel, la victime demandait à pouvoir porter son niqab pendant son témoignage au procès : était donc confrontée la liberté religieuse avec le droit de présenter une défense pleine et entière, deux droits protégés par la *Charte canadienne*.

²⁶⁹² *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. par. 72. Pour une affirmation récente voir par exemple *R. c. N.S.*, préc., § 52 « (...) notre jurisprudence nous enseigne que, en cas de conflit entre des droits, il convient de concilier ceux-ci au moyen d'un accommodement si possible, et à la fin, si le conflit ne peut être évité, au moyen d'une pondération au cas par cas ». En ce sens : D. KOUSSENS, S. BERNATCHEZ et M.-P. ROBERT, « Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux », *Can.J.L. & Society*, vol. 29, 2014, pp. 77-92, spéc. p. 87 et s. Pour une analyse critique de la décision mettant en avant la différence entre la conciliation des droits et leur pondération contextuelle, voir R. K. AGARWAL et C. DI CARLO, « The Re-emergence of a Clash of Rights: A Critical Analysis of the Supreme Court of Canada's Decision in *R. v. S. (N.)* », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 143-206.

²⁶⁹³ Cela étant dit, il est toutefois possible de chercher tout au long des étapes du raisonnement prétorien des droits et libertés, des « marqueurs hiérarchiques » tendant à démontrer la supériorité matérielle d'un droit sur un autre: voir en ce sens L.-P. LAMPRON et E. BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile? », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 91-141. Les auteurs utilisent certains critères (comme la portée de la protection d'un droit, l'existence d'un volet négatif, les critères de justification d'une atteinte etc.) pour identifier par exemple une différenciation hiérarchique entre la liberté d'expression et celle des convictions religieuses.

- 1426 En ce qui concerne les peuples autochtones du Canada, on pourrait être tenté de voir en l'article 25 une disposition permettant *a priori* de faire primer les droits collectifs des autochtones sur leurs droits individuels protégés par la *Charte canadienne* notamment. En effet, la coexistence entre les droits des peuples autochtones, tels que protégés par l'article 35 de la Constitution notamment, et les libertés individuelles est parfois appréhendée comme un problème de conflit entre droits collectifs, y compris celui de se gouverner, et libertés individuelles²⁶⁹⁴. L'ambiguïté de cette clause n'ayant toujours pas été levée par la jurisprudence, on peut se poser la question d'une primauté de principe des droits ou libertés « ancestraux, issus de traités ou autres » ceux « reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763 » ou « issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis »²⁶⁹⁵ sur les autres libertés se rapportant à la personne en tant que telle garanties par la *Charte*. S'agissant des contestations internes aux communautés autochtones²⁶⁹⁶, cette interprétation de l'article 25 semble douteuse dans la mesure où le texte requiert non une primauté absolue, mais l'absence d'une atteinte. Or on voit mal comment l'évaluation de l'atteinte à un droit collectif autochtone pourrait se faire en dehors de toute approche casuistique. Tant l'approche jurisprudentielle en matière de droits autochtones²⁶⁹⁷, que celle relative au contentieux des libertés démontrent un attachement à la pesée des intérêts et la recherche d'équilibres selon les enjeux de l'espèce. Il ne paraît donc ni probable ni souhaitable que l'article 25 serve à faire prévaloir systématiquement et sans analyse approfondie des différents droits en question et de leurs limites respectives²⁶⁹⁸.
- 1427 La Cour de justice de l'Union européenne procède de la même manière et ne reconnaît pas de prévalence de principe d'un droit sur l'autre. La question a toutefois une pertinence spécifique à

²⁶⁹⁴ Voir supra, § 989 et s. sur les clauses portant *in fine* sur le champ d'application. Voir par exemple T. ISAAC, « Canadian Charter of Rights and Freedoms: the Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 21, 2002, pp. 431-53, spéc. p. 445 et s.

²⁶⁹⁵ Article 25 de la *Charte canadienne*.

²⁶⁹⁶ Il est en revanche reconnu que les contestations individuelles externes aux groupes autochtones ne pourront prospérer. Par exemple un droit issu de traités prévoyant un droit prioritaire de chasse pour les autochtones ne pourra pas être contesté par un non-autochtone sur le fondement de l'article 15 de la *Charte* comme étant discriminatoire. Voir infra § 1090 et s. et notamment l'opinion concordante dans *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.)

²⁶⁹⁷ Voir supra § 579 et s. sur les limites des droits ancestraux par exemple.

²⁶⁹⁸ Ceci rejoint l'argument que nous avons développé quant à l'effet de bouclier total de l'article 25 à l'égard de la *Charte* puisqu'au final une primauté substantielle automatique des droits collectifs autochtones sur les droits individuels reviendrait sensiblement au même. Voir supra § 1094. En ce sens, voir D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc., pp. 69-72. Nous reviendrons en infra (notamment § 1549 et s.) sur l'argumentation permettant d'expliquer que par exemple des droits issus de traités instaurant des préférences en faveur des autochtones (comme des droits prioritaires de chasse) ne peuvent être annulés pour violation de l'article 15 de la *Charte canadienne* garantissant la non-discrimination,

l'Union. En effet, les libertés fondamentales, notamment les grandes libertés de circulation, que nous avons qualifiées de droits au service de l'Union²⁶⁹⁹, sont souvent confrontées aux autres droits fondamentaux, qui ont pu être mobilisés par les États comme des motifs légitimes d'atteinte ou de dérogation à ces libertés²⁷⁰⁰. La question de la protection de la vie de l'enfant à naître a ainsi ressurgi à l'occasion d'une question de liberté de circulation dans *Grogan*²⁷⁰¹.

- 1428 Si la doctrine a souvent reproché à la Cour européenne de favoriser au final les libertés au service du marché commun²⁷⁰², force est de constater que ces libertés ne sont pas considérées *a priori* comme étant supérieures aux autres droits fondamentaux. La Cour recherche empiriquement comment concilier les deux droits et les place sur un pied d'égalité, au moins en principe. Par exemple dans la célèbre affaire *Schmidberger*²⁷⁰³, le requérant estimait que la décision des autorités autrichiennes de ne pas interdire le blocage d'une autoroute par des manifestations écologistes enfreignait le droit communautaire, car elle constituait une entrave à la libre circulation des marchandises. La juridiction de renvoi posait explicitement la question de savoir si la liberté fondamentale en cause prévalait sur les droits fondamentaux, à savoir les libertés d'expression et de réunion. Le juge de Luxembourg y répond par la négative et explique que les droits fondamentaux « constitue (ent) un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale » et que les deux exigences doivent donc faire l'objet d'une conciliation²⁷⁰⁴ propre au cas d'espèce²⁷⁰⁵. En l'espèce, la Cour conclut à l'absence de violation de libre circulation et

²⁶⁹⁹ Voir supra § 637 et s., 689 et s. et 767 et s.

²⁷⁰⁰ Sur cette question, voir J. MORIJN, « Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution », *ELJ*, vol. 12, 2006, pp. 15-40; G. MARTI, « La conciliation entre les droits et libertés dans la mise en œuvre des libertés communautaires de circulation » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 283-317.

²⁷⁰¹ *Grogan*, préc. Plus généralement sur les relations entre le droit à la vie et la liberté de circulation voir N. N. SHUIBHNE, « Margins of Appreciation : National Value, Fundamental Rights and EC Free Movement Law », *ELR*, vol. 34, 2009, pp. 230-256, spéc. p. 246 et s.

²⁷⁰² J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *CML Rev.*, vol. 29, 1992, pp. 669-692, spéc. p. 690 et s.

²⁷⁰³ CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec. 2003*, p. I-05659.

²⁷⁰⁴ § 74 et § 77 « La présente affaire soulève ainsi la question de la conciliation nécessaire des exigences de la protection des droits fondamentaux dans la Communauté avec celles découlant d'une liberté fondamentale consacrée par le traité et, plus particulièrement, la question de la portée respective des libertés d'expression et de réunion, garanties par les articles 10 et 11 de la CEDH, et de la libre circulation des marchandises, lorsque les premières sont invoquées en tant que justification d'une restriction à la seconde. »

²⁷⁰⁵ § 81 « il convient de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts ».

rejette ainsi la thèse d'une prévalence des libertés propres à la construction communautaire sur les autres droits et libertés²⁷⁰⁶. En revanche dans d'autres affaires, elle a pu aboutir à des solutions inverses²⁷⁰⁷.

- 1429 La hiérarchie matérielle entre les droits et libertés ne trouve donc aucun fondement jurisprudentiel ni au Canada ni dans l'Union européenne, et quoi qu'il en soit elle aurait été bien peu opérationnelle pour gérer la pluralité des protections. Au contraire, une éventuelle prééminence de principe des droits économiques (comme la libre circulation des marchandises) ou bien des droits individuels sur les droits collectifs attiserait probablement les tensions et frictions entre les différentes valeurs présentes dans un espace plurijuridique. D'autant plus que l'on constate d'ores et déjà des contestations dues à une application hiérarchique du juge suprême considérée souvent comme trop inflexible²⁷⁰⁸.

Conclusion de la section 1

- 1430 Le constat d'une interprétation descendante à effet homogénéisateur de la part du juge suprême est bel et bien une réalité lorsque l'on examine la résolution des éventuels conflits entre les normes de protection des libertés dans les deux espaces plurijuridiques. On notera à cet égard la place transversale du droit à la non-discrimination qu'entendent protéger avec force les deux juridictions.
- 1431 La justification d'une application aussi implacable du principe hiérarchique s'explique dans les deux cas par son importance au sein des plurijuridismes étudiés. La hiérarchie sert ce faisant deux fonctions distinctes au Canada et dans l'Union, mais tout aussi vitale et incontournable aux yeux des juges suprêmes. Cette logique verticale inflexible doit toutefois être relativisée par son

²⁷⁰⁶ En ce sens, voir C. KOMBOS, « Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity », *EPL*, vol. 12, 2006, pp. 433-460, spéc. p. 448 et s. Pour une opinion contraire voir S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et politique dans la détermination des contours de l'office du juge » dans J.-C. MASCLET, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, 2010, pp. 775-794, p. 788. Selon l'auteur, c'est à titre de dérogation qu'un droit fondamental peut faire échec à une liberté fondamentale ce qui entretient « un rapport nécessairement inégal avec les libertés économiques fondamentales ».

²⁷⁰⁷ Voir les affaires CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec. 2007*, p. I-10779; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec. 2007*, p. I-11767. Ces affaires concernaient cette fois-ci des droits sociaux fondamentaux qui ont dû céder aux libertés économiques ce qui fut très critiqué par la doctrine. Voir M. COLUCCI, « L'avenir de l'Union européenne entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux », *RDUE*, 2009, pp. 55-72; C. NIVARD, « Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires », *RTDH*, vol. 76, 2008, pp. 1191-1207.

²⁷⁰⁸ Voir infra § 1633 et s.

application somme toute assez rare ou minoritaire. En effet, les conflits de normes de protection sont en fait réduits aux cas de véritables incompatibilités ce qui amoindrit d'autant les cas contentieux où la règle hiérarchique trouve à s'appliquer. De la même manière, la hiérarchie ne saurait être une solution pour faire primer *a priori* certains droits fondamentaux sur d'autres selon leur contenu. C'est heureux, car une telle règle aurait sans doute favorisé les droits et libertés au service de la politique englobante. Ainsi la règle de conflit hiérarchique apparaît d'un intérêt limité à la gestion des concurrences de protection des libertés, ce qui laisse en revanche une place à la diversité des garanties.

- 1432 Or, les juges suprêmes ont bien trouvé d'autres moyens pour régir la concurrence normative des protections. Cependant, il n'est pas certain qu'ils soient à même de favoriser la diversité. En effet, dans la mesure où les instruments de protection « englobés » survivent à la solution hiérarchique, ils pourront non seulement trouver une application concrète, mais pourront aussi servir de prisme interprétatif aux Chartes englobantes. Mais cette interprétation « à la lumière » des autres normes de protection peut aboutir à une logique verticale dès lors qu'il s'agit d'aligner les standards à la faveur d'une garantie unique englobante s'imposant à tous. Ce mécanisme de convergence a certes pour avantage d'effacer les différences et avec elles les éventuels conflits ainsi que la solution hiérarchique qui en découle. Cela étant, il ne permet pas non plus de s'en différencier suffisamment, lorsqu'il procède de la même logique verticale aux effets homogénéisateurs.

Section 2. La convergence maîtrisée par le juge suprême : la détermination de standards communs

- 1433 L'interprétation convergente est une technique prétorienne que l'on peut considérer comme se situant à l'opposé de la méthode conflictuelle dans la mesure où elle a pour objectif d'éliminer les éventuelles contradictions entre les droits fondamentaux ce qui permet précisément d'éviter les situations de conflits. Effacer l'antinomie au niveau du contenu du standard permet d'aboutir à une application simultanée des différentes normes de protection des libertés, mais grâce à l'utilisation *in fine* d'un unique standard.
- 1434 La méthode a donc pour avantage d'effacer les conflits de droits entre les niveaux de protection, et de simplifier grandement le droit des libertés, mais la proximité de contenu des différents droits induite par l'interprétation du juge suprême, a pour conséquence une véritable homogénéisation. Aussi nous constaterons dans les deux espaces étudiés, que derrière une

logique de fertilisation croisée des standards de protection peut se cacher une convergence parfois forcée. Autrement dit, la logique descendante trouve ici son fondement dans un alignement prétorien des standards, car de la pluralité des instruments ou d'un instrument pluraliste, les juges canadiens (I) ou de l'Union européenne (II) peuvent tirer une interprétation uniforme des régimes juridiques des libertés.

I. Au Canada, un alignement des standards pas toujours justifié : vers l'effacement des différences des protections ?

1435 Il est possible d'observer une convergence des standards de protection au Canada dans plusieurs cas de figure et concernant différents droits.

A. La convergence observée en cas de concurrence directe entre les normes

1436 Lorsque deux normes de protection des libertés ont chacune vocation à s'appliquer dans une même affaire, on parlera alors de concurrence directe, le juge peut choisir de contrôler la conformité de la mesure en cause vis-à-vis des deux normes tout en effectuant un test unique, en recourant aux mêmes critères et donc à la même conclusion.

1437 C'est par exemple ce qu'il s'est produit dans la célèbre affaire *Ford c. Québec*²⁷⁰⁹. Rappelons qu'il s'agissait de savoir si la *Charte de la langue française* prévoyant un affichage commercial uniquement en français comportait des dispositions qui violaient la liberté d'expression et le cas échéant si la restriction pouvait être justifiée. Or cette liberté est protégée à la fois par la *Charte canadienne* (art. 2b) et la *Charte québécoise* (art. 3) et est soumise à leurs clauses limitatives respectives (article 1^{er} de la *Charte canadienne* et 9.1 de la *Charte québécoise*). La Cour suprême fait en l'espèce une application simultanée des deux instruments²⁷¹⁰, et conclut à la violation non justifiée à l'égard des deux chartes. Elle utilise un unique raisonnement, commun aux deux normes de protection, pour savoir si la liberté d'expression comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix²⁷¹¹, ou si elle s'étend à l'expression commerciale²⁷¹² ou encore si la restriction imposée par la législation québécoise peut se justifier en vertu des clauses

²⁷⁰⁹ *Ford*, préc.

²⁷¹⁰ La seule différence est une question d'applicabilité *ratione temporis* puisqu'en raison de l'utilisation de la clause nonobstant par le Québec en 1982, la *Charte canadienne* s'applique à partir du 23 juin 1987 tandis que la *Charte québécoise* s'appliquait dès le 1^{er} janvier 1986.

²⁷¹¹ *Ford*, préc., § 39 et s.

²⁷¹² *Ibid.*, § 45 et s. en particulier § 59.

limitatives²⁷¹³. L'alignement du contenu de la liberté d'expression protégée par les Chartes semble aller de soi et ne fait l'objet d'aucune explication²⁷¹⁴.

- 1438 La Cour prend en revanche la peine de préciser au sujet des clauses limitatives, formulées de façon distincte, qu'elles ont un objet et un effet similaires. La Cour suprême note d'ailleurs cette différence textuelle, mais refuse de tirer la conséquence suggérée par le Procureur général du Québec de réduire le contrôle fondé sur l'article 9.1 au but du législateur et non sur les moyens choisis pour réaliser le but ou l'objet de la loi. Ceci laisserait selon la Cour « un pouvoir législatif aussi large, et presque illimité » de restreindre les libertés. Elle estime ce faisant que « l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte canadienne* et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel »²⁷¹⁵. Les conclusions tirées par la Cour aboutissant à la violation non justifiée de la liberté d'expression sont donc strictement identiques entre les deux Chartes.
- 1439 En 2005, dans l'affaire *Chaoulli*²⁷¹⁶, la juge Deschamps a poursuivi dans la lignée de l'affaire *Ford*. Elle a ainsi appliqué le test « Oakes » propre à l'article 1^{er} de la *Charte canadienne* pour démontrer que la prohibition québécoise de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé offerts par le système public ne se trouvait pas justifiée en vertu de l'article 9.1. La juge a estimé que le critère de l'atteinte minimale n'était pas satisfait en l'espèce²⁷¹⁷ et conclut à la violation de l'article 1^{er} de la *Charte québécoise* protégeant le droit à la vie et à l'intégrité de la personne.
- 1440 Cette assimilation parfaite des deux clauses ne satisfait pas toujours la doctrine. Ainsi dès les années 1980, elle avait noté que si les dispositions avaient certes des points communs tenant à leur objet similaire (ce qui implique dans les deux cas que le gouvernement soit chargé du fardeau de la justification, de rechercher l'objectif de la loi, etc.), elles ne requièrent pas les exactement les mêmes critères en ce qui concerne la proportionnalité ou la rationalité même si l'exercice est de « même nature »²⁷¹⁸. Ce faisant, on a pu refuser d'incorporer le critère de

²⁷¹³ *Ibid.*, § 61 et s.

²⁷¹⁴ Dans le même sens voir *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592.

²⁷¹⁵ *Ford*, préc., § 63

²⁷¹⁶ *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791.

²⁷¹⁷ § 59 et s. Voir infra § 1537 et s.

²⁷¹⁸ A. MOREL, « La coexistence des chartes », préc. p. 71

l'atteinte minimale à la *Charte québécoise*²⁷¹⁹, ou plaider pour un contrôle moins exigeant que celui de la *Charte canadienne*²⁷²⁰. Dès lors, on ne peut qu'être déçu que la juge Deschamps ait passé sous silence ces considérations, d'autant que la jurisprudence *Ford* ne commandait pas d'appliquer systématiquement le même test aboutissant à un unique résultat²⁷²¹. L'intensité du contrôle, le degré de déférence, qui est un enjeu essentiel dans la problématique de l'homogénéisation par les droits fondamentaux²⁷²², pourrait donc en théorie varier selon l'instrument de protection mis en jeu²⁷²³, même si la Cour suprême a jusqu'ici ignoré une possible différence à cet égard²⁷²⁴. Une opinion dissidente de la Cour suprême, dans l'affaire *Amselem*, a toutefois noté que les deux clauses limitatives devaient recevoir une interprétation différenciée dès lors que le contexte d'application était celui des relations entre personnes privées²⁷²⁵. En pareil cas selon le juge Bastarache, l'absence de concurrence directe entre les normes s'expliquant par l'exclusion du champ d'application de la *Charte canadienne*, implique un retour à la spécificité de la clause limitative québécoise²⁷²⁶.

- 1441 Il existe d'autres cas dans lesquels les juges ont appliqué simultanément les deux instruments, québécois et constitutionnel, et ont attribué une interprétation identique aux différentes

²⁷¹⁹ *Ibid.* p. 72

²⁷²⁰ R. LANGLOIS, « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve » dans D. TURP et G. A. BEAUDOIN, dir., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 159-189, p. 179.

²⁷²¹ En ce sens : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the post-Chaouilli Era », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 217-253, spéc. p. 242 et s. Les auteurs expliquent avec raison que « Contrary to what the Court seemed to be assuming in that case, there is ample conceptual space between merely testing the purported ends of a law and applying the full rigours of the Oakes test at its most stringent », p. 243.

²⁷²² Et sur lequel nous reviendrons abondamment plus tard.

²⁷²³ J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter », préc., p. 244 et s.

²⁷²⁴ On peut aboutir à une conclusion similaire en ce qui concerne les autres codes des droits de la personne provinciaux à la lecture notamment de l'affaire *Moore* (voir infra § 1449 et s.) : *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360. en ce sens, voir A. W. MACKAY, « Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter in Pursuit of Equality: A Case for Greater Separation in Both Theory and Practice », *R.D.U.N.-B.*, vol. 64, 2013, pp. 54-102, spéc. p. 94 et s.

²⁷²⁵ *Amselem*, préc., § 149 et s de l'opinion dissidente rédigée par le juge Bastarache. Voir aussi l'opinion dissidente du juge Binnie, § 187.

²⁷²⁶ En l'espèce les juges minoritaires en déduisent des conclusions particulières quant à la question de l'accommodement raisonnable, qu'ils refusent à la faveur d'un exercice de conciliation. Nous reviendrons sur cette question en infra (§ 1648) ainsi que sur celle de la spécificité.

dispositions qui entraient en jeu, concernant les droits judiciaires²⁷²⁷ ou le droit au respect de la vie privée²⁷²⁸. Outre l'avantage de la simplicité, l'amalgame des standards de protection permet au juge de ne pas faire dépendre le résultat de violation ou de non-violation du choix entre les deux instruments et de renforcer la justification de leur raisonnement²⁷²⁹. Mais la conséquence de cette application simultanée est la tendance à gommer, voire nier, la spécificité des instruments quasi constitutionnels (en ce qui concerne certains droits tout au moins). Ce processus de convergence est d'ailleurs renforcé par la concurrence indirecte des instruments sur les droits et libertés.

B. L'assimilation des standards en cas de concurrence indirecte des instruments de protection

- 1442 La concurrence indirecte est celle qui apparaît en dehors des cas où les instruments de protection ont vocation à s'appliquer à une même affaire²⁷³⁰, mais se découvre à la lecture de plusieurs jurisprudences. Les différentes normes garantissant les droits et libertés au Canada se trouvant sur un espace normatif commun vont ainsi avoir tendance à être comparées les unes aux autres et exercer des influences les unes sur les autres.
- 1443 Ce faisant, on s'est aperçu que l'expérimentation de certaines protections des droits et libertés avait été jugée salubre et reprise par d'autres organes, c'est en particulier le cas en matière de protection contre les discriminations qui fait l'objet de multiples garanties au Canada. On sait par exemple qu'en matière de discrimination indirecte et d'accommodement raisonnable, la Cour suprême s'est inspirée des interprétations développées par les tribunaux provinciaux, dans le cadre de lois provinciales, pour les transposer à la *Charte constitutionnelle*²⁷³¹. Cet effet

²⁷²⁷ Sur l'alignement de l'article 24(1) de la *Charte québécoise* et de l'article 8 de la *Charte canadienne* tant dans l'opinion majoritaire que minoritaire voir *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton*, [1994] 2 R.C.S. 406.

²⁷²⁸ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844. Voir infra § 1704 et s.

²⁷²⁹ Comme le suppose aussi Yves de Montigny, il se pourrait que l'invalidation d'une disposition législative québécoise par la Cour soit plus acceptable politiquement lorsqu'elle émane de la *Charte québécoise* : Y. DE MONTIGNY, « The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Legislative Authority of Quebec » dans D. SCHNEIDERMAN et K. SUTHERLAND, dir., *Charting the Consequences. The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, pp. 3-33, p. 12.

²⁷³⁰ Ceci pour différentes raisons : les champs d'application ne se croisent pas ou les requérants ont fait le choix de recourir à un seul instrument de protection alors que les deux étaient potentiellement mobilisables.

²⁷³¹ J. WOEHRLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », *R.D. McGill*, vol. 46, 2000, pp. 21-68, spéc. p. 41. Il précise en outre que ce rôle de « laboratoire » des provinces est facilité par le fait que les normes de protection sont plus facilement modifiables. Voir aussi A. W. MACKAY, « Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter », préc., p. 62 et s.

bénéfique de la fertilisation croisée se trouve d'ailleurs renforcé par le caractère intégré du système judiciaire au Canada²⁷³², puisque la circulation et la connaissance des diverses normes de protection ainsi que de leurs interprétations sont renforcées.

- 1444 Mais la contrepartie de cette intégration par le jeu de la concurrence est l'effet de convergence substantielle de tous ces instruments de protection, dont les excès ont pu être dénoncés ou à tout le moins provoquer un important débat doctrinal, notamment s'agissant de la protection de l'égalité.
- 1445 Le problème d'une confluence dans l'interprétation des normes de protection s'est posé avec force à propos du critère de la dignité humaine développée par la Cour suprême dans le contentieux de l'article 15(1) de la Constitution de 1982 à partir de la jurisprudence *Law*²⁷³³. L'effet d'entraînement de ce nouveau critère à l'égard d'autres normes antidiscriminatoires²⁷³⁴ posait plusieurs difficultés, car non seulement cela généralisait un lourd fardeau de preuve pour le demandeur²⁷³⁵, et ce critère paraissait inadéquat en matière de relations entre personnes privées²⁷³⁶.
- 1446 En réalité, la question s'avère délicate dans la mesure où non seulement la Cour suprême n'est pas des plus explicites quant au possible alignement des critères à utiliser en matière de non-discrimination quasi constitutionnelle et constitutionnelle, mais elle a changé plusieurs fois les critères de contrôle préconisés quant à l'article 15(1) de la *Charte canadienne*. Ainsi à la suite des nombreuses critiques, la Cour a reconnu dans *Kapp* que le critère juridique de la dignité humaine posait des difficultés quant au fardeau de la preuve et sa nature abstraite. Elle a préconisé que « les facteurs énoncés dans l'arrêt *Law* doivent être interprétés non pas littéralement comme s'il s'agissait de dispositions législatives, mais comme un moyen de mettre l'accent sur le principal enjeu de l'art. 15, qui a été décrit dans l'arrêt *Andrews* — la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes »²⁷³⁷. Ceci a ensuite été

²⁷³² Voir supra § 1184 et s.

²⁷³³ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

²⁷³⁴ Il faut toutefois noter que seulement une partie des tribunaux ont repris le critère de la dignité. Voir D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 485-542.

²⁷³⁵ Voir par exemple, D. ROBITAILLE, « Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! », *R. du B.*, vol. 62, 2002, pp. 319-358.

²⁷³⁶ Voir D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination », préc., p. 533 et s.

²⁷³⁷ § 25. *R. c. Kapp*, préc.

confirmé en 2011 dans *Whitler*²⁷³⁸. Pourtant, la question de la convergence des standards d'égalité n'a perdu ni de son intérêt juridique ni de sa virulence doctrinale.

1447 En premier lieu, il existe toujours une incertitude de savoir si les standards de protection en matière d'égalité doivent faire l'objet d'une interprétation commune, harmonisée ou différenciée. Lorsqu'on étudie la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, on constate que la Cour a pu appliquer des types de contrôle différents selon qu'il s'agit d'une protection quasi constitutionnelle ou constitutionnelle. Par exemple dans l'affaire *Meiorin*²⁷³⁹ la requérante contestait uniquement sur le fondement du *Human Rights Code* de Colombie-Britannique la politique gouvernementale²⁷⁴⁰ introduisant un test d'évaluation physique pour les pompiers forestiers comme étant une discrimination selon le sexe. La Cour suprême lui donna raison au terme d'un raisonnement désormais unifié entre discriminations directe ou indirecte qui doivent être démontrées à première vue²⁷⁴¹, ensuite l'employeur doit justifier qu'elle constitue une exigence professionnelle justifiée. La Cour explique l'utilité de ce critère unifié en regrettant les dissonances des analyses antérieures tant entre les codes des droits de la personne selon leur libellé²⁷⁴² qu'avec la *Charte constitutionnelle*²⁷⁴³. Pour autant elle n'a pas importé les critères de la jurisprudence *Law* dans le raisonnement tenant à la violation, ainsi il n'y a rien sur la dignité humaine, ou sur la justification propre à l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*²⁷⁴⁴.

1448 Dans l'affaire *Ville de Montréal* en 2000²⁷⁴⁵, la Cour suprême devait interpréter la notion de handicap comme motif de discrimination prohibé par la *Charte québécoise*, elle souligne à cet égard que « si les dispositions de la charte ne doivent pas nécessairement être le reflet exact de la

²⁷³⁸ *Whitler c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 396, § 30 : « La jurisprudence a établi un test à deux volets pour l'appréciation d'une demande fondée sur le par. 15(1) : (1) La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ? (2) La distinction crée-t-elle un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes ? »

²⁷³⁹ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin)*, [1999] 3 R.C.S. 3.

²⁷⁴⁰ On constate ici un véritable choix de la requérante dans la mesure où elle aurait donc pu la contester également sur le fondement de l'article 15(1) de la *Charte canadienne*, en ce sens B. RYDER, « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 261-294, spéc. p. 262.

²⁷⁴¹ Le raisonnement concernant les discriminations par suite d'un effet préjudiciable est issu de l'affaire *O'Malley* relative au code ontarien des droits de la personne : *Ontario (Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536.

²⁷⁴² *Meiorin*, préc., § 43 et s.

²⁷⁴³ *Ibid.*, § 47 et s.

²⁷⁴⁴ En ce sens : B. RYDER, « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », préc., p. 264 et s.; A. W. MACKAY, « Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter », préc., p. 90 et s.; D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination », préc., p. 526.

²⁷⁴⁵ *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal*, [2000] 1 R.C.S. 665.

Charte canadienne, elles s'interprètent néanmoins à la lumière de celle-ci » et qu'en plus elle doit être « examinée dans le contexte des autres législations provinciales et fédérales en matière de droits de la personne »²⁷⁴⁶.

1449 En 2012 dans l'affaire *Moore*²⁷⁴⁷, la Cour suprême a reconnu unanimement sous la plume de la juge Abella que le district scolaire avait commis une discrimination à l'endroit d'un élève souffrant de dyslexie grave en ne lui fournissant pas les mesures nécessaires. La décision paraît uniquement fondée sur le *Human Rights Code* de Colombie-Britannique et semble recourir au standard propre à la protection statutaire²⁷⁴⁸. Aucune référence aux critères propres à l'analyse constitutionnelle de l'égalité (celui de la dignité humaine de *Law*, ou ceux du stéréotype et du préjugé de *Kapp* et *Whitler*) n'apparaît dans la décision²⁷⁴⁹. La Cour fait donc clairement le choix du test quasi constitutionnel comprenant le volet discrimination à première vue puis celui de la justification selon le régime d'exemption statutaire. Cela étant elle prend soin de préciser à aucun moment que ce raisonnement est propre aux codes des droits de la personne qui suivent un « chemin séparé » de la protection constitutionnelle de l'égalité. C'est d'autant plus regrettable que la question avait été abordée par les juridictions inférieures²⁷⁵⁰. Elle faisait surtout l'objet d'un intense débat doctrinal, fondé en particulier sur les divergences sur ce point entre les juridictions inférieures, qui ne paraît toujours pas tranché.

1450 En effet, la Cour d'appel du Québec avait utilisé la notion de dignité humaine, avant qu'elle soit abandonnée, à l'article 10 de la *Charte québécoise* lorsque la mesure était de nature législative ou de politique générale²⁷⁵¹. À partir de *Kapp*, la Cour d'appel a estimé jusqu'à récemment que

²⁷⁴⁶ § 42 et 43, *ibid.*

²⁷⁴⁷ *Moore*, préc.

²⁷⁴⁸ Voir par exemple le § 33 « Comme l'a à juste titre reconnu le Tribunal, pour établir à première vue l'existence de discrimination, les plaignants doivent démontrer qu'ils possèdent une caractéristique protégée par le Code contre la discrimination, qu'ils ont subi un effet préjudiciable relativement au service concerné et que la caractéristique protégée a constitué un facteur dans la manifestation de l'effet préjudiciable. Une fois la discrimination établie à première vue, l'intimé a alors le fardeau de justifier la conduite ou la pratique suivant le régime d'exemptions prévu par les lois sur les droits de la personne. Si la conduite ou pratique ne peut être justifiée, le tribunal conclura à l'existence de la discrimination. » De plus les jurisprudences citées sont très majoritairement celles concernant une protection statutaire, toutefois la jurisprudence constitutionnelle *Withler* préc. est mentionnée pour renvoyer au débat sur les groupes de comparaison (§ 30), *ibid.*

²⁷⁴⁹ En ce sens B. RYDER, « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », préc., p. 283 et 285.

²⁷⁵⁰ Voir notamment l'opinion dissidente du juge Rowles dans *British Columbia (Ministry of Education) v. Moore* 2010 BCCA 478, 12 BCLR (5 th) 246.

²⁷⁵¹ *Commission scolaire des Phares c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, [2006] R.J.Q. 378, 391 (C.A.). Sur cette question, voir notamment : B. VIZKELETY, « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte du Québec? » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, dir., *Les 25 ans de la Charte canadienne des*

l'analyse du caractère discriminatoire selon la disposition québécoise devait satisfaire aux mêmes conditions de perpétuation de préjugés ou de l'application de stéréotypes exigée²⁷⁵².

- 1451 De la même manière la Cour d'appel de l'Ontario a estimé dans l'affaire *Tranchemontagne* en 2010²⁷⁵³ que les critères du stéréotype et préjudice étaient transposables au Code ontarien des droits de la personne tout en admettant qu'en raison des différences entre les deux normes (de nature, de champ d'application, d'étendue des garanties et tenant aux exemptions spécifiques) les preuves et la sévérité du contrôle pour établir une discrimination pussent varier et dépendre significativement du contexte²⁷⁵⁴.
- 1452 Le silence de la Cour suprême du Canada dans *Moore* et l'utilisation répétée des critères constitutionnels dans les protections statutaires par les hautes juridictions provinciales, même après 2012, tendent à montrer que la convergence des standards de la non-discrimination ne saurait être écartée. Il demeure également possible que la Cour suprême du Canada infléchisse encore une fois sa jurisprudence relative à l'article 15(1) de la *Charte canadienne* pour s'aligner sur le standard utilisé en matière quasi constitutionnelle²⁷⁵⁵. En outre, il semble possible d'observer une convergence des standards entre instruments quasi constitutionnels, puisqu'ils

droits et libertés, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 49; M. SAMSON, « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : L'originalité des garanties offertes par la charte québécoise », *R.D.U.S.*, vol. 38, 2008, pp. 413-481; D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination », préc.

²⁷⁵² *Labelle c. Agent de développement des réseaux locaux de service de santé et de services sociaux – région de Montréal*, [2011] J.Q. no 1453 (2011 QCCA 334), confirmé dans *Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, 2013 QCCA 141, en particulier les § 45 et 46 : « L'objectif de l'article 10 de la Charte est de lutter contre la discrimination. De la même manière, le paragraphe 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés vise à contrer les distinctions préjudiciables fondées sur les caractéristiques des personnes. Sans nier les particularités de la Charte, il importe d'assurer une certaine symétrie dans l'application des protections conférées par ces deux textes fondamentaux. En ce sens, je ne crois pas me tromper en affirmant que la jurisprudence découlant de l'application de la Charte canadienne constitue une source d'importance au moment d'interpréter les dispositions de la Charte québécoise. Aussi l'étude portant sur une distinction préjudiciable mentionnée à l'article 10 de la Charte doit s'inspirer des critères énoncés par la Cour suprême dans les arrêts de principe que sont *Andrews*, *Kapp* et *Law*, sans oublier l'arrêt *Withler* qui a précisé et même simplifié la grille d'analyse applicable aux questions portant sur la discrimination. »

²⁷⁵³ *Ontario (Disability Support Program) v. Tranchemontagne*, [2010] ONCA 593.

²⁷⁵⁴ § 88 et 89 : *ibid.* Sur cette jurisprudence et plus généralement la question qui nous occupe ici, voir aussi : Special Issue: Human Rights Code v. Charter: Implications of *Tranchemontagne*, *Journal of Law and Equality*, vol 9, 2012, pp. 1-152.

²⁷⁵⁵ C'est notamment l'hypothèse développée par Bruce Ryder à la lumière notamment de l'affaire *Lola* (en particulier l'opinion de la juge Abella) *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 C.S.C. 5.) : B. RYDER, « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », préc., p. 285 et s.

semblent obéir à un raisonnement comparable même si les exemptions spécifiques à chacun des textes semblent toujours avoir une place importante²⁷⁵⁶.

1453 Le débat n'est donc pas clos, d'autant que la question de savoir si cette assimilation est souhaitable demeure controversée. Certains défendront une interprétation divergente au nom du respect des spécificités intrinsèques au texte (par exemple la *Charte québécoise*²⁷⁵⁷) ou bien plus globalement des instruments statutaires provinciaux²⁷⁵⁸. D'autres au contraire préféreront la cohérence et la simplicité d'un standard unifié. Dans une perspective différente poussant à ce que les libertés au Canada soient les plus larges et les plus favorables aux individus, la doctrine a beaucoup critiqué la « contamination » de la *Charte canadienne* sur les codes quand elle alourdissait la charge de la victime d'une discrimination et loué au contraire « l'enrichissement »²⁷⁵⁹ de la *Charte* par les codes lorsqu'il a facilité la tâche des requérants²⁷⁶⁰. En matière de droits et libertés, la justification de la convergence ou au contraire de la divergence

²⁷⁵⁶ Voir en ce sens D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination », préc. « Bref, sauf pour son domaine d'application qui est plus étendu, la norme d'égalité (ou de non-discrimination) de l'article 10 comporte les mêmes éléments définitionnels que celle des autres provinces, à savoir une distinction de traitement (opérée directement ou indirectement), un motif illicite, un préjudice. Voilà pourquoi la Cour suprême du Canada utilise les mêmes concepts et la même approche lorsqu'il s'agit d'interpréter les normes anti-discrimination des diverses provinces canadiennes et que l'article 10 de la Charte québécoise a été interprété selon ces mêmes principes depuis l'arrêt Ville de Brossard en 1988 jusqu'au récent arrêt Ville de Montréal de 2000 en passant par l'affaire Bergevin en 1994 » p. 518. La *Charte québécoise* a en effet un champ d'application particulier puisque l'égalité n'est protégée que dans le cadre de certaines activités (emploi ou logement) ou à l'occasion de l'exercice des droits et libertés garantis par la *Charte*. Voir sur cette question D. ROBITAILLE, « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts "fondateurs" qui méritent d'être mieux connus », *R.D.U.S.*, vol. 35, 2004, pp. 103-143. Récemment, la Cour suprême a toutefois noté cette différence voir § 52 et s., *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 C.S.C. 39. Voir aussi D. PROULX, « La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford », *R.J.T.*, vol. 24, 1990, pp. 375-395. Sur l'influence des *Human Rights Codes* en matière d'exigence professionnelle sur la *Charte québécoise* voir également : A. MOREL, « L'originalité de la Charte québécoise en péril » dans Formation permanente du Barreau du Québec, dir., *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 65- 89, p. 80 et s., p. 74. On a pu ainsi critiquer l'application de la jurisprudence *Meiorin* à la *Charte québécoise* quant au critère subjectif de l'exemption : C. MASSE, « Le critère unifié de l'affaire Meiorin dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, dir., *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, pp. 65-89.

²⁷⁵⁷ Voir par exemple C. MASSE, « Le critère unifié de l'affaire Meiorin », préc.

²⁷⁵⁸ Comme D. PROULX, « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination », préc.

²⁷⁵⁹ L'auteur détaille abondamment cette question « from enrichment to contamination » dans son article : A. W. MACKAY, « Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter », préc., p. 55.

²⁷⁶⁰ C'est d'ailleurs ce que semble faire la Cour suprême du Canada récemment lorsqu'elle examine le critère du « lien causal » en matière de non-discrimination. Elle utilise une jurisprudence de l'Ontario à propos du code ontarien pour refuser ce critère dans un litige fondé sur la *Charte québécoise*, car il hausse le niveau d'exigence pour le demandeur : §49 et s., *Bombardier*, préc.

passé donc nécessairement par la question du niveau de protection accordée sur laquelle nous reviendrons.

- 1454 On peut certes estimer qu'il s'agit d'une simple coïncidence²⁷⁶¹ s'il existe un alignement des standards, notamment parce qu'en matière d'égalité doctrine et tribunaux s'accordent à prendre pour objectif l'atteinte d'une égalité substantielle et non plus formelle. Au contraire, il semble qu'une uniformisation des droits et libertés peut porter atteinte non seulement à l'effet bénéfique de la superposition des normes, mais aussi à l'autonomie des provinces²⁷⁶². Même si l'existence d'un tel « reflet » de la *Charte canadienne* dans les autres instruments de protection des droits et libertés est niée par la plus haute juridiction du Canada, le risque que la concurrence plurielle des instruments de protection des normes protégeant les droits fondamentaux cède la place à un monopole d'interprétation en la matière, existe bel et bien²⁷⁶³. Le problème n'est pas tant qu'il existe une interfécondation normative, qui peut être bénéfique aux individus, mais que la convergence puisse être « unilatérale ». Cela se produit lorsque la Cour suprême aligne, parfois sans aucune explication, les standards de protection, ce qui apparaît de manière d'autant plus manifeste lorsqu'il s'agit de concurrence directe, mais pas nécessairement. Ainsi l'alignement complet des standards de la liberté de religion²⁷⁶⁴ entre la *Charte canadienne* et la *Charte québécoise* est explicitement apparu dans un litige dans lequel seule la norme quasi constitutionnelle trouvait à s'appliquer : l'affaire *Amselem*²⁷⁶⁵. On a pu ensuite constater l'uniformisation des standards de la liberté de religion dans des affaires de concurrence directe entre les deux normes, la rendant sans doute encore plus visible qu'elle ne l'était déjà²⁷⁶⁶.
- 1455 Dans d'autres cas, elle apparaît plus prudente ou bien son ambiguïté ou son inconstance, en matière de non-discrimination notamment, laisse envisager que la convergence n'est pas

²⁷⁶¹ P. BLACHE, « Étude comparative de l'évolution des normes antidiscriminatoires ou égalitaires des articles 15 de la Charte canadienne des droits et libertés et 10 de la Charte des droits et libertés de la personne : convergences et divergences », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 151-195. Selon lui il existe un alignement de l'article 10 de la *Charte québécoise*, mais il y voit plus une coïncidence qu'une influence de l'article 15 de la *Charte canadienne*.

²⁷⁶² Voir en ce sens B. VIZKELETY, « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte du Québec? », préc.

²⁷⁶³ Pour une analyse de cette uniformisation telle qu'elle est ressentie au Québec voir : D. SCHNEIDERMAN, « Dual(ling) Charters », préc.

²⁷⁶⁴ Sur cette question sur laquelle nous reviendrons en infra § 1645 et s. voir : S. CHOUDHRY, « Rights Adjudication in a Plurinational State: the Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation », *Osgoode H.L.J.*, vol. 50, 2013, pp. 575-608.

²⁷⁶⁵ *Amselem*, préc. Pour une application récente d'un « alignement », voir *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 C.S.C. 16.

²⁷⁶⁶ Voir par exemple *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.

inélucltable. Quoi qu'il en soit, l'étendue et les conditions de la convergence des standards des libertés au Canada demeurent insatisfaisantes dans la mesure où la Cour n'en a pas éclairci tous les aspects.

II. La place des protections nationales dans les standards des droits et libertés de l'Union européenne : une influence limitée, une confluence domestiquée

1456 Au niveau de l'Union européenne, la question de la convergence des standards de protection des libertés ne se pose pas dans les mêmes termes qu'au Canada en raison des fortes différences quant aux facteurs structurels²⁷⁶⁷. Ce faisant contrairement à la Cour suprême du Canada, la Cour de justice ne peut contrôler le respect des standards nationaux des droits fondamentaux et le standard de protection européen qu'elle dégage dans sa jurisprudence ne s'imposera que dans la limite du droit de l'Union. L'alignement des protections ne sera ainsi mesuré que dans un sens : il s'agira d'étudier comment la Cour de Luxembourg utilise les protections des libertés nationales pour dégager le standard européen de protection. Quant à savoir ce que feront les juridictions nationales des standards qu'elle dégage (dans le respect des droits fondamentaux nationaux en dehors du droit de l'Union), cela dépasse l'ambition de notre étude. Sans en faire la démonstration pour les 28 États membres, on notera toutefois qu'une telle influence semble bien exister²⁷⁶⁸, mais elle apparaît alors comme une fertilisation choisie par l'interprète national et non comme un standard de protection imposé par le juge suprême de l'espace plurijuridique.

1457 La convergence des droits et libertés par l'action de la Cour européenne de justice permet d'évaluer le caractère véritablement pluraliste des sources des droits de l'Union²⁷⁶⁹. En outre si la Cour de justice protège les droits fondamentaux de la même manière que le ferait un juge national en application de son standard national, alors l'homogénéisation par le contrôle des droits et liberté de l'Union aurait un effet très limité. Or ce n'est pas la voie que choisit de prendre la Cour de justice qui a montré sa volonté de faire respecter les droits fondamentaux de l'Union de manière autonome et parfois au-delà des traditions nationales communes, tant avant la *Charte* sous l'angle des principes généraux du droit (PGD) (A) qu'après celle-ci (B).

²⁷⁶⁷ Voir supra partie 2 titre 2, § 1012 et s.

²⁷⁶⁸ Pour le cas français, dans lequel le principe de confiance légitime est souvent cité en exemple, voir notamment : J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, pp. 124-138. R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, préc., p. 555 et s. S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., p. 569 et s.

²⁷⁶⁹ Voir supra § 824 et s.

A. La congruence par les PGD et l'utilisation des traditions constitutionnelles communes

- 1458 Une protection communautaire des droits fondamentaux identique à celle des droits nationaux est loin d'être saugrenue dans la mesure où la Cour de justice se fonde très tôt sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres pour façonner les principes généraux du droit communautaire²⁷⁷⁰. On pouvait donc se demander si la Cour de justice ne faisait que prendre acte des standards de sauvegarde des libertés existant parmi les États, au terme d'un exercice de droit comparé, pour les transposer ensuite au niveau européen. L'analyse des jurisprudences ne corrobore pas cette hypothèse, bien que l'on puisse déceler « une démarche comparative par laquelle la Cour s'efforce de dégager les convergences des droits nationaux ou de sélectionner les règles qui lui paraissent les plus adaptées aux besoins de la Communauté »²⁷⁷¹.
- 1459 Ainsi, la Cour de justice fait un certain usage du droit comparé des États membres, même si cela n'apparaît pas toujours dans le texte de la décision ou même dans les conclusions des avocats généraux²⁷⁷², et que cela n'est pas fait systématiquement.
- 1460 On trouve ainsi dans certaines décisions une référence explicite à la manière dont certains droits fondamentaux sont partagés entre les États, ce qui justifie leur protection supranationale. Par exemple, dès les premières jurisprudences de protection des droits fondamentaux, la Cour de justice a pu examiner les règles et pratiques constitutionnelles des États membres pour définir le contenu du droit de propriété et des restrictions justifiées²⁷⁷³. De la même manière²⁷⁷⁴ dans l'affaire *AM & S*, la Cour s'est inspirée du droit interne des États pour déterminer le standard de protection de la confidentialité entre avocats et clients²⁷⁷⁵. Plus récemment, la Cour de justice a

²⁷⁷⁰ Rappelons que la Cour de justice s'était dès 1974 sentie tenue de s'inspirer de ces traditions constitutionnelles communes lorsqu'elle assure la sauvegarde des droits fondamentaux : § 13 : CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491. Voir supra § 786 et s.

²⁷⁷¹ J. VERGÈS, « Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 513-531, p. 520.

²⁷⁷² K. LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, vol. 3, 2001, pp. 487-528, spéc. § 9.

²⁷⁷³ CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727. § 20 et s.

²⁷⁷⁴ Pour un autre exemple de PGD relatif au droit de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle voir : CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 224/84, *Rec.* 1986, p. 1163.

²⁷⁷⁵ CJCE, 18 mai 1982, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, aff. 155/79, *Rec.* 1982, p. 01575. § 21 et 22 : « Au-delà de ces diversités, les droits internes des États membres révèlent cependant l'existence de critères communs en ce qu'ils protègent, dans des conditions similaires, la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients, pour autant, d'une part, qu'il s'agisse de correspondance dans le cadre et aux fins du droit de la défense du client et, d'autre part, qu'elle émane d'avocats indépendants, c'est-à-dire d'avocats

pu affirmer que « le principe de l'application rétroactive de la peine la plus légère fait partie des traditions constitutionnelles communes des États membres » ce qui implique qu'il soit considéré comme un droit fondamental protégé par la Cour²⁷⁷⁶.

1461 L'analyse constitutionnelle comparative a parfois été faite par les Avocats généraux dans leurs conclusions, sans que l'on puisse déterminer avec certitude le poids qu'elle a eu sur la Cour. On peut citer à cet égard les conclusions de l'Avocat général Mischo, en matière du standard de protection du droit de propriété dans *Booker Aquaculture*²⁷⁷⁷. Dans cette affaire, le problème d'une éventuelle indemnisation pour des pertes subies consécutivement à la destruction de biens (des poissons en l'espèce) pour des raisons de santé publique est étudié « à la lumière des constitutions ou des principes de valeur constitutionnelle des États membres »²⁷⁷⁸. L'absence de similitude sur ce point parmi les États permet à l'Avocat général d'appuyer son refus d'indemnisation des propriétaires, refus qui sera suivi ensuite par la Cour de justice²⁷⁷⁹. Un tel exercice a aussi été fait récemment dans l'affaire *Dominguez*, dans laquelle l'Avocat général examine la place du droit au congé payé annuel dans les droits nationaux, constitutionnels notamment, pour argumenter dans le sens d'une reconnaissance de ce droit comme principe général du droit²⁷⁸⁰.

non liés au client par un rapport d'emploi. Placé dans un tel contexte, le règlement n° 17/62 doit être interprété comme protégeant lui aussi la confidentialité de la correspondance entre avocats et clients dans les limites de ces deux conditions, en reprenant ainsi les éléments constitutifs de cette protection communs aux droits des États membres ». On a pu toutefois estimer que ce concept de privilège professionnel juridique ne correspondait à aucune équivalence nationale spécifique et était donc avant tout communautaire : A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Second Edition éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, 780 p., p. 365.

²⁷⁷⁶ § 67, 68 et 69 CJCE (G.C.), 3 mai 2005, *Procédures pénales contre Silvio Berlusconi*, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Rec. 2005*, p. I-03565. Réaffirmé au § 61 dans CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, aff. C-61/11 PPU, *Rec. 2011*, p. I-3015. Voir aussi sur le principe de légalité des délits et des peines (§ 49) CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad*, aff. C-303/05, *Rec.*, p. I-3633.

²⁷⁷⁷ CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquaculture Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd contre The Scottish Ministers.*, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, *Rec. 2003*, p. I-07411.

²⁷⁷⁸ § 116 et s. des conclusions de l'Avocat général Mischo du 20 septembre 2001: *ibid.*

²⁷⁷⁹ La Cour ne reprendra pas l'argument de droit comparé national, mais justifiera sa décision seulement à l'égard du droit communautaire et des limites justifiées au droit de propriété : § 68 et s. : *ibid.* La Cour rappelle toutefois au § 65 que « selon une jurisprudence constante, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect et que, à cet effet, cette dernière s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ».

²⁷⁸⁰ CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10, *Rec. numérique*. Voir les § 106 et s. des conclusions de l'Avocat général TRSTENJAK présentées le 8 septembre 2011. Elle précise ainsi au § 111 et 112 : « L'analyse de droit comparé qui précède montre toutefois que l'idée selon laquelle le travailleur devrait avoir droit à un repos régulier est inscrite en filigrane dans l'ordre juridique de l'Union et de ses États membres. Le seul fait que ce principe ait valeur constitutionnelle, tant au niveau de l'Union que dans de nombreux États membres, plaide en faveur d'une position prépondérante de ce droit, qui suggère de lui reconnaître la qualité de principe général du droit ».

- 1462 Ces quelques exemples ne doivent pas faire oublier que ce recours aux principes nationaux de sauvegarde des libertés est loin d'être automatique dans la jurisprudence de la Cour de justice²⁷⁸¹. L'ensemble de la doctrine s'accorde ainsi pour dire que l'utilisation et la détermination des traditions constitutionnelles communes aux États membres sont entièrement discrétionnaires et qu'elle garde la maîtrise des droits fondamentaux et de la manière dont elle entend les protéger²⁷⁸². Elle choisit donc parfois des standards de protection minoritaires parmi les États membres, qui pourtant s'imposeront à tous²⁷⁸³. L'exemple le plus emblématique est sans doute l'affaire *Mangold*²⁷⁸⁴ dans laquelle la Cour a entendu protéger le droit à la non-discrimination en fonction de l'âge, en dehors de tout consensus ou même d'une vision majoritairement partagée par les États sur cette question. Dans la même lignée, on peut également citer l'affaire *Brüstle* dans laquelle la notion d'embryon humain, bien qu'elle soit liée à celle de dignité humaine, et même si la Cour admet que « la définition de l'embryon humain est un sujet de société très sensible dans de nombreux États membres, marqué par la diversité de leurs valeurs et de leurs traditions »²⁷⁸⁵ est définie de manière entièrement autonome par la Cour.
- 1463 Cette perspective autonomiste dans la sauvegarde des droits et libertés de l'Union dans laquelle les protections nationales des libertés sont une source d'inspiration limitée et orientée est en partie assumée par la Cour. L'Avocat général Kokott a ainsi récemment résumé la fonction des traditions constitutionnelles communes dans l'interprétation de la Cour de justice :

de l'Union. À cet égard, peu importe que tous les États membres ne lui reconnaissent pas valeur constitutionnelle à l'intérieur de leurs ordres juridiques, puisqu'il est, en toute hypothèse, considéré comme un élément essentiel du droit national, et ce indépendamment du fait que la relation de travail relève du droit privé ou du droit public, ce que la jurisprudence de la Cour reconnaît d'ailleurs également ».

²⁷⁸¹ Et ceci au-delà du domaine des droits et libertés, sur cette question voir L. COUTRON, « L'intégration dissimulée du pluralisme dans la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes » dans M. LÉVINET, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 189-211. L'auteur explique que le recours au droit comparé n'apparaît pas expressément dans les arrêts, par souci de proclamer l'autonomie de l'ordre juridique, mais est toutefois présent ce qui permet de porter attention aux préoccupations fondamentales des États membres (spéc. p. 200).

²⁷⁸² Parmi l'abondante doctrine, voir notamment : F. MODERNE, « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 35-84, p. 51 et s; F. PICOD, « Les sources » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 125-185, p. 148; M. A. DAUSES, « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, pp. 401-424.

²⁷⁸³ On a pu ainsi parler dire que « the CJEU never cites the judgments of national courts of the Member States, which is that the Court of justice has deliberately refrained from citing the rulings of national courts in order to avoid allegations of cherry-picking or of the privileging of one or more Member State courts over others » : G. D. BÚRCA, « After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator? », *MJ*, vol. 20, 2013, pp. 168-184, spéc. p. 178.

²⁷⁸⁴ CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec. 2005*, p. I-09981.

²⁷⁸⁵ § 30 : CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle contre Greenpeace eV*, aff. C-34/10, *Rec. 2011*, p. I-09821.

« Un tel recours à des traditions constitutionnelles ou principes généraux communs n'exige pas nécessairement qu'il s'agisse d'une tendance uniforme ou clairement majoritaire dans les droits des États membres. Il s'agit plutôt de réaliser une comparaison raisonnée des ordres juridiques qui exige, également, de tenir dûment compte des objectifs et des missions impartis à l'Union européenne, ainsi que du caractère spécifique de l'intégration européenne et du droit de l'Union.

Eu égard à ce qui précède, il n'est nullement exclu qu'un principe général du droit qui n'est connu ou, a fortiori, explicitement consacré que par une minorité d'ordres juridiques nationaux soit reconnu par les juridictions de l'Union comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union. Il en va, notamment, ainsi lorsque ledit principe apparaît particulièrement pertinent au regard des spécificités du droit de l'Union, des objectifs et des missions impartis à l'Union, ainsi que des activités des institutions de l'Union ou lorsqu'il correspond à une tendance en voie d'affirmation »²⁷⁸⁶.

1464 Elle poursuit en prenant pour exemple l'affaire *Mangold* de 2005, dans laquelle la reconnaissance du principe de non-discrimination en fonction de l'âge « ne semblait alors correspondre à aucune tendance uniforme ou clairement majoritaire dans les droits ou même dans les ordres constitutionnels des États membres », mais qu'il correspondait à une mission particulière de l'Union. En outre la tendance à cette protection s'était exprimée au travers l'article 21(1) de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union*²⁷⁸⁷.

1465 Ainsi les standards de protection nationaux ne commandent pas directement la détermination du standard européen, la Cour de Luxembourg peut parfaitement aller au-delà des critères partagés par les États pour la sauvegarde des droits et libertés. N'oublions pas que l'avènement de la protection des droits fondamentaux au niveau communautaire s'inscrit dans une demande de protection équivalente aux droits nationaux. Ce faisant, il était difficile pour la Cour de refuser un contrôle du respect des libertés en deçà de ce qui était communément admis par les États. Pour autant, elle n'a pas voulu se limiter à une protection réduite au plus petit dénominateur commun²⁷⁸⁸. La doctrine a ainsi depuis longtemps mis en lumière le problème qu'il y aurait du point de vue de l'individu et de ses droits, à une protection dépendante de l'existence d'un

²⁷⁸⁶ § 94 et 95 des Conclusions de l'Avocat général Juliane Kokott présentées le 29 avril 2010 dans l'affaire CJUE (G.C.), 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akros Chemicals Ltd contre Commission européenne*, aff. C-550/07, *Rec.* 2010, p. I-08301.

²⁷⁸⁷ § 96, *ibid.*

²⁷⁸⁸ Ce faisant « “les principes généraux communs aux droits des États membres” ne sont pas le plus grand dénominateur commun de ces droits nationaux. Autrement dit, il ne doit pas y avoir de nivellement par le bas, d'alignement sur le droit national le moins performant » : Y. GALMOT, « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1990, p. 255 et s, spéc. p. 258.

consensus parmi les États qui serait nécessairement réduite à la portion congrue²⁷⁸⁹. L'autonomie dans la délimitation des standards des droits fondamentaux communautaires peut donc aller dans le sens d'une protection renforcée, par exemple en accordant de nouveaux droits aux particuliers par rapport à la protection préexistante au niveau national. Ceci implique alors une convergence dans la garantie des libertés à l'entière discrétion de la Cour de justice. En outre, cette maîtrise quant à l'appréciation de la congruence lui permet en particulier de se détacher d'une logique mathématique²⁷⁹⁰, à la faveur d'une approche évaluative qui vise la solution la plus appropriée au système spécifique de l'Union européenne²⁷⁹¹. La Cour pourrait donc choisir entre le standard de protection national le plus haut possible ou bien celui qui lui paraît le mieux adapté au système européen²⁷⁹².

B. Sous l'ère de la Charte : les convergences produites par les clauses horizontales

1466 Avec la *Charte des droits fondamentaux*, et plus particulièrement depuis son entrée en vigueur, on peut à bon droit se demander si les traditions constitutionnelles communes ont encore une place dans la détermination des standards de protection. On a pu ainsi observer qu'avant même son entrée en vigueur, la formalisation des droits fondamentaux dans la *Charte* poussait certains interprètes, Avocats généraux en tête, à abandonner toute référence aux garanties nationales²⁷⁹³.

²⁷⁸⁹ Voir notamment la célèbre réflexion de L. F. M. BESSELINK, « Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union », *CML Rev.*, vol. 35, 1998, pp. 629-680.

²⁷⁹⁰ Voir, en matière de responsabilité extracontractuelle les conclusions de l'Avocat général Poiares Maduro du 20 février 2006, § 55, dans l'affaire : CJCE, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et al.*, aff. jtes C-120/06 P et C 121/06 P, *Rec.* 2008, p. I-06513.

²⁷⁹¹ X. GROUSSOT, « Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities » dans M. AVBELJ et J. KOMÁREK, dir., *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Pub., 2012, pp. 319-341, p. 336.

²⁷⁹² Sur cette question voir J. VERGÈS, « Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire », préc., p. 527 et s.

²⁷⁹³ Voir conclusions de l'Avocat général Tizzano du 8 février 2001 dans l'affaire CJCE, 26 juin 2001, *Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, aff. C-173/99, *Rec.* 2001, p. I-04881. Ainsi au § 28 il explique que « dans un litige qui porte sur la nature et la portée d'un droit fondamental, il est impossible d'ignorer les énonciations pertinentes de la charte ni surtout son évidente vocation à servir, lorsque ses dispositions le permettent, de paramètre de référence substantiel pour tous les acteurs — États membres, institutions, personnes physiques et morales — de la scène communautaire. En ce sens, donc, nous estimons que la charte fournit la confirmation la plus qualifiée et définitive de la nature de droit fondamental que revêt le droit au congé annuel payé ». Voir aussi les conclusions de l'Avocat général Mengozzi du 23 mai 2007 dans l'affaire *Laval*, préc. § 77 : « Quant aux traditions constitutionnelles des États membres, si leur examen exhaustif ne m'apparaît pas impératif eu égard au fait que, ainsi qu'il a été mis en exergue au point 68 des présentes conclusions, la charte des droits fondamentaux, bien que dépourvue de caractère contraignant, a pour objectif principal de réaffirmer les droits qui résultent notamment desdites traditions, on fera cependant remarquer que les textes constitutionnels de nombreux États membres protègent explicitement la liberté de créer des organisations syndicales et la défense de leurs intérêts par l'action collective, le droit de grève étant, à cet égard, la modalité la plus régulièrement citée ».

Comme le fait remarquer Paolo Carozza, une telle attitude des Avocats généraux n'encouragera pas la Cour à trouver une quelconque pertinence à s'enquérir auprès des systèmes de sauvegarde des libertés des droits nationaux. Au final cela rendrait bien difficile la préservation d'une dynamique d'intégration créative des protections constitutionnelles dans les standards des droits et libertés de l'Union européenne²⁷⁹⁴. Il est vrai que l'ancienneté historique des protections constitutionnelles étatiques militait pour leur prise en considération par la Cour de justice qui a fait au départ œuvre créatrice dans la sauvegarde communautaire des droits et libertés. Mais aujourd'hui, l'argument de la modernité et d'une protection progressiste des droits fondamentaux ne pencherait-il pas en faveur d'une priorité du catalogue le plus récent, la *Charte de l'Union*, plutôt qu'au recours aux traditions constitutionnelles communes ?

- 1467 Force est de constater que l'utilisation de la *Charte* comme source principale et prioritaire de la protection des droits de l'Union n'anéantit pas toute pertinence à la prise en compte des traditions constitutionnelles des États. N'oublions pas qu'une clause horizontale de la *Charte* demande une interprétation « en harmonie » avec les traditions constitutionnelles communes aux États membres « dans la mesure où la présente Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent » de ces traditions²⁷⁹⁵ et qu'une autre demande que « les législations et pratiques nationales doivent être pleinement prises en compte comme précisé dans la présente Charte »²⁷⁹⁶.
- 1468 Si les traditions constitutionnelles communes ne servent plus à mettre à jour certains droits fondamentaux de l'Union (sauf dans la mesure où la *Charte* de ne le consacrerait pas et qu'il faille toujours recourir aux PGD) elles serviraient d'outils interprétatifs dans la formulation et la mise en œuvre des standards de protection de l'Union²⁷⁹⁷. Une telle exigence d'une interprétation harmonieuse fondée sur cette clause n'a pas fait, à notre connaissance, l'objet de jurisprudence. La seule mention de la clause harmonie²⁷⁹⁸ est celle de l'Avocat général Bot dans *Melloni*, qui lui permet de rappeler que la « Charte ne constitue pas un instrument isolé et déconnecté des autres

²⁷⁹⁴ P. CAROZZA, « The EU Charter of Fundamental Rights and the Member States » dans S. PEERS et A. WARD, dir., *The EU Charter of Fundamental Rights: politics, Law and policy*, Paolo, 2004, pp. 35-58, p. 54.

²⁷⁹⁵ Article 52(4) de la *Charte*.

²⁷⁹⁶ Article 52(6) de la *Charte*, dix dispositions de la *Charte* font ainsi référence au droit national.

²⁷⁹⁷ Dans le même sens : S. IGLESIAS SANCHEZ, « The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1565-1612, spéc. p. 1605.

²⁷⁹⁸ Des questions préjudicielles ont été récemment posées sur l'interprétation de cette clause 52 (4) de la *Charte* dans une récente dans laquelle ni la Cour ni l'Avocat général n'ont répondu sur ce point : CJUE (G.C.), 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12, non encore publié.

sources de protection des droits fondamentaux »²⁷⁹⁹. L'Avocat général renvoie ensuite à l'interprétation doctrinale de Clemens Ladenburger selon laquelle les droits fondamentaux de l'Union ne sauraient être construits en complète abstraction des droits et traditions constitutionnelles des États membres²⁸⁰⁰.

1469 Il est donc permis de s'interroger sur son contenu. On peut ainsi gager que le terme d'harmonie ne commande certainement pas une interprétation réduite au plus petit dénominateur commun²⁸⁰¹. La clause harmonie impliquerait toutefois une certaine cohérence avec les protections préexistantes nationales voire un ajustement des standards. Cela pourrait signifier une exigence non pas d'adéquation parfaite, mais sans doute « un rapport de convenance » avec les garanties constitutionnelles nationales. Quel que soit le degré de contrainte pesant sur l'interprète du droit de l'Union, il ne saurait faire totalement l'économie de l'examen des traditions constitutionnelles. La conservation de l'adjectif « communes » implique toutefois qu'il aura toujours une autonomie comparable à celle dont il jouissait à l'ère des PGD. Le groupe de travail avait d'ailleurs précisé au moment de la rédaction de la disposition qu'elle ne saurait remettre en cause la méthodologie antérieure suivie par la Cour de justice quant aux traditions constitutionnelles communes fondée sur une approche de « comparaison évaluative »²⁸⁰².

1470 Vu la formulation assez floue de la clause, la Cour pourrait se contenter de justifier un standard de protection européen autonome, distinct de celui qui pourrait faire consensus ou qui serait majoritaire auprès des États membres, dans la mesure où il ne constitue pas une rupture ou un antagonisme flagrant avec les standards constitutionnels. La clause « harmonie » pourrait donc servir d'argument en cas de conflits inconciliables entre les différents standards de protection, mais ne permettra certainement pas de réguler ou d'imposer une ligne de conduite à la Cour de justice quant à la convergence des standards.

²⁷⁹⁹ Il poursuit : « Elle prévoit elle-même que l'interprétation de ses dispositions doit être effectuée en tenant dûment compte d'autres sources juridiques, qu'elles soient nationales ou internationales ». § 132 des conclusions dans *Melloni*, préc.

²⁸⁰⁰ C. LADENBURGER, « European Union Institutional Report - The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88> p. 28.

²⁸⁰¹ En ce sens : K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *E.C.L. Review*, vol. 8, 2012, pp. 375-403, spéc. p. 397. Voir aussi A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne. Institutions et ordre juridique*, Paris, Lextenso, 2013, 509 p., p. 131.

²⁸⁰² C. LADENBURGER, « The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon », préc., p. 26.

- 1471 Quant à la clause 52 (6) sur la prise en compte du droit national quant à certains droits de la Charte seulement, rien ne suggère qu'il faille en déduire une méthodologie prétorienne en rupture avec celle existante à l'ère des PGD, à savoir celle fondée sur une comparaison évolutive²⁸⁰³.
- 1472 Finalement, ni les clauses interprétatives ni la jurisprudence post-Lisbonne ne démontreraient un véritablement bouleversement dans la prise en compte des droits nationaux, constitutionnels en particulier. On a pu par exemple observer dans l'affaire *DEB* une continuité avec les raisonnements antérieurs puisque la Cour réaffirmera que le principe de protection juridictionnelle effective est un PGD « qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres »²⁸⁰⁴ en plus de la consécration formelle par la *Charte* (article 47). Mais surtout, pour déterminer si le principe d'une attribution d'une aide juridictionnelle pour les personnes morales pouvait être considéré comme une résultante de ce principe, la Cour prend note de l'analyse comparative opérée par l'Avocat général. Celui-ci avait en effet mis en exergue l'absence d'une vision partagée sur cette question par l'ensemble des États membres²⁸⁰⁵. L'approche évaluative des standards nationaux permettant d'appuyer le raisonnement de la Cour est donc toujours une réalité.
- 1473 Mais en vérité, la clause horizontale de la *Charte* qui a le plus mobilisé la doctrine et qui a connu un franc succès dans la jurisprudence de la Cour de justice²⁸⁰⁶, c'est l'article 52 (3) qui demande pour les droits correspondants à ceux de la *Convention européenne des droits de l'homme* une interprétation convergente, voire identique, avec celle-ci puisque « leur sens et leur portée » sont alors « les mêmes ». On sait que depuis longtemps la *Convention européenne* telle qu'interprétée

²⁸⁰³ En ce sens : *ibid.*, p. 27. Pour l'Avocat général Bot, la clause « prise en compte » participe de la même logique que la clause « harmonie » : voir la note de bas de page n°42 des conclusions dans *Melloni*, préc. Pour une jurisprudence mentionnant simplement la clause voir le § 38 : CJUE, 15 juillet 2010, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-271/08, *Rec. 2010*, p. I-07091.

²⁸⁰⁴ § 29, CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09, *Rec. 2010*, p. I-13849. Voir dans la même lignée le § 38 de CJUE, 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-69/10, *Rec. 2011*, p. I-07151.

²⁸⁰⁵ § 44 « Ainsi que l'a relevé M. l'Avocat général aux points 76 à 80 de ses conclusions, l'examen du droit des États membres met en exergue l'absence d'un principe véritablement commun qui serait partagé par l'ensemble de ces derniers en matière d'attribution de l'aide judiciaire aux personnes morales. En revanche, au point 80 desdites conclusions, M. l'Avocat général a également relevé que, dans la pratique des États membres qui admettent l'octroi de l'aide judiciaire aux personnes morales, il existe une distinction relativement répandue entre les personnes morales à but lucratif et celles à but non lucratif. » *DEB*, préc.

²⁸⁰⁶ Voir par exemple CJCE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert contre Land Hessen*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec. 2010*, p. I-11063; CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec. 2011*, p. I-13905.

par la Cour de Strasbourg était une source privilégiée dans le façonnement des PGD²⁸⁰⁷. Cette place particulièrement favorable du système conventionnel au sein de l'Union a non seulement été maintenue et même renforcée avec le *Traité de Lisbonne*. Tant et si bien que la véritable congruence des standards de protection des droits fondamentaux s'observerait surtout au niveau des jurisprudences deux cours européennes²⁸⁰⁸.

- 1474 Une telle analyse ne fait pas partie de notre objet de recherche, mais force est de constater que la reprise des standards de protection conventionnels par la Cour de justice a un impact dans la manière d'appréhender la convergence entre les garanties nationales et celles de l'Union. En premier lieu, dans la mesure où il existe un autre pôle supranational qui impose des standards de protection aux États la Cour de justice aurait tort de se priver d'en faire de même (peu importe alors que la Cour de Strasbourg prenne acte d'un éventuel consensus ou congruence existant parmi eux ou non). Cet argument a acquis d'autant plus de force qu'avec la clause des droits correspondants, la Cour de Luxembourg devrait s'aligner désormais sur le standard conventionnel. Le standard unique imposé aux États serait alors le standard conventionnel sauf si la Cour de justice décide d'accorder une « protection plus étendue »²⁸⁰⁹, ce qu'elle a rarement fait jusqu'ici²⁸¹⁰.
- 1475 Par exemple dans *McB* s'agissant du droit au respect de la vie privée et familiale et le droit de garde d'enfant du père, la Cour examine alors le droit conventionnel, jurisprudentiel, par rapport au cas d'espèce qui lui été soumis et décide de s'en tenir aux principes dégagés par la Cour de Strasbourg qui en l'espèce étaient satisfaits et semblaient suffisants également dans le cadre du droit de l'Union²⁸¹¹.

²⁸⁰⁷ Voir supra § 794 et s.

²⁸⁰⁸ Il est en effet certain que le degré d'exigence n'est pas le même entre la *Convention européenne* et les traditions constitutionnelles communes des États, puisque l'article 52(4) demande une « obligation moins stricte d'interprétation "en harmonie" tandis que l'article 52(3) pose "un principe d'alignement" »: L. POTVIN-SOLIS, « Le principe d'autonomie et le dialogue entre les juridictions nationales et européennes dans la conciliation des droits et libertés » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 509-555, p. 534.

²⁸⁰⁹ Le conditionnel s'impose au regard des nuances apportées par la Cour dans son avis relatif à l'adhésion à la *Convention européenne des droits de l'homme* dans lequel l'autonomie de son interprétation est mise en avant : avis 2/13, préc. Voir infra § 1733 et s.

²⁸¹⁰ Voir C. VIAL et R. TINIÈRE, « L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question » dans R. TINIÈRE et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 9-41, p. 37 et s.

²⁸¹¹ L'Avocat général explique notamment les problèmes que poseraient la reconnaissance d'un droit de garde « *ex post* », c'est-à-dire au-delà des exigences conventionnelles : § 69 et s. de la prise de position de l'Avocat général M.

- 1476 Dans *Melloni*, l'Avocat général procède à la même analyse à propos du droit à un procès équitable et des droits de la défense²⁸¹² et se contente de cette protection. Il ajoute : « outre que nous ne décelons pas de raisons d'aller plus loin que la position équilibrée retenue par la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour ne pourrait pas s'appuyer sur les traditions constitutionnelles communes »²⁸¹³. Le droit constitutionnel comparé des États peut alors servir d'argument pour une protection plus étendue que celle de la Cour européenne des droits de l'Homme. Mais il intervient clairement après l'exigence de conformité avec les droits correspondants strasbourgeois et toujours selon une approche évolutive. On a pu aussi remarquer que la Cour de justice pouvait marquer son autonomie par rapport à la Convention lorsque notamment l'ensemble des États membres de l'Union n'avait pas unanimement accepté un principe spécifique, dans *Fransson* le principe *ne bis in idem*²⁸¹⁴.
- 1477 La Cour de Strasbourg est devenue bien plus qu'un acteur de la fertilisation croisée des libertés en Europe : le système conventionnel, sa jurisprudence, sont désormais un facteur déterminant dans la convergence et l'homogénéisation des standards de protection s'exerçant à l'encontre des États membres, dans le cadre du droit de l'Union, sans toutefois totalement oblitérer l'utilité de recourir à leurs traditions constitutionnelles.
- 1478 Plus généralement, pour totalement évaluer l'influence des principes constitutionnels nationaux dans la fabrication des standards de protection de l'Union, il faut se demander si véritablement leurs utilisations permettent l'apaisement des conflits et frictions. En effet, l'ordre juridique de l'Union a ceci de particulier qu'il protège des libertés fondamentales « au service » de sa politique. Ces dernières peuvent dès lors se trouver confrontées à des droits fondamentaux plus généraux, voire assez spécifiques à un État. On sait que la Cour admet que les droits

Niilo Jääskinen présentée le 22 septembre 2010 : CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB. contre L. E.*, aff. C-400/10, *Rec. 2010*, p. I-08965.

²⁸¹² Il estime que le mandat d'arrêt européen est même une codification des exigences conventionnelles : § 80 des conclusions dans *Melloni*, préc.

²⁸¹³ § 84 des conclusions dans *ibid.*

²⁸¹⁴ D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection », préc. « À la différence d'autres droits contenus dans la CEDH, le principe *ne bis in idem* n'est pas unanimement accepté par tous les États membres parties à la Convention, beaucoup souhaitant pouvoir conserver la possibilité d'une double répression administrative et pénale (...). À cela s'ajoute que les protocoles de la CEDH ont, pour l'heure, été exclus du champ des négociations d'adhésion de l'Union au système de la Convention ». Dans le même sens voir H. GAUDIN, et al., *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1006 p., p. 231. Ainsi, selon Joël Andriantsimbazovina, l'affirmation de cette autonomie vis-à-vis de *Convention européenne* vise sans doute à laisser une marge d'appréciation aux États membres en la matière, démontrant ainsi que la Cour de justice n'entend pas utiliser la régulation des standards de protection comme « un instrument d'uniformisation des droits fondamentaux », p. 232.

fondamentaux soient un moyen de défense de la part des États pour se soustraire au respect de ces libertés de circulation ou de nature plus économique. Or si elle procède à une large acception des droits fondamentaux, en acceptant d'y inclure des standards *a priori* spécifiques à un État, elle permet de passer d'une situation conflictuelle (entre une liberté communautaire et un droit fondamental national) à une congruence²⁸¹⁵ en « européanisant » le standard de protection national²⁸¹⁶. Ce faisant, les droits et libertés se trouvent alors sur un pied d'égalité, et peuvent se concilier.

- 1479 C'est très précisément ce qui arriva dans la célèbre affaire *Omega*²⁸¹⁷. En l'espèce était contestée l'interdiction pour l'entreprise Omega d'exercer son activité de « laser-sport » au motif qu'une telle activité dans laquelle on joue à « tuer des personnes » constituait un danger pour l'ordre public et une atteinte à la dignité humaine protégée par la *Loi fondamentale* allemande. Or sur le plan du droit communautaire, cette interdiction portait atteinte à la libre prestation de service, la Cour devait donc déterminer si la restriction imposée à cette liberté était justifiée. Elle répond dans la lignée de *Schmidberger* que le respect des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime susceptible de justifier une restriction à une liberté fondamentale, sous réserve du respect de la proportionnalité. Or c'est parce que la Cour, dans la lignée des conclusions de l'Avocat général, estime que le respect de la dignité humaine est protégé par le droit communautaire en tant que principe général du droit que le conflit entre liberté communautaire et droit fondamental national a pu être désamorcé par un processus de conciliation, de mise en balance. L'Avocat général avait pu noter que si la notion de dignité humaine se manifestait dans les droits constitutionnels étatiques de diverses manières, le cas allemand était assez singulier dans la mesure où sa protection constitue une norme juridique, un droit fondamental, autonome et non pas simplement un principe constitutionnel général²⁸¹⁸. La Cour écarte cette différence dans les standards nationaux pour protéger la dignité humaine en droit communautaire²⁸¹⁹. Même si l'on

²⁸¹⁵ V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie? » dans J.-C. MASCLÉ, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, 2010, pp. 80-94, p. 92.

²⁸¹⁶ On a ainsi pu parler de « l'élévation du conflit de normes dans la sphère du droit communautaire » : G. MARTI, « La conciliation entre les droits et libertés », préc., p. 296.

²⁸¹⁷ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre berbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec. 2004*, p. I-09609.

²⁸¹⁸ § 84 et 85 des conclusions de l'Avocat général Stix-Hackl présentées le 18 mars 2004 dans *ibid.*

²⁸¹⁹ § 34 : « Ainsi que l'expose Mme l'Avocat général aux points 82 à 91 de ses conclusions, l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit.

pouvait discuter du caractère véritablement commun aux États membres du standard de protection allemand sur la dignité, le passage par la terminologie plus vaste des « traditions constitutionnelles » a pu constituer le préalable nécessaire à l'évitement d'un conflit entre deux droits distincts issus de deux niveaux différents. C'est ensuite par l'application du principe de proportionnalité, qui sera en l'espèce favorable aux autorités allemandes, que la friction entre les deux droits sera définitivement résolue.

1480 Le processus de traduction dans le langage européen²⁸²⁰ ou de « conversion du droit invoqué en objectif légitime d'ordre social »²⁸²¹ par le biais des traditions constitutionnelles communes a donc permis dans *Omega* un véritable apaisement des rapports entre l'Allemagne et la Cour de justice. Mais la transposition d'un standard national plutôt minoritaire peut aussi aboutir à faire d'une tradition non commune un principe général désormais dans le corpus de droit originaire, s'imposant à tous les États par le biais du droit européen. En l'espèce, on peut discuter du caractère minoritaire du respect de la dignité humaine dans la mesure où la divergence se situait au niveau de la justiciabilité et de l'autonomie du droit et non pas sur son existence en tant que valeur. Reste que sur le plan des principes, une telle transposition pourrait aboutir à une convergence forcée. En tout état de cause, l'avantage de cette incorporation d'un standard minoritaire au droit commun n'est en réalité qu'une étape préalable à la véritable technique de pacification entre les deux niveaux de gouvernance dans la garantie des libertés : la mise en œuvre de la proportionnalité et la place plus ou moins grande laissée aux singularités nationales par la Cour.

1481 Car finalement, les traditions constitutionnelles communes permettent souvent de « découvrir » ou délimiter un droit fondamental, mais la comparaison des droits constitutionnels nationaux ne tient pas officiellement de place dans l'examen de la justification, la proportionnalité, pour tirer des critères d'évaluation par exemple²⁸²². Or c'est très précisément à cette étape que la

Il ne fait donc pas de doute que l'objectif de protéger la dignité humaine est compatible avec le droit communautaire, sans qu'il importe à cet égard que, en Allemagne, le principe du respect de la dignité humaine bénéficie d'un statut particulier en tant que droit fondamental autonome », *ibid.*

²⁸²⁰ C. VAN DE HEYNING, « From Lingua Franca To a Common Language », préc., p. 193.

²⁸²¹ L. AZOULAI, « Article II-113 » dans L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, dir., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, pp. 689-714, p. 704.

²⁸²² En ce sens : M. KUMM, « Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm » dans M. POIARES MADURO et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 106-118, p. 114. Nous discuterons en détail de la place des droits nationaux, constitutionnels notamment, au stade de la justification au chapitre suivant.

subsistance de la diversité peut s'évaluer, selon le degré de déférence ou la marge d'appréciation laissée aux autonomies normatives, marge qui tend d'ailleurs avec la clause des droits correspondants à être directement issue de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour conclure, la référence aux traditions constitutionnelles communes permet bien « d'introduire la notion de congruence des normes nationales et communautaires et d'aplanir le conflit » avec les juges constitutionnels nationaux²⁸²³. Elle a certainement vocation à continuer après Lisbonne, toujours d'une manière maîtrisée par la Cour de justice. L'apaisement des frictions dans la protection des libertés sur plusieurs niveaux et la volonté d'accorder une haute protection des libertés aux individus peut ainsi justifier cette convergence discrétionnaire voire l'imposition de standard minoritaire parmi les États. Ces deux objectifs expliqueront d'ailleurs l'assouplissement de la logique verticale que nous verrons ensuite.

Conclusion du chapitre 1

- 1482 Lorsqu'il s'agit de déterminer les standards exacts d'application des droits fondamentaux, tant la Cour suprême du Canada que la Cour de justice de l'Union européenne refusent d'interpréter de manière isolée les normes dont elles garantissent la supériorité. Elles répugnent pour autant à calquer purement et simplement les standards, pour que ceux issus des normes englobantes et ceux issus des normes englobées soient les reflets exacts des unes aux autres. Il ressort donc clairement de leurs jurisprudences respectives que les juges suprêmes interprètent les normes de sauvegarde des libertés dont ils assurent le contrôle, les Chartes englobantes notamment, à la lumière des autres instruments de protection de l'espace plurijuridique. L'intensité de la lumière varie d'une Cour à l'autre et selon les standards concernés. Parfois, comme si la lumière était trop forte, les standards s'alignent véritablement et aboutissent à la construction d'un seul. C'est cette convergence opérée par le juge suprême qui a indubitablement un fort effet homogénéisateur.
- 1483 Comme cela était prévisible après l'étude des facteurs structurels, cette convergence est plus forte au Canada que dans l'Union européenne. Ainsi les effets du standard de protection commun européen, même défini unilatéralement par la Cour de justice seront limités au champ d'application du droit de l'Union. Au Canada, la possible compétence de contrôle prétorien à l'égard de deux normes accroît sensiblement la congruence des standards et implique qu'en cas

²⁸²³ F. SUDRE, « Introduction » dans H. LABAYLE et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 7-34, p. 11.

de standard unique, il s'imposera dans la protection des libertés des autonomies englobées, parfois malgré l'existence de normes spécifiques. L'aura de la Cour d'Ottawa et le système juridictionnel intégré conduit même parfois à un alignement des standards par les cours provinciales alors même que les précédents de la Cour suprême ne les y obligeaient pas nécessairement.

- 1484 L'existence d'un standard unifié de protection des droits et libertés comporte assurément des avantages importants. Le premier est sans doute celui de la cohérence et de la simplicité pour les juristes et justiciables à envisager un seul type de contrôle s'agissant de la même liberté. Le second est que l'unification permet d'aplanir les éventuelles frictions parmi les diverses protections existantes, soit parce qu'elle est une étape préalable à une conciliation (c'est l'hypothèse *Omega*), soit parce que tout simplement elle efface les différences et avec elles les dissensions. Enfin, la convergence des standards peut avoir un effet bénéfique du point de vue du particulier si elle a permis un « enrichissement » de ses droits ou de leur étendue, mais on a pu déceler des cas de « contamination » qui avait eu l'effet plutôt inverse.
- 1485 Ainsi les effets néfastes d'un standard défini péremptoirement « par le haut » existent bien du point de vue individuel, mais aussi du point de vue du respect des autonomies normatives : leur diversité et leurs éventuelles spécificités.
- 1486 Reste à savoir si ses inconvénients pourraient être levés grâce aux techniques d'interprétation permettant d'insérer une logique moins verticale et qui permettraient précisément de se pencher sur des problèmes d'ores et déjà rencontrés et communs aux deux espaces, à savoir l'importance de la marge laissée aux autonomies normatives.

CHAPITRE 2. LE REJET D'UNE MISE EN ŒUVRE HÉGÉMONIQUE DES DROITS ET LIBERTÉS : LA VERTICALITÉ TEMPÉRÉE

- 1487 Le processus d'homogénéisation lors de l'interprétation substantielle des droits fondamentaux ne saurait, par définition, être total. La dynamique trouve en effet un frein certain lorsque le juge procède à l'application de la norme de protection au cas concret qui lui est soumis et peut alors estimer qu'il n'y a pas de violation du droit en cause. Ce faisant, il continue d'exister une norme juridique spécifique au sein du plurijuridisme. Le nombre substantiel de règles spécifiques, issues des autonomies normatives, estimées conformes aux libertés, limite tout simplement l'effet homogénéisant. On pourrait dès lors analyser la jurisprudence des droits et libertés de manière quantitative pour déterminer quels sont par exemple au Canada les législations provinciales particulières qui sont passées au travers les mailles de la Cour suprême pour évaluer l'impact de la *Charte canadienne* sur la diversité fédérale²⁸²⁴.
- 1488 Dans l'Union européenne, la tentation est encore plus grande de se contenter de l'analyse quantitative des violations des droits fondamentaux vis-à-vis des institutions européennes et vis-à-vis des États. Analyse d'autant plus aisée que le déséquilibre est flagrant puisque les institutions ont été rarement sanctionnées contrairement aux États²⁸²⁵. On a cependant pu observer depuis l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* que la Cour avait invalidé plusieurs législations de l'Union au nom de la protection des droits fondamentaux²⁸²⁶ démontrant ainsi que la Cour prend au sérieux le contrôle du respect de la *Charte* par le législateur de l'Union²⁸²⁷.

²⁸²⁴ Voir J. B. KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers Intent*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, 323 p., p. 181 et s; Y. DE MONTIGNY, « The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Legislative Authority of Quebec » dans D. SCHNEIDERMAN et K. SUTHERLAND, dir., *Charting the Consequences. The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, pp. 3-33. Voir notamment les études sur les premières années d'application de la *Charte canadienne* citées par l'auteur p. 24.

²⁸²⁵ Voir la célèbre critique de J. COPPEL et A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *CML Rev.*, vol. 29, 1992, pp. 669-692.

²⁸²⁶ En ce sens : A. ROSAS et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 295 p., p. 172.

²⁸²⁷ Voir les affaires CJCE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert contre Land Hessen*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec. 2010*, p. I-11063; CJUE, 1er mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres contre Conseil des ministres*, aff. C-236/09, *Rec. 2011*, p. I-00773; CJUE (G.C.), 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12, *non encore publié*. Cette dernière affaire est d'autant plus intéressante que l'Avocat général récuse explicitement l'idée que les institutions européennes puissent se reposer sur les États membres quant à la protection des libertés, ici le droit à la vie privée dans le cadre de la protection des données personnelles, dans le cadre de la transposition de la directive contestée. La Cour ne reprendra

- 1489 Mais cette méthode ne permettrait pas de comprendre le plus essentiel : le contenu des règles homogénéisées et la justification avancée²⁸²⁸. La focale portera donc ici sur le raisonnement prétorien et le regard porté par les juges suprêmes sur la possible uniformité juridique que la protection des libertés pourrait engendrer, cette fois-ci au-delà de la question des concurrences des instruments de protection quasi constitutionnelle canadiens ou étatiques européens.
- 1490 Or force est de constater que les Cours n'ont pas fait des Chartes (et éventuellement des autres instruments) un outil au service d'une uniformisation systématique. Par exemple, il existe aussi toute une jurisprudence relative à la *Charte canadienne* dans laquelle la Cour protège très explicitement le fédéralisme²⁸²⁹. Elle démontre que la Cour n'a pas entendu détruire toute diversité juridique propre au fédéralisme canadien en garantissant les droits individuels. Tant dans l'Union européenne qu'au Canada, la logique verticale se trouve en réalité contenue par les précautions prises par les juges pour ne pas miner l'essence même du plurijuridisme.
- 1491 Pour bien comprendre dans quelle mesure le juge suprême assure un respect minimal de la pluralité normative au Canada et dans l'Union européenne lors du contrôle des libertés, il faut saisir les étapes du raisonnement propres à ce type d'affaires : l'atteinte au droit et son éventuelle justification. Si l'établissement du contenu des libertés évite le plus souvent le piège de l'hégémonisme (section 1), c'est l'analyse de la justification d'une atteinte, dans laquelle la proportionnalité et le contexte tiennent une place importante, qui constitue l'étape cruciale permettant de laisser perdurer une certaine diversité juridique (section 2).

Section 1. Des atteintes aux libertés ne pouvant miner directement le plurijuridisme

- 1492 Certains droits ou libertés ont sans doute plus que d'autres un fort potentiel uniformisateur, notamment lorsqu'on peut affirmer qu'ils sont au service de la police englobante²⁸³⁰. Encore faut-il que l'interprétation qu'en donnent les juges suprêmes confirme cet effet. Or à cet égard,

pas expressément ce raisonnement, mais l'invalidation de la Directive à laquelle elle conclut va assurément dans le même sens.

²⁸²⁸ Une analyse qualitative est donc nécessaire, ainsi dans le cas canadien on a pu par exemple constater que la comparaison entre les invalidations des lois fédérales et provinciales devait tenir compte du fait que les invalidations des dispositions fédérales relevaient en très grande majorité du droit criminel. Par conséquent les dispositions inconstitutionnelles fédérales sont essentiellement d'ordre procédural (ce qui n'est pas le cas s'agissant des lois provinciales invalidées) et ne fait pas sortir la Cour suprême de son rôle traditionnel en matière de droit criminel : Y. DE MONTIGNY, « The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter », préc., p. 7 et 8.

²⁸²⁹ J. B. KELLY, *Governing with the Charter*, préc., p. 202 et s.

²⁸³⁰ Voir supra § 767.

les Cours n'ont pas donné suite aux arguments militant pour une interprétation extensive de certaines libertés qui auraient pu alors avoir un effet dévastateur sur les différents plurijuridismes en cause. Il faudra en apprécier la portée en distinguant, non pas tellement selon les juges suprêmes, mais selon les plurijuridismes en question. Ainsi les interprétations du contenu des libertés éviteront le plus souvent la destruction des autonomies normatives provinciales canadiennes (I), autochtones du Canada (II) et des États membres de l'Union européenne (III).

I. Une définition des droits et libertés canadiens ne portant pas directement atteinte au fédéralisme

1493 Lorsque la Cour détermine s'il est porté atteinte à un droit, l'argument de la diversité fédérale peut avoir un impact sur la portée, l'étendue du droit. C'est le cas en particulier de certains droits fondamentaux comme celui protégeant l'égalité. Ainsi la Cour suprême du Canada a refusé que la capacité de réglementation provinciale entraînant une possible diversité au sein de la fédération puisse être utilisée comme un argument visant à démontrer une violation d'un droit garanti par la *Charte*.

1494 S'agissant de l'article 6 de la *Charte canadienne*, relatif à la liberté de circulation et d'établissement des citoyens canadiens, la jurisprudence canadienne protège la possibilité provinciale de réglementer certaines activités, de leurs domaines de compétence, sans que cela puisse en tant que tel constituer une violation de cette liberté. Dès 1984 la Cour a estimé que la garantie accordée au citoyen ou au résident permanent de gagner leur vie dans une province ne consacre pas un droit général au travail. Ainsi, « les citoyens et les résidents permanents ont le droit de gagner leur vie dans toute province, mais ce droit est subordonné aux lois et usages “d'application générale” dans cette province qui n'établissent aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence »²⁸³¹. Comme le fait remarquer Jean-François Gaudreault-Desbiens, une décision contraire « aurait potentiellement rendu suspects sur le plan

²⁸³¹ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, § 28. Voir aussi *Black c. Law society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 620 : « Le paragraphe 6(2) était destiné à protéger le droit d'un citoyen (et par extension celui d'un résident permanent) de se déplacer à l'intérieur du pays, d'établir sa résidence à l'endroit de son choix et de gagner sa vie sans égard aux frontières provinciales. Les provinces peuvent évidemment réglementer ces droits (selon l'arrêt *Skapinker*). »

constitutionnel un grand nombre de régimes provinciaux réglementant le marché du travail et des professions à l'intérieur de la province »²⁸³².

- 1495 La Cour a par la suite précisé sa jurisprudence, dans *Office canadien de commercialisation des œufs*²⁸³³. Elle y affirme que l'article 6 est un véritable droit de la personne, lié à sa dignité individuelle et à l'égalité²⁸³⁴, et non pas un attribut de la citoyenneté canadienne²⁸³⁵, ou en tant que caractéristique de l'unité économique du pays²⁸³⁶. Mais surtout elle assure à ce sujet que l'étendue des droits de la *Charte* ne saurait miner l'existence même de la diversité fédérale :

« Des lois fédérales, ou des régimes législatifs établis de concert par les gouvernements fédéral et provinciaux, peuvent s'appliquer dans certaines provinces seulement et ainsi créer des conditions variables en matière de gagne-pain dans différentes provinces (...). Ce type de législation économique, de même que l'établissement de régimes de réglementation divergents dans les provinces, est indubitablement autorisé par la Constitution ».²⁸³⁷

- 1496 La position de la Cour suprême du Canada, évite donc une définition de cette liberté entraînant *a priori* un anéantissement des capacités provinciales à édicter des normes divergentes ayant un impact sur l'exercice d'une liberté constitutionnelle.
- 1497 Les critères de violation du droit à ne pas être discriminé ne sauraient non plus être directement tributaires de la diversité propre à une fédération. Ainsi dans *R. c. S. (S.)*²⁸³⁸, elle affirme sans ambages que :

²⁸³² J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20^{ème} anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 271- 310, spéc. p. 292.

²⁸³³ *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157.

²⁸³⁴ « Cette garantie de libre circulation est définie et étayée par la notion d'égalité de traitement et l'absence de distinction fondée sur le motif normalement lié au choix de l'endroit où gagner sa vie (c.-à-d. le lieu de résidence) » § 60, *ibid.*.

²⁸³⁵ « L'article 6 émane d'un intérêt pour les droits de la personne et non des conditions ou du fonctionnement de la structure fédérale canadienne », § 59, *ibid.*.

²⁸³⁶ « Cet article garantit la libre circulation des gens, non en tant que caractéristique de l'unité économique du pays, mais plutôt en vue d'atteindre un objectif en matière de droits de la personne. Il est axé sur l'individu. L'article 6 ne garantit pas et n'exclut pas catégoriquement le droit d'un individu d'introduire des biens, services ou capitaux dans une province sans être entravé par une réglementation quelconque. L'article 6 se rapporte plutôt à un attribut essentiel de la personnalité et garantit que le choix de l'endroit où gagner sa vie ne sera pas entravé au moyen d'un traitement inégal, fondé sur le lieu de résidence, par les lois en vigueur dans le ressort où la personne visée gagne sa vie », § 66 *ibid.*.

²⁸³⁷ § 61, *ibid.*.

²⁸³⁸ *R. c. s. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254.

« De toute évidence, le système fédéral de gouvernement lui-même exige qu'on ne donne pas aux valeurs sous-tendant le par. 15(1) une portée illimitée. Non seulement le partage des compétences permet un traitement différent selon la province de résidence, mais il autorise et encourage des distinctions d'ordre géographique. Il ne fait donc aucun doute que le traitement inégal qui résulte uniquement de l'exercice par les législateurs provinciaux de leurs compétences légitimes ne saurait, du seul fait qu'il crée des distinctions fondées sur la province de résidence, être attaqué sur le fondement du par. 15(1) »²⁸³⁹.

- 1498 En l'espèce, le juge en chef Lamer estime parfaitement admissible la divergence d'application d'une norme fédérale en matière criminelle parmi les provinces dans la mesure où « des différences dans l'application d'une loi fédérale peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral »²⁸⁴⁰. Les différences entre provinces ne sauraient ainsi constituer une distinction fondée sur une « caractéristique personnelle » aux fins de l'application de l'article 15(1) de la *Charte*.
- 1499 La diversité fédérale se trouve donc explicitement protégée dans la mesure où elle ne saurait constituer *a priori* un motif de discrimination. Ceci a d'ailleurs été réaffirmé par la juge L'Heureux-Dubé écrivant pour la majorité dans *Haig* à propos de l'organisation de deux référendums portant sur la révision de la Constitution : un au Québec selon les conditions de la loi provinciale et un autre dans le reste du Canada selon les conditions de la loi fédérale. Le requérant, qui ne remplissait les conditions d'aucun des deux régimes et n'ayant pu donc participer au référendum, contestait la validité constitutionnelle de la décision fédérale de ne tenir un référendum que dans un nombre spécifique de provinces, notamment sur le fondement de l'article 15(1). Or pour la Cour, « manifestement, dans un système fédéral, les distinctions entre les provinces ne donnent pas automatiquement naissance à une présomption de discrimination »²⁸⁴¹.

²⁸³⁹ *Ibid.*, p. 288.

²⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 289.

²⁸⁴¹ *Haig c. Canada; Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1046. Elle poursuit : « Le paragraphe 15(1) de la Charte, bien qu'interdisant la discrimination, n'apporte aucune modification au partage des pouvoirs entre les gouvernements ni n'exige que toutes les lois fédérales s'appliquent toujours de façon uniforme à toutes les provinces. Il convient de souligner que, comme le fait remarquer le juge en chef Dickson dans l'arrêt R. c. S. (S.), précité, aux pp. 289 à 292, des différences dans l'application d'une loi fédérale d'une province à l'autre peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs propres à un système fédéral. Les différences existant entre les provinces font rationnellement partie de la réalité politique d'un régime fédéral. Ce sont deux concepts distincts que ceux de différence et de discrimination et la première n'emporte pas inéluctablement la seconde ».

1500 La Cour suprême du Canada prend donc un soin tout particulier à ne pas définir ces deux droits constitutionnels ayant un effet intégrateur très fort, comme des droits minant par nature le fédéralisme²⁸⁴². Elle a aussi eu l'occasion d'affirmer en 2013 à propos des droits linguistiques que « la *Charte* reconnaît par ailleurs l'importance du respect des pouvoirs constitutionnels des provinces » et du fédéralisme²⁸⁴³.

II. Une possible interprétation du contenu des droits et libertés sensible aux cultures autochtones du Canada ?

1501 Dans le cadre des contestations constitutionnelles des libertés impliquant les peuples autochtones du Canada, la question de l'uniformisation lors de l'interprétation substantielle se pose à la fois dans des termes semblables aux provinces, mais aussi de manière propre en raison de la clause spécifique les concernant : l'article 25 de la *Charte canadienne*.

1502 En effet, tout comme dans les autres litiges constitutionnels de protection des libertés, on peut distinguer deux étapes dans l'analyse au cours de laquelle on peut se demander si elle ne devrait pas être appréhendée à la lumière des traditions juridiques autochtones : la portée des droits garantis et la justification. Pour légitimer une interprétation sensible aux cultures autochtones²⁸⁴⁴, l'article 25 peut être mobilisé, dans la mesure où il ne constituerait pas un bouclier intervenant au stade de l'applicabilité de la *Charte canadienne*²⁸⁴⁵. Il servirait dès lors à « interpréter la *Charte* en prenant largement en considération les conceptions philosophiques, les cultures et les traditions distinctives des autochtones »²⁸⁴⁶, notamment lors de la détermination de l'atteinte aux libertés.

1503 Ainsi s'agissant de la définition du contenu de certaines libertés fondamentales, leur application dans le contexte autochtone peut amener à certaines adaptations ou certaines spécificités. Par

²⁸⁴² Voir en ce sens J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme », préc., p. 299 et s.; J. B. KELLY, *Governing with the Charter*, préc., p. 203.

²⁸⁴³ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2013] 2 R.C.S. 774, § 56. La Cour poursuit : « Il n'est donc pas contraire aux valeurs de la Charte que la législature de la Colombie Britannique décide que les instances judiciaires se déroulent uniquement en langue anglaise dans cette province ».

²⁸⁴⁴ S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, 645 p., p. 434; D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, 332 p., p. 62 et s.

²⁸⁴⁵ Voir supra § 1094.

²⁸⁴⁶ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p.

exemple²⁸⁴⁷, on a pu regretter que la Cour suprême soit si peu sensible à la liberté de religion²⁸⁴⁸ telle que conçue par les premières nations notamment dans l'affaire *Jack et Charlie*²⁸⁴⁹. En l'espèce les appelants, des Indiens Salish de la Côte, ont été accusés d'avoir chassé le cerf hors saison en infraction à la *Wildlife Act* de la Colombie-Britannique et ils se défendaient en expliquant que le cerf tué était destiné à une cérémonie religieuse ancestrale au cours de laquelle on brûle de la viande de cerf crue. Même si la *Charte canadienne* n'était pas adoptée au moment des faits et donc inapplicable, le juge Beetz a estimé que « l'interdiction de la *Wildlife Act* de chasser le cerf ne soulève aucune question de liberté de religion », notamment parce qu'il n'y avait « aucune preuve que l'emploi de viande de cerf crue dégelée soit un sacrilège ». Au contraire, la Cour suprême du Canada a tenu compte du contexte, historique, culturel et social spécifique tenant aux peuples autochtones lorsqu'elle a eu à connaître de « programmes améliorateurs » sous l'angle de l'article 15(2) de la *Charte canadienne*²⁸⁵⁰.

- 1504 Mais s'agissant de la question de l'homogénéisation du droit des peuples autochtones par la *Charte canadienne*, c'est davantage le problème inverse qui nous intéressera, à savoir les cas où les droits et libertés individuels ont été mobilisés pour contester des actes pris par des gouvernements autochtones. Or à cet égard, on a pu démontrer que certains droits constitutionnels étaient difficilement applicables dans ce contexte. C'est le cas de l'article 3 de la *Charte* qui, en raison de son énoncé, réduit le droit de vote aux seules élections fédérales et provinciales et non aux instances de gouvernance autochtone²⁸⁵¹. S'agissant des garanties relatives à la procédure pénale, comme les articles 8 et 11 sur protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives et les droits de l'inculpé, le contexte particulier des communautés autochtones devrait être également pris en compte pour déterminer s'il y a une

²⁸⁴⁷ Pour une analyse plus complète de l'utilisation de la *Charte canadienne* par les autochtones, voir B. W. MORSE, « The Charter and Aboriginal Peoples after 25 Years: An Uneven Experience. », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 37, 2007, pp. 213-60, spéc. p. 217 et s.

²⁸⁴⁸ Sur cette question, voir aussi J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p., p. 248 et s.

²⁸⁴⁹ *Jack and Charlie c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 332.

²⁸⁵⁰ Voir par exemple *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950. Ou plus récemment concernant les Métis : *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670.

²⁸⁵¹ En ce sens, voir S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 435. Pour une affirmation jurisprudentielle récente : *Taypotat c. Taypotat*, [2013] CAF 192, § 27 et s.

« attente raisonnable en matière de vie privée »²⁸⁵² ou si la personne entre dans la catégorie des « inculpés » dans le cadre des systèmes de règlement des différends autochtones²⁸⁵³.

1505 À cet égard les Chartes des droits de la personne édictées par les communautés autochtones pourront s'avérer d'une aide précieuse afin d'interpréter la *Charte constitutionnelle* de manière respectueuse de leur tradition juridique²⁸⁵⁴. Plus généralement certains auteurs ont préconisé qu'en vertu de l'article 25, lorsque deux interprétations constitutionnelles sont possibles, les juges devraient préférer celle qui n'entraîne pas la violation du droit pour ne pas porter trop atteinte au particularisme autochtone. Autrement, on doit recourir à l'analyse conjointe de l'article 1^{er} et de l'article 25²⁸⁵⁵, deuxième étape du raisonnement.

III. La détermination de l'atteinte aux libertés fondamentales de l'Union européenne n'entraînant pas par essence d'uniformisation

1506 Dans la construction de l'Union européenne, les libertés au service de sa politique ont été non seulement interprétées de manière large par la Cour de justice de l'Union européenne, mais ont une vocation d'intégration économique assumée. Il s'agit de ce que l'on appelle les libertés fondamentales, qui se distinguent donc en droit de l'Union, des droits fondamentaux. Bien que constituant des droits subjectifs individuels, ils ont un objectif premier d'intégration des États dans un marché commun, qui s'est ensuite « socialisé » à la faveur d'un espace de circulation davantage tourné vers les personnes et non pas seulement vers les acteurs économiques²⁸⁵⁶.

1507 Ces libertés fondamentales qui sont essentiellement des libertés de circulation au sein de l'Union et le droit à la non-discrimination selon la nationalité sont par essence des droits subjectifs d'intégration c'est-à-dire ayant pour objectifs de créer et renforcer un espace commun dans lequel les barrières normatives des États y faisant obstacle sont amenées à disparaître. À cet égard, la jurisprudence créative de la Cour de Luxembourg a participé à l'élimination de ces frontières

²⁸⁵² Cour supérieure de justice de l'Ontario, *R. v. Winter*, 2008 CanLII 66155 (ON SC), 2008-11-27.

²⁸⁵³ Voir par exemple P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256, spéc. p. 215; S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 435. Pour une démarche beaucoup plus approfondie sur cette question voir les chapitres 6 et s. de D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc.

²⁸⁵⁴ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à redéfinir*, préc. Dans le même sens voir D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter*, préc., p. 76 et s.

²⁸⁵⁵ P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 334 p., p. 226. Sur cette question voir aussi T. DICKSON, « Section 25 and Intercultural Judgment », *Revue de droit de l'Université de Toronto*, vol. 61, 2003, pp. 141 - 174.

²⁸⁵⁶ Voir supra § 196.

normatives nationales empêchant la formation du marché commun, par exemple par une acception large de la notion de travailleur ou par la notion de discrimination indirecte selon la nationalité²⁸⁵⁷.

1508 Mais tout comme dans la jurisprudence canadienne on ne saurait dire que ces interdictions ont totalement éradiqué la diversité normative des États membres. Tout comme au Canada, ce n'est pas l'existence même de législations différentes entre les États qui permet de conclure à une discrimination fondée sur la nationalité, mais le traitement différencié par un État (direct ou indirect) entre ses ressortissants et ceux des autres États membres²⁸⁵⁸. L'existence même de ce que l'on appelle la « discrimination à rebours »²⁸⁵⁹ démontre d'ailleurs que la Cour de justice refuse de faire des libertés fondamentales de circulation une arme uniformisatrice imposant des droits et obligations identiques à tous les sujets de droit européen, en refusant de régler les cas des situations purement internes²⁸⁶⁰. En ce sens, on a pu ainsi estimer que « si le principe de non-discrimination a contribué à la réalisation des objectifs communautaires, il a aussi garanti un équilibre entre ces objectifs et la diversité des législations nationales »²⁸⁶¹.

1509 S'agissant du droit de vote aux élections européennes, la Cour a su faire preuve d'une grande ouverture à l'égard du droit britannique dans l'affaire *Espagne c. Royaume-Uni*²⁸⁶². La Cour a en effet admis que le Royaume-Uni puisse octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux ressortissants

²⁸⁵⁷ L'égalité de traitement a ainsi démontré sa « puissance d'intégration » en raison de la variété des domaines concernés par exemple dans CJCE, 9 novembre 2006, *Pirkko Marjatta Turpeinen*, aff. C-520/04, *Rec.* 2006, I, p. 10685, : J.-G. HUGLO, « Le principe d'égalité de traitement, vecteur de l'intégration sociale européenne », *Gaz. Pal.*, vol. 19 juin 2008, n°171, 2008, p. 52 et s. On a pu aussi y voir un effet édificateur, mais aussi perturbateur des systèmes juridiques des États : S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union Européenne, Septièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet de Metz*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 65-89.

²⁸⁵⁸ Voir par exemple : CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* 2001, p. 6193; CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, *Rec.*, p. I-11613. CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, *Rec.* 2004, p. 2703; CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, *Rec.* 2004, p. 7573.

²⁸⁵⁹ Voir supra § 1170.

²⁸⁶⁰ On notera ainsi que cette question est davantage réglée au niveau du champ d'application des libertés fondamentales que de leur interprétation substantielle contrairement à la situation canadienne.

²⁸⁶¹ S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », préc., p. 72. À propos du principe de non-discrimination selon la nationalité, l'auteur estime que « le traitement national consacre l'existence même des droits nationaux, la validité de leur contenu et entérine les différences entre elles (sic) : c'est l'instrument du pluralisme juridique », p. 73. Voir aussi : N. BERNARD, « Discrimination and Free Movement in EC Law », *Int'l & Comp. L.Q.*, vol. 45, 1996, pp. 82-08. Selon cet auteur la liberté de circulation fondée sur la non-discrimination promeut une « regulatory diversity: a discrimination theory necessarily implies a recognition of the legitimacy of national regulation per se and in its own right, independently of the specific substantive values that an individual piece of regulation might embody », p. 103.

²⁸⁶² CJCE (GC), 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.*, p. I-07917.

de Gibraltar, c'est-à-dire du *Commonwealth*, alors même que s'ils ont des liens étroits avec l'État membre, ils ne sont pas citoyens de l'Union. La Cour a procédé à une « acceptation globale »²⁸⁶³ des modalités de l'exercice du droit de vote prévu par l'État membre, qui a donc pu déterminer qui pouvait être titulaire de ces droits fondamentaux, pourtant typiquement européens. Cette décision constitue sans nul doute un arrêt central dans la définition de la citoyenneté européenne qui apparaît dès lors comme « décloisonnée et universelle »²⁸⁶⁴ ou pluraliste²⁸⁶⁵, et qui globalement tendait vers le renforcement des droits fondamentaux dont le Royaume-Uni se prévalait²⁸⁶⁶.

- 1510 Au final, en dehors donc des divergences d'interprétation quant au contenu de ces libertés de circulation dans l'Union et le Canada²⁸⁶⁷, les deux juridictions ont fort logiquement refusé de faire de ces libertés ayant une place particulière dans l'espace plurijuridique une « arme de destruction massive » de la diversité normative. Elles restent cependant, tout comme les autres droits fondamentaux des possibles instruments d'homogénéisation, et c'est l'étape de la justification qui apportera le plus de réponses quant à son ampleur. Cette seconde étape est celle où l'on trouve le plus d'éléments susceptibles de démontrer l'attachement des juges suprêmes à la diversité fédérale, des peuples autochtones ou des États membres.

²⁸⁶³ J. MALENOVSKY, « Improvisation et routine dans la conciliation des libertés et des droits par la Cour de justice de l'Union européenne » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 263-281, p. 274. L'auteur est ainsi très critique de la décision qu'il considère comme une « défaite du droit primaire ». L'Espagne soutenait en effet que le rattachement des électeurs résidant à Gibraltar à la circonscription électorale britannique violait l'annexe I de l'acte de 1976 qui limitait au seul territoire du Royaume-Uni l'élection au suffrage universel direct du Parlement européen.

²⁸⁶⁴ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne », *RTDE*, 2007, pp. 25-45, spéc. p. 36.

²⁸⁶⁵ L. F. M. BESSELINK, « Comment on Case C-145/04, Spain v. United Kingdom, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006 », *CML Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 787-813, spéc. p. 801.

²⁸⁶⁶ D'autant que la décision s'inscrivait à la suite d'un contentieux porté devant la Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne des droits de l'homme, 19 décembre 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94, voir notamment G. COHEN-JONATHAN et J.F. FLAUSS, « À propos de l'arrêt Matthews c/Royaume-Uni », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1999, p. 637 et s.). Ainsi, « la défense du Royaume-Uni – conscient que l'application de la jurisprudence Matthews l'oblige à contrevenir aux dispositions de l'acte de 1976 – consiste à invoquer la rhétorique de la protection des droits fondamentaux » : L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire », préc., p. 39.

²⁸⁶⁷ Voir : A. d. MESTRAL et J. WINTER, « Mobility Rights in the European Union and Canada », *McGill L.J.*, vol. 46, 2001, pp. 979-1009.

Section 2. La justification de l'atteinte aux droits et libertés : marges et déférence pouvant limiter l'homogénéisation

- 1511 Le contrôle prétorien de l'atteinte aux droits et libertés est l'analyse durant laquelle se joue sans doute le plus souvent l'issue des litiges. Si les méthodes de raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour suprême du Canada sont fort proches s'agissant en particulier de la proportionnalité (I), leurs manières d'y appréhender la place des particularismes provinciaux, autochtones ou étatiques répondent toutefois à des problématiques propres à chacun des deux juges (II).

I. Des techniques prétoriennes comparables quant au contrôle de la proportionnalité

- 1512 Au Canada, l'interprétation prétorienne bipartite des droits et libertés (entre l'atteinte et la justification) est fondée sur l'article 1^{er} de la *Charte constitutionnelle*, qui, même s'il n'étonnera pas le juriste européen qui raisonne selon les deux mêmes étapes, mérite quelques explications préalables.
- 1513 La clause générale canadienne permettant la limitation des droits et libertés de la *Charte* sous réserve que ces limites soient établies par une « règle de droit »²⁸⁶⁸, « raisonnables » et puissent se justifier « dans le cadre d'une société libre et démocratique » ne pose pas de problème de principe : il est acquis qu'aucune liberté ne peut être absolue et se déploie au sein des nécessités de la vie sociale et démocratique²⁸⁶⁹. On remarquera simplement son caractère exprès, mais aussi universel, dans la mesure où l'article 1^{er} s'applique à chacune des autres libertés constitutionnelles²⁸⁷⁰. Elle structure donc le contrôle constitutionnel des libertés en une première

²⁸⁶⁸ Voir *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295. Soit une norme juridique intelligible : sur l'interprétation de ce qu'est une règle de droit au sens de l'article 1^{er} de la *Charte* voir par exemple : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2012, p., pp. 38-12; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p., p. 975 et s.

²⁸⁶⁹ Danielle Pinard note à propos du contexte de l'adoption de la clause limitative : « De prime abord, on comprend aisément que l'article premier ait suscité l'adhésion des acteurs politiques en présence. Son libellé renvoie en effet à des lieux communs à des valeurs incontestées, personne ne peut se prononcer contre la tarte aux pommes, la vertu, le raisonnable, le libre et le démocratique », mais c'était sans compter « l'interprétation contraignante de la norme par l'autorité légitime, la Cour suprême du Canada » : D. PINARD, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », *C. de D.*, vol. 30, 1989, pp. 137-187, spéc. p. 165.

²⁸⁷⁰ J. WOEHRLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *RTDH*, 1993, pp. 379-410. On notera ainsi avec l'auteur alors une différence avec la *Convention européenne des*

étape portant sur la portée de la liberté et son éventuelle restriction et le cas échéant à l'analyse de la justification de l'atteinte, si la restriction peut être considérée comme raisonnable au sens de l'article 1^{er}. Si dans la première phase, il revient à la victime d'une violation d'un droit de le démontrer, la charge de la preuve est revanche renversée pour la seconde étape dans laquelle celle-ci qui demande le maintien d'une restriction doit en démontrer son caractère raisonnable²⁸⁷¹.

- 1514 Et c'est pour préciser ce standard de l'article 1^{er} que le juge Dickson a proposé au nom de la Cour unanime dans *Oakes*²⁸⁷² un test, applicable à tous les droits constitutionnels, particulièrement exigeant pour justifier d'une atteinte à un droit fondamental, en quatre étapes ou critères. Les jalons de l'étape de la justification à l'atteinte à un droit sont donc posés en 1986 dans *Oakes*, qui constitue toujours l'arrêt de principe même si le test posé alors a subi quelques évolutions ultérieures.
- 1515 Cela étant, il existe une jurisprudence dans laquelle la Cour a refusé d'examiner si la restriction pouvait se justifier au nom de l'article 1^{er} en considérant que l'atteinte en l'espèce ne saurait être considérée comme une limite, susceptible de justification, mais constituait une négation d'un droit qui ne pouvait être légitimée par le recours à l'article 1^{er}. Cette décision *Quebec Protestant School Boards*²⁸⁷³ de 1984, est au final demeurée complètement isolée, et c'est heureux tant les conséquences pour le maintien du pluralisme auraient été désastreuses. Cette affaire la Cour a estimé que les dispositions de la *Charte de la langue française* permettant aux seuls enfants ayant des parents ayant reçu une instruction en anglais au Québec d'aller à l'école anglophone « heurtent de front celles de l'art. 23 de la *Charte* et ne sont pas des restrictions qui peuvent être légitimées par l'art. 1 de la *Charte* »²⁸⁷⁴. Les éventuelles justifications du Québec, fondées sur la protection de la langue et la culture francophones, n'ont donc non seulement pas pu trouver un écho auprès du juge suprême, mais sont refusées en tant qu'argument possible dans l'affaire. En outre le caractère contestable du raisonnement juridique employé qui donne peu de clés pour

droits de l'homme qui, bien qu'elle limite les libertés dans des termes forts similaires, mais à travers certains articles conventionnels seulement : p. 380 et s.

²⁸⁷¹ Sur cette question, voir par exemple H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 969 et s.

²⁸⁷² *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

²⁸⁷³ *P.G. (Qué) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

²⁸⁷⁴ *Ibid*, p. 88. Elle poursuit « Ces restrictions ne peuvent être des dérogations aux droits et libertés garanties par la *Charte* ni équivaloir à des modifications de la *Charte*. Une loi du Parlement ou d'une législature qui par exemple prétendrait imposer les croyances d'une religion d'État entrerait en conflit direct avec l'al. 2a) de la *Charte* qui garantit la liberté de conscience et de religion, et devrait être déclarée inopérante sans qu'il y ait même lieu de se demander si une telle loi est susceptible d'être légitimée par l'art. 1 ». ».

distinguer une limite d'une négation²⁸⁷⁵, une telle classification permet à la Cour de dénier le droit aux autonomies normatives de s'expliquer et de légitimer une politique. Ceci était d'autant plus choquant qu'en l'espèce il était question d'enjeux vitaux au sein du plurijuridisme canadien²⁸⁷⁶, qui ne sont donc pas « dignes » d'être examinés par le juge.

- 1516 Cette interprétation a par la suite été abandonnée par la Cour suprême, qui dans *Ford* expliqua que si les situations de négation complète d'un droit ne pouvaient qu'être rares, en tout état de cause leur éventuelle distinction avec la restriction d'un droit ne permettait pas de refuser d'appliquer l'article 1^{er} de la *Charte*, sous peine de voir la clause limitative perdre de son intérêt si elle se voyait réduite de la sorte²⁸⁷⁷. Le « test » *Oakes* trouve donc une application généralisée à tous les droits et libertés constitutionnels²⁸⁷⁸ dès lors qu'une atteinte a pu être démontrée, même si la démonstration peut-être plus ou moins difficile selon les droits en cause²⁸⁷⁹.
- 1517 Notons toutefois que le test *Oakes* a vocation à s'appliquer aux mesures législatives, même si la Cour a pu appliquer purement et simplement les critères dégagés par rapport à l'article premier pour juger de la constitutionnalité des décisions prises dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire²⁸⁸⁰. Cela étant, les critères d'appréciation lorsqu'il s'agit de décisions administratives ont bien des points communs avec ceux de *Oakes* puisque dans les deux cas interviennent « les mêmes réflexes justificateurs : l'équilibre et la proportionnalité »²⁸⁸¹. À tel point que les deux contrôles obéissent largement aux mêmes exigences²⁸⁸².

²⁸⁷⁵ Voir notamment la critique de Peter W. Hogg : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-10.

²⁸⁷⁶ Voir dans un sens similaire : P. W. HOGG, « Federalism Fights the Charter of Rights » dans D. SUGARMAN et R. WHITAKER, dir., *Federalism and Political Community: Essays in Honour of Donald Smiley*, Peterborough, Broadview Press, 1989, pp. 249-266, p. 256.

²⁸⁷⁷ *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 773.

²⁸⁷⁸ Ceci a pu faire l'objet de critiques : C. D. BREDT et H. K. PESSIONE, « The Death of Oakes: Time for a Rights-Specific Approach », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 485-519.

²⁸⁷⁹ La Cour suprême a ainsi récemment indiqué que « il est difficile de justifier une loi qui va à l'encontre des principes de justice fondamentale et qui est de ce fait intrinsèquement lacunaire » § 95 : *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 C.S.C. 5. Voir aussi § 96, *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101.

²⁸⁸⁰ *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

²⁸⁸¹ *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, p. 404.

²⁸⁸² « Même si cette révision judiciaire est menée selon le cadre d'analyse du droit administratif, il existe néanmoins une harmonie conceptuelle entre l'examen du caractère raisonnable et le cadre d'analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une “marge d'appréciation” aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d'une part, et les objectifs plus larges, d'autre part », § 57, *ibid.*

- 1518 Le caractère raisonnable d'une atteinte à un droit demande au préalable que la règle de droit poursuive un objectif suffisamment important pour justifier la limitation d'un droit²⁸⁸³. En réalité, cette étape se franchit aisément dans la mesure où la Cour n'a que très rarement considéré que la condition de l'objectif suffisamment important ne fût pas remplie²⁸⁸⁴, d'autant plus que le juge peut toujours retenir un des divers objectifs avancés, dont certains ont un caractère très général²⁸⁸⁵. Ensuite la deuxième étape, parfois appelée la proportionnalité ou le critère des moyens²⁸⁸⁶, nécessite de démontrer un lien rationnel entre la mesure restrictive et l'objectif, puis que le moyen utilisé porte le moins possible atteinte au droit ou la liberté et enfin que la mesure n'ait pas un effet disproportionné sur les personnes auxquelles elle s'applique²⁸⁸⁷. De ces trois critères, lien rationnel, l'atteinte minimale et la proportionnalité proprement dite, le second est au centre de la démarche de la justification²⁸⁸⁸ et pose un problème particulier dans un contexte plurijuridique. Ainsi bien des affaires emblématiques pour le Québec notamment, comme *Ford*, *Gosselin*, *Amselem* ou *Chaoulli*²⁸⁸⁹ se sont joués aux deux derniers critères (le dernier venant souvent confirmer l'atteinte minimale).
- 1519 Du côté de l'Union européenne, il existe depuis l'entrée en vigueur de la *Charte*, aussi une clause limitative des droits et libertés dans l'Union européenne à l'article 52 (1)²⁸⁹⁰. Cela étant la Cour de justice n'avait pas attendu d'avoir un fondement textuel pour procéder à l'examen de la justification des atteintes aux droits et libertés dans laquelle on reconnaîtra les exigences

²⁸⁸³ Sur cette question, voir : A. BIGENWALD, « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés », *C. de D.*, vol. 35, 1994, pp. 779-821.

²⁸⁸⁴ Ce fut le cas dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295. Voir sur cette question : J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », préc., p. 387 et s.

²⁸⁸⁵ Sur le caractère plus ou moins général de l'objectif, voir notamment : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-9.

²⁸⁸⁶ J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », préc., p. 388.

²⁸⁸⁷ « Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique », *Oakes*, préc., § 71.

²⁸⁸⁸ En ce sens P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-18 et 38-36. Pour une discussion relative à l'utilité du dernier critère, la proportionnalité au sens strict, contestée par Hogg, et plus généralement sur les défauts des critères issus de *Oakes* voir : E. MENDES, « Section 1 of the Charter after 30 years: the Soul of the Dagger at its Heart? », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 61, 2013, pp. 293-336, spéc. p. 324.

²⁸⁸⁹ *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712 ; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429 ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 ; *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791.

²⁸⁹⁰ « Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

classiques d'un objectif légitime et d'une proportionnalité entre celui-ci et les limitations apportées au droit fondamental. Reste à déterminer l'intensité de cette exigence de proportionnalité pour pouvoir évaluer s'il existe une déférence à l'égard des États membres, s'ils disposent d'une marge d'appréciation. On notera à cet égard que la clause limitative de la *Charte* semble d'une part prescrire un respect du « contenu essentiel » des droits, ce qui tend à un contrôle peu poussé et d'autre part énonce des limitations « nécessaires » aux objectifs poursuivis, ce qui augure un contrôle beaucoup plus exigeant. Ce manque de précision et donc de prévisibilité quant à l'intensité du contrôle se retrouve d'ailleurs dans la jurisprudence de la Cour de justice. Car, si celle-ci apparaît parfois très stricte, elle semble dans certaines affaires se soucier clairement du respect de l'autonomie normative étatique en matière de droits fondamentaux²⁸⁹¹.

- 1520 Le principe de proportionnalité a fait pourtant l'objet d'une véritable construction prétorienne dans le cadre des grandes libertés fondamentales. La Cour a pu notamment affirmer qu'il se composait de trois tests successifs²⁸⁹² : celui de l'adéquation (c'est-à-dire si la mesure est appropriée à l'objectif poursuivi par la mesure limitant une liberté), de la nécessité ou de l'entrave minimale et le test de proportionnalité *stricto sensu* qui opère une balance des intérêts en jeu²⁸⁹³. On notera ici à quel point la ressemblance avec le test *Oakes* développé au Canada est forte. Mais en réalité, contrairement à la Cour suprême du Canada, la Cour de justice européenne n'a pas appliqué systématiquement ce test avec rigueur puisque ces différentes étapes sont loin d'être explicitement et systématiquement suivies par la Cour de l'Union, qui se contente parfois d'un contrôle de proportionnalité plus global²⁸⁹⁴.

²⁸⁹¹ On a pu ainsi estimer de manière générale que « There is no sign of any clear judicial doctrine that explains the use of the levels of review and their consequences, nor are there any cases in which the ECJ has laid down a clear list of intensity determining factors. The ECJ does not even seem to distinguish expressly between different levels of intensity, although it evidently makes a difference between (very) marginal and (very) strict review. » J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *ELJ*, vol. 17, 2011, pp. 80-120, spéc. pp. 90-91.

²⁸⁹² F. J. MENA PARRAS, « Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux: quelle conciliation à travers la marge nationale d'appréciation et le respect de l'identité nationale? » dans S. BESSON et N. LEVRAT, dir., *(Dés)ordres juridiques européens*, Zurich, Schulthess, 2012, pp. 153-183, p. 25; D. SZYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 445-461, p. 452; J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », préc., p. 89.

²⁸⁹³ Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro, 13 juillet 2006, *Jan-Erik Anders Ahokainen Mati Leppik contre Virallinen syyttäjä*, aff. C-434/04, *Rec. 2006*, p. I-09171.

²⁸⁹⁴ On a pu cependant estimer que la clause limitative de la *Charte* avait contribué à un examen plus minutieux et « opéré en plusieurs temps bien marqués » par la Cour de justice : F. PICOD, « Charte des droits fondamentaux et

- 1521 Les deux Cours se distinguent dès lors dans leurs jurisprudences respectives dans la mise en œuvre concrète du contrôle de proportionnalité, en particulier lorsqu'il s'agira de tenir compte des spécificités des autonomies normatives.

II. Des modes de raisonnement spécifiques quant à la détermination de la place des particularismes locaux

- 1522 Chacune des Cours aura tendance à accorder une attention différente aux particularismes dans le cadre de l'analyse de la justification de l'atteinte. Or le contexte du raisonnement qui s'inscrit dans des plurijuridismes particuliers, prévoyant des clauses spécifiques notamment, nécessite d'étudier ces aspects de manière séparée. Ainsi seront d'une part étudiées la place des particularismes provinciaux au Canada, et la délicate question de l'atteinte minimale (A), avant d'examiner l'article 25 de la *Charte canadienne* traitant de la problématique des peuples autochtones (B). D'autre part, la prise en considération des spécificités étatiques sera examinée à la lumière de la technique de la marge nationale d'appréciation octroyée par la Cour de justice de l'Union européenne (C).

A. La place des particularismes provinciaux du Canada et le critère de l'atteinte minimale

- 1523 À la lumière du test de *Oakes*, on pouvait se demander si l'exigence que le moyen soit le moins restrictif possible ne supposait pas que, dans la mesure où une solution moins restrictive aux libertés avait pu être trouvée par un des législateurs du Canada, cette solution devait s'imposer à tous les autres. En suivant un tel raisonnement, les résolutions des problèmes sociétaux posant des limites aux droits et libertés nécessiteraient des réponses uniques partout au Canada et mettraient directement en danger la pluralité. Une telle interprétation de l'atteinte minimale impliquant un effet hégémonique a d'ailleurs alerté la doctrine²⁸⁹⁵, et a été assouplie ensuite par la Cour suprême du Canada.

principes généraux du droit » dans R. TINIÈRE et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 43-66, p. 5.

²⁸⁹⁵ Ainsi pour J. Woehrling « Appliqué au pied de la lettre, le critère de "l'atteinte minimale" ne permettrait aucune variation dans les solutions adoptées par les différentes législatures des provinces, à l'intérieur même de leurs domaines de compétence. En effet si une loi provinciale restreint un droit ou une liberté garanti par la Charte, il devrait logiquement suffire de démontrer qu'il existe une seule autre province où le législateur parvient au même but par des moyens moins restrictifs pour que la loi contestée doive être déclarée invalide, puisqu'elle ne satisfait pas le test de l'atteinte minimale. » J. WOEHRLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », préc., pp. 393-394. Voir aussi en ce sens P. W. HOGG, « Federalism Fights the Charter of Rights », préc., p. 257; P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-39. E. BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec Septentrion, 2005, 478 p., p. 334.

1. L'assouplissement opéré dans la foulée de *Oakes*

- 1524 Ce faisant dans l'affaire *Edwards Books*²⁸⁹⁶, le juge Dickson tempère considérablement l'exigence de l'atteinte minimale qu'il avait exprimée dans *Oakes* quelques mois auparavant. Dans cette affaire, une loi ontarienne fixant le dimanche comme jour de repos dans le commerce de détail a été considérée comme portant atteinte à la liberté de religion (pour les personnes qui « observent le samedi »), mais raisonnablement justifiée selon l'article 1^{er} de la *Charte*.
- 1525 D'une part, sur les exemptions fixées par la loi à 7 employés, la Cour estime que « (l) es tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation »²⁸⁹⁷. D'autre part, s'agissant de l'argument des requérants qui mettaient en avant l'existence d'exemptions applicables tous les jours de la semaine dans d'autres provinces canadiennes, régime moins restrictif que celui existant en Ontario, le juge Dickson le récuse au nom de l'efficacité législative²⁸⁹⁸. Il précise ainsi « qu'il n'appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables »²⁸⁹⁹. S'agissant du dernier critère relatif à la proportionnalité, il estime dans la même lignée, et assez lapidairement²⁹⁰⁰, que « (u) n effort sérieux a été fait pour composer avec la liberté de religion de ceux qui observent le samedi, dans la mesure où cela était possible, sans préjudicier indûment à la portée et à la qualité de l'objectif consistant à avoir un jour de repos »²⁹⁰¹.

²⁸⁹⁶ *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713.

²⁸⁹⁷ § 147, *ibid.*

²⁸⁹⁸ « Certes, le législateur aurait pu conserver les qualités souhaitables énumérées au par. 3(4), et y ajouter une exemption spéciale pour ceux qui ont des croyances sincères en matière de sabbat, mais qui ne peuvent profiter des al. b) et c) dudit paragraphe. À mon avis, la Constitution n'oblige pas le législateur ontarien à le faire. Soutenir que le seul régime d'exemptions acceptable est celui qui a les attributs du par. 3(4) en ce qui concerne les petits et les moyens employeurs, mais ceux du par. 7(1) de la loi du Nouveau-Brunswick pour ce qui est des employeurs plus importants, reviendrait à imposer une norme excessivement stricte au législateur, compte tenu de la nature et de l'étendue de l'atteinte aux droits et de la complexité de l'évaluation corrélatrice des intérêts constitutionnels et légaux des consommateurs, des détaillants et de leurs employés », § 149, *ibid.*

²⁸⁹⁹ § 150, il poursuit « L'analyse d'autres régimes législatifs que j'ai entreprise a pour seul but d'aborder la question de savoir si le régime existant satisfait aux exigences du second volet du critère d'application de l'article premier de la *Charte*, énoncé dans l'arrêt *Oakes* », *ibid.*

²⁹⁰⁰ En ce sens : J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », préc., p. 397.

²⁹⁰¹ *Edwards Books*, préc., § 151.

1526 Le juge Laforest, plus déférent encore²⁹⁰², est allé plus loin dans l'atténuation du critère de l'atteinte minimale dans son opinion concurrente de cette même affaire :

*« en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter »*²⁹⁰³.

1527 Quant à la place de l'analyse comparative des régimes provinciaux dans la justification de l'atteinte, le juge Laforest est clair :

*« Le fait est simplement que ce qui peut bien fonctionner dans une province (ou dans une partie de son territoire) peut tout simplement ne pas fonctionner dans une autre sans contrecarrer indûment le régime de la loi. Et un compromis adopté à une époque donnée peut se révéler impossible à un autre moment ; (...) »*²⁹⁰⁴.

1528 Il avait été tout aussi explicite sur ce point et déférent à l'égard des législateurs provinciaux la même année dans l'affaire *Jones*²⁹⁰⁵. Cette affaire marque d'ailleurs selon James Kelly deux principes importants dans la jurisprudence protectrice du fédéralisme, à savoir le caractère raisonnable d'envisager de manière différente des problèmes de politiques générales communs parmi les gouvernements provinciaux et la flexibilité qui doit être accordée à ces gouvernements en raison des contextes sociaux différents²⁹⁰⁶. Le juge Laforest réitérera d'ailleurs cette double ligne de conduite dans *McKinney*²⁹⁰⁷.

1529 On retrouvera plus tard dans la jurisprudence de la Cour suprême ces deux problématiques, essentielles à l'évaluation de l'impact uniformisant de la *Charte canadienne*.

²⁹⁰² En ce sens, et plus généralement sur l'assouplissement du critère de l'atteinte minimal et son impact sur le Québec voir Y. DE MONTIGNY, « The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter », préc., p. 17.

²⁹⁰³ § 183, *Edwards Books*, préc.

²⁹⁰⁴ § 193, *ibid.*

²⁹⁰⁵ *La Reine c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Il estime ainsi que : « Les provinces doivent avoir la possibilité de faire des choix quant au type de structure administrative qui répondra à leurs besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale », § 41.

²⁹⁰⁶ J. B. KELLY, *Governing with the Charter*, préc., p. 202. Voir aussi : J. A. CLARKE, « Beyond the Democratic Dialogue, and Towards a Federalist One: Provincial Arguments and Supreme Court Responses in Charter Litigation », *Can. J. Pol. Sc.*, vol. 39, 2006, pp. 293-314, spéc. p. 300 et s.

²⁹⁰⁷ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Il affirme à la page 314 que « Le fait que d'autres ressorts aient adopté un point de vue différent prouve seulement que leurs législatures ont adopté un processus d'évaluation différent à l'égard d'un ensemble de valeurs concurrentes complexes ». Puis à la page suivante, il réaffirme que « le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées ». Ce faisant : « Une cour de justice doit donc examiner si, compte tenu des éléments de preuve disponibles, le législateur pouvait raisonnablement conclure que la protection qu'il accordait à un groupe ne portait pas atteinte de façon déraisonnable à un droit garanti ».

- 1530 Ainsi la question générale de la déférence et de la nécessaire souplesse dont doit disposer le législateur, que le juge n'a pas vocation à remplacer, innerve assurément les motifs de la Cour suprême du Canada dans la jurisprudence des droits et libertés, particulièrement au stade de la justification et de l'atteinte minimale²⁹⁰⁸. La Cour suprême s'est en réalité affranchie très tôt du contrôle très rigoureux qu'elle avait mis en avant dans *Oakes* : l'intensité du contrôle constitutionnel des droits et libertés varie nécessairement selon les cas d'espèce, le contexte, les enjeux présents. La doctrine canadienne a donc essayé de déterminer les « critères qui permettent de moduler la "sévérité" du contrôle judiciaire dans l'application de l'article 1^{er} de la Charte »²⁹⁰⁹. Parmi ces facteurs²⁹¹⁰, figurent la question de savoir si le domaine dont il s'agit est de nature socio-économique, dans lequel le juge a une expertise restreinte, ou bien parce qu'il s'agit de répartir des ressources limitées²⁹¹¹ ou encore si l'enjeu est de protéger des groupes vulnérables²⁹¹² ou plus largement d'arbitrer et réconcilier les intérêts concurrents de différents groupes, sans compter que la nature du droit en cause peut entrer en jeu.
- 1531 Les auteurs n'ont pas non plus manqué de souligner la ressemblance entre l'expression du juge Laforest de « marge de manœuvre raisonnable » et l'expression bien connue forgée par la Cour européenne des droits de l'homme de « marge nationale d'appréciation »²⁹¹³. Cette expression a d'ailleurs été parfois reprise, mais pas nécessairement par les juges majoritaires²⁹¹⁴. Indéniablement, le contexte et les enjeux propres au cas d'espèce façonnent le contrôle des droits et libertés au Canada, comme ailleurs, et permettent de ne pas totalement homogénéiser le droit des libertés dans l'espace plurijuridique. Malgré l'ensemble des facteurs décelés, l'intensité du contrôle demeure non seulement assez imprévisible et ne constitue pas nécessairement une limite suffisante à l'homogénéisation par les droits et libertés²⁹¹⁵. Au-delà de la question de la marge, il nous faut revenir sur le deuxième volet tel qu'il apparaît dans la jurisprudence canadienne : celui

²⁹⁰⁸ Pour plus de jurisprudences, voir : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-41 et s.

²⁹⁰⁹ J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », préc., p. 401 et s.

²⁹¹⁰ Voir *ibid.*; P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-43.

²⁹¹¹ Voir *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

²⁹¹² *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1986] R.J.Q. 2441 (C.A.)

²⁹¹³ J. WOEHLING, « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », préc., p. 400; P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-39 et s. Nous reviendrons en infra (notamment § 1618 et s.) sur les aspects terminologiques et comparatifs.

²⁹¹⁴ *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519. Dans cette affaire une partie de l'opinion dissidente porte sur le caractère raisonnable et milite en faveur de plus de déférence envers le législateur.

²⁹¹⁵ Comme le démontre par exemple l'affaire *Ford*, préc., dans laquelle le législateur québécois a bénéficié de très peu de latitude, en ce sens : E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 334 et s.

spécifiquement relatif à la problématique de la comparaison avec les autres législations et leur influence dans la détermination du caractère raisonnable.

- 1532 Ici, la Cour suprême du Canada a pu faire preuve d'une volonté certaine de ne pas anéantir *a priori* la diversité fédérale par le jeu de l'exigence de l'atteinte minimale dans la continuité du juge Laforest, mais elle n'a pas non plus systématiquement écarté la pertinence de la comparaison interprovinciale. Deux affaires de 2001 portant sur le droit du travail provincial démontrent cette ambivalence ainsi que la récente affaire *Lola*²⁹¹⁶ où l'absence de consensus au sein de la Cour sur cette question est apparue.

2. Les jurisprudences plus récentes : une atteinte minimale toujours potentiellement dangereuse pour la diversité fédérale

- 1533 Dans l'affaire *Advance Cutting*²⁹¹⁷, la Cour a affirmé que la diversité juridique d'une province à l'autre sur un problème semblable et la possibilité pour une province d'adopter un régime juridique propre devaient être prises en compte lors de l'analyse de l'atteinte minimale. Ce faisant, « l'application de la Charte dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois »²⁹¹⁸. Mais derrière cette protection apparemment forte de la diversité fédérale, se cache en réalité une déférence tout à fait classique fondée sur une analyse contextuelle. Ainsi le juge majoritaire LeBel explique que :

²⁹¹⁶ *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 C.S.C. 5.

²⁹¹⁷ *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209.

²⁹¹⁸ § 275, *ibid.* Le paragraphe en entier est éclairant : « En général, les différences entre les mesures législatives visant des problèmes semblables font partie de la nature même de l'expérience constitutionnelle canadienne. Toute bonne analyse de la notion d'atteinte minimale lors de l'évaluation de la validité d'une loi provinciale doit tenir compte des différences entre les provinces. Dans le Renvoi relatif à la sécession du Québec (...), notre Cour a de nouveau reconnu le caractère fondamental du principe du fédéralisme au Canada. Dans un système de partage des compétences législatives où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, le principe du fédéralisme signifie que l'application de la Charte dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois. Ce principe exprime des valeurs communes, susceptibles d'être mises en œuvre différemment dans des cadres différents ».

« Dans le contexte de la vie et de l'histoire de chaque province ou région canadienne, notre Cour a une conception des valeurs du fédéralisme canadien qui accepte les solutions législatives propres à chaque province. Notre Cour doit étudier en profondeur le contexte et les faits ayant mené à l'adoption de la loi contestée ainsi que l'effet de celle-ci dans son ensemble.

D'après l'expérience historique particulière du Québec en matière de relations du travail, la loi respecte le critère de l'atteinte minimale »²⁹¹⁹.

1534 Autrement dit, ce n'est pas l'autonomie normative de la province consacrée par le fédéralisme en tant que telle qui est par principe digne de protection et implique une retenue. C'est davantage la possible diversité contextuelle (les faits historiques et culturels) expliquant l'existence même du fédéralisme au Canada, qui est prise en compte par la Cour suprême. C'est donc une méthode contextuelle, fondée sur les faits expliquant un régime juridique attentatoire à une liberté. En somme, la Cour suprême explique tout simplement que les faits et le contexte pertinents sont ceux du Québec dans le cadre d'un régime québécois, ce qui en l'espèce a permis de conclure à la constitutionnalité de la loi. Il n'y a ainsi pas de déférence particulière à l'endroit des législateurs provinciaux, simplement une focale contextuelle sur la province, et non sur le Canada dans son ensemble²⁹²⁰.

1535 Mais dans une autre affaire de 2001, *Dunmore*²⁹²¹, la Cour a au contraire utilisé les facultés ouvertes par les autres régimes provinciaux que celui de l'Ontario mis en cause en l'espèce, pour justifier que l'exclusion totale des travailleurs agricoles du régime légal de relations de travail ne saurait être considérée comme raisonnable²⁹²². Certes, la Cour est ici prudente, dans la mesure où ce n'est pas le seul argument allant dans ce sens, d'autant que l'on connaît l'aversion de la Cour pour les régimes d'exclusion totale d'un groupe à exercer un droit, ici la liberté d'association. Surtout, elle n'établit pas directement un standard national fondé sur les régimes provinciaux plus

²⁹¹⁹ § 276 et 277, *ibid.*

²⁹²⁰ Il nous faut donc nuancer l'affirmation selon laquelle dans cette affaire le fédéralisme et la capacité institutionnelle des gouvernements provinciaux ont influencé directement la décision de constitutionnalité de la Cour suprême : J. B. KELLY, *Governing with the Charter*, préc., p. 206. En revanche, Jean-François Gaudreault-Desbiens ne dit pas autre chose que ce que nous avançons dans son analyse de l'affaire dans laquelle « la méthode contextuelle a été employée afin de donner véritablement droit de cité aux justifications provinciales » (p. 304). Toutefois nous ne partageons pas l'enthousiasme de l'auteur qui loue les « efforts considérables qu'ont déployés les juges majoritaires, surtout le juge LeBel, pour comprendre les circonstances ayant mené à l'adoption de ce régime législatif » (p. 303) : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme », préc.

²⁹²¹ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

²⁹²² « Cependant, le fait que certaines lois prévoient des exceptions pour les petites exploitations ou les exploitations familiales, en particulier les codes du travail du Nouveau-Brunswick et du Québec, ainsi que la LRTA elle-même, donne à penser que la tâche est éminemment possible, si le législateur décide de s'engager dans cette voie », § 64, *ibid.*

protecteurs qui s'imposerait au législateur ontarien, mais estime inconstitutionnelle l'exclusion pure et simple de cette catégorie de travailleur²⁹²³. Il n'en demeure pas moins que l'analyse pancanadienne et non pas simplement réduite à l'échelle provinciale peut aller dans le sens d'un contrôle plus sévère.

1536 On retrouve dans l'affaire *Martin*²⁹²⁴ un raisonnement comparable. Il s'agissait de savoir si la législation de la Nouvelle-Écosse excluant la douleur chronique du champ d'application du régime habituel d'indemnisation des accidentés du travail était discriminatoire. Le Juge Gonthier répond au nom de la Cour qu'elle l'est et qu'elle ne saurait être justifiée. Au moment de l'examen de l'atteinte minimale, le régime d'exclusion totale est encore une fois dans la ligne de mire du juge. Or à cet égard, il estime qu'« un bref examen des autres solutions possibles, y compris les régimes applicables en matière de douleur chronique que d'autres provinces ont adoptés, révèle clairement que l'exclusion générale de la douleur chronique ne peut certes pas être considérée comme une atteinte minimale aux droits des accidentés du travail qui en souffrent »²⁹²⁵. Tout en citant *Edwards Books* et en estimant qu'« il ne suffit pas qu'un juge, libre de toutes ces contraintes, puisse concevoir une solution de rechange moins restrictive »²⁹²⁶, la Cour suprême du Canada utilise le droit comparé interprovincial pour invalider un régime provincial spécifique, sans justification particulière d'ailleurs. Certes, la Cour réaffirme la possibilité pour la province de choisir sa propre approche quant au traitement juridique de la douleur chronique, il n'en demeure pas moins que l'isolement de la législation provinciale au Canada permet de conclure à son caractère déraisonnable²⁹²⁷.

1537 Dans l'affaire *Chaoulli* la juge Deschamp a également eu recours aux régimes provinciaux pour démontrer que le critère de l'atteinte minimale n'était pas satisfait²⁹²⁸ et ne s'est pas montré

²⁹²³ En ce sens : J. B. KELLY, *Governing with the Charter*, préc., p. 205.

²⁹²⁴ *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504.

²⁹²⁵ § 112, *ibid.* Il conclue « Tout en reconnaissant que la Constitution autorisait la législature de la Nouvelle-Écosse à faire un choix parmi une gamme de politiques générales acceptables, l'on ne saurait conclure que l'exclusion générale qu'elle a décrétée s'imposait pour régler, d'une manière fondée sur des principes, les difficultés posées par les demandes fondées sur la douleur chronique et pour éviter les demandes frauduleuses à cet égard » § 113.

²⁹²⁶ *Ibid.*

²⁹²⁷ Nous sommes donc bien loin de penser comme James Kelly qui en déduit que : « Therefore provincial, not national, standards determined that Nova Scotia had infringed the equality rights of disabled workers in an unreasonable manner » : J. B. KELLY, « The Courts, the Charter, and Federalism » dans H. BAKVIS et G. SKOGSTAD, dir., *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Toronto, Oxford university Press, 2008, pp. 41-62, p. 55.

²⁹²⁸ Elle estime ainsi que « l'exemple de plusieurs provinces canadiennes fait donc douter de la validité de l'argument suivant lequel l'intégrité du régime public dépend de la prohibition des assurances privées. Certes, comme le régime

beaucoup plus déférente à l'égard du législateur québécois que les juges majoritaires qui ont invalidé l'interdiction du Québec de recourir à des assurances privées.

1538 Plus récemment dans l'affaire *Lola*, la question du choix de l'échelle dans l'analyse contextuelle et la place des autres régimes provinciaux dans le raisonnement a divisé la Cour. Ici, la constitutionnalité des dispositions du Code civil québécois pourtant sur la séparation des couples de fait (quant à la résidence familiale, le patrimoine familial, la prestation compensatoire, la société d'acquêts et l'obligation alimentaire) était contestée au nom d'une rupture d'égalité vis-à-vis des couples unis formellement (par l'union civile ou le mariage) dont le régime est plus protecteur en cas de rupture pour le conjoint vulnérable économiquement. La majorité de la Cour se prononça en faveur de la constitutionnalité, en se fondant uniquement sur l'article 15(1) de la *Charte* et les critères établis dans *Kapp* et *Withler*. Elle estime ainsi que la législation ne constitue pas une discrimination dans la mesure où la distinction entre les conjoints de fait et les autres conjoints ne perpétue pas un préjugé ou n'applique aucun stéréotype, mais vise à l'inverse le respect de l'autonomie et de la liberté des personnes²⁹²⁹. Au contraire, la juge Abella dissidente estime non seulement que le droit de la famille québécois constitue une violation du droit à la non-discrimination²⁹³⁰, mais qu'elle n'est pas justifiée au nom de l'article 1^{er} de la *Charte*. Or la juge accorde une importance toute particulière au caractère isolé au sein des provinces canadiennes du régime des conjoints de fait au Québec.

1539 Elle affirme d'abord, à propos des régimes relatifs à la pension alimentaire que « leur raison d'être sur le plan social est la même partout au pays »²⁹³¹, puis à propos des besoins raisonnables du conjoint vulnérable qu'il existe une « harmonie des préoccupations partout au Canada »²⁹³². Ceci démontre la propension de la juge à raisonner à l'échelle canadienne et non provinciale. Mais c'est surtout au stade de l'examen de l'atteinte minimale que la Juge Abella utilisera

public québécois est dans une position quasi monopolistique, sa prédominance est assurée. Les régimes en vigueur dans les provinces où un système privé est autorisé démontrent également que les services de santé publics ne sont pas menacés par l'assurance privée. Il est donc permis d'inférer que la prohibition n'est pas nécessaire pour assurer l'intégrité du régime public », § 74, elle examinera aussi les pays de l'OCDE pour montrer qu'il existe des mesures moins draconiennes et donc moins attentatoires aux libertés *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791. § 76 et s.

²⁹²⁹ *Lola*, préc., § 254 et s.

²⁹³⁰ Selon la juge Abella l'état matrimonial constitue un motif analogue, qui désavantage le groupe des conjoints de fait (334 et s). Elle fonde sa décision sur « l'équité (qui) requiert que nous nous attachions au contenu réel de la structure sociale de la relation ». Elle estime en outre que « (l)es attitudes ont certes changé envers les unions de fait au Québec; mais ce qui importe n'est pas l'évolution des mentalités à leur égard, mais le fait que le traitement discriminatoire qu'on leur réserve se poursuit » § 357, *ibid*.

²⁹³¹ § 292, *ibid*.

²⁹³² § 310, *ibid*.

l'exception québécoise comme un argument en faveur de son inconstitutionnalité. Elle considère ainsi que le régime québécois exclut totalement les conjoints de fait de la protection juridique en cas de rupture et souligne que les régimes de protection s'appliquant de manière présumée, avec possibilité d'un droit de retrait, tel qu'il existe dans d'autres provinces démontrent l'existence d'une « solution de rechange » moins attentatoire à l'égalité et permettant une liberté de choix des couples²⁹³³. Elle s'appuie ainsi très précisément sur le droit existant dans les autres provinces pour démontrer qu'il existe des solutions moins attentatoires aux libertés²⁹³⁴. Malgré sa prétention de respecter le particularisme du Québec, la juge explique en réalité que les autres régimes sont meilleurs et par conséquent que le Québec devrait s'aligner²⁹³⁵. Tout en affirmant que le législateur québécois pourra choisir le régime le plus adéquat, la juge Abella restreint en réalité considérablement la marge de manœuvre en imposant implicitement un régime de protection présumée pour les couples de fait²⁹³⁶.

- 1540 Le raisonnement dissident de la juge Abella (dans la lignée du juge Gonthier dans *Martin*) démontre tout le danger pour la diversité juridique au Canada que peut présenter la *Charte* et spécifiquement l'argument de l'atteinte minimale. Les autres juges de la Cour suprême ont en revanche été sensibles au particularisme québécois qui doit selon eux être pris en compte. Ainsi les juges majoritaires estiment que « le contexte social de l'union de fait au Québec »²⁹³⁷ est

²⁹³³ § 360, *ibid.*

²⁹³⁴ § 370, *ibid.* « Toutes les autres provinces ont élargi aux conjoints non mariés le bénéfice du soutien alimentaire en faveur du conjoint. Chaque législateur a tracé les contours propres à son régime en fixant la période minimale pendant laquelle les couples doivent cohabiter avant d'être assujettis à celui-ci, et il a préservé le libre choix des conjoints de fait en leur accordant une faculté de retrait. (...) Toutefois, malgré l'absence d'uniformité sur la question du partage des biens, et en dépit des seuils différents établis dans le reste du Canada pour l'application de ces régimes aux conjoints non mariés, l'existence de ces solutions de rechange à l'exclusion totale est instructive ». La juge se réfère d'ailleurs à l'affaire *Martin*, préc., § 112.

²⁹³⁵ § 371, *Lola*, préc. « Il va de soi que le Québec n'est pas tenu de reproduire le traitement réservé aux conjoints de fait par une autre province. Non seulement le Québec dispose-t-il d'un système de droit privé différent de celui du reste du Canada, mais il possède également des valeurs historiques et sociales uniques, qu'il a le droit d'exprimer par ses lois. Cependant, l'examen de ces autres régimes peut être utile pour déterminer s'il existe un moyen moins attentatoire de réaliser l'objectif consistant à préserver la liberté de choisir ».

²⁹³⁶ § 376, *ibid.*

²⁹³⁷ Le juge LeBel critique ainsi la dissidence du juge Abella « Puis, elle néglige en pratique de considérer le contexte social de l'union de fait au Québec. Enfin, son analyse tendrait à réduire l'étude des allégations de violation de la garantie d'égalité à un pur constat de différences désavantageuses. Il n'y aurait plus de cadre juridique pour gouverner l'intervention des tribunaux en ces matières, situation qui pourrait éventuellement affecter la légitimité de leurs interventions », §268, *ibid.*

pertinent pour trancher l'affaire tout en renvoyant au législateur le soin d'intervenir quant aux rapports privés²⁹³⁸. Pour la majorité, le juge LeBel souligne ainsi que :

*« Les législateurs provinciaux ont choisi d'encadrer les rapports privés des conjoints de fait au gré des objectifs législatifs propres à leur province. Signe du pluralisme juridique canadien, chaque province offre aujourd'hui une définition différente des effets de l'union de fait »*²⁹³⁹.

1541 Le constat de la diversité juridique sur cette question au Canada et de l'originalité du régime québécois n'emporte ensuite pas de conséquence sur la détermination de la violation. Au contraire, le choix répété du législateur et le contexte particulier tenant à la place singulière des couples de fait au Québec ont été dûment pris en compte par le juge majoritaire qui démontre à la fois que la focale de l'analyse contextuelle se situe au niveau de la province tout en n'ignorant pas la diversité fédérale. Si l'opinion majoritaire se contente du constat, la juge en chef franchit un pas de plus et valorise ouvertement cette diversité fédérale, notamment au stade de la justification²⁹⁴⁰.

1542 En effet, dans son opinion concordante la juge McLachlin met particulièrement l'accent sur la nécessaire déférence envers le législateur en général, mais aussi sur le respect de la diversité au Canada et du choix propre au Québec par rapport aux autres provinces. Elle souligne d'une part que cette originalité ne saurait en soi invalider son régime²⁹⁴¹ et d'autre part que c'est le contexte provincial qui est pertinent²⁹⁴², notamment lorsqu'il s'agit de savoir si l'atteinte est minimale. Ainsi elle explique avec force et précision que « le critère relatif à l'atteinte minimale doit respecter les valeurs du fédéralisme »²⁹⁴³ dans la lignée d'*Advance Cutting*. Ce faisant, l'analyse de l'atteinte minimale doit selon elle s'opérer vis-à-vis de l'objectif spécifique du législateur québécois, à savoir maximiser le libre-choix et l'autonomie, qui n'est pas le but poursuivi par les

²⁹³⁸ « Dans l'affaire dont notre Cour est saisie, en l'absence de violation du par. 15(1) de la Charte, la Cour n'a pas le pouvoir d'imposer aux rapports privés des conjoints de fait un encadrement juridique basé sur une politique sociale différente de celle qu'a choisie le législateur québécois. Seul le législateur peut intervenir pour modifier cette politique législative et remédier aux difficultés que rencontreraient les personnes vivant en union de fait », § 278, *ibid.*

²⁹³⁹ § 279, *ibid.* Il note ensuite au § 280 : « Ainsi dans toutes les provinces, sauf le Québec, et les territoires, cohabiter pendant un certain nombre d'années fait naître une obligation alimentaire entre conjoints de fait (...) ».

²⁹⁴⁰ Elle estime en effet qu'il existe une discrimination au sens de l'article 15(1), mais qu'elle est justifiée (pour toutes les dispositions législatives) selon l'article 1^{er}.

²⁹⁴¹ *Lola*, préc., § 415 : « Le fait que le Québec ait choisi une politique différente de celles adoptées par les autres provinces, et ce, en conformité avec son histoire et ses valeurs sociales propres, n'invalide pas pour autant son régime législatif ».

²⁹⁴² En conformité avec l'opinion majoritaire : § 413, *ibid.*

²⁹⁴³ § 440, *ibid.*

autres provinces²⁹⁴⁴. Elle refuse de la même manière de conclure à une disproportion entre l'objectif poursuivi et les inconvénients subis par les femmes comme « Lola », car « (c) compte tenu de 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, c'est par la négative qu'il faut répondre à la question »²⁹⁴⁵.

1543 La juge en chef dément le raisonnement suivi par la juge Abella qui mettait à l'évidence en danger la diversité juridique au Canada. Elle réitère la nécessité d'une analyse contextuelle à l'échelle territoriale de la mesure édictée, la province, à toutes les étapes du contrôle du respect de la *Charte* (ici sur la question de savoir si l'union de fait constitue un stigmate au Québec, soit celle de l'atteinte au droit ; que de la détermination de l'objectif, la liberté du couple, ou de son caractère minimal ou proportionné). Elle franchit sans doute un pas de plus par rapport aux opinions majoritaires du juge LeBel (tant dans *Lola* que dans *Advance Cutting*) en protégeant davantage le fédéralisme. Ainsi au-delà de l'analyse contextuelle propre à la province, la consécration constitutionnelle d'une autonomie normative accordée aux provinces sur sa population implique selon elle une « sensibilité » prétorienne à leur égard, ce qui renvoie à l'idée d'une latitude, une marge accordée de principe au législateur provincial²⁹⁴⁶.

1544 Pour conclure, la Cour suprême du Canada s'est appliquée à systématiquement nier un impact uniformisant de la *Charte canadienne* sur la diversité fédérale. Elle a par exemple toujours assuré que le législateur provincial conservait un choix quant au régime juridique approprié. Pourtant, au-delà des affirmations de principe, la tentation de l'homogénéisation et de raisonner à une échelle pancanadienne pour restreindre voir annihiler toute latitude à la province a pu être constaté à plusieurs reprises²⁹⁴⁷. La conservation de l'autonomie normative des provinces est en

²⁹⁴⁴ Elle explique : « Il ne fait aucun doute qu'il serait possible de concevoir des modèles qui portent moins atteinte au droit à l'égalité des conjoints de fait que ne le fait le modèle québécois — c'est d'ailleurs ce qu'ont fait d'autres provinces. Toutefois, et c'est là un élément important, de telles solutions serviraient moins efficacement les objectifs que vise le régime québécois, soit de favoriser au plus haut point le libre choix et l'autonomie des couples de la province. La question qu'il faut se poser au volet de la réflexion relative à l'atteinte minimale est celle de savoir si l'atteinte qui découle de la loi va trop loin par rapport à l'objectif du législateur (...) », § 442, *ibid.*

²⁹⁴⁵ § 449, *ibid.*

²⁹⁴⁶ En ce sens : E. MENDES, « Section 1 of the Charter after 30 years », préc., p. 333. L'auteur explique ainsi que cette affaire démontre l'absence de consensus au sein de la Cour quant au rôle de l'article 1^{er} dans le respect des valeurs et principes dans une société libre et démocratique (p. 334).

²⁹⁴⁷ Si bien qu'on a pu estimer que le « potentiel diversifiant de l'article premier n'a cependant été exploité par les tribunaux que d'une façon exceptionnelle » : E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 333.

réalité davantage une question de degré, de savoir quelle marge de manœuvre le législateur conservera à partir de la décision d'inconstitutionnalité, que de savoir s'il conserve formellement et matériellement un pouvoir décisionnel propre. Or lorsque la Cour a raisonné à une échelle pancanadienne et non plus provinciale, dans l'analyse contextuelle en particulier, force est de constater que la latitude du législateur provincial s'en est trouvée réduite²⁹⁴⁸. Finalement, l'uniformisation totale est bien écartée, mais pas l'homogénéisation²⁹⁴⁹. La Cour ne fait qu'éviter une interprétation totalisante de la *Charte* qui à coup sûr anéantirait le fédéralisme, mais les effets uniformisants existent bel et bien, comme certaines affaires le démontrent²⁹⁵⁰.

3. L'échec de la clause de la société distincte ayant vocation à protéger la spécificité québécoise

1545 S'agissant de la question de l'homogénéisation, il est nécessaire de rappeler qu'une clause interprétative concernant le Québec avait été élaborée dans le cadre de l'Accord du lac Meech en 1987, qui n'est finalement jamais entrée en vigueur : la clause dite « de société distincte ». Rappelons que les Accords du lac Meech visaient à modifier la Constitution canadienne « de façon à rendre acceptable au Québec la réforme constitutionnelle de 1982 que le Canada anglais lui a imposée »²⁹⁵¹. Ce faisant, l'accord prévoyait une clause interprétative, visant implicitement la *Charte canadienne*, de manière à ce que les tribunaux prennent dûment compte de la place à part du Québec au Canada.

1546 L'accord prévoyait ainsi que l'interprétation de la Constitution devait concorder avec la reconnaissance de l'existence de francophones formant une majorité au Québec (mais présents ailleurs au Canada) et d'anglophones formant une majorité dans le reste du pays (mais présents

²⁹⁴⁸ Cela n'est pas systématiquement le cas, ainsi par exemple dans *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3, la comparaison entre les régimes provinciaux à propos de la norme d'indépendance judiciaire a conduit à une conclusion de validité du régime québécois.

²⁹⁴⁹ Nous nous gardons en effet de nous réjouir de la capacité de la Cour à préserver la diversité fédérale comme semblent le faire James Kelly ou Jean-François Gaudreault-Desbiens. D'autres auteurs ont une opinion plus nuancée sur cette jurisprudence, à l'instar de Janet E. Hiebert. "While this chapter is not arguing that the Charter imposes no constraint on the provinces' capacity to promote values rooted in community values, customs, or culture, the jurisprudence provides strong indication that the Court is sympathetic to concerns that provinces be given some latitude to enact different policies or to administer federal policies in different ways" : J. E. HIEBERT, *Limiting Rights the Dilemma of Judicial Review*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1996, 188 p.p. 137. La Cour ne fait qu'éviter une interprétation totalisante de la *Charte* qui à coup sûr anéantirait le fédéralisme, mais les effets uniformisants existent bel et bien, comme certaines affaires le démontrent.

²⁹⁵⁰ Voir infra les affaires linguistiques ou celles portant sur la liberté de religion (§ 1642 et s).

²⁹⁵¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, préc., p. 207. C'est tout le moins l'argumentaire des nationalistes québécois, même s'il est possible de nuancer ce propos en soulignant que le Québec était aussi représenté au Parlement et au gouvernement du Canada au moment du rapatriement et non pas seulement à l'Assemblée nationale du Québec.

aussi au Québec). De plus, la Constitution devait être interprétée à l'aune de « la reconnaissance du fait que le Québec constitue au sein du Canada une société distincte ». Le Parlement fédéral et les assemblées législatives provinciales devaient s'engager à préserver la caractéristique fondamentale du Canada, telle que décrite, tandis qu'on affirmait le rôle du gouvernement et de l'Assemblée nationale du Québec de « préserver et promouvoir » le caractère distinct du Québec.

- 1547 Cet Accord n'a pas été adopté, notamment en raison de la levée de boucliers de la part du Canada anglais à l'égard de cette clause²⁹⁵². Sans revenir sur les antagonismes et incompréhensions mutuelles qu'a pu soulever cette clause²⁹⁵³, on pourrait sans doute essayer de comprendre ce qu'une telle clause aurait pu changer dans l'interprétation prétorienne de la *Charte canadienne* et son effet homogénéisateur sur le droit québécois. Le sujet divise la doctrine. Cette clause, somme toute assez vague, ne saurait être utilisée pour déroger directement aux libertés constitutionnelles, mais elle aurait pu renforcer les arguments justificatifs dans le cadre de l'article 1^{er} fondés sur la nature spécifique du Québec²⁹⁵⁴. Reste à savoir si la clause aurait eu un impact seulement au niveau de la détermination de l'objectif du législateur²⁹⁵⁵, ou plus généralement au niveau de l'examen de la proportionnalité au sens large. La première option n'aurait pas permis une véritable atténuation de l'impact homogénéisant, d'autant que la Cour a pu reconnaître la validité d'un tel objectif en dehors de toute clause explicite dans *Ford*²⁹⁵⁶. Comme le démontre cette affaire²⁹⁵⁷, où c'est un manque de proportionnalité qui a été sanctionné, la clause de la société distincte aurait pu avoir un impact si elle avait existé et si elle avait été interprétée comme favorisant une prise en compte de la situation culturelle spécifique du Québec à l'étape de la raisonnabilité²⁹⁵⁸.
- 1548 Quoi qu'il en soit, l'exercice de « jurisprudence fiction », nécessitant de relire un quart de siècle de décisions, s'avère assez vain si l'on considère qu'une telle clause n'a aujourd'hui aucune

²⁹⁵² Voir supra § 877.

²⁹⁵³ Voir notamment A. CAIRNS, *Charter v. Federalism: The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montréal et Kingston, McGill-Queens University Press, 1992, 150 p., p. 119 et s; A. C. CAIRNS, « Constitutional Change and the Three Equalities » dans R. L. Watts et D. M. Brown, dir., *Options for a New Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, pp. 77-100; J. E. HIEBERT, *Limiting Rights the Dilemma of Judicial Review*, préc., p. 140 et s.

²⁹⁵⁴ P. W. HOGG, « Federalism Fights the Charter of Rights », préc., p. 261 et s. voir aussi P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-23.

²⁹⁵⁵ C'est ce que semble sous-entendre Peter Hogg : P. W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, préc., pp. 38-24.

²⁹⁵⁶ *Ford*, préc., § 73, à savoir « le fait de protéger la langue française et le fait d'assurer que la réalité de la société québécoise se reflète dans le "visage linguistique" ».

²⁹⁵⁷ En ce sens, voir par exemple : J. E. HIEBERT, *Limiting Rights the Dilemma of Judicial Review*, préc., p. 144.

²⁹⁵⁸ Voir dans un sens plus général : E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 350.

chance d'être adoptée. Concentrons-nous plutôt sur le droit positif en vigueur et notamment la clause concernant les peuples autochtones.

B. L'article 25 de la Charte canadienne et l'impératif vraisemblable de respecter la différence autochtone lors de la justification

1549 Si le contentieux canadien semble indiquer une certaine tendance à prendre en compte la diversité juridique des peuples autochtones du Canada (1), le rôle précis de l'article 25 dans la justification des atteintes²⁹⁵⁹ reste à déterminer avec plus de précision (2).

1. La prise en compte prétorienne des cultures juridiques autochtones dans la justification des atteintes aux libertés

1550 Tout comme au niveau provincial, c'est à travers la justification que le degré d'homogénéisation peut le plus s'évaluer, s'agissant notamment de déterminer la marge de manœuvre accordée aux gouvernements autochtones²⁹⁶⁰. Une partie de la doctrine a pu mettre l'accent sur la nécessité d'accorder une marge d'appréciation aux gouvernements autochtones²⁹⁶¹, une véritable déférence ou une interprétation atténuée lorsque les objectifs poursuivis visent le maintien d'une différence autochtone ou sont centraux dans leur société²⁹⁶².

1551 Certains auteurs ont pu déceler une certaine réticence des tribunaux à contrôler les politiques des premières nations²⁹⁶³, une certaine déférence donc, ou du moins une propension à prêter une attention particulière à leurs besoins et contextes propres²⁹⁶⁴. Il est vrai que certaines affaires démontrent un souci prétorien de comprendre les objectifs particuliers aux sociétés autochtones et d'y répondre en conformité avec leurs traditions juridiques. C'est par exemple le cas de l'affaire *Grismer*²⁹⁶⁵ dans laquelle était contesté le code d'appartenance de la nation Squamish en raison

²⁹⁵⁹ Rappelons que si l'article 25 vise d'abord une protection vis-à-vis des contestations externes aux groupes autochtones (comme le libellé en anglais de la clause le laisse davantage entendre la *Charte* de devant ni abroger ni déroger aux droits collectifs, plutôt que ne pas leur « porter atteinte » de la version française). Voir supra, § 1088 et s. Ici nous nous concentrerons sur les contestations internes aux groupes autochtones.

²⁹⁶⁰ Notons toutefois une des difficultés soulevées par la doctrine à raisonner dans le cadre de l'article 1^{er} de la *Charte* tenant à l'exigence d'une « règle de droit » pour justifier une restriction à un droit garanti : cela signifie-t-il un règlement en vertu de la *Loi sur les Indiens*, un texte législatif adopté en vertu d'une constitution d'une première nation, ce qui constitue un fardeau additionnel ? voir : S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/ Cowansville, Bruylant / Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p., p. 343 et 345.

²⁹⁶¹ P. MACKLEM, *Indigenous Difference*, préc., p. 226.

²⁹⁶² S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 436 et s.

²⁹⁶³ B. W. MORSE, « The Charter and Aboriginal Peoples », préc., p. 258.

²⁹⁶⁴ S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence*, préc., p. 436.

²⁹⁶⁵ *Jaime Grismer c. Première Nation de Squamish*, [2007] 1 C.N.L.R. 146.

de la discrimination qu'il créerait entre les enfants adoptés et biologiques. La Cour fédérale a toutefois admis qu'elle pouvait se justifier sur le fondement de l'article 1er, car était visé un objectif valable de protection de « la culture et l'identité collectives de la nation Squamish (...) d'une manière compatible avec les valeurs, les traditions et l'héritage culturel des Squamish », privilégiant notamment les liens du sang²⁹⁶⁶. Cette exigence de liens du sang a ainsi été considérée comme un moyen rationnel et portant une atteinte minimale dans la mesure où le code opérait déjà un compromis²⁹⁶⁷, et qu'il convient de « s'en remettre largement à la nation Squamish étant donné qu'il s'agit d'une question de citoyenneté, de coutume de la bande et de lignage »²⁹⁶⁸. Le juge accorde donc une marge de manœuvre conséquente en matière d'appartenance au groupe autochtone²⁹⁶⁹, un contrôle limité au caractère raisonnable²⁹⁷⁰. Il prend particulièrement en considération la poursuite d'objectifs de préservation de la culture et de l'identité du groupe par des moyens traditionnels²⁹⁷¹. Bref, le juge estime que le code est parvenu à un certain équilibre²⁹⁷², qui permet de rejeter l'atteinte à l'égalité sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'article 25 et les droits ancestraux et « autres » auxquels ce droit ne saurait porter atteinte²⁹⁷³.

- 1552 Dans d'autres affaires, concernant cette fois des règles électorales contestées au nom du droit à l'égalité, les juridictions ne se sont pas toujours montrées aussi déférentes s'agissant de restrictions fondées sur la résidence²⁹⁷⁴ ou sur un certain niveau d'instruction pour être élu²⁹⁷⁵.

²⁹⁶⁶ § 61, *ibid.*

²⁹⁶⁷ En effet le code prévoyait que les enfants adoptés pouvaient appartenir à la communauté si les deux parents adoptifs étaient eux-mêmes membres de la nation Squamish, mais pas un seul parent adoptif, ce qui constitue pour la juridiction un « compromis » puisque « la nation a estimé que des dispositions plus poussées en faveur d'enfants adoptifs dont un seul des parents est Squamish, feraient une trop grande entorse aux lois et aux traditions Squamish et élargiraient déraisonnablement les conditions d'appartenance à la nation Squamish » § 72, *ibid.*

²⁹⁶⁸ § 73, *ibid.*

²⁹⁶⁹ Voir aussi les § 82 et 83, *ibid.*

²⁹⁷⁰ En ce sens : K. GOVER, « When Tribalism Meets Liberalism: Human Rights and Indigenous Boundary Problems in Canada », *U. of T. L.J.*, vol. 64, 2014, pp. 206-242, spéc. p. 237 et s.

²⁹⁷¹ « Je considère qu'en l'espèce le "compromis" inscrit dans le Code d'appartenance porte le moins possible atteinte aux droits d'enfants adoptifs non-Squamish, tout en réalisant l'objectif consistant à assurer, par des moyens traditionnels, la préservation de la culture et de l'identité Squamish », *Grismer*, préc., § 74.

²⁹⁷² « Par l'adoption de l'article 9, les Squamish ont tenté de parvenir à un équilibre entre, d'une part, leurs traditions ancestrales et le besoin de préserver leur culture et identité particulières et, d'autre part, les droits éventuels des personnes qui ne sont pas de sang Squamish » § 77, *ibid.*

²⁹⁷³ § 85, *ibid.*

²⁹⁷⁴ Si dans l'affaire *Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray*, 2010 CF 337, la Cour fédérale conclue à non-violation parce qu'« il s'agit d'une limite raisonnable aux droits à l'égalité parce qu'elle sert un objectif important, celui de veiller à ce que le chef et le conseil (...) axent principalement leur attention sur les besoins des résidents de la réserve » § 40. En revanche dans *Joseph c. Première nation Dzawada'enuxw (Tsawataineuk)*, 2013 CF 974, elle estime qu'il n'y a aucune justification à ce type de restrictions, car « la présomption selon laquelle seuls

Les juridictions fédérales ont, semble-t-il, mis en œuvre un contrôle normal et exigeant dans la proportionnalité des décisions autochtones. De plus, elles ont à chaque fois rejeté l'application de l'article 25, parce qu'aucun droit collectif protégé par cette clause n'avait pu être démontré²⁹⁷⁶, ou parce qu'il a été refusé que la clause puisse servir d'outil d'interprétation comme les gouvernements autochtones l'avaient demandé²⁹⁷⁷.

1553 Au final, la jurisprudence s'avère peu concluante dans la mesure où les litiges ne se déroulent pas devant le plus haut tribunal du pays et que la tendance ne paraît pas si nette. Il appert toutefois que les questions d'appartenance au groupe autochtone exigeraient une mise en œuvre contextuelle et une marge d'appréciation plus grande que les autres enjeux²⁹⁷⁸. De plus, on notera un certain manque d'empressement à utiliser l'article 25 seul et même éventuellement en conjonction avec l'article 1^{er}.

1554 Il existe pourtant de solides arguments doctrinaux militant pour une meilleure utilisation de l'article 25, même si il n'y a pas nécessairement consensus quant à la démarche à suivre.

2. Quels rôles possibles pour l'article 25 de la Charte dans la mise en équilibre ?

1555 Pour la Commission royale, l'article 25 et l'article premier seraient deux justifications distinctes à la disposition des gouvernements autochtones, même si elle précise qu'une analyse contextuelle « reflète l'approche généralement adoptée par la Cour suprême du Canada pour l'application de

les membres résidents auront un lien réel avec la collectivité est fondée sur le stéréotype, rejeté dans l'arrêt *Corbiere*, selon lequel les membres non résidents sont moins en mesure de participer à la gouvernance de la bande indienne » § 62.

²⁹⁷⁵ *Taypotat (Cour d'appel fédérale)*, préc. : « there can be no rational connection between that objective and the disenfranchisement of a large part of the community from elected public office, nor can such a measure be viewed as a proportionate response. Logic, reason and common sense dictate that disqualifying many elders from public office as an "example" as to why education is important is simply an eccentric proposition and a disproportionate measure which has no cogent or balanced connection with the alleged objective of improving education attainment » § 62. Dans cette affaire la Cour suprême du Canada s'est davantage fondée sur le manqué de preuves pour reconnaître une discrimination : *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, 2015 C.S.C. 30.

²⁹⁷⁶ § 42, *Taypotat (Cour d'appel fédérale)*, préc.

²⁹⁷⁷ Dans *Joseph*, préc., la Cour fédérale estime qu'« il ne serait guère utile de considérer l'article 25 de la Charte comme un outil d'interprétation pour l'application du critère énoncé dans l'arrêt Kapp, comme les défendeurs le demandent, puisque les décisions susmentionnées tiennent compte de considérations liées à l'autonomie gouvernementale autochtone, mais nous enseignent aussi que la discrimination fondée sur la résidence hors réserve est inacceptable », § 52.

²⁹⁷⁸ En ce sens, voir : K. GOVER, « When Tribalism Meets Liberalism », préc. On notera toutefois avec l'auteur qu'une telle possibilité ne concernera pas les distinctions fondées sur le genre : « Accordingly, in principle, a descendant should not be treated less favourably than other descendants on the basis of her or his gender or the gender of her or his Indigenous ancestors (or in fact any other prohibited ground). However, distinctions made between descendants on the basis of the number of their Indigenous ancestors or blood quantum may be justified as reasonable limitations on the rights of excluded persons, given the necessity of boundaries, the nature of tribes as kinship-based polities, and the histories and experiences of tribal communities in the settler states. » p. 241.

la Charte ». Si bien qu'on a pu avancer que l'article 25 comme interprétation atténuée, flexible, de la Charte (« *reading down* »), ne serait pas très différent de l'article 1^{er} de la *Charte* et ne fournirait pas les garanties suffisantes à la protection de la différence autochtone²⁹⁷⁹. Il est vrai qu'à la lumière des jurisprudences de la Cour suprême sur la différence autochtone, parfois réduite à un essentialisme, on ne peut qu'être méfiant ou circonspect quant à la capacité des interprètes juridictionnels étatiques²⁹⁸⁰ à être réceptifs aux différences culturelles autochtones²⁹⁸¹. L'article 1^{er} apparaît dès lors pour ces auteurs comme redondant puisqu'ils militent pour une fonction « bouclier » de l'article 25.

- 1556 On peut aussi procéder à l'analyse de l'article 25 une fois que celle sous l'angle de l'article 1^{er} ait été effectuée²⁹⁸². La justification sous l'angle de l'article 1^{er} permettrait aux peuples autochtones de mettre en avant des objectifs valides et importants sans pour autant qu'ils n'aient de lien avec leur culture distinctive²⁹⁸³. Mais comme le souligne Jane Arbour, l'article 25 pourrait aussi avoir un rôle à jouer dès le stade de la justification de l'article premier, car il donne pour « directive d'intégrer pleinement les perspectives autochtones dans l'approche contextuelle »²⁹⁸⁴. Or c'est cette « approche culturellement contextualisée »²⁹⁸⁵ sur laquelle la doctrine a souvent mis l'accent comme étant un impératif clair dicté par l'article 25 dans l'interprétation substantielle des droits. Elle permettrait ainsi « aux gouvernements autochtones d'élaborer des programmes et des lois qui sont différents, pour des raisons culturelles légitimes, et de convaincre les tribunaux que ces raisons sont valables, dans le cas d'une contestation fondée sur la Charte »²⁹⁸⁶.
- 1557 L'article 25 pourrait aussi avoir un second rôle qui serait de concilier les frictions entre les droits garantis par la *Charte* et ceux mentionnés par l'article 25 à savoir les droits ancestraux, issus de traités ou autres. Il faudrait alors démontrer l'existence d'un droit collectif protégé, ce qui sous

²⁹⁷⁹ K. WILKINS, « But We Need the Eggs Too: The Royal Commission, the Charter and the Inherent Right to Aboriginal Self-Government », *U. of T. L.J.*, vol. 49, 1999, pp. 53-121.

²⁹⁸⁰ Voir supra § 347 et 1200 et s.

²⁹⁸¹ K. WILKINS, « But We Need the Eggs Too », préc., p. 116; M. E. A.-K. TURPEL, « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter. Interpretative Monopolies, Cultural Differences », *A.C.D.P.*, vol. 6, 1989, pp. 3-45, spéc. p. 44.

²⁹⁸² J. M. ARBOUR, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of The Charter of Rights and Freedoms », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 21, 2003, pp. 3-71, spéc. p. 43.

²⁹⁸³ *Ibid.*, p. 65.

²⁹⁸⁴ *Ibid.*

²⁹⁸⁵ T. DICKSON, « Section 25 and Intercultural Judgment », préc.

²⁹⁸⁶ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Une relation à redéfinir*, préc. Elle poursuit : « L'article 25 donnerait aux gouvernements autochtones la possibilité de protéger, de préserver et de promouvoir l'identité de leurs citoyens par le truchement d'institutions, de normes et de pratiques gouvernementales tout à fait particulières ».

l'angle de l'article 35(1) est un lourd fardeau pour le groupe autochtone. Ensuite, l'article 25 aurait vocation à permettre une mise en équilibre entre ces droits protégés ou reconnus par la Constitution en incitant le juge à se demander si l'application de la liberté constitutionnelle en l'espèce a pour effet de « diminuer la capacité du groupe autochtone à maintenir son caractère distinct et collectif »²⁹⁸⁷. Cette dernière proposition doctrinale enjoignant une conciliation prétorienne reste toutefois assez floue, peu opérationnelle et même contestable²⁹⁸⁸ et d'autres voies à la mise en équilibre ont pu être explorées.

1558 Ainsi, le raisonnement de la Commission canadienne des droits de la personne dans son rapport sur la mise en œuvre de l'article 1.2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*²⁹⁸⁹, propose qu'une fois que l'existence d'un droit collectif autochtone protégé par l'article 25 a été admise, un droit ancestral par exemple, si la revendication individuelle quant aux droits et libertés porte atteinte à ce droit, c'est alors à l'individu de démontrer que l'exercice de son droit individuel²⁹⁹⁰ n'a entraîné qu'une atteinte minimale au droit collectif autochtone identifié, sauf s'agissant de discrimination fondée sur le sexe. Autrement dit, la mise en équilibre induite par l'article 25 pourrait demander une autre exigence de proportionnalité : non seulement la mesure gouvernementale autochtone ne doit pas porter excessivement atteinte au droit individuel dans l'accomplissement de ses objectifs, mais l'intérêt individuel ne doit pas lui non plus porter excessivement tort aux intérêts collectifs autochtones.

1559 La Commission canadienne s'intéresse en outre à la disposition législative des droits de la personne visant l'équilibre entre droits individuels et collectifs qui requiert une interprétation de la *Loi canadienne* de protection de l'égalité en tenant compte « des traditions juridiques et des règles de droit coutumier des Premières Nations et, en particulier, de l'équilibre entre les droits et

²⁹⁸⁷ J. M. ARBOUR, « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime », préc., p. 68.

²⁹⁸⁸ Il semble alors que l'on retrouve le débat sur l'article 25 comme clause de neutralisation de la répartition des pouvoirs ou comme clause « essentialiste » : soit elle permet de protéger la capacité normative du groupe soit son caractère culturellement distinct (voire intrinsèquement distinct et les dangers que cela implique) : voir supra (§ 1087 et s.) sur les contours de ce débat.

²⁹⁸⁹ Commission Canadienne des droits de la personne, et al., *L'équilibre entre les droits individuels et les droits collectifs : la mise en œuvre de l'article 1.2 de la Loi canadienne sur les droits de la personne*, en ligne : Ont : Commission canadienne des droits de la personne, <<http://celarc.ca/cppc/224/224562.pdf>>. Sur cette disposition, voir supra § 1103 et s.

²⁹⁹⁰ La Commission ne s'intéresse qu'au droit à l'égalité dans la mesure où ce qui l'intéresse c'est le droit à la non-discrimination telle que protégée par la Loi canadienne lu en conjonction avec l'article 25 de la *Charte constitutionnelle*, son raisonnement est toutefois transposable aux autres libertés.

intérêts individuels et les droits et intérêts collectifs »²⁹⁹¹. Ainsi en dehors de l'application de l'article 25, c'est-à-dire l'existence de droit ancestral ou issu de traités²⁹⁹², elle privilégie de favoriser « l'équilibre interne » aux traditions juridiques et règles de droit coutumier qui ont pu être identifiées. Cette préconisation semble correspondre à l'idée d'une très forte prise en considération prétorienne du contexte autochtone, par l'identification de la place de l'individu dans sa communauté. Cela permet au final une marge de manœuvre conséquente aux gouvernements autochtones dont la mise en équilibre propre doit en premier lieu être examinée avant de procéder à une éventuelle mise en équilibre « externe » lorsque l'individu est totalement exclu du droit autochtone en question.

- 1560 Cette idée d'« équilibre interne » aux cultures juridiques autochtones ou de forte mise en œuvre contextuelle est commandée dans le cadre de la protection quasi constitutionnelle canadienne par une clause d'interprétation expresse. Cela étant, dans le cadre de la *Charte canadienne* on pourrait aussi militer pour une mise en œuvre comparable fondée sur les valeurs sous-jacentes de l'article 25, à savoir l'objectif de réconciliation entre les cultures autochtones et non autochtones et la valorisation de la diversité juridique dans le cadre de la protection des libertés. Il y aurait ainsi un rôle implicite de l'article 25, qui intervient dans le cadre de l'article 1^{er}, demandant une prise en compte des cultures juridiques autochtones dans l'analyse de la proportionnalité de la mesure collective par rapport à l'intérêt individuel. Analyse qui doit donc être contextualisée et accorder une place prioritaire à l'équilibre propre au groupe autochtone.
- 1561 Il y aurait également un rôle exprès de l'article 25, qui demande alors de prouver l'existence des droits autochtones collectifs (ancestraux ou issus de traités) et qui implique un équilibre beaucoup plus exigeant et protecteur des autonomies normatives autochtones : l'intérêt individuel doit être raisonnable par rapport à l'intérêt collectif autochtone. La question de la culture distinctive est alors soit un élément propre au contexte (permettant de comprendre un objectif précis, par quels moyens il est accompli, etc.) soit un élément de définition du droit ancestral le cas échéant. Toutefois, cette double exigence de proportionnalité peut en réalité s'avérer difficile à distinguer dans le raisonnement où le « raisonnable » apparaît comme une limite tant du droit individuel que du droit collectif autochtone (voir les limites du droit ancestral) et donc de l'un

²⁹⁹¹ Cette disposition n'a pas encore donné lieu à des décisions judiciaires, même si 162 plaintes ont pu être déposées depuis l'amendement de la loi (K. GOVER, « When Tribalism Meets Liberalism », préc., p. 240.)

²⁹⁹² Dans ce que la Commission appelle « l'approche complémentaire » alors que « l'approche autonome » précédemment analysée correspond au cadre des droits ancestraux et issus de traités.

avec l'autre. En tout état de cause, l'article 25 de la *Charte canadienne* pourrait indubitablement servir une interprétation déférente à l'égard des gouvernances autochtones dès lors que des mises en équilibres complexes et subtiles sont en jeu.

1562 De telles mises en équilibres délicates sont aussi présentes dans le contentieux européen des droits et libertés et justifieront parfois l'octroi d'une marge d'appréciation permettant de laisser subsister une diversité parmi les États membres de l'Union européenne.

C. La marge d'appréciation laissée aux États membres de l'Union européenne

1563 C'est en effet autour de la question de l'existence d'une marge d'appréciation laissée aux États que la doctrine européenne appréhende la question de la latitude laissée par la Cour aux États dans la limitation justifiée aux droits et libertés et donc évite une homogénéisation au moment du contrôle de proportionnalité.

1564 La notion est au départ forgée par la Cour européenne des droits de l'homme²⁹⁹³ dans le contexte d'un contrôle de droit international spécialisé dans les droits et libertés, mais subsidiaire à celui exercé par les autorités nationales dont la Cour de Strasbourg estime qu'elle doit desserrer son contrôle dans certaines circonstances et éviter l'uniformité au sein du Conseil de l'Europe²⁹⁹⁴. Certes, la Cour de Luxembourg, n'a pas la même fonction que son homologue, et on ne saurait purement transposer la technique au contexte de l'Union²⁹⁹⁵, force est toutefois de constater qu'elle a pu être utilisée à Luxembourg.

²⁹⁹³ Cour européenne des droits de l'homme, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Série A, n° 24.

²⁹⁹⁴ Sur la notion de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, parmi une doctrine abondante voir notamment : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005, 715 p., p. 216 et s. ; F. SUDRE, « À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I, 335 et s. ; E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996, 444 p ; P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », dans F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 63 et s ; E. BREMS, « The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the European Court of Human Rights », *Zeitschrift für Ausländisches öffentliches recht und volkerrecht*, vol. 56, 1996, p. 240 et s ; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 300 p.

²⁹⁹⁵ C. VAN De HEYNING, « No place like home discretionary space for the domestic protections of human rights » dans P. POPELIER, C. VAN De HEYNING et P. VAN NUFFEL, dir., *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011, pp. 65-96. Voir aussi S. BESSON, « European Human Rights, Supranational Judicial Review and Democracy. Thinking Outside the Judicial Box » dans P. POPELIER, C. VAN De HEYNING et P. VAN NUFFEL, dir., *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Antwerp ; Portland, Intersentia, 2011, pp. 97-145, p. 117 et s ; J. A. SWEENEY, « A 'Margin of Appreciation' in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights », *Legal*

- 1565 De manière générale, rappelons au préalable que la Cour de Luxembourg se trouve dans une situation fort différente de la Cour d'Ottawa (ou de celle de Strasbourg) s'agissant de la marge de manœuvre qu'elle est à même de laisser aux autonomies normatives puisqu'elle peut choisir le degré de précision avec lequel elle répond aux juges nationaux dans le cadre de la question préjudicielle²⁹⁹⁶. Sa position particulière au sein de l'architecture juridictionnelle de l'Union, marquée par une forme de subsidiarité, fait qu'elle pourra choisir de répondre avec le plus de détails possibles, donnant une solution complète exhaustive et concrète au juge national ou bien lui laisser une marge de manœuvre tout en le guidant (à travers certains critères notamment), voire s'en remettre le plus possible à son appréciation ce qui est une approche très déférente²⁹⁹⁷. S'agissant du contentieux des droits et libertés la Cour de justice ne se cantonne pas à une approche particulière²⁹⁹⁸ et non seulement varie la force de son contrôle vis-à-vis du juge national, mais aussi plus généralement l'intensité de son contrôle et donc la marge laissée aux États s'agissant de l'appréciation des droits et libertés.
- 1566 La marge d'appréciation laissée aux États membres de l'Union pourra ainsi recouvrir un double aspect : soit il s'agira de donner une latitude au juge national (tout en le guidant éventuellement avec plus ou moins de précision) soit de l'octroyer plus généralement aux autorités politiques nationales à l'origine de l'atteinte, ce qui correspond à une déférence prétorienne plus classique.
- 1567 Le plus épineux est d'établir quels seraient les facteurs déclenchant cette technique de déférence. Car si la marge d'appréciation semble être utilisée en cas d'arbitrages difficiles, il n'est pas toujours très clair si elle sert plutôt en cas de mises en équilibre délicates, soit entre différents intérêts substantiels sensibles (1) soit avec des intérêts nationaux particuliers (2).

Issues of Economic Integration, vol. 34, 2007, pp. 27-52; R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p., p. 602 et s; J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », préc., p. 102 et s.

²⁹⁹⁶ Voir supra § 1309 et s.

²⁹⁹⁷ Sur ces trois degrés de précision, voir T. TRIDIMAS, « Constitutional Review of Member State Action: The Virtues and Vices of an Incomplete Jurisdiction », *Int'l. J. Constit. L.*, vol. 9, 2011, pp. 737-756. Voir aussi R. TINIÈRE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne » dans M. LÉVINET, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 357-376.

²⁹⁹⁸ Ainsi Takis Tridimas (T. TRIDIMAS, « Constitutional Review of Member State Action », préc.) a pu discerner une déférence dans *ERT* (CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et autres*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925.) une approche guidée dans *Familiapress* (CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH contre Heinrich Bauer Verlag.*, aff. C-368/95, *Rec.* 1997, p. I-03689.) ou une solution complète dans CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec.* 2005, p. I-09981.

1. Marges d'appréciation nationale et les délicates mises en équilibres substantielles

- 1568 La doctrine a généralement noté que le contrôle du respect des quatre libertés fondamentales est souvent strict, voire sévère, ce qui s'explique en particulier par le fait qu'un intérêt central de l'Union est atteint dans ces affaires²⁹⁹⁹. Cependant, c'est tout d'abord s'agissant des libertés fondamentales que l'on a pu observer une utilisation de cette technique dans la jurisprudence européenne, parfois même de manière explicite.
- 1569 Ainsi dès 1974 et l'arrêt *Van Duyn*, la Cour a considéré à propos de l'adoption de mesures d'expulsion d'étrangers que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation »³⁰⁰⁰. S'agissant des réglementations nationales des jeux de hasard et leur atteinte aux libertés d'établissement ou de libre prestation de services, la Cour a pu accorder aux autorités nationales un pouvoir d'appréciation suffisant pour établir cette protection à l'encontre des jeux, paris ou loteries en raison « des particularités socioculturelles de chaque État membre »³⁰⁰¹ ou des « particularités d'ordre moral, religieux ou culturel »³⁰⁰². La Cour a également accordé un pouvoir d'appréciation aux États pour « décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et de la vie des personnes » lorsque « des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique » s'agissant de libre circulation des marchandises portant sur des produits alimentaires³⁰⁰³.
- 1570 Mais c'est surtout à propos de la limitation des libertés fondamentales par les droits fondamentaux que l'on a pu observer avec le plus de force l'existence d'une marge nationale d'appréciation, qui s'expliquerait alors par la nécessité de concilier deux intérêts tout aussi

²⁹⁹⁹ J. GERARDS, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », préc., p. 91 et s.

³⁰⁰⁰ CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. 41/74, *Rec. 1974*, p. 1337, §18

³⁰⁰¹ CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise contre Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec. 1994*, p. I-1039, § 61.

³⁰⁰² CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres*, aff. C 243/01, *Rec. 2003*, p. I 13031, § 63.

³⁰⁰³ CJCE, 23 septembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, aff. C-192/01, *Rec. 2003*, p. I-09693, § 42 et 43. CJCE, 15 novembre 2007, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-319/05, *Rec. 2007*, p. I-09811, § 86.

fondamentaux. La difficile mise en balance impliquerait alors l'octroi d'une marge d'appréciation aux États, d'autant plus lorsqu'il existe des « matchs nuls épistémiques »³⁰⁰⁴.

- 1571 Dans les célèbres affaires *Schmidberger*³⁰⁰⁵ et *Omega*³⁰⁰⁶, la Cour de justice devait ainsi procéder à une conciliation entre libertés économiques et droits fondamentaux lorsque les seconds constituent une justification d'une restriction des premières. Pour ce faire, elle a reconnu une large marge d'appréciation aux autorités nationales.
- 1572 Dans *Schmidberger*, la Cour procède bien à un contrôle de proportionnalité³⁰⁰⁷, qui non seulement prend en compte les circonstances de l'espèce, mais aussi la manière dont l'État entend protéger le droit fondamental en cause³⁰⁰⁸. La Cour limite son contrôle au caractère raisonnable de la restriction de la liberté fondamentale par rapport à la protection du droit de manifester³⁰⁰⁹. Elle procède bien à l'examen de l'atteinte minimale à la liberté de circulation, de manière assez poussée, mais insiste aussi sur le fait qu'il appartient aux autorités nationales de mettre en balance les intérêts en cause³⁰¹⁰.
- 1573 Dans *Omega*, la Cour reprend la formulation de l'arrêt *Van Duyn* et admet à nouveau que l'ordre public comme justification à une dérogation à une liberté fondamentale puisse varier d'un pays à un autre et qu'il faut à cet égard reconnaître une marge d'appréciation aux autorités nationales³⁰¹¹. Mais là où la décision est la plus intéressante est lorsque la Cour répond à la question de savoir si la restriction fondée sur les droits fondamentaux doit être correspondre « à une conception partagée par l'ensemble des États membres » quant aux modalités de protection

³⁰⁰⁴ A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? » dans D. KAMINSKI, dir., *La flexibilité des sanctions. XXIèmes journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 519-539, p. 530.

³⁰⁰⁵ CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-05659.

³⁰⁰⁶ CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre berbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-09609.

³⁰⁰⁷ § 82, *Schmidberger*, préc.

³⁰⁰⁸ Ce faisant elle estime que « s'agissant des autres possibilités envisagées par Schmidberger au regard dudit rassemblement, il y a lieu, compte tenu du large pouvoir d'appréciation dont disposent les États membres, de considérer que, dans des circonstances telles que celles du cas d'espèce, les autorités nationales compétentes ont pu estimer qu'une interdiction pure et simple de celui-ci aurait constitué une interférence inacceptable dans les droits fondamentaux des manifestants de se réunir et d'exprimer paisiblement leur opinion en public » § 89, *ibid.*

³⁰⁰⁹ « En conséquence, les autorités nationales, compte tenu du large pouvoir d'appréciation qui doit leur être reconnu en la matière, ont raisonnablement pu considérer que l'objectif légitimement poursuivi par ledit rassemblement ne pouvait pas en l'occurrence être atteint par des mesures moins restrictives des échanges intracommunautaires », § 93, *ibid.*

³⁰¹⁰ § 90, *ibid.*

³⁰¹¹ § 31, *Omega*, préc.

ou l'intérêt légitime en cause ou permet de formuler un critère général quant au contrôle de proportionnalité³⁰¹². Elle y répond par la négative : le choix d'un système de protection particulier par un État demande l'examen du critère de proportionnalité et de nécessité³⁰¹³. En revanche, elle note qu'en l'espèce l'interdiction portant atteinte à la liberté de circulation correspond à un niveau de protection de la dignité humaine tel que l'État et sa Constitution ont voulu l'assurer. Elle en déduit ensuite qu'il n'est pas allé « au-delà de ce qui est nécessaire », et valide l'interdiction au terme d'un contrôle de proportionnalité assez sommaire³⁰¹⁴.

- 1574 Ce faisant, la Cour avait accepté d'« européeniser » le droit fondamental de la dignité en cause, ce qui avait permis d'effacer un conflit de normes entre les niveaux de gouvernance européens³⁰¹⁵, mais son contrôle de proportionnalité extrêmement déférent permet de laisser perdurer une authentique diversité dans la protection des libertés dans l'Union. La justification de cette latitude se trouve ici dans la garantie constitutionnelle spécifique à l'Allemagne, pour qui la dignité humaine revêt une importance particulière ce qui légitime que son contenu, ses modalités et son niveau de protection relèvent de l'appréciation des autorités nationales³⁰¹⁶.
- 1575 Au contraire, rappelons que dans l'affaire *Grogan*, la confrontation entre une conception exclusive à un État d'un droit fondamental (le droit de l'enfant à naître) et une liberté de circulation à laquelle il été porté atteinte (appuyée qui plus est par la liberté d'expression), avait été évitée voire contournée³⁰¹⁷ par la Cour au stade du champ d'application³⁰¹⁸.

³⁰¹² § 37, *ibid.*

³⁰¹³ § 38, *ibid.*

³⁰¹⁴ § 39, *ibid.* » En l'occurrence, il y a lieu de relever, d'une part, que, selon la juridiction de renvoi, l'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes de violence contre les personnes, en particulier la représentation d'actes de mise à mort d'êtres humains, correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne. D'autre part, il convient de constater que, en interdisant uniquement la variante du jeu laser qui a pour objet de tirer sur des cibles humaines et donc de « jouer à tuer » des personnes, l'arrêté litigieux n'est pas allé au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi par les autorités nationales compétentes ».

³⁰¹⁵ Voir supra § 1475.

³⁰¹⁶ On a pu ainsi dire que « l'enseignement principal de l'affaire *Omega* est la possibilité d'invoquer une conception nationale, même minoritaire parmi les États membres de l'Union, pour limiter une liberté communautaire. On peut donc, sans forcer le trait, imaginer la possibilité d'invoquer un droit fondamental constitutionnel français (et même spécifiquement français) pour limiter une liberté communautaire. Il s'agirait bien là d'une conciliation entre un droit fondamental communautaire et un droit fondamental constitutionnel français, par le biais du mécanisme de limitation. » : S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2008, 716 p. p. 609.

³⁰¹⁷ F. J. MENA PARRAS, « Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux », préc.

³⁰¹⁸ CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contre Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685. Voir supra § 1150.

- 1576 Enfin, dans *Dynamic Medien*³⁰¹⁹, la Cour a confirmé qu'une mesure restrictive à une liberté fondamentale ne devait pas nécessairement répondre à une protection d'un droit fondamental, en l'espèce les droits de l'enfant, conçue de manière partagée par les États, et que « (c) ette conception pouvant varier d'un État membre à l'autre selon des considérations notamment d'ordre moral ou culturel, il y a lieu de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation certaine »³⁰²⁰. Le lien est donc établi explicitement entre la diversité du niveau et des modalités de protection d'un droit fondamental parmi les États membres et un contrôle de proportionnalité laissant une large place non seulement au contexte étatique, mais aussi à la volonté de l'État d'assurer un certain niveau de protection. Ce faisant, la Cour respecte et valorise l'autonomie normative en matière de droits et libertés des États : n'opérant qu'un contrôle de nécessité réduit à l'essentiel³⁰²¹, elle ne se substitue pas entièrement à leur appréciation, et leur laisse une grande latitude³⁰²². Mais la Cour précise bien que cette marge nationale d'appréciation étant fondée sur la diversité existant en Europe quant au niveau de protection du droit fondamental, elle ne joue qu'en l'absence d'harmonisation communautaire de dernier³⁰²³. La Cour estime ce faisant que ce n'est pas à elle de procéder à cette homogénéisation du standard du droit fondamental en cause, mais qu'elle doit laisser subsister la pluralité des standards de protection.
- 1577 S'agissant de conciliation entre libertés et droits fondamentaux, ces affaires démontrent la grande déférence de la Cour à l'égard des États, soit compte tenu de la mise en balance spécifique, contextuelle, qu'il fallait opérer (*Schmidberger*), soit en raison de l'absence d'harmonisation quant au niveau de protection du droit fondamental (*Dynamic Medien*) et plus implicitement dans

³⁰¹⁹ CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides Media AG*, aff. C-244/06, *Rec.* 2008, p. I-00505.

³⁰²⁰ § 44, *ibid.*

³⁰²¹ La Cour examine ce faisant en deux paragraphes (§ 47 et 48) si « l'interdiction de la vente et de la cession par correspondance de vidéogrammes qui n'ont pas fait l'objet, par l'autorité compétente, d'un contrôle ainsi que d'une classification aux fins de la protection des mineurs et qui ne comportent pas d'indication, émanant de cette autorité, de l'âge à partir duquel ils peuvent être vus » était nécessaire à la protection des mineurs, puisque par nature elle le protège contre « l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être » et qu'il est toujours loisible d'importer et de vendre de tels vidéos aux adultes par d'autres voies de distribution plus directe permettant d'éviter que les enfants n'y aient accès.

³⁰²² Ainsi l'assouplissement du contrôle de nécessité et de proportionnalité constitue bien « la véritable raison d'être de la marge d'appréciation » compte tenu du fait que le contrôle de la légitimité du but poursuivi par les États n'est en réalité jamais sérieusement remise en cause par la Cour de justice : A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation », *préc.*, p. 531.

³⁰²³ §45, *Dynamic Medien*, *préc.*, : « S'il est vrai qu'il appartient à ces derniers, à défaut d'harmonisation communautaire, d'apprécier le niveau auquel ils entendent assurer la protection de l'intérêt en cause, il n'en demeure pas moins que ce pouvoir d'appréciation doit être exercé dans le respect des obligations découlant du droit communautaire ».

Omega parce que ce droit fondamental loin d'être harmonisé correspond à un standard constitutionnel propre à l'État membre. Elle renonce ainsi au test de la mesure la moins restrictive demandant une stricte concordance entre l'intérêt de l'État dans la protection du droit fondamental et les inconvénients qu'il provoque quant à la réalisation du marché commun. L'avantage d'un tel assouplissement, outre la préservation de la diversité dans la protection des droits, est d'éviter « l'alignement des États sur le standard le moins exigeant en matière de droits fondamentaux » qui permettrait le plus grand niveau de protection des libertés de circulation³⁰²⁴.

- 1578 La doctrine a pu toutefois relever que les affaires *Viking*³⁰²⁵ et *Laval*³⁰²⁶ ne permettaient pas de déduire une application généralisée d'un tel contrôle de proportionnalité assoupli puisque la conciliation entre la liberté de circulation et le droit fondamental de mener une action collective s'est faite au bénéfice de la première au terme d'un contrôle strict et détaillé de la nécessité de la restriction. Le juge luxembourgeois a donc procédé à un encadrement rigoureux du droit fondamental en cause « au nom du respect de la légalité communautaire »³⁰²⁷, sans égard particulier pour la manière dont les États ont entendu réglementer ces droits fondamentaux³⁰²⁸.
- 1579 S'agissant de la conciliation entre libertés fondamentales et droits fondamentaux, on peut au final s'interroger sur la cohérence jurisprudentielle de la Cour³⁰²⁹ ou bien se demander si la

³⁰²⁴ G. MARTI, « La conciliation entre les droits et libertés dans la mise en œuvre des libertés communautaires de circulation » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 283-317, p. 304.

³⁰²⁵ CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec. 2007*, p. I-10779.

³⁰²⁶ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec. 2007*, p. I-11767.

³⁰²⁷ C. NIVARD, « Marge nationale d'appréciation et pluralisme dans la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg » dans M. LÉVINET, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 169-188, p. 179. L'auteur en conclut que « l'invocation d'un droit fondamental comme but légitime pour restreindre une liberté fondamentale n'emporte donc pas forcément l'octroi d'une marge d'appréciation ».

³⁰²⁸ Cela étant, on a pu noter que dans *Laval*, était davantage en jeu le comportement de personnes privées plutôt qu'une mesure étatique ce qui explique la sévérité du contrôle : G. MARTI, « La conciliation entre les droits et libertés », préc., p. 305. Cependant la Cour estime *in fine* que c'est parce que le droit national ne détermine pas par voie législative, mais laisse à la négociation collective la fixation du salaire minimum que les organisations syndicales tentent de contraindre à la négociation par leurs actions collectives entravant le marché intérieur (§ 110 et 111 *Laval*, préc.). Ce faisant la Cour « s'oppose directement au choix de l'État membre d'abandonner aux syndicats, la négociation des conditions de travail avec les entreprises qui exercent leur liberté de circulation » (C. NIVARD, « Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires », *RTDH*, vol. 76, 2008, pp. 1191-1207, spéc. p. 1206.) Qui plus est la Cour fait donc indirectement peu de cas de la manière dont s'exerce le droit de mener une action collective en Suède.

³⁰²⁹ C. NIVARD, « Marge nationale d'appréciation et pluralisme », préc., p. 179.

jurisprudence ne tend pas à désormais favoriser d'autres facteurs, tel que l'existence d'une valeur spécifique d'un État membre, pour déclencher la technique de la marge d'appréciation³⁰³⁰.

1580 Pourtant, lorsque l'on se penche sur la jurisprudence qui ne procède pas à une mise en balance délicate entre ces deux intérêts fondamentaux, on a pu constater un contrôle moins déférent. Ainsi on a pu se demander si lorsque les droits fondamentaux étaient mobilisés non pas pour déroger aux libertés fondamentales, mais en conjonction avec une liberté de circulation, le contrôle de proportionnalité n'était pas plus rigoureux³⁰³¹. Par exemple dans *Familiapress*³⁰³², l'interdiction de vendre une publication offrant la possibilité de participer à des jeux dotés de prix posait non seulement un problème de liberté de circulation des marchandises, mais aussi de sauvegarde de la liberté d'expression. La Cour requiert alors un contrôle de proportionnalité sans aucune marge d'appréciation reprenant le critère de l'atteinte minimale³⁰³³ à l'égard des deux droits et libertés, même si elle laisse au juge national le soin de trancher à l'aune des critères qu'elle fixe.

1581 Néanmoins, dans l'affaire *Karner*³⁰³⁴, la liberté d'expression dans le domaine de la publicité était en jeu de manière indépendante à la liberté de circulation qui en l'espèce n'était pas atteinte. La Cour a alors estimé que l'État jouissait à l'égard du droit fondamental en jeu d'une marge d'appréciation. Non seulement elle affirme que son contrôle se limite alors au caractère raisonnable de l'ingérence³⁰³⁵, mais elle ne procède qu'à un contrôle de proportionnalité de façade³⁰³⁶. D'ailleurs dans l'affaire *Damgaard*³⁰³⁷, où le requérant faisait valoir sa liberté

³⁰³⁰ En ce sens F. J. MENA PARRAS, « Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux », préc., p. 26.

³⁰³¹ En ce sens, voir C. NIVARD, « Marge nationale d'appréciation et pluralisme », préc., p. 174 et s. C. PICHERAL, « Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDH*, vol. 63, 2005, pp. 649-672, spéc. p. 655 et s.

³⁰³² *Familiapress*, préc.

³⁰³³ § 27, *ibid.* : « il convient dès lors de vérifier si une interdiction nationale telle que celle en cause dans le litige au principal est proportionnée au maintien du pluralisme de la presse et si cet objectif ne peut pas être atteint par des mesures moins restrictives tant pour les échanges intracommunautaires que pour la liberté d'expression ».

³⁰³⁴ CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contre Troostwijk GmbH*, aff. C-71/02, *Rec. 2004*, p. I-03025.

³⁰³⁵ § 51, *ibid.* La Cour précise en outre « que le pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités compétentes, s'agissant de la question de déterminer où se trouve le juste équilibre entre la liberté d'expression et les objectifs susvisés, est variable pour chacun des buts justifiant la limitation de ce droit et selon la nature des activités en jeu ».

³⁰³⁶ § 52, *ibid.* Ainsi « il apparaît, au vu des circonstances de droit et de fait qui caractérisent la situation ayant donné lieu au litige au principal et de la marge d'appréciation dont jouissent les États membres, qu'une restriction de la publicité, telle que celle prévue à l'article 30 de l'UWG, est raisonnable et proportionnée, au regard des buts légitimes poursuivis par celle-ci, à savoir la protection du consommateur et la loyauté des transactions commerciales ».

³⁰³⁷ CJCE, 2 avril 2009, *Procédure pénale contre Frede Damgaard*, aff. C-421/07, *Rec. 2009*, p. I-02629.

d'expression dans le domaine publicitaire des médicaments régi par une Directive européenne, la Cour a confirmé l'existence d'une marge d'appréciation nationale dans ce domaine « complexe et fluctuant » et procédé à un contrôle de proportionnalité très sommaire avec l'objectif de protection de la santé³⁰³⁸.

1582 La question qui se pose dès lors est celle de savoir si les domaines, voire certains droits eux-mêmes, permettent d'octroyer *a priori* une large latitude nationale, comme cela semble être le cas pour la liberté d'expression dans le cadre publicitaire. Il pourrait ainsi y avoir des « mises en équilibres délicates » dès lors que l'on toucherait à certains droits fondamentaux ou certains domaines spécifiques³⁰³⁹. On a pu ainsi observer que généralement les atteintes au droit de propriété et au libre exercice d'une activité professionnelle sont soumises à un contrôle réduit³⁰⁴⁰ au caractère raisonnable. Car si la Cour ne reconnaît pas explicitement l'existence d'une marge d'appréciation, souvent à l'égard des institutions communautaires, elle s'est souvent contentée en la matière de vérifier si la restriction ne constituait pas une « une intervention démesurée et intolérable dans les prérogatives du propriétaire, qui porterait atteinte à la substance même du droit de propriété »³⁰⁴¹.

1583 Il existe d'autres cas similaires à *Familiapress* dans lesquels la Cour de justice balise pour le juge national certains critères à respecter dans sa décision, permettant d'évaluer la proportionnalité, tout en lui laissant le soin de les appliquer, parfois avec une très grande latitude. On a pu par exemple³⁰⁴² constater cette approche guidée en matière d'aide juridictionnelle dans l'affaire *DEB*³⁰⁴³ dans laquelle la Cour a attribué au juge national le soin de procéder au contrôle de

³⁰³⁸ § 27 et 28, *ibid.* Elle explique laconiquement que « la condamnation de ce dernier pourrait être considérée comme raisonnable et proportionnée au regard du but légitime poursuivi, à savoir la protection de la santé publique ».

³⁰³⁹ Par exemple les questions touchant à la morale comme le droit à la vie, l'avortement ou l'euthanasie, pourraient à ce titre faire l'objet d'une large marge d'appréciation : sur cette question voir N. N. SHUIBHNE, « Margins of Appreciation : National Value, Fundamental Rights and EC Free Movement Law », *ELR*, vol. 34, 2009, pp. 230-256, spéc. p. 247 et s.

³⁰⁴⁰ C. NIVARD, « Marge nationale d'appréciation et pluralisme », préc., p. 173.

³⁰⁴¹ § 23, CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727, § 23. Voir aussi CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen contre Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, aff. C-491/01, *Rec.* 2002, p. I-11453, § 153; CJCE, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et al.*, aff. jtes C-120/06 P et C 121/06 P, *Rec.* 2008, p. I-06513, § 183.

³⁰⁴² Pour d'autres exemples plus anciens dans lesquels la Cour a « recours au juge national en cas d'arbitrage délicat » voir R. TINIÈRE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc., p. 366 et s.

³⁰⁴³ CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09, *Rec.* 2010, p. I-13849.

proportionnalité³⁰⁴⁴, de façon à ce qu'il puisse l'évaluer par rapport aux règles applicables et la situation factuelle, tout en lui indiquant des critères précis sur cette appréciation, comme l'importance des frais de procédure devant être avancés³⁰⁴⁵. La récente affaire *Léger* tranchée par la Cour en 2015 sur l'interdiction de donner son sang pour les homosexuels³⁰⁴⁶ est également une illustration de ce procédé juridictionnel.

- 1584 L'exemple de l'affaire *Carpenter* en matière de droit au respect de la vie familiale est de la même manière éclairante. Dans cette affaire, la Cour reconnaît une marge d'appréciation « certaine » pour les États s'agissant du droit à la vie familiale, mais apporte immédiatement une limite et commande une « interprétation stricte » des conditions restreignant cette liberté³⁰⁴⁷. Elle opère ainsi une répartition de son propre rôle qui est de « donner au juge national les éléments d'interprétation nécessaires à la résolution du litige individuel concret » et le rôle de ce dernier qui statuera sur « les faits litigieux à l'aide des critères dégagés par la Cour »³⁰⁴⁸. Cette décision correspond donc bien à la situation dans laquelle la Cour procède à la supervision du juge national³⁰⁴⁹. Elle détermine alors avec précision les différents facteurs à prendre en compte dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité³⁰⁵⁰ qui consiste ici en un examen de la nécessité de l'ingérence et une « mise en balance »³⁰⁵¹.
- 1585 Or on peut toujours se demander ce qui commande une telle approche, et plus généralement des marges d'appréciation aux autorités nationales, qu'il s'agisse de la latitude donnée au juge national (guidée plus ou moins précisément) ou aux autorités politiques nationales à l'origine d'une mesure contestée (à l'égard desquelles le contrôle européen est déférent).

³⁰⁴⁴ § 60, *ibid.* « Il incombe (...) au juge national de vérifier si les conditions d'octroi de l'aide judiciaire constituent une limitation du droit d'accès aux tribunaux qui porte atteinte à ce droit dans sa substance même, si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

³⁰⁴⁵ § 61, *ibid.* Ce faisant, « le juge national peut prendre en considération l'objet du litige, les chances raisonnables de succès du demandeur, la gravité de l'enjeu pour celui-ci, la complexité du droit et de la procédure applicables ainsi que la capacité de ce demandeur à défendre effectivement sa cause. Pour apprécier la proportionnalité, le juge national peut également tenir compte de l'importance des frais de procédure devant être avancés et du caractère insurmontable ou non de l'obstacle qu'ils constituent éventuellement pour l'accès à la justice ».

³⁰⁴⁶ CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Etablissement français du sang*, aff. C-528/13, non encore publié. Voir spéc. les § 44 et s. et 63 et s.

³⁰⁴⁷ § 88, CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, *Rec.* 2002, p. I-06279.

³⁰⁴⁸ § 89, *ibid.*

³⁰⁴⁹ La « guidance situation » selon T. TRIDIMAS, « Constitutional Review of Member State Action », préc.

³⁰⁵⁰ § 93 et s., *Carpenter*, préc.

³⁰⁵¹ § 92, *ibid.*

- 1586 Les affaires touchant le droit au respect de la vie familiale, et plus largement les questions de droit de la famille et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ne nous permettent pas d'établir que les types de droits ou de domaines sont des critères déterminants à cet égard. On aurait en effet pu penser que ces domaines pouvaient faire l'objet d'une large marge d'appréciation dans la mesure où cette technique peut trouver son fondement dans le respect des différences de conception de la famille parmi les États. Mais la jurisprudence est beaucoup plus ambivalente.
- 1587 D'une part, la Cour a parfois accordé une marge bien plus large que dans *Carpenter*. Par exemple récemment, s'agissant de ce droit au respect de la vie privée et familiale et de l'intérêt supérieur de l'enfant, deux droits désormais protégés par la *Charte*, la Cour a concédé que « certes, les articles 7 et 24 de la Charte, tout en soulignant l'importance, pour les enfants, de la vie familiale, ne sauraient être interprétés en ce sens qu'ils priveraient les États membres de la marge d'appréciation dont ils disposent lorsqu'ils examinent des demandes de regroupement familial »³⁰⁵². Mais cette fois, elle abandonna nettement aux autorités nationales le soin « de procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu »³⁰⁵³.
- 1588 On retrouve d'ailleurs dans *McB*³⁰⁵⁴, une optique comparable quant au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque la Cour n'a pas voulu sanctionner le droit national conférant le droit de garde par principe à la mère et au père seulement en vertu d'une décision de justice. Elle le justifie d'ailleurs par « la grande diversité des relations hors mariage et de celle des relations des parents avec leurs enfants qui en résulte (...) qui se traduit par une reconnaissance différenciée de l'étendue et du partage des responsabilités parentales au sein des États membres »³⁰⁵⁵.
- 1589 D'autre part, elle a pu procéder à des contrôles bien plus resserrés. S'agissant des relations homosexuelles, on avait pu constater la timidité originelle de la Cour (dans l'affaire *Grant*³⁰⁵⁶) quant à la protection au nom du droit à la non-discrimination. Cela était sans doute motivé par le

³⁰⁵² § 79, CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, *Rec. numérique*.

³⁰⁵³ § 81, *ibid.*

³⁰⁵⁴ CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB. contre L. E.*, aff. C-400/10, *Rec. 2010*, p. I-08965.

³⁰⁵⁵ § 62, *ibid.* Elle estime en effet qu'« (u)ne telle exigence permet, en effet, à la juridiction nationale compétente de prendre une décision sur la garde de l'enfant, ainsi que sur les droits de visite à l'égard de celui-ci, en tenant compte de toutes les données pertinentes (...) »

³⁰⁵⁶ CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec. 1998*, p. I-00621. Voir supra § 1109.

caractère à la fois sensible et clivant de la question au sein des États membres à l'époque. Elle a depuis infléchi sa jurisprudence (dans *Maruko*³⁰⁵⁷ et *Römer*³⁰⁵⁸ notamment), ce qui démontre que les décisions touchant au droit de la famille ne sont pas par essence déférentes. La Cour s'est récemment montrée beaucoup plus frileuse dans la protection des droits des homosexuels à ne pas subir de discriminations dans la récente affaire *Léger*. Elle semble d'ailleurs fonder la faiblesse de son contrôle de proportionnalité sur l'existence de spécificités nationales fondées sur des données statistiques (sur la situation épidémiologique en France quant aux maladies transmissibles par le sang), qui impliquerait d'accorder une marge d'appréciation aux autorités françaises pour interdire aux hommes homosexuels de donner leur sang³⁰⁵⁹. En l'espèce le domaine politiquement sensible de l'affaire expliquerait l'octroi de la marge, bien plus que le recours aux spécificités statistiques nationales qui était très contestable juridiquement³⁰⁶⁰. Finalement, si le type de droit fondamental ou les domaines en jeu ne sont pas des critères pertinents³⁰⁶¹, d'autres apparaissent plus déterminants : comme les affaires analysées le laissent penser, la diversité juridique existant sur une question donnée pourrait davantage constituer un facteur déterminant.

2. Marge d'appréciation nationale et respect des particularismes étatiques

1590 En effet si la marge d'appréciation nationale a pour effet de limiter l'homogénéisation par la protection des droits fondamentaux, elle pourrait aussi trouver son fondement, et donc un facteur déclenchant, dans la préservation de la diversité des approches des États membres sur un enjeu donné. Ainsi la Cour pourrait refuser de préserver une telle diversité dès lors qu'il existe une réglementation européenne, une législation procédant à une harmonisation, qui rendrait alors l'objet même de la marge inopérant puisque la question fait l'objet d'une homogénéisation non pas judiciaire, mais politique. Il n'y aurait donc pas lieu d'accorder une marge en matière d'interprétation du droit dérivé européen portant sur la protection des droits et libertés. Et en

³⁰⁵⁷ CJCE, 1er avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, aff. C 267/06, *Rec. 2008*, p. I-01757.

³⁰⁵⁸ CJUE, 10 mai 2011, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-147/08, *Rec. 2011*, p. I-03591.

³⁰⁵⁹ § 42 et s., *Léger*, préc.

³⁰⁶⁰ Voir l'argumentation critique très convaincante développée par : É. DUBOUT, « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *JCP G*, n° 25, 22 Juin 2015, 737. L'argument de la spécificité nationale fondée sur des données statistiques est particulièrement malvenue en l'espèce puisqu'il défavorise un groupe minoritaire sur le fondement d'un préjugé et de manière disproportionnée par rapport à l'objectif de santé publique.

³⁰⁶¹ En ce sens C. NIVARD, « Marge nationale d'appréciation et pluralisme », préc., p. 173.

dehors de la présence d'une norme européenne, la Cour pourrait examiner s'il existe un consensus ou au contraire des particularismes nationaux sur la question. Séduisantes de prime abord, il n'est pas certain que ces deux lignes directrices soient systématiquement suivies par le juge européen.

- 1591 En ce qui concerne les droits et libertés issus du droit dérivé, on a pu constater une véritable fermeté de la Cour de justice. C'est le cas dans l'affaire *Römer*, où la directive a clairement été interprétée comme s'opposant à toute discrimination directe en raison de l'orientation sexuelle par le droit national qui, tout en réservant le mariage aux personnes de sexes différents, accorde une pension de retraite plus importante au prestataire marié plutôt qu'au prestataire lié par un partenariat de vie, quant à lui réservé aux personnes de même sexe³⁰⁶². Ici, l'argument des autorités allemandes fondé sur la protection du mariage par la *Loi fondamentale*, qui demandait selon elles à être conciliée avec l'égalité de traitement³⁰⁶³, n'a trouvé aucun écho dans la décision de la Cour³⁰⁶⁴.
- 1592 On retrouve des approches comparables en matière de discrimination selon l'âge dans la célèbre affaire *Mangold*³⁰⁶⁵, en matière de privation de liberté des ressortissants des pays tiers à l'Union³⁰⁶⁶ ou de définition de l'embryon humain³⁰⁶⁷. Enfin dans l'affaire *Scarlet Extended* la

³⁰⁶² § 52, *Römer*, préc.

³⁰⁶³ § 28, *ibid.* Le juge allemand demandait ainsi à la Cour s'il fallait accorder de l'importance au fait, que « le mariage et la famille sont placés sous la protection spéciale de l'État » (ce qui a valeur constitutionnelle) et si cet objectif du droit interne pouvait justifier la discrimination, primer sur elle ou devait être concilier avec le principe communautaire de l'égalité de traitement et comment.

³⁰⁶⁴ Elle n'y répond sans doute pas parce que, comme l'explique Laurent Pech, la réponse était évidente : « This might be because the answer to that question is as obvious as it may be politically inconvenient: Directive 2000/78 does not offer any specific defence allowing Member States to justify direct discrimination on that basis » L. PECH, « Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in *Römer* and *Dominguez* », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1841-1880, spéc. p. 1848.

³⁰⁶⁵ *Mangold*, préc.

³⁰⁶⁶ CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, aff. C-61/11 PPU, *Rec. 2011*, p. I-3015., § 62 : Ainsi « la directive 2008/115, notamment ses articles 15 et 16, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation d'un État membre, telle que celle en cause dans l'affaire au principal, qui prévoit l'infliction d'une peine d'emprisonnement à un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier pour le seul motif que celui-ci demeure, en violation d'un ordre de quitter le territoire de cet État dans un délai déterminé, sur ledit territoire sans motif justifié ».

³⁰⁶⁷ CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle contre Greenpeace eV*, aff. C-34/10, *Rec. 2011*, p. I-09821. On a pu estimer à cet égard que « the Court decided to adopt the highest moral standard in its interpretation of the directive on biotechnology. It is true that, in doing so, the Court probably wanted to demonstrate its responsiveness to the ethical sensitivity of the issue. However, by giving a uniform definition of the concept of the human embryo, the Court also shows its indifference to the divergent conceptions held in the Member States » : L. AZOULAI, « The European Court of Justice and the Duty to Respect Sensitive National Interests » dans M. DAWSON, B. DE WITTE et E. MUIR, dir., *Judicial activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 167-187, p. 187.

Cour a jugé contraire aux directives européennes interprétées au regard des exigences de protection des droits fondamentaux l'injonction faite à un fournisseur d'accès internet de mettre en place un système de filtrage des communications électroniques afin d'empêcher l'échange des fichiers portant atteinte aux droits d'auteur. Elle n'a ce faisant laissé aucune marge de manœuvre aux autorités étatiques et procédé elle-même à la conciliation des droits fondamentaux en jeu en l'espèce (à savoir entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part)³⁰⁶⁸. Cette approche pouvait toutefois surprendre dans la mesure où dans cette décision, la Cour se situe dans la lignée de ce qu'elle avait décidé dans l'affaire *Promusicae* dans laquelle elle avait affirmé que cette mise en équilibre incombait aux autorités et juridictions nationales³⁰⁶⁹.

1593 Or précisément, l'affaire *Promusicae* constitue un cas dans lequel en dépit de la présence d'une norme de droit dérivé, la latitude laissée à l'État dans le cadre du contrôle de proportionnalité a été au contraire des affaires précédentes, très grande, sans aucun critère³⁰⁷⁰. On a même pu dire que la Cour avait renoncé à contrôler *in concreto* la proportionnalité³⁰⁷¹ et même « exporté » la conciliation des droits fondamentaux en direction du juge national³⁰⁷². Difficile de dire si cette jurisprudence constitue une anomalie, si la Cour a entretemps décidé de contrôler avec plus de fermeté les droits fondamentaux mobilisés par rapport au droit dérivé, ou si elle ne sanctionne que les déséquilibres manifestes comme dans *Scarlet Extended*³⁰⁷³.

1594 Quoi qu'il en soit, en dehors des cas où le droit dérivé était mobilisé, la Cour a à plusieurs reprises porté son attention sur l'existence de particularismes nationaux pour ensuite procéder à un contrôle déférent. L'existence d'une « tradition constitutionnelle non commune »³⁰⁷⁴ était un

³⁰⁶⁸ § 47 et s., CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, aff. C-70/10, *Rec. 2011*, p. I-11959.

³⁰⁶⁹ § 45 et 46, *ibid.*

³⁰⁷⁰ § 70, CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06, *Rec.*, p. I-279.

³⁰⁷¹ J. MALENOVSKY, « Improvisation et routine dans la conciliation », *préc.*, p. 277.

³⁰⁷² D. SZYMCZAK, « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen », *préc.*, p. 453.

³⁰⁷³ En ce sens L. F. M. BESSELINK, « General Report - The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon. The Interaction Between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94> p. 23.

³⁰⁷⁴ N. N. SHUIBHNE, « Margins of Appreciation », *préc.*, p. 240. On a aussi pu parler de « Heteromorphous Rights » pour caractériser des droits fondamentaux protégés uniquement dans certains ordres juridiques : C.

argument implicite dans *Omega*, alors que dans *Dynamic* et *McB*, la Cour a beaucoup plus explicitement mis l'accent sur la diversité juridique existante parmi les États sur l'enjeu en cause (respectivement la protection des mineurs et la responsabilité parentale)³⁰⁷⁵. Suffit-il dès lors que les autorités nationales invoquent une divergence de conceptions juridiques au sein de l'espace européen pour exiger de la Cour une attitude déférente ? Une telle affirmation n'est pas corroborée par la jurisprudence et s'expose à la critique. En effet, l'argument reviendrait à nier *in fine* l'utilité d'un contrôle supranational des droits et libertés. Ce dernier devrait alors se contenter de contrôler efficacement les droits les plus consensuels et ne pourrait exiger d'aller au-delà du « plus petit dénominateur commun », ce que la Cour a maintes fois refusé de faire. Sur le plan logique, il est ainsi assez contestable de constater la disparité des solutions nationales pour justifier le maintien de cette disparité³⁰⁷⁶.

- 1595 Une autre voie serait alors de justifier l'octroi de la marge nationale d'appréciation non pas au nom de la simple divergence, mais au nom de la protection de l'identité nationale ou de l'identité constitutionnelle des États³⁰⁷⁷. Outre le particularisme de la conception nationale, les autorités nationales devraient démontrer que celle-ci participe à faire de l'ordre juridique étatique ce qu'il est intrinsèquement, qu'elle est une valeur essentielle le structurant. Autrement dit, pour obtenir une marge d'appréciation elles devraient apporter la preuve que « la mesure mise en cause vise à protéger une valeur ou un intérêt qui est non seulement d'une importance capitale dans l'État concerné, mais qui en outre contribue à définir et structurer la nation qu'abrite cet État et à la distinguer des autres nations européennes »³⁰⁷⁸. Or ce facteur de l'identité constitutionnelle dans le déclenchement d'un contrôle de proportionnalité indulgent a fait l'objet d'une reconnaissance jurisprudentielle implicite et explicite. Il peut en outre trouver son fondement dans le droit

KOMBOS, « Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity », *EPL*, vol. 12, 2006, pp. 433-460, spéc. p. 450 et s.

³⁰⁷⁵ Voir supra § 1588.

³⁰⁷⁶ Cela relève en effet de la tautologie : A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation », préc., p. 7.

³⁰⁷⁷ Nous prendrons ici ces deux expressions pour équivalentes bien que les deux puissent faire l'objet d'une distinction (voir par exemple S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle" », *RFDC*, vol. 91, 2012, pp. 13-44.) L'identité nationale est en effet l'expression favorisée dans le cadre du droit de l'Union européenne, mais elle tend toutefois à être de plus en plus assimilée avec l'identité constitutionnelle dans le langage de l'Union (tant dans le *Traité de Lisbonne* que dans celui de la Cour, par exemple par l'Avocat général dans ses conclusions présentées le 8 octobre 2008 dans l'affaire CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07).

³⁰⁷⁸ A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation », préc., p. 8.

primaire qui comporte une clause de respect de l'identité nationale³⁰⁷⁹, même si elle n'est pas nécessairement citée par la Cour lorsqu'elle recourt à ce critère.

1596 En effet depuis Maastricht le traité stipulait que « l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres », la clause étant dépourvue de justiciabilité elle servait un but plus politique³⁰⁸⁰ et d'ailleurs la Cour n'en avait pas véritablement fait usage³⁰⁸¹. Ainsi dans une affaire de 1996³⁰⁸², était contestée la législation nationale, appuyée par la Constitution, exigeant la nationalité luxembourgeoise pour accéder aux emplois publics, d'enseignement en particulier. Si la Cour avait pu admettre que la préservation de l'identité nationale du Luxembourg « dans une situation démographique aussi spécifique »³⁰⁸³ puisse être un objectif légitime pouvant justifier une restriction aux libertés du marché intérieur, elle n'en tint pas compte dans le contrôle de proportionnalité. Elle estima au contraire que « la sauvegarde de l'identité nationale ne saurait justifier l'exclusion des ressortissants des autres États membres de l'ensemble des emplois d'un secteur (...) », et que la disposition constitutionnelle sur laquelle elle s'appuie n'avait pas d'incidence à cet égard³⁰⁸⁴.

1597 Depuis Lisbonne, la disposition sur l'identité nationale se trouve dans l'article 4 (2) du TUE et se lit comme suit : « L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale »³⁰⁸⁵. Du point de vue textuel, on notera désormais le lien explicite de cette identité avec les institutions politiques et constitutionnelles, ce qui permettrait de faire de l'identité nationale pas tant un critère culturel,

³⁰⁷⁹ Pour une analyse textuelle voir F.-X. MILLET, « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des États membres dans les traités sur l'Union européenne », *RAE-LEA*, vol. 2, 2013, pp. 329-343.

³⁰⁸⁰ M. CLAES, « Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway? » dans M. CLAES, et al., dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 205-233, p. 216 et s.

³⁰⁸¹ O. DUBOS, « Inconciliable Primauté. L'identité nationale Sonderweg et Self-Restraint au service du pouvoir des juges? » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 429-443, p. 433.

³⁰⁸² CJCE, 2 juillet 1996, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec. 1996*, p. I-03207.

³⁰⁸³ § 35. Le Luxembourg avait en effet argumenté que « la nationalité luxembourgeoise des enseignants est nécessaire pour assurer la transmission des valeurs traditionnelles et constitue donc, eu égard à la superficie de cet État et à sa situation démographique spécifique » § 32, *ibid.*.

³⁰⁸⁴ § 36, 37 et 38, *ibid.* Voir aussi : CJUE, 24 mai 2011, *Commission européenne contre Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-51/08, *Rec. 2011*, p. I-04231.

³⁰⁸⁵ Article 4 (2) TUE. Elle poursuit : « Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ».

historique ou linguistique qu'une notion s'attachant au contenu des ordres constitutionnels internes³⁰⁸⁶. Elle a aussi pu être interprétée comme une notion à double portée : préserver d'une part l'État en tant que structure juridique dont la diversité des modèles est reconnue au sein de l'Union, d'autre part garantir d'un point de vue matériel l'identité constitutionnelle nationale à travers la reconnaissance de certaines valeurs proprement nationales³⁰⁸⁷.

- 1598 Bien que désormais soumise à l'interprétation de la Cour de justice, celle-ci a fait un usage explicite limité de cette clause³⁰⁸⁸, tout comme du préambule de la *Charte* qui fait également référence à cette notion, qui, à notre connaissance, n'a jamais fait l'objet d'une interprétation expresse de la part de la Cour de Luxembourg. Le préambule de la *Charte* précise en effet que :

« *L'Union contribue à la préservation et au développement de ces valeurs communes dans le respect de la diversité des cultures et des traditions des peuples d'Europe, ainsi que de l'identité nationale des États membres et de l'organisation de leurs pouvoirs publics aux niveaux national, régional et local* ».

- 1599 La question du respect de l'identité constitutionnelle des États a toutefois trouvé un écho certain dans sa jurisprudence.
- 1600 On a pu ainsi voir dans *Omega* une reconnaissance implicite³⁰⁸⁹ de l'identité constitutionnelle allemande dans laquelle la dignité humaine trouve une place propre et fondatrice. L'affaire sur Gibraltar portant sur les élections européennes³⁰⁹⁰ démontrait également une « prégnance de la valorisation des identités nationales »³⁰⁹¹ qui était mise en avant par le Royaume-Uni quant à ses spécificités électorales.

³⁰⁸⁶ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *CML Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1454, spéc. p. 1427. On a pu toutefois estimer que la clause de l'identité nationale avait plutôt servi à la défense de l'identité culturelle, notamment dans *Commission c. Luxembourg*, préc., voir : J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne » dans J.-C. MASCLET, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 145-154, p. 152.

³⁰⁸⁷ Sur ce double aspect, voir A. LEVADE, « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable » dans J.-C. MASCLET, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 110.128.

³⁰⁸⁸ En ce sens : M. CLAES, « Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway? », préc., p. 226 ; A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1422.

³⁰⁸⁹ Voir notamment : F. J. MENA PARRAS, « Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux », préc., p. 11 ; J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle », préc., p. 148.

³⁰⁹⁰ *Espagne c. Royaume-Uni*, préc.

³⁰⁹¹ L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité de l'Union européenne au coeur d'une controverse territoriale tricentenaire », préc., p. 10.

- 1601 En outre, les avocats généraux ont pu recourir à cette notion de manière expresse, dans des affaires ne relevant pas nécessairement du contentieux des droits et libertés³⁰⁹². L'opinion la plus célèbre à cet égard est sans doute celle de l'Avocat général dans *Michaniki*³⁰⁹³, dans laquelle il estima que le « respect de l'identité constitutionnelle des États membres constitue pour l'Union européenne un devoir » tout en se référant aux clauses des traités portant sur l'identité nationale³⁰⁹⁴. Ceci impliquerait non seulement que l'État membre puisse « revendiquer la préservation de son identité nationale pour justifier une dérogation à l'application des libertés fondamentales de circulation » comme dans l'affaire luxembourgeoise. Ou bien, comme dans *Omega*, où cette fois-ci la Cour a en plus reconnu à l'État « une grande liberté pour en déterminer le contenu et la portée selon la conception qu'il se faisait de la protection due à ce droit fondamental sur son territoire, compte tenu des spécificités nationales »³⁰⁹⁵. L'Avocat général explique ensuite que ce « respect dû à l'identité constitutionnelle des États membres ne saurait être compris comme une déférence absolue à l'égard de toutes les règles constitutionnelles nationales »³⁰⁹⁶. Il semble au contraire lier l'identité constitutionnelle avec la marge d'appréciation nationale telle qu'elle intervient au niveau de la mise en balance³⁰⁹⁷.
- 1602 En effet lorsqu'il se penche sur son cas d'espèce il estime que la règle constitutionnelle interne doit être prise en considération « dans la mesure où elles relèvent de la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour garantir le respect » du droit communautaire en cause (en l'espèce l'égalité de traitement en matière de passation de marchés publics) et permet d'identifier le contexte national dans lequel ce principe s'applique³⁰⁹⁸. Il poursuit en précisant qu'une marge d'appréciation doit être octroyée à l'État dans la détermination du principe de proportionnalité et qu'à cet égard, conformément à la jurisprudence *Omega*, la « nécessité et la proportionnalité du

³⁰⁹² Voir notamment : J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle », préc., p. 146 et s ; M. CLAES, « Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway? », préc., p. 227 et s.

³⁰⁹³ CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE c. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec. 2008*, p. I-09999.

³⁰⁹⁴ § 31, *ibid.*

³⁰⁹⁵ § 32, *ibid.*

³⁰⁹⁶ § 33, *ibid.*

³⁰⁹⁷ En ce sens J.-D. MOUTON, « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle », préc., p. 150 et s.

³⁰⁹⁸ « La règle constitutionnelle nationale est donc pertinente, en l'espèce, pour identifier le contexte national dans lequel le principe d'égalité de traitement entre candidats à un marché public doit s'appliquer, pour déterminer, dans ce contexte, quels sont les risques de conflit d'intérêts et, enfin, pour évaluer l'importance à accorder, dans l'ordre juridique national, à la prévention de ces conflits d'intérêts et, donc, le niveau normatif auquel elle doit intervenir », § 33 des conclusions *Michaniki*, préc.

dispositif retenu ne sauraient donc être exclues, au seul motif que ledit dispositif n'aurait pas été adopté par les autres États membres ». Cette liberté d'appréciation accordée à l'État demeure toutefois limitée puisque soumise au contrôle du juge communautaire qui en apprécie au final le contour³⁰⁹⁹.

1603 Si dans *Michaniki*, la Cour de justice sembla sensible au raisonnement de l'Avocat général, et octroya bien une marge d'appréciation³¹⁰⁰ dont les effets demeureront fort limités au stade de son contrôle de proportionnalité³¹⁰¹, elle ne reprit pas la notion d'identité constitutionnelle dans sa décision. Elle utilisa plus tard cette notion dans plusieurs affaires, sans utiliser nécessairement de fondement textuel.

1604 La consécration jurisprudentielle de l'identité nationale viendra après l'entrée en vigueur du *Traité de Lisbonne* dans l'affaire *Sayn*³¹⁰². Dans cette affaire, la requérante de nationalité autrichienne et résidant en Allemagne invoquait une atteinte à la liberté de circulation en raison de la différence quant à son nom de famille entre ses deux États. Car si en Allemagne on lui avait reconnu son nom avec les titres nobiliaires (« *Fürstin von* »), le droit constitutionnel autrichien lui n'autorise pas ses citoyens à porter des titres de noblesse y compris d'origine étrangère comme en l'espèce³¹⁰³. Il s'agissait donc de savoir si cette règle liée à l'identité constitutionnelle républicaine de l'Autriche et à sa conception du principe d'égalité pouvait constituer une justification à la restriction apportée aux inconvénients générés par la requérante dans son exercice de la libre circulation³¹⁰⁴. La Cour estima que s'il y avait bien une restriction³¹⁰⁵, elle

³⁰⁹⁹ § 34 et 35, *ibid*, en l'espèce il estime que la disposition grecque constitutionnelle n'est pas conforme au principe de proportionnalité.

³¹⁰⁰ Elle estime que « ainsi que l'a relevé M. l'Avocat général au point 30 de ses conclusions, il convient de reconnaître aux États membres une certaine marge d'appréciation aux fins de l'adoption de mesures destinées à garantir les principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence » § 55 puis que « Chaque État membre est, en effet, le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres (...), les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ces principes » § 56, *Michaniki*, préc.

³¹⁰¹ § 61 et s., *ibid*.

³¹⁰² CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec. 2010*, p. 13693.

³¹⁰³ voir § 25 et § 74 et 75, *ibid*.

³¹⁰⁴ Sur la question des « sérieux inconvénients » voir H. VAN EIJKEN, « Comment on Case C-391/09, *Malgozata Runevic-Vardyn and Lukasz Pawel Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybes administracija and Others* », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 809-826.

³¹⁰⁵ Elle estime qu'il existe une restriction à la liberté de circulation et de séjour des citoyens de l'Union en l'espèce même si les inconvénients sont moins importants que dans les jurisprudences antérieures (§ 70 et 71, *Sayn-Wittgenstein*, préc.). Elle précise au préalable que « le nom d'une personne est un élément constitutif de son identité et de sa vie privée, dont la protection est consacrée par l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

s'avérait justifier au nom de l'identité nationale autrichienne. L'interdiction et l'absence de reconnaissance des éléments nobiliaires n'étaient pas disproportionnées, dans la mesure où les autorités nationales disposaient d'une marge d'appréciation, elles n'étaient pas « allées au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la réalisation de l'objectif constitutionnel fondamental qu'elles poursuivent »³¹⁰⁶.

- 1605 Le raisonnement est très similaire à celui opéré dans *Omega*, précédent sur lequel la Cour s'appuie d'ailleurs dans *Sayn*. Il s'agissait ici aussi de reconnaître qu'une conception nationale minoritaire au sein des États membres, portant cette fois-ci sur une mise en œuvre spécifique du principe d'égalité (dont la loi sur l'abolition de la noblesse est une manifestation³¹⁰⁷), pouvait non seulement servir de justification à la restriction d'une liberté fondamentale, mais commandait une marge d'appréciation nationale qui au terme du contrôle de proportionnalité laisse perdurer cette spécificité nationale. Sauf que cette fois, pour procéder à la mise en balance, la Cour s'appuie explicitement sur « le contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité nationale », d'autant que le droit primaire protège cette identité nationale « dont fait aussi partie la forme républicaine de l'État »³¹⁰⁸. La Cour refuse d'une part que la conception nationale minoritaire d'un droit fondamental ou de « l'intérêt légitime mis en cause » entache la mesure restrictive d'un défaut de proportionnalité³¹⁰⁹. Elle va d'autre part plus loin en semblant faire de l'identité nationale ou constitutionnelle, c'est-à-dire de cette conception spécifique, un but légitime dont la protection doit être appréciée de manière contextuelle, au niveau national donc, et avec une certaine déférence à l'égard de ce choix propre à l'État autrichien. La Cour précise toutefois que cette conception nationale était parfaitement recevable en droit de l'Union qui assure également le principe d'égalité, ce qui la rendait compatible avec le droit européen, et d'autre part que le contrôle de proportionnalité demeure de son ressort³¹¹⁰. *Sayn* constitue un autre exemple de transvaluation³¹¹¹ ou de traduction des

fondamentales. Même si l'article 8 de cette convention ne le mentionne pas explicitement, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille » §52, même si elle ne semble pas par la suite tirer de conséquences juridiques de ce constat liminaire.

³¹⁰⁶ § 93, *ibid.*

³¹⁰⁷ § 88, *ibid.*

³¹⁰⁸ § 83 et 92, *ibid.*

³¹⁰⁹ § 91, *ibid.*

³¹¹⁰ § 89 et § 90, *ibid.*

³¹¹¹ L. AZOULAI, « The European Court of Justice and the Duty to Respect Sensitive National Interests », préc., p. 180.

arguments constitutionnels dans la langue de l'Union³¹¹² dont la Cour assure ensuite la mise en balance dont elle détermine discrétionnairement l'intensité, ici très faible³¹¹³. Ce faisant, la Cour est donc « loin du rôle brutalement unificateur qu'on lui reproche si souvent », bien qu'on puisse estimer que « la réaction nationale est d'autant plus facilement acceptée que la question de fond sous-jacente est considérée comme de faibles importances » puisqu'il s'agissait d'un élément périphérique du statut personnel³¹¹⁴.

1606 S'agissant précisément d'une affaire portant également sur les éléments du statut personnel, on a souvent vu dans l'affaire *Runevič-Vardyn*³¹¹⁵ une continuité avec l'affaire *Sayn*³¹¹⁶. Il s'agissait cette fois-ci de savoir si le refus de modification du nom de famille polonais de « Wardyn » en « Vardyn » par les autorités lituaniennes pouvait se justifier par « la protection légitime par l'État membre concerné de sa langue officielle nationale et de ses traditions » qui impose des règles de graphie stricte³¹¹⁷. C'était toujours la restriction à la liberté de circulation des personnes qui était en cause d'autant que le droit fondamental de l'individu au respect de son identité et de sa vie privée, dont le nom de famille fait partie, venait au renfort de la liberté fondamentale³¹¹⁸. À nouveau, les autorités nationales faisaient valoir l'argument de l'identité nationale comme formant un objectif légitime de limitation dans la mesure où « la langue lituanienne constitue une valeur constitutionnelle qui préserve l'identité de la nation, contribue à l'intégration des citoyens, assure l'expression de la souveraineté nationale, l'indivisibilité de l'État, ainsi que le bon fonctionnement des services de l'État et des collectivités territoriales »³¹¹⁹.

³¹¹² L. F. M. BESSELINK, « Respecting Constitutional Identity in the EU. Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010. », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 671-693, spéc. p. 681; C. VAN DE HEYNING, « The European Perspective: From Lingua Franca To a Common Language » dans M. CLAES, et al., dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 181-204, p. 200.

³¹¹³ On a pu ainsi noter que la Cour contrairement à ce qu'elle fait habituellement en matière de libertés fondamentales, elle ne procède pas à l'examen des moyens de rechange qui pourraient être moins restrictifs pour protéger l'objectif de l'égalité dans la République autrichienne : L. F. M. BESSELINK, « Respecting Constitutional Identity in the EU », préc., p. 683.

³¹¹⁴ É. PATAUT, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTDE*, vol. 3, 2011, pp. 571-576.

³¹¹⁵ CJUE, 12 mai 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres.*, aff. C-391/09, *Rec. 2011*, p. I-03787.

³¹¹⁶ É. PATAUT, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », préc.

³¹¹⁷ § 91, *Runevič-Vardyn*, préc.

³¹¹⁸ La Cour estime ainsi que « dans le cadre du droit de l'Union, l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des citoyens de l'Union afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité » § 90, *ibid.*

³¹¹⁹ § 84, *ibid.*

- 1607 Or, cette fois-ci l'État pouvait non seulement se fonder sur la protection d'une identité constitutionnelle nationale, mais aussi du respect de la diversité culturelle dont la langue fait assurément partie. La Cour accueillit ainsi favorablement l'argument en se fondant tant sur l'article 4(2) du TUE que sur l'article 22 de la *Charte des droits fondamentaux* assurant que « l'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ». Elle estima en effet que le refus des autorités lituaniennes pouvait dès lors poursuivre l'objectif légitime de protéger la langue officielle nationale, mais ne précisa ni le lien direct avec l'intensité du contrôle de proportionnalité qui devait suivre ni l'existence d'une marge d'appréciation explicite³¹²⁰. Elle se contenta de laisser au juge national le soin de procéder à la mise en équilibre entre les intérêts des requérants en matière de respect de la vie privée notamment et celui de la protection de la langue nationale³¹²¹. En dépit de l'apparente latitude laissée au juge interne, elle lui indiqua toutefois plusieurs éléments lui permettant de faire pencher la balance³¹²².
- 1608 Cela étant, la récente affaire *Anton Las*³¹²³ a pu montrer qu'en matière de protection de langue nationale, quand bien même protégée au niveau constitutionnel³¹²⁴, la Cour n'était prête à aucune

³¹²⁰ Elle explique laconiquement que la protection de la langue « peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec lesdits droits reconnus par le droit de l'Union » § 87, puis elle rappelle classiquement le critère de l'atteinte la moins restrictive, § 88, *ibid.*.

³¹²¹ § 91, *ibid.* « S'il est établi que le refus de modification du nom de famille commun au couple de citoyens de l'Union en cause au principal provoque de sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé à leur égard et/ou à l'égard de leur famille, il appartiendra à la juridiction de renvoi de déterminer si un tel refus respecte un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit des requérants au principal au respect de leur vie privée et familiale ainsi que, d'autre part, la protection légitime par l'État membre concerné de sa langue officielle nationale et de ses traditions ».

³¹²² Voir les § 92 et 93, *ibid.* Elle y note que le service d'état civil avait déjà pu transcrire le nom dans les règles de graphie polonaises et que « les noms de famille des ressortissants des autres États membres peuvent, en Lituanie, être transcrits en utilisant des lettres de l'alphabet latin qui n'existent pas dans l'alphabet lituanien ». Cela étant elle semble estimer que les désagréments ne sont pas suffisamment sérieux pour les requérants, ce qui plaiderait pour une validation du refus des autorités nationales. (Pour une opinion doctrinale estimant que la balance penchait ici en faveur de l'État : É. PATAUT, « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », préc.)

³¹²³ CJUE (G.C.), 16 avril 2013, *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, aff. C-202/11, *Rec. numérique*. Pour une affaire plus ancienne voir CJCE, 28 novembre 1989, *Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, aff. C 379/87, *Rec.* 1989, p. 3967.

³¹²⁴ Dans ses conclusions du 12 juillet 2012, l'Avocat général Jääskinen reconnut ainsi dans la lignée de l'affaire *Runevic-Vardyn* que l'identité nationale comprenait bien « les aspects linguistiques de l'ordre constitutionnel d'un État membre, qui définissent notamment la langue officielle ou les diverses langues officielles de l'État ainsi que, le cas échéant, les subdivisions territoriales dans lesquelles ces dernières sont en usage » tout en la distinguant du concept de diversité linguistique : le premier concernant « les choix faits quant aux langues usitées au niveau national voire régional » et le second portant sur le « le multilinguisme existant au niveau de l'Union » (§ 59). Il estima ce faisant que « les règles du droit de l'Union relatives au respect de l'identité nationale des États membres » comprenait « dans le cas du Royaume de Belgique (...) incontestablement sa division de source constitutionnelle en communautés linguistiques » § 60. Pour une critique de cette distinction, voir : E. CLOOTS, « Respecting Linguistic Identity within the EU's Internal Market: Las », *CML Rev.*, vol. 51, 2014, pp. 623-645, spéc. p. 638 et s.

déférence systématique. Elle a en effet mis en œuvre un contrôle de proportionnalité très poussé pour conclure que la législation belge prévoyant la langue néerlandaise comme unique langue de rédaction des contrats de travail dans cette communauté linguistique portait atteinte à la liberté de circulation des travailleurs. Ici les articles de protection de l'identité nationale d'une part et de la diversité culturelle et linguistique d'autre part n'ont servi qu'à la reconnaissance de la légitimité de l'objectif poursuivi sans qu'aucune marge d'appréciation ne soit laissée aux autorités nationales, ici des entités fédérées³¹²⁵. S'il est vrai que l'application de la législation dans le domaine des relations privées a pu être un facteur déterminant dans la sévérité de la Cour, la différence d'intensité dans le contrôle de proportionnalité avec les affaires précédentes reste néanmoins frappante, sans grande justification de la part de la Cour³¹²⁶.

1609 Finalement, l'argument de l'identité nationale ou constitutionnelle est loin d'être une panacée à la préservation de la diversité juridique. L'argument demande en effet une certaine exigence qui va au-delà de la simple protection constitutionnelle nationale³¹²⁷ ou l'existence de spécificité³¹²⁸, et n'entraîne pas systématiquement une déférence prétorienne lorsqu'il est accepté par le juge européen. L'identité constitutionnelle apparaît en effet peu efficace lorsqu'elle est appréhendée

³¹²⁵ La Cour estime en effet qu'il existait des moyens moins restrictifs pour atteindre cet objectif : « une réglementation d'un État membre, qui non seulement imposerait l'utilisation de la langue officielle de celui-ci pour les contrats de travail à caractère transfrontalier, mais qui permettrait en outre d'établir une version faisant foi de tels contrats également dans une langue connue de toutes les parties concernées serait moins attentatoire à la liberté de circulation des travailleurs que la réglementation en cause au principal tout en étant propre à garantir les objectifs poursuivis par ladite réglementation », § 32, *Anton Las*, préc. L'Avocat général avait abouti à la même conclusion : « Si la défense et la promotion d'une langue officielle sont des objectifs licites en tant que tels, les moyens utilisés à cette fin doivent rester en adéquation par rapport à ces objectifs et non excéder ce que ces derniers nécessitent. Or, le fait qu'une mesure nationale ou régionale cherche à imposer un monolinguisme exclusif, impliquant que les langues des autres États membres ne puissent aucunement être utilisées à titre alternatif dans un domaine donné, ne me paraît pas légitime au regard des principes du droit de l'Union » § 64 des conclusions.

³¹²⁶ En ce sens E. CLOOTS, « Respecting Linguistic Identity within the EU's Internal Market : Las », préc., p. 634 et s. et 640 et s.

³¹²⁷ Ainsi l'Avocat général Nils a pu se montrer sceptique sur l'argument des autorités italiennes qui s'appuyait sur la disposition constitutionnelle prévoyant « qu'un examen d'État est institué [...] pour l'obtention des titres d'aptitude professionnelle » pour refuser l'admission de ressortissants italiens diplômés à l'étranger pour exercer en Italie la profession d'avocat, car il doute que « l'inscription au barreau des ressortissants de l'Union qui ont obtenu un titre professionnel dans un autre État membre représenterait une telle menace pour l'ordre juridique italien qu'elle devrait être considérée comme compromettant l'identité nationale italienne » § 99. Il estime ainsi que « le simple fait qu'une disposition de la constitution italienne prévoit qu'un examen d'État doit être passé avant d'être autorisé à exercer en tant qu'avocat ne signifie pas que la directive 98/5 mette en cause l'identité nationale italienne au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE », § 101, des conclusions du 10 avril 2014, et dans le même sens voir le § 58 de l'arrêt : CJUE (G.C.), 17 juillet 2014, *Angelo Alberto Torresi*, aff. jtes C-58/13 et C-59/13, *non encore publié*.

³¹²⁸ Voir aussi l'affaire *Michaniki*, préc., dans laquelle la Cour n'a pas pris en compte la spécificité constitutionnelle grecque, sans doute parce qu'elle estimait que la disposition n'était pas de nature à affecter le cœur de l'ordre constitutionnel grec et donc son identité constitutionnelle. En ce sens : L. F. M. BESSELINK, « Respecting Constitutional Identity in the EU », préc., p. 688.

par la Cour comme un simple objectif légitime que la Cour pourrait aisément contrecarrer ensuite dans son raisonnement. Elle ne saurait de toute façon remettre en question le contrôle européen ou permettre une exemption pure et simple aux principes de l'Union³¹²⁹. L'identité constitutionnelle mobilisée par la Cour de justice est en effet nécessairement un outil d'autolimitation (de « *self restraint* ») du pouvoir prétorien qui joue en faveur du respect de certains particularismes nationaux constitutionnels et fondateurs, mais toujours dans le cadre du droit de l'Union et donc pleinement maîtrisé par la Cour de justice³¹³⁰.

- 1610 Utilisée au stade de la mise en balance et du contrôle de proportionnalité³¹³¹, elle requiert toutefois au minimum une approche contextualisée justifiée par une valeur ou un principe constitutionnel national spécifique, et impliquerait alors une sensibilité prétorienne à la compréhension spécifique à un État membre de l'environnement normatif³¹³², mais aucune obligation de résultat quant à la sauvegarde de spécificités nationales mêmes constitutionnelles³¹³³.
- 1611 Cette approche peut ainsi parfois justifier que la Cour abaisse ses exigences dans le cadre du contrôle de proportionnalité qu'elle effectue elle-même (comme dans *Sayn*), voire qu'elle confie au juge national ce contrôle en le guidant avec certains critères (comme dans *Runevic-Vardy*).
- 1612 Pour conclure, la Cour de justice de l'Union européenne dispose de véritables techniques jurisprudentielles pour éviter l'uniformisation, techniques relevant implicitement ou explicitement de la marge d'appréciation nationale et allant de l'appréciation *in concreto* à la déférence vis-à-vis d'une justification nationale fondée de la préservation d'une identité constitutionnelle nationale, d'un particularisme ou d'une conciliation délicate. L'analyse des différentes affaires tend toutefois à montrer qu'elle n'est pas prête à en faire un usage

³¹²⁹ Sur cette question, voir notamment A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1430 et s. et 1441 et s.

³¹³⁰ En ce sens : O. DUBOS, « Inconciliable Primauté », préc., p. 435 à 437.

³¹³¹ Notons en effet qu'elle ne constitue pas une justification indépendante des restrictions aux libertés fondamentales, mais « nourrit le test de proportionnalité » : A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1442. Voir aussi F. J. MENA PARRAS, « Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux », préc., p. 22.

³¹³² L. AZOULAI, « The European Court of Justice and the Duty to Respect Sensitive National Interests », préc. L'auteur poursuit « National authorities are allowed various interpretations according to the specific contexts in which these norms operate and taking into account the specific moral choices underpinning the national systems of regulation », p. 182.

³¹³³ Ce qui, on le répète, est pleinement conforme à la jurisprudence fondatrice de la Cour : CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11/70, *Rec. 1970*, p. 1128.

automatique, en particulier semble-t-il lorsqu'il existe une législation européenne, et selon des critères qui s'avèrent encore flous ou indécis.

Conclusion du chapitre 2

- 1613 Les limites prétoriennes à la mise en œuvre verticale des droits et libertés dans chacun des plurijuridismes existent bel et bien, mais peinent à convaincre qu'elles freinent véritablement l'uniformisation.
- 1614 S'agissant en premier lieu de la détermination des atteintes aux droits et libertés, les interprétations substantielles des deux Cours ne font qu'éviter une hégémonie normative qui saperait le fondement même du plurijuridisme en estimant, pour faire simple, que la diversité juridique pourrait en soi constituer une atteinte à un droit. La portée de cette limite est donc très faible puisqu'elle n'empêche pas les juges de sanctionner toutes les autres formes de violations des droits et libertés formant l'essentiel du processus d'uniformisation des valeurs.
- 1615 C'est pourquoi la seconde étape du raisonnement, l'examen de la justification de l'atteinte, est prépondérante dans l'évaluation de l'homogénéisation et pourrait en constituer une authentique restriction si elle tenait compte des particularismes des autonomies normatives englobées. Or à cet égard, on remarquera une différence assez marquée entre la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne. La première est en effet beaucoup moins sensible aux spécificités et aux contextes propres des autonomies normatives dans lesquelles les mesures contestées prennent naissance. S'agissant des provinces, elle est ainsi tombée à plusieurs reprises dans un travers uniformisateur qui est de considérer que le caractère isolé d'une mesure provinciale au Canada participe à en faire une action déraisonnable au sens de la clause limitative. Concernant les peuples autochtones du Canada, on n'a pas pu constater une telle propension en raison du peu de jurisprudence à étudier. On pourrait toutefois s'attendre à une plus grande sollicitude de la Cour vis-à-vis des spécificités autochtones, notamment parce qu'une clause constitutionnelle spécifique permet d'attirer son attention sur la nécessité de les prendre en considération.
- 1616 La Cour de justice a quant à elle refusé expressément de faire des particularismes étatiques un argument allant dans le sens du caractère déraisonnable, ce qui est une attitude beaucoup plus respectueuse de la pluralité juridique. Elle a au contraire fait preuve dans certaines de ses

jurisprudences d'une réelle vigilance pour préserver une latitude aux États quant à la justification des atteintes. Ceci d'autant plus que sa place particulière au sein de l'architecture juridictionnelle lui permet de se défaire sur les juges internes, possibilité que n'a pas la Cour suprême du Canada. On peut dès lors observer des attitudes diamétralement opposées : la Cour suprême du Canada pouvant aller jusqu'à refuser une analyse contextuelle à l'échelle de la province alors que la Cour de justice européenne à l'inverse peut parfois totalement laisser l'appréciation contextuelle au juge national.

- 1617 On a cependant pu trouver des attitudes déferentes à l'égard des autonomies normatives dans la jurisprudence canadienne, mais de manière beaucoup plus sporadique. L'absence de clauses interprétatives spécifiques aux provinces du Canada (et la non-adoption de celle qui aurait pu concerner le Québec exclusivement) pourrait expliquer ce manque de sollicitude. Préoccupation qu'elle ne pouvait pas ignorer s'agissant des peuples autochtones et que la Cour de justice européenne ne pouvait totalement méconnaître non plus vu les souhaits clairs des États constituants de préserver leur identité nationale exprimés dans les traités.
- 1618 Quoi qu'il en soit, lorsque les deux juges suprêmes étudiés ont entendu laisser, implicitement ou explicitement, une certaine marge d'appréciation aux autonomies normatives englobées, elles n'ont pas toujours convaincu. On leur reprochera avant tout le manque de cohérence jurisprudentielle, tant s'agissant des facteurs déclenchant l'octroi d'une telle marge que de leurs effets concrets. Ceci tend d'ailleurs à montrer qu'en s'abstenant de continger le déclenchement des marges laissées aux autonomies normatives englobées, les juges tendent avant tout à protéger leur propre latitude dans leur fonction de juger.
- 1619 D'une part, en ce qui concerne les fondements éventuels de la latitude accordée aux autonomies normatives, force est de constater la difficulté de les identifier exhaustivement et avec certitude. Il est en effet malaisé de déterminer si ce sont les enjeux sociaux ou sociétaux sensibles et complexes qui incitent le juge à la déférence ou si ce sont les choix particuliers des autonomies normatives et la disparité des solutions juridiques qui pourraient, surtout du côté européen, militer en faveur d'une marge. Cette distinction est d'autant plus nébuleuse que la pluralité normative sur un enjeu donné peut précisément s'expliquer par les difficultés à trouver un équilibre nécessairement délicat et fragile lorsque des intérêts divergents s'affrontent. Enfin, l'émergence d'un critère lié à la protection de l'identité nationale ou constitutionnelle des

autonomies normatives du côté de l'Union européenne semble prometteuse pour la préservation du pluralisme bien qu'il soit, semble-t-il, assez flou et circonscrit. Ce critère, introuvable en ce qui concerne les provinces canadiennes, peut en revanche être rapproché de l'impératif fixé par l'article 25 de la *Charte canadienne* qui a pu être interprété comme protégeant une identité culturelle des peuples autochtones, qui explique par exemple que les questions d'appartenance fassent l'objet d'une attitude déférente³¹³⁴.

1620 D'autre part, lorsque les particularismes des autonomies normatives sont considérés par le juge suprême comme pertinents au stade de la justification, les résultats peuvent en réalité être très variables. Si c'est seulement au stade de la légitimation de l'objectif poursuivi que la spécificité normative et sa préservation sont utilisées, le résultat quant à la prévention de l'uniformisation peut s'avérer quasi nul³¹³⁵. Ensuite la déférence accordée par les juges suprêmes au niveau de la proportionnalité *lato sensu*, peut-être plus ou moins forte. Elle peut ainsi se contenter d'une appréciation contextuelle c'est-à-dire d'une évaluation appréciée du point de vue de l'autonomie normative, à son échelle. Elle peut aussi aller plus loin : elle consiste alors non pas à ce que le juge suprême opère lui-même la mise en équilibre, contextualisée le cas échéant, mais qu'il laisse les autonomies normatives procéder elles-mêmes à cette mise en équilibre. Au lieu d'être « externe » à l'autonomie normative, puisqu'elle procède des juges suprêmes, elle est « interne » à celle-ci, le juge suprême l'acceptant de manière globale sans l'évaluer lui-même dans tous ses aspects. C'est l'hypothèse où la déférence est la plus grande. Elle a pu être préconisée en matière de lutte contre les discriminations au sein des gouvernements autochtones ou être utilisée parfois par la Cour de justice lorsqu'elle renonce à son contrôle de proportionnalité au profit soit des juges internes soit des autorités nationales.

1621 Bref, les jurisprudences canadiennes et européennes demeurent largement déficientes tant quant à la cohérence et la mise en ordre des limites à la logique verticale que dans leur capacité à véritablement freiner l'uniformisation. Elles entendent, semble-t-il, avant tout garder la maîtrise du processus interprétatif, ce qui démontre une continuité avec la logique verticale au sommet de laquelle elles entendent se situer. Certes, les Cours évitent l'homogénéisation massive, totalisante qui minerait le fondement même des plurijuridismes, mais on n'est pas non plus assuré qu'elles

³¹³⁴ L'identité culturelle des peuples autochtones pourrait en effet être définie par rapport à ce qui constitue la collectivité autochtone intrinsèquement ce qui en *constitue* le cœur et qui peut être protégé normativement par une norme se rapprochant au moins matériellement d'une *constitution*.

³¹³⁵ On rapprochera ainsi l'affaire canadienne *Ford*, préc., avec l'affaire européenne *Anton Las*, préc.

aient la volonté ou des moyens prévisibles et justifiés à même de sauvegarder la diversité juridique.

CONCLUSION DU TITRE I

- 1622 Au terme de cette première l'analyse de l'interprétation substantielle des protections plurielles des droits et libertés par la Cour suprême du Canada et la Cour de justice européenne, elle apparaît bel et bien de nature verticale et descendante. Les juridictions étudiées tendent en effet à raisonner de « haut en bas », en fonction de standards englobants, dont ils conservent la maîtrise du contenu, et qui ont une propension à absorber les standards englobés. Cette prédisposition des juges suprêmes à ordonner la pluralité des garanties individuelles fondamentales d'un point de vue hiérarchique se manifeste à l'évidence lorsqu'il s'agit de trancher un conflit clair entre les instruments de protection, mais aussi beaucoup plus largement dans la détermination du contenu des standards à mettre en œuvre.
- 1623 Il en découle une homogénéisation, même si elle peut être tempérée avec plus ou moins de vigueur par les juges suprêmes. Il faut alors nuancer l'ampleur de cette homogénéisation. D'abord parce que les conflits entre standards ne sont pas très fréquents, parce que leur alignement n'est pas systématique et parce que la définition des contenus des droits et libertés protégés évite de saper directement, par principe, la diversité juridique. Ensuite, si de manière générale l'interprétation substantielle des droits et libertés demande aux juges d'établir de subtils équilibres entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, en particulier au stade de la justification et du contrôle de proportionnalité, les juges prennent parfois conscience qu'il existe des intérêts collectifs distincts et qu'ils peuvent établir l'équilibre eux-mêmes (équilibre externe) ou par les autonomies normatives englobées (équilibre interne aux États de l'Union européenne, aux provinces ou aux groupes autochtones).
- 1624 La comparaison démontre ici que malgré des contraintes structurelles au départ fort dissemblables, les dynamiques d'homogénéisation sont similaires au Canada et dans l'Union européenne tant s'agissant du contrôle hiérarchique, que de l'alignement des standards ou des questionnements relatifs aux équilibres internes ou externes. On notera toutefois que la Cour de justice européenne s'est montrée beaucoup plus soucieuse du respect de la diversité juridique que la Cour suprême du Canada (à travers la voix de certains de ses juges) qui a parfois dénié toute légitimité aux conceptions locales des droits et libertés dans son raisonnement.

1625 Si l'on peut donc déceler certaines « considérations pluralistes » dans des raisonnements prétoriens globalement descendants et qui n'évitent pas l'homogénéisation, elles se manifestent de manière limitée, disparate ou inconséquente à la lecture des différentes jurisprudences. Reste alors à se demander s'il est possible de les extrapoler, de leur donner un poids plus déterminant dans l'interprétation des droits fondamentaux et d'en faire des critères à même de faire perdurer une diversité juridique de manière méthodique. Cela requiert alors de changer de logique : de préférer une mise en ordre horizontale des divers standards de protection.

TITRE II. UNE LOGIQUE HORIZONTALE À APPROFONDIR POUR UNE PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS PLURALISTE

¹⁶²⁶ La logique horizontale peut se définir de manière très simple comme la solution de rechange naturelle à la gestion verticale, c'est-à-dire de haut en bas, par le juge suprême, de la pluralité dans la protection des droits et libertés. Or si la verticalité trouve une raison d'être fort ancienne dans l'idée d'ordonner les règles, et par extension leurs interprétations et mises en œuvre, grâce à une direction donnée « par le haut » c'est-à-dire celle indiquée par une norme supérieure ou un interprète suprême, le principe directeur de l'horizontalité reste largement à explorer. L'horizontalité impliquerait en effet que l'on puisse redonner aux normes ou aux interprètes propres aux autonomies normatives englobées un rôle décisif dans la détermination et l'application des standards de protection des droits fondamentaux, sans pour autant mettre fin à celui des normes et interprètes supérieurs. Au lieu d'être ordonnés verticalement, les standards de protection pourraient ainsi être coordonnés horizontalement. Encore faudrait-il trouver un fondement, une orientation, à cette redistribution, plus respectueuse de la pluralité, de la place de chacun dans l'interprétation des droits et libertés. Il semble que plusieurs fondements pourraient gouverner une telle gestion horizontale des droits et libertés dans un espace plurijuridique.

¹⁶²⁷ La première idée serait de réfléchir selon le niveau d'édiction des droits fondamentaux. Car si l'on veut donner ou rendre aux standards de protection des autonomies normatives englobées une puissance normative, on pourrait se référer aux raisons d'être des différents niveaux d'édiction normative au sein du plurijuridisme pour réguler la concurrence des droits et libertés. Cet argument pourrait se dénommer simplement par celui de la subsidiarité. Dans le cadre de la

concurrence des standards de protection des droits et libertés, il correspondrait à la recherche de l'échelle optimale pour arbitrer une question donnée. C'est alors la détermination de la nature de la question à trancher, soit plutôt globale soit plutôt locale, qui constituerait le critère adéquat du choix du standard de protection. Bien que certains auteurs réfutent ce terme, car il devrait être réservé à la distribution des compétences normatives (qui habilite un pouvoir) et non pas au commandement d'un choix ou d'un ordre de priorité entre deux normes ou entre deux standards³¹³⁶, ce paramètre n'est pas totalement impertinent. L'idée qu'un « principe fédéral » ou que le niveau le mieux placé pour statuer puisse être prioritaire dans la protection des droits et libertés a ainsi pu trouver une résonance certaine auprès de la jurisprudence ou de la doctrine.

- 1628 Ensuite, puisqu'il s'agit d'un contentieux spécifique, situant l'individu au cœur de son raisonnement, la protection des droits et libertés sur plusieurs niveaux pourrait être régulée en fonction de l'intensité de la garantie, plus ou moins favorable à l'individu. Cela serait alors une régulation permettant de choisir entre les niveaux de protection des droits et libertés (et non par rapport au niveau de leur édicton) qui serait la plus pertinente à la gestion horizontale des protections plurielles. En cas de concurrence entre deux standards de protection, un principe de faveur pourrait alors servir à l'examen prioritaire de l'un sur l'autre³¹³⁷. L'intérêt individuel et la sauvegarde de la personne humaine deviendraient les véritables clés de la régulation des frictions et concurrences dans la protection des libertés sur plusieurs niveaux, conformément à une logique libérale parachevée (alors que dans le principe de subsidiarité, la focale est non pas l'individu, mais sur le respect de chacune des sphères des autonomies normatives³¹³⁸).
- 1629 Enfin, un principe de spécificité de la protection des libertés pourrait être la clé de la régulation des concurrences en ce domaine, dans la mesure où ce sont les standards les plus spécifiques,

³¹³⁶ Voir par exemple J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the post-Chaoulli Era », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 217-253, spéc. p. 231 et s.

³¹³⁷ Un tel principe peut être défini comme « le principe selon lequel tout bénéficiaire des droits fondamentaux issus d'une pluralité de sources peut à tout moment tirer avantage du droit fondamental qui lui est le plus favorable » pour une étude détaillée de ce principe voir S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2008, 716 p., p. 255 et s.

³¹³⁸ Pour une comparaison entre le principe de faveur et celui de la subsidiarité voir : *ibid.* L'auteur préconise d'une part que le second soit réservé à la répartition des actions et non à la résolution des concours de normes, ce qui paraît contestable. D'autre part il estime que le « principe de subsidiarité est, fondamentalement, une modalité destinée à privilégier la souveraineté des États sur les compétences – nécessairement d'attribution – des organisations internationales et, par extension, sur toutes les formes d'action à un niveau international. Le principe de faveur a pour objet l'individu (et plus largement, toute personne bénéficiaire des droits fondamentaux), dont la protection doit être maximisée ».

ayant les caractéristiques à la fois les plus particulières et précises, qui seraient prioritaires à l'égard des standards généraux. Cette règle classique de la « *Lex specialis derogat legi generali* » en cas de concours de normes pourrait en effet trouver des résurgences intéressantes dans le cadre de la pluralité de la protection des droits fondamentaux.

- 1630 Ces trois principes régulateurs d'une gestion horizontale de la pluralité des garanties individuelles ainsi sommairement définis semblent pouvoir fournir des points d'appui conceptuels dans la manière d'appréhender cette nouvelle logique, qui demande de s'intéresser au contenu des standards de protection, leur substance plutôt qu'à leur forme, leur statut hiérarchique.
- 1631 On trouvera en effet les prémices d'une telle approche tant au Canada que dans l'Union européenne, non sans débats et hésitations (Chapitre 1). Si un remplacement à la logique descendante n'est pas aujourd'hui une réalité suffisamment attestée et justifiée, il faudrait alors envisager des solutions conceptuelles et concrètes à même d'insuffler une dynamique pluraliste dans la protection des droits fondamentaux dans les deux espaces plurijuridiques. L'horizontalité pourrait alors passer par le dialogue, vecteur d'une conception en réseau au sein duquel on trouverait respectivement la Cour suprême du Canada et la Cour de justice de l'Union européenne (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. L'AMORCE D'UNE GESTION HORIZONTALE DE LA COEXISTENCE DES DROITS ET LIBERTÉS

1632 En étudiant l'émergence d'une logique horizontale dans la gestion des diverses protections des libertés, nous pourrions explorer davantage le contenu de ces principes régulateurs et leur fonction dans l'interprétation substantielle des libertés³¹³⁹. Précisément, cette logique horizontale peine tant au Canada que dans l'Union à véritablement trouvé une assise solide, en raison du changement de perspective qu'elle implique mais aussi du caractère flou de ses fondements multiples. Elle est pourtant sollicitée par certains acteurs du plurijuridisme et de la protection des libertés (section 1) ce qui pourrait pousser les juges suprêmes à l'intégrer dans son raisonnement. Ils ont pu parfois le faire non sans quelques réticences et ambivalences (section 2)

Section 1. Une logique horizontale plébiscitée de l'extérieur : la persistance des contestations et frictions, salut du plurijuridisme ?

1633 Contestations sur le contenu des standards de protection des libertés, ou sur la manière d'appréhender la pluralité des standards dans un espace plurijuridique, les deux vont nécessairement de pair : la seconde ayant souvent pour objet de faire exister la première. Les deux types d'objections à la logique descendante des juges suprêmes se retrouvent donc au Canada et dans l'Union européenne. Sauf que les objections au Canada seront beaucoup plus frileuses dès lors qu'il s'agira de remettre en cause le modèle hiérarchique de l'État canadien et se concentreront donc beaucoup sur la divergence de contenu vis-à-vis de tel ou tel droits fondamentaux (I). Du côté européen, le caractère supranational du plurijuridisme explique à l'inverse que les revendications des autonomies normatives englobées, de véritables États, se focalisent davantage sur la logique d'ensemble et les rapports entre systèmes et ordres juridiques, bien que l'objectif de protéger substantiellement les droits fondamentaux de manière différenciée soit sous-jacent (II).

I. Dissensions et revendications de distinctions substantielles dans la protection des libertés au Canada

1634 Si la logique descendante inculquée par la Cour suprême du Canada et la *Charte constitutionnelle* ne suscite pas une approbation unanime au Canada, force est de constater que sa remise en cause

³¹³⁹ Notons bien que de tels principes interviennent après le stade du champ d'application.

demeure limitée sur le plan des principes (A) et se manifeste davantage par la persistance de désaccords profonds quant à certains standards de protection (B).

A. Les revendications relativement orthodoxes des acteurs non juridictionnels

- 1635 La logique descendante suivie par la Cour suprême du Canada dans la protection des droits et libertés ne satisfait pas nécessairement tout le monde, à cet égard la doctrine a ainsi pu jouer un rôle critique³¹⁴⁰. Reste à savoir si les autonomies normatives englobées elles-mêmes ont été actrices de la contestation de la gestion verticale de la pluralité des droits et libertés. Or, force est de constater une grande différence avec l'expérience européenne, puisque si en Europe les autorités juridictionnelles peuvent s'ériger en frondeurs, on ne décèle pas un tel mouvement au Canada.
- 1636 En effet, l'architecture juridictionnelle canadienne intégrée rend difficile toute émancipation interprétative de la part des juridictions provinciales. Ceci explique le conformisme de ces dernières, même lorsqu'il s'agirait de mieux protéger certaines libertés ou de les protéger dans le respect des spécificités normatives décidées par les provinces. Contrairement à ce que nous observerons dans l'Union européenne et ce qui peut exister dans d'autres États fédéraux (aux États-Unis à travers le mouvement du *new judicial federalism*³¹⁴¹) les hautes cours provinciales n'ont pas véritablement développé des garanties provinciales propres, soit pour mettre en valeur leurs particularismes soit pour élever le niveau de protection³¹⁴². Au contraire, on a par exemple pu observer que certaines juridictions avaient aligné le standard de protection provincial du droit à la non-discrimination avec le standard constitutionnel, même si cela compliquait la tâche du

³¹⁴⁰ Voir supra les deux chapitres précédents et les critiques doctrinales par rapport aux décisions de la Cour suprême du Canada.

³¹⁴¹ Pour une comparaison du Canada et des États-Unis sur cette question voir : A. G. TARR, « Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism », *Rutgers L.J.*, vol. 40, 2008-2009, pp. 767-792. L'auteur conclut qu'il ne pourrait y avoir un tel mouvement au Canada en raison d'une part du caractère non constitutionnel des instruments provinciaux de protection et surtout de la structure judiciaire du Canada (voir spéc. p. 781 et s.). Sur le *new judicial federalism* américain, comparé à d'autres États fédéraux, l'Allemagne et la Suisse voir : C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral - Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Clermont-Ferrand, Paris, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, 819 p., p. 54 et s. L'auteur explique que précisément un des points communs rendant la comparaison entre ces trois États pertinente est l'existence de juridictions constitutionnelles fédérées susceptibles d'avoir une véritable latitude dans la protection des droits et libertés fédérées, caractéristique absente au Canada.

³¹⁴² Pour une critique du rôle de la Cour d'appel du Québec quant à la protection des droits de la personne voir : M. COUTU et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte » dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, dir., *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, Montréal, volume 2 - Études, 2003, pp. 247-288.

demandeur³¹⁴³. Même lorsqu'il existe des spécificités textuelles indéniables dans les instruments provinciaux, il n'y a pas eu d'empressement de la part des hautes cours provinciales à leur donner vie dans leur jurisprudence. Par exemple, s'agissant des droits économiques et sociaux consacrés par la *Charte québécoise*, qui sont une originalité au Canada, on a pu noter la réticence des cours québécoises à leur donner un contenu concret³¹⁴⁴. Ainsi, la Cour d'appel du Québec ne leur avait initialement pas attribué de contenu normatif alors que la Cour suprême du Canada l'a finalement fait³¹⁴⁵. Ce cas de figure tendrait donc à montrer que les juges de la province n'ont pas donné une vigueur particulière à des spécificités québécoises dans la protection des droits et libertés³¹⁴⁶.

1637 En tout état de cause, le caractère intégré du système juridictionnel canadien donne à la Cour suprême du Canada le dernier mot en matière d'interprétation des instruments provinciaux : elle en décide indépendamment des positions des cours provinciales. Ces dernières n'ayant aucun moyen d'y résister, c'est donc plus souvent la doctrine qui s'est chargée de contester les décisions de la Cour suprême.

1638 Faut-il conclure en l'absence de toute contestation de principe de la méthodologie descendante de la Cour suprême du Canada par les autonomies normatives ? Rien n'en est moins sûr. Le débat a simplement tendance à se situer davantage sur le terrain politique que juridique ou juridictionnel comme en Europe. C'est sans doute au Québec que les revendications sont les plus fortes : celles relatives à la souveraineté ou à une autonomie accrue trouvent ainsi des résonnances fortes en matière de droits et libertés. Outre l'architecture juridictionnelle canadienne, il est possible de l'expliquer par une disposition normative : l'article 33 de la *Charte canadienne*. L'existence de la clause nonobstant a pour effet de donner au pouvoir politique provincial les moyens de se

³¹⁴³ Voir supra § 1446.

³¹⁴⁴ S. GRAMMOND, « Canadian Federalism, Cultural Diversity and Conceptions of Fundamental Rights » dans S. GRAMMOND et J. M. C. ANDREU, dir., *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo: un diálogo entre Canadá y España*, Barcelona, Addenda, 2010, pp. 29-48, p. 43.

³¹⁴⁵ Voir à propos des arrêts de la Cour d'appel du Québec (*Lévesques c. Québec (Procureur général)* [1988] R.J.Q. 223 (C.A.)) et de la Cour suprême du Canada (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429) portant sur le droit à un niveau de vie décent, l'article 45 de la *Charte québécoise* : D. ROBITAILLE, « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ? », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30^{ème} anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 455-493, spéc. p. 465. Notons toutefois avec l'auteur que la décision *Gosselin* est au final très décevante quant à la consécration des droits économiques et sociaux : certes le caractère normatif est affirmé, mais étant donné l'interprétation qui en est faite ils n'ont qu'une très faible portée.

³¹⁴⁶ Ceci étant, la timidité dans l'interprétation des droits économiques et sociaux s'explique par des considérations étrangères à la question des différentes protections possibles entre les niveaux de gouvernance. Cet exemple ne saurait donc à lui seul démontrer le désintéressement des juridictions provinciales à mettre en œuvre de manière originale les protections spécifiques s'appliquant dans la province.

soustraire à la plupart des dispositions constitutionnelles garantissant les droits et libertés³¹⁴⁷. Elle permettrait ce faisant à la province de retrouver une forme d'autonomie en matière de sauvegarde des droits fondamentaux en faisant de la Charte provinciale le principal instrument de protection³¹⁴⁸. En réalité, vu la convergence des standards observée, il n'est pas certain que la province puisse véritablement élever ou différencier le niveau de garantie des droits fondamentaux. C'est donc un argument fondé sur une « subsidiarité de principe », soit une préférence *a priori* pour l'instrument édicté au niveau provincial plutôt qu'au niveau canadien. Quoi qu'il en soit, l'article 33 peut donner l'illusion d'une porte de sortie pour les provinces à l'égard de la logique descendante de la Cour suprême du Canada³¹⁴⁹.

- 1639 S'agissant des peuples autochtones du Canada, les termes de la contestation de la logique verticale s'insèrent beaucoup plus largement dans la remise en cause du modèle colonial dont nous avons déjà esquissé les caractéristiques³¹⁵⁰. Par exemple, l'absence de tribunaux autochtones outre le risque de « colonialisme judiciaire » qu'elle implique³¹⁵¹, ne permet pas de faire vivre au niveau juridictionnel des standards de protection des libertés autochtones qui pourraient s'opposer à ceux préconisés par les tribunaux étatiques. Les solutions avancées sont donc majoritairement de type doctrinal et consistent bien souvent à contester le modèle hiérarchique de l'État colonial, y compris lorsqu'il persiste à mettre en œuvre des politiques coloniales d'intégration à travers certains standards de protection des droits fondamentaux³¹⁵². Les solutions prônées sont alors soit de permettre aux peuples autochtones de se soustraire de ces standards, à

³¹⁴⁷ Voir supra § 1000.

³¹⁴⁸ Pour un soutien récent en ce sens, proposant pour le Québec « le rétablissement de la clause omnibus de dérogation aux articles 2 et 7 à 15 de la Charte canadienne de manière à autonomiser la Charte québécoise par rapport à la Charte canadienne pour des revendications fondées sur ces droits civils et politiques. Une fois cette dernière clause adoptée, la Charte québécoise serait donc devenue le seul texte supralégislatif pouvant être invoqué pour contester une loi ou une décision gouvernementale québécoise dans les cas d'atteinte alléguée à l'un ou l'autre des droits protégés par les articles 2 et 7 à 15 de la Charte canadienne (qui sont tous aussi protégés par la Charte québécoise) », voir L.-P. LAMPRON, « Charte des valeurs : un projet pavé de bonnes intentions ? », *Éthique Publique*, vol. 15, 2013, pp. 1-6, spéc. p. 2.

³¹⁴⁹ On peut toutefois admettre qu'une clause omnibus adoptée par une province pourrait avoir un impact sur les juridictions, qui pourraient prendre acte de la volonté du législateur de se soustraire à la *Charte canadienne* et autonomiser leur interprétation de l'instrument provincial.

³¹⁵⁰ Voir supra § 848 et s.

³¹⁵¹ Voir supra § 1204 et s.

³¹⁵² A. J. LONG et K. BEATY CHISTE, « Indian Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *American Indian Culture & Research Journal*, vol. 18, 1994, pp. 91-119, spéc. p. 113 et 115. Ou bien P. W. HOGG et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256, spéc. p. 216; J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p., p. 53. ASSOCIATION DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA, *An Aboriginal Charter of Rights and Freedoms*, en ligne : <<http://www.nwac.ca/sites/default/files/reports/AboriginalCharterofRightsandFreedoms.pdf>>.

travers la théorie du bouclier³¹⁵³, soit de les appliquer avec déférence et « sensibilité »³¹⁵⁴. La première solution permet aux peuples autochtones de recouvrir une forme de souveraineté en matière de protection des libertés, renvoyant ainsi à une forme de « subsidiarité sans nuance ». La seconde peut en revanche permettre de se pencher sur le contenu des standards et redonner une place aux conceptions autochtones spécifiques grâce notamment à une interprétation faite à la lumière des chartes autochtones. Cela étant une telle interprétation déférente ou sensible aux particularismes autochtones ne conteste la logique descendante des standards étatiques que dans la mesure où les spécificités autochtones permettent de déroger à ces standards, si les standards autochtones prévalent sur les conceptions majoritaires³¹⁵⁵.

1640 Finalement, les contestataires, mêmes universitaires ou politiques, ont tendance à ne pas remettre en cause la logique verticale elle-même, la hiérarchie constitutionnelle ou l'interprétation uniformisante de la Cour suprême. On militera alors soit pour une sortie pure et simple de la fédération (la souveraineté), soit pour une soustraction à l'emprise de la *Charte constitutionnelle*, soit de manière beaucoup plus fréquente pour des différenciations dans l'interprétation substantielle de certains droits fondamentaux, par exemple à travers une plus grande déférence. Il ne s'agit donc pas véritablement de proposer ou de mettre en place une coordination des différents standards de protection canadiens dans laquelle leur niveau hiérarchique serait hors de propos³¹⁵⁶.

1641 Si l'on continue au Canada à se soumettre au dogme hiérarchique, sans véritablement tenter d'appréhender les standards de manière « horizontale » à travers leur qualité quant au niveau de protection offert, à leur spécificité ou à leur pertinence quant à leur échelle normative, cela ne

³¹⁵³ Voir supra § 1094.

³¹⁵⁴ Voir supra § 1502 et s.

³¹⁵⁵ Voir infra (notamment § 1850 et s.).

³¹⁵⁶ On notera toutefois les propositions doctrinales plus audacieuses de D. SCHNEIDERMAN, « Dual(ling) Charters : The Harmonics of Rights in Canada and Quebec », *Ottawa L.R.*, vol. 24, 1992, pp. 235-263, spéc. p. 260 et s. Il propose trois scénarios constitutionnels possibles : la primauté de la *Charte québécoise* sur la *Charte canadienne* (la première s'appliquant alors au domaine provincial et la seconde aux domaines purement fédéraux) ; l'amendement de la *Charte canadienne* afin de mieux accommoder les revendications du Québec ou dernière proposition, la *Charte canadienne* reste telle qu'elle est tandis que l'instrument québécois est constitutionnalisé, on applique alors l'instrument le plus rigoureux, mais la *Charte canadienne* prime en cas de conflit. Le premier scénario permet de revenir à une forme de subsidiarité des standards de protection (au niveau du champ d'application) le deuxième met l'accent sur le particularisme de la province, mais dans une logique de déférence. Le troisième invite à appliquer le standard de protection le plus élevé. On retrouve donc bien nos trois principes régulateurs sauf qu'ils sont appréhendés comme des aménagements de la logique verticale plutôt que comme des solutions à une coordination des standards horizontale dans laquelle, par exemple, la supériorité normative de la *Charte canadienne* serait relativisée.

signifie pas qu'il soit satisfaisant. Ce mécontentement se manifeste en réalité à travers des affrontements, parfois intenses, quant au contenu de certains droits fondamentaux.

B. Les dissensions décelables quant à certains droits fondamentaux

- 1642 Les désaccords quant aux standards de protection entre les peuples autochtones et la vision canadienne des droits et libertés sont une réalité et sont même parfois radicaux³¹⁵⁷. Sans revenir sur ces divergences de conception déjà abordées, on citera les cas du droit de propriété, des droits dans le cadre du procès, du droit de vote ou encore de la liberté de religion³¹⁵⁸. Dans la mesure où ces dissensions peuvent toutefois difficilement s'observer dans un cadre juridictionnel, nous nous concentrerons ici sur deux droits fondamentaux qui font l'objet de contestations et clivages manifestes y compris auprès des juges : les droits linguistiques et la liberté de religion entre le Québec et le Canada.
- 1643 Ces deux types de droits semblent en effet faire l'objet d'une conception particulière au Québec par rapport au reste du Canada (et donc vis-à-vis de la majorité de la Cour suprême). Arbres qui cachent la forêt d'une entente globale par ailleurs³¹⁵⁹, ou exemples paradigmatiques des divergences dans les conceptions sociétales, ces deux exemples ont le mérite de montrer qu'une différenciation d'au moins certains standards de protection des droits et libertés est une revendication réelle. De telles dissensions militeraient alors pour que des standards spécifiques puissent s'appliquer, conformément à un principe de spécificité dans la protection des libertés.
- 1644 S'agissant des droits linguistiques, on sait que de manière générale ces questions cristallisent nombre de frictions entre le Québec et le Canada³¹⁶⁰. Ce faisant, la *Charte canadienne* a ainsi été tenue pour responsable de limiter indûment « la capacité du Québec d'assurer la survie et l'épanouissement de son identité culturelle distincte » qui passe par une politique linguistique propre³¹⁶¹. La non-conformité de certaines dispositions de la *Charte de la langue française*

³¹⁵⁷ S. GRAMMOND, « Conceptions of Fundamental Rights », préc., p. 38.

³¹⁵⁸ Voir supra 852 et 1503 et s.

³¹⁵⁹ C'est ce qui est sous-entendu par Sébastien Grammond dans S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion : convergence ou conflit? », *R.J.T.*, vol. 43, 2009, pp. 83-108, spéc. p. 108 ; S. GRAMMOND, « Conceptions of Fundamental Rights », préc., p. 47.

³¹⁶⁰ Voir supra § 868 et s.

³¹⁶¹ E. BROUILLET, *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec Septentrion, 2005, 478 p., p. 336 et 338 et s.

québécoise avec la liberté d'expression³¹⁶² a pu faire l'objet de vives critiques au Québec, la Cour suprême étant accusée de mettre en péril l'objectif de la province de protéger le français comme langue commune au Québec³¹⁶³. En ce qui concerne la problématique de la langue d'enseignement, là aussi les décisions de la Cour suprême du Canada, n'ont pas toujours été bien accueillies³¹⁶⁴. Si elle mettait en avant la dimension individuelle du droit linguistique, le Québec en voulant promouvoir la langue française, minoritaire en Amérique du Nord, entendait faire primer sa dimension collective. La protection de la langue française au Québec peut en effet se concevoir comme un « droit collectif des Québécois à la survie et à l'épanouissement de leur langue »³¹⁶⁵. Dans la mesure où le droit à vivre dans une langue ne peut être exercé que collectivement, le droit des francophones demande selon le Québec de limiter le droit à s'exprimer ou à recevoir une éducation en anglais³¹⁶⁶. Ce faisant, plutôt que de considérer que le niveau de protection le plus élevé en matière de droit linguistique est assuré par la Cour suprême du Canada, il est possible de soutenir que le Québec milite pour un standard de protection spécifique en matière de droit linguistique vu la menace pesant sur le droit de s'exprimer en

³¹⁶² Voir *P.G. (Qué) c. Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66; *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

³¹⁶³ Voir sur cette question notamment Y. DE MONTIGNY, « The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Legislative Authority of Quebec » dans D. SCHNEIDERMAN et K. SUTHERLAND, dir., *Charting the Consequences. The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, pp. 3-33, p. 10 et s.

³¹⁶⁴ Voir les affaires *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201 et *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, [2009] 3 R.C.S. 208. Pour une critique quant à la conception individuelle de la Cour suprême voir E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 356 et s.

³¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 343. Revendiquer un droit plutôt qu'un pouvoir sur cette question a sans doute un prix politique puisque cela revient à se placer en demandeur d'une protection plutôt que comme acteur autonome. Sur le plan juridique, le droit collectif linguistique permet de se placer sur le même plan que le droit linguistique individuel et donc de raisonner en termes de différences de standards de protection.

³¹⁶⁶ Sont en réalité visées non pas la minorité anglophone du Québec, mais les personnes dont la langue maternelle n'est ni l'anglais ni le français, des immigrants majoritairement, qui souhaiteraient vivre au Québec sans s'intégrer dans la communauté linguistique francophone au profit de l'anglais, voir par exemple M. SEYMOUR, « Une constitution interne comme remède au malaise identitaire québécois » dans A. G. GAGNON, dir., *La diversité québécoise en débat*, Montréal, Les Éditions Québec Amérique, 2010, pp. 224-242. Sur la politique linguistique au Québec voir A.-A. DENAULT et L. CARDINAL, « Les lois linguistiques du Canada et du Québec à l'ère de la mondialisation » dans L. CARDINAL, dir., *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de Parole, 2008, pp. 173-201.

français en Amérique du Nord³¹⁶⁷. Autrement dit, l'argumentaire contestataire ne se situe pas par rapport au niveau de la protection, mais de sa spécificité³¹⁶⁸.

1645 Le désaccord sur les standards de protection en matière linguistique entre le Québec et le Canada ne se retrouve pas au sein de la Cour suprême du Canada, qui dans ses affaires plurinationales éminemment sensibles a statué à l'unanimité³¹⁶⁹. Tel n'est pas le cas en matière de liberté de religion, standard sur lequel les dissensions ont été fortes entre le Québec et le Canada ces dernières années.

1646 Il ne nous appartient pas ici de retranscrire le contenu du vaste débat concernant les accommodements raisonnables³¹⁷⁰ en matière religieuse, tant la question a pu mobiliser les réflexions doctrinales et alimenter les discussions politiques. Pour résumer, le modèle dominant au Canada reposerait sur « l'idée que le droit à l'égalité et la prohibition de la discrimination entraînent l'obligation de modifier certaines règles de fonctionnement de la société afin d'accommoder ceux sur qui ces règles ont un effet négatif particulier »³¹⁷¹. Ce modèle individualiste correspondrait à la notion de multiculturalisme que la *Charte canadienne* enchâsse dans son article 27 en tant que clause interprétative des autres droits³¹⁷². Ce modèle ne conviendrait pas au Québec qui aurait une vision plus « républicaine », dans le sens où la

³¹⁶⁷ Sur la relativisation de la distinction entre droits collectifs et droits individuels en matière linguistique voir W. KYMLICKA et A. PATTEN, dir., *Language Rights and Political Theory*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2002, 349 p., p. 30 (introduction). P. FOUCHER, « Langues, lois et droits. Pour qui? Pourquoi? L'action de l'État et des acteurs sociaux dans le domaine juridique en matière de langues officielles au Canada » dans M. MARTEL et M. PÂQUET, dir., *Légiférer en matière linguistique*, Québec, P.U.L., 2008, pp. 389-445, p. 399 et s.

³¹⁶⁸ De manière générale on peut d'ailleurs souvent rattacher un intérêt particulier limitant un droit fondamental à un autre droit fondamental. Par exemple en droit de la famille, la contestation au nom du principe de l'égalité entre les couples mariés et ceux en union libre peut aussi trouver des contre arguments en puisant dans la rhétorique des droits, par exemple dans la liberté contractuelle voir sur cette question l'affaire *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 C.S.C. 5.

³¹⁶⁹ Une Cour suprême divisée entre juges québécois et les autres, ou entre Francophones et Anglophones auraient assurément entaché la légitimité de la *Charte*, mais aussi de la Cour suprême en tant qu'institution : S. CHOUDHRY, « Rights Adjudication in a Plurinational State: the Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation », *Osgoode H.L.J.*, vol. 50, 2013, pp. 575-608. L'auteur explique qu'une telle éventualité a sans doute poussé les juges à la négociation et a permis de reconnaître la validité de l'objectif poursuivi par le Québec tout en concluant à la violation en raison du critère de l'atteinte minimale, permettant au Québec d'adopter une politique linguistique plus étroitement définie.

³¹⁷⁰ Issue du droit du travail, la technique permet de lutter contre les discriminations indirectes (par exemple fondées sur le genre, le handicap, etc.) en accordant par exemple des exemptions aux règles d'apparence neutre, mais qui ont un impact différencié négatif sur un groupe de personne déterminé, à condition que le coût de cette accommodation ne soit pas « déraisonnable ».

³¹⁷¹ S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux », préc., p. 87.

³¹⁷² L'article 27 prévoit que « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens ».

dimension collective de la vie en société serait davantage valorisée³¹⁷³. De plus la Révolution tranquille au Québec ayant permis de construire un État, voire un espace public, neutre et laïque, les considérations religieuses même minoritaires devraient davantage s'intégrer à la collectivité plutôt que de revendiquer des différenciations. On a pu ainsi proposer le modèle de l'interculturalisme qui se distinguerait tout autant du modèle laïque à la française que du multiculturalisme canadien, en ce qu'il valoriserait la diversité culturelle et religieuse dans la formation d'une nouvelle identité commune tout en demandant aux immigrants une intégration et un partage des valeurs avec l'ensemble de la société³¹⁷⁴. Les valeurs collectives, parmi lesquelles l'usage du français en tant que langue commune, l'égalité entre les hommes et les femmes et la neutralité religieuse de l'État, ne devraient alors pas céder devant les revendications individuelles.

1647 Or, de telles différences de conceptions entre le Québec et le Canada se manifesteraient dans le choix de standards différents en matière de droits fondamentaux, divergences que l'on retrouverait aussi au niveau juridictionnel : à la fois, entre les juridictions québécoises et la Cour suprême du Canada et parfois au sein même de l'institution suprême. L'analyse des grandes affaires concernant les accommodements raisonnables en matière religieuse ou plus largement la place de la religion dans l'espace public³¹⁷⁵ démontrerait ces fortes dissensions³¹⁷⁶.

³¹⁷³ De plus selon Michel Seymour, le multiculturalisme exacerberait le malaise identitaire québécois dans la mesure où les identités minoritaires, des immigrants notamment, seraient davantage reconnues par le Canada que l'identité québécoise. La crise politique des accommodements raisonnables au Québec serait alors une manifestation du besoin d'affirmation nationale du peuple québécois : M. SEYMOUR, « Une constitution interne comme remède au malaise identitaire québécois », préc. Pour une critique de cette approche, voir J. MACLURE, « Laïcité et fédéralisme. Le débat sur la Charte de la laïcité dans le contexte fédéral canadien », en ligne: *L'idée fédérale*, 2014, <http://ideefederale.ca/documents/Charte_fr.pdf>. Sur cette question voir aussi E. BROUILLET, *La négation de la nation*, préc., p. 358 et s. Selon cet auteur « les principes du multiculturalisme et de la protection des minorités sont susceptibles de réduire la capacité du Québec de légiférer de façon à protéger son identité culturelle distincte », p. 375.

³¹⁷⁴ Voir le rapport dit « Bouchard Taylor » : Québec, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir: le temps de la conciliation*, rapport par Gérard BOUCHARD et Charles TAYLOR, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, en ligne : <http://www.accommodements-quebec.ca/documentation/rapports/rapport-final-integral-fr.pdf> ; Voir aussi D. ROBITAILLE et S. GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », *C. de D.*, vol. 50, 2009, pp. 75-119; L.-P. LAMPRON, « Charte des valeurs : un projet pavé de bonnes intentions ? », préc.

³¹⁷⁵ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin* [1994] 2 R.C.S. 525 ; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650 ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256; *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607; *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.

³¹⁷⁶ S. CHOUDHRY, « Rights Adjudication in a Plurinational State », préc.; S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux », préc. Sébastien Grammond note ainsi qu'« un indice important

- 1648 Par exemple dans *Amselem*, la majorité de la Cour suprême du Canada a estimé qu'il y avait violation de la liberté de religion protégée par la *Charte québécoise*, car le syndicat de copropriété d'un immeuble luxueux n'avait pas raisonnablement accommodé³¹⁷⁷ les propriétaires juifs orthodoxes qui avaient érigé une souccah (une cabane permettant de célébrer une fête religieuse juive) sur leur balcon en dépit de l'interdiction de la déclaration de copropriété sur cette partie considérée comme commune. Or, pour les juges québécois, tant ceux de la Cour d'appel du Québec³¹⁷⁸ que les juges minoritaires à Ottawa³¹⁷⁹ n'aboutissaient pas à la même conclusion. Bien qu'ils s'appuient sur des raisons diverses³¹⁸⁰, leurs argumentations ont pour point commun de mettre l'accent sur les limites à la liberté de religion³¹⁸¹ et finalement de faire primer à l'issue d'un exercice de conciliation l'intérêt général et les intérêts concurrents plus objectifs sur les exigences religieuses purement subjectives des copropriétaires juifs³¹⁸². Derrière ces arguments dissidents, il est possible de déceler une préférence pour une neutralité religieuse, ici non pas de l'espace public, mais de l'espace privé, mais commun³¹⁸³.
- 1649 Une autre grande affaire mettait en jeu un accommodement raisonnable en matière religieuse au Québec : l'affaire *Multani*. Les divergences étaient tout aussi palpables à propos de la possibilité pour un élève de porter un kirpan (petit poignard ayant une valeur particulière pour les Sikhs) à l'école. Cette fois-ci non pas tellement au sein de la Cour suprême, mais avec les juges du Québec puisque la Cour d'appel du Québec avait estimé que l'atteinte à la liberté de religion était

d'une dissonance Québec/Canada provient du fait que les décisions les plus importantes de la Cour d'appel du Québec en matière d'accommodement religieux aient été systématiquement renversées par la Cour suprême du Canada. » p. 88.

³¹⁷⁷ Notons toutefois que la majorité n'a pas explicitement fondé sa décision sur l'obligation d'accommoder, bien que l'analyse revienne matériellement au même, en ce sens S. CHOUDHRY, « Rights Adjudication in a Plurinational State », préc., § 31.

³¹⁷⁸ Voir les opinions des juges Morin et Dalphond dans *Amselem c. Syndicat Northcrest*. [2002] R.J.Q. 906 C.A.

³¹⁷⁹ Voir les opinions dissidentes du juge Bastarache d'une part et des juges LeBel et Deschamps d'autre part dans la décision de la Cour suprême du Canada de 2004 *Amselem*, préc.

³¹⁸⁰ Soit parce qu'ils ont estimé que l'accommodement offert par le syndicat d'ériger une souccah commune ailleurs dans l'immeuble était suffisant, soit parce que les propriétaires avaient accepté l'interdiction en tant que copropriétaires et donc renoncé à leur liberté de religion, soit parce que les autres intérêts mis en balance étaient tout aussi importants (la valeur marchande du bien et son esthétique et généralement le droit à la libre jouissance de ses biens, la sécurité, ou encore le respect des contrats conclus).

³¹⁸¹ Les juges minoritaires ont ainsi mis l'accent sur la différence d'approche entre l'article 9.1 de la *Charte québécoise* et l'article 1^{er} de la *Charte canadienne*.

³¹⁸² C'est en particulier frappant dans l'opinion du juge Bastarache ; en ce sens S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux », préc., p. 92. Voir aussi S. CHOUDHRY, « Rights Adjudication in a Plurinational State », préc., § 33 et s.

³¹⁸³ S. CHOUDHRY, « Rights Adjudication in a Plurinational State », préc., § 35 et § 36 : « at the root of this reconstruction of the principal dissent in *Amselem* is the idea that neutrality is a means for avoiding conflict and for maintaining harmony in a religiously diverse community. This idea is applied in the context of a private dispute ».

justifiée notamment en raison de la dangerosité du kirpan. La majorité de la Cour suprême estima en revanche qu'il y avait atteinte à la liberté de religion telle que protégée constitutionnellement,³¹⁸⁴ car la décision de prohiber d'une façon absolue le port du kirpan ne se situait pas à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables³¹⁸⁵.

1650 D'autres affaires permettent de déceler la divergence en matière de neutralité religieuse de l'État, qui est mise en avant par les juges québécois³¹⁸⁶, y compris dans certaines dissidences de la Cour suprême, alors que le concept est largement absent des opinions majoritaires de la Cour³¹⁸⁷. Ainsi dans *Bruker*³¹⁸⁸, la juge Deschamps s'opposa avec force à ce que les tribunaux s'immiscent dans les affaires religieuses et se prononcent sur l'accord entre ex-époux portant sur le get, le divorce accordé par l'homme en droit judaïque. Plus récemment, l'affaire *R. c. N.S.* (dans laquelle la victime demandait à pouvoir porter son niqab pendant son témoignage à un procès criminel)³¹⁸⁹, la Cour suprême a utilisé la logique de l'accommodement « pour traiter du conflit entre les droits en trouvant un équilibre juste et approprié entre la liberté de religion et le droit à un procès équitable »³¹⁹⁰. Elle demande donc au juge du procès de trouver cette mise en balance en fonction des faits de l'espèce³¹⁹¹. Cette solution que la juge en chef considère comme médiane, et à

³¹⁸⁴ La dissidence des juges Deschamps et Abella met l'accent sur l'absence de nécessité de trancher l'affaire sur le fondement constitutionnel *Multani*, préc., § 85 et s. Or en préférant les règles de la révision judiciaire du droit administratif plutôt que la justification constitutionnelle, cela permet implicitement au législateur de se saisir de la question des accommodements raisonnables alors que la contrainte constitutionnelle imposée par la majorité réduit largement sa marge de manœuvre : S. CHOUDHRY, « Rights Adjudication in a Plurinational State », préc., § 57.

³¹⁸⁵ Cette fois-ci la Cour fait explicitement le lien entre l'obligation d'accommodement raisonnable et le critère de l'atteinte minimale : *Multani*, préc., § 51 à 79.

³¹⁸⁶ Par exemple dans l'affaire *Lafontaine*, préc., le juge LeBel, dissident et dans la lignée de ce qu'avait conclu la Cour d'appel du Québec, estime à propos de la liberté de religion qu'elle « impose à l'État et aux pouvoirs publics une obligation envers l'ensemble des religions et des citoyens, soit une obligation de neutralité religieuse garante de la tolérance individuelle ou collective, préservatrice de la dignité de chacun et de l'égalité de tous » § 65. Par conséquent, « la municipalité, tenue de faire preuve de neutralité religieuse, doit veiller à aménager sa réglementation afin d'éviter d'imposer des obstacles inutiles à l'exercice des libertés religieuses. Elle n'a cependant pas à fournir une assistance quelconque aux différents groupes religieux ni à les aider activement à régler toutes les difficultés qu'ils peuvent éprouver dans leurs négociations avec des tiers pour implanter un lieu de culte. Ainsi, en l'espèce, la municipalité n'avait pas à assurer aux appelants l'accès à un terrain qui correspondait davantage à leurs critères de sélection » § 71. Pour la majorité de la Cour en revanche, la municipalité n'a pas respecté son obligation d'équité procédurale à l'égard de la demande de la congrégation des Témoins de Jéhovah. Voir aussi l'affaire *Bergevin*, préc.

³¹⁸⁷ S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux », préc., p. 105 et s.

³¹⁸⁸ *Bruker*, préc.

³¹⁸⁹ Voir supra § 1425.

³¹⁹⁰ *R. c. N.S.*, préc., § 46.

³¹⁹¹ Il faut ainsi « mettre en balance l'effet de l'insistance auprès du témoin pour qu'elle enlève le niqab pour témoigner, d'une part, et l'effet de l'autorisation de porter le niqab pendant le témoignage, d'autre part », *ibid.*, § 35. En l'espèce le juge du procès a conclu qu'aucun accommodement n'était possible voir D. KOUSSENS, S. BERNATCHEZ et M.-P. ROBERT, « Le voile intégral: analyse juridique d'un objet religieux », *Can.J.L. & Society*, vol. 29, 2014, pp. 77-92.

laquelle se joint cette fois la juge Deschamps, est aussi une manière de rejeter une certaine conception de la laïcité³¹⁹². Ce faisant, elle estime qu'« une réponse laïque obligeant les témoins à laisser de côté leur religion à l'entrée de la salle d'audience est incompatible avec la jurisprudence et la tradition canadienne, et restreint la liberté de religion là où aucune limite n'est justifiable »³¹⁹³. Au contraire le juge LeBel dans sa dissidence prône une interdiction de principe du niqab dans les salles d'audience, au nom de la neutralité religieuse de l'État notamment³¹⁹⁴.

- 1651 Au final, même si la division entre les juges québécois et les autres juges canadiens n'est pas dépourvue de subtilité et d'ambivalence dans les prises de position³¹⁹⁵, force est de constater qu'il existe sinon un clivage de principe, des dissensions sur les questions religieuses au sein de la magistrature canadienne, et parfois des formes de résistance de la part des juges québécois³¹⁹⁶.
- 1652 Ce débat a d'ailleurs récemment gagné l'arène politique avec le projet de loi 60 dévoilé en 2013 par le gouvernement souverainiste québécois, souvent appelé « *Charte des valeurs québécoises* » portant sur l'encadrement des accommodements raisonnables en matière religieuse et plus généralement la laïcité au Québec³¹⁹⁷. Il a provoqué d'intenses discussions tant au Québec que

³¹⁹² Elle rejette aussi la solution (qui est préférée par la juge Abella, dissidente) qui est de toujours permettre de témoigner en niqab *R. c. N.S.*, préc., § 2.

³¹⁹³ *Ibid.*, § 2.

³¹⁹⁴ Selon lui, « la reconnaissance du multiculturalisme se fait dans le cadre de la Constitution elle-même, et elle reste ancrée dans les traditions politiques et juridiques canadiennes » § 72. Il explique aussi que « La volonté de maintenir un système de justice indépendant et transparent, qui prend en compte les intérêts et la dignité de tous reste un élément clé des traditions sur lesquelles repose notre société démocratique. La neutralité religieuse de l'État et de ses institutions, y compris des tribunaux et du système de justice, assure la vie et la croissance d'un espace public ouvert à tous, peu importe les croyances, le scepticisme ou l'incrédulité de chacun. Les religions sont des voix parmi d'autres qui s'expriment dans l'espace public, qu'occupent également les tribunaux » § 73, *ibid.*

³¹⁹⁵ D'ailleurs la récente affaire à propos de la prière lors du conseil municipal de la ville de Saguenay démontre que la question de la religion dans l'espace public n'est pas nécessairement traitée de manière opposée par les juges québécois et les juges canadiens. En effet, le Tribunal des droits de la personne du Québec avait estimé la pratique contraire à la *Charte québécoise*, tout comme la Cour suprême du Canada à l'unanimité (la Juge Abella étant concordante) : *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 C.S.C. 16. En revanche la Cour d'appel du Québec avait préconisé une neutralité religieuse « bienveillante » favorable à la pratique de la prière. Sous la plume du Juge Gascon (issu de la province québécoise), la Cour rejette cette conception (§ 78) et estime que les Chartes canadienne et québécoise demandent une « neutralité réelle » (§134).

³¹⁹⁶ Sébastien Grammond a ainsi noté à propos de l'affaire *Bergevin* telle qu'elle fut tranchée par La Cour d'appel du Québec que « le juge Brossard affirme que la liberté de religion n'est pas en cause, puisque seules sont en jeu les conséquences économiques de la décision de ne pas travailler le jour du Yom Kippour. Soulignons d'ailleurs le procédé employé par le juge Brossard: il cite les motifs dissidents du juge Beetz de la Cour suprême, sur la question précise qui faisait l'objet de la dissidence. C'est donc dire qu'il désobéit consciemment aux directives du plus haut tribunal, ce qu'on peut concevoir, bien que cela ne soit pas explicite, comme une affirmation de la spécificité québécoise », S. GRAMMOND, « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux », préc., p. 99.

³¹⁹⁷ Il y avait trois objectifs dans ce projet : baliser les traitements des demandes d'accommodement pour des motifs religieux en mettant l'accent sur l'égalité entre les hommes et les femmes, rendre obligatoire le visage à découvert lorsqu'on donne ou reçoit un service de l'État et instaurer un devoir de neutralité religieuse au personnel des organismes publics. Gouvernement du Québec, Projet de loi n° 60 « Charte affirmant les valeurs de laïcité et de

dans le reste du Canada, au cours desquelles les questions du multiculturalisme, de l'interculturalisme ou de la stricte neutralité religieuse ont été au centre des désaccords. Si beaucoup au Québec s'accordent à analyser ce projet comme une réaction du législateur québécois aux décisions de la Cour suprême sur les accommodements religieux³¹⁹⁸, qui aurait pu constituer un texte fondamental affirmant la spécificité québécoise à cet égard³¹⁹⁹, on a aussi beaucoup critiqué une des orientations préconisées : l'interdiction des signes religieux ostentatoires pour le personnel de l'État.

- 1653 On aurait donc pu analyser ce projet comme une revendication d'un particularisme portant sur un droit fondamental, préconisant ce faisant une spécificité du standard de protection de la liberté religieuse au Québec, dans lequel notamment l'égalité entre les hommes et les femmes devait avoir une place prépondérante. Mais la question du niveau de protection des libertés était aussi au centre de l'attention : une des principales critiques au projet était qu'il abaissait le niveau de protection de la liberté de religion par rapport à celui garanti par les Chartes, en particulier pour les personnels publics. En outre, l'éventuelle gestion horizontale de la pluralité des protections des libertés se heurtait frontalement à la question de savoir si le projet pouvait passer le cap de la constitutionnalité, sauf à ce que le législateur décide de recourir à la clause nonobstant. Si les juristes n'ont pu apporter une réponse unanime sur la conformité du projet québécois avec la *Charte canadienne*³²⁰⁰, tous ont dû prendre acte de la jurisprudence du plus haut tribunal canadien dans laquelle la liberté de religion bénéficie d'une large protection³²⁰¹ et qui est

neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement », en ligne : http://www.assnat.qc.ca/Media/Process.aspx?MediaId=ANQ.Vigie.Bll.DocumentGenerique_76791&process=Original&token=ZyMoxNwUn8ikQ+TRKYwPCjWrKwg+vIv9rjj7p3xLGTZDmLVSmJLoqe/vG7/YWzz.

³¹⁹⁸ Sur cette question voir J. MACLURE, « Laïcité et fédéralisme. Le débat sur la Charte de la laïcité dans le contexte fédéral canadien », préc., p. 23 et s.

³¹⁹⁹ Par exemple L.-P. LAMPRON, « Charte des valeurs : un projet pavé de bonnes intentions ? », préc.; M. SEYMOUR, « Une constitution interne comme remède au malaise identitaire québécois », préc.

³²⁰⁰ Pour Henri Brun le projet pourrait passer le test, car « il est difficile de soutenir que cette mesure produit sur la liberté de religion des personnes des effets disproportionnés par rapport à ses effets positifs sur l'image de neutralité religieuse de l'État » H. BRUN, « Charte des valeurs québécoises - Au sujet de la validité constitutionnelle », en ligne: *Le Devoir*, 2013, <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/387551/au-sujet-de-la-validite-constitutionnelle>>. Au contraire un grand nombre d'auteurs ont pu douter de la validité constitutionnelle, voir par exemple D. PROULX, « La réplique » Charte des valeurs québécoises - Une Charte qui ne passerait pas le test », en ligne: *Le Devoir*, 2013, <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/387815/une-charte-qui-ne-passerait-pas-le-test>>.

³²⁰¹ La jurisprudence *R. c. N.S.* a notamment fait douter de la possibilité de réconcilier un projet de loi visant à créer un espace de laïcité stricte au sein de l'État avec les exigences de la Cour suprême du Canada : D. PROULX, « Une Charte qui ne passerait pas le test », préc.

généralement peu encline à respecter une conception particulière de la place de la religion dans la société québécoise³²⁰².

- 1654 Finalement, même lorsque des dissensions importantes sur le contenu d'un standard de protection d'un droit fondamental apparaissent entre les juges ou sont portées par le législateur, il est difficile de penser de manière horizontale la protection des libertés au Canada. La supériorité hiérarchique, de la norme constitutionnelle ou des décisions de la Cour suprême, constitue un carcan dogmatique dans lequel les revendications de différenciations dans l'interprétation des droits fondamentaux s'insèrent et meurent souvent. L'utilisation de l'article 33 de la *Charte canadienne* par le législateur demeure alors une solution juridiquement valable (en ce qui concerne la liberté de religion, mais pas les droits linguistiques), mais semble envoyer un message politique difficile à assumer selon lequel il n'entendrait pas respecter un droit fondamental.
- 1655 Le Québec continue toutefois de faire vivre les dissensions, à travers ses juges, ses politiques ou ses penseurs, ce qui a le mérite d'au moins montrer que le conformisme et l'uniformisation ne sont pas des solutions souhaitées. Peuvent-elles véritablement porter le projet d'une gestion horizontale des libertés au Canada ? Il est permis de l'envisager, même si contrairement au cas européen les contestations de la logique verticale sont beaucoup moins profondes.

II. Les contestations de principe des États européens : entre apaisement des frictions et défense des standards nationaux

- 1656 Les autonomies normatives particulières, les États membres, ont pu également s'inquiéter de la logique descendante de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ils ont pu la contester en s'appuyant sur différents arguments. Si, comme au Canada, la préservation du contenu de la garantie nationale des libertés, ou de certaines d'entre elles, est visée par les États, certains d'entre eux ont aussi fait de la contestation de la hiérarchie communautaire en matière de droits fondamentaux une question de principe pour militer en faveur de la supériorité nationale de la garantie des droits fondamentaux. Ils l'ont toutefois fait le plus souvent de manière circonscrite.

³²⁰² D'ailleurs, si dans la récente affaire de la prière lors du conseil municipal de Saguenay, la Cour suprême exige une neutralité religieuse de l'État réelle, elle la fonde tant sur la *Charte québécoise* que sur la *Charte canadienne* et n'envisage donc pas une quelconque spécificité québécoise : § 76, *Mouvement laïque*, préc.

- 1657 Sans prétendre faire une étude exhaustive des revendications des vingt-huit États membres de l'Union en la matière, nous nous contenterons de retenir les exemples démontrant que cette contestation existe et trouve des fondements pouvant se rattacher aux principes régulateurs précités. Notons au préalable que les préoccupations nationales peuvent se manifester à travers les processus de modification des traités, dans lesquels on l'a vu³²⁰³, les autorités nationales avaient pu mettre l'accent sur tel ou tel standard de protection (soit parce qu'elles voulaient le protéger soit parce qu'elles y étaient hostiles)³²⁰⁴. Mais les préoccupations nationales se lisent surtout dans les jurisprudences des grandes cours internes, constitutionnelles notamment, qui ont toujours joué un rôle déterminant en la matière.
- 1658 Il est vrai que du point de vue du contenu des standards de protection, il existe toujours des différences non négligeables entre ceux issus de la *Charte européenne* (ou plus largement des sources européennes) et ceux garantis au niveau interne (généralement constitutionnellement). On a pu ainsi noter que du point de vue du niveau de la protection, certains États garantissaient davantage de droits ou des droits fondamentaux plus étendus ou au contraire une protection moins forte³²⁰⁵. Par exemple, Malte ou les Pays-Bas ne protègent pas le droit de se marier ou encore le droit à une vie familiale fait l'objet d'une protection plus restreinte en Pologne ou en Irlande qu'au niveau européen³²⁰⁶. Au contraire, certains droits nationaux accordent une protection plus élevée, comme le droit à l'éducation et à un traitement financier égal en matière d'éducation aux Pays-Bas, ou encore le droit à une bonne administration au Portugal, ou bien nous avons pu le constater, le droit à être à nouveau jugé en cas d'absence à son procès en Espagne³²⁰⁷. De manière générale, le mandat d'arrêt européen a aussi pu soulever de nombreuses

³²⁰³ Voir supra sur la question des droits économiques et sociaux notamment § 817.

³²⁰⁴ Pour une étude concernant les préoccupations des États au moment de l'échec du *Traité établissant une constitution pour l'Europe* et le passage au *Traité de Lisbonne*, portant notamment sur les droits fondamentaux voir G. D. BÚRCA, « The Road Not Taken: the European Union as a Global Human Rights Actor », *Am. J. Int. L.*, vol. 105, 2011, pp. 649-693. On citera par exemple la nécessité pour la Hongrie de protéger les minorités nationales alors que la France y est au contraire particulièrement opposée.

³²⁰⁵ L. F. M. BESSELINK, « General Report - The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon. The Interaction Between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94> p. 5.

³²⁰⁶ On a pu ainsi résumer de la sorte « in Poland the constitutional definition of monogamous heterosexual marriage spills over to the concept of 'family life' in national case law, providing less protection than Article 8 ECHR; also in Ireland the scope of the right to family life is less extensive than under 8 ECHR, also in Ireland the scope of the right to family life is less extensive than under 8 ECHR », *ibid.*, p. 5.

³²⁰⁷ C'est tout l'enjeu de l'affaire CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, *Rec. numérique*.

interrogations au sein des États membres³²⁰⁸, notamment pour ceux qui interdisaient constitutionnellement l'extradition de leurs nationaux, comme la Pologne³²⁰⁹.

1659 D'autre part, certains États protègent constitutionnellement des valeurs qui peuvent se rattacher à des droits fondamentaux, mais de manière très particulière, comme lorsque l'Autriche interdit les titres nobiliaires, l'Allemagne protège la dignité humaine³²¹⁰ ou encore la Belgique reconnaît des droits linguistiques. En outre et de manière générale, les questions controversées et particulièrement délicates portant par exemple sur l'éthique ou la coexistence de différentes cultures et religions peuvent recevoir des réponses différentes selon les pays³²¹¹.

1660 Ces différences tant dans le niveau de la protection que dans la spécificité de la protection peuvent expliquer les prises de position de certaines autorités juridictionnelles nationales pour nier la prévalence de la protection communautaire des droits fondamentaux au profit de la protection nationale³²¹² (A). Elles peuvent en outre expliquer la propension des États membres à introduire ou interpréter des textes de l'Union en faveur d'une plus grande inclusion de leurs particularismes (B).

A. Les allégations des juridictions nationales quant à la prévalence des standards nationaux de protection

1661 Nous connaissons la réticence de certaines juridictions nationales, constitutionnelles en particulier, à reconnaître une primauté absolue au droit de l'Union européenne comme le voudrait la Cour de justice³²¹³. Ainsi pour certains juges internes, la Constitution nationale devrait demeurer la norme suprême, c'est-à-dire une règle supérieure aux autres et une norme de

³²⁰⁸ G. MARTINICO et O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, 272 p., p. 200 et s.

³²⁰⁹ *Ibid.* L'auteur compare en effet les cas allemands, tchèque et polonais.

³²¹⁰ Voir respectivement les affaires CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre berbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec. 2004*, p. I-09609; CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec. 2010*, p. 13693; CJUE (G.C.), 16 avril 2013, *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, aff. C-202/11, *Rec. numérique*.

³²¹¹ M. CARTABIA, « Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously », *E.C.L. Review*, vol. 5, 2009, pp. 5-31, spéc. p. 19.

³²¹² Rappelons en effet qu'en suivant la répartition juridictionnelle propre à l'Union, ce sont les juges nationaux (et non directement la Cour de justice) qui font face au concours de standards de protection des libertés, européens et nationaux et à leurs conflits éventuels : un acte national pouvant en vertu du droit national être soumis au contrôle des libertés interne, mais aussi au contrôle européen s'il entre dans le « cadre du droit de l'Union », sans compter le contrôle conventionnel.

³²¹³ Pour certaines cours nationales, cette primauté ne pose en revanche aucune difficulté, c'est le cas par exemple au Luxembourg : voir J. GERKRATH, « The Figure of Constitutional Law of the 'Integrated State': The Case of the Grand Duchy of Luxembourg », *E.C.L. Review*, vol. 10, 2014, pp. 109-125.

référence³²¹⁴. Le contentieux des droits fondamentaux ne fait pas exception à cette acceptation conditionnée, et non absolue, de la prévalence du droit communautaire sur le droit constitutionnel national, c'est d'ailleurs ce qui singularise l'émergence de la protection des libertés au niveau de l'Union européenne³²¹⁵. Cela étant, les jurisprudences contemporaines nationales ne se caractérisent plus tellement par une hostilité à l'égard des standards européens, mais entendent le plus souvent pacifier les relations entre les systèmes juridiques, sans pour autant accepter la logique purement descendante du droit de l'Union. Ce faisant, cet apaisement ne viendra pas d'une soumission pure et simple au droit de l'Union, mais grâce à un mécanisme de reconnaissance par l'ordre juridique national, qui sert souvent au juge constitutionnel de référence quant à la place de toutes les normes, des standards de protection de l'Union. Cette reconnaissance peut s'ancrer dans des clauses constitutionnelles ou dans la jurisprudence³²¹⁶. En tout état de cause, son existence même tend à démontrer que du point de vue de certaines juridictions nationales, la logique descendante de la Cour de justice est loin d'être acquise. Ceci est d'autant plus visible lorsque cette reconnaissance fera l'objet de limites, de « réserves constitutionnelles », qui mettent beaucoup plus directement en cause la supériorité du droit européen, même si elles demeurent résiduelles. Sont en outre particulièrement dignes d'intérêt dans cet aperçu des conceptions nationales, les argumentaires sur lesquels elles s'appuient. Marqués par une dimension substantielle, ces raisonnements valorisent la protection des droits fondamentaux nationaux et de manière plus ou moins ambivalente leur subsidiarité, leur spécificité ou leur niveau plus ou moins élevé.

- 1662 Ce faisant ce sont souvent des réserves de constitutionnalité ou des limites à la primauté qui permettent de prôner un retour aux standards internes de sauvegarde des droits fondamentaux, indépendamment du champ d'application des standards européens. La doctrine italienne des « contre-limites », c'est-à-dire des principes nationaux fondamentaux érigés en obstacle à l'intégration européenne par les juridictions constitutionnelles nationales, est à cet égard fort ancienne³²¹⁷, et a pu trouver des résonnances auprès d'autres hautes juridictions nationales³²¹⁸.

³²¹⁴ Voir supra § 664.

³²¹⁵ Voir supra § 899.

³²¹⁶ Voir supra § 665 et s.

³²¹⁷ Elle date de la décision de la Cour constitutionnelle italienne, 18 décembre 1973, *Frontini*, jugement 183/73. La formule des *controlimiti* a été introduite dans le milieu académique italien par P. BARILE, « Ancora su diritto comunitario e diritto interno », dans *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, Florence, 1969, p.49 et s., selon G. MARTINICO et O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, préc., p. 11.

Cela étant, si les cours nationales ont pu considérer que la protection des droits fondamentaux nationaux devait être prépondérante par rapport à celle opérée par le droit de l'Union, elles n'ont pas toujours argumenté sur son bien-fondé ou précisé s'il fallait distinguer selon les standards et comment (1). Aujourd'hui toutefois, de plus en plus de juridictions nationales entendent protéger seulement ce qui constitue le cœur de leur droit constitutionnel ou leur identité constitutionnelle sans que cela apporte toujours de réponse claire quant à la concurrence des protections (2). L'utilisation de la technique de la protection équivalente par certaines juridictions apparaît finalement comme l'argumentation la plus précise et donc particulièrement intéressante pour contester la logique descendante de l'Union dans la protection des droits et libertés (3).

1. Les contestations nationales « abruptes » des standards de protection de l'Union européenne

1663 Le Conseil d'État italien a pu estimer par exemple que s'agissant de la protection des droits fondamentaux, la souveraineté nationale était absolue et empêchait le contrôle ou même l'influence du droit de l'Union en ce domaine, niant purement et simplement le principe européen de la primauté³²¹⁹. Une telle conception restrictive des contre-limites, puisque tous les standards nationaux constitutionnels, ceux dont le contenu a été reconnu par la Cour constitutionnelle³²²⁰, bénéficient de la prévalence, constitue une confrontation assez brutale avec le droit européen. Ici le seul argument de la souveraineté comme fondement de la prévalence nationale, laisse penser que pour la haute juridiction, seul le niveau d'édiction du standard de protection compte. Ceci correspondrait alors à un principe de subsidiarité très élémentaire selon lequel les standards de protection nationaux seraient toujours les mieux à même de trancher les questions de droits et libertés, quels qu'ils soient.

³²¹⁸ On peut citer l'Allemagne, la France, l'Espagne, la Grande-Bretagne, le Danemark, la Pologne, Chypre ou la République Tchèque : *ibid.*, p. 12. Mais aussi l'Irlande ou la Hongrie : A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *CML Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1454, spéc. p. 1433. Pour les États que nous n'avons pas retenus comme exemples en infra voir les références bibliographiques citées par les auteurs.

³²¹⁹ L. DANIELE, « La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel? », *CDE*, 2006, pp. 67-81, spéc. p. 77.

³²²⁰ L. BURGOGUE-LARSEN, dir., *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, 168 p., p. 78. Ainsi « l'objet de cette réserve ne serait pas seulement la sauvegarde du noyau dur, du contenu essentiel des droits fondamentaux tels que protégés par la Constitution nationale, solution qui laisserait en dehors du contrôle constitutionnel des limitations de ces mêmes droits qui seraient à la fois limitées et nécessaires pour assurer le respect des principes communautaires tel que celui de non-discrimination ou de la libre circulation ».

- 1664 D'autres juridictions ont pu s'appuyer sur l'argument de la souveraineté nationale pour justifier le recours aux standards internes, ou constitutionnels, de protection. C'est le cas de la Cour constitutionnelle polonaise qui a cependant utilisé l'argument de manière moins brusque en estimant qu'en cas de conflit entre le droit communautaire et la Constitution cette dernière devait prévaloir³²²¹, puisque « les règles de la Constitution en matière des droits et libertés des individus déterminent un seuil minimal et infranchissable qui ne peut n'être ni diminué ni mis en question suite à l'introduction des réglementations communautaires »³²²². La juridiction met en avant l'importance du niveau minimal de protection à travers l'idée de seuil tout en cumulant cette exigence avec celle de respecter tous les droits fondamentaux nationaux sans en préciser lesquels. Une telle formulation tendrait en réalité à mettre en avant une règle de prévalence fondée sur une subsidiarité sans nuances plutôt qu'une règle de spécificité.
- 1665 Ce type d'assertion de la part des juridictions nationales pour promouvoir purement et simplement l'ensemble des standards de protection nationaux, et donc leur propre contrôle, à la place de ceux de l'Union, demeure toutefois peu fréquent dans l'Union. La tendance est en effet à circonscrire davantage les contre-limites à la primauté du droit européen, ce qui peut permettre parfois d'opérer une distinction selon les standards et donc d'accepter des standards européens.

2. La tendance des juridictions nationales à protéger uniquement le cœur de leur droit constitutionnel ou leur identité constitutionnelle

- 1666 On a pu faire le constat que lorsque les Cours constitutionnelles nationales avaient posé des limites à la primauté communautaire, elles avaient aujourd'hui plutôt tendance à les cantonner au

³²²¹ Tribunal constitutionnel de la République de Pologne, 11 mai 2005, K 18/04, « Appartenance de la Pologne à l'Union européenne » (Traité d'adhésion) (disponible en ligne en français : trybunal.gov.pl/fileadmin/content/omowienia/K_18_04_FR.pdf), § 13. En conséquence « la Nation en sa qualité souveraine, ou un pouvoir public national autorisé par la Constitution à représenter la Nation, devrait prendre une décision portant soit sur la révision de la Constitution, soit faisant modifier des réglementations communautaires, soit, à la limite, sur la sortie de la Pologne de l'Union européenne ». voir M.-E. BAUDOIN, « Les pays d'Europe centrale et orientale face à l'articulation des sources de protection des droits fondamentaux » dans É. DUBOUT et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 279-301, p. 295.

³²²² Tribunal constitutionnel de la République de Pologne, *Traité d'adhésion*, préc., § 14. Elle précise ainsi avant que « Le principe de l'interprétation du droit national « favorable au droit européen » que le Tribunal constitutionnel a jusque-là formulé dans sa jurisprudence a ses limites. En aucun cas, il ne peut entraîner des résultats contraires à la teneur explicite des règles constitutionnelles et contraires au minimum des fonctions de garantie réalisées par la Constitut.

noyau dur de leur droit constitutionnel³²²³, voire explicitement à la protection de leur identité constitutionnelle³²²⁴.

1667 Cette notion a fait l'objet d'études doctrinales particulièrement riches³²²⁵, et si son contenu reste encore à appréhender³²²⁶, nous nous contenterons ici d'en étudier la fonction dans l'argumentaire de contestation développé par les juridictions nationales.

1668 Ainsi, l'impératif de respecter l'identité ou le cœur du droit constitutionnel national peut servir à limiter l'intégration communautaire au-delà de la question des droits fondamentaux³²²⁷, mais trouve dans ce domaine une résonance particulière. En effet, la « contrepartie » à la primauté

³²²³ C. VAN DE HEYNING, « The European Perspective: From Lingua Franca To a Common Language » dans M. CLAES, et al., dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 181-204, p. 187 et s. voir aussi A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1433 et s.

³²²⁴ C'est le cas de l'Allemagne (décision Lisbonne), de la Pologne (Tribunal constitutionnel de la République de Pologne, 24 novembre 2010, K 32/09, http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_32_09_EN.pdf, voir É. SAULNIER-CASSIA, « À propos de l'arrêt du Tribunal constitutionnel de la République de Pologne, 24 novembre 2010, K 32/09 », *RTDE*, vol. 2, 2011, pp. 500-502.), de l'Espagne (décision du Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, déclaration (DTC) 1/2004, voir J. A. Del VALLE GALVEZ, « Constitution espagnole et traité constitutionnel européen. La déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004 », *CDE*, vol. 41, 2005, pp. 705-723; L. BURGORGUE-LARSEN, « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : “Un Solange II à l'espagnole” », en ligne: *CCC*, vol.18, 2005, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/la-declaration-du-13-decembre-2004-dtc-n-1-2004-br.51927.html>>). Parfois la notion d'identité constitutionnelle apparaît implicitement dans la jurisprudence, comme dans celle de la Cour constitutionnelle Tchèque, 28 novembre 2008, Pl US. 19/08. Elle est rarement issue d'une protection textuelle explicite : M.-C. PONTTHOREAU, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », en ligne: *VIIe Congrès mondial de l'AIDC*, 2007, <<http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop4/Ponthoreau.pdf>>. Sur les dispositions constitutionnelles nationales portant sur cette question voir aussi V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie? » dans J.-C. MASCLET, et al., dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, 2010, pp. 80-94, p. 84 et s.

³²²⁵ Parmi une doctrine très abondante : M. CLAES, « Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway? » dans M. CLAES, et al., dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 205-233; S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre “identité nationale” et “identité constitutionnelle” », *RFDC*, vol. 91, 2012, pp. 13-44; C. GREWE et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États-membres de l'Union européenne : Flash Back sur le coming-out d'un concept ambigu », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 319-345; J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON, dir., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union Européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 334 p; L. BURGORGUE-LARSEN, dir., « L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe », préc; M.-C. PONTTHOREAU, « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », préc; F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ Lextenso Éditions, 2013, 386 p; J. STERCK, *Identité constitutionnelle des États membres et primauté du droit de l'Union européenne : Étude comparée de l'Irlande et de la France*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux et Université de Berlin, 2013, 548 p.

³²²⁶ Voir infra § 1861 et s.

³²²⁷ C'est le cas par exemple dans la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, BVerfGE 73, p. 240, « *Décision sur le Traité de Lisbonne* ». Sur cette décision voir D. DITTERT, « La Cour constitutionnelle allemande et le traité de Lisbonne », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 847 - 859. Voir supra § 677.

communautaire se trouve pour certaines juridictions nationales dans le respect de ce qui constitue le cœur de sa Constitution, ou son identité, parmi lesquels les valeurs et droits fondamentaux se trouvent souvent inclus³²²⁸. Si ce sont l'ensemble des droits fondamentaux constitutionnels qui bénéficient de l'immunité vis-à-vis du droit de l'Union au nom du respect de l'identité constitutionnelle, alors le principe de spécificité n'est d'aucune aide pour choisir entre les standards nationaux ou européens³²²⁹.

- 1669 En revanche, d'autres Cours ont été un peu plus précises et ont exigé le seul respect des droits fondamentaux essentiels de la Constitution nationale et ont parfois donné des exemples de ce qui pouvait constituer le cœur des droits fondamentaux nationaux³²³⁰. Le principe de spécificité peut alors être le véritable fondement du recours aux standards nationaux, tout comme dans d'autres approches plus élaborées fondées sur l'équivalence.

3. Le principe de l'équivalence des protections dans les jurisprudences nationales

- 1670 Le principe de l'équivalence des protections³²³¹, règle à la fois de reconnaissance nationale des standards européens et de recours résiduel aux standards nationaux, a pu se manifester dans plusieurs jurisprudences des États membres.
- 1671 La célèbre approche de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans le cadre des jurisprudences « *Solange* » et celles qui les ont succédé³²³², peut être considérée comme la

³²²⁸ C'est le cas de l'Espagne dans la décision constitutionnelle sur le *Traité constitutionnel* préc., ou de la décision Cour constitutionnelle lettone du 7 avril 2009, aff. 2008-35-0 sur le *Traité de Lisbonne*. Voir aussi le cas italien qui distingue ce qui est essentiel de ce qui est spécifique dans la Constitution et dans lequel l'argument fondé sur la souveraineté revient également : M. CARTABIA, « The Legacy of Sovereignty in Italy » dans N. WALKER, dir., *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hard Publishing, 2003, pp. 305-326, p. 315 et s. L'auteur critique d'ailleurs cette argumentation et s'interroge sur le fait de savoir comment des valeurs (l'essentiel) peuvent être souveraines par elles-mêmes (p. 319).

³²²⁹ On peut se demander en revanche si la décision de la Cour constitutionnelle hongroise de 2006 (Décision du 16 juin 2006, n°1053/E/2005) ne met pas davantage l'accent sur une question de niveau lorsqu'elle limite son contrôle, et donc le recours aux standards nationaux, aux cas extrêmes d'une violation manifeste et directe des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Voir M.-E. BAUDOIN, « Les pays d'Europe centrale et orientale », préc., p. 296; L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *RDP*, 2007, p. 1099 et s.

³²³⁰ Ainsi la Cour constitutionnelle Tchèque considère que la protection des minorités nationales et des groupes ethniques, le principe de non-discrimination et la libre concurrence entre les partis politiques sans recourir à la violence font partie du noyau dur constitutionnel : décision de 2008 préc. § 208. Voir aussi le cas irlandais quant à la protection de l'enfant à naître protégé par la Constitution (Art 40 III No. 3) dans M. KUMM, « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *ELJ*, vol. 11, 2005, pp. 262-307, spéc. p. 298.

³²³¹ Sur cette question, voir S. PLATON, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 495-507.

première de cette lignée. Elle estima en effet qu'elle ne contrôlerait pas le droit dérivé de l'Union ou sa mise en œuvre par les autorités allemandes « tant que l'Union européenne assure une protection des droits fondamentaux dont le contenu et l'efficacité sont essentiellement équivalents à la protection des droits fondamentaux considérée comme impérative par la Loi fondamentale »³²³³. La Cour a ainsi renoncé à son contrôle constitutionnel au profit des standards européens en raison d'une correspondance quant au niveau général de protection entre les standards constitutionnels et communautaires. Elle affirme par là même une « réserve formelle de vérification »³²³⁴ et ce faisant la suprématie constitutionnelle nationale dans le cas où le niveau européen descendrait en deçà du niveau de protection des droits fondamentaux reconnu comme indispensable au niveau national³²³⁵. Autrement dit, la présomption d'équivalence des protections, et donc de la reconnaissance du standard de protection de l'Union exercé par la Cour de justice, tombe dès lors que le requérant peut démontrer un abaissement global du niveau de garantie. L'intensité des standards de garantie des libertés, ici apprécié de manière globale, est bien le critère déterminant le choix entre les standards de protection tout en affichant une suprématie nationale résiduelle et exceptionnelle³²³⁶.

- 1672 Le principe de la protection équivalente a par la suite connu un véritable succès auprès d'autres juridictions pour justifier la renonciation à un contrôle des droits fondamentaux au profit d'un autre système juridique disposant d'un certain degré de confiance. Ainsi les rapports entre le système conventionnel européen des droits de l'homme et celui de l'Union européenne a pu en bénéficier dans le cadre de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

³²³² La Cour constitutionnelle fédérale allemande, renoue dans la décision dite des Bananes (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7 juin 2000, aff. 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, p. 147, « Organisation commune des marchés dans le secteur de la banane ») avec sa décision « *Solange II* » (Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339 II, « *Solange II* ») après que la décision du 12 octobre 1993, BVerfGE vol. 89, p.155, « *Traité de Maastricht* », a été considérée comme plus ambiguë sur cette question. Dès 1986 elle estime qu'elle n'exercera plus son contrôle sur le droit communautaire.

³²³³ Réitéré dans Cour constitutionnelle fédérale allemande, « Décision sur le *Traité de Lisbonne* », préc., p. 191.

³²³⁴ R. GUSKI, « L'Allemagne » dans É. DUBOUT et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 217-226, p. 219.

³²³⁵ Dans la décision des Bananes préc., elle fixe ainsi des conditions restrictives au contrôle de conformité des droits fondamentaux des actes de l'Union européenne puisqu'il faudra démontrer, de façon circonstanciée, l'existence d'une pratique généralisée au niveau européen – notamment une pratique jurisprudentielle de la Cour de justice – qui reste en deçà du niveau de protection des droits fondamentaux reconnu comme indispensable au niveau national.

³²³⁶ Précisons en outre que la Cour fédérale constitutionnelle allemande limite en plus la primauté des standards de l'Union au nom du respect de son identité constitutionnelle dont les droits fondamentaux constitutionnels font partie : voir Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 mars 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, « rétention des données ».

*Bosphorus*³²³⁷, mais aussi ceux entre le système onusien et celui de l'Union européenne dans le cadre de la décision *Kadi*³²³⁸ de la Cour de justice européenne³²³⁹.

1673 On trouve en outre auprès d'autres juridictions nationales une utilisation du constat de la protection équivalente des droits et libertés entre les standards nationaux et européens pour éviter les frictions entre les exigences du droit européen et du droit interne, sans mettre fin aux revendications concurrentes de primauté. Ainsi la Cour constitutionnelle autrichienne a pu estimer que « sur le fondement de la situation juridique interne, il découle du principe d'équivalence que les droits reconnus par la *Charte des droits fondamentaux* peuvent également être invoqués en tant que droits constitutionnellement garantis », dans le champ d'application de la *Charte*³²⁴⁰. Ceci lui permet en réalité de se conformer aux exigences du droit de l'Union, tout en procédant formellement à un contrôle de constitutionnalité. Au-delà de l'apparent apaisement des rapports normatifs³²⁴¹ axé sur un raisonnement non plus formaliste, mais sur la substance des standards des droits et libertés, au cas par cas³²⁴², force est de constater qu'à défaut de correspondance avec les standards nationaux, ces derniers prévaudront. Cette lecture *a contrario* d'une telle technique d'équivalence permettrait donc ici de mettre l'accent, non pas tellement sur

³²³⁷ Cour européenne des droits de l'homme, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS contre Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98, voir F. BENOÎT-ROHMER, « À propos de l'arrêt "Bosphorus Air Lines" du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 827 et s. Cette jurisprudence deviendrait toutefois inutile en cas d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, voir par exemple : D. SZYMCAK, « La perspective d'un contrôle externe des actes de l'Union européenne » dans TINIÈRE, R. et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 357-375, p. 360 et s.

³²³⁸ CJCE (GC), 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, Aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P., *Rec. 2008*, p. I-06351.

³²³⁹ Sur ces décisions fort intéressantes, mais se situant en dehors de notre champ d'études, voir par exemple S. PLATON, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », préc.; X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? » dans M. FATIN-ROUGE STEPHANINI et G. SCOFFONI, dir., *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, PUAM, 2013, p. 16 p, p. 10 et s.

³²⁴⁰ Cour constitutionnelle autrichienne du 14 mars 2012 dans les affaires U 466/11, U 1836/11, par. 35, <http://www.vfgh.gv.at>

³²⁴¹ Pour un commentaire de cette décision voir notamment : R. KLAUSHOFER et R. PALMSTORFER, « Austrian Constitutional Court Uses Charter of Fundamental Rights of the European Union as Standard of Review: Effects on Union Law », *EPL*, vol. 19, 2013, pp. 1-12. Les auteurs estiment qu'une telle approche relativise en réalité la primauté du droit de l'Union et ne constitue qu'une « victoire à la Pyrrhus » pour le droit de l'Union (p. 11) d'autant que la Cour autrichienne aurait, semble-t-il, l'intention de ne recourir à la question préjudicielle que de manière exceptionnelle.

³²⁴² *Ibid.*, p. 9.

le niveau de protection, mais sur sa spécificité. Si ce dernier aspect n'est pas des plus visibles dans le cas autrichien, la jurisprudence française est quant à elle beaucoup plus explicite.

- 1674 Le droit français a aussi eu recours à la technique de la protection équivalente des droits et libertés, pour reconnaître les standards de protection de l'Union, cette fois-ci à la faveur d'un contrôle exercé par le juge européen (contrairement au juge autrichien et comme le juge allemand) et sous réserve de certaines conditions. Le Conseil constitutionnel français établit en effet dans sa décision *Économie numérique* de 2004 qu'en vertu de la clause constitutionnelle d'appartenance à l'Union (l'article 88-1) il existe une exigence de transposition des directives, et qu'il appartient au juge communautaire de contrôler le respect des directives communautaires des droits fondamentaux sauf « disposition expresse contraire de la Constitution »³²⁴³. Ce faisant, le Conseil reconnaît son incompetence quant au contrôle du droit dérivé de l'Union au profit de la Cour de justice, sur le fondement du droit constitutionnel national. Il se conforme ainsi aux obligations du droit de l'Union tout en précisant qu'elles trouvent leur fondement dans la Constitution nationale, ce qui lui permet d'affirmer sa suprématie³²⁴⁴. Mais surtout à travers la réserve constitutionnelle limitant le recours aux standards européens de contrôle des droits fondamentaux, il démontre à la fois le refus d'une soumission inconditionnelle au droit de l'Union (et en conteste ainsi la suprématie) tout en restreignant à des cas spécifiques le retour aux standards constitutionnels nationaux de contrôle. Autrement dit, le Conseil admet l'utilisation des standards européens, sauf lorsqu'il existe des clauses constitutionnelles spécifiques³²⁴⁵, celles qui n'ont donc pas d'équivalent au niveau de l'Union. Cela revient alors à reconnaître les standards européens par équivalence, puisqu'en cas de spécificité nationale, les standards (et le contrôle) nationaux reprennent le dessus, même si la portée de la spécificité n'était pas des plus claire en 2004. En effet, le contenu de la réserve constitutionnelle était apparu fort ambivalent aux observateurs³²⁴⁶, et sa formulation a été modifiée dans une décision de 2006 au profit d'une

³²⁴³ Conseil Constitutionnel, 10 juin 2004, 2004-496 DC, « *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* » : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ».

³²⁴⁴ Suprématie proclamée d'ailleurs explicitement puisque l'existence du principe de primauté selon le Conseil « est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne », Conseil Constitutionnel, 19 novembre 2004, 2004-505 DC, « *Traité établissant une constitution pour l'Europe* ».

³²⁴⁵ En ce sens, voir le commentaire officiel de la décision et B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA*, vol. Les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen, 2005, pp. 239-242; G. ALBERTON, « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore... (ou les répercussions de la décision rendue le 19 novembre 2004 sur le juge ordinaire) », *AJDA*, 2006, pp. 593-601.

³²⁴⁶ Voir par exemple G. ALBERTON, « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore », préc.

interdiction d'aller « à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France »³²⁴⁷. Désormais plus que la spécificité des standards nationaux, le retour à un contrôle national doit se justifier par un particularisme révélant une valeur fondatrice, inhérente au droit constitutionnel national, par opposition donc à une valeur « équivalente ».

1675 Le Conseil d'État français a ensuite suivi les traces de sa juridiction constitutionnelle dans l'affaire *Arcelor*³²⁴⁸. Il a ainsi fait de l'équivalence des protections³²⁴⁹ le principe permettant d'attribuer le contrôle des droits fondamentaux des actes réglementaires français assurant la transposition des actes de l'Union soit au juge de l'Union soit au juge administratif français. En effet, ce dernier sera compétent, s'il n'existe pas de « règle ou de principe général du droit communautaire qui, eu égard à sa nature et à sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué ». Ici c'est très clairement un principe de spécificité des standards nationaux de protection des libertés qui permet de les préférer, selon le droit français³²⁵⁰, aux standards de l'Union³²⁵¹.

1676 Au final la technique de la protection équivalente permet de reconnaître la primauté du droit de l'Union et d'éviter les frictions entre les autonomies normatives tout en affirmant que pour les juridictions constitutionnelles, l'ordre de référence demeure l'ordre étatique. Ce faisant, l'absence d'équivalence, soit quant au niveau général de protection, soit au cas par cas quant à l'intensité ou quant à la spécificité de la protection, entraîne une négation de la primauté du droit de l'Union, mais exceptionnelle ou résiduelle. Indubitablement de tels raisonnements contestent la logique descendante de la Cour de justice et procèdent à un « renversement de la hiérarchie

³²⁴⁷ Conseil Constitutionnel, 27 juillet 2006, 2006-540 DC, « *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* ».

³²⁴⁸ CE, Ass., 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine e. a.*, conclusions GUYOMAR, Rec., p. 55. Parmi les nombreux commentaires de cette décision voir notamment : F. LENICA et J. BOUCHER, « Le juge administratif et le statut constitutionnel du droit communautaire dérivé », *AJDA*, 2007, p. 577 et s.

³²⁴⁹ Voir M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *RFDA*, 2007, p. 384 et s.

³²⁵⁰ Le Conseil d'État estime également que seule la *Constitution* française bénéficie de la suprématie normative : Conseil d'État, Ass, 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, Lebon 368 et Conseil d'État, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Lebon 624.

³²⁵¹ On notera toutefois avec Anne Levade une différence d'approche entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel : « Alors que celui-ci se contente de vérifier que le principe invoqué est bien protégé en droit communautaire, celui-là, marquant sa différence, fait le choix de rechercher si le principe, existant en droit communautaire, bénéficie d'une protection effective » : A. LEVADE, « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, 2007, p. 564 et s.

imposée par l'ordre concurrent »³²⁵². La technique de l'équivalence participe à la fois d'une logique conciliatrice, dans la mesure où la reconnaissance des standards européens est générale, voire présumée, mais n'écarte pas non plus les situations conflictuelles avec la Cour de justice à qui l'on nie dans des cas résiduels la possibilité de contrôler les droits fondamentaux selon ses standards.

1677 Si le retour aux standards nationaux se justifie soit parce que les standards européens ne protègent pas certaines valeurs soit parce qu'il ne les protège pas de manière satisfaisante³²⁵³, ce qui correspond aux critères de la spécificité et du niveau de protection, force est de constater que la question de la subsidiarité n'est pas pour autant oubliée. En effet, tant dans la jurisprudence allemande que la jurisprudence française, la préférence pour les standards nationaux ne peut se justifier que lorsque le droit national contrôlé ne se contente pas de reprendre entièrement le contenu matériel du droit de l'Union européenne³²⁵⁴. Ces juridictions nationales n'entendent ainsi pas contrôler directement le droit dérivé de l'Union, mais seulement la manière dont le droit national l'a mis en œuvre, ce qui implique qu'il dispose d'une marge de manœuvre laissée par le législateur européen, notamment lors de la transposition nationale des directives.

1678 La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande de 2010, « *réétention des données* », ³²⁵⁵ montre toutefois les ambivalences de cette répartition subtile entre Cour constitutionnelle nationale et Cour de justice européenne³²⁵⁶. En réalité la Cour constitutionnelle allemande est allée plus loin que le contrôle des modalités établies par le législateur national sur lesquelles la directive laissait une marge de manœuvre. Elle examine aussi des aspects de la

³²⁵² X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection », préc., p. 12.

³²⁵³ *Ibid.*, p. 4.

³²⁵⁴ En droit français on exige que les dispositions de la directive en cause soient « précises et inconditionnelles » et ne laissent aucune marge de manœuvre aux autorités réglementaires (décision *Arcelor* préc.) ou au législateur (décision *Économie numérique* préc.) pour ne pas procéder au contrôle. De la même manière en droit allemand « (l)orsqu'une mesure nationale d'application ne se présente pas comme un acte prédéterminé par l'Union, elle reste attribuable à un pouvoir public allemand et doit par conséquent se conformer aux droits fondamentaux établis par la Loi fondamentale. » : D. HANF, « Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la loi fondamentale. L'apport de l'arrêt "réétention des données" et de la décision Honeywell du BVerfG », *CDE*, vol. 46, 2010, pp. 515-549, spéc. p. 522.

³²⁵⁵ Cour constitutionnelle fédérale allemande, « réétention des données », préc.

³²⁵⁶ En effet on a pu commenter la décision dans ce sens : « quand le droit de l'Union laisse au législateur national une marge de manœuvre dans la mise en œuvre, les exigences de protection des droits fondamentaux posées par la Loi fondamentale reprennent le dessus ; par un effet mécanique, le contrôle du Tribunal constitutionnel est alors réactivé. Subtile répartition des compétences (pour ne pas dire des responsabilités) entre les acteurs judiciaires de l'espace politique de l'Union européenne... qui implique notamment un examen parcimonieux de la notion de marge de manœuvre dans l'opération de transposition » : L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2010) », *RDP*, vol. 4, 2011, p. 1021.

directive sur lesquels il n'y avait pas de marge et contrôle indirectement la conformité de la directive européenne vis-à-vis des standards nationaux, sans poser de question préjudicielle à la Cour de justice, allant donc à l'encontre du monopole de contrôle affirmé par cette dernière³²⁵⁷. Les juges constitutionnels allemands prennent en outre la peine de préciser qu'ils mettent en œuvre une réserve de constitutionnalité puisque l'exercice de la liberté des citoyens ne pas être saisi et enregistré « appartient à l'identité constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne que la République fédérale doit préserver dans les rapports européens et internationaux »³²⁵⁸. Au final, en estimant que seule la mesure nationale de transposition est déclarée inconstitutionnelle, les juges allemands tiennent pour responsable uniquement le législateur allemand du non-respect des droits fondamentaux et évitent un conflit direct avec le droit de l'Union tout en prônant des exigences très élevées en matière de la protection des données personnelles³²⁵⁹.

- 1679 Dans le même ordre d'idée, l'attitude du Conseil Constitutionnel français dans l'affaire *Jeremy F.*³²⁶⁰ était beaucoup plus respectueuse du droit de l'Union puisque son contrôle de la loi nationale de transposition était justifié par la réponse donnée par la Cour de justice dans le cadre du recours préjudiciel, qui lui avait accordé la marge de manœuvre nécessaire³²⁶¹.
- 1680 De manière générale, l'attitude conciliatrice avec le droit de l'Union demeure une caractéristique des jurisprudences nationales qui contestent les standards européens ou leur application absolue sur le droit national. La contestation correspond souvent à des postures dogmatiques (pour affirmer la souveraineté nationale), des revendications pour maintenir des spécificités nationales plus ou moins précises ou pour militer pour des exigences élevées de protection des libertés. Mais elle reste « de principe » dans la mesure où en dépit de l'affirmation de réserves constitutionnelles, les juridictions n'ont pas franchi le cap de déclarer directement non-conforme une norme de l'Union avec les standards constitutionnels de protection. L'approche pacificatrice a toutefois des limites dans la mesure où les juridictions nationales peuvent en théorie être

³²⁵⁷ Par son interprétation nationale le juge allemand s'octroie un pouvoir du « premier mot » qui devrait en effet être confirmé par la Cour de justice, en ce sens : D. HANF, « Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit », préc., p. 527.

³²⁵⁸ Cour constitutionnelle fédérale allemande, « rétention des données », préc., § 128, traduction de *ibid.*, p. 528.

³²⁵⁹ *Ibid.*, p. 529-530.

³²⁶⁰ CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. contre Premier ministre*, C-168/13 PPU, *Rec. numérique*. Et la décision du Conseil Constitutionnel, 4 avril 2013, 2013-314 P QPC, AJDA 2013. 711, « *Jeremy F.* »

³²⁶¹ En ce sens : B. BONNET, « Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes... », *RDP*, 2013, p. 1229 et s.

amenées à choisir entre une interprétation conciliatrice au risque de renoncer à leurs valeurs ou leur identité constitutionnelle et une interprétation nationale en considérant comme résiduel le risque de conflit véritable³²⁶².

1681 Les résistances nationales à la logique descendante de la Cour de justice sont donc en pratique de nature conciliante et ne visent pas la dépréciation des normes de l'Union en tant que telles³²⁶³. Elles n'en demeurent pas moins d'indéniables contestations de la verticalité que vise à imposer le droit de l'Union et sa Cour de justice. L'identité constitutionnelle apparaît à cet égard comme une « norme de résistance »³²⁶⁴ de plus en plus mobilisée par les juridictions nationales face à l'intégration européenne, y compris celle passant par les droits et libertés, mais pas uniquement³²⁶⁵. Malgré ce langage contestataire commun fondé sur l'identité constitutionnelle, la notion ne recouvre pas toujours les mêmes réalités fonctionnelles ou matérielles parmi les États membres. Si les différences de contenu des identités constitutionnelles des États sont inhérentes à la diversité de leurs constructions normatives, qui peuvent donc protéger des valeurs distinctes, l'identité constitutionnelle ne sert pas toujours à contrer la logique descendante de l'Union de la même manière. S'agissant des droits fondamentaux, elle peut favoriser un principe de subsidiarité plus ou moins nuancé, un principe de spécificité dont le contenu lui-même n'est pas toujours identique³²⁶⁶, voire servir à soutenir une protection élevée d'un droit fondamental³²⁶⁷.

1682 En tout état de cause, on peut se demander si ces contestations rendent inopérantes la solution hiérarchique et la logique descendante de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux. On peut en effet très bien considérer qu'elles sont des manifestations d'une autre logique

³²⁶² A. LEVADE, « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *ADE*, vol. II, 2004, pp. 173-197, spéc. p. 193.

³²⁶³ Voir notamment à propos de la décision du Tribunal constitutionnel espagnol sur le *Traité constitutionnel* préc., L. BURGORGUE-LARSEN, « “Un Solange II à l'espagnole” », préc. Sur le cas italien voir C. VAN DE HEYNING, *Fundamental Rights Lost in Complexity. The Protection of Fundamental Rights against Violations by the Rulemaker in Converging National and European Legal Systems*, thèse de doctorat en droit, Universiteit Antwerpen Faculteit Rechten, 2011, 558 p. p. 100.

³²⁶⁴ F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, préc., partie première.

³²⁶⁵ Le principe hiérarchique ne s'applique pas uniquement vis-à-vis des instruments de protection des droits et libertés, et sa mise en œuvre autoritaire peut tout aussi bien concerner des normes auxquelles les autonomies normatives attachent une importance particulière sans qu'elles portent sur des droits fondamentaux. Lorsqu'elles existent, les critiques à l'encontre du principe hiérarchique et de son interprétation prétorienne sont donc plus globales et ne se concentrent pas systématiquement sur les libertés.

³²⁶⁶ Ainsi selon Monica Claes, l'identité constitutionnelle française met l'accent sur ce qui différencie la *Constitution* française, alors que dans l'approche allemande de l'identité constitutionnelle est relative au cœur de la Constitution peu importe que ces valeurs et principes soient partagés ailleurs en Europe. M. CLAES, « Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway? », préc., p. 225 et s.

³²⁶⁷ Voir la décision allemande « rétention des données » préc.

verticale, dont le sommet serait cette fois-ci la Constitution nationale (et son interprète), l'ordre juridique étatique reprenant alors sa place originare d'ordre de référence suprême. On peut à l'inverse traiter ces contestations comme de simples revendications de pur fait du point de vue de l'ordre juridique européen, c'est-à-dire des irrégularités³²⁶⁸, des anomalies³²⁶⁹ ou des violations³²⁷⁰ qui ne remettent donc pas en cause le dogme de la verticalité telle qu'instaurée par la Cour de justice. Mais le principe de l'équivalence des protections³²⁷¹ et plus largement les actes de reconnaissance des droits constitutionnels nationaux laissent penser que les autonomies normatives nationales et européennes peuvent se concevoir sur le plan horizontal, à tout le moins lorsqu'il s'agit de garantir les droits et libertés. Cette reconnaissance de part et d'autre, ou cette « contractualisation » des rapports entre systèmes normatifs³²⁷², peut aussi se lire à travers certaines clauses européennes que les États ont aussi mobilisées pour contrer la logique descendante de l'Union.

B. Les résistances nationales à la logique descendante à travers les textes normatifs de l'Union

- 1683 Les États membres, « maîtres des traités » peuvent à l'évidence contrer la logique descendante de la Cour de justice en matière de droits fondamentaux en modifiant les textes fondateurs.
- 1684 Ils peuvent en premier lieu protéger certaines spécificités constitutionnelles touchant les droits fondamentaux à travers certaines déclarations unilatérales à l'effectivité limitée³²⁷³, et surtout grâce à des protocoles leur permettant une différenciation quant aux standards de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union. Ces derniers ont en effet l'avantage d'être « plus discrets que les traités eux-mêmes (et) possèdent cependant une valeur juridique identique »³²⁷⁴.

³²⁶⁸ Voir : X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection », préc., p. 6.

³²⁶⁹ Voir D. De BÉCHILLON, « Cinq Cours suprêmes? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, vol. 137, 2011, p. 33-45, spéc. p. 37 et s.

³²⁷⁰ O. DUBOS, « Inconciliable Primauté. L'identité nationale Sonderweg et Self-Restraint au service du pouvoir des juges? » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 429-443, p. 440.

³²⁷¹ On a pu ainsi dire que « la recherche d'équivalence entre les normes supérieures, même implicite, constitue la clé de voûte du passage d'une lecture pyramidale à une vision hétérarchique des rapports de systèmes dans l'Union européenne » : É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel - Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *CDE*, vol. 2, 2013, pp. 293-317, spéc. p. 305.

³²⁷² X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection », préc., p. 13.

³²⁷³ Voir F.-X. MILLET, « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des États membres dans les traités sur l'Union européenne », *RAE-LEA*, vol. 2, 2013, pp. 329-343, spéc. p. 335 et s.

³²⁷⁴ V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle », préc., p. 87.

- 1685 S'agissant par exemple de la délicate question du droit à la vie de l'enfant à naître (et donc de l'interdiction de l'avortement), l'Irlande a ainsi fait annexer au *Traité de Maastricht* le protocole n° 17 empêchant toute atteinte à la disposition constitutionnelle les protégeant. Ce bouclier a été repris par le *Traité de Lisbonne*³²⁷⁵, même si aucune jurisprudence de l'Union n'avait véritablement mis en danger la spécificité irlandaise³²⁷⁶. Dans le même ordre d'idée, Malte a également fait adopter un protocole sur l'avortement, bien que la protection nationale ne fasse pas l'objet d'une protection constitutionnelle³²⁷⁷.
- 1686 D'autres protections « asymétriques » des particularismes dans les protocoles peuvent être citées³²⁷⁸. Par exemple, le protocole concernant le Danemark maintenant l'interdiction aux non-nationaux d'acquérir des résidences secondaires est quant à lui en direct contradiction avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité³²⁷⁹. Les protocoles finlandais et suédois à l'égard des peuples autochtones Saamis³²⁸⁰ méritent également d'être mentionnés.
- 1687 En tout état de cause, si ces protocoles peuvent être analysés comme des résistances efficaces à l'homogénéisation par les droits et libertés de l'Union quant à leur normativité, leur spécificité matérielle extrême et leur caractère nécessairement asymétrique territorialement, en font des instruments à portée limitée, qui peinent à véritablement militer pour une gestion plus horizontale de la protection des droits et libertés au sein de l'Union européenne. Les clauses horizontales de la *Charte* ont en revanche un potentiel beaucoup plus grand.
- 1688 En second lieu, certaines des clauses horizontales de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union*³²⁸¹ peuvent en effet être lues comme des tentatives de maintenir la place prépondérante des standards nationaux en limitant le champ d'intervention des standards européens (avec la clause portant sur le champ d'application, article 51), en valorisant les standards nationaux lorsqu'ils permettent une meilleure protection des droits et libertés (la clause de non-régression, article 53) ou en militant pour le respect de leurs spécificités (la clause sur l'identité nationale ou

³²⁷⁵ Protocole sur l'article 40.3.3 de la Constitution de l'Irlande.

³²⁷⁶ Voir supra § 1150 et 1575 l'affaire CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contre Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685.

³²⁷⁷ Le Protocole annexé à l'acte relatif aux conditions d'adhésion de la République de Malte et autres, dispose que rien dans les traités « n'affecte l'application, sur le territoire de Malte, de la législation nationale relative à l'avortement » : voir F.-X. MILLET, « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle », *préc.*, p. 338.

³²⁷⁸ Voir également supra § 1139 et s. le protocole n°30 sur lequel nous avons conclu qu'il ne constituait pas un véritable bouclier à l'égard de la *Charte*.

³²⁷⁹ Voir V. CONSTANTINESCO, « La confrontation entre identité constitutionnelle », *préc.*, p. 88.

³²⁸⁰ Protocole n° 3 de l'acte d'adhésion de la Suède et de la Finlande.

³²⁸¹ Voir supra § 985 et s.

la clause harmonie). Bien entendu, de telles clauses ne pourront susciter une logique horizontale qu'à la faveur d'une interprétation favorable. Or si la jurisprudence de la Cour de justice est à privilégier pour la déterminer, les jurisprudences nationales, juges de droit commun de l'Union, ne sont pas inintéressantes pour démontrer les tentatives de certaines juridictions de relativiser ou récuser la logique descendante de l'Union³²⁸².

1689 Certaines juridictions nationales ont ainsi retenu une interprétation défavorable à une large application des standards européens de protection par une lecture *a minima* de l'article 51 de la Charte³²⁸³. Cela étant, ce qui relève du déclenchement de l'application des standards européens ne participe pas nécessairement à l'élaboration d'une logique horizontale dans l'interprétation substantielle des droits et libertés. Cela contribue en revanche à démontrer la volonté parmi certaines juridictions nationales de résister aux standards européens de protection.

1690 La clause harmonie en revanche pourrait davantage, sinon redonner aux standards nationaux leur place, limiter l'interprétation uniformisante européenne. C'est en tout cas ce que semble croire le Conseil constitutionnel français, qui dans sa décision sur le *Traité constitutionnel* en 2004³²⁸⁴ (donc en dehors de toute interprétation possible par la Cour de justice) estime que :

³²⁸² Nous ne prétendons ici aucunement à l'exhaustivité quant à l'étude jurisprudentielle des clauses horizontales auprès des juridictions nationales, mais simplement montrer que la résistance ne passe pas uniquement par l'interprétation du droit purement national, mais aussi celle du droit de l'Union, même si cette dernière est par définition maîtrisée par la Cour de justice.

³²⁸³ Voir par exemple la décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07, contrôlant la loi relative à une base de données à des fins de lutte contre le terrorisme. Les juges constitutionnels ont estimé que la Charte de l'Union ne trouvait pas à s'appliquer en dépit de la jurisprudence *Fransson* de la Cour de justice, car si la loi contestée affecte indirectement le droit de l'Union elle n'en constitue pas une mise en œuvre en vertu de l'article 51 de la Charte. Les juges allemands ont estimé que la jurisprudence *Fransson* « s'explique uniquement par les caractéristiques particulières de la législation sur la T.V.A. et qu'il ne faut en tirer aucun enseignement général » ce qui semble une lecture peu orthodoxe de l'affaire : A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *RTDH*, vol. 97, 2014, pp. 215-235, spéc. p. 225. On a pu ainsi considérer que cette « décision d'opposition frontale » était un véritable « coup de tonnerre » : J. GERKRATH, « En tant que clé de voûte du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne la Charte demande une application large et décentralisée », en ligne: *Contribution au colloque « Deutsch-Französischer Gesprächskreis für öffentliches Recht »*, 2014, <http://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/13432/1/contribution%20e%CC%81cite%20DFGK_final_corrig%C3%A9%20p.17> p. 17.

³²⁸⁴ Conseil constitutionnel français, décision, « Traité établissant une constitution pour l'Europe », préc.

« dans la mesure où la Charte reconnaît des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, "ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions" ; que sont dès lors respectés les articles 1er à 3 de la Constitution qui s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »³²⁸⁵.

- 1691 Un tel raisonnement a laissé plus d'un observateur dubitatif³²⁸⁶ par son caractère lacunaire et rudimentaire lorsque l'on connaît le fonctionnement des traditions constitutionnelles communes telles qu'interprétées par la Cour de justice qui ne sauraient se réduire au plus petit dénominateur commun entre les États³²⁸⁷. Une telle interprétation a toutefois permis de neutraliser certaines dispositions de la *Charte* potentiellement conflictuelles avec le droit constitutionnel français qui rejette la reconnaissance de minorités auxquelles seraient reconnus des droits particuliers³²⁸⁸.
- 1692 Cette approche conciliante entre le droit constitutionnel et celui de l'Union se poursuit d'ailleurs dans la décision à propos du principe de laïcité, un principe cardinal en droit constitutionnel français³²⁸⁹. Le Conseil utilise cette fois les explications du présidium³²⁹⁰, qui renvoient à la *Convention européenne des droits de l'homme*, et selon le Conseil à la jurisprudence relative à la liberté de religion de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, il estime que celle-ci a « pris acte de la valeur du principe de laïcité reconnu par plusieurs traditions constitutionnelles nationales et qu'elle laisse aux États une large marge d'appréciation pour définir les mesures les plus appropriées, compte tenu de leurs traditions nationales, afin de concilier la liberté de culte avec le principe de laïcité »³²⁹¹. Le Conseil aurait ainsi pu utiliser la clause des droits

³²⁸⁵ Considérant 16, *ibid.*

³²⁸⁶ Voir par exemple : F. SUDRE, « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel "sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union". Réflexions critiques », *RFDA*, 2005, pp. 34-40 ; A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne. Institutions et ordre juridique*, Paris, Lextenso, 2013, 509 p., p. 131.

³²⁸⁷ Voir supra § 1465 et 1594.

³²⁸⁸ X. MAGNON et D. SIMON, « La jurisprudence communautaire du Conseil Constitutionnel (juin 2004-novembre 2004) », *CDE*, 2007, pp. 217-262, spéc. p. 253.

³²⁸⁹ D'aucuns estiment que le principe de laïcité ferait partie de l'identité constitutionnelle de la France, voir en ce sens le commentaire officiel du Conseil constitutionnel français qui cite comme exemple ce principe à propos des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : CC, « Commentaire de la décision n°2008-564 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°25, 2008, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2008/2008-564-dc/commentaire.101686.html>, p. 8.

³²⁹⁰ Ce qui était fort audacieux dans la mesure où en 2004 elles n'avaient pas la portée interprétative que le *Traité de Lisbonne* leur a attribuée ensuite.

³²⁹¹ Considérant 18, décision CC « Traité constitutionnel » préc. Le Conseil cite en particulier la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 4774/98.

correspondants avec la *Convention européenne*³²⁹². Quoi qu'il en soit, il tranche en faveur d'une conformité de la *Charte de l'Union* à la Constitution en ayant recours aux standards conventionnels, évitant donc au constituant français de choisir entre la *Charte* (et en réalité tout le *Traité constitutionnel*) et le principe constitutionnel de laïcité qui aurait dû être révisé si un conflit avait été constaté.

1693 Dans cette décision, le juge constitutionnel français adopte une approche non conflictuelle entre les standards de protection des libertés européens et nationaux tout en plaidant pour une utilisation des clauses interprétatives de manière respectueuse des particularismes nationaux. En effet une interprétation ultérieure contraire par la Cour de justice pourrait faire ressurgir l'existence d'un conflit. Sa décision constitue donc une forme d'avertissement sur l'importance en droit national portant sur la non-reconnaissance des minorités et le principe de laïcité³²⁹³. On peut aussi penser qu'en cas d'apparition d'un conflit (contrairement à ce qu'il semble préconiser) il pourrait être prêt à utiliser une réserve constitutionnelle, qui pourrait se fonder sur l'identité constitutionnelle. Cette décision est ainsi « pacifique » quant aux rapports avec le droit de l'Union puisqu'elle n'en constitue pas une contestation directe. Elle envoie cependant un message clair pour le maintien de standards nationaux sur ces domaines. Sans être un franc plaidoyer pour l'introduction d'une logique horizontale, elle démontre que les frictions potentielles sur des droits fondamentaux précis sont des préoccupations réelles et peuvent être résolues à condition de renoncer à une interprétation homogénéisante.

1694 Cette interprétation conciliante sans renoncer pour autant aux standards nationaux de protection caractérise aussi la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol dans son interprétation de l'article 53 de la *Charte*, la clause de non-régression. Dès 2004 les juges constitutionnels espagnols avaient en effet considéré à propos de cette clause que « la Charte ne comporte qu'un

³²⁹² Une explication plausible de la préférence pour les explications est la suivante : « alors que l'interprétation de la charte réalisée par le présidium est figée dans le temps, l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme est toujours susceptible d'évoluer et ne constitue pas un point d'ancrage fixe pour l'interprétation de la charte dans le cadre du contrôle exclusivement *a priori* du traité » : X. MAGNON et D. SIMON, « La jurisprudence communautaire du Conseil Constitutionnel (juin 2004-novembre 2004) », préc., p. 254.

³²⁹³ Même si bien entendu la décision du Conseil constitutionnel ne s'impose juridiquement qu'aux organes internes d'application de la Charte des droits fondamentaux et non pas aux autres États ou aux institutions communautaires, une telle interprétation peut néanmoins constituer un « avertissement politique » : *ibid.*, p. 256 et 257.

niveau minimal de protection à partir duquel il est possible de développer le contenu de chaque droit et liberté, jusqu'à atteindre la densité de contenu assurée par le droit interne »³²⁹⁴.

1695 Ensuite en 2011, les juges constitutionnels posèrent dans le cadre de l'affaire *Melloni*³²⁹⁵, une question préjudicielle à la Cour de justice en proposant trois interprétations possibles de la clause de non-régression. La première reprenait l'idée d'une norme minimale de protection, dans la lignée de son interprétation de 2004, la deuxième considérait l'article 53 comme une délimitation respective des champs d'application de la *Charte* et des Constitutions nationales à l'instar de l'article 51, tandis que la troisième faisait dépendre l'une ou l'autre de ces deux interprétations possibles selon le contexte et les problèmes concrets de protection des droits en cause. Cette approche signalait clairement le conflit potentiel entre le droit de l'Union (le mandat d'arrêt européen) et le droit constitutionnel national tout en indiquant les voies possibles pour l'éviter, grâce à la clause de non-régression, en s'adressant cette fois-ci directement à la Cour de justice³²⁹⁶. Le Tribunal constitutionnel ne renonçait ainsi pas à son standard national sur les droits de la défense en militant pour son application par le biais de l'article 53, mais la Cour de justice ne répondit pas dans ce sens dans sa décision de 2013 en favorisant la primauté du droit de l'Union.

1696 Le 13 février 2014, le Tribunal constitutionnel espagnol trancha définitivement l'affaire *Melloni* en se conformant à la décision de la Cour de Luxembourg³²⁹⁷. Pour ce faire, il révisa sa jurisprudence sur le droit à un procès équitable, en abandonnant la condition que la condamnation puisse être révisée dans l'État demandeur lors de la remise des personnes condamnées par défaut. Mais il s'abstient alors de revenir sur l'article 53 de la *Charte*, ce qui peut être perçu comme une « résistance implicite »³²⁹⁸ sur le sens de la clause de non-régression ou au contraire comme une acceptation du standard européen sur les droits de la défense. Autrement dit, on peut se demander si les juges espagnols ont renoncé à un droit fondamental spécifique, désormais harmonisé avec

³²⁹⁴ Traduction issue de *Reflets (Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire)*, n°1/2005, en ligne : curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_9928/fr2005reflets1, p. 12.

³²⁹⁵ Ordonnance du Tribunal constitutionnel espagnol, 9 juin 2011, ATC 86/2011. Sur cette décision, voir notamment : A. TORRES PÉREZ, « Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door », *Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011* », *E.C.L. Review*, vol. 8, 2012, pp. 105-127.

³²⁹⁶ En ce sens, voir *ibid.*, p. 126.

³²⁹⁷ Tribunal constitutionnel espagnol, 13 février 2014, décision 26/2014.

³²⁹⁸ Voir l'opinion dissidente de la juge Adela Asua Batarrita dans la décision préc. point 2.

celui de la *Charte*, tout en laissant ouverte la possibilité d'exiger ultérieurement le plus haut niveau de protection des droits et libertés au nom de la clause de non-régression.

- 1697 Conciliation ou contestation, force est de constater qu'il n'est pas toujours aisé de déceler laquelle des deux approches les juridictions nationales adoptent, tant elles essaient à la fois de lisser les rapports normatifs avec le droit de l'Union sans pour autant renoncer, au moins sur le principe à leurs droits fondamentaux nationaux.

Conclusion de la section 1

- 1698 La nature des contestations de la part des autonomies normatives englobées de la logique descendante dans la gestion des standards pluriels des droits et libertés diverge dans les deux espaces étudiés. Si elle s'avère portée par des juridictions étatiques fortes de leur légitimité et de leur autonomie en Europe, les juges canadiens apparaissent eux beaucoup plus conformistes et ne font preuve que rarement d'audace ou de résistance vis-à-vis de la supériorité canadienne. La remise en cause de la logique descendante dans la mise en œuvre des droits fondamentaux est donc beaucoup plus profonde dans une Europe où ce sont traditionnellement les États, désormais soumis à des standards supranationaux, qui maîtrisaient tant le contenu des normes que les termes de la coexistence avec les normes extérieures³²⁹⁹. Ce faisant, c'est davantage dans le contexte européen que naît la nécessité de repenser les rapports entre standards de protection des droits fondamentaux issus de différents niveaux, à la faveur d'une appréhension plus horizontale et donc davantage pluraliste. Une telle gestion de la pluralité des protections se justifie pourtant dans les deux espaces par la persistance de divergences parfois profondes dans l'approche de certains droits fondamentaux. On notera ainsi de la corrélation possible entre la France et le Québec quant à la défense d'une place particulière de la religion dans l'espace public, et du standard de protection de la liberté qui s'y rattache, avec certes beaucoup plus de certitude et d'aplomb du côté français que du côté québécois où les controverses sont loin d'être levées.
- 1699 Si l'horizontalité pourrait dès lors venir des autonomies normatives englobées, elle pourrait aussi trouver sa source auprès des juges suprêmes eux-mêmes, dont les jurisprudences contiennent certains signes précurseurs d'un éventuel changement de logique.

³²⁹⁹ C'est sans doute une des différences notables entre un État membre (européen) et un État fédéré (canadien).

Section 2. Une solution de rechange fastidieusement mise en œuvre par les juges suprêmes dans la concurrence des protections

1700 Chacune des jurisprudences des juges suprêmes européen et canadien contiennent des éléments montrant une possible gestion horizontale des divers standards de protection. Le cadre de cette logique horizontale timorée d'un côté comme de l'autre est toutefois différent dans la mesure où la concurrence des protections se manifeste par des normes différentes au Canada (I), alors qu'en Europe il s'agit aussi de coordonner des interprétations des standards de protection, dans lesquels les juridictions nationales tiennent toutes leur place (II).

I. La timide horizontalité quant à la gestion des concurrences directes des normes de protection au Canada

1701 Lorsque deux normes de protection des libertés peuvent s'appliquer à une même affaire, en cas de concurrence directe, on peut se demander quel instrument préférer appliquer. Bien entendu cette question n'a que peu d'intérêt lorsqu'il existe une assimilation totale du standard de protection entre les deux instruments, constitutionnels et quasi constitutionnels, comme nous avons pu le constater. Cela étant, elle peut conserver un intérêt dans la mesure où tous les standards possibles ne sont pas, ou pas encore, alignés ou dans une moindre mesure pour mettre symboliquement l'accent sur une protection de type pancanadienne ou au contraire particulière à une autonomie normative. Il s'agit ensuite d'un choix relatif à une préférence d'application, étant entendu que dans le cas d'une concurrence directe, les deux normes peuvent en vertu de leur domaine d'application respectif servir de fondement au respect du droit ou de la liberté fondamental en jeu.

1702 Cette sélection de l'instrument se fait en premier lieu par le requérant, qui en cherchant à faire valoir ses droits se prévaudra d'une norme de protection ou parfois des deux normes. Il peut en effet être dans son intérêt de choisir la norme de protection la plus à même de garantir son succès, soit d'accorder la priorité à la norme de protection la plus favorable. Dans le cadre de la protection juridictionnelle des libertés quasi constitutionnelles, ce choix peut aussi conduire à préférer un mode de règlement du contentieux, en général portant sur la non-discrimination, auprès de commissions ou tribunaux spécialisés³³⁰⁰. Dans la mesure où il n'est pas toujours aisé de déceler la différence de standard de protection du droit à la non-discrimination entre la *Charte*

³³⁰⁰ Voir supra § 1228 et s.

constitutionnelle et les autres instruments³³⁰¹, il ne sera pas toujours évident pour la victime d'une violation d'un droit et son conseil de déterminer quelle norme de protection (et parfois corrélativement quel tribunal) mettra toutes les chances de son côté³³⁰². Il se peut également qu'elle choisisse de se référer aux deux normes cumulativement, de manière à « multiplier » ses chances de succès, au cas où une des normes ne trouverait finalement pas application ou qu'il y ait eu une mauvaise estimation de la norme la plus favorable au requérant, ou encore renforcer l'argumentation en démontrant que les deux instruments vont dans son sens, quitte à ce que l'un d'eux soit superfétatoire. Cela étant, la double référence peut du point de vue de la préservation de la diversité juridique, avoir des effets qui n'intéressent pas nécessairement le requérant, à savoir de pousser à la convergence des standards de protection. C'est en effet ce que nous avons pu constater dans certaines affaires, car alors c'est au juge que revient d'effectuer le choix de la norme applicable. Or, ce dernier a parfois décidé de ne pas choisir et d'appliquer cumulativement deux instruments de protection au prix d'un alignement dans l'interprétation des droits et libertés de chacun d'eux³³⁰³.

- 1703 On trouve en second lieu des affaires dans lesquelles, le juge suprême a préféré de lui-même l'application de la norme constitutionnelle ou bien de la norme quasi constitutionnelle toutes deux mobilisables dans l'affaire. Ces cas sont dignes d'intérêt dans la mesure où ils sont susceptibles de redonner une place aux instruments quasi constitutionnels, et donc potentiellement à la diversité des protections des libertés, si les juges les conçoivent comme prioritaires dans leur application lorsqu'ils sont en concurrence directe avec la *Charte canadienne*. Reste à savoir si cette priorité est reconnue par la Cour suprême et au nom de quel fondement. Ces différents fondements possibles à l'application prioritaire et préférentielle de l'une ou l'autre norme relative aux droits de la personne pourraient alors réguler la concurrence des protections et éventuellement permettre une gestion pluraliste, plus « horizontale » de la coexistence des protections. À cet égard, la position du plus haut tribunal canadien, qui encore une fois n'est pas d'une grande clarté, est rarement prolixe sur cette problématique et fait l'objet de dissensions au sein de la Cour.

³³⁰¹ Voir supra § 1445 et s.

³³⁰² Pour les statistiques quant au succès rencontré auprès des instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels de protection de l'égalité et une analyse nuancée voir : B. RYDER, « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 261-294.

³³⁰³ Ce qui était par exemple le cas dans *Ford*, préc., voir supra § 1437 et s.

- 1704 La Cour apparaît en premier lieu divisée dès lors qu'il s'agit de choisir entre différents instruments. C'était par exemple le cas dans *Godbout c. Longueuil*³³⁰⁴, où la question était de savoir si l'obligation de résidence imposée à une employée municipale violait un de ses droits fondamentaux. Six juges de la Cour suprême ont estimé que la question devait être tranchée seulement en vertu de l'article 5 de la *Charte québécoise* qui protège le droit au respect de la vie privée³³⁰⁵. Pour autant, ces opinions justifient peu pourquoi seul l'examen de la *Charte québécoise* suffit³³⁰⁶. Le juge Cory ne semble pas pour autant fonder cette préférence sur une inapplicabilité de la *Charte canadienne* en l'espèce³³⁰⁷. Et le juge Major ajoute « qu'il est inutile et peut être imprudent d'examiner la question de savoir si l'obligation de résidence porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne canadienne des droits et libertés* en l'absence d'observations des parties intéressées »³³⁰⁸. Les deux opinions ne permettent pas de dégager les fondements de la priorité accordée à la *Charte québécoise* même si on décèle d'une part une volonté de se conformer aux moyens avancés par les parties et d'autre part le caractère inutile d'examiner une éventuelle violation supplémentaire d'un autre instrument, fût-il constitutionnel.
- 1705 En revanche, trois juges³³⁰⁹ ont examiné la conformité avec l'article 7 de la *Charte canadienne*, et concluent à la violation, puis avec la *Charte québécoise*, pour aboutir à la même conclusion. Ils ne donnent aucune explication quant à la nécessité d'examiner les deux fondements, d'autant que le raisonnement de la violation de la *Charte québécoise* reprend essentiellement celui de la Canadienne³³¹⁰. Il appert que la double violation permet simplement de renforcer l'argumentation prétorienne, avec une assise constitutionnelle supplémentaire et non plus simplement quasi constitutionnelle, qui va alors vers la convergence des deux standards utilisés. Bref, l'affaire *Godbout* peine à donner les clés d'une éventuelle priorité entre plusieurs instruments de protection applicables.

³³⁰⁴ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

³³⁰⁵ Il s'agissait des opinions des juges Fish, Gendreau, Major (avec Lamer et Sopinka) et Cory.

³³⁰⁶ Les juges Cory et Major expliquent simplement que la constatation de la violation du droit au respect de la vie privée sur le fondement de la *Charte québécoise* est suffisante pour statuer sur le pourvoi : § 117 et § 1, *Godbout c. Longueuil*, préc.

³³⁰⁷ § 118, opinion du juge Cory, *ibid.*

³³⁰⁸ § 1, *ibid.*

³³⁰⁹ Le juge La Forest (avec L'Heureux-Dubé et McLachlin).

³³¹⁰ « Il suffit bien sûr de conclure que l'obligation de résidence en cause enfreint l'art. 7 de la *Charte canadienne* pour donner gain de cause à l'intimée dans le présent pourvoi. Je me propose néanmoins d'examiner l'argument fondé sur l'art. 5 de la *Charte québécoise*, car, à mon avis, l'obligation de résidence contrevient également à cette disposition et ne peut être sauvegardée par application de la disposition limitative énoncée à l'art. 9.1 » : *Godbout c. Longueuil*, préc., § 92.

1706 L'affaire *Chaoulli*³³¹¹ est en revanche plus féconde quant aux arguments militant en faveur d'une priorité d'application de la *Charte* provinciale, même si la Cour apparaît tout aussi divisée. En l'espèce, il s'agissait de savoir si l'interdiction de la loi québécoise de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé offerts par le système public entraînait en violation avec le principe d'intégrité de la personne, de la sécurité de la personne ou de la vie de la personne. Or, pour en décider, la juge Deschamps a estimé que la *Charte québécoise* avait un caractère prioritaire :

« En cas de contestation d'une loi québécoise, il est approprié de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs, mais que les règles ne sont pas identiques »³³¹².

1707 La justification de cette préférence vis-à-vis de la *Charte québécoise* dans le litige semble être le principe de spécificité, à savoir le caractère particulier de la disposition québécoise applicable en l'espèce qui permet par conséquent de produire des « effets cumulatifs » tels que le préconisait le juge Beetz dès l'affaire *Singh*. Ainsi la juge estime que si l'article 7 de la *Charte constitutionnelle* et l'article premier de la *Charte québécoise* ont beaucoup en commun³³¹³, la protection n'est pas identique et celle offerte par l'instrument québécois serait « particulière » par rapport à la *Charte canadienne*³³¹⁴.

1708 Elle poursuit ensuite l'analyse des deux dispositions en notant que la protection québécoise applicable en l'espèce impose un fardeau de preuve moins lourd au demandeur que son équivalente canadienne, et que cette « caractéristique ne devrait pas être éludée »³³¹⁵. Au-delà du principe de spécialité qui demanderait une application prioritaire de la *Charte québécoise* se dégage en filigrane un principe de faveur, c'est-à-dire une application de la disposition permettant la protection des libertés la plus élevée, la plus favorable au demandeur individuel, en l'espèce au niveau de la charge de la preuve.

1709 Enfin, la juge Deschamps termine sa justification en précisant que le recours à la *Charte québécoise* « permet donc de valoriser un instrument propre au Québec, en plus d'être justifié par

³³¹¹ *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791.

³³¹² § 26, *ibid.*

³³¹³ §27, *ibid.*

³³¹⁴ § 28, *ibid.*

³³¹⁵ §28, *ibid.* L'article 1^{er} de la *Charte québécoise* impose un fardeau moins lourd au demandeur qui n'a pas à prouver l'atteinte au principe de justice fondamentale au contraire de l'article 7 de la *Charte canadienne*.

les règles du droit constitutionnel canadien »³³¹⁶. Ce dernier argument semble davantage relever d'un principe de subsidiarité ou d'une priorité à la norme provinciale au nom du respect de la diversité fédérale au sens large.

- 1710 Cette opinion s'avère donc riche d'enseignements sans pour autant lever toutes les interrogations. Notons en premier lieu le caractère minoritaire d'un tel raisonnement puisque dans *Chaoulli*, les autres juges ont estimé au contraire que les deux chartes pouvaient constituer le fondement du contrôle du respect des droits et libertés³³¹⁷. Ensuite on a pu se demander quel était le degré de contrainte proposé par la juge Deschamps quant à la priorité puisqu'elle estime dans un premier temps le recours à la *Charte québécoise* seulement « approprié », puis qu'elle est justifiée par le droit constitutionnel³³¹⁸. La faible intensité normative du terme « approprié » pourrait avoir été utilisée pour marquer le type de raisonnement spécifique proposé : étant donné que les deux instruments trouvaient à s'appliquer en l'espèce, la règle envisagée n'est qu'une règle de priorité, portant sur l'ordre d'examen des contrôles quasi constitutionnels et constitutionnels, et non pas une règle tenant à la validité, l'applicabilité ou l'application de ces normes. Le caractère juridique d'un tel principe ne fait guère de doute dans l'opinion de la juge Deschamps même si le fondement sur l'effet cumulatif issu de l'arrêt *Singh* peut quant à lui être discuté³³¹⁹.
- 1711 Mais ce qui a fait l'objet de plus de controverses, c'est le résultat auquel aboutit la Cour suprême dans *Chaoulli*, à savoir l'invalidation de la législation québécoise prohibant les assurances privées au nom de la protection du droit à la vie ou la sécurité de la personne. Or sur ce plan, le recours à l'instrument provincial plutôt qu'à la *Charte canadienne* ne semble avoir eu aucun impact dans la mesure où la juge Deschamps se joint à la majorité de la Cour quant au résultat. La juge Deschamps a utilisé des standards des clauses limitatives des deux Chartes de manière

³³¹⁶ § 31, *ibid.*

³³¹⁷ Ils n'arrivent pourtant pas tous à la même conclusion : Le juge en chef et le juge Major (avec le juge Bastarache) concluent à la violation injustifiée des deux chartes tandis que les juges Binnie et le Bel (avec le juge Fish) à la conclusion opposée.

³³¹⁸ Voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter », *préc.*, p. 223 et s.

³³¹⁹ Voir l'argument doctrinal selon lequel le juge Beetz n'entendait pas mettre en place une règle de priorité : « Indeed, we believe that Beetz J. was essentially stressing in that case the need to proceed to a polyphonic analysis when both the Canadian Charter and quasi-constitutional human rights legislation apply. As a matter of intellectual rigor, such an approach inevitably requires to make all the appropriate and relevant distinctions between the instruments applicable in the case at bar, which, in turn, will allow rights claimants to reap all the potential, cumulative, benefits of such instruments. This is a far cry from formally establishing, as a matter of constitutional law, the analytical priority of such quasi-constitutional instruments, and the almost subsidiary nature of the Canadian Charter which would be applied only if, one surmises, no violation has been found under the quasi-constitutional instrument », *ibid.*, p. 226.

uniformisée et n'a montré aucune déférence particulière envers le législateur québécois. Elle s'est au contraire inscrite dans la lignée d'une jurisprudence utilisant les autres régimes provinciaux pour démontrer que le critère de l'atteinte minimale n'était pas satisfait³³²⁰ et refusant explicitement une quelconque déférence³³²¹, tout comme au final les juges majoritaires.

- 1712 Or les juges minoritaires n'ont pas manqué de noter que pour remédier aux difficultés du système de santé, les tribunaux n'étaient pas les mieux placés dans la mesure où « la résolution d'un débat d'orientation aussi factuel et complexe ne s'enferme pas aisément dans le cadre que définissent la compétence et les procédures institutionnelles des cours de justice »³³²². La doctrine a également considéré que les faits sociaux avaient été « maltraités » par la Cour³³²³ et compte tenu de leur complexité et du caractère incertain et controversé des questions socio-économiques en jeu, on pouvait légitimement se demander si le niveau de déférence ne devait pas être plus important³³²⁴. Bref, il existe un véritable paradoxe dans l'opinion de la juge Deschamps à vouloir formellement valoriser la *Charte québécoise* comme un instrument spécifique au Québec sans pour autant attacher une interprétation propre à ce texte, ni accorder une marge de manœuvre à la province s'agissant de choix politiques et de gestion particulièrement délicats³³²⁵, ni tenir compte des décisions des juridictions québécoises³³²⁶.

³³²⁰ Voir supra § 1537, et *Chaoulli*, préc., § 74 et s.

³³²¹ Voir § 85 et s, dans lesquels elle estime que « la déférence ne saurait entraîner l'abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif », § 87.

³³²² § 164, *Chaoulli*, préc., ils mettent en outre l'accent sur les conséquences de l'opinion majoritaire sur le système de santé québécois : « En dépit de l'existence indéniable de délais d'attente et du grave problème d'intérêt public posé par leur gestion, le droit constitutionnel à un système de santé à deux vitesses qu'auraient les gens ayant les moyens de souscrire une assurance médicale privée provoquerait un changement radical de la politique québécoise en matière de santé. Ni la Charte québécoise ni la Charte canadienne ne commande un tel changement », § 176.

³³²³ D. PINARD, « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour suprême du Canada : l'arrêt Chaoulli », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 420-453, spéc. p. 434 et s.

³³²⁴ S. BERNATCHEZ, « La Cour suprême du Canada et la Charte québécoise des droits et libertés : des décisions judiciaires non-entièrement théorisées en guise de dialogues », *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, vol. 1, 2008, pp. 1-24, spéc. p. 21; D. PINARD, « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne », préc., p. 441.

³³²⁵ En ce sens : J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter », préc., p. 234 et s. Les auteurs concluent que l'opinion minoritaire était plus convaincante : « This approach starkly contrasts with that of Madam Justice Deschamps who, in spite of a formal pledge to enhance the said Charter's distinctness, does not hesitate in Chaoulli to refer to a feature of the Canadian identity which is hardly recognized or valued as such by a majority of Quebecers while practically obliterating the most striking specificities of the Quebec Charter. All things considered, it may be that the paradoxes of distinctness are indeed more satisfyingly addressed and managed through informality and pragmatism rather than through formality and solemn declarations... », p. 253.

³³²⁶ À titre d'exemple, à propos d'une décision mettant en péril la vision particulière du Québec en matière économique et sociale (*Chaoulli*, préc.), D. Pinard regrette que le « choix de rendre jugement en vertu de la Charte

- 1713 En définitive la priorité d'un instrument quasi constitutionnel est loin d'assurer à lui seul le respect de la diversité et de conjurer le risque d'homogénéisation, d'autant qu'il reste à déterminer quels en sont les fondements.
- 1714 L'affaire *Multani*³³²⁷ nous apporte un élément de réponse. En l'espèce il s'agissait de savoir si l'interdiction de porter le kirpan à l'école violait la liberté de religion. Or la Cour suprême n'examina la conformité de la mesure en cause qu'à l'égard de la liberté de religion telle que protégée par l'article 2a) de la *Charte canadienne*³³²⁸, sans nier pour autant l'applicabilité de la *Charte québécoise*, ou s'en expliquer³³²⁹. La Cour suprême, s'agissant des trois opinions que comporte la décision, assimile totalement les standards des deux chartes tant quant au standard de la liberté de religion³³³⁰ que celui propre à la justification. Et elle ne se donne pas la peine de mentionner que l'analyse poursuivie sur le fondement de la *Charte constitutionnelle* vaut pour la *Charte quasi constitutionnelle*³³³¹.
- 1715 Nous pouvons conclure de la décision *Multani* qu'il ne semble pas exister, en cas de « concurrence directe », une règle de priorité de principe à l'égard des instruments provinciaux. Autrement dit le niveau d'édiction de la norme de protection ne semble pas être un principe régulateur retenu par la Cour au nom du respect de la présomption de constitutionnalité, la subsidiarité ou le fédéralisme³³³². La juge Deschamps semble plutôt retenir un principe de spécificité, qui favoriserait par exemple le droit au respect de la vie privée et le droit à l'intégrité

québécoise, présenté en l'espèce par la Cour comme une reconnaissance de la spécificité du Québec telle que manifestée dans un document unique de protection des droits, ait dû se réaliser au mépris des analyses développées par les tribunaux de cette province » : D. PINARD, « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne », préc., p. 446.

³³²⁷ *Multani*, préc.

³³²⁸ Le requérant s'appuyait sur les deux textes et la Cour d'appel du Québec avait pourtant examiné la conformité à l'égard de la *Charte canadienne* et de la *Charte québécoise*.

³³²⁹ On peut avec Stéphane Bernatchez estimer que cette dimension est loin d'avoir été entièrement théorisée par la Cour suprême : S. BERNATCHEZ, « La Cour suprême du Canada et la Charte québécoise », préc., p. 18.

³³³⁰ Dans la lignée de l'affaire *Amselem*, préc., réitéré dans *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235.

³³³¹ *Multani*, préc., § 13 et s., et le laconique paragraphe 80 : « Je suis également d'avis qu'une analyse distincte, au regard de la Charte québécoise, ne s'avère pas nécessaire dans les circonstances de l'espèce » pour l'opinion de la juge Charron. Quant au juge Lebel il estime au départ que « dans la présente cause, se pose à nouveau le problème des rapports du droit constitutionnel des libertés civiles avec les lois quasi-constitutionnelles sur les droits fondamentaux, comme la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12 (« Charte québécoise »), et, plus subtilement encore, avec le droit administratif en général » §140, pour en réalité ne s'intéresser qu'à ce dernier aspect et assimiler par la suite les deux chartes (§144) ou ne faire référence qu'aux seules garanties constitutionnelles (§ 152 et 155).

³³³² Pour une opinion critique de l'application d'un principe de priorité fondé sur le fédéralisme ou la subsidiarité voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter », préc., spéc. p. 226.

expresse de la *Charte québécoise*, aux dépens de l'article 7 plus large de la *Charte canadienne*, mais pas la liberté de religion dont le standard est totalement uniformisé entre les deux chartes.

- 1716 Par exemple dans l'affaire *Globe and Mail*³³³³ dans laquelle les requérants demandaient la protection des sources journalistiques, la Cour suprême examina au préalable le fondement constitutionnel de la liberté d'expression puis le fondement quasi constitutionnel tout en expliquant que s'agissant dans les deux cas de la liberté d'expression les fondements du refus étaient les mêmes pour les deux types de normes³³³⁴. Ensuite, la Cour examina les dispositions spécifiques à la *Charte québécoise*, l'accès à l'information ou la protection du secret professionnel³³³⁵.
- 1717 Il ressort en définitive de la jurisprudence que dans les cas où aucun des instruments n'apporte de spécificité, il semble possible de contrôler la mesure à l'égard des deux normes ou de la *Charte canadienne* seulement.
- 1718 Demeure la question de savoir si la Cour ne pourrait pas retenir un principe de faveur pour orienter l'ordre des contrôles de la protection des libertés étant donné qu'à chaque fois la Cour a privilégié la règle la plus favorable à l'individu, sans pour autant formaliser cette règle, puisque la violation non justifiée a été retenue, rendant superfétatoire l'examen d'un instrument subsidiaire.
- 1719 S'agissant spécifiquement des Chartes autochtones des droits et libertés, nous ne disposons pas de jurisprudence sur une éventuelle priorité de ces instruments spécifiques sur la *Charte canadienne*. On peut considérer que les enjeux pourraient être les mêmes que ceux relatifs aux instruments provinciaux, à ceci près que l'article 25 de la *Charte canadienne* pourrait constituer un argument supplémentaire pour donner priorité à l'application des Chartes autochtones. En ce sens, la Commission royale a estimé que :

³³³³ *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, [2010] 2 R.C.S. 592.

³³³⁴ § 33, *ibid.* La Cour précise également que « s'agissant des questions soulevées par la liberté d'expression et le droit à l'information, les juges du Québec doivent relever le même défi de concilier des valeurs et des intérêts opposés que leurs collègues des autres provinces » (§ 31) ce qui démontre le caractère pancanadien de la question selon la Cour.

³³³⁵ § 34 et s, *ibid.* La spécificité s'applique donc fort logiquement puisque les dispositions plus générales de la *Charte*, sur la liberté d'expression notamment, peinent à véritablement concurrencer ces dispositions québécoises plus précises et utiles pour résoudre la question du secret des sources des journalistes.

« les répercussions d'une charte autochtone sur l'interprétation de la Charte canadienne seront vraisemblablement amplifiées si la première fait partie intégrante d'un traité sur l'autonomie gouvernementale conclu entre une nation autochtone et la Couronne. La raison en est que l'article 25 protège expressément les droits issus de traités contre les effets éventuels de la Charte canadienne. Lorsqu'un traité sur l'autonomie gouvernementale compte une charte autochtone au nombre de ses dispositions, il semble que les tribunaux devront tenir sérieusement compte de la teneur de celle-ci au moment d'interpréter toute disposition correspondante de la Charte canadienne »³³³⁶.

- 1720 Autrement dit, l'article 25 commanderait au gardien des libertés de procéder à un renvoi matériel, éclairant les libertés constitutionnelles, aux libertés autochtones telles que protégées de manière spécifique par les chartes. Il n'y aurait qu'un petit pas à franchir pour faire des Chartes autochtones adoptées en vertu de traité des instruments formellement prioritaires puisqu'au final les libertés qu'elles protègent serviraient de véritables fondements au contrôle du respect des droits fondamentaux. Le principe régulateur justifiant une telle priorité serait ainsi celui axé sur la spécificité, dans la mesure où le recours à la Charte autochtone n'est utile que si elle protège de manière particulière à la société aborigène un droit fondamental, celui du justiciable par exemple. Cela étant le principe de subsidiarité n'est pas totalement étranger à la logique de l'article 25 si l'on considère qu'il valorise les droits et libertés autochtones, objet d'une protection en tant qu'autochtones, c'est-à-dire des droits les concernant, avec ou sans particularisme.
- 1721 La jurisprudence canadienne s'avère donc peu explicite et incertaine quant à la coordination des normes garantissant les droits et libertés. Du côté de l'Union européenne où une telle logique horizontale serait potentiellement plus forte, puisqu'il s'agirait de coordonner aussi les interprètes de ces normes, la Cour de justice ne semble ni plus enthousiaste ni plus limpide.

II. L'horizontalité limitée en matière de concurrence des standards dans l'Union européenne

- 1722 La logique horizontale dans la gestion de la pluralité des protections tend à être relativement bien acceptée par la Cour de justice lorsqu'elle ne concerne pas ses propres rapports avec les États membres. À cet égard, la clause des droits correspondants, l'article 52(3), constitue une manière de dépasser la hiérarchie formelle des sources de protection entre la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* et la *Convention européenne des droits de l'homme*, en

³³³⁶ CANADA Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones: Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p.

reprenant la technique de la protection équivalente³³³⁷ de manière relativement effective auprès de la Cour de justice³³³⁸.

1723 De la même manière, une approche horizontale semble possible s'agissant des rapports entre les États membres de l'Union européenne. Un des modes d'action, et des objectifs de l'Union européenne est en effet de favoriser une coopération entre les États membres à travers le mécanisme général de reconnaissance mutuelle ou des normes visant la coordination³³³⁹. Or dans certains domaines, une telle coopération nécessite une confiance réciproque entre les États dans le respect des droits fondamentaux, en matière d'immigration, de justice pénale ou civile notamment. C'est donc l'objet de certaines réglementations européennes de bâtir les modalités de la coopération dans certains domaines et de s'assurer des conditions propices à cette confiance mutuelle entre États, y compris en matière de droits fondamentaux. Or, en dépit de l'existence d'un socle commun, assuré au niveau communautaire et même au niveau conventionnel, il se peut qu'un État soulève la défaillance d'un autre État en matière de protection des droits fondamentaux pour remettre en cause la coopération.

1724 C'est précisément l'enjeu de l'affaire *N.S.*³³⁴⁰ dans le cadre du système commun d'asile (permettant notamment de déterminer quel est l'État responsable de la demande d'asile introduite au sein de l'Union). La Cour de justice rappelle au préalable l'existence de ce principe de confiance mutuelle entre États qui constitue le fondement de la norme européenne de coopération en matière d'asile et qui implique une présomption de respect des droits fondamentaux par chacun des États dans leur traitement réservé aux demandeurs d'asile³³⁴¹. Ainsi, en principe, le risque qu'un État renvoie le demandeur d'asile vers un État dans lequel il serait traité de manière incompatible avec ses droits fondamentaux n'affecte pas ses obligations de respecter la norme

³³³⁷ En ce sens : « selon l'article 52 (3) CDF, les droits contenus dans la Charte, qui correspondent à des droits garantis par la CEDH, ont le même sens et la même portée que ces derniers. La hiérarchie formelle des normes est donc quelque peu contrebalancée par l'objectif d'assurer l'équivalence substantielle des droits », J. GERKRATH, « En tant que clé de voûte du système de protection », préc., p. 36.

³³³⁸ Cette question ne fera pas l'objet d'une étude approfondie ici, voir supra § 1473 et s. sur cette question.

³³³⁹ Voir supra § 248.

³³⁴⁰ CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec. 2011*, p. I-13905. Voir par exemple le commentaire d'A. MATTERA, « Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne. Quelques réflexions suite à l'arrêt du 21 décembre 2011 "Affaires jointes C-411/10 et C-493/10" », *RDUE*, vol. 1, 2012, pp. 121-134.

³³⁴¹ § 79 et 80, *N.S. et autres*, préc.

européenne. La Cour admet toutefois une exception, permettant donc à un État de ne pas transférer un demandeur d'asile vers un autre État³³⁴² :

*« dans l'hypothèse où il y aurait lieu de craindre sérieusement qu'il existe des défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans l'État membre responsable, impliquant un traitement inhumain ou dégradant, au sens de l'article 4 de la charte, des demandeurs d'asile transférés vers le territoire de cet État membre »*³³⁴³.

1725 Par conséquent, les États ne peuvent pas évaluer directement si la protection des droits fondamentaux est équivalente dans les autres États, et donc imposer leur niveau de protection des libertés, pour se conformer au mécanisme de coopération européen. Mais le contrôle du respect des droits fondamentaux par les États membres par la Cour de justice implique qu'ils peuvent procéder à une évaluation circonscrite aux défaillances systémiques impliquant un traitement inhumain et dégradant³³⁴⁴. Cette exception peut ainsi être envisagée comme une gestion horizontale de la protection des droits et libertés entre les États membres, ou correspondre à ce qu'on a pu appeler un « Solange horizontal »³³⁴⁵.

1726 L'horizontalité, ici un principe d'équivalence des protections très limité, ne concerne en fait que les États membres entre eux, et c'est bien le contrôle au nom des standards de l'Union qui le légitime. Dans ce type de situation, les standards européens des droits et libertés servent de socle

³³⁴² La Cour est parfaitement explicite au § 94 *ibid.*, « dans des situations telles que celles en cause dans les affaires au principal, afin de permettre à l'Union et à ses États membres de respecter leurs obligations relatives à la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile, il incombe aux États membres, en ce compris les juridictions nationales, de ne pas transférer un demandeur d'asile vers l'«État membre responsable» au sens du règlement n° 343/2003 lorsqu'ils ne peuvent ignorer que les défaillances systémiques de la procédure d'asile et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre constituent des motifs sérieux et avérés de croire que le demandeur courra un risque réel d'être soumis à des traitements inhumains ou dégradants au sens de l'article 4 de la charte ».

³³⁴³ § 86, *ibid.*

³³⁴⁴ La Cour a récemment rappelé ce mécanisme en ces termes « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, les États membres peuvent être tenus, en vertu de ce même droit, de présumer le respect des droits fondamentaux par les autres États membres, de sorte qu'il ne leur est pas possible non seulement d'exiger d'un autre État membre un niveau de protection national des droits fondamentaux plus élevé que celui assuré par le droit de l'Union, mais également, sauf dans des cas exceptionnels, de vérifier si cet autre État membre a effectivement respecté, dans un cas concret, les droits fondamentaux garantis par l'Union », § 192, CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme* n° 2/13, non encore publié.

³³⁴⁵ I. CANOR, « My Brother's Keeper? Horizontal Solange: "an Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe" », *CML Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 383-422. L'auteur précise en effet l'expression : « "Horizontal", because the test is to be applied not only to situations for which it was traditionally conceived (vertical conflicts between legal orders which claim hierarchical relationship and hierarchical primacy) but also to the parallel horizontal relationships among the Member States. Indeed, in horizontal conflicts, the main contribution of the test is not necessarily the claim for primacy but rather the maintenance of equilibrium. "Solange", because the Court implies that each Member State should cooperate with another Member State to the extent that, and as long as, the latter does not experience major operational problems that lead to a systemic violation of European fundamental rights », p. 401.

commun à la confiance entre États et doivent donc pouvoir s'imposer aux États sous peine de mettre fin à cette confiance et donc *in fine* en la capacité de l'Union à gérer des politiques de coopération dans des matières sensibles en matière de respect des droits fondamentaux. Il n'est alors nullement question d'introduire ici une logique horizontale entre l'Union et les États membres. On notera toutefois que la Cour admet ici qu'il ne lui revient pas d'effectuer ce contrôle elle-même, alors même qu'il s'agit de suspendre un mécanisme issu d'une norme européenne. Ce contrôle est attribué aux juridictions nationales³³⁴⁶, mais s'effectue toujours par rapport à un standard européen de protection³³⁴⁷.

1727 C'est le même type de problématique qui apparaît dans les affaires relatives au mandat d'arrêt européen, véritable « boîte de pandore des rapports entre ordres juridiques »³³⁴⁸. Dans l'affaire *Melloni*, tout comme dans *Jeremy F.*, la Cour de justice estime que les standards européens constituent la base commune nécessaire à la confiance mutuelle entre les États en matière de coopération pénale. C'est ce qui explique que la norme européenne sur le mécanisme du mandat d'arrêt européen, prévoit la suspension de sa mise en œuvre qu'en cas de violation grave et persistante par un des États membres des principes et modalités énoncés à l'article 6 du TUE. Elle estime ainsi dans *Jeremy F.* que « le principe de reconnaissance mutuelle sur lequel est fondé le système du mandat d'arrêt européen repose lui-même sur la confiance réciproque entre les États membres quant au fait que leurs ordres juridiques nationaux respectifs sont en mesure de fournir une protection équivalente et effective des droits fondamentaux, reconnus au niveau de l'Union, en particulier, dans la Charte »³³⁴⁹. Sauf que dans ces affaires, et en particulier *Melloni*, se posait la question de savoir si une forme d'horizontalité pouvait être introduite dans les relations entre l'Union et les États membres par la prévalence d'un standard national de protection des droits fondamentaux sur ceux de l'Union.

1728 La règle de priorité du standard le plus favorable au demandeur que pouvait contenir l'article 53 de la *Charte des droits fondamentaux* était en effet susceptible d'introduire une véritable gestion

³³⁴⁶ En ce sens, on a pu dire que « It allows the ECJ to empower national courts with new supervisory competences over other Member States, while allowing the ECJ itself to maintain the residual power of being the final arbitrator in relation to these competences », *ibid.*, p. 386-387.

³³⁴⁷ Nous ne sommes donc pas éloignés des situations examinées dans le cadre des limites de la verticalité examinées en supra § 1563 et s. Dit autrement, « horizontal Solange does not represent strong pluralism, as the risk of constitutional conflicts will ultimately be disciplined by the ECJ », *ibid.*, p. 420.

³³⁴⁸ B. BONNET, « Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité », préc.

³³⁴⁹ § 80, *Jeremy F. contre Premier ministre*, préc.

horizontale dans la garantie des droits et libertés³³⁵⁰ dans laquelle la primauté du droit de l'Union pouvait céder au nom d'une meilleure protection individuelle. Une telle conception répond d'ailleurs à une préoccupation ancienne de la part de la doctrine militant pour une élévation du niveau de protection des droits fondamentaux de l'Union (par un standard européen maximal) ou dans l'Union (en acceptant les standards nationaux plus protecteurs)³³⁵¹. Les enjeux récents auxquels fait face l'Union européenne, en matière de justice pénale par exemple, ont d'ailleurs pour certains confirmé cette nécessité d'élever le niveau de protection, notamment à travers l'article 53³³⁵².

- 1729 Mais concevoir la *Charte* et les standards de l'Union comme une « protection plancher »³³⁵³ a dès le départ soulevé un débat étant donné sa nature conflictuelle avec le principe de primauté et d'effectivité du droit de l'Union³³⁵⁴. On a pu ainsi proposer que la clause ne puisse servir qu'un objectif politique et non juridique³³⁵⁵. Elle pourrait aussi être une norme d'interprétation et de reconnaissance des systèmes concurrents de protection, qui, sans mettre en péril le principe de primauté, en autorisant une progression des droits fondamentaux (ou en interdisant une régression) permettrait de conserver l'autonomie interprétative appropriée aux exigences de

³³⁵⁰ On a pu ainsi dire que « la règle du bénéfice du standard le plus favorable illustre le détachement du déterminisme vertical au profit d'une plus grande souplesse mise au service des justiciables et de la protection de leurs droits fondamentaux » : É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc., p. 313.

³³⁵¹ L. F. M. BESSELINK, « Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union », *CML Rev.*, vol. 35, 1998, pp. 629-680. Voir aussi pour une vision doctrinale opposée et critique : J. H. H. WEILER, « The Jurisprudence of Human Rights in The European Union Integration and Disintegration, Values and Processes », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, 1996, <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/96/9602.html>>.

³³⁵² A. ALBI, « An essay on how the discourse on sovereignty and on the co-operativeness of national courts has diverted attention from the erosion of classic constitutional rights in the EU » dans M. CLAES, et al., dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 41-70. L'auteur estime ainsi que : « This clause provides a window of opportunity to restore a legitimate role for national constitutions in ensuring the quality of substantive constitutionalism in the context of European Union law », p. 70.

³³⁵³ Sur les limites de la règle du « floor of protection », voir par exemple : A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 224 p., p. 57 et s. Pour une comparaison avec la situation aux États-Unis, voir aussi : A. TORRES PÉREZ, « The Dual system of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism » dans E. CLOOTS, G. BAERE et S. SOTTIAUX, dir., *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 110-130.

³³⁵⁴ J. B. LIISBERG, « Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 1171-1199; A.-M. WIDMANN, « Article 53: Undermining the Impact of the Charter of Fundamental Rights », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 8, 2002, pp. 342-358.

³³⁵⁵ J. B. LIISBERG, « Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? », préc.

l'Union, à condition de justifier « les motifs de concordance ou de discordance avec les droits concurrents »³³⁵⁶.

- 1730 Or, nous connaissons désormais la réponse sur une telle possibilité donnée par la Cour de justice dans *Melloni* : l'article 53 de la *Charte des droits fondamentaux* ne saurait remettre en cause la primauté du droit de l'Union³³⁵⁷. D'emblée, toute gestion horizontale de la pluralité des protections des droits et libertés, permettant de renvoyer à un standard non maîtrisé par la Cour de justice, semble fort limitée. Elle ne prive pourtant pas totalement de tout effet la clause de non-régression et admet qu'un principe de faveur peut jouer à plusieurs conditions. Ainsi, selon la Cour de justice,

« l'article 53 de la Charte confirme que, lorsqu'un acte du droit de l'Union appelle des mesures nationales de mise en œuvre, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »³³⁵⁸.

- 1731 Le standard national de protection supplémentaire, ou plus exigeant que le standard de l'Union ne pourra alors s'appliquer qu'à la double condition qu'il ne remette pas en cause la primauté, l'unité ou l'effectivité du droit de l'Union et qu'il soit bien plus favorable à l'individu puisque le standard doit être d'un niveau de protection supérieur à celui de la *Charte*. Le principe régulateur fondé sur le niveau de protection ne pourra donc jouer que de manière secondaire au respect de la primauté du droit de l'Union, un principe hiérarchique. Mais la Cour précise que ceci ne fonctionne que lorsque le droit national met en œuvre le droit de l'Union, ou beaucoup plus clairement dans l'expression utilisée dans *Fransson* « dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union »³³⁵⁹. Le principe de

³³⁵⁶ L. AZOULAI, « Article II-113 » dans L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, dir., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, pp. 689-714, p. 713. Pour une interprétation en ce sens voir aussi K. LENAERTS, « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *E.C.L. Review*, vol. 8, 2012, pp. 375-403, spéc. p. 398. Pour une opinion selon laquelle le principe de faveur serait compatible avec le droit communautaire, fondée notamment sur le droit dérivé voir : S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux*, préc., p. 267 et s.

³³⁵⁷ Voir supra, § 1404 et s.

³³⁵⁸ § 60, *Melloni*, préc.

³³⁵⁹ CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, *Rec. numérique.*, § 29 : « lorsqu'une juridiction d'un État membre est appelée à contrôler la conformité aux droits fondamentaux d'une disposition ou d'une mesure nationale qui, dans une situation dans laquelle l'action des États membres n'est pas entièrement déterminée par le droit de l'Union, met en œuvre ce droit au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection

faveur au profit des standards nationaux est en réalité subordonné à l'existence d'une marge de manœuvre laissée par le droit de l'Union aux États³³⁶⁰, ce qui n'est pas sans rappeler le critère de subsidiarité que nous avons identifié. Il s'agit en effet de permettre aux États, autorités ou juridictions, de mettre en œuvre leurs standards nationaux de protection, de manière additionnelle à ceux de la *Charte européenne*, qui trouvent aussi à s'appliquer, lorsque la norme contrôlée est édictée à un double niveau, national et européen. L'article 53 permet donc de faire de la *Charte* un instrument supplémentaire aux standards nationaux, dans la mesure où elle se cumule avec ces derniers et agit selon un effet cliquet, d'entraînement (un « *spill over* »), qui ne saurait qu'élever le niveau de garanties offert aux individus. La clause permet également de respecter la répartition de l'édiction normative dans l'Union (la « subsidiarité »), puisque les standards nationaux ne reprennent leur place que si la norme contrôlée peut être matériellement rattachée au pouvoir normatif étatique (les autorités normatives internes ont ajouté un contenu normatif et ne se sont pas contentées de retranscrire le droit de l'Union).

- 1732 Ainsi, de manière à pouvoir respecter l'impératif de primauté, d'unité et d'effectivité du droit de l'Union, les situations entièrement harmonisées ou conditionnées au niveau européen (dans lesquelles les États ne procèdent qu'à une mise en œuvre mécanique) ne sauraient tolérer l'application d'un standard national de protection, même plus favorable. C'était précisément le cas dans l'affaire *Melloni*, dans laquelle les conditions d'exécution d'un mandat d'arrêt européen en cas de condamnation par défaut étaient exhaustivement énumérées et qui intervient dans un domaine où la confiance mutuelle était essentielle³³⁶¹. Mais on peut aussi imaginer qu'il puisse exister des situations non entièrement déterminées par le droit de l'Union, comme cela est d'ailleurs suggéré dans *Fransson*³³⁶², dans lesquelles la coexistence des standards est admise et

des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ».

³³⁶⁰ En ce sens : D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTDE*, 2013, pp. 267-292.

³³⁶¹ Dans ce sens, on a pu dire que « selon une interprétation restrictive, la condition d'effectivité s'opposerait uniquement à un “cavalier seul” des États membres dans les domaines régis par le principe de reconnaissance mutuelle. On comprend sans peine que, dans ces cas de figure – dont l'affaire Melloni constitue une illustration paradigmatique –, le “solo” d'un État membre anéantirait purement et simplement le principe même de l'intervention du législateur de l'Union » : A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne », *préc.*, p. 232.

³³⁶² Ainsi on a pu dire à propos de l'application de la solution *Melloni* dans *Fransson* par la Cour « laissant entendre que le juge suédois pourrait in casu adopter une conception plus généreuse du principe ne bis in idem que celle, minimale, qui sous-tend son arrêt. La marge d'appréciation laissée au juge suédois paraît en réalité illusoire, se réduisant à l'application fidèle de la jurisprudence Engel dans le respect de la condition “communautaire” d'effectivité, de proportionnalité et de dissuasion des sanctions », *ibid.*, p. 231.

dans lesquels le standard national plus protecteur puisse s'appliquer³³⁶³. On a pu ainsi concevoir qu'il existe « une gradation de situations d'atteinte à l'unité du droit de l'Union, en fonction de laquelle la possibilité d'invoquer la règle du standard le plus favorable serait inversement proportionnelle »³³⁶⁴. Par exemple, dans *Jeremy F.*³³⁶⁵, même si la clause de non-régression n'était pas mentionnée, la norme européenne sur le mandat d'arrêt européen ne réglementant pas expressément la possibilité de former un recours suspensif selon les termes de la Cour de justice, permettra au Conseil constitutionnel français d'appliquer un standard plus haut pour contrôler une mesure de transposition du droit de l'Union vis-à-vis de la Constitution.

- 1733 L'interprétation de la clause de non-régression de la *Charte* donnée par la Cour de justice en 2013, a non seulement été réitérée, mais aussi « sécurisée » en 2014 dans la perspective de l'adhésion de l'Union à la *Convention européenne des droits de l'homme* dans l'*avis 2/13*³³⁶⁶. Ainsi, pour la Cour de Luxembourg, cette adhésion et le contrôle de la Cour de Strasbourg ne sauraient affecter les rapports particuliers qu'entretient l'Union avec les États et seule la Cour de justice de l'Union devrait s'assurer du maintien de cet équilibre et non une Cour extérieure³³⁶⁷. En outre, ni le niveau de protection offert par la *Charte*, ni la primauté, l'unité ou l'effectivité du droit de l'Union ne saurait être compromis par les modalités d'adhésion. En ce sens, lorsqu'il existe des rapports de confiance mutuelle (horizontaux) entre États membres, le socle des droits

³³⁶³ Voir en ce sens D. SARMIENTO, « Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe », *CML Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 1267-1304; D. RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection », préc. Voir aussi le § 106 des Conclusions de l'Avocat général P. Cruz Villalón, CJUE, 4 juin 2015, *Thierry Delvigne contre Commune de Lesparre Médoc contre Préfet de la Gironde*, aff. C-650/13, p. affaire pendante. Ainsi à propos d'une sanction pénale nationale privant du droit de vote, l'Avocat général estime « il est clair que l'ensemble du droit électoral devant régir les élections au Parlement européen n'est pas "entièrement déterminé", ni en fait ni en droit, par le droit de l'Union. (...) Par conséquent, le droit national élaboré en la matière ne serait, dans une telle situation, pas "entièrement déterminé" par le droit de l'Union. (...) Dès lors, les États membres disposent d'une marge pour appliquer des standards de protection distincts de ceux établis dans la Charte – et, par référence à l'affaire Melloni, des standards supérieurs –, bien entendu à la condition que je viens d'évoquer à la fin du point précédent », c'est-à-dire le respect de la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union.

³³⁶⁴ É. DUBOUT, « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc., p. 316. L'auteur propose en outre que le degré de rattachement au champ de la protection offerte par le droit de l'Union soit également un critère (p. 316 et s.), nous y reviendrons en infra (notamment § 1857 et s.).

³³⁶⁵ *Jeremy F. contre Premier ministre*, préc.

³³⁶⁶ *avis 2/13*, préc.

³³⁶⁷ Cette dimension est centrale dans l'argumentation de la Cour, ainsi elle explique d'emblée que « les appréciations de la Cour relatives au champ d'application matériel du droit de l'Union, aux fins, notamment, de déterminer si un État membre est tenu au respect des droits fondamentaux de l'Union, ne devraient pas pouvoir être mises en cause par la Cour EDH », § 186, *ibid.* Ceci pose problème notamment par rapport au recours entre parties contractantes à la Convention, l'article 33 de la Convention (§201 et s.), au mécanisme du codéfendeur (§ 215 et s.), sur la procédure de l'implication préalable de la Cour (§ 236 et s.) ou sur le contrôle en matière de PESC (§ 249 et s.)

fondamentaux conditionnant leurs rapports ne peut être défini que par le droit de l'Union et sa Cour, et non par le système conventionnel³³⁶⁸.

- 1734 La Cour de justice regrette l'absence de coordination entre les deux clauses de non-régression (les articles 53 de la *Convention* et de la *Charte*) ce qui mettrait en danger la nature de l'Union³³⁶⁹. En effet, la Cour semble craindre que la clause de non-régression de la *Convention européenne des droits de l'homme* n'autorise *in fine* les États membres à compromettre l'effectivité du droit de l'Union par un niveau de protection des droits fondamentaux allant au-delà de ce que le droit de l'Union a prévu. Pour résumer, la Cour de justice refuse que dans les hypothèses du type de *Melloni* (dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice en particulier) contrôlées par la Cour de Strasbourg, cette dernière autorise une protection étatique différente de celle de l'Union, au nom de l'article 53 de la *Convention* et réduise à néant l'interprétation faite à Luxembourg de l'article 53 de la *Charte*³³⁷⁰.
- 1735 Finalement, la clause de non-régression peut laisser une place à l'horizontalité, même si elle est très encadrée, dans une optique de garantir la meilleure protection possible, dans le respect d'une forme de subsidiarité. L'autre question que l'on peut se poser, à laquelle la jurisprudence *Melloni*

³³⁶⁸ § 192 et 193, *ibid.* Ce faisant la Convention européenne, en exigeant « d'un État membre la vérification du respect des droits fondamentaux par un autre État membre, alors même que le droit de l'Union impose la confiance mutuelle entre ces États membres, l'adhésion est susceptible de compromettre l'équilibre sur lequel l'Union est fondée ainsi que l'autonomie du droit de l'Union », § 194.

³³⁶⁹ « Dans la mesure où l'article 53 de la CEDH réserve, en substance, la faculté pour les parties contractantes de prévoir des standards de protection des droits fondamentaux plus élevés que ceux garantis par cette convention, il convient d'assurer la coordination entre cette disposition et l'article 53 de la Charte, tel qu'interprété par la Cour, afin que la faculté octroyée par l'article 53 de la CEDH aux États membres demeure limitée, en ce qui concerne les droits reconnus par la Charte correspondant à des droits garantis par ladite convention, à ce qui est nécessaire pour éviter de compromettre le niveau de protection prévu par la Charte ainsi que la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union » : § 189, *ibid.*

³³⁷⁰ Pour Olivia Tambou « La CJUE sanctuarise ainsi sa capacité à déterminer le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux et l'autonomie de son interprétation du droit de l'UE » : O. TAMBOU, « Union européenne : avis sur le projet d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz Sirey*, 2015, p. 75. C'est sans doute en écho à la récente jurisprudence Cour européenne des droits de l'homme, 4 nov. 2014, *Tarakhel c. Suisse*, Req. 29 217/12, récusant le caractère automatique de la confiance que les États membres s'accordent entre eux dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice quant au niveau de protection des droits fondamentaux. Pour Jean-Paul Jacqué « Ces considérations ont peut-être été inspirées à la Cour par l'arrêt de Grande Chambre de Strasbourg, *Tarakhel*, dans lequel la Cour condamne la Suisse pour le renvoi, en application du règlement Dublin, d'un demandeur d'asile en Italie malgré l'insuffisance des conditions d'accueil dans cet État. Si chaque État devait vérifier si ses propres règles plus protectrices s'appliquent dans l'État d'entrée du demandeur, le système de Dublin serait paralysé », J.-P. JACQUÉ, « CJUE - CEDH : 2-0 », *RTDE*, 2015, pp. 823-832.

ne répond pas, est celle de savoir si l'identité constitutionnelle des États membres pourrait avoir un impact³³⁷¹.

1736 Ce que nous savons à la lumière de la jurisprudence de la Cour précédemment étudiée³³⁷², c'est que l'identité constitutionnelle ou nationale n'est pas considérée en droit de l'Union comme étant susceptible de limiter la primauté du droit de l'Union. Si elle peut être un instrument limitant la logique descendante de la protection européenne des droits fondamentaux en laissant une place aux standards nationaux à travers l'octroi d'une marge d'appréciation aux États, il est clair que dans l'esprit de la Cour de Luxembourg elle ne peut être source de dérogation au droit de l'Union. Autrement dit, ce n'est qu'un argument dans le cadre du standard européen de contrôle et non pas un critère déclenchant une priorité ou une prévalence d'un standard national de protection³³⁷³, comme certaines Cours constitutionnelles l'appréhendent³³⁷⁴. Un éventuel principe de spécificité, renforcé par une exigence identitaire, ne semble donc pas, en tant que tel, retenu par la Cour de justice afin de permettre à un standard national de se déployer à la place d'un standard de l'Union européenne.

1737 On peut en outre se demander si ce principe de spécificité renforcé (l'identité constitutionnelle) cumulé avec le principe de faveur pourrait être la clé d'une véritable appréhension horizontale. En effet, on a pu émettre l'hypothèse que si la protection nationale plus favorable était en plus au cœur de l'intégrité constitutionnelle de l'État, la limite de la primauté pourrait ne plus tenir³³⁷⁵. Si

³³⁷¹ La Cour de justice n'évoque pas la question et l'Avocat général estime que la question n'était pas pertinente en l'espèce : « Par ailleurs, il ne faut pas, à notre avis, confondre ce qui relève d'une conception exigeante de la protection d'un droit fondamental avec une atteinte à l'identité nationale ou, plus précisément, à l'identité constitutionnelle d'un État membre. Il s'agit, certes, en l'occurrence d'un droit fondamental protégé par la Constitution espagnole dont l'importance ne saurait être sous-estimée, mais cela ne signifie pas pour autant que l'application de l'article 4, paragraphe 2, TUE doive ici être envisagée », § 142 des conclusions, *Melloni*, préc. Il rajoute d'ailleurs que « l'adoption par le législateur de l'Union de l'article 4 bis de la décision-cadre démontre que les États membres ont souhaité adopter une approche commune de l'exécution des mandats d'arrêt européens délivrés aux fins d'exécuter des jugements rendus par défaut et que cette approche commune était compatible avec la diversité des traditions et des systèmes juridiques des États membres », § 145.

³³⁷² Voir supra, § 1594 et s.

³³⁷³ En ce sens : « The ECJ ranks among the champions of this "pyramid-minded" approach. The Court's timid openness to the "constitutional identity" argument should not be overestimated in this respect. By promoting the absolute primacy of EU law over national law, the ECJ seems exclusively concerned with preserving the integrity and authority of the EU legal order. » A. BAILLEUX, « Human Rights in Network », *Journal Européen des Droits de l'Homme*, vol. 3, 2014, pp. 293-325, p. 322.

³³⁷⁴ C'est en effet cette différence de résultat qui peut justifier la différence terminologique entre identité constitutionnelle telle qu'utilisée en droit national et l'identité nationale du droit de l'Union européenne, voir sur cette question : S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne », préc.

³³⁷⁵ Ainsi D. Ritleng estime que « si la Cour a, en effet, déjà reconnu que la préservation de l'identité constitutionnelle nationale d'un État membre constituait un motif légitime de dérogation aux libertés de circulation,

la Cour évite soigneusement de trancher le débat, il y a fort à parier qu'une pareille hypothèse ne pourrait fonctionner qu'au prix d'une définition matérielle de l'identité constitutionnelle assez circonscrite. Car si certaines cours constitutionnelles, comme le Tribunal constitutionnel espagnol, considèrent l'ensemble des droits fondamentaux constitutionnels comme partie intégrante de leur identité constitutionnelle, la Cour de justice demandera probablement une identification plus précise, standard par standard³³⁷⁶. Introduire une véritable logique horizontale demanderait sans doute que l'État démontre une spécificité de son standard national, voire une spécificité renforcée c'est-à-dire une atteinte à un droit fondamental qu'il considère comme étant au cœur de son droit constitutionnel³³⁷⁷.

- 1738 Finalement, la clause de non-régression de la *Charte européenne* peine à véritablement permettre une appréhension horizontale des rapports entre l'Union et les États dans la protection des droits fondamentaux tant elle a été sensiblement limitée par l'exigence de respecter la primauté, mais aussi parce qu'il reste à découvrir son fonctionnement exact. Quant aux autres clauses d'application générale de la *Charte*, elles n'étaient pas aussi prometteuses sur ce plan. Ainsi, nous avons pu constater que la clause harmonie (l'article 52(4)) avait été peu exploitée par la jurisprudence³³⁷⁸ et ne serait certainement pas en mesure de permettre un véritable renvoi à un standard national de protection. Elle pourrait exiger de la Cour de justice qu'elle prenne en compte les traditions constitutionnelles des États dans ses motifs, et au mieux qu'elle en vienne à écarter un cas de conflit flagrant avec un standard européen, mais toujours dans le cadre d'un contrôle dont elle conserve la maîtrise. Au vu de la jurisprudence *Melloni*, il est fort peu probable

autrement redoutable est la question de savoir si un État membre serait autorisé à ne pas appliquer un acte de l'Union posant une norme uniforme, afin de maintenir le niveau de protection plus élevé d'un droit fondamental garanti par sa constitution qu'il considérerait comme ressortissant à son identité nationale » : D. RITLÉNG, « De l'articulation des systèmes de protection », préc., p. 292..

³³⁷⁶ La jurisprudence européenne sur l'identité constitutionnelle semble aller dans ce sens (voir supra § 1595 et s.) tout comme les arguments développés par l'Avocat général dans *Melloni*. Pour une critique des arguments de l'Avocat général quant à l'identité constitutionnelle voir A. BAILLEUX, « Entre droits fondamentaux et intégration européenne », préc., p. 234. Il estime en effet d'une part que la nature controversée du droit fondamental en cause avancée par l'Avocat général n'est pas nécessairement pertinente dans la mesure où « plus un principe est fondamental, voire structurant, plus la définition exacte de son contenu est sujette à controverses ». D'autre part, la référence à la position du gouvernement espagnol dans l'affaire n'est pas pertinente puisque ce dernier ne saurait s'exprimer au nom du constituant espagnol.

³³⁷⁷ Voir infra § 1861.

³³⁷⁸ Voir supra § 1468.

qu'elle permette la résurgence d'un standard national qui contreviendrait à la règle de primauté du droit de l'Union et constituerait une « primauté inversée »³³⁷⁹.

Conclusion du chapitre

- 1739 La logique horizontale est potentiellement plus forte en Europe qu'au Canada dans la mesure où elle permet de régir les relations entre les interprètes des droits fondamentaux et non pas simplement entre les normes comme au Canada. Une gestion horizontale introduite seulement dans la gestion des concurrences des chartes au Canada s'avère donc ne pas être un rempart suffisant contre l'homogénéisation puisque la Cour suprême du Canada conserverait une certaine maîtrise dans l'interprétation des standards particuliers. En contrepartie, les conséquences importantes de la gestion horizontale peuvent expliquer les réticences de la Cour de justice à entrer pleinement dans ce type de logique, bien qu'elle y soit davantage poussée par les cours suprêmes nationales et certaines dispositions normatives.
- 1740 Quant aux différents fondements d'une éventuelle régulation des standards de protection des droits fondamentaux, force est de constater que dans les deux espaces plurijuridiques étudiés, ils apparaissent tour à tour mobilisés de différente manière, plus ou moins explicitement, sans qu'aucun ne semble être véritablement préféré. Ainsi s'agissant du principe de faveur ou d'une possible protection plancher au niveau global, contrairement à ce qu'il a pu être observé dans d'autres États fédéraux comme en Suisse ou aux États-Unis³³⁸⁰, il ne se présente ni au Canada ni en Europe comme un principe de régulation privilégiée. Il est certes présent, et même encouragé si l'on en croit la clause européenne de non-régression par exemple, mais son utilisation demeure faible ou limitée dans la jurisprudence des juges suprêmes. Dans une perspective libérale, le principe de faveur émerge bien comme un argument de poids pour permettre à un standard englobé de s'appliquer plutôt qu'un standard global, mais il ne saurait à lui seul permettre une protection pluraliste des libertés dans un espace plurijuridique. D'une part, la Cour de justice par ses limitations au fonctionnement de la clause de non-régression nous met en garde contre son inadaptation au plurijuridisme européen³³⁸¹. D'autre part, il est douteux qu'il puisse à lui seul

³³⁷⁹ A. BERRAMDANE et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne. Institutions et ordre juridique*, préc., p. 131.

³³⁸⁰ C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'Etat fédéral*, préc.

³³⁸¹ C'est d'ailleurs ce qu'elle rappelle dans l'*avis 2/13*, préc., tout en prévenant l'éventuelle immixtion de la clause de non-régression de la *Convention européenne* dans les rapports entre l'Union et les États membres. En effet, toute la prise de position semble avoir pour objectif d'éviter que les modalités d'adhésion à la *Convention européenne des*

répondre à toutes les contestations et dissensions existant quant au contenu des standards de protection des droits et libertés. Les deux autres principes, celui de la spécificité et de la subsidiarité, ont donc un rôle à jouer dans un possible maniement pluriel des standards de protection, comme les jurisprudences semblent d'ailleurs le sous-entendre.

- 1741 Il reste donc à déterminer précisément quel rôle ces principes pourraient avoir dans l'optique d'une protection pluraliste des libertés dans un espace plurijuridique. Ils sont en effet susceptibles d'être utiles dans une gestion renouvelée de la protection substantielle des droits fondamentaux par rapport à ce que font les juges suprêmes. Une approche plus respectueuse de la pluralité et de l'équilibre propre à chacun des plurijuridismes s'avère en effet nécessaire pour répondre aux contestations extérieures et perpétuer le caractère pluriel de chacun des espaces étudiés. Elle demanderait ainsi aux juges suprêmes d'aller au-delà de l'autolimitation aléatoire (et la simple atténuation de leur logique descendante) à la faveur d'une horizontalité plus large, plus cohérente et plus construite que celle que nous avons pu déceler jusqu'ici. Ceci demande alors de redéfinir leur rôle au sein de l'espace plurijuridique et de réfléchir plus généralement au cadre conceptuel dans lequel se déploierait cette protection pluraliste.

droits de l'homme ne permettent à la Cour de Strasbourg d'interférer dans les rapports « plurijuridiques » entre l'Union et les États membres.

CHAPITRE 2. LA MÉTHODOLOGIE DIALOGIQUE : LE JUGE SUPRÊME COMME NŒUD DU RÉSEAU D'INTERPRÉTATION NORMATIVE DES DROITS ET LIBERTÉS

- 1742 Une gestion horizontale de la pluralité des protections et des conceptions des droits fondamentaux n'est pas vraiment une réalité dans les jurisprudences de la Cour suprême du Canada et la Cour européenne de justice, puisqu'aussi bien la cohérence que la claire intention d'infléchir une gestion verticale des libertés semblent faire défaut. Aussi, au-delà de l'aspect purement descriptif de l'interprétation plurielle ou homogène des droits et libertés dans les jurisprudences canadiennes et européennes, il est possible de suggérer une autre voie, à la fois logique et pluraliste. Cette proposition d'une logique horizontale s'appuie d'ailleurs sur des idées, raisonnements ou concepts, qui ont pu être maniés plus ou moins explicitement et de manières différentes par les juridictions étudiées. Des signes annonciateurs de cette logique fondée sur le dialogue existent déjà tant dans les décisions des juges suprêmes que dans certaines études doctrinales, ce qui permettra d'autant mieux de fonder cette nouvelle approche dans chacun des espaces plurijuridiques. En même temps, la comparaison entre les deux espaces permettra de mieux en comprendre les enjeux et d'en tirer une méthodologie pertinente aux deux espaces et à leur problématique commune de protection de la personne humaine dans le respect d'un équilibre entre unité et diversité.
- 1743 L'élaboration de cette méthodologie a donc pour ambition de parachever une véritable logique tout en balisant les démarches conduisant à une interprétation substantielle des libertés, dont l'effet ne serait plus homogénéisant. Une telle rationalité juridique pluraliste demande au préalable de réfléchir au cadre de pensée dans lequel elle s'inscrit (section 1) avant d'en proposer les jalons plus concrets qui constitueront autant de freins à l'homogénéisation et dont le juge suprême pourra se saisir (section 2).

Section 1. Repenser le cadre théorique de l'interprétation des droits et libertés dans le plurijuridisme : le recours au dialogue

- 1744 Le dialogue est généralement conçu comme une discussion entre deux personnes ou deux groupes de personnes. Le terme vient du grec *dialogos* qui signifie discussion, ou « à travers la parole » (*dia* et *logos*). On pense à la dialectique de Socrate ou plus largement à une méthode qui passe par le verbe pour atteindre un but, une vérité, pas étonnant que cela séduise le juriste. Ainsi

la vérité judiciaire, qui découle du processus judiciaire peut être considérée comme le résultat d'une forme de dialectique³³⁸². Le processus dialogique sert également à dégager la norme elle-même, ou la solution juridique adéquate qui apparaît à travers l'échange de paroles. Il existe ainsi des études sur cette dialectique judiciaire interne à l'institution judiciaire, à l'intérieur des juridictions, créatrices de droit³³⁸³.

- 1745 Il existerait aussi un dialogue externe entre les Cours en tant qu'institutions avec d'autres institutions, c'est à ce type de relations dialogiques auxquels nous allons nous intéresser, car elles éclairent la place du juge suprême, tant au Canada que dans l'Union européenne (I). Les analogies entre les deux théories et les défis auxquelles elles tentent toutes deux de répondre nous permettront alors de redéfinir une théorie du dialogue pertinente aux deux espaces dans l'optique de protéger les droits et libertés de manière pluraliste (II).

I. Les théories du dialogue de part et d'autre de l'Atlantique

- 1746 La théorie du dialogue en droit constitutionnel canadien s'inscrit bien dans cette perspective « inter- institutionnelle ». Dans un premier temps elle sert à démontrer que l'arrivée de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982 n'a pas tant bouleversé l'équilibre institutionnel au profit de la Cour suprême du Canada. Peter Hogg et Allison Bushell qui sont les premiers auteurs canadiens à avoir avancé cette théorie, envisagent ainsi un dialogue entre la Cour et le législateur afin de montrer que la Cour n'a pas nécessairement « le dernier mot »³³⁸⁴. Cette théorie du dialogue s'inscrit dans une démarche de légitimation du rôle de la Cour dans le

³³⁸² En effet, le processus judiciaire, tel que nous le connaissons dans nos sociétés occidentales, correspond souvent à l'idée d'un forum de discussion entre deux parties qui avancent des arguments susceptibles de leur faire gagner leur cause. N'est-ce pas là un dialogue ? On peut en douter, car finalement les deux communicants ne s'adressent pas tellement l'un à l'autre, mais à un tiers, qu'ils essaient de convaincre, car ce dernier va décider de l'issue du litige. La mécanique binaire du procès est ultimement tranchée par un tiers, le juge, ce qui nous empêche de considérer cela comme une forme de dialogue. En revanche, la notion de dialogue entre les parties à un litige peut être préjudiciaire, lorsqu'elles essaient de se convaincre l'une l'autre du bien-fondé de leur point de vue.

³³⁸³ On peut ainsi considérer qu'au sein d'une Cour ou d'un tribunal les juges procèdent à une forme de dialogue qui apparaît de manière formelle et informelle. La manifestation formelle de ce dialogue interne apparaîtrait à travers les opinions dissidentes, ou les conclusions des avocats généraux ou rapporteurs généraux dans d'autres systèmes juridiques. Pour une comparaison intéressante sur ces deux types de division dialogique interne voir : M. LASSER, « Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Court of Cassation and the United States Supreme Court », en ligne: *Jean Monnet Working Paper* vol.3, 2003, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030101.pdf>>. On pourrait aussi trouver des manifestations plus informelles de dialogue entre les juges à travers le processus interne de jugement, par l'entremise des clercs ou assistants de justice notamment : L. SOSSIN, « The Sounds of Silence: Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 30, 1996, pp. 279-308.

³³⁸⁴ P. W. HOGG et A. A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or perhaps The Charter of Rights Isn't Such a bad Thing After All) », *Osgoode H.L.J.*, vol. 35, 1997, pp. 75-124..

nouveau contexte de la *Charte* au regard des critiques qui ont pu être faites sur son pouvoir qui deviendrait de plus en plus exorbitant au regard de celui laissé au législateur³³⁸⁵.

- 1747 La théorie du dialogue peut alors être entendue comme un processus de légitimation du rôle de la Cour. La légitimité d'une institution peut être définie simplement comme la justification d'une autorité. À ce titre il est opportun de s'interroger sur la légitimité démocratique, c'est-à-dire sur les relations et le partage des pouvoirs entre les représentants de la population qui délibèrent en fonction de la règle de la majorité. Mais il nous semble que la légitimité d'un juge suprême dépend aussi d'un autre principe cardinal des deux espaces plurijuridiques, la recherche d'un équilibre entre union et diversité. Or à cet égard le rapport entre les cultures juridiques autochtones du Canada et la Cour suprême du Canada pourrait être abordé en termes de dialogue lorsqu'il s'agit de s'ouvrir à une altérité juridique qui n'est pas celle du juge suprême. C'est plutôt sur ce dernier aspect que les théories du dialogue se concentrent en Europe, s'agissant des relations entre les juges nationaux et la Cour de justice de l'Union.
- 1748 Bref, le dialogue est une métaphore séduisante pour appréhender les relations qu'entretiennent les juges suprêmes tant à l'égard des ordres normatifs autochtones (A) qu'à l'égard des législatures provinciales du Canada (B) que vis-à-vis des États membres de l'Union européenne (C).

A. Le processus dialogique et les cultures juridiques autochtones au Canada

- 1749 La nécessité de construire un véritable dialogue entre autochtones et non-autochtones s'inscrit indubitablement dans l'objectif de réconciliation entre les peuples premiers et la société majoritaire sur le territoire canadien. La métaphore du dialogue est donc particulièrement digne

³³⁸⁵ Ce débat sur les relations entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs constitutionnels n'est pas nouveau. À partir du moment où on a confié au juge un pouvoir d'interprétation et de mise en œuvre de la norme suprême, s'est posée la question du rôle dévolu au législateur au regard de ce nouveau pouvoir. Cette problématique s'est posée aux États-Unis avant de se poser au Canada, et le grand voisin américain a souvent servi à la réflexion des constitutionnalistes canadiens : Voir : C. BATEUP, « The Dialogic Promise - Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue », *Brook. L. Rev.*, vol. 71, 2005-2006, p. 1109 et s. L'auteur explique ainsi que Bickel est certainement le premier à avoir réfléchi à cette idée de dialogue. Voir aussi parmi la nombreuse littérature comparatiste entre les États-Unis et le Canada sur la théorie du Dialogue : K. ROACH, « Dialogue or Defiance: Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada », *Int'l. J. Constit. L.*, vol. 4, 2006, pp. 347-370. De la même manière les anciens Dominions britanniques qui connaissent une démocratie parlementaire proche de celle du Canada, ont également pu servir à la réflexion sur le dialogue entre le juge et le législateur : Voir J. B. KELLY, « Legislative Activism and Parliamentary Bill of Rights: Institutional Lessons for Canada » dans J. B. KELLY et C. MANFREDI, dir., *Contested constitutionalism: reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, p. 86 et s.

d'intérêt lorsque l'on réfléchit aux relations normatives entre le droit étatique canadien et les cultures juridiques autochtones³³⁸⁶. On a pu ainsi se demander si la jurisprudence de la Cour suprême du Canada prenait véritablement en compte les traditions juridiques portées par les peuples premiers dans sa jurisprudence relative à l'article 35, sur les droits ancestraux ou le titre foncier. L'incorporation des conceptions juridiques des autochtones sur ces questions dans sa jurisprudence pourrait alors être le fruit d'un processus dialogique entre juristes autochtones ou plus largement les garants des cultures juridiques aborigènes et le juge étatique suprême³³⁸⁷. Ce dernier, ouvert à cette altérité normative, procéderait alors à l'élaboration de standards hybrides, c'est-à-dire formellement étatiques, mais matériellement inspirés des traditions juridiques autochtones et de ses propres concepts normatifs majoritaires³³⁸⁸. S'agissant des droits fondamentaux, l'article 25 pourrait dans la même veine être porteur d'un tel dialogue interculturel³³⁸⁹ dans lequel chacune des traditions juridiques interagit l'une sur l'autre. En « s'appropriant » l'une l'autre, elles feraient plus que coexister, elles se conjugueraient. Le dialogue entre le juge suprême et les peuples autochtones du Canada serait donc un processus permettant de progresser dans la décolonisation du discours des droits et libertés³³⁹⁰.

1750 Séduisante³³⁹¹, la métaphore du dialogue dans le contentieux des droits et libertés et des peuples autochtones au Canada n'est pas pour autant une réalité. En premier lieu, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada n'a pas jusqu'à présent démontré une quelconque sensibilité à la différence autochtone en matière de droits et libertés comme nous avons pu le constater. Si acculturation juridique il y a, on la trouve davantage auprès des autochtones qui ont parfois repris

³³⁸⁶ Et même entre les cultures juridiques autochtones : J. BORROWS, « Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nation Politics », *R.D.U.N.-B.*, vol. 43, 1994, pp. 19-48, spéc. p. 20.

³³⁸⁷ Voir par exemple sur cette question D. G. NEWMAN, « You Still Know Nothin' 'Bout Me: Toward Cross-Cultural Theorizing of Aboriginal Rights », *R.D. McGill*, vol. 52, 2007, pp. 725 - 756.

³³⁸⁸ Ainsi pour Ghislain Otis, à propos de la répartition des fonctions normatives opérée sous l'article 35 : « sur le plan formel, il serait plus juste de parler de juxtaposition puisqu'elles se déploient côte à côte sans que des passerelles soient aménagées pour les amener à échanger des concepts ou des principes » : G. OTIS, « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada » dans G. OTIS, dir., *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, pp. 101-134, p. 122.

³³⁸⁹ Voir T. DICKSON, « Section 25 and Intercultural Judgment », *Revue de droit de l'Université de Toronto*, vol. 61, 2003, pp. 141 - 174. « The purpose of section of 25 is more in line with transformation. It requires an intercultural dialogue - or interest - whereby each culture challenges the other to change and evolve » : § 98.

³³⁹⁰ En ce sens G. OTIS, « Reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones », préc., p. 219.

³³⁹¹ Elle ne l'est pas nécessairement pour tous, certains auteurs peuvent en effet être sceptiques et davantage accentuer la nécessité pour les peuples autochtones de recouvrer une forme de souveraineté pour dépasser le colonialisme. En ce sens : P. MONTURE-ANGUS, *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, 175 p., p. 152.

le langage juridique majoritaire en édictant des chartes de protection des droits de la personne tout en y insérant des contenus propres à leurs cultures juridiques³³⁹².

- 1751 De manière générale, ce dialogue se trouve limité au Canada par l'architecture institutionnelle et juridictionnelle qui laisse peu de place aux interlocuteurs autochtones, qui seraient les porteurs identifiés et légitimes d'une « parole autochtone » auprès des institutions étatiques, juridictionnelles en particulier. Le procès peut certes faire appel à des experts indépendants ou bien aux « sachants » des collectivités autochtones concernées (les aînés par exemple) et faire une place à leurs conceptions lors de la prise de décision. Mais alors, le juge est dans sa position de « tiers » dans une dialectique opposant les autochtones et les non-autochtones (ou leur porte-parole) dans le litige, plutôt qu'un acteur d'un dialogue avec les autochtones. Bref, le monisme judiciaire canadien fait dépendre l'existence du dialogue de l'entière bonne volonté du juge étatique qui en conserve l'entière maîtrise. Un dialogue digne de ce nom supposerait des relations plus horizontales entre le juge étatique (et donc la Cour suprême du Canada) et les interlocuteurs autochtones. Cette horizontalité dans le dialogue est en effet beaucoup plus perceptible lorsque l'on peut mettre en face du juge suprême une institution capable de se poser en protagoniste « équivalent », voire en contradicteur : un législateur ou bien un autre juge, comme les deux types de dialogue que nous allons maintenant étudier.

B. La théorie du dialogue au Canada : la Cour suprême du Canada et le politique

- 1752 L'article 33 de la *Charte canadienne* autorise, on le sait³³⁹³, le législateur à déroger à la *Charte* et, mais aussi par conséquent à l'interprétation qu'en fait la Cour suprême³³⁹⁴. Car si la Constitution attribue à la Cour le pouvoir d'interprétation ultime de la *Charte*, elle redonne en contrepartie au législateur un pouvoir lui permettant de se soustraire au texte, et donc à l'interprétation donnée par la Cour. La clause nonobstant pourrait être une disposition clé de l'équilibre institutionnel canadien, car en donnant au législateur la possibilité de se soustraire aux effets de la *Charte* elle aurait remis sur un pied d'égalité le législateur, et à travers lui le corps politique, et le pouvoir judiciaire, soit un corps non élu et indépendant des représentants du peuple. Le cadre normatif suprême canadien a en quelque sorte compensé le nouveau pouvoir attribué au juge en donnant

³³⁹² Voir supra § 738 et s.

³³⁹³ Voir supra § 1000 et s.

³³⁹⁴ Voir: J. WALDRON, « Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 23, 2004, pp. 7-47, spéc. p. 34 et s.

au corps politique la faculté de choisir une voie différente de celle du juge, et remis ces deux acteurs sur le même plan.

- 1753 Ce faisant, la clause nonobstant a pu être interprétée comme une disposition qui, non seulement permettait de remettre le législateur et le juge à égalité, mais qui donnait au législateur le dernier mot, ou à tout le moins qui évitait que le dernier mot soit systématiquement donné au juge. C'est ainsi que la théorie du dialogue naquit. Selon Peter Hogg et Allison Bushell, il y aurait un dialogue entre la Cour et le législateur lorsqu'à la suite d'une décision d'inconstitutionnalité d'une mesure législative par la Cour, le législateur répond à cette dernière par une certaine action. L'utilisation la clause nonobstant fait indubitablement partie d'une des réponses possibles, elle consiste à passer outre la décision de la Cour en se soustrayant à certains articles de la *Charte* pour un temps déterminé. Mais les auteurs ont également constaté l'existence d'autres modalités de dialogue.
- 1754 Ainsi, selon ces auteurs l'article 1^{er} de la *Charte* serait une source de dialogue entre le législateur et le juge en ce qu'elle permet au législateur de limiter les droits et libertés dans la mesure où ces limites sont raisonnables et justifiées dans une société libre et démocratique. La Constitution semble en effet avoir accordé un espace de parole au législateur par cet article 1^{er}, explicité ensuite par la Cour avec le test *Oakes*³³⁹⁵. Le dialogue serait initié par la Cour, qui expliquerait dans sa décision constatant la violation de la *Charte*, les raisons pour lesquelles le législateur n'est pas parvenu à instaurer des limites raisonnablement justifiées dans sa législation (ou y est parvenu en cas de non-violation). Ce dernier serait ainsi en mesure de répondre de manière adéquate à ces critiques en modifiant sa législation de manière à pallier les motifs de la violation, et s'inscrire en conformité avec la *Charte*. Les auteurs ont également estimé qu'outre l'article 1^{er}, il existait dans la *Charte* des articles qui remplissaient une fonction similaire de justification. Le droit à l'égalité permettrait également une réponse différenciée du législateur dans l'alternative minimale entre l'inclusion du droit à la catégorie initialement exclue ou la suppression du droit à tous³³⁹⁶.

³³⁹⁵ Voir supra § 1514 et s.

³³⁹⁶ Voir P. W. HOGG et A. A. BUSHELL, « The Charter Dialogue », préc., p. 87 et s.

- 1755 Il existe des exemples concrets de dialogue³³⁹⁷, celui relatif au droit de vote dans les affaires *Sauvé*³³⁹⁸ peut être cité. Ici, l'institution judiciaire exprime une première fois son interprétation quant au droit de vote tel que protégé par la *Charte*, elle estime que la loi fédérale qui prive tous les prisonniers du droit de vote dans les élections fédérales lui est contraire. Le Parlement répond à cela par une nouvelle législation, qui prive du droit de vote à ces élections seulement les condamnés à plus de deux de prison.
- 1756 De la même manière, le parlement avait modifié la loi sur la caution pour tenir compte de l'arrêt *Morales*³³⁹⁹ qui avait conclu que le rejet d'une caution justifié en cas « d'intérêt public », violait de l'article 7 de la *Charte*. Il avait ainsi transformé le motif jugé trop vague de « l'intérêt public » au cas d'une « autre juste cause et, sans préjudice de ce qui précède, (la) détention est nécessaire pour ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice (...) ». Le Parlement a donc tenté une mise en œuvre de l'article 7, en précisant ce qu'il entendait par un motif d'intérêt général afin de rendre sa loi sur la caution constitutionnelle. Ce qui est particulièrement intéressant dans cette affaire c'est que le législateur a précisé le motif, tel qu'il avait été sommé de le faire, mais a quand même fait preuve d'une certaine résistance à l'interprétation de la Cour, car il a gardé le motif vague de « l'autre juste cause ». La réponse était donc à la fois respectueuse et « rebelle ».
- 1757 La récente réponse législative en matière de prostitution suite à l'affaire *Bedford* de 2013³⁴⁰⁰ constitue également un exemple notable. On aurait pu en effet considérer que cette décision déclarant inconstitutionnelles les dispositions du Code criminel se rapportant à la prostitution, constituait une victoire pour les prostituées, comme l'intimée Terri Jean Bedford, favorables à une décriminalisation de leur activité dans l'objectif de garantir la sécurité de leur personne (voire militant pour l'octroi d'un statut juridique protecteur pour les travailleurs et travailleuses du sexe). Or, la réponse législative du gouvernement fédéral conservateur est pourtant allée dans un sens opposé puisqu'à l'automne 2014, la nouvelle loi réglementant la prostitution est « abolitionniste », c'est-à-dire qu'elle criminalise les clients de la prostitution, alors que les

³³⁹⁷ Les affaires linguistiques au Québec peuvent également servir de bons exemples, notamment la réaction québécoise après *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Voir supra § 1068.

³³⁹⁸ *Sauvé c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 438 ; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

³³⁹⁹ *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

³⁴⁰⁰ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101.

dispositions auparavant inconstitutionnelles ne les visaient pas³⁴⁰¹. Le législateur fédéral s'emploie pourtant très précisément à démontrer que la nouvelle législation est conforme à la décision de la Cour suprême, notamment parce qu'elle a un objectif distinct de la précédente législation, en particulier la protection des personnes victimes de la prostitution³⁴⁰².

- 1758 De nombreuses critiques ont été émises quant à cette théorie initiale du dialogue, de la part de politologues notamment. Elles ont d'ailleurs permis une compréhension plus complète de la théorie du dialogue.
- 1759 Ainsi des auteurs ont manifesté un certain scepticisme à propos de l'affirmation selon laquelle on pourrait conclure à l'existence d'un dialogue du moment que le législateur réagisse, peu importe sa réaction. Par exemple, Christopher Manfredi parvient à une quantité beaucoup plus réduite de cas de dialogue, car il considère que seules les réactions politiques infirmant, modifiant ou évitant une décision judiciaire constituent de « véritables réponses »³⁴⁰³. Frederick Morton faisait également remarquer que lorsque le législateur ne faisait que suivre docilement les directions de la Cour, il n'agissait pas comme un interlocuteur égal à cette dernière, mais qu'il ne faisait qu'obéir³⁴⁰⁴.
- 1760 Or, d'un point de vue conceptuel, le fait pour un interlocuteur d'acquiescer et de rester dans le cadre d'analyse fixé par l'autre interlocuteur n'est pas en soi incompatible avec l'idée de dialogue³⁴⁰⁵. Il n'y aurait alors pas d'obstacle théorique à accepter qu'il y ait une forme de dialogue à partir du moment où le législateur répond, peu importe la nature de la réponse. Mais en réalité, ce que ces auteurs mettent en exergue par cette critique c'est la soumission du

³⁴⁰¹ Il s'agissait de trois infractions : l'interdiction des maisons de débauche, de vivre des produits de la prostitution et de communiquer dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution.

³⁴⁰² Voir ainsi le « document technique » sur le projet de loi C-36 élaboré par le ministère de la justice canadien, en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/protect/p1.html>. Par exemple, selon ce document « Le projet de loi C-36 constitue un changement de paradigme important qui s'éloigne de la reconnaissance de la prostitution en tant que "nuisance", comme l'a conclu la Cour suprême du Canada dans *Bedford*, et se rapproche d'une reconnaissance de la prostitution en tant que forme d'exploitation sexuelle ayant un effet préjudiciable et disproportionné sur les femmes et les filles ».

³⁴⁰³ C. MANFREDI, « The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998-2003 », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 23, 2004, p. 105 et s, spéc. p. 122 et s. C. MANFREDI et J. B. KELLY, « Six Degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell », *Osgoode H.L.J.*, 1999, p. 513 et s.

³⁴⁰⁴ F. L. MORTON, « Dialogue or Monologue? », *Options Politiques*, 1999, pp. 23-26.

³⁴⁰⁵ Les auteurs ont d'ailleurs répondu sur ce point aux critiques : P. W. HOGG et A. A. BUSHELL THORTON, « Reply to 'Six Degrees of Dialogue' », *Osgoode H.L.J.*, vol. 37, 1999, p. 529 et s, spéc. p. 536.

législateur au juge, et donc *in fine* la relation inégalitaire³⁴⁰⁶ que serait proposée par un bon nombre de juristes.

1761 Des politologues ont critiqué cette théorie comme étant trop centrée sur le juge³⁴⁰⁷ en présumant que le pouvoir judiciaire détenait le monopole de la correcte interprétation, ce qui entretient un rapport inégalitaire entre les deux acteurs. Au contraire, le véritable dialogue n'existerait qu'à partir du moment où les législatures sont reconnues comme des interprètes légitimes de la Constitution et ont des moyens effectifs d'affirmer leur interprétation³⁴⁰⁸. Il s'agit en substance de la théorie de l'interprétation coordonnée de la Constitution (« *Coordinate construction* »)³⁴⁰⁹, selon laquelle le législateur et le juge détiennent un pouvoir interprétatif égal et concurrent de la Constitution. Le dialogue serait donc constitué par ces deux visions de la Constitution, et permettrait d'atteindre un certain équilibre grâce à ces contrôles et contrepoids réciproques (« *checks and balances* »).

1762 Si cette conception met sur un pied d'égalité le juge et le législateur, c'est au prix d'une égalité tellement stricte qu'elle gomme les différences de fonctions entre ces deux institutions, et finalement leur complémentarité nécessaire dans une démocratie constitutionnelle. Comme le fait remarquer Kent Roach, cette doctrine met au défi le principe même de l'État de droit (*rule of law*) qui confie au pouvoir judiciaire la garantie que le législateur ne pourra pas porter atteinte aux droits et libertés, même minoritaires³⁴¹⁰. C'est pour cette raison que l'auteur préfère un

³⁴⁰⁶ C'est la raison pour laquelle Christopher Manfredi et James Kelly ont proposé « six degrés distincts de dialogue », et une séparation entre le « véritable dialogue » et les autres formes de dialogues. « However, Charter dialogue does not characterize the process whereby elected officials simply repeal offending sections or replace entire Acts. Such responses do not represent minor legislative replies, but border on Charter ventriloquism because elected officials are simply expunging sections or whole laws found to be offensive to judicial actors, and thus simply complying with judicial decisions. This negative approach to legislative sequels undermines the establishment of an equal relationship between judges and legislators, and instead facilitates a hierarchical relationship that limits genuine dialogue ». C. MANFREDI et J. B. KELLY, « Six Degrees of Dialogue », préc., p. 521.

³⁴⁰⁷ C. BATEUP, « The Dialogic Promise », préc., p. 1155 et s.

³⁴⁰⁸ C. MANFREDI et J. B. KELLY, « Six Degrees of Dialogue », préc., p. 524. (Notre traduction de « Genuine dialogue only exists when legislatures are recognized as legitimate interpreter of the constitution and have and effective means to assert that interpretation ».

³⁴⁰⁹ Pour une origine de cette théorie, aux États-Unis notamment voir C. BATEUP, « The Dialogic Promise », préc., p. 1137 et s.

³⁴¹⁰ « The idea that the legislature has as much if not more right than the court to say what fundamental values, legal, equality or minority rights mean in a particular context and then act on its own interpretations also makes the legislature a judge in its own majoritarian causes. Co-ordinate construction also sacrifices the distinctive role of courts and legislatures by SUGGESTING that they both should devote their different talents to the same exercise: constitutional interpretation » : K. ROACH, « Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures », *R. du B. can.*, vol. 80, 2001, pp. 481-533, spéc. p. 493.

« dialogue fondé sur les tribunaux et législateurs jouant un rôle distinct, mais complémentaire »³⁴¹¹, dans lequel les tribunaux peuvent jouer pleinement leur rôle protecteur des droits individuels et des groupes, même si cela va à l'encontre de la conception majoritaire du législateur. Or pour être certain que le juge puisse jouer ce rôle de gardien, il faut donner autorité à ses décisions sur le législateur. Dans le même ordre d'idée, la position de Peter Hogg, Allison Bushell et Wade Wright est que l'autorité finale de l'interprétation de la *Charte* reste entre les mains du pouvoir judiciaire³⁴¹². Cela signifie que le législateur est un interprète de la Constitution, mais que son interprétation ne peut entrer en conflit avec celle donnée ultimement par la Cour suprême, sauf dans deux cas particuliers : l'utilisation de la clause nonobstant et le changement de circonstances³⁴¹³.

1763 Ce à quoi, « le camp des politologues » répond que cette vision engendre un déséquilibre au profit du juge, qui est perçu comme ayant des capacités supérieures en matière de « principes », et dans laquelle le législateur est réduit à un rôle passif d'écoute du juge³⁴¹⁴. Cet argument peut d'ailleurs recevoir comme appui le fait que la clause nonobstant n'ait été utilisée que peu de fois, par le Québec notamment, tombant ainsi en quasi-désuétude pour certains³⁴¹⁵. Certains politologues³⁴¹⁶ préféreront alors des théories du dialogue fondées sur l'équilibre ou le partenariat entre juge et législateur, dans lesquelles le juge n'a pas de supériorité morale intrinsèque, et où les deux acteurs participent de manière égale ou équilibrée, parfois par un débat dans l'opinion publique, sur le sens des droits constitutionnels³⁴¹⁷.

1764 Quant à la Cour suprême elle-même, elle s'est approprié la théorie du dialogue³⁴¹⁸ même si la Cour est nuancée et souvent divisée sur cette question. On peut en effet étudier sa réaction,

³⁴¹¹ *Ibid.*, p. 496.

³⁴¹² P. W. HOGG, A. A. BUSHELL THORTON et W. K. WRIGHT, « Charter Dialogue Revisited or "much about metaphors" », *Osgoode H.L.J.*, vol. 45, 2007, pp. 1-65, spéc. p. 30 et s.

³⁴¹³ *Ibid.*, p. 34.

³⁴¹⁴ C. BATEUP, « The Dialogic Promise », préc., p. 1156 et s.

³⁴¹⁵ Voir supra § 1071. R. ALBERT, « Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause », *Alta L. Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 1037-1069.

³⁴¹⁶ C. BATEUP, « The Dialogic Promise », préc.; J. E. HIEBERT, *Charter Conflicts. What Is Parliament's Role?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, 280 p.

³⁴¹⁷ On remarquera d'ailleurs que cette solution est spécifique à un contexte constitutionnel « rigide ». Ainsi, en France, par exemple, elle ne se pose pas, car le corps politique a une possibilité effective de modifier la Constitution en cas d'interprétation constitutionnelle faisant obstacle à ses objectifs. Ce faisant il ne remet nullement en cause l'autorité des décisions du Conseil, et le système constitutionnel ménage un équilibre entre politiques et juges.

³⁴¹⁸ La Cour cite d'ailleurs Hogg et Bushell, voir par exemple dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, §30 et s. Mais les auteurs ont ensuite pris leur distance avec la théorie du dialogue vu par la Cour, car leur optique était

notamment dans les jurisprudences relatives aux « *second look cases* » : des affaires dans lesquelles la Cour suprême a dû se prononcer à nouveau sur une affaire en raison d'une « réponse » législative donnée en réaction à un constat de violation antérieur.

1765 Ainsi, l'affaire *Mills*³⁴¹⁹ est la première de ce type d'affaires, dans laquelle la Cour accepte la réponse du législateur même si elle diffère de celle qu'avait proposée la Cour dans la première affaire³⁴²⁰. Les juges majoritaires McLachlin et Iacobucci estiment que la Cour a adopté une attitude de respect envers le législateur³⁴²¹, rapports qui peuvent être analysés sous l'angle du dialogue³⁴²². Ils estiment que « les tribunaux n'ont pas le monopole de la protection et de la promotion des droits et libertés »³⁴²³, le législateur pouvait ainsi modifier la règle de common law dégagée par la Cour dans la mesure où la procédure qu'il prévoyait était constitutionnellement acceptable. En revanche dans *R. c. Hall*³⁴²⁴, les deux juges majoritaires qui avaient écrit l'opinion dans *Mills* tombent en désaccord. La juge en chef, juge majoritaire, accepte une partie de la réponse du législateur, tandis que le juge Iacobucci estime que le Parlement a rompu le dialogue en réitérant un motif trop vague et que l'attitude de la majorité a « remplacé le dialogue par l'abdication »³⁴²⁵. Le juge dissident y manifeste presque sa colère de ne pas avoir été entendu la première fois sur l'interdiction des motifs trop vagues³⁴²⁶. Mais le juge majoritaire, lui, accepte la réponse du législateur concernant le motif de la nécessité de ne pas miner la confiance du public envers l'administration de la justice. La majorité de la Cour estime ainsi que le dialogue a fonctionné entre les deux acteurs, qu'elle avait été entendue par le Parlement, même s'il a tenté à nouveau d'invoquer un motif trop vague de « l'autre juste cause », motif qui sera donc amputé de la loi. L'un a estimé que la Cour avait été entendue, et l'autre pas, cela montre que le sentiment d'être écouté et respecté revêt un aspect subjectif et ambigu.

1766 Dans l'affaire *Sauvé II*³⁴²⁷, la Cour donne clairement l'impression que, tout en reprenant la théorie du dialogue, elle entend s'arroger le pouvoir du dernier mot lors de son appréciation de la

purement descriptive : P. W. HOGG et A. A. BUSHELL THORTON, « Reply to 'Six Degrees of Dialogue' », préc., p. 532 et s.

³⁴¹⁹ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668.

³⁴²⁰ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

³⁴²¹ *R. c. Mills*, préc., § 56.

³⁴²² §57, *ibid.*

³⁴²³ §58, *ibid.*

³⁴²⁴ *R. c. Hall*, [2002] 3 R.C.S. 309, 2002 CSC 64.

³⁴²⁵ §12, *ibid.*

³⁴²⁶ § 126, *ibid.*

³⁴²⁷ *Sauvé II*, préc.

réponse du législateur. En l'espèce, la juge en chef rédigeant l'opinion majoritaire rejette la constitutionnalité de la réponse du législateur et explique à ce sujet que la théorie du dialogue n'est pas une théorie impliquant la déférence envers le législateur et lui laisse automatiquement le dernier mot : « La promotion saine et importante d'un dialogue entre le législateur et les tribunaux ne devrait pas se réduire à la règle qui porte que "si vous ne réussissez pas la première fois, essayez, et essayez encore" »³⁴²⁸. La majorité de la Cour n'a pas été convaincue par la réponse du législateur au regard du texte constitutionnel, bien que les juges dissidents l'aient été. Mais sur la théorie du dialogue elle-même, les juges dissidents ne sont pas si éloignés de ceux de la majorité, dans la mesure où ils estiment que c'est à la Cour d'accepter la réponse législative. Or par ce dernier acquiescement, la Cour semble bien s'arroger le dernier mot quoi qu'en dise le juge dissident :

*« (...) la métaphore du dialogue signifie que ni les tribunaux ni le Parlement n'ont le monopole de la détermination des valeurs. L'important est que la métaphore du dialogue ne signifie pas un affaiblissement de la norme de justification en application de l'article premier. Elle signifie simplement que, lorsque le législateur, après une analyse complète et rigoureuse fondée sur l'article premier, a convaincu le tribunal qu'il a apporté à un droit une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, le "dialogue" prend fin ; les tribunaux reconnaissent que le dernier mot appartient au Parlement et ne substituent pas leur choix aux choix raisonnables du législateur »*³⁴²⁹.

- 1767 La théorie du dialogue en droit canadien pose au final la question des rapports hiérarchiques entre la Cour suprême du Canada et le législateur fédéral ou provincial. S'agissant précisément des législateurs provinciaux, qui nous intéressent ici particulièrement dans une perspective plurijuridique, notons en effet que la théorie du dialogue « classique » est pertinente afin d'analyser leurs relations avec la Cour suprême du Canada³⁴³⁰. Il existerait donc bien un dialogue entre la Cour suprême du Canada et les provinces puisqu'il existe un dialogue avec les législateurs provinciaux. La théorie du dialogue mériterait toutefois d'être approfondie en ce qui concerne les provinces, car outre la question du rôle complémentaire entre le corps politique et le corps judiciaire, le dialogue avec les provinces pose la question de la conservation d'un équilibre

³⁴²⁸ § 17, *ibid.* Dans la même veine, la Cour a pu affirmer que « Le simple fait que la mesure législative constitue la réponse du législateur à un arrêt de notre Cour ne milite ni pour ni contre la déférence » : *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 R.C.S. 610, § 11.

³⁴²⁹ Dissidence rédigée par le juge Gonthier, § 104, *ibid.*

³⁴³⁰ Toutefois, les auteurs ne prennent pas souvent la peine de distinguer le législateur fédéral du provincial dans leurs études de cas.

fédératif et donc d'une certaine diversité dans l'espace canadien. Il serait alors possible de se servir de la théorie du dialogue pour une meilleure compréhension de la problématique fédérale.

- 1768 Avant d'examiner s'il est possible de concevoir une théorie du dialogue qui ne sacrifie ni l'autorité des décisions judiciaires ni l'équilibre entre juge et législateur, examinons le dialogue tel qu'il est conçu en Europe. Ce dernier met aussi en exergue une remise en cause des rapports hiérarchiques, mais cette fois-ci entre juge supranational et juges étatiques.

C. Le dialogue des juges en Europe : la Cour de justice européenne et les États

- 1769 Comme au Canada, le dialogue s'ancre d'abord dans le texte fondateur à travers le renvoi préjudiciel en particulier. Mais ce mécanisme européen ne formalise qu'une partie du dialogue existant, si bien qu'en Europe la théorie du dialogue des juges peut servir plus largement à concilier autonomie et intégration, refus d'une relation hiérarchique entre les juges et effectivité du droit de l'Union.
- 1770 On attribue en effet l'expression de dialogue des juges à Bruno Genevois, Commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État, qui à propos des rapports entre la France et ce qui était alors la Communauté européenne, exhortait en 1978 qu'il n'y ait de place « ni pour le gouvernement des juges, ni pour la guerre des juges », mais pour « le dialogue des juges »³⁴³¹. Depuis, le dialogue des juges est une métaphore qui connaît un retentissement formidable en doctrine³⁴³². Et si elle a pu servir des réalités juridiques fort diverses, même si elle prend naissance dans le cadre du droit de l'Union³⁴³³, elle demeure pertinente pour analyser les rapports que ce droit entretient avec les États.

³⁴³¹ Conclusions de l'arrêt Conseil d'État, Ass., 6 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*.

³⁴³² Différents ouvrages collectifs et actes de colloques en témoignent régulièrement, voir par exemple : F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD, dir., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 242 p; J. BOUDON, dir., *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Mare & Martin, 2012, 224 p; E. BRIBOSIA, L. SCHEEK et A. UBEDA de TORRES, dir., *L'Europe des cours : loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 333 p; Collectif, dir., *Le dialogue des juges - Mélanges en hommage à B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, 1166 p.

³⁴³³ Ainsi dès 1971, l'Avocat général Dutheil de Lamoignon qualifiait la procédure préjudicielle de « dialogue à juge à juge » : conclusions du 27 septembre 1971 de l'arrêt CJCE, 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, aff. 6/71, *Rec.*, p. 823, à la p. 854-855.

- 1771 Les textes fondateurs de l'Union mettent en place les jalons d'une logique, d'un « esprit » dialogique, entre les juges à travers deux dispositions³⁴³⁴ : celle relative au renvoi préjudiciel et celle relative à la coopération loyale³⁴³⁵.
- 1772 En instaurant le mécanisme préjudiciel, les traités institutionnalisent le dialogue entre juge national et Cour de justice. Rappelons que le juge interne, à l'occasion d'un procès, peut ou doit saisir la Cour de justice d'une question sur l'interprétation ou la conformité au droit européen, y compris s'agissant du respect des droits fondamentaux³⁴³⁶. La nécessité d'orchestrer une relation juridictionnelle entre l'Union et les États tient à la nature particulière de ce droit européen qui, devant s'intégrer au droit des États, avait besoin de leurs juges pour en assurer l'effectivité tout en s'appuyant sur une juridiction spécialisée et dédiée au droit de l'Union permettant d'en assurer sinon l'unité et la cohérence. Le renvoi préjudiciel, contrairement à un système d'appel ou de cassation, n'instaure pas une subordination directe des juges nationaux à la Cour de justice, il demande aux juges de coopérer. Cette coopération est à l'initiative du juge national qui entame un dialogue lorsqu'il pose une question préjudicielle, à laquelle la Cour de justice européenne répond dans la limite de sa fonction juridictionnelle. La dialectique préjudicielle s'achèverait alors avec le juge national qui, à partir de cette réponse, peut trancher son litige.
- 1773 Le mécanisme permet ce faisant de dissocier la primauté du droit de l'Union, de la supériorité hiérarchique de la Cour de justice européenne³⁴³⁷. L'absence de symétrie entre la hiérarchie des normes et l'architecture juridictionnelle européenne explique d'ailleurs la jurisprudence de la Cour de justice sur les recours contentieux, lui permettant de se mettre non pas véritablement au sommet, mais à tout le moins au centre³⁴³⁸. Ceci n'empêche d'ailleurs pas la Cour de justice de manifester son attachement à cette idée de coopération dialogique par la voie préjudicielle, comme encore récemment dans l'*avis 2/13*³⁴³⁹.

³⁴³⁴ Ex article 177 TCE et article 5 TCE.

³⁴³⁵ En ce sens, voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, 663 p., p. 443 et s.

³⁴³⁶ Voir supra § 1305 et s.

³⁴³⁷ Denys Simon y voit même une contradiction : « Ce mécanisme est destiné à résoudre la contradiction essentielle entre la hiérarchie normative qui caractérise les rapports entre ordres juridiques communautaires et nationaux d'une part, et d'autre part, l'absence de subordination structurelle entre les juridictions communautaires et nationales », D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 779 p., p. 661.

³⁴³⁸ Voir supra, § 1264 et s.

³⁴³⁹ Elle y affirme que « la clef de voûte du système juridictionnel ainsi conçu est constituée par la procédure du renvoi préjudiciel prévue à l'article 267 TFUE qui, en instaurant un dialogue de juge à juge précisément entre la Cour et les juridictions des États membres, a pour but d'assurer l'unité d'interprétation du droit de l'Union » § 176,

- 1774 Ce faisant, un tel encadrement de l'échange juridictionnel par la Cour de justice fait de ce mécanisme une coopération contrainte, d'ailleurs conforme au principe de coopération loyale du traité³⁴⁴⁰. Le dialogue issu de la procédure préjudicielle européenne recèle une part de verticalité³⁴⁴¹, car comme l'explique Laurence Burgorgue-Larsen, ces contraintes procédurales « surplombent les ordres juridiques internes qui vont contraindre les juges — sis sur les deux rives de l'espace juridique, la rive nationale et la rive supranationale — à converser »³⁴⁴². Or ce sont précisément les règles fixées par la Cour de justice qui déterminent le cadre de la discussion.
- 1775 La nature dialogique de l'échange est, tout comme il peut l'être au Canada, contestée puisque le juge national est tenu de se conformer à la réponse fournie par la Cour de justice, qui en maîtrisant l'interprétation du droit de l'Union aurait en substance le dernier mot même si le juge national tranche après elle. La question de départ étant parfois obligatoire et la réponse au final imposée, le renvoi préjudiciel s'apparenterait dès lors plus à une « prise d'instruction » qu'à un dialogue³⁴⁴³.
- 1776 Il n'en demeure pas moins que la saisine de la Cour de justice continue de dépendre pour beaucoup de la volonté des juridictions nationales. À cet égard le débat qui entoure les refus ou au contraire les volontés croissantes des cours constitutionnelles nationales³⁴⁴⁴ à renvoyer directement par la voie préjudicielle à la Cour de justice démontre l'importance des acteurs nationaux dans l'entame de ce dialogue formalisé. Ainsi, les juridictions constitutionnelles allemande et française s'inscrivent désormais, comme d'autres Cours avant elles, dans un

CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme* n°2/13, non encore publié.

³⁴⁴⁰ Article 4(2) TUE. En ce sens, voir A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *CML Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1454, spéc. p. 1447.

³⁴⁴¹ En ce sens, voir aussi X. GROUSSOT, « Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities » dans M. AVBELJ et J. KOMÁREK, dir., *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Pub., 2012, pp. 319-341, p. 320.

³⁴⁴² L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », *Le dialogue des juges - Mélanges en hommage à B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95-130, p. 98.

³⁴⁴³ P. BERLIOZ, « La Cour de justice de l'Union européenne : du dialogue à la cassation ? » dans J. BOUDON, dir., *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Mare & Martin, 2012, pp. 85-131, p. 88 et s. L'auteur est en réalité favorable à une véritable procédure de cassation pour assurer la pleine effectivité du droit de l'Union à la place d'une collaboration fictive (p. 102 et s.).

³⁴⁴⁴ Voir supra § 1661 et s. La saisine du Conseil constitutionnel français témoigne ainsi de cette collaboration préjudicielle et d'un dialogue « désormais accompli » avec la Cour de justice : H. LABAYLE et R. MEHDI, « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *RFDA*, 2013, pp. 461-476.

échange institutionnalisé avec la Cour de justice³⁴⁴⁵. Cela témoigne sans doute d'une certaine adhésion à un modèle de relations juridictionnelles davantage collaboratif, par rapport aux réserves et résistances des débuts. En tout état de cause, ces juges constitutionnels semblent avoir pris acte de l'enchevêtrement normatif, jusque dans les sphères constitutionnelles nationales, qui caractérise le droit de l'intégration et demande donc des réponses spécifiques relatives au droit de l'Union.

- 1777 D'autre part, en dépit de la réponse dictée par la Cour de justice, on peut estimer que le renvoi préjudiciel permettait *in fine* d'ouvrir un espace de négociation entre la conception nationale et la conception européenne. Ainsi, il est arrivé que les Cours nationales insatisfaites posent à nouveau une question préjudicielle à la Cour européenne de justice afin qu'elle reconsidère son interprétation³⁴⁴⁶. La Cour de justice peut, on l'a vu, laisser une marge de manœuvre et une autonomie aux juges nationaux y compris dans la protection des droits fondamentaux, ce qui comme l'avance Romain Tinière permettrait au juge national d'être « un acteur à part entière du dialogue entre les juges européens »³⁴⁴⁷.
- 1778 En outre, le caractère partiellement imposé du dialogue, dans la mesure où il se fonde sur un réseau de contraintes et de conditionnement qui détermine l'action du juge³⁴⁴⁸, n'enlève rien à

³⁴⁴⁵ S'agissant du Conseil constitutionnel français c'était pour la première fois en 2013 de l'affaire CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. contre Premier ministre*, C-168/13 PPU, *Rec. numérique...*, voir supra § 1679, et pour la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 2014 dans l'affaire des rachats d'obligations souveraines par la Banque centrale européenne (« Opération monétaire sur titres »), CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler et autres c. Deutscher Bundestag*, aff. C-62/14, non encore publié. Pour une analyse critique de la décision allemande, loin d'un esprit collaboratif dans cette affaire : F. C. MAYER, « La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relativement au programme OMT. Rebelles sans cause ? Une analyse critique du renvoi de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le dossier des OMT », *RTDE*, 2014, pp. 683-714. Voir aussi A. PLIAKOS, « Le premier renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle allemande à la CJUE : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *Revue de l'Union Européenne*, vol. 584, 2015, pp. 41-50.

³⁴⁴⁶ Voir par exemple : C. KILPATRICK, « Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues between UK Courts and the ECJ », *ELJ*, vol. 4, 1998, pp. 121-147.

³⁴⁴⁷ R. TINIÈRE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne » dans M. LÉVINET, dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 357-376, p. 374. Il explique que « le juge national semble jouer un rôle second en se contentant de transposer des solutions dégagées au niveau européen, y compris lorsqu'il s'agit de la protection des droits fondamentaux. Cette analyse est contestable notamment parce qu'elle ne prend pas en compte l'importance de la formulation posée à la Cour de justice ainsi que les arguments éventuellement mis en avant par la juridiction nationale de renvoi dans sa question ». Il ajoute surtout que ce rôle second laissé au juge national serait en train d'évoluer à la lecture de la jurisprudence de la Cour de justice lui laissant une relative autonomie dans la protection des libertés, ce qui serait le signe d'un véritable pluralisme juridictionnel en la matière (p. 360 et s).

³⁴⁴⁸ G. De VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, Paris, Dalloz, 2013, 255 p., p. 22.

son existence. C'est même précisément les relations plurijuridiques entre les espaces normatifs qui en font sa raison d'être.

- 1779 C'est ce qui explique d'ailleurs qu'en dehors de la procédure préjudicielle, on puisse déceler un dialogue caché³⁴⁴⁹, indirect³⁴⁵⁰ ou spontané³⁴⁵¹ entre les juges nationaux et européens, apparaissant à travers la lecture de leurs différentes décisions respectives³⁴⁵².
- 1780 C'est historiquement le cas des cours constitutionnelles nationales, qui, même si elles ne saisissent pas la Cour de justice, communiquent assurément avec elle à travers leurs décisions. En effet, nous avons pu constater que les juges nationaux se sont fait porte-parole de leurs spécificités nationales respectives, ou d'un certain niveau de protection des droits fondamentaux, qu'ils aient décidé de saisir la Cour de justice européenne ou pas³⁴⁵³.
- 1781 Il existerait alors de nombreux exemples de dialogue, entre les différentes juridictions nationales, dont la nature plus ou moins conflictuelle dépend à la fois de la stratégie des acteurs, en particulier des juges nationaux, et des principes qu'ils entendent défendre. Les affaires *Solange* et plus généralement les décisions nationales qui ont contribué à l'émergence de la protection communautaire des droits fondamentaux sont ainsi considérées comme des manifestations du dialogue des juges. De même, les cas dans lesquels les juridictions nationales contestaient la logique descendante peuvent assurément relever d'une relation dialogique³⁴⁵⁴. On peut également citer³⁴⁵⁵ la récente question de la protection des données personnelles qui avait fait l'objet d'une

³⁴⁴⁹ G. MARTINICO, « Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of 'Hidden Dialogue' », *Kings Law Journal*, vol. 21, 2010, pp. 257-281.

³⁴⁵⁰ X. GROUSSOT, « Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities », préc., p. 320.

³⁴⁵¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, préc., p. 497.

³⁴⁵² On a pu aussi le qualifier de « dialogue à distance » chaque juge avançant sa proposition dans une affaire, la plupart du temps, distincte de celle traitée par un l'autre juge », R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p., p. 508.

³⁴⁵³ Voir supra § 1661 et s.

³⁴⁵⁴ Voir supra *ibid.*

³⁴⁵⁵ Pour d'autres exemples et des analyses État membre par État membre, voir s'agissant du Royaume-Uni et la Cour de justice voir : C. KILPATRICK, « Community or Communities of Courts », préc. Une autre étude intéressante qui se penche en particulier sur le juge constitutionnel italien voir M. CARTABIA, « Taking Dialogue Seriously » The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.12, 2007, p. 22 et s. Ou pour une analyse relative à la France voir par exemple F. CHALTIEL, « L'eupéanisation du juge constitutionnel : le dialogue renforcé entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne », *LPA*, 2013, p. 4 et s.; H. LABAYLE et R. MEHDI, « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », préc.; J.-P. PUISSOCHET, « Les juges européens, le juge constitutionnel et le juge administratif : le dialogue des juges » dans B. LUKASZEWICZ et H. OBERDORFF, dir., *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, Presse Universitaire de Grenoble, 2004, p. 299 et s.

jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande à la fois très exigeante sur le fond et contestataire quant aux rapports avec le droit de l'Union³⁴⁵⁶. Selon toute vraisemblance, elle a été entendue par la Cour de justice qui s'est montrée très ferme vis-à-vis du législateur européen quant à cette protection dans *Digital Rights Ireland*³⁴⁵⁷.

1782 Le dialogue entre les juridictions nationales, suprêmes, constitutionnelles et ordinaires et le juge européen a ainsi lieu dans un contexte plus ou moins apaisé, entre résistance à l'intégration européenne, pression sur la Cour européenne, et assentiment. Le « ping-pong entre les décisions »³⁴⁵⁸ peut alors être beaucoup plus conflictuel, un des intérêts et objets du dialogue portant précisément sur les désaccords. Le dialogue se manifeste ici par le constat que les Cours se « répondent », elles prennent acte de ce qui a été énoncé par l'autre et l'intègre explicitement ou implicitement dans leurs décisions (via des « jurisprudences réciproques »³⁴⁵⁹). Et son existence même, permet justement « sans trop de heurts, le caractère opérationnel de l'enchevêtrement des systèmes qui caractérise la complexité du droit de l'Union européenne »³⁴⁶⁰.

1783 Mais à la différence du dialogue institutionnalisé par la voie préjudicielle, le dialogue indirect, des cours constitutionnelles en particulier, n'a pas de contraintes formelles ou procédurales. On a pu déceler par exemple un tel dialogue à propos de la protection des données personnelles dans *Digital Rights Ireland*³⁴⁶¹. Ce faisant, les juges nationaux exercent une liberté beaucoup plus grande dans la manière d'y participer, le dialogue étant le fruit de leur initiative, il est « facultatif »³⁴⁶², ce qui lui donne une dimension « horizontale »³⁴⁶³. Dans la mesure où les

³⁴⁵⁶ Cour constitutionnelle fédérale allemande, « rétention des données », préc., voir supra § 1678.

³⁴⁵⁷ CJUE (G.C.), 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, aff. C-293/12, *non encore publié*. Sur l'existence d'un dialogue dans cette affaire voir : A. WIEDMANN, « Le dialogue sur les droits fondamentaux entre la Cour de justice et les juridictions nationales après l'arrêt *Digital Rights Ireland* et *Seitlinger e.a.* CJUE, 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland* et *Seitlinger e.a.*, aff. jointes C- 293 et 594/12 », *RAE-LEA*, vol. 2014/2, 2014, pp. 423-432.

³⁴⁵⁸ G. De VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours*, préc., p. 69.

³⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 89.

³⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 88.

³⁴⁶¹ En effet l'affaire est soumise par la voie préjudicielle initiée par une juridiction irlandaise et par une juridiction autrichienne, pour autant les analyses de la Cour constitutionnelle allemande dans « rétention des données », préc., semblent avoir été entendues par la Cour européenne. Si les juridictions irlandaise et autrichienne ont pu dialoguer directement à travers la procédure préjudicielle avec la Cour de justice, les juridictions allemandes et européenne ont, elles, dialogué indirectement par décisions interposées. En ce sens, voir A. WIEDMANN, « Le dialogue sur les droits fondamentaux entre la Cour de justice et les juridictions nationales », préc.

³⁴⁶² G. De VERGOTTINI, *Au-delà du dialogue entre les cours*, préc., par opposition au dialogue imposé observé au niveau de l'Union européenne, p. 68.

³⁴⁶³ On a pu dire à ce propos : « The dialogue is here more horizontal since it is undertaken by constitutional courts – the guardians of the national constitutional integrity – and it often takes the form of a more concealed, informal and,

échanges ne sont pas formellement encadrés par la Cour de justice, les relations collaboratives avec les juges nationaux se trouvent dans une position plus égalitaire avec elle. L'absence de formalisation empêche aussi de déterminer quand véritablement le dialogue se termine, sans donc que l'on puisse savoir avec certitude si le « dernier mot » a été prononcé, ce qui contribue à faire des acteurs du dialogue des interlocuteurs de rang égal.

- 1784 C'est d'ailleurs à propos des échanges non institutionnalisés à travers les jurisprudences que l'expression de dialogue des juges a fait l'objet de développements doctrinaux, entre cours constitutionnelles³⁴⁶⁴ ou bien en droit international des droits de l'homme³⁴⁶⁵. Le dialogue des juges s'apparente alors davantage à des emprunts normatifs, des flux de fertilisation croisée des interprétations et des standards, sans que l'on puisse affirmer que les juridictions s'adressent les unes aux autres, se répondent et donc « dialoguent » véritablement³⁴⁶⁶. La notion de circularité est alors sans doute plus adéquate pour qualifier cet enrichissement réciproque (« *cross-fertilization* ») lorsqu'elle signifie que « tant dans la formulation des droits que dans l'interprétation qui en est donnée par les juges, l'on constate, entre les différents systèmes, des influences croisées, qui traduisent une certaine réceptivité mutuelle »³⁴⁶⁷.
- 1785 Dans cette dernière optique, le dialogue des juges peut alors s'exercer alors qu'il n'existe aucune contrainte des interlocuteurs entre eux, c'est le cas lorsqu'une cour constitutionnelle emprunte des standards issus d'une autre cour constitutionnelle et recourt finalement à des arguments de droit comparé³⁴⁶⁸. Les relations sont alors « parfaitement horizontales ». Or, dans ce cas précis, le

to a certain extent, political dialogue », X. GROUSSOT, « Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities », préc., p. 320.

³⁴⁶⁴ Voir A.-M. SLAUGHTER, « Typology of Transjudicial Communication », *U. Rich. L. Rev.*, vol. 29, 1994, pp. 99-219; S. K. HARDING, « Comparative Reasoning and Judicial Review », *The Yale Journal of international law* vol. 28, 2003, p. 411 et s.

³⁴⁶⁵ Voir par exemple P. CAROZZA, « Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Notre Dame L. Rev.*, vol. 73, 1998, pp. 1217-1237. L'expression a aussi pu être utilisée à propos des relations entre juge national et la *Convention européenne des droits de l'homme* : F. SUDRE, « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 207-224.

³⁴⁶⁶ En ce sens, voir J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme » dans I. HACHEZ, et al., dir., *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013, pp. 285-315, p. 300.

³⁴⁶⁷ M. VERDUSSEN, « La protection des droits fondamentaux en Europe : Subsidiarité et circularité » dans F. DELPÉRÉE, dir., *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 311-333, p. 326.

³⁴⁶⁸ C'est aussi le cas entre les cours régionales de protection des droits de la personne, pour un exemple concret de dialogue entre les continents américain, africain et européen sur les droits des peuples autochtones, voir G. OTIS et A. LAURENT, « Un exemple de dialogue transjudiciaire dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme : la question foncière autochtone » dans I. R. G. Institut pour un nouveau débat sur la gouvernance, dir., *La*

résultat du dialogue est une forme de convergence des standards, une forme d'harmonisation autour d'un socle commun, particulièrement visible s'agissant des droits fondamentaux. D'aucuns estiment d'ailleurs que l'un des objectifs du dialogue des juges étant précisément la poursuite d'un certain « idéal humaniste »³⁴⁶⁹. Autrement dit, si dans ce cas les conditions du dialogue sont égalitaires, les juges n'ayant aucun rapport systémique entre eux, le dialogue peut aboutir à une homogénéisation, apaisée, car consentie par le juge emprunteur.

- 1786 Pour revenir à l'espace juridique de l'Union européenne³⁴⁷⁰, on pourrait dire qu'il existe ces différentes formes de dialogue entre les juges. On retiendra alors deux critères pour les qualifier, le premier relatif au degré de contrainte s'exerçant sur les interlocuteurs (qui se manifeste par une forme plus ou moins imposée de dialogue) et le second relatif aux objectifs sous-jacents du dialogue à savoir s'opposer ou au contraire reprendre un contenu normatif, un standard de protection des libertés par exemple. Le dialogue existant entre la Cour constitutionnelle allemande et la Cour de justice se caractérise par sa dimension informelle³⁴⁷¹, et par un objectif d'infléchissement de la jurisprudence européenne, en résistant, s'opposant à la Cour depuis les célèbres affaires *Solange*³⁴⁷². Les affaires françaises *Jeremy F.* et espagnole, *Melloni*³⁴⁷³, seraient des cas de dialogue formel dans lesquelles les juges constitutionnels n'ont pas répondu de manière conflictuelle après la décision européenne, tout en s'accordant des possibilités de contrôle purement national. Mais on peut aussi voir dans certaines jurisprudences françaises relatives aux droits fondamentaux des étrangers une influence du droit communautaire, en dehors de toute question préjudicielle³⁴⁷⁴. Bien entendu, un grand nombre de réponses nationales suite à

gouvernance en révolution(s). Chroniques de la gouvernance 2012, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2012, pp. 265-275.

³⁴⁶⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », préc.

³⁴⁷⁰ Et non pas l'espace européen, qui devrait alors comprendre la Cour européenne des droits de l'homme qui ne fait pas partie de cette étude.

³⁴⁷¹ Dans la mesure où la seule décision de renvoi date seulement de janvier 2014 : voir infra note de bas de page 3445 sur la décision « *Opération monétaire sur titres* ».

³⁴⁷² La dernière décision importante de la Cour constitutionnelle allemande, « *Opération monétaire sur titres* », entame d'ailleurs un dialogue formel, mais toujours dans une optique de résistance et d'orientation de l'attitude de la Cour de justice.

³⁴⁷³ Voir supra § 1679 et 1695.

³⁴⁷⁴ Ainsi Sébastien Platon a pu voir dans la décision du Conseil Constitutionnel, 13 août 1993, 1993-325 DC, « *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* », l'influence du droit communautaire visant le regroupement familial dans l'élargissement du droit à une vie familiale normale : S. PLATON, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2008, 716 p., p. 572.

une question préjudicielle se contentent de suivre à la lettre la décision européenne, ce qui correspondrait à un dialogue formel « obéissant »³⁴⁷⁵.

1787 Cette palette de réactions de la part du juge national, montre qu'il ne se situe ni uniquement dans un rapport de contrainte avec la Cour de justice, ni dans un rapport qui en est totalement dénué dans la mesure où il doit prendre acte des rapports plurijuridiques existant, de l'enchevêtrement normatif. Autrement dit, si le dialogue démontre une position non strictement pyramidale, hiérarchique, il n'est pas non plus « purement horizontal » en raison des contraintes intrinsèques au plurijuridisme³⁴⁷⁶. Le juge national ne peut en effet ignorer le droit de l'Union, ou prétendre agir comme si aucune obligation ou contrainte ne liait son droit national, même constitutionnel, avec celui de l'Union et son interprète officiel. La métaphore du réseau³⁴⁷⁷ est alors sans doute la plus adéquate pour comprendre la nature des relations entre juges nationaux, constitutionnels en particulier, et la Cour de justice. Emprunte d'horizontalité, l'image du réseau dépasse la simple hiérarchie (la pyramide) tout en prenant compte des rapports de contraintes plus ou moins fortes entre les interlocuteurs.

1788 En ce sens, les théories de la complexité, imaginant les figures d'un droit post-moderne, conçoivent les relations juridictionnelles en Europe selon un paradigme pluraliste « hétérarchique », dans lequel le dialogue est un mécanisme central. On peut alors recourir avec d'autres au pluralisme constitutionnel³⁴⁷⁸, caractérisé par une pluralité de sources constitutionnelles (nationales et européenne) dont les conflits potentiels se résolvent de manière non hiérarchique³⁴⁷⁹. Dans cette lignée, Miguel Poirès Maduro propose par une conception du

³⁴⁷⁵ Pour un exemple récent à propos d'une affaire que nous avons étudiée (CJUE (G.C.), 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT et autres*, aff. C-176/12, *Rec. numérique.*) voir la décision conforme de la Cour de cassation française, Cour de cassation, soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, JurisData n° 2014-016055. Dans le sens selon lequel la Cour « applique... sans innover, l'arrêt rendu après question préjudicielle » voir V. ROULET, « Chronique n°11, Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation - (avril – octobre 2014) », *Revue Europe*, 2014, p. 5.

³⁴⁷⁶ Pour une autre classification tenant compte des différents degrés hiérarchiques dans le dialogue des juges, voir A. ROSAS, « The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue », *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2007, pp. 1-16.

³⁴⁷⁷ F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

³⁴⁷⁸ Voir aussi la perspective théorique d'un constitutionnalisme moderne à plusieurs niveaux : « *multilevel system* » ou « *Verfassungsverbund* » : F. C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction » dans A. V. BOGDANDY et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, München, Germany CH Beck, 2010, pp. 399-439.

³⁴⁷⁹ M. POIARES MADURO, « Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism » dans J. L. DUNOFF et J. TRACHTMAN, dir., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 356-380, p. 356. Voir aussi N. WALKER, « The Idea of Constitutional Pluralism », *MLR*, vol. 65, 2002, pp. 317-

droit qu'il appelle « contreponctuel » « par analogie avec la musique où vous avez plusieurs mélodies mises en harmonie par le contrepoids »³⁴⁸⁰. Les interactions entre les cours constitutionnelles nationales et la Cour de justice doivent alors être pensées de manière dialectique et selon un principe de coopération sincère entre les juges, un « dialogue de bonne foi »³⁴⁸¹ de manière à ce que la structure plurielle n'engendre pas nécessairement des conflits³⁴⁸². Ceci est particulièrement important s'agissant de l'identité nationale ou constitutionnelle qui ne saurait être définie de manière finale par l'un ou l'autre juge, mais élaborée « dialogiquement », par une interprétation coordonnée³⁴⁸³. Le pluralisme le plus radical est à cet égard le plus souvent critiqué, car il comporte un risque de « cataclysme constitutionnel », impliquant des conflits insolubles par le compromis et le dialogue³⁴⁸⁴. Car si les conflits sont inhérents à la concurrence des pouvoirs juridictionnels, ils peuvent trouver un accommodement grâce à un système prévisible et décentralisé de gouvernance fondé sur l'hétérarchie et la coordination³⁴⁸⁵. Cette coopération non hiérarchique louée par de nombreux auteurs³⁴⁸⁶ correspond finalement à une idée de dialogue, dans les différentes facettes qu'il peut avoir.

359. Voir aussi D. HALBERSTAM, « Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States » dans J. L. DUNOFF et J. TRACHTMAN, dir., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 326-355, p. 327.

³⁴⁸⁰ M. POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : L'approche du droit communautaire » dans É. DUBOUT et S. TOUZE, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 199-213, pp. 210-211.

³⁴⁸¹ R. TINIÈRE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc., p. 359.

³⁴⁸² Comme ont pu l'expliquer François Ost et Michel Van de Kerchove, dans l'Union européenne tout se passe comme si « l'impératif fonctionnel de la coordination l'emportait sur l'exigence logique de hiérarchisation. Faute de pouvoir déterminer lequel des deux ordres l'emporte, mais assuré qu'aucun d'eux ne survivrait sans l'autre, on aménage les conditions de leur collaboration pacifique » : F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, préc., p. 68.

³⁴⁸³ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc.

³⁴⁸⁴ X. GROUSSOT, « Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities », préc., p. 334 et s.

³⁴⁸⁵ D. HALBERSTAM, « Constitutional Heterarchy », préc.

³⁴⁸⁶ Voir aussi L. POTVIN-SOLIS, « Le principe d'autonomie et le dialogue entre les juridictions nationales et européennes dans la conciliation des droits et libertés » dans L. POTVIN-SOLIS, dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 509-555; F. C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction », préc.; R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, préc., p. 505 et s. Ce dernier voit ainsi dans le dialogue des juges, une notion « particulièrement adaptée pour décrire les relations existantes entre les juges qui ne sont pas liés par un lien hiérarchique, mais qui coopèrent dans le but d'assurer une protection optimale des droits fondamentaux », p. 506. L'auteur démontre d'ailleurs l'existence d'un « dialogue à trois voix » en Europe, comprenant la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que la dimension triangulaire du dialogue européen des droits et libertés ait sans doute conservé sa pertinence, nous avons choisi d'écarter de notre champ d'études cette voix conventionnelle du dialogue aux fins de notre analyse comparatiste.

1789 Or comme l'analyse de Daniel Halberstam le montre, cette forme d'organisation hétérarchique qui caractériserait l'Union européenne peut se comparer à d'autres systèmes constitutionnels. Il estime ce faisant qu'aux États-Unis, la question de l'autorité juridique finale est une question tout aussi controversée qu'en Europe, mais cette fois-ci s'agissant des pouvoirs fédéraux entre le Congrès et Cour suprême des États-Unis. Il voit dans la gestion des conflits constitutionnels entre les pouvoirs américains un accommodement non hiérarchique, y compris dans la question des droits et libertés³⁴⁸⁷. Sans préjuger de la comparabilité entre les cas américain et canadien sur ce point, la comparaison dans le cadre d'une coordination non hiérarchique apparaît très stimulante au moment de mettre en perspective les théories du dialogue canadienne et européenne de manière à penser la protection des droits et libertés de manière pluraliste.

II. Quelle théorie du dialogue pour une gestion « horizontale » des droits fondamentaux ?

1790 Au premier abord, les résultats de cette comparaison des théories du dialogue nous enseignent que le dialogue est ambivalent et protéiforme. Il recouvre en effet différentes réalités, de la circulation des standards juridiques à la manière de les négocier et de savoir qui est au final l'interprète et l'élaborateur d'un standard. Le dialogue dans la problématique des peuples autochtones au Canada relève plutôt de la première idée de circulation des standards avec la notion d'« acculturation ». Tandis que dans la théorie institutionnelle du dialogue au Canada la seconde est prépondérante, car elle se préoccupe essentiellement de déterminer qui est le détenteur du « dernier mot ». En Europe, le dialogue recouvre, semble-t-il, ces deux facettes. Or, ce qui nous paraît essentiel ici est de ne pas confondre le résultat du dialogue, qui peut être l'emprunt d'un standard normatif devenant commun, et le processus dialogique qui est le moyen d'y aboutir. C'est ce second aspect qui est au centre de notre réflexion, en ce qu'il est à même de construire une méthodologie, une démarche justifiée par l'équilibre des rapports entre les différents pouvoirs en jeu.

1791 Le dialogue est en effet un procédé permettant de répondre à deux préoccupations essentielles dans les deux espaces étudiés : l'exigence démocratique et la nécessité pluraliste. Si la théorie du dialogue canadienne mettrait l'accent sur la première et celle européenne du dialogue des juges

³⁴⁸⁷ Il estime ce faisant que “the interinstitutional accommodation of pluralism in the United States with regard to the protection of rights at times hinges not on a general argument about voice or expertise or on an argument about the trade-off between individual rights and other values but on arguments about which institution will better protect rights” D. HALBERSTAM, « Constitutional Heterarchy », préc., p. 348.

sur la seconde, l'une et l'autre peuvent trouver des résonnances intéressantes en traversant l'autre côté de l'Atlantique, nous y reviendrons. Même si la dimension pluraliste n'est pas la préoccupation essentielle du dialogue entre le juge et le législateur au Canada, dans les deux cas, le dialogue semble être une métaphore convenable pour repenser les rapports entre les juges suprêmes et leurs interlocuteurs, permettant de les apprécier selon, sinon une stricte égalité, de manière « horizontalisée », sans hiérarchie stricte, ce qui convient particulièrement en matière de droits fondamentaux (A). Au-delà d'un cadre descriptif du dialogue expliquant la place respective de chacun et ce qui la justifie (B), le dialogue peut receler une dimension normative. Il n'a en effet de pertinence que dans la mesure où, plus qu'un procédé, il devient une véritable ligne de conduite, en particulier pour le juge suprême. C'est dans cette contrainte de dialoguer que se trouve la clé d'une gestion pluraliste de la protection des droits et libertés (C).

A. Les droits et libertés, objets propices au dialogue

- 1792 Le dialogue entre les juges suprêmes et d'autres acteurs du plurijuridisme, juges « locaux » ou législateurs en matière de droits et libertés est possible dans la mesure où les droits fondamentaux sont un objet propice au dialogue, car ils constituent un langage commun entre les acteurs. Il est même souhaitable si l'on conçoit cette protection comme un droit vivant, procédant d'une quête continue d'une protection la plus adéquate possible compte tenu de l'ensemble des critères et intérêts complexes qu'il convient de mettre à jour, peser et argumenter.
- 1793 En effet, la première condition pour qu'un dialogue fonctionne est qu'il puisse s'appuyer sur un langage commun³⁴⁸⁸. Ce langage commun serait le langage constitutionnel, en particulier celui qui est exprimé en termes de droits et libertés et leurs limites raisonnables intrinsèques. Si l'on peut considérer comme acquis que le principe d'une protection des droits fondamentaux est une valeur commune aux espaces plurijuridiques et à leurs différentes composantes, alors les droits et libertés permettent une compréhension mutuelle entre les interlocuteurs en ce qu'ils recèlent une rationalité commune³⁴⁸⁹. Si la manière précise de protéger les droits et libertés n'est pas nécessairement partagée par tous, la manière générale d'appréhender leur garantie, leur existence

³⁴⁸⁸ M. POIARES MADURO, « Courts and Pluralism », préc., p. 374.

³⁴⁸⁹ E. PAUNIO, « Conflict, power, and understanding - judicial dialogue between the ECJ and national courts », *No foundations : journal of extreme legal positivism*, vol. 7, 2010, pp. 5-24, spéc. p. 19. En ce sens « the role of fundamental rights as expressing the underlying value-basis of the legal order operates to enhance mutual understanding in judicial dialogue: fundamental rights form a representation of the underlying rationality of the legal order is plausibly shared – at least to a certain extent – by the ECJ and national courts ».

même pour la plupart des libertés, le mode de raisonnement dans l'examen de leur respect constituent sans doute un socle commun de culture juridique susceptible de constituer les termes du dialogue acceptés de part et d'autre³⁴⁹⁰.

1794 À cet égard, la seule difficulté pourrait provenir des peuples autochtones du Canada qui doivent, plus que les autres autonomies normatives, faire un effort pour s'inscrire dans un langage compréhensible par le juge suprême. Notamment parce que cela leur permettrait de traduire leur particularisme en termes de standards de droits. Ceci peut être critiqué dans la mesure où le dialogue demande une acculturation des peuples autochtones³⁴⁹¹, ce processus apparaît toutefois en marche si l'on en croit l'existence des chartes des droits autochtones et le travail doctrinal des penseurs et juristes autochtones³⁴⁹².

1795 La dimension universelle des droits fondamentaux pourrait finalement être renouvelée³⁴⁹³ : plus que le contenu des standards, le langage commun aux protections des libertés pourrait être l'élément partagé par tous. En effet, le *jus naturalisme* des droits et libertés laisse entendre que leurs contenus seraient prédéterminés, les juges n'auraient ainsi qu'à les découvrir et les mettre en œuvre à travers des standards précis. Car s'il existe des valeurs transcendantes à l'humanité, encore faut-il des médiateurs, des traducteurs de cette immanence humaniste en actes normatifs concrets. Or, à qui d'autre que les juges, et les juges suprêmes, pourrait incomber cette haute tâche ? Le problème est qu'une telle optique fait des juges, non plus les bouches de la loi, mais celles des droits, ce qui, comme nous l'avons démontré, conduit à une homogénéisation ascendante. Ce prisme dogmatique empêche de s'interroger et mettre en cause les standards de protection, si les juges suprêmes sont considérés comme les seules autorités légitimes et incontestées pour traduire concrètement ces valeurs universelles dans leur espace juridique. Or

³⁴⁹⁰ En ce sens, voir G. ITZCOVICH, « Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: The Federfarma Case », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.12, 2008, <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/081201.html>> p. 24. « The protection of fundamental rights and equality identify the limit towards which a decision in search of legitimation should move insofar as it affects the relationships between legal orders in integration. The content of the decisions may coincide or differ from time to time and from legal order to legal order. However, for them to continue to be conceived as episodes in a dialogue among judges, a dialogue which is at times one of cooperation, and at times one of conflict, they must adopt a common language, common terms of reference in the protection of rights and in the enforcement of the principles of a common legal culture ».

³⁴⁹¹ C'est ce que l'on peut appeler la perspective « différentialiste » selon les termes de G. OTIS, « Reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones », préc., p. 123 et s. Voir aussi supra § 848 et § 1200.

³⁴⁹² Voir par exemple J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p; D. MILWARD, *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, 332 p.

³⁴⁹³ Sur cette question voir aussi F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, préc., p. 536 et s.

ces espaces plurijuridiques et complexes en raison des multiples défis de nos sociétés contemporaines procèdent plus de la « querelle des universaux », où davantage qu'un dialogue, on observe parfois une lutte pour imposer sa vision du droit³⁴⁹⁴. Finalement, « le sens caché du dialogue » peut-être la recherche d'une justice universelle, d'un idéal jadis dévolu au droit naturel³⁴⁹⁵. Mais le dialogue, s'il peut tendre vers un « idéal humaniste »³⁴⁹⁶, ne devrait pas servir à légitimer des convergences d'autorité des protections des libertés. C'est davantage grâce à leur formulation très générale, leur fondement humaniste et à la rationalité propre à l'argumentation que leur garantie met en œuvre qu'ils ont vocation à servir de langage universel à partir duquel un dialogue peut s'établir pour discuter des garanties concrètes et des différents standards de protection.

- 1796 Ce dialogue s'impose comme une nécessité dans les espaces plurijuridiques, pour relativiser la fonction des juges suprêmes par rapport à la garantie des droits. Car, en se plaçant à l'opposé du jus naturalisme, du côté du normativisme, l'impératif d'autorité de la décision judiciaire du juge suprême revêt une dimension relativement neutre, positiviste, quant à la justesse de l'interprétation (« justesse » dans les deux sens du terme d'ailleurs : exactitude et équité). Il s'agit d'une nécessité structurelle qui garantit l'effectivité du contrôle de constitutionnalité, mais cela ne signifie pas nécessairement que le constituant présume que le juge suprême a toujours « raison », ou détienne une quelconque vérité³⁴⁹⁷.
- 1797 On pourrait même argumenter le contraire puisqu'au Canada le constituant a prévu une clause permettant implicitement au législateur de pallier une « mauvaise » décision de la Cour, par l'article 33. La théorie du dialogue au Canada peut ainsi s'inscrire dans cette dichotomie : le juge a pour mission de trancher les conflits par le droit et pour pouvoir mener à bien sa mission il doit disposer d'une autorité suffisante (autrement le législateur pourrait faire ce que bon lui semble).

³⁴⁹⁴ B. FRYDMAN, « Conclusion : Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147-166, p. 166.

³⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 157 et 162.

³⁴⁹⁶ L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », préc., p. 121.

³⁴⁹⁷ À propos du cas européen, on a ainsi pu dire « the role of the ECJ in the interpretation of EU fundamental rights does not consist in finding the truth about the meaning of fundamental rights, nor is the ECJ free to attribute any meaning to these rights ». A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 224 p., p. 110. On a pu aussi se demander « Why should the Court – an institution that for all of its expertise is not designed to represent political opinion – be the sole institution that determines where the boundaries between rights (e.g., a free European market and a domestic social state) should lie? » : M. DAWSON, « Constitutional Dialogue between Courts and Legislatures in the European Union: Prospects and Limits », *EPL*, vol. 19, 2013, pp. 369-396, spéc. p. 383.

Cependant, cela ne signifie pas que le législateur n'ait pas son mot à dire. Il a son mot à dire, tout simplement, car on ne peut présumer que le juge a « raison », qu'il est intrinsèquement « meilleur » que le législateur. Le juge est simplement une institution différente et complémentaire qui reçoit sa légitimité de par sa mission et sa structure contraignante distincte de celle du législateur.

- 1798 De la même manière, le dialogue entre les différents niveaux d'édiction normative sur un langage fondé sur les droits et libertés serait ainsi susceptible de pacifier les rapports juridiques, mais aussi politiques. Le processus dialogique permet en effet d'éviter le risque d'un « colonialisme judiciaire »³⁴⁹⁸. La discussion et la négociation sur le contenu des droits permettent une meilleure adhésion à ces derniers, ou à tout le moins permettent une meilleure compréhension des enjeux, dus à la mise en œuvre de ces droits au niveau local en particulier. Même si une solution consensuelle n'a pu être trouvée, le dialogue est une garantie que tous les aspects ont été étudiés et de trouver éventuellement des ajustements réciproques au fil du temps avec les différents acteurs. Le dialogue ne signifie donc pas la fin des conflits et des désaccords entre les différentes perceptions, mais permet au moins que les conceptions particulières au niveau de la mise en œuvre des droits et libertés existent et soient débattues. Le débat, l'échange d'idées et d'arguments entre les deux interlocuteurs et le temps de la réflexion portent à croire que la solution sera plus aboutie.
- 1799 Même lorsque le dialogue se limite à recourir à des arguments comparatistes, l'examen des standards de protection exogènes permet de renforcer la compréhension mutuelle en donnant un contenu spécifique à une protection, tout en aidant à révéler la contingence et le particularisme qui guident les choix moraux et politiques inhérents à ces normes³⁴⁹⁹.
- 1800 Le dialogue permet d'espérer que le résultat final sera approuvé par les deux interlocuteurs par des ajustements progressifs et donc le « meilleur » possible. Il peut aussi subsister une divergence, ou il se peut que la solution retenue ne soit pas optimale. L'échange d'arguments permet au moins de connaître les justifications et ce faisant une meilleure compréhension de la

³⁴⁹⁸ M. CARTABIA, « Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously », *E.C.L. Review*, vol. 5, 2009, pp. 5-31, spéc. p. 16.

³⁴⁹⁹ P. CAROZZA, « Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights », préc., p. 1219; J. ALLARD et L. VAN Den EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit », préc., p. 296.

solution retenue, car les deux interlocuteurs ont dû expliquer leur point de vue afin de convaincre l'autre du bien-fondé de leur solution.

- 1801 Au Canada, le législateur peut ainsi « discuter » avec le juge à la fois du contenu même des droits et libertés, leurs substances, mais aussi de la marge de manœuvre que lui laissent ces droits et libertés. Le législateur et le juge instaurent ce faisant un dialogue sur le sens des droits et libertés, leur contenu matériel, mais aussi sur ce qu'ils ne signifient pas, leur « vide », l'« espace » qu'ils laissent dans leurs mises en œuvre³⁵⁰⁰. En Europe également, le dialogue trouve aussi son fondement dans l'idée que tant les États que l'Union ont « leur mot à dire » et peuvent construire ensemble cet espace économique respectueux des droits et libertés de la personne. La « discussion » concerne donc le contenu des droits eux-mêmes ainsi que la marge de manœuvre dont doivent continuer à jouir les États membres.
- 1802 Les droits fondamentaux, sont à la fois un des enjeux les plus importants de cette discussion et servent de langage commun : ils sont donc l'objet de cette collaboration entre les interlocuteurs juridictionnels et les autres et le vecteur de cette communication³⁵⁰¹. C'est en ce sens que l'on peut les qualifier de « charnières »³⁵⁰² entre les systèmes juridiques, ou dire qu'ils sont au cœur du constitutionnalisme à plusieurs niveaux³⁵⁰³. Ils demeurent cependant dans notre perspective plus l'enjeu du dialogue que les moyens ou outils au service des rapports entre espaces juridiques.
- 1803 Le dialogue se déroule à la fois dans la durée, parfois prolongée. Il permet finalement une construction collaborative, de l'espace commun et de ses valeurs humanistes. Son exercice dépend cependant des interlocuteurs en présence qui doivent avoir une « volonté de voir le

³⁵⁰⁰ Il paraît *a priori* étrange de distinguer ces deux aspects, le sens de la mise en œuvre, car précisément, lorsque le juge interprète un droit ou une liberté constitutionnelle il ne différencie pas ces deux aspects : il ne dit pas que le législateur a mal compris ce que signifiait le droit de tout citoyen canadien au droit de vote, il ne lui dit pas non plus que sa mesure ne met pas correctement en œuvre le droit de vote des Canadiens, mais en constatant la violation il lui signifie un peu les deux à la fois.

³⁵⁰¹ Voir sur cette question L. AZOULAI, « Conclusions générales » dans É. DUBOUT et S. TOUZE, dir., *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 327-333.

³⁵⁰² É. DUBOUT et S. TOUZE, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 336 p.

³⁵⁰³ G. MARTINICO, « Judging in the Multilevel Legal Order », préc., p. 276. Selon lui, « This process of convergence between the languages of the (national and supranational) courts has contributed to the creation of a common axiological field that intersects the different (constitutional) legal orders. This common field can be described as the 'heart' of multilevel constitutionalism ».

dialogue se développer et aboutir »³⁵⁰⁴, en écoutant les arguments de l'autre, tout en éventuellement défendant ses positions, ce qui nécessite de préciser les contours de la pratique du dialogue.

B. Le cadre du dialogue : un égal respect entre interlocuteurs et un espace de discussion ouvert

- 1804 Les théories du dialogue permettent de rendre compte de la place respective des juges suprêmes et de leurs interlocuteurs vis-à-vis de la protection des droits et libertés, en relativisant la suprématie du juge suprême, qui devient un « simple » protagoniste. Or on peut se demander si l'instauration de tels rapports horizontaux entre juges suprêmes et les autres acteurs du plurijuridisme (juges ou législateurs) ne porte pas atteinte à sa fonction suprême et à son autorité. Si au Canada le législateur, légifère dans un sens différent du standard posé par la Cour suprême, met-il au défi l'autorité de ses décisions judiciaires ? En Europe, c'est le respect de l'autorité de la chose jugée des niveaux européens et nationaux qui pose question dès lors qu'un interlocuteur pourrait ne pas respecter ce qu'une décision préconise.
- 1805 Il semble que l'on puisse concevoir une théorie du dialogue, qui satisferait ces exigences si l'on conçoit le dialogue comme une discussion, une négociation, entre deux interlocuteurs ayant un égal respect l'un envers l'autre³⁵⁰⁵. Ce respect se manifeste d'ailleurs par l'acceptation du rôle complémentaire de l'autre acteur. Cette acceptation doit venir de l'interlocuteur du juge suprême, législateurs au Canada, juges nationaux de l'Union européenne.
- 1806 Au Canada, le législateur a ainsi « son mot à dire », que cela soit avant que la Cour se soit prononcée, mais aussi après³⁵⁰⁶. Or, pour qu'il y ait dialogue, le législateur ne peut apporter sa parole, son argumentation, que dans le respect de son interlocuteur, et donc de sa mission prétorienne qui commande de ne pas outrepasser l'autorité de ces décisions. Ce faisant, le législateur, investi de sa propre légitimité démocratique, majoritaire, conserve un pouvoir d'action quant à la définition du « bien commun ». Soit lorsqu'il décide d'utiliser la clause nonobstant, soit par d'autres voies de négociation et de discussion avec le juge par lesquelles il peut convaincre le juge et négocier le contenu de ce « bien commun ».

³⁵⁰⁴ R. TINIÈRE, *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, préc., p. 515 et s.

³⁵⁰⁵ Expression empruntée à Ronald Dworkin « *equal concern and respect* » : R. DWORKIN, *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, 512 p.

³⁵⁰⁶ C'est en ce sens que le législateur « répond » à la cour, dans la perspective de Hogg et Bushell.

- 1807 Le législateur ne perd pas sa compétence de mise œuvre des droits et libertés au moment de la constatation judiciaire de la violation, il légifère à nouveau, et justifie à nouveau sa mesure. Lorsqu'il agit à nouveau, si le désaccord avec la Cour est profond, il doit sortir du cadre qu'elle a fixé pour une durée limitée à 5 ans (article 33), autrement il peut rester à l'intérieur du cadre interprétatif qu'elle a fixé tout en essayant de convaincre la Cour de modifier ce cadre.
- 1808 Ce cadre interprétatif est en effet constitué à la fois du sens de la norme dégagée par la Cour et de sa mise en œuvre qui dépend du législateur³⁵⁰⁷, la distinction est donc pertinente, car elle permet au législateur de défier la Cour de manière respectueuse. Il y a une contestation, car le législateur tente de faire bouger le cadre prétorien par une nouvelle mise en œuvre (dont il se justifie dans un langage constitutionnel), et il y a respect, car le législateur ne remet pas en cause l'autorité de la précédente décision de la Cour, le sens qu'elle avait dégagé.
- 1809 Cette mise en œuvre nouvelle des droits et libertés doit nécessairement tenir compte de l'interprétation antérieure de la Cour, et montrer que le législateur a entendu et a respecté cette décision. Mais ce respect ne signifie pas obéissance aveugle, car il peut innover dans la mise en œuvre par rapport à celle préconisée par le juge, dans la mesure où il le justifie³⁵⁰⁸. Le législateur est donc dans la position paradoxale où il est soumis à l'interprétation constitutionnelle du juge, tout en gardant sa compétence de mise en œuvre de cette interprétation. Or, en proposant une nouvelle mise en œuvre, il propose aussi une nouvelle interprétation constitutionnelle. Il peut toujours convaincre le juge de la « justesse » de cette nouvelle interprétation/mise en œuvre. Tant que le juge ne s'est pas prononcé, sa solution demeure en vigueur. Ainsi en légiférant après l'arrêt *Sauvé I*³⁵⁰⁹, rien ne dit que le Parlement a voulu défier l'autorité de la première décision de la Cour, il a simplement procédé à une nouvelle mise en œuvre du droit de vote, justifié selon lui. Certes, cette mise en œuvre bouscule le cadre interprétatif de la Cour, car il s'agit d'une nouvelle

³⁵⁰⁷ Notons que dans un système de Common Law, le juge détient un pouvoir de création de la norme, et il peut très bien proposer une mise en œuvre, une norme spécifique, mais ce pouvoir est concurrent avec celui du législateur, qui peut renverser cette mise en œuvre, en édictant une autre règle.

³⁵⁰⁸ C'est un peu dans cette idée que Hogg, Bushell et Wright préoyaient que le législateur pouvait contester l'interprétation de la Cour en cas de changement de circonstances P. W. HOGG, A. A. BUSHELL THORTON et W. K. WRIGHT, « Charter Dialogue Revisited », préc., p. 34. Effectivement, le changement de circonstances de fait peut constituer une justification adéquate d'une application renouvelée et différente de celle qui avait été envisagée par la Cour, mais d'autres justifications sont possibles à partir du moment où elles répondent au cadre constitutionnel, tel qu'interprété par la Cour. Il peut s'agir par exemple de nouveaux arguments apportés par des preuves scientifiques récentes, ou bien de mise en conformité avec des engagements internationaux, etc.

³⁵⁰⁹ Voir supra § 1755.

mise en œuvre avec des justifications nouvelles, d'un nouveau problème juridique, mais cela ne défie pas l'autorité des décisions de la Cour.

- 1810 Il y a donc bien une condition essentielle pour que le législateur ait le dernier mot, il faut que celui-ci convainque de son bien-fondé au regard du droit constitutionnel. *A contrario*, le dialogue doit se poursuivre entre le juge et le législateur. Et si le législateur décide de ne pas répondre ou ne possède pas une marge de manœuvre suffisante pour répondre, alors c'est le juge qui *de facto* met fin à la « conversation ». Le dialogue est alors un processus dont le résultat reste indéterminé, puisqu'on ne peut savoir *in abstracto* quel interlocuteur aura le dernier mot. Ce n'est qu'au cas par cas, en fonction de la pertinence des arguments avancés, et certainement aussi du contexte général, que l'un ou l'autre interlocuteur décidera de se taire, ou s'estimera contraint de se taire.
- 1811 Il est possible d'appliquer ce même raisonnement à l'autorité des décisions de la Cour de justice européenne et aux réactions des juges nationaux. Comme l'explique Laurence Potvin-Solis, la coopération des juridictions au sein de l'Union européenne est « source d'obligations réciproques qui s'imposent aux juges par le jeu du rapport d'autorité entre les droits et se répercutent nécessairement sur les liens entre les jurisprudences, tout en laissant place à un espace d'échanges sans lequel toute idée de coopération serait un leurre, une illusion ». C'est pourquoi, poursuit-elle, le concept de dialogue s'envisage au regard des rapports entre les jurisprudences et non du point de vue de l'autorité des décisions juridictionnelles. Selon elle, cette « autorité trouve cependant une limite quand il s'agit de définir la portée juridique des énoncés de droit compris dans ces décisions, qui pose une question de jurisprudence »³⁵¹⁰, d'autorité de chose interprétée³⁵¹¹. C'est pour respecter les rapports d'autorité entre les droits européens et nationaux, la primauté de l'un sur l'autre en particulier, que le dialogue est nécessaire en tant que « contrainte objective » pesant sur les jurisprudences qui doivent alors s'aligner, sous réserve d'une marge d'appréciation³⁵¹². Cette contrainte prend notamment sa source dans l'existence d'un système de responsabilité des États auprès de l'Union européenne du fait de leurs jurisprudences³⁵¹³. C'est pourquoi le « dialogue des juges évolue dans cette alliance entre

³⁵¹⁰ L. POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe » dans F. LICHÈRE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD, dir., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 19-58, p. 23.

³⁵¹¹ *Ibid.*, p. 39. Sur cette notion, voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, préc.

³⁵¹² L. POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », préc., p. 41.

³⁵¹³ L. POTVIN-SOLIS, « Le principe d'autonomie et le dialogue », préc., p. 537 et s.

primauté et autonomie, entre autorité et coopération »³⁵¹⁴. Dans cette optique, l'absence de hiérarchie entre les juges doit être compensée par un alignement contraint des jurisprudences, qui autorise toutefois une marge d'appréciation. En effet, les juges nationaux demeurent encadrés par les directives et les réserves d'interprétation des jurisprudences européennes, mais le dialogue peut alors se développer dans le cadre de ces directives et réserves d'interprétation européenne³⁵¹⁵.

- 1812 Tant au Canada qu'en Europe, le dialogue suppose l'existence d'un espace de négociation au sein duquel les standards de protection des libertés sont débattus et à l'intérieur duquel l'un et l'autre des interlocuteurs se limitent afin de manifester le respect qu'ils ont pour la fonction de l'autre acteur dans l'espace normatif. Chacun laisse à l'autre, un espace de négociation ouvert, afin de ne pas le contraindre à dépasser les limites de ce cadre en défiant son autorité et sa fonction.
- 1813 Le rôle de l'interlocuteur du juge suprême est respecté, et celui-ci respecte la fonction distincte et spécifique du juge suprême dans l'espace plurijuridique. Loin de remettre en cause le rôle du juge suprême, il s'en remet pour partie à lui dans la mesure où il détermine le cadre interprétatif des droits et libertés et donc l'espace de négociation du dialogue. Jusqu'ici, s'il y a bien dialogue, son potentiel pluraliste est modéré, il s'agit d'un dialogue, mais à la « faible horizontalité ».
- 1814 Une solution de rechange à cela serait de sortir du cadre positiviste, aussi bien que de celui du droit naturel, pour une vision pluraliste fondée sur l'autorité de persuasion, qui se justifie par la recherche d'une meilleure protection possible des droits et libertés. À cet égard la définition donnée du « pluralisme juridique » par Loïc Azoulay comme se rapportant « à un effort d'invalidation du pouvoir du dernier mot, c'est-à-dire à une tentative de suspension/suspicion du pouvoir du dernier interprète »³⁵¹⁶ prend tout son sens ici. Les droits et libertés constituent le langage commun d'un espace de négociation, qui peut ainsi lui-même faire l'objet du dialogue, être contesté par l'autre. Mais avant tout, il faut que la contrainte ne s'exerce pas uniquement sur l'interlocuteur du juge suprême, mais sur ce dernier également.

³⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 536.

³⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 546 et s.

³⁵¹⁶ L. AZOULAI, « Conclusions générales », préc., p. 327.

C. Le juge suprême, un acteur contraint pour un dialogue à visée pluraliste

- 1815 Pour qu'il y ait un véritable dialogue, il est nécessaire que le juge suprême prenne en considération la voix de l'autre interlocuteur et le traite avec le respect qui lui est dû. Un juge « sourd » ne peut pas être un acteur de dialogue. Il faut ainsi qu'il écoute les législateurs ou les autres juges, qu'il soit réceptif à leurs arguments tant sur la question de la marge à laisser au corps politique ou juridictionnel, que sur la question du contenu des droits et libertés.
- 1816 Le juge suprême peut en effet provoquer le silence de son interlocuteur. Au Canada, il est important que la Cour laisse au législateur une ouverture et ne ferme pas la mise en œuvre de manière à rendre impossible une réponse. L'acceptation des arguments du corps politique sur le contenu constitutionnel ainsi que la liberté d'action qu'il lui laisse, témoignerait véritablement du respect que le législateur lui voue³⁵¹⁷. On a ainsi pu dénoncer l'attitude de la Cour suprême du Canada, qui dans l'affaire *Vriend*³⁵¹⁸, s'est approprié l'idée de dialogue, tout en ne laissant aucune marge de manœuvre au législateur albertain avec la technique de l'interprétation élargie³⁵¹⁹. La nécessité de laisser une marge d'appréciation aux juges nationaux dans le cadre du dialogue des juges en Europe a ainsi été mise en avant par la doctrine³⁵²⁰.
- 1817 Se limiter à une conception du dialogue dans laquelle le juge suprême définit entièrement le cadre interprétatif des libertés, et décide éventuellement de se taire suite à une réponse de son interlocuteur, lui laissant par conséquent le dernier mot, relève d'une vision du dialogue d'un « faible pluralisme ». Le juge suprême manifeste certes un certain respect, mais ne se situe pas dans une relation égalitaire. Pour ce faire, sa suprématie doit être relativisée par l'instauration d'une contrainte pesant sur le juge suprême.

³⁵¹⁷ Une telle attitude serait de nature à montrer au législateur le respect que la Cour lui accorde, et contribuerait ainsi à ce cercle vertueux du dialogue. Dans cette perspective l'étude des réparations qu'accorde le juge en cas de violation de la Charte serait est un des outils pertinents afin d'analyser la marge de manœuvre qui est allouée au législateur. Lorsque les réparations renvoient à l'initiative du législateur elles constituent ainsi des marques de respect envers son autonomie normative. Un autre outil d'analyse pertinent est le degré de précision employé par la Cour pour définir le contenu des droits et libertés. Enfin, un des aspects qui lui a été très étudié par la doctrine est la nature du contrôle de proportionnalité. Il existe aussi d'autres méthodes qui permettent au juge de stimuler et d'encourager le débat comme le fait de simplement donner des conseils non contraignants, de se concentrer sur les règles procédurales ou plus largement de faire preuve d'un certain « minimalisme » dans ses décisions : C. BATEUP, « The Dialogic Promise », préc., p. p. 1123 et s. : « theories of judicial method ».

³⁵¹⁸ *Vriend c. Alberta*, préc.

³⁵¹⁹ C'est en ce sens que la métaphore peut en réalité servir à justifier l'activisme judiciaire, voir J. LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 381-420, spéc. p. 402 et s.

³⁵²⁰ Voir par exemple : R. TINIÈRE, « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne », préc.; L. POTVIN-SOLIS, « Le principe d'autonomie et le dialogue », préc.

- 1818 Si le juge garde une certaine maîtrise dans les termes du dialogue, il est donc important que le juge se sente aussi obligé de se taire. Pour qu'il y ait véritablement un dialogue, il faut qu'il se sente obligé de laisser le dernier mot à l'autre interlocuteur dans certaines circonstances. Au Canada, étant donné qu'il ne peut y avoir de contrainte directe du pouvoir législatif ou exécutif à l'égard de l'institution judiciaire sous peine de remettre en cause son indépendance, il est nécessaire que cette contrainte soit indirecte et implicite. Or, c'est précisément ce rôle que semble remplir la théorie du dialogue. Cette métaphore serait une manière d'inciter le juge à respecter le législateur, à le prendre en considération. Cette métaphore est en effet très séduisante pour le juge lui-même³⁵²¹. Beaucoup de théories sur le juge accablent son activisme ou au contraire sa déférence envers le législateur³⁵²², car elles raisonnent en termes de relations de pouvoirs et postulent que si l'un acquiert un pouvoir c'est aux dépens de l'autre³⁵²³.
- 1819 Au contraire, la théorie du dialogue exhorte le juge à la prise en considération de l'autre, car elle met en avant une relation « donnant-donnant » dans laquelle aucun des deux acteurs n'a intérêt à rompre le dialogue, à sortir du cadre constitutionnel qui établit le respect mutuel de l'un et de l'autre. Pour reprendre l'image de François Ost, une perspective de collaboration confiante demande un « esprit d'équipe », dans la mesure où « il est essentiel de ménager toujours la sphère d'intervention des autres joueurs »³⁵²⁴.
- 1820 Cet impératif fonctionne peut-être mieux en Europe qu'au Canada, car la sortie du dialogue lorsque les cours nationales bravent directement la Cour de justice n'est pas reconnue

³⁵²¹ Plusieurs l'ont d'ailleurs fait remarquer, par exemple : G. A. HUSCROFT, « Rationalizing judicial power: the mischief of Dialogue Theory » dans J. B. KELLY et C. MANFREDI, dir., *Contested constitutionalism: reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedom*, Vancouver, UBC Press, 2009, pp. 50-65, p. 61.

³⁵²² Sans compter que les observateurs passent d'une critique à l'autre selon leur accord ou désaccord avec la ligne jurisprudentielle bien souvent vis-à-vis de leurs propres opinions, politiques en particulier.

³⁵²³ Voir sur toutes les questions sur l'activisme contre la retenue judiciaire ou bien du caractère faible ou fort du contrôle judiciaire, par exemple : G. A. HUSCROFT, « Rationalizing judicial power », préc.; A. PETTER, « Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (Or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good thing After All », *Osgoode H.L.J.*, vol. 45, 2007, pp. 147-168.

³⁵²⁴ F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Deuxième éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, 222 p., p. 72. Il poursuit : « On se gardera donc de ces “coups de droit”, actes unilatéraux plaçant les autres acteurs du réseau devant le fait accompli ou leur déniaient le minimum d'initiative nécessaire à l'exercice correct de leur propre mission ». Il note que ceci n'est d'ailleurs pas sans rappeler les principes de collaboration loyale ou de loyauté fédérale. L'auteur développe cette idée à propos des « rapports entre juridictions : entre individualisme et jeu collectif », mais reprend une idée très similaire lorsqu'il traite des « rapports du juge et du législateur : entre indépendance et interférence ». Il renouvelle ainsi la séparation des pouvoirs comme signifiant une « collaboration régulée par un esprit de réserve et d'autolimitation » : « Il s'agira donc, dans l'exercice plein et entier des compétences attribuées à chaque pouvoir, de ne pas compromettre pour autant les intérêts essentiels des autres instances ainsi que la marge de manœuvre qui leur est nécessaire » p. 74. Voir aussi « L'auto-limitation, une nouvelle interprétation de la collaboration des pouvoirs » p. 119 et s.

explicitement par les textes fondateurs. Les controverses soulevées par les juridictions nationales, constitutionnelles notamment³⁵²⁵, sont en effet consubstantielles au dialogue³⁵²⁶. C'est pourquoi lorsque les cours constitutionnelles posent leurs contre-limites, à propos de leur identité constitutionnelle notamment, elles se posent en véritables contradicteurs. La menace de sortir du cadre interprétatif de la Cour de justice, d'y déroger frontalement³⁵²⁷ exerce une véritable pression sur cette dernière, notamment parce que leurs conséquences sont imprévisibles et non encadrées par le texte fondateur. Le respect de la primauté et l'effectivité du droit de l'Union européenne sont alors potentiellement mis en danger, ce qui peut pousser la Cour de justice, gardienne de ces impératifs, à rester dans un dialogue le plus ouvert possible.

- 1821 Au Canada, à l'inverse, l'article 33 autorise le législateur à déroger et sortir du dialogue de manière constitutionnelle. Le juge suprême canadien peut alors avoir moins de scrupule à ne pas laisser de marge de négociation, puisqu'en cas de désaccord profond, le législateur peut de manière limitée par les conditions de l'article 33, sortir du cadre interprétatif fixé par la Cour en dérogeant purement et simplement à un droit fondamental. Il faudrait que la Cour suprême considère comme un échec l'utilisation de l'article 33 comme suite à une de ses décisions, échec dont une part de responsabilité lui incombe si elle a « fermé » le dialogue.
- 1822 Mais dans les deux espaces plurijuridiques, il est possible de démontrer que des contraintes pèsent sur les deux juges suprêmes, car ils doivent conserver toute leur légitimité au sein de leur espace plurijuridique. L'intérêt qu'a le juge à rester dans ce dialogue est en effet de gagner en légitimité.
- 1823 Le juge détient en effet une part de sa légitimité du fait de la nature de l'institution à laquelle il appartient qui se reflète par son indépendance, son impartialité, ou ses compétences que l'institution est censée garantir. Mais il trouve aussi une légitimité par le fait que son action corresponde à ce que l'on attend de lui, sa mission ou sa fonction. Ainsi la fonction que l'on

³⁵²⁵ Voir supra § 1661 et s.

³⁵²⁶ L. POTVIN-SOLIS, « Le principe d'autonomie et le dialogue », préc.; L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », préc.

³⁵²⁷ Le passage à l'acte est certes peu probable, mais pousse toutefois au dialogue : A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1452. « Although it seems rather unlikely that an escalation of conflict between domestic constitutional courts and the ECJ will occur, the importance of the theoretical possibility of domestic courts to invoke constitutional limits as part of an identity control test lies less in a struggle for superiority among the courts involved, or the question of ultimate supremacy, but rather in the dialectic nature of the interaction between domestic constitutional courts and the ECJ in a quest to find an appropriate balance between national constitutional identity and primacy of the EU law ».

attend d'un juge suprême dans une démocratie constitutionnelle est de garantir les droits et libertés des individus et groupes, mais aussi de contribuer au fonctionnement de la démocratie elle-même, et de contribuer à l'équilibre du système constitutionnel. Le juge est contraint par la Constitution dont il est le gardien, de prendre en considération le principe de la démocratie représentative, et donc nécessairement les institutions qui la mettent en œuvre. Traiter le législateur avec un égal respect c'est alors montrer que le juge se conforme à sa mission constitutionnelle, ce qui contribue à renforcer sa légitimité. La métaphore du dialogue est une manière de dire différemment que le juge ne doit pas excéder la mission qui lui a été confiée sous peine de perdre en légitimité, et qu'il a même intérêt à dialoguer avec le législateur afin que celui-ci le traite en retour avec respect et ne défie pas son autorité.

- 1824 De la même manière la légitimité d'un juge suprême au sein d'un espace plurijuridique dépend de sa capacité à dialoguer et de respecter les différentes autonomies normatives. C'est cette dimension qui a d'ailleurs été mise en avant par les tenants du pluralisme constitutionnel en Europe, comme Aida Torres Pérez :

*“To ground legitimacy in the participatory nature of a dialogic process in order to reach the best-reasoned interpretation reflects equal respect for the community members’ constitutional identities. To be more specific, dialogue among national and supranational courts might provide legitimacy for exchange of reasons furthers better-reasoned outcomes for the community as a whole »*³⁵²⁸.

- 1825 C'est donc autant la capacité à respecter véritablement leurs interlocuteurs que parce que les juges suprêmes s'engagent avec eux dans un dialogue fondé sur l'échange construit et argumenté sur la protection des droits fondamentaux qu'ils gagnent en légitimité. Le dialogue permet en effet de passer d'une culture d'autorité à une culture de justification³⁵²⁹. Or, cette autorité de persuasion ou de « *persuasive authority* »³⁵³⁰ pourrait être un véritable substitut au positivisme³⁵³¹ et au monisme juridique. Le dialogue engagé par les juges suprêmes renouvelle leur légitimité en les intégrant dans une réalité juridique postmoderne, en réseau.

³⁵²⁸ A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union*, préc., p. 110.

³⁵²⁹ C. VAN DE HEYNING, « The European Perspective: From Lingua Franca To a Common Language » dans M. CLAES, et al., dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 181-204, p. 201. L'auteur renvoie à l'article de M. COHEN-ELIYA ET I. PORRAT, « Proportionality as a culture of justification », *Am. J. Comp. L.*, 2010.

³⁵³⁰ P. GLENN, « Persuasive Authority », *R.D. McGill*, vol. 32, 1987, pp. 261-298.

³⁵³¹ Ainsi, « le lien entre dialogue des juges et légitimité des décisions judiciaires paraît donc évident aux yeux des partisans du dialogue, et ce dans la mesure où ils adhèrent, pour la plupart, à une lecture non positiviste et antiformaliste de la validité juridique. La légitimité des décisions de justice serait ainsi corrélative à la capacité des

- 1826 En reprenant les métaphores de François Ost³⁵³², la juridicité ne pourrait se contenter du modèle jupitérien du monisme juridique et de la pyramide³⁵³³, ni celui d'Hercule fondé sur la figure du juge « ingénieur social »³⁵³⁴ qui pèse les différents intérêts rivaux et qui se caractérise par la diffraction et dispersion du droit principalement jurisprudentiel. Il propose alors le modèle du droit Hermès, le messager des dieux, qui s'inscrit dans un réseau normatif, permettant de sortir de l'opposition monisme - dispersion par un pluralisme, pour une théorie du droit comme « circulation du sens »³⁵³⁵.
- 1827 Ce modèle herméneutique du droit en réseau fait du juge un acteur toujours essentiel, mais ne minimise pas non plus les autres acteurs juridiques, législateurs, administrations ou encore les « usagers » du droit³⁵³⁶. Sans nier l'existence des mécanismes juridiques connectant les acteurs, « les lignes de force du réseau »³⁵³⁷, cette vision postmoderne du droit permet de penser l'ordonnement du pluralisme³⁵³⁸. Le juge suprême y a toute sa place, mais davantage en tant que, lui aussi, un Hermès, un messager au rôle plus modeste qu'un Jupiter au sommet de la pyramide normative ou un Hercule dépassé par la tâche immense de trancher au mieux les intérêts complexes qui s'opposent (particulièrement dans le contentieux des droits fondamentaux). Nos juges suprêmes seraient alors désormais des nœuds du réseau, dans l'interprétation des droits et libertés, toujours de première importance si l'on suit les « lignes de

juges à rendre raison de leurs décisions. » J. ALLARD et L. VAN DEN EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit », préc., pp. 293, voir aussi p.312. Notons à cet égard que la critique dont les auteurs font écho à propos des emprunts normatifs utilisés non pas comme autorité persuasive, mais comme argument d'autorité déconnecté du système n'est pas vraiment applicable dans un espace plurijuridique dès lors que les systèmes sont liés formellement et matériellement entre eux.

³⁵³² F. OST, *Dire le droit, faire justice*, préc., p. 33 et s.

³⁵³³ *Ibid.*, p. 36 et s.

³⁵³⁴ *Ibid.*, p. 41.

³⁵³⁵ *Ibid.*, p. 46.

³⁵³⁶ *Ibid.*, p. 48 et 49. Il faut toutefois admettre ici que l'enjeu de l'accès à la justice et les contraintes financières (et parfois techniques ou bureaucratiques) qui pèsent sur les requérants peuvent sans doute avoir un impact sur le dialogue. Le processus antérieur aux décisions juridictionnelles elles-mêmes mériterait sans doute de recourir à des études interdisciplinaires permettant d'évaluer les facteurs sociologiques et économiques qui pèsent sur les justiciables en tant qu'acteurs du dialogue.

³⁵³⁷ François Ost explique ainsi que l'« étrangeté du réseau juridique n'est pas telle qu'il serait impossible d'en dégager les lignes de force. Il faut seulement apprendre à en identifier soigneusement tous les nœuds, à repérer les flux récursifs d'informations, à montrer les interactions des fonctions. On verra alors que le sens produit dans le réseau n'est pas totalement imprévisible, puisqu'il y a toujours des textes à interpréter ; on verra également que les rapports de force qui s'y développent ne sont pas totalement aléatoires, puisqu'aussi bien des hiérarchies, notamment institutionnelles, demeurent. Il y a seulement que cette interprétation peut être inventive, de même que ces hiérarchies peuvent être enchevêtrées ». *Ibid.*, p. 47. Sur les « hiérarchies enchevêtrées » voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 305 p., p. 101.

³⁵³⁸ Voir M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, Paris, Seuil, 2006, La couleur des idées, 303 p.

force » que nous avons pu dégager jusqu'ici, mais dont la suprématie se trouve quand même relativisée³⁵³⁹.

1828 La question de la légitimité de ce droit en réseau passe pour François Ost, notamment par sa dimension procédurale : « le droit est avant tout une procédure de discussion publique raisonnable, un mode de solution des conflits équitable et contradictoire »³⁵⁴⁰. La métaphore du dialogue ne serait-elle pas alors qu'une application au niveau des acteurs du plurijuridisme de cet impératif de discuter et négocier à partir d'arguments construits entre partenaires dignes d'un égal respect ? Si tel est le cas, la légitimité de tout acteur du réseau normatif, et à plus forte raison les juges suprêmes dont la légitimité tient avant tout en leur qualité de juriste, réside alors dans leur capacité à raisonner pour convaincre du sens des droits, mais aussi à se laisser convaincre. Habités à être des gardiens des règles du jeu procédurales, ils doivent dorénavant s'appliquer à eux-mêmes ce métaprincape dans leurs rapports avec les autres acteurs de l'espace normatif. La légitimité des juges, mêmes suprêmes, dépendra de leur aptitude à respecter cette procédure dialogique fondée sur l'argumentation persuasive. Elle est au cœur de leur légitimité parce qu'elle combine les différentes exigences de leur mission, respect des droits et libertés dans un espace démocratique et plurijuridique³⁵⁴¹.

1829 Dans cette perspective, la comparaison entre l'Union européenne et le Canada pourrait profiter à l'un et l'autre espace. D'un côté, le dialogue des juges en Europe a tendance à oublier que

³⁵³⁹ On notera qu'en Europe un autre juge essentiel dans la protection des droits et libertés, la Cour européenne des droits de l'homme, constitue indubitablement un nœud de ce réseau. Il a été exclu de notre champ d'études, mais cela ne préjuge rien de son importance dans ce réseau, dont les « lignes de force » seront amenées à évoluer avec la possible adhésion de l'Union européenne à la *Convention européenne des droits de l'homme*.

³⁵⁴⁰ F. OST, *Dire le droit, faire justice*, préc., p. 55. Il poursuit ensuite « la procédure juridique, parlementaire, judiciaire, aménage, au propre et au figuré, l'espace de la controverse ; elle assure la mise en scène, ou la mise en discours, de la contestation, de la dissidence, de la défense. Elle rend visible la division sociale et propose les voies argumentatives pour la rendre négociable ». D'ailleurs un des mérites essentiels des droits fondamentaux est précisément de matérialiser « ce droit à la parole », dans la règle du jeu démocratique, « le respect du joueur et lui garantit, sinon un handicap qui le mettrait à égalité avec les partenaires les plus expérimentés ou les plus puissants, du moins le droit de faire valoir son point de vue », p. 57.

³⁵⁴¹ En ce sens : « If the authority of self-grounded legal orders and formally valid norms does not hold any longer, the main source of legitimation remains consensus, and as consensus cannot be presupposed, it must be built through dialogue. The search for shared solutions runs counter to the unilateral application of fundamental principles. This unilateral application runs the risk of producing an equally "fundamental" dissent on the principles at issue, precisely because they concern how the objectives of European policy and the ultimate goals of social cooperation are understood. On the other hand, the search for shared solutions requires an attitude of modesty on the part of the judge, though it need not necessarily amount to self-restraint. A willingness to listen is indispensable to dialogue. Moreover, the dialogue not only requires a common language – which today is, to a large extent, provided by the fundamental principles discourse – but also the creation of procedural channels that allow judges to have exchanges, within an institutionalised and therefore public interaction that is subject to debate and criticism on the part of legal scholars and of public opinion », G. ITZCOVICH, « The Federfarma Case », préc., p. 24.

l'espace européen se caractérise aussi par la démocratie représentative. Le contrôle des droits fondamentaux doit en Europe aussi s'interroger sur sa légitimité dans une perspective démocratique³⁵⁴². Dans cette lignée, Mark Dawson milite pour que, par analogie avec la théorie du dialogue en droit constitutionnel canadien, la Cour de justice dialogue avec le pouvoir politique³⁵⁴³. Cette ambition n'est pas sans particularités à l'Union³⁵⁴⁴, puisque le dialogue avec le législateur européen suppose en fait un dialogue également avec les acteurs politiques nationaux étant donné le haut degré d'implication dans le processus décisionnel législatif de l'Union européenne³⁵⁴⁵. Le dialogue avec les institutions politiques européennes a donc une dimension également plurijuridique³⁵⁴⁶.

- 1830 D'autre part, le dialogue au Canada aurait tout intérêt à s'ouvrir à la dimension proprement plurijuridique. En effet, la théorie du dialogue au Canada permet bien un échange entre la Cour suprême du Canada et les autorités politiques provinciales, donc de prendre en considérations leurs spécificités, il existe à cet égard un dialogue constitutionnel « fédéral », avec les législatures provinciales³⁵⁴⁷. Cela étant, la seule « voix » des provinces est celle des politiques (parlementaires et gouvernements provinciaux), on pourrait envisager que les juridictions provinciales aient davantage droit au chapitre. Ainsi la conception plurielle de l'architecture

³⁵⁴² Voir à cet égard S. BESSON, « European Human Rights, Supranational Judicial Review and Democracy. Thinking Outside the Judicial Box » dans P. POPELIER, C. VAN De HEYNING et P. VAN NUFFEL, dir., *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Antwerp ; Portland, Intersentia, 2011, pp. 97-145, p. 126 et s.

³⁵⁴³ M. DAWSON, « Constitutional Dialogue between Courts and Legislatures in the European Union: Prospects and Limits », préc.

³⁵⁴⁴ L'auteur en dénombre d'autres, par exemple, les institutions politiques de l'Union, européennes ou nationales ne peuvent pas passer outre les décisions de la Cour de justice comme au Canada avec l'article 33. Si la décision de la Cour est fondée sur le droit primaire, seule une modification des traités permettrait au pouvoir politique (dans leur diversité) d'avoir le dernier mot, ce qui est fort difficile. Par contre la désobéissance nationale est une menace plus réaliste, comme nous l'avons démontré. Car avec l'auteur nous serons d'accord pour dire que » If the process of appointing judges does not provide an incentive structure for the Courts to engage in constitutional dialogue, a second set of factors might relate to non-compliance or 'political override' of judicial decisions. Courts might be more likely to engage in dialogue if they fear that a failure to take account of political interests might lead to their decisions being rescinded or else simply ignored altogether by political actors at the national or EU levels. 'Politically embedding' decisions might therefore provide a further incentive to engage legislatures » : *ibid.*, p. 392.

³⁵⁴⁵ Comme l'explique Samantha Besson les doubles voire triple formes de représentation démocratique au niveau européen rend la chaîne de légitimité démocratique plus complexe et difficile à saisir pour évaluer l'impact démocratique précis du contrôle judiciaire supranational : S. BESSON, « The European Union and Human Rights: Towards A Post- national Human Rights Institution? », *HRLR*, vol. 6, 2006, pp. 323-360, spéc. p. 129.

³⁵⁴⁶ En ce sens : S. BESSON, « Thinking Outside the Judicial Box », préc., p. 139 et s. L'auteur utilise le terme de pluralisme juridique. « In a complex supranational political community like the EU in which democracy is-multi-levelled, human rights protection and human rights review of legislation are more difficult to ensure legitimately » p. 141.

³⁵⁴⁷ J. A. CLARKE, « Beyond the Democratic Dialogue, and Towards a Federalist One: Provincial Arguments and Supreme Court Responses in Charter Litigation », *Can. J. Pol. Sc.*, vol. 39, 2006, pp. 293-314.

juridictionnelle européenne pourrait inspirer d'éventuelles réformes au Canada, même si cela demanderait un changement de culture judiciaire très conséquent³⁵⁴⁸. Autrement, les interprétations des juges provinciaux pourraient peser davantage dans la prise de décision de la Cour suprême du Canada, qui pourrait les utiliser comme une base solide afin d'utiliser des standards provinciaux, si cela se justifie³⁵⁴⁹ et donc les inclure dans le dialogue.

- 1831 Finalement, le dialogue serait le processus permettant de respecter les exigences dont le juge suprême est le gardien, respect des principes d'une démocratie libérale et d'un certain équilibre plurijuridique. Par définition aucun « super acteur » n'existant dans un réseau, le non-respect de ce procédé ne pourra faire l'objet de sanction directement, c'est « seulement » la légitimité des juges suprêmes, et avec eux au final celle de l'espace plurijuridique duquel ils se sont érigés en gardiens, qui s'en trouveront affaiblies.
- 1832 Pour faire de ce procédé une véritable méthodologie, encore faut-il en baliser les étapes. C'est d'autant plus essentiel que le dialogue dépendra pour partie de la bonne volonté des juges suprêmes, à qui l'on peut proposer des outils à même de faire vivre ce dialogue. Ces outils lui permettront ainsi de l'aider à prendre des décisions à l'écoute des arguments des autonomies normatives (à travers leurs gouvernements ou leurs juges) et ouvertes à d'éventuelles réponses ultérieures. C'est en ce sens que le dialogue implique une méthodologie à même de respecter un équilibre entre unité et diversité dans le contentieux des droits fondamentaux.

³⁵⁴⁸ Évidemment, on ne saurait transposer purement et simplement la théorie du dialogue des juges européenne au cas canadien. Au Canada il semble difficile d'envisager l'existence d'un dialogue des juges entre les cours provinciales et la Cour suprême du Canada. L'architecture juridictionnelle canadienne est fortement hiérarchisée, et on imagine mal les Cours provinciales « résister » à la Cour suprême, comme les juges suprêmes nationaux ont pu le faire en Europe. La règle du précédent a d'ailleurs un rôle déterminant au Canada sur ce point, et contribue, outre le système d'appel et de nomination des juges, à centraliser le système juridictionnel canadien au profit de la Cour suprême du Canada. Il n'est toutefois pas exclu d'envisager des réformes au sein de ce système, même si cela constituerait un bouleversement substantiel, et par exemple réfléchir à un système de renvoi préjudiciel entre les plus hautes juridictions provinciales à la manière de la question préjudicielle en droit européen plutôt qu'un système d'appel, ou une hypothétique juridiction traitant des droits des peuples autochtones, et la Cour suprême du Canada. Cela pourrait être une solution au serpent de mer de la modification de la composition de la Cour suprême. Ce changement serait de nature à modifier l'équilibre fédératif, puisqu'il placerait non seulement les législatures provinciales dans une position d'égal respect vis-à-vis de la Cour, mais aussi les juges provinciaux ou autochtones qui pourraient davantage prendre en considération les particularismes locaux et protéger leurs particularités. Il pourrait ainsi s'installer une collaboration sur une base égalitaire entre les juges afin de décider du contenu des droits fondamentaux et de la place à accorder aux particularités locales.

³⁵⁴⁹ Notamment si cela se justifie selon les critères que nous proposerons en infra § 1854 et s.

Section 2. Les outils interprétatifs des droits fondamentaux pouvant limiter l'homogénéisation

1833 Il est donc possible, et même souhaitable, de penser le rôle du juge suprême au sein d'un réseau de protection des droits fondamentaux, dans lequel il déterminerait de manière dialogique les standards de protection. Il a tout à gagner en terme de légitimité de sa propre institution, mais aussi de l'espace plurijuridique dont il est le gardien, à adopter une attitude « dialogique » à l'égard des autres acteurs du réseau, législateurs et juges. Le cadre conceptuel du dialogue entre un juge suprême d'un espace plurijuridique et les autres acteurs sert alors comme guide dans l'interprétation (I). Il est alors possible de dégager des outils, processus (II) et critères (III), balisant une démarche visant une protection des libertés plurielle dont nous donnerons des exemples (IV)³⁵⁵⁰.

I. L'impact du dialogue sur la prise de décision du juge suprême

1834 Il faut adopter une perspective interne aux juges suprêmes pour comprendre quels pourraient être les raisonnements juridiques démontrant qu'ils se considèrent comme des interprètes des droits et libertés parties prenantes d'un dialogue. Il s'agit de savoir comment les juges devraient adapter leurs décisions et la manière d'appréhender leur contrôle juridictionnel dans un contexte d'un réseau de protection des libertés. L'objectif est ici que le juge ait des clés interprétatives pour respecter au mieux ce qui est au centre de sa raison d'être : respect de la personne humaine dans sa dimension tant individuelle, comme justiciable, que dans sa dimension collective comme citoyen de différents espaces normatifs superposés et enchevêtrés.

1835 Miguel Poiars Maduro s'est également intéressé à cette nouvelle herméneutique des jurisprudences dans un contexte pluraliste³⁵⁵¹. Il insiste sur la nécessité de favoriser les méthodes d'interprétation qui permettent d'articuler l'impact systémique des décisions des juges et qui soient plus aptes à engager un dialogue avec les institutions concurrentes dans l'interprétation du droit³⁵⁵². En ce sens, la théorie du dialogue peut aussi être une théorie de la décision juridictionnelle³⁵⁵³. Elle renouvellerait alors les contraintes pesant sur le juge suprême et donc

³⁵⁵⁰ Voir en annexe le tableau illustrant à l'aide d'exemples le fonctionnement de cette méthode.

³⁵⁵¹ M. POIARES MADURO, « Courts and Pluralism », préc.

³⁵⁵² *Ibid.*, p. 365.

³⁵⁵³ M. POIARES MADURO, « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », préc., p. 201. Dans cette lignée il fait de l'interprétation téléologique et systémique une méthode fondamentale dans le cadre du pluralisme constitutionnel. Elle serait particulièrement propice au droit de l'Union européenne tout en

l'objectivation des décisions, la limitation des préférences subjectives des juges, ce qui renforce la légitimité de leur rôle.

- 1836 À cet égard, on a pu également préconiser une amélioration du style des décisions juridictionnelles, concernant particulièrement la Cour de justice de l'Union européenne à la faveur d'une forme moins cartésienne et plus discursive³⁵⁵⁴ et « conversationnel »³⁵⁵⁵. Ici, la critique est difficilement transposable à la Cour suprême du Canada dont le style des décisions est très éloigné de celui de la Cour de justice, proche de celui des juridictions françaises. La jurisprudence du plus haut tribunal canadien serait plutôt prolixe en comparaison du style « télégraphique » de la Cour de Luxembourg. Les différentes opinions des juges démontreraient le souci d'expliquer en profondeur leurs motifs, ce qui semble louable dans la perspective d'améliorer la transparence des motivations. Pourtant, on l'a vu, la Cour suprême du Canada ne nous apparaît pas beaucoup plus ouverte au dialogue³⁵⁵⁶. Le style des décisions pourrait ainsi être un paramètre dans l'amélioration du dialogue, mais nous nous concentrerons ici plutôt sur d'autres techniques juridiques plus spécifiques au contentieux des droits fondamentaux.
- 1837 Ces mécanismes juridiques ont pour ambition à la fois d'autoriser le dialogue, de laisser ouverte une réponse ultérieure des autres acteurs, et de prendre acte du dialogue permettant, lorsque cela se justifie, de conserver une certaine pluralité dans la protection des droits et libertés. Les raisonnements dialogiques sont alors la clé d'une protection pluraliste des droits fondamentaux par les juges suprêmes. Ils permettraient de mettre en œuvre, de manière justifiée et cohérente une jurisprudence qui, au lieu d'exercer une pression ascendante tendant à l'homogénéisation, s'inscrit dans une logique plus modeste et prudente.
- 1838 L'homogénéisation provient, nous l'avons vu, pour partie de la structure du contentieux. On ne peut ce faisant pas exclure que le dialogue puisse concerner un élément structurel, comme le champ d'application de l'instrument englobant. Mais les changements structurels étant plus limités, et demandant certainement des modifications textuelles, les outils concerneront ici

exerçant une contrainte sur le juge à la fois objective, cohérente, transparente et dynamique. Elle fournirait le cadre nécessaire au débat sur la nature de l'Union et ses valeurs par les différents acteurs intervenant dans la construction européenne (p. 209).

³⁵⁵⁴ X. GROUSSOT, « Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities », préc., p. 341.

³⁵⁵⁵ M. CARTABIA, « Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously », préc., p. 29 et s.

³⁵⁵⁶ On pourrait ainsi argumenter dans le sens opposé. Car si de longs et fournis motifs dans une décision apportent du « grain à moudre » à l'interlocuteur, ils le contraignent sans doute aussi dans leur marge de manœuvre s'il entend rester dans le cadre interprétatif du juge suprême. Sans qu'il ne nous appartienne d'approfondir ici cette question : trop en dire ou ne pas en dire assez, l'équilibre est sans doute subtil.

l'application substantielle des droits et libertés. D'autant que, dans bien des cas les juges suprêmes apparaissent peu enclins à renoncer purement et simplement au contrôle des droits et libertés, il vaut mieux alors qu'ils se prononcent, pour s'assurer de l'existence d'une protection, et que leur interprétation substantielle soit, elle, pluraliste³⁵⁵⁷.

1839 Ce raisonnement demande par définition de se situer dans un raisonnement casuistique et circonstancié et impliquera nécessairement une certaine souplesse dans l'utilisation de ces outils, qui doivent être mis en adéquation avec les contextes spécifiques et les particularismes des équilibres plurijuridiques en présence³⁵⁵⁸.

1840 La recherche de solutions partagées demande en effet une attitude plus humble de la part des Cours³⁵⁵⁹, un certain degré de « modestie institutionnelle »³⁵⁶⁰. Et la sagesse des juges suprêmes devrait aussi se manifester par l'abstention en cas de doute³⁵⁶¹. Or, les juges ne pouvant se défilier face à leur responsabilité (les justiciables attendant d'eux qu'ils tranchent et donc interprètent) des raisonnements spécifiques peuvent les guider dans la recherche d'une jurisprudence dialogique, pluraliste et protectrice des droits fondamentaux de la personne. Sans que les juges interagissent directement avec un interlocuteur, un législateur ou un autre juge, cette méthodologie renforce la légitimité du juge suprême en ce qu'elle est tributaire en partie du respect du plurijuridisme. Le dialogue demande simplement aux juges suprêmes d'être à l'écoute des arguments développés par les autonomies normatives, par la voie législative ou juridictionnelle, afin de les intégrer dans son raisonnement. En ce sens, la méthodologie proposée est dialogique, cela étant elle peut parfaitement fonctionner en dehors de tout dialogue formel, ou

³⁵⁵⁷ Le pluralisme dans la gestion des standards est sans doute beaucoup plus pragmatique et constructif que la limitation du champ d'application de la Charte englobante notamment. Dans le cas européen, la confrontation entre la Cour de justice européenne et la Cour constitutionnelle allemande à propos du champ d'application de la *Charte* (voir supra § 1689) gagnerait sans doute à se déplacer sur ce terrain, voir en ce sens : A. ÉPINAY, « Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt *Fransson* et ses implications », *CDE*, vol. 50, 2014, pp. 283-303, spéc. p. 303. En ce sens, voir aussi É. DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles » dans E. NEFRAMI, dir., *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 369-411, p. 409.

³⁵⁵⁸ Comme l'explique Loïc Azoulay, si les droits fondamentaux peuvent être des « charnières », des instruments privilégiés d'une communication entre systèmes, ils sont aussi « ancrages » : « les équilibres entre droits s'établissent, dans chaque ordre en fonction de contraintes liées à des règles de compétence, à des contextes procéduraux et à des "registres normatifs" ». L. AZOULAI, « Conclusions générales », préc., p. 330.

³⁵⁵⁹ G. ITZCOVICH, « The *Federfarma* Case », préc., p. 24.

³⁵⁶⁰ M. POIARES MADURO, « Courts and Pluralism », préc., p. 372.

³⁵⁶¹ F. OST, *Dire le droit, faire justice*, préc., p. 59. Pour François Ost, Hermès le juriste doit faire sienne « la vieille règle de prudence, d'où certain droit tire son nom : *prudencia, jurisprudentia* » : « Dans le doute, abstiens-toi ».

d'argumentaires spécifiques antérieurement adressés au juge suprême. Sa décision peut ainsi constituer le début d'un dialogue pour peu qu'elle soit suffisamment ouverte et pluraliste.

- 1841 Il est alors possible de proposer des raisonnements internes à la prise de décision juridictionnelle à même de satisfaire ces exigences respectueuses des libertés individuelles et du plurijuridisme, il faut dès lors identifier des résultats pluralistes puis des critères.

II. Les processus d'une gestion horizontale des droits et libertés

- 1842 Il nous faut revenir sur les mécanismes de l'homogénéisation lors de l'interprétation substantielle des libertés, pour cibler les différents résultats pluralistes possibles, ceux qui permettent de rester dans un équilibre plurijuridique. Pour résumer, nous avons pu identifier trois grands cas de figure d'homogénéisation, d'attitude verticale des juges suprêmes : la convergence des standards au profit d'un seul, l'application d'un standard unique sans marge de manœuvre suffisante et la priorité systématique d'un standard global laissant le standard local inappliqué. À ces trois cas de figure, il existe des contreparties pluralistes, démontrant une horizontalité dans la protection des droits en ce qu'elles respectent les autonomies normatives englobées en leur donnant leur mot à dire et peuvent faire revivre les standards locaux. Les processus d'interaction du « pluralisme ordonné » dégagés par Mireille Delmas-Marty³⁵⁶² correspondent alors à ce possible ordonnancement de la pluralité des protections des libertés, à savoir la coordination, l'harmonisation et l'hybridation.

- 1843 Ces processus sont des mécanismes d'évolution, des dynamiques, qui sont aussi des résultats pluralistes. Ils peuvent aussi s'appliquer aux standards de protections des droits fondamentaux. Le rapport au temps est ici primordial : ces résultats sont autant de variations susceptibles d'évolutions ultérieures dans le cadre d'un dialogue à entretenir avec les autres acteurs du plurijuridisme. Ils permettent notamment une application progressive des droits fondamentaux : en laissant par exemple le bénéfice du doute aux autonomies normatives ayant une conception originale, en développant des standards communs dans un second temps éventuellement, etc.

- 1844 Premièrement, la convergence des standards peut-être pluraliste si elle n'est plus imposée par le haut, mais le fruit d'un dialogue, c'est le cas de figure de l'*hybridation*. Le standard commun de protection d'un droit fondamental est unifié, mais le passage de la pluralité des standards à

³⁵⁶² M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, préc., p. 39 à 138.

l'unicité procède non pas d'une volonté unilatérale, bien souvent au nom de l'efficacité, mais d'une authentique mise en commun. L'hybridation demande ainsi une réflexion ouverte vis-à-vis des différentes conceptions des droits fondamentaux, un effort de conceptualisation³⁵⁶³, de laquelle naît un standard « métissé »³⁵⁶⁴, qui les a amalgamées.

1845 Le standard de protection hybride peut alors avoir un caractère *sui generis*, si typique des droits autochtones au Canada par exemple³⁵⁶⁵. Un standard hybride permet en effet de prendre du recul sur la conception juridique majoritaire, pour répondre plus adéquatement aux enjeux spécifiques d'une culture, d'une autonomie normative. L'hybridation est donc particulièrement intéressante lorsqu'il s'agit de définir le contenu des droits fondamentaux, pour en faire un standard inclusif, aux différentes cultures, que cela soit celui des États membres de l'Union européenne à travers les traditions constitutionnelles communes ou bien celle des peuples autochtones du Canada³⁵⁶⁶. À cet égard, l'hybridation permet aussi de concilier des impératifs différents, par exemple lorsqu'il faut incorporer l'exigence de l'égalité entre les hommes et les femmes dans des droits des peuples autochtones comme le demande l'article 34(5) de la *Loi constitutionnelle de 1982* du Canada³⁵⁶⁷.

1846 Dans une moindre mesure, une convergence peut aussi être considérée comme dialogique lorsqu'elle ne crée pas un standard nouveau issu des différentes conceptions, mais consiste en une extension de solutions existantes, pour peu que la « transplantation » ne soit pas unilatérale. Il faut en effet faire un effort d'argumentation pour démontrer en quoi cette solution est adéquate et potentiellement recevable dans les différentes cultures juridiques en jeu. Il va sans dire que si le juge ne peut pas démontrer que le standard ainsi « transplanté » ne fait pas déjà l'objet d'une appropriation antérieure ou en cours par l'autonomie normative en question, il devra rester à « l'écoute ». La dynamique dialogique lui enjoindra alors éventuellement d'apporter les modifications nécessaires dans une jurisprudence postérieure, dans laquelle il pourra incorporer

³⁵⁶³ En effet, « Afin d'éviter que l'unification ne se traduise par la seule transplantation d'un modèle dominant, un effort de conceptualisation pour définir des principes communs, acceptables à l'intérieur de chaque système entrant dans la composition de la nouvelle forme juridique, est sans doute indispensable » : *ibid.*, p. 125.

³⁵⁶⁴ I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens », *CDE*, vol. 1 et 2, 2007, pp. 111-148.

³⁵⁶⁵ Voir notamment T. DICKSON, « Section 25 and Intercultural Judgment », *préc.*, § 73 et s. D'autres auteurs spécialistes des droits des peuples autochtones sont des défenseurs d'une approche hybride du droit et des droits, comme J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, *préc.*

³⁵⁶⁶ Il serait par exemple possible d'ouvrir la notion de religion de manière à ce qu'elle soit davantage en adéquation avec les conceptions autochtones : J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, *préc.*, p. 248 et s.

³⁵⁶⁷ G. OTIS, « Reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones », *préc.*, p. 126.

une vision particulière et procéder à une hybridation, ou recourir à d'autres procédés pluralistes, comme la simple harmonisation³⁵⁶⁸. Le juge peut au contraire estimer que l'hybridation n'est pas souhaitable et que chacun des standards garde son autonomie propre. Ainsi lorsque le juge s'interroge sur le contenu des standards de protection, il peut décider d'une fusion des standards, d'une transplantation des standards ou refuser toute convergence³⁵⁶⁹.

- 1847 Deuxièmement, l'*harmonisation* des garanties des droits et libertés peut être un processus pluraliste en ce qu'elle laisse perdurer une possible pluralité dans la mise en œuvre d'un standard de protection, lorsque le juge accorde une marge d'appréciation aux autonomies normatives. La notion de marge est en effet une « clé du pluralisme ordonné » en n'imposant qu'un seuil de compatibilité, une simple exigence de proximité plutôt qu'une identité requise par le contrôle de conformité³⁵⁷⁰. Ce seuil incite à introduire de la nuance, des « degrés de valeurs de vérité », de remplacer « des interrupteurs par des rhéostats, qui vont permettre de faire varier continûment l'intensité »³⁵⁷¹. Cette marge, souvent assimilée à une déférence³⁵⁷², un minimalisme³⁵⁷³ ou une autolimitation³⁵⁷⁴ judiciaire, n'est pas une attitude laxiste vis-à-vis de l'impératif de respecter la personne humaine. Elle permet simplement aux différents standards de protection de coexister. Car, en s'abstenant d'élaborer un standard global approfondi dans ses moindres éléments, en ne détaillant pas d'obligations outrancièrement précises, le juge accorde une marge de discrétion aux autonomies normatives englobées. Il permet alors à leurs juges ou leurs politiques de déterminer partiellement la manière de mettre en œuvre la protection du droit fondamental, et de respecter un

³⁵⁶⁸ Marc Verdussen identifie également ces types de production de la circularité qui « permet au réseau non seulement de générer une harmonisation entre les systèmes qui le composent, mais encore de générer de nouvelles solutions par hybridation ou extension des solutions déjà existantes » : M. VERDUSSEN, « Subsidiarité et circularité », préc., p. 326.

³⁵⁶⁹ Par exemple, le juge canadien pourrait décider d'utiliser le standard provincial en matière de non-discrimination dans le contrôle de constitutionnalité (voir l'affaire *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360. Ainsi que les développements s'y rapportant). Il pourrait en matière de liberté de religion au Québec refuser une convergence des standards de protection et appliquer un standard autonome québécois comme ce que semble faire la dissidence dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551. (Voir les développements s'y rapportant). Du côté européen, on peut aussi imaginer que certains standards européens soient considérés comme des hybridations même si elles ne correspondent pas aux conceptions de tous les États membres ou d'une majorité d'entre eux, comme lorsque la Cour considère que le droit européen doit protéger la confidentialité entre avocats et clients : CJCE, 18 mai 1982, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, aff. 155/79, *Rec.* 1982, p. 01575.

³⁵⁷⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, préc.

³⁵⁷¹ M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge d'appréciation nationale et internationalisation du droit : Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, vol. 52, 2000, pp. 753-780, spéc. p. 773.

³⁵⁷² M. POIARES MADURO, « Courts and Pluralism », préc., p. 378 et s.

³⁵⁷³ L. PECH, « Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in *Römer* and *Dominguez* », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1841-1880.

³⁵⁷⁴ F. OST, *Dire le droit, faire justice*, préc., p. 119 et s.

standard commun, tout en mettant en œuvre leur propre conception de la garantie, leur propre standard³⁵⁷⁵. C'est en ce sens que les protections se trouvent harmonisées, les visions communes et les conceptions particulières conciliées³⁵⁷⁶.

- 1848 On comprend alors pourquoi cette technique est plébiscitée par les auteurs favorables à un plus grand respect des autonomies normatives, qu'elles soient provinciales, autochtones ou nationales. La technique qui opère généralement lors de l'examen de la proportionnalité est ainsi bien connue en Europe³⁵⁷⁷, et elle fait d'ailleurs l'objet de critiques, notamment lorsqu'elle est utilisée de manière non rigoureuse³⁵⁷⁸. L'idée d'une marge d'appréciation laissée aux provinces du Canada a aussi fait son chemin en doctrine notamment³⁵⁷⁹. La Cour suprême pourrait en effet introduire plus systématiquement et explicitement cette technique, tant au niveau des réparations qu'elle accorde en cas de violation d'un droit, que lors du contrôle de proportionnalité³⁵⁸⁰, aussi bien au bénéfice des provinces, que des peuples autochtones du Canada³⁵⁸¹.
- 1849 Le mécanisme de la marge au bénéfice du standard local trouve aussi une application intéressante lorsque la coordination et la convergence ne sont ni possibles ni souhaitables, parce qu'il s'agit de concilier des droits fondamentaux distincts, en particulier lorsque l'un serait essentiel pour l'autonomie normative globale et l'autre pour l'autonomie englobée³⁵⁸².

³⁵⁷⁵ En ce sens, voir D. SARMIENTO, « Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe », *CML Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 1267-1304, spéc. p. 1294.

³⁵⁷⁶ Sur la dimension conciliatrice voir par exemple L. POTVIN-SOLIS, « Le principe d'autonomie et le dialogue », préc., p. 549 et s.

³⁵⁷⁷ Voir supra § 1563 et s., cette technique a pu faire l'objet de développements doctrinaux importants, auxquels nous nous référons en supra. Quant aux exemples concrets nous pouvons citer les affaires *Omega*, *Sayn* préc.

³⁵⁷⁸ M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, « Marge d'appréciation nationale », préc.

³⁵⁷⁹ Pour une proposition similaire, voir : J. A. CLARKE, « The Charter of Rights and a Margin of Appreciation for Federalism: Lessons from Europe » dans M. D. BEHIELS et F. ROCHER, dir., *The State in Transition: Challenges for Canadian Federalism* Ottawa, Invenire, 2011. L'idée avait aussi été avancée dès les premières années de la Charte: G. ZELICK, « The European Convention on Human Rights: Its Significance for Charter Litigation » dans R. J. SHARPE, dir., *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 97 et s. Pour un exemple récent d'une utilisation implicite d'une marge d'appréciation voir l'affaire *Lola* préc.

³⁵⁸⁰ Il existe aussi d'autres méthodes qui permettent au juge de stimuler et d'encourager le débat comme le fait de simplement donner des conseils non contraignants, de se concentrer sur les règles procédurales ou plus largement de faire preuve d'un certain « minimalisme » dans ses décisions : C. BATEUP, « The Dialogic Promise », préc., p. 1123 et s.

³⁵⁸¹ Sur cette idée de marge et de déférence voir par exemple S. GRAMMOND, *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/ Cowansville, Bruylant / Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p., p. 342. Pour un exemple d'application d'une forme de marge voir *Jaime Grismer c. Première Nation de Squamish*, [2007] 1 C.N.L.R. 146. Nous y reviendrons.

³⁵⁸² Dans le contexte européen c'est par exemple le cas de l'affaire *Omega*, qui concernait la protection de la dignité humaine, chère à l'Allemagne, et la liberté de circulation essentielle à l'Union européenne, voir supra § 1573 et s. :

- 1850 Troisièmement, la *coordination*, le dernier des processus dialogiques, est sans doute le plus pluraliste puisque non seulement la pluralité des standards persiste, mais les standards demeurent nettement différenciés les uns des autres, par des techniques de priorité ou de dérogation. Le standard local de protection des libertés n'est ni oblitéré par le standard global, ni conditionné par lui comme dans les deux cas précédents, mais il s'applique de manière autonome soit parce qu'il est prioritaire, soit parce qu'il peut y déroger (et s'applique alors exceptionnellement, en dépit de ses prescriptions³⁵⁸³).
- 1851 Le cas canadien connaît les deux éventualités. D'une part, les Chartes provinciales ou autochtones peuvent être considérées comme prioritaires par rapport à la *Charte canadienne*, dont l'application est alors délaissée, d'autre part la clause nonobstant permet aux législatures de déroger à certains droits fondamentaux et donc à un standard global. En revanche, la question de la priorité du standard local dépend de sa validité par rapport au standard global, puisque les chartes « locales » ne doivent pas poser un problème de conformité avec la *Charte canadienne*. Cette question peut être résolue par le biais d'une des deux techniques précédentes, autrement, en cas de véritable conflit, seule une véritable dérogation au standard global peut permettre au standard local de s'appliquer de manière autonome. Dans l'Union, la question se pose de manière semblable puisque la priorité au standard national ne peut mettre en échec l'effectivité et l'unité du droit de l'Union. Sauf que dans l'Union européenne, on le sait, la possibilité de déroger au standard européen n'est pas admise par les textes ou la Cour : ce sont certaines autonomies normatives qui se sont attribuée cette faculté, du moins en théorie. Mais dans les deux cas, la dérogation n'est pas l'affaire des juges suprêmes, elle s'exerce sans qu'elle soit le fruit de son raisonnement. La question qui se pose ici est celle de savoir si les juges suprêmes canadiens et européens pourraient l'admettre dans leurs décisions relatives aux droits et libertés.
- 1852 Soit on considère que la dérogation doit rester un mécanisme externe au juge suprême, elle a alors pour seule fonction d'exercer une pression sur son office pour qu'il utilise les autres techniques d'interprétation dialogiques. Ainsi en Europe, les cours constitutionnelles exercent une pression sur la Cour de justice dans leurs jurisprudences prônant des formes de dérogation, et

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre berbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-09609.

³⁵⁸³ Prenons pour exemple le refus de l'État français, et notamment du Conseil Constitutionnel, d'accorder des droits collectifs aux minorités culturelles et religieuses (voir supra § 1690), la question se pose de savoir si cela pourrait constituer des dérogations valides au droit européen dans l'hypothèse où la *Charte* notamment entendrait protéger de tels droits.

en même temps elles encourent le risque que leur responsabilité soit mise en jeu devant la Cour de justice pour non-respect du standard commun³⁵⁸⁴. Selon une vision pluraliste « forte », cela renforcerait tout simplement l'idée qu'aucun des différents pouvoirs et interprètes des droits fondamentaux n'est un arbitre ultime. La coordination naît de ce rapport de force, elle est un résultat « systémique ». Comme la dérogation reste exceptionnelle, voire théorique, elle servirait plus en tant que moyen de pression (plus ou moins efficace) que comme véritable moyen d'appliquer un standard local dérogatoire³⁵⁸⁵.

- 1853 Soit on considère que la coordination peut être opérée par le juge suprême lui-même. Il faudrait alors qu'il accepte des cas dérogatoires qui permettraient aux autonomies normatives d'appliquer leurs standards de protection, sans encadrement par le standard commun³⁵⁸⁶. Puisque l'authentique dérogation demande au juge suprême d'abandonner l'interprétation qu'il fait de la protection des libertés, dans des circonstances délimitées, il pourrait ne pas être enclin à le faire. D'un autre côté, accepter des cas dérogatoires permettrait au juge suprême d'être un acteur central dans la coexistence des standards de protection, un centre de décision sur la structure du plurijuridisme. Le réseau est alors moins « horizontal », le pluralisme plus « faible », puisque le juge suprême est à nouveau acteur principal de la coordination. Mais l'équilibre entre unité et diversité dans la protection des libertés peut toutefois être respecté dans cette perspective, à condition que les cas dérogatoires soient issus d'une collaboration dialogique avec les autonomies normatives englobées. Il faut en effet s'assurer que ces cas répondent aux préoccupations essentielles des autonomies normatives englobées, qu'elles auront elles-mêmes identifiées. Pour ce faire, il alors nous déterminer quelles peuvent être les justifications à l'utilisation de cette technique comme des autres, trouver les critères régulant cette gestion « horizontalisée » des protections.

³⁵⁸⁴ A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1451. Notons que dans cette perspective, les auteurs s'intéressent uniquement aux cas de la protection de l'identité nationale des États membres de l'Union européenne, sur laquelle nous allons revenir.

³⁵⁸⁵ La dérogation est en effet jusqu'ici théorique dans l'Union européenne, et est exceptionnelle voire en désuétude au Canada avec l'article 33. On notera d'ailleurs que cette faible utilisation de l'article 33 peine à exercer une véritable pression sur la Cour suprême du Canada.

³⁵⁸⁶ Autrement il s'agit de la situation de l'harmonisation, comme dans *Omega*, préc.

III. Des principes régulateurs comme critères d'une gestion horizontale des droits et libertés

- 1854 Les processus dialogiques ne peuvent être à eux seuls des mécanismes opérationnels à la gestion pluraliste des protections de la personne. Le juge suprême doit pouvoir justifier pourquoi il arrive à ces résultats, tant au regard de la protection des libertés que du respect du plurijuridisme. C'est ici que nous retrouvons les trois principes régulateurs que nous avons pu identifier comme des arguments militant pour une certaine gestion horizontale : les principes de la subsidiarité, de faveur et de spécificité³⁵⁸⁷.
- 1855 Ces principes pourraient en effet guider le juge suprême dans la mise en œuvre d'une gestion pluraliste, aussi bien lorsqu'il existe une concurrence directe des instruments de protection, qui demande de définir une priorité, mais également dans les autres cas de figure. Ils pourraient être mobilisés en tant que critères pour aboutir aux différentes solutions pluralistes, en cas de frictions entre les standards de protection, ou lorsqu'un seul standard (une seule norme s'applique ou bien les normes sont textuellement équivalentes ou leurs interprétations interchangeables) s'applique, mais peut demander une ouverture à d'autres conceptions, à travers l'hybridation ou l'octroi d'une marge.
- 1856 Si ces principes semblent traverser la gestion plurielle des garanties de la personne, certains d'entre eux peuvent apparaître plus particulièrement dans le cadre de l'un des processus « horizontaux ». Ils peuvent être pertinents à certains contextes, et limités sur d'autres. Faisons donc le point sur chacun des principes pour en déceler leur utilité.
- 1857 Le premier principe, la *subsidiarité*, demande à ce qu'un standard local s'applique (directement ou indirectement) parce que la question présente une dimension davantage locale que globale, lorsque l'on se réfère au partage de l'édiction normative dans l'espace plurijuridique (et inversement)³⁵⁸⁸. On a dès lors souvent associé la notion de marge avec celle de subsidiarité, tant au Canada qu'en Europe³⁵⁸⁹. Dans l'Union européenne, la problématique de la subsidiarité

³⁵⁸⁷ Voir supra § 1627 et s.

³⁵⁸⁸ C'est en ce sens que la subsidiarité renvoie à un « principe fédéral » voir J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et C.-M. PANACCIO, « The Asymmetrical Distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the post-Chaouilli Era », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 217-253, spéc. p. 226.

³⁵⁸⁹ Voir par exemple J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 271- 310; J. A. SWEENEY, « A 'Margin

apparaît dans le contexte de l'interprétation substantielle à travers la question de la complétude matérielle de la norme européenne. On se souvient ainsi que les standards nationaux trouvent une application lorsque la norme contrôlée peut être matériellement rattachée au pouvoir normatif de l'État membre. Les situations entièrement harmonisées ou conditionnées par l'Union ne pouvant alors, selon la jurisprudence de la Cour de justice, tolérer une application du standard national qui mettrait alors en danger l'effectivité du droit européen en question³⁵⁹⁰.

- 1858 On pourrait en outre identifier certains domaines, par exemple le droit de la famille, qui sont du ressort des autonomies normatives englobées tant au Canada qu'en Europe, qui seraient par nature davantage locales que globales³⁵⁹¹. Au Canada, la division entre le domaine des relations privées, interpersonnelles, et celles des relations entre particulier et gouvernement relève aussi de cet argument de la subsidiarité³⁵⁹². Il a d'ailleurs été mis en avant à propos de l'opportunité de faire converger des standards de protection³⁵⁹³. L'intrusion du standard européen de protection dans les relations purement privées, a aussi pu être critiquée en Europe, comme étant trop éloignée de la vocation de l'Union européenne. S'agissant des peuples autochtones du Canada, l'argument de la subsidiarité demanderait sans doute des études de cas complexes étant donné les difficultés à établir des domaines propres aux peuples autochtones, particulièrement en l'absence de Traités.
- 1859 Le critère de la subsidiarité dans l'interprétation substantielle peut alors compenser, voire corriger, un champ d'application matériel de l'instrument englobant très large. Il est toutefois à manipuler avec prudence, parce que pris isolément il pourrait tout simplement remettre en cause

of Appreciation' in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34, 2007, pp. 27-52, spéc. p. 41.

³⁵⁹⁰ Voir supra § 1730 et s. et l'affaire *Melloni* préc.

³⁵⁹¹ Il est difficilement envisageable au Canada d'utiliser l'argument de la subsidiarité pour demander la priorité d'une charte provinciale par rapport à la *Charte canadienne* en cas de concurrence directe, car cela remettrait toujours, systématiquement au second plan la *Charte canadienne*, sans examen du fond. En effet, par définition si la Charte provinciale peut s'appliquer, c'est que l'affaire est du domaine de compétence provinciale. L'argument demeure pertinent au niveau de la convergence des standards ou bien de la question de l'octroi d'une marge.

³⁵⁹² À cet égard, le critère des relations entre personnes privées apparaît plus adéquat lorsqu'il s'agira de déceler une priorité plutôt que de se référer aux différents domaines de compétence du fédéralisme.

³⁵⁹³ En effet le juge Bastarache a pu proposer une utilisation différenciée de la clause limitative de la charte québécoise (art. 9.1) lorsqu'on entre dans le domaine des relations privées : *Amselem*, préc., § 149 et spéc. § 152. Voir aussi sur cette question A. W. MACKAY, « Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter in Pursuit of Equality: A Case for Greater Separation in Both Theory and Practice », *R.D.U.N.-B.*, vol. 64, 2013, pp. 54-102, spéc. p. 67.

l'élément structurel du champ d'application³⁵⁹⁴. Le danger serait qu'il empêche une protection par un standard global et plus généralement qu'il prévienne les évolutions davantage protectrices. La subsidiarité en tant que critère demanderait en outre un certain degré de précision dans l'identification des domaines relevant plus du local que du global. Par exemple, rattacher une question à un domaine aussi large que le droit de la famille peut sembler exagéré et flou, tandis que l'établissement de la filiation ou la garde des enfants, pourraient être des cas plus raisonnables, prévisibles et surtout susceptibles de recueillir l'assentiment des autonomies normatives globales et englobées, toujours dans une perspective dialogique.

1860 Deuxièmement, le principe de *faveur* apparaît comme un critère particulièrement valorisé dans une perspective libérale, puisqu'il permettrait au standard le plus protecteur des libertés, le plus favorable au demandeur individuel de prendre le dessus, soit par convergence, soit par priorité. Séduisant au premier abord, le critère du niveau de protection ne peut en réalité résoudre toutes les questions relatives à la pluralité des protections. Il s'avère d'abord ineffectif lorsqu'il s'agit de concilier différents droits et libertés entre eux. Ensuite, il implique la valorisation de l'intérêt individuel aux dépens de l'intérêt collectif, puisque ce seront les intérêts collectifs les moins exigeants qui seront préférés. L'approche « libérale » est alors gagnante par rapport à l'approche « républicaine »³⁵⁹⁵. On peut en effet constater que l'ordre public³⁵⁹⁶ le moins contraignant quant à la protection de l'ordre social et des intérêts collectifs par la limitation des droits et libertés prendra le dessus. Ceci pose problème dès lors que les intérêts collectifs d'une autonomie normative peuvent être minoritaires et parfois incompris dans le cadre d'analyse d'un standard de protection global par exemple³⁵⁹⁷. De plus, ces intérêts collectifs, qui sont en réalité des valeurs protégées par une société, peuvent bien souvent s'exprimer dans le « langage » des droits fondamentaux (même si formellement l'affaire ne se pose pas en des termes de concurrence des

³⁵⁹⁴ En effet, on pourra alors opposer que si c'est pour systématiquement appliquer des standards locaux plutôt que le standard global, à quoi bon autoriser une application du standard global?

³⁵⁹⁵ L. F. M. BESSELINK, « Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union », *CML Rev.*, vol. 35, 1998, pp. 629-680. « It is based on the view that respective fundamental rights standards of the various legal orders, ought each to be seen as the result of a balancing of societal interests against individual interests; they are delimitations of the sphere of private liberty, and articulations of the powers of public authorities to act in the public interest. This republican view, as I shall call it, is opposed to the liberal view, which sees fundamental rights as the definition of a sphere of liberty for citizens, a bulwark against intrusions by public authorities », p. 642.

³⁵⁹⁶ Sur cette notion voir notamment É. PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 55 et s.

³⁵⁹⁷ Nous avons eu l'occasion d'en donner différents exemples en ce qui concerne le Québec et la protection de la langue française, voir *supra* § 1644.

standards). On est alors confronté à nouveau à un problème de conciliation entre droits et libertés, auquel le principe de faveur ne peut répondre.

1861 Enfin, le troisième principe, celui relatif à la *spécificité* de la protection des droits fondamentaux demanderait de favoriser les standards de garantie les plus précis et originaux. Ce dernier principe permet alors de protéger les particularismes locaux, ceux qui paraissent essentiels aux autonomies normatives, à leur identité propre. C'est en effet la notion d'identité nationale, ou celle d'identité constitutionnelle, qui est avancée dans le cadre de l'Union européenne pour remettre au premier plan les standards nationaux, au nom de la préservation de principes considérés comme consubstantiels aux ordres juridiques. L'identité constitutionnelle sert alors à demander une différenciation par rapport au standard global, il faut donc démontrer une certaine originalité nationale, sans nécessairement que le principe ne soit totalement isolé au sein de l'espace plurijuridique. Mais demander la protection d'une identité, constitutionnelle ou nationale, requiert de convaincre de l'aspect primordial pour l'autonomie normative du standard spécifique. Il faut démontrer qu'il est au cœur de la culture, que c'est un choix sociétal affirmé, une valeur assumée et consolidée dans le temps. Le caractère constitutionnel du standard relevant de l'identité est un commencement de preuve de ces qualités, mais devrait être complété par des preuves détaillées. Elles pourraient être, bien entendu d'ordre juridique, à travers les mises en œuvre législatives et jurisprudentielles, mais aussi éventuellement en faisant appel aux sciences sociales, avec des éléments historiques ou sociologiques. Par exemple, le principe de laïcité français ou l'interdiction des titres nobiliaires en Autriche répondent *a priori* à ces exigences.

1862 Pour être transposable au niveau canadien, les provinces canadiennes devraient sans doute faire un travail normatif sur leur identité propre, pour qu'elles puissent proposer au juge suprême une identité qui se manifeste en termes juridiques. Les principes identitaires provinciaux ne devraient pas être des éléments circonstanciels et fluctuants au grès des majorités politiques, mais devraient faire l'objet d'une recherche sérieuse et approfondie. La formalisation de ces principes à un niveau constitutionnel provincial est ainsi de nature à démontrer l'importance fondamentale d'un principe dans la province et son caractère durable dans le temps³⁵⁹⁸.

³⁵⁹⁸ La formalisation à travers la dénomination de « Charte », des droits, de la langue française ou de laïcité en est une. Mais une formalisation à travers une révision demandant une majorité qualifiée, et non une procédure législative ordinaire, serait encore plus forte.

- 1863 En Europe cette mission est été facilitée par le fait que ce sont des juges qui mettent en exergue cette identité nationale constitutionnelle. Ainsi, ces particularismes sont inévitablement traduits en principes juridiques, et la confiance que se vouent les juges entre eux a certainement facilité la prise au sérieux de leurs positions. Enfin leur indépendance à l'égard du corps politique apporte un gage d'une certaine permanence de ces principes et une garantie que ce que le juge national protège n'est pas le fruit d'une extravagance de la majorité politique du moment.
- 1864 En même temps, il est important que, dans une perspective démocratique, les citoyens ne soient pas dessaisis de ces questions³⁵⁹⁹. L'identité « constitutionnelle » doit en effet faire l'objet d'un certain consensus et doit être débattue publiquement et régulièrement puisque ce sont des choix sociétaux fondateurs. L'exemple du débat sur la laïcité au Québec montre à quel point les principes fondateurs d'une société doivent faire l'objet de discussions politiques et juridiques, dans les forums citoyens, législatifs et juridictionnels, avant de pouvoir éventuellement en faire un argument particulariste dans le contentieux des droits fondamentaux. La protection de la langue française au Québec apparaît ici, plus consensuelle tout comme la protection des grandes traditions juridiques. Les cultures juridiques autochtones aussi devraient en bénéficier pleinement, « sous bénéfice d'inventaire »³⁶⁰⁰. L'adoption de constitutions par certains peuples autochtones ou les traités autochtones sont à cet égard intéressants, car la formalisation des spécificités faciliterait leur réception par les juges suprêmes. Autrement, la preuve de l'existence d'une identité sinon constitutionnelle, constitutive, d'une collectivité autochtone devra s'établir en prenant dûment en compte une source particulière, la coutume, en évitant la dérive culturaliste et passéiste.
- 1865 Si l'identité constitutionnelle peut servir à déclencher une reconfiguration d'un standard, une marge, une priorité, voire une dérogation, elle doit être communément admise, être définie avant tout par les autonomies normatives qui doivent faire un effort de conviction particulièrement solide. Le dialogue est primordial, d'autant plus lorsqu'il s'agira de justifier une dérogation. La doctrine européenne a à cet égard insisté sur la nécessité de recourir à la voie préjudicielle, ne serait-ce que pour détailler les arguments « identitaires », et laisser à la Cour de justice

³⁵⁹⁹ Il faut en effet un « dialogue interne » à l'autonomie normative concernée : sur le cas européen voir en ce sens : M. KUMM et V. FERRERES COMELLA, « The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union », *Int'l. J. Constit. L.*, vol. 3, 2005, pp. 473-492, spéc. p. 490.

³⁶⁰⁰ G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne? », *Ottawa L.R.*, vol. 36, 2004/2005, pp. 207-257, spéc. p. 218 et s.

l'opportunité de concilier les exigences spécifiques avec celles de l'Union³⁶⁰¹, avant de procéder à une dérogation comme ultime recours³⁶⁰².

- 1866 Au Canada, une dérogation jurisprudentielle fondée sur l'identité constitutionnelle des provinces semble audacieuse dans la mesure où aucun texte ne pourrait en constituer le fondement. L'argument identitaire pourrait néanmoins servir au niveau de la marge d'appréciation ou pour empêcher la convergence des standards et comme argument politique de la part des législatures provinciales si elles décident d'utiliser la clause nonobstant. Le mécanisme de l'article 33 de la *Charte canadienne* étant temporaire et l'identité constitutionnelle ancrée dans la durée, son déclenchement à un moment donné serait susceptible ultérieurement d'infléchir la jurisprudence de la Cour suprême du Canada dans une optique dialogique. En ce qui concerne les peuples autochtones du Canada, l'argument dérogatoire identitaire pourrait se fonder sur l'article 25 de la *Charte canadienne*. Les collectivités autochtones pourraient ainsi militer pour des dérogations négociées et limitées avec les juges étatiques, fondées sur l'article 25. Elles pourraient éventuellement menacer de recourir à l'article 33, comme peuvent le faire les provinces, et déroger unilatéralement, pour manifester une éventuelle opposition forte et justifiée. Car, même s'il n'est pas certain qu'elles peuvent se prévaloir de l'article 33, une telle attitude aurait au moins pour mérite d'ouvrir le dialogue et d'affirmer leur identité constitutionnelle.
- 1867 De manière générale, l'expression de cette identité devrait se faire à travers un langage acceptable par les juges suprêmes, et donc axé sur les différentes manières de protéger les droits des personnes et le bien commun. C'est d'ailleurs en couplant l'argument « identitaire » avec d'autres critères que les autonomies normatives englobées auraient plus de succès auprès des juges suprêmes.
- 1868 En effet, pris isolément chacun des critères ne permet pas de répondre aux différents écueils de l'homogénéisation. C'est alors en les combinant entre eux qu'on pourrait avoir la meilleure des justifications pour déclencher une réponse pluraliste de la protection des libertés³⁶⁰³. Ils serviraient comme faisceau d'indices plutôt que comme des déclencheurs automatiques de telle ou telle réponse de la part du juge suprême. Une méthodologie demande une certaine souplesse,

³⁶⁰¹ M. KUMM et V. FERRERES COMELLA, « The primacy clause », préc., p. 492. Voir aussi A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1450.

³⁶⁰² A. VON BOGDANDY et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy », préc., p. 1451.

³⁶⁰³ D'autant plus que les critères de subsidiarité et de spécificité sont liés, le second expliquant souvent le premier.

l'essentiel étant de s'assurer que des arguments pertinents (issus d'un dialogue, d'un échange construit avec différents interlocuteurs de l'espace plurijuridique) peuvent recevoir une réponse respectueuse et ouverte aux conceptions exogènes. C'est également cette souplesse dans leur mise en œuvre qui permettrait de tenir compte des mécanismes plurijuridiques propres au Canada ou à l'Union européenne. Quelques exemples peuvent alors nous aider pour en comprendre la logique.

IV. La méthodologie prétorienne horizontale illustrée

- 1869 La grille d'analyse pour une gestion plurielle de la protection des droits fondamentaux a pour objectif de redonner vie de manière cohérente aux standards locaux. Mais elle peut aussi bien aboutir à une application du standard global, avec une marge réduite, sans s'inspirer du standard local, sauf que la démarche devrait être désormais justifiée, en se fondant sur les processus et les critères.
- 1870 Pour revenir à la célèbre affaire canadienne *Vriend*³⁶⁰⁴, la démarche proposée n'aurait pas nécessairement empêché le constat de violation comme le juge suprême l'a fait³⁶⁰⁵. L'Alberta avait en effet essayé de mettre en avant un particularisme provincial lié à la liberté de religion pour refuser une protection de la non-discrimination selon l'orientation sexuelle. Cette position était difficilement défendable selon les critères proposés. Car la province tentait de manière réfutable de se placer sur les terrains des libertés, et demander une conciliation entre la liberté de religion et le droit à la non-discrimination, sauf que les Albertains n'étaient en aucun cas privés ou limités dans leur droit de croire et d'exercer, de manifester leur croyance par le « *Human rights code* ». Le principe de faveur était ici clairement du côté de la *Charte canadienne* qui garantissait l'égalité selon l'orientation sexuelle, sans qu'une éventuelle conciliation des droits ne puisse l'amoindrir. S'agissant de la protection identitaire de la province, là encore l'argumentaire provincial était fragile. Des valeurs religieuses peuvent sous-tendre une certaine vision des standards des droits fondamentaux. Or, ici l'identité de la province se serait définie par une

³⁶⁰⁴ *Vriend c. Alberta*, préc.

³⁶⁰⁵ En revanche la réparation avec la technique de l'interprétation large demeure critiquable, en ce qu'elle ferme le législateur provincial, qui ne peut répondre qu'avec la clause nonobstant. Il a d'ailleurs décidé de ne pas le faire, ce qui selon James Kelly est une forme de dialogue : J. B. KELLY, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers Intent*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, 323 p., p. 191 et s. Cela étant, la réparation se justifiait par une forme de principe de faveur, la Cour suprême ne voulant pas priver les Albertains du bénéfice de la Charte provinciale en suspendant son application, mais ni la subsidiarité ni la spécificité ne permettait d'étayer cette solution.

hostilité à l'égard d'une minorité, ce qui se soutenait péniblement et ne pouvait être décemment accepté par la Cour suprême. Non pas parce que l'argument se heurterait à un noyau dur de protection de la dignité de la personne, mais davantage parce qu'il peine à s'inscrire dans la logique des droits et libertés. Un argumentaire provincial qui, pour le simplifier, se résumerait à « être contre tel type de personne » ne s'inscrit pas dans le langage même des droits fondamentaux. Il présuppose en effet de s'entendre un minimum sur l'intérêt et la légitimité de la protection et permet dès lors de discuter du contenu du standard (qui porte sur comment garantir l'intégrité, la dignité, l'autonomie des personnes, tout en préservant le bien commun et certains intérêts collectifs). Seul l'argument de la subsidiarité était en faveur de la province³⁶⁰⁶, et il aurait pu militer pour qu'une marge d'appréciation provinciale soit octroyée³⁶⁰⁷, mais il apparaissait isolé et à relativiser par rapport aux deux autres critères militants pour l'application du standard constitutionnel uniforme.

- 1871 Du côté européen, on pourrait aussi argumenter que l'interdiction de discriminer en fonction de l'âge en tant que standard européen (notamment dans l'affaire *Mangold*³⁶⁰⁸) satisfait à la fois au principe de faveur et à celui de la subsidiarité dans la mesure où une harmonisation à travers une norme européenne existe bien, même si son application directe n'était pas possible en l'espèce³⁶⁰⁹.
- 1872 D'autres exemples permettent en revanche de redonner vie aux standards locaux, directement (par une coordination par priorité ou par dérogation) ou indirectement (par une hybridation ou une harmonisation).
- 1873 Parfois, les trois critères semblent pencher pour une revalorisation du standard local, même si ce n'a pas toujours été la solution retenue par les juges, ou la majorité d'entre eux. Ainsi dans

³⁶⁰⁶ Par définition le code ne pouvait s'appliquer que dans le domaine de compétence provinciale, et il a avait avant tout pour objectif de protéger dans le cadre des relations privées.

³⁶⁰⁷ En l'espèce, dans le contexte d'un contrôle constitutionnel portant sur la validité de la norme de protection provinciale, ce n'était pas une question de priorité entre standards. Les processus d'hybridation ou de coordination, sauf à demander une dérogation par rapport au droit constitutionnel, n'étaient pas pertinents.

³⁶⁰⁸ CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec. 2005*, p. I-09981. Voir supra § 1462.

³⁶⁰⁹ Rappelons que précisément dans *Mangold* ce droit fondamental vient « au secours » de l'effectivité de la Directive qui n'était pas invocable en l'espèce. Il existe donc bien une norme européenne précise qui était censée régir la situation du cas d'espèce dans les relations de travail. Il paraît légitime dans la détermination du standard de protection contre la discrimination de l'élargir à l'âge, car lors de l'édiction de la Directive en cause il a été jugé que la discrimination selon l'âge dans les contrats de travail devait être régie par le droit européen plutôt que par le droit national, sans qu'une marge de manœuvre n'ait été donnée aux législateurs nationaux sur cette question de l'âge.

*Chaoulli*³⁶¹⁰, la majorité de la Cour ne s'est pas servie de la *Charte québécoise* pour trancher la question de la conformité de l'interdiction de s'assurer dans le secteur privé avec le droit à la vie et l'intégrité de la personne. Pourtant, il semble que la spécificité semblait davantage pencher pour une utilisation du standard québécois. En effet, l'intégrité physique est protégée explicitement sans référence aux principes de justice fondamentale dans l'instrument québécois³⁶¹¹, de plus il protège également des droits économiques et sociaux dont on pouvait se servir pour trouver un équilibre entre une vision individualiste et une appréhension plus collective de la gestion du système de santé³⁶¹². De même, le principe de faveur (la charge de la preuve étant moins lourde du côté québécois) et la subsidiarité (étant donné que le domaine concernait un choix politique propre au Québec, dans un domaine indubitablement provincial) militaient pour une priorité des standards québécois. Dans cette affaire, le dialogue avait donc plutôt mal fonctionné : la Cour suprême n'a pas été à l'écoute des arguments québécois portés par les juridictions québécoises³⁶¹³, et par le législateur québécois. En examinant les différents critères proposés et en s'astreignant à raisonner selon un standard québécois, les enjeux spécifiquement provinciaux de l'affaire auraient pu être mieux compris et la décision aurait pu être sinon plus déférente à l'égard du législateur québécois, au moins mieux justifiée.

1874 Si l'on revient sur la problématique du droit à la non-discrimination au Canada, on s'aperçoit que les principes de faveur et de subsidiarité pourraient militer pour conserver des standards provinciaux autonomes et sans intrusion du standard issu de la *Charte canadienne*, lorsqu'il s'agit de relations entre personnes privées. On pourrait aussi proposer une hybridation du standard constitutionnel de manière à ce que le domaine des relations privées soit plus favorable au demandeur, comme le sont généralement les standards provinciaux³⁶¹⁴.

1875 Ce sont aussi ces deux critères qui servent de fondement à ce que nous avons pu déceler dans les jurisprudences *Fransson*³⁶¹⁵ et *Melloni*³⁶¹⁶ de la Cour de justice européenne. La mise en œuvre de

³⁶¹⁰ *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791. Voir supra § 1706 et s.

³⁶¹¹ Au contraire, l'article 7 de la *Charte canadienne* n'interdit qu'une atteinte à ces droits qui doit par ailleurs être contraire aux principes de justice fondamentale.

³⁶¹² Même si, nous l'avions expliqué, les droits économiques et sociaux ont une justiciabilité limitée (voir supra § 1636), ils pourraient toutefois servir dans la mise en balance des différents intérêts en jeu au stade de la justification.

³⁶¹³ Dans *Chaoulli* préc., la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec avaient refusé de conclure à la violation de l'intégrité physique.

³⁶¹⁴ Voir supra § 1445 et s.

³⁶¹⁵ CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, *Rec. numérique*.

³⁶¹⁶ CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, *Rec. numérique*.

la clause de non-régression de la *Charte de l'Union* permettrait en effet au standard national de s'appliquer au lieu du standard européen, seulement si la question juridique n'était pas entièrement harmonisée, uniformisée, par le législateur européen et si le standard local accorde bien une protection au-delà du standard européen³⁶¹⁷. Faveur et subsidiarité peuvent aussi servir à identifier un standard de protection européen, à travers les principes généraux de droit notamment, et octroyer une protection supplémentaire (donc favorable à l'individu) notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter un règlement européen (qui permet de satisfaire le critère de subsidiarité)³⁶¹⁸.

- 1876 On peut aussi imaginer s'agissant des peuples autochtones du Canada, que par exemple en cas de nécessité d'exproprier certains individus pour construire une route, une contestation individuelle fondée sur les droits fondamentaux devrait se faire selon le standard de la Charte autochtone si celle-ci protège un droit de propriété (comme celle issue de la Constitution des Inuit du Labrador³⁶¹⁹). En effet, la *Charte canadienne* ne protège pas ce droit (critère du principe de faveur), de plus s'agissant des questions foncières, on peut argumenter que la relation à la terre est propre aux cultures juridiques autochtones, et qu'elle pourrait constituer un élément de leur identité constitutionnelle (critère de la spécificité).
- 1877 La conjonction des principes de faveur et de spécificité ou d'identité constitutionnelle pourrait aussi expliquer avec plus de précision la jurisprudence européenne *Espagne c. Royaume-Uni*³⁶²⁰. Ainsi, le standard du Royaume-Uni portant sur le droit de vote aux élections européennes, en élargissant ses titulaires aux habitants de Gibraltar, était plus favorable que le standard européen³⁶²¹. Le standard était également spécifique et relevait de la préservation de l'identité constitutionnelle nationale. Le Commonwealth pouvait en effet être considéré comme une structure particulière concernant cet État membre, et les droits politiques de ses citoyens pouvaient alors continuer de s'appliquer en vertu du respect de cette originalité chère au Royaume-Uni.

³⁶¹⁷ Voir supra § 1730 et s.

³⁶¹⁸ Voir par exemple l'affaire *AM & S*, préc.

³⁶¹⁹ Voir l'article 2.4.14 « *Security of Private Land Rights* » de la *Charte des Inuits du Labrador*.

³⁶²⁰ CJCE (GC), 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.*, p. I-07917. Voir supra § 1509.

³⁶²¹ La clause de non-régression, l'article 53 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, avait d'ailleurs été soulevée par la Commission dans l'affaire, sans succès.

- 1878 S'agissant de la conjonction des principes de subsidiarité et de spécificité, l'affaire européenne *Sayn*³⁶²² peut illustrer une utilisation aboutissant à l'octroi d'une marge d'appréciation, permettant au final au standard national sur le principe d'égalité, et l'interdiction des titres nobiliaires, de s'appliquer au terme de leur conciliation avec la liberté de circulation européenne. En effet, la Cour de justice a pu reconnaître dans cette affaire que le standard était un élément de l'identité nationale de l'Autriche et le domaine de l'affaire, le statut personnel, relève sans trop de contestation d'un domaine plus national qu'euro péen.
- 1879 Dans ces deux affaires européennes, la reconnaissance et la détermination du contenu des identités constitutionnelles en jeu n'étaient pas source de grandes difficultés. Mais n'oublions pas que s'agissant d'identité constitutionnelle nationale le dialogue avec les États membres est essentiel, dans la mesure où son contenu doit avant tout être défini par les États, à travers l'argumentation des gouvernements en tant que partie au procès, mais aussi grâce aux dispositions explicites de leur constitution nationale ou à travers la voix de leurs juridictions³⁶²³.
- 1880 Du côté canadien, la subsidiarité et la spécificité pourraient être des critères intéressants dans l'optique d'appliquer un standard de liberté de religion propre au Québec, dans le domaine des relations privées notamment, dans la lignée de la dissidence de la jurisprudence *Amselem*³⁶²⁴. La véritable difficulté réside dans la démonstration qu'un standard québécois différencié relèverait d'une spécificité québécoise, voire de son identité constitutive ou constitutionnelle³⁶²⁵. Une plus grande « écoute » des raisonnements des juridictions québécoises dans ces problématiques pourrait pousser la Cour suprême du Canada à saisir la spécificité québécoise en matière de

³⁶²² CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec.* 2010, p. 13693. Voir supra § 1604.

³⁶²³ Ainsi au contraire dans *Melloni* préc., l'État espagnol (son gouvernement ou sa juridiction constitutionnelle) n'a jamais argumenté que la protection du droit d'être jugé à nouveau en cas d'absence à son procès faisait partie du cœur de sa constitution ou revêtait un rôle primordial dans la conception des droits et libertés en Espagne. Il n'y avait donc pas de raison pour que la Cour européenne retienne un critère de spécificité à cet égard.

³⁶²⁴ *Amselem*, préc., voir supra § 1435 et 1648.

³⁶²⁵ Le principe de faveu demanderait ici une application délicate. Il pourrait faire pencher vers un standard national plus favorable au demandeur individuel se prévalant d'une liberté de religion. Toutefois l'argument de protection de l'égalité entre les hommes et les femmes est parfois avancé comme devant être concilié avec la liberté de religion. En effet, lorsque des préceptes religieux promeuvent des pratiques de différenciation dans la manifestation de leur croyance entre les hommes et les femmes, comme le port du voile, plus ou moins intégral, par les femmes musulmanes, on peut être tenté d'opposer liberté de religion et égalité entre homme et femme. Le danger est de faire des femmes musulmanes portant le voile des victimes d'une discrimination alors qu'elles n'entendent pas se prévaloir de ce droit. Voir notamment sur cette question l'étude de la plus haute juridiction administrative française : Conseil d'Etat, 25 mars 2010, Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000146/0000.pdf>.

neutralité religieuse³⁶²⁶. En outre, l'adoption d'une *Charte québécoise* de la laïcité participerait indubitablement de la preuve de cette spécificité, son inclusion dans la *Charte des droits de la personne*, voire dans une Constitution formelle du Québec la consoliderait³⁶²⁷. Si une telle Charte venait à être adoptée, la question pourrait se poser de l'utilisation de la clause nonobstant par le législateur québécois, qui devrait alors sans doute concerner les deux Chartes, canadienne et québécoise, qui comme on le sait, mettent aujourd'hui en œuvre un standard de liberté de religion uniforme. Outre le coût politique que le législateur devrait assumer, recourir à ces clauses laisserait penser que le Québec n'entend pas respecter la liberté de religion, alors qu'il s'agirait d'affirmer qu'il respecte ce droit, mais selon un standard différent de celui du Canada. Dans cette optique, il serait sans doute préférable de ne pas déroger unilatéralement, mais de laisser une chance au dialogue avec la Cour suprême du Canada qui pourrait alors reconnaître un standard différencié au nom de la subsidiarité et de la spécificité.

- 1881 En ce qui concerne les peuples autochtones du Canada, les principes de subsidiarité et de spécificité pourraient par exemple servir à justifier des solutions comme celle de l'affaire *Grismer*³⁶²⁸, dans laquelle la discrimination entre enfants adoptés et naturels n'a pas été retenue. En l'espèce, afin de définir les titulaires des droits relatifs aux membres de la nation Squamish, une marge d'appréciation avait été donnée à la nation Squamish. D'une part la question portait sur une question d'appartenance, par essence plus locale que globale (critère de la subsidiarité), et d'autre part une spécificité considérée comme essentielle à ce peuple autochtone, à savoir l'importance des liens du sang pouvait être démontrée (critère de la spécificité ou de l'identité).
- 1882 On pourrait encore multiplier les exemples afin de démontrer l'utilité et le fonctionnement de la méthodologie dialogique dans la protection des libertés dans un espace plurijuridique. D'autres affaires ou hypothèses pourraient encore être détaillées pour examiner les différentes combinaisons des critères conduisant aux différents processus dialogiques et comment la méthodologie pourrait épouser les caractéristiques spécifiques des plurijuridismes, les « lignes de force » du réseau. Tous les cas de figure n'ont certainement pas été imaginés ou sont même imaginables, et ils ne sont sans doute pas toujours réalisables dans chacun des plurijuridismes,

³⁶²⁶ Voir supra § 1645 et s.

³⁶²⁷ Même si l'adoption du texte était nécessairement récente, il faudrait en outre apporter la preuve, à travers certaines jurisprudences québécoises notamment, que cette perception de la liberté de religion est ancrée depuis bien plus longtemps au Québec.

³⁶²⁸ *Grismer*, préc., voir supra § 1551.

fédéral, autochtone et supranational. Mais l'essentiel était de comprendre que le juge suprême peut disposer d'outils susceptibles de gérer de manière cohérente et plurielle les droits et libertés. Reste à savoir s'il est prêt à s'en emparer explicitement et systématiquement et si les autres acteurs, ceux qui sont également des nœuds du réseau interprétatif des droits et libertés, ou des spectateurs attentifs et prospectifs comme les membres de la doctrine³⁶²⁹, militeront pour leur utilisation.

Conclusion du chapitre

- 1883 L'ordonnancement horizontal des différentes protections des droits et libertés dans un espace plurijuridique s'avère une hypothèse envisageable de manière cohérente tant dans son appréhension conceptuelle que dans sa mise œuvre par le juge suprême, au Canada et dans l'Union européenne.
- 1884 En s'inscrivant dans une approche conceptuelle postmoderne, dans laquelle le phénomène juridique est appréhendé dans sa complexité, si caractéristique aux espaces plurijuridiques, le dialogue en est le principe directeur. L'impératif de collaborer de manière dialogique entre les différents acteurs normatifs du plurijuridisme est en effet au cœur de la logique horizontale. Le dialogue a ainsi pour avantage de concilier les impératifs d'équilibre entre unité et diversité, en donnant toute leur place aux voix éventuellement dissonantes des autonomies normatives, tout en ne sacrifiant pas à la protection des libertés individuelles, objet de cet échange. En demandant de penser l'interprétation des droits et libertés et l'élaboration des standards, dans un espace pluriel et dynamique, la logique horizontale dialogique redéfinit notamment la place du juge suprême de l'espace plurijuridique.
- 1885 Désormais inscrit dans un réseau d'interprétation des droits fondamentaux, le juge suprême voit sa suprématie relativisée tout en restant un acteur essentiel. D'abord parce que les éléments de structure continuent de faire converger auprès de lui une responsabilité dans la protection des libertés, ensuite parce qu'il dispose toujours de moyens d'action lui permettant de peser sur l'élaboration des standards communs ou différenciés. C'est en ce sens que la manière dont le juge suprême appréhende son propre rôle demeure essentielle dans une optique de gestion horizontale des protections des libertés. Certes, il est possible d'imputer à chacun des acteurs du

³⁶²⁹ À moins que l'on puisse considérer que la doctrine est elle-même un nœud de ce réseau, question que nous n'avons pas l'intention de trancher ici.

plurijuridisme une part de responsabilité dans la manière dont fonctionne ce réseau d'interprétation normative, sur la nature des relations entre interprètes, plus ou moins horizontales, égalitaires ou hiérarchiques. Mais, c'est en se focalisant sur les juges que nous avons identifiés comme suprêmes, que la logique horizontale aurait le plus de chance de s'installer, et avec elle le respect tant de la personne humaine que des groupes ou collectivités dans lesquelles elle vit.

1886 C'est pourquoi, au-delà de la redéfinition de leur rôle institutionnel, demandant une collaboration dialogique, il est apparu essentiel de donner aux juges suprêmes des clés plus concrètes permettant de mettre en œuvre cette approche horizontale dans leur jurisprudence. Ils conserveront nécessairement une importante liberté d'appréciation, et contribueront toujours à façonner le réseau, son caractère plus ou moins horizontal, ses lignes de force (par exemple, selon qu'il accepte ou non des cas dérogatoires), chacun de manière différente dans l'Union européenne et au Canada. Sauf que la logique horizontale dialogique lui demande de justifier ses choix, non plus en se fondant sur les éléments de structure, ni sur les éléments formels des droits fondamentaux (qui impliquent une hiérarchie), ni sur l'éventuelle quintessence d'un droit fondamental (qui supposerait un caractère universel), mais en fonction de l'effet du standard de protection sur l'individu et les différents groupes auxquels il appartient. Les processus « horizontaux » lui permettront alors d'évaluer l'impact d'un point de vue pluraliste des standards de protection. En permettant une application progressive de certains standards, ils autorisent des standards différenciés qui pourront éventuellement converger pour peu que cela soit justifié dans une perspective dialogique. Les critères servant à réguler la pluralité des protections sont quant à eux les véritables fondements du raisonnement, en ce qu'ils guident vers un standard commun, éventuellement reconfiguré, ou des standards différenciés. Les principes de subsidiarité, de faveur et de spécificité apportent à la fois une certaine cohérence et prévisibilité dans le raisonnement tout en restant suffisamment souples pour s'adapter aux différents cas et contextes possibles, existant au Canada et dans l'Union européenne. Et c'est en conjuguant les critères que le raisonnement juridictionnel acquiert toute la légitimité nécessaire à une gestion des protections des libertés respectueuse tant de la personne humaine que de l'équilibre entre unité et diversité propre à l'espace plurijuridique.

CONCLUSION DU TITRE II

- 1887 Une interprétation cohérente et pluraliste des différents standards de protection des droits et libertés demanderait ainsi d'introduire une approche certainement plus complexe que la logique verticale. Elle demande en effet une reconfiguration du rôle des protecteurs des libertés, et donc des juges suprêmes, dans un espace à la fois plus horizontal et plus dynamique.
- 1888 La logique horizontale requiert de sortir de la métaphore de la pyramide sans nécessairement demander une stricte horizontalité. L'image du réseau rend alors la mieux compte des rapports complexes qui ne sont ni strictement hiérarchiques, ni exactement sur le même plan. Les espaces plurijuridiques laissant aux différents acteurs des fonctions distinctes et organisant en leur sein des rapports de contraintes essentiels à la cohésion d'ensemble, la protection des libertés ne saurait échapper à ces lignes de force ni strictement verticales, ni strictement horizontales.
- 1889 Cette approche est aussi indissociable de la dimension diachronique que le dialogue implique. La méthodologie dialogique promeut une attitude d'ouverture aux perceptions particulières qui doivent être débattues, négociées. Elle laisse au temps et aux réflexions confluentes le soin de concilier les différentes conceptions des droits et libertés, soit en trouvant un accord sur le contenu des standards, soit un accord sur le fait de ne pas être d'accord (du moins pour le moment).
- 1890 En ce sens, pour Mireille Delmas-Marty, l'approche dynamique « montre comment les droits fondamentaux, appliqués progressivement et approximativement, avec des marges nationales dans l'espace et dans le temps, peuvent contribuer à réduire la tension entre le relatif et l'universel s'ils fonctionnent comme des processus transformateurs. C'est en ce sens qu'il faut comprendre l'expression de "pluralisme ordonné", qui ne désigne pas un ordre pluraliste, mais un ordonnancement inspiré à la fois du relatif et de l'universel »³⁶³⁰.
- 1891 De la même manière, l'approche préconisée n'érige pas nécessairement le pluralisme comme une fin en soi, mais requiert d'être lucide quant aux différences existant au sein du plurijuridisme et de les respecter. C'est en ce sens que la méthodologie dialogique entend donner aux juges suprêmes les moyens de résister à une homogénéisation impérialiste des droits fondamentaux, qui

³⁶³⁰ M. DELMAS-MARTY, « Avant-Propos » dans É. DUBOUT et S. TOUZE, dir., *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 5-10, p. 7.

nierait la raison d'être du plurijuridisme à savoir la coexistence assumée et construite de différentes autonomies normatives, chacune digne d'un égal respect.

- 1892 L'objectif de cette approche est de respecter des droits et libertés de la personne et de préserver un certain équilibre dans leur espace plurijuridique. Le prix à payer pour accomplir ce double dessein est de renoncer à un certain formalisme juridique qui a tendance à faire primer les considérations dogmatiques quant à la souveraineté, ou la suprématie d'une norme, d'un juge, sur celles relatives au contenu du droit. Penser les droits et libertés dans un espace plurijuridique demande en effet de considérer avant tout la teneur des droits fondamentaux, les différences de fond entre les conceptions, les intérêts en jeu, les domaines touchés plutôt que leur manifestation formelle ou se contenter d'un réflexe identitaire de pure forme.
- 1893 Des signes annonciateurs de cette démarche peuvent être décelés de part et d'autre de l'Atlantique, pour des raisons propres à leurs plurijuridismes et dues aux nécessités fonctionnelles communes de concilier l'équilibre plurijuridique et la protection de la personne humaine. Cette tournure pourrait désormais être mieux assumée, justifiée et mise en application dans les décisions de la Cour suprême du Canada et de la Cour européenne de justice.

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

- 1894 Les impératifs du plurijuridisme et ceux liés à la protection de la personne humaine se conjuguent avec difficulté dans les raisonnements de la Cour suprême du Canada et de la Cour de justice européenne, dès qu'elles se prononcent sur le fond. La tentation est grande de raisonner de manière verticale, sans tenir compte du fait que les enjeux liés à l'équilibre plurijuridique sont tout aussi présents dans le contentieux des droits et libertés. Bien souvent, seules les questions liées à la survie ou la légitimité de l'autonomie normative englobante attireront l'attention du juge suprême, celles des autonomies englobées beaucoup moins. Cette gestion descendante de la pluralité des protections tend à n'utiliser qu'un standard commun mettant fin à la diversité, sans réflexion préalable sur l'opportunité de cette mise en commun du point de vue de l'équilibre du plurijuridisme. Cette logique verticale mine donc le plurijuridisme, non seulement parce qu'elle met en danger l'existence d'une diversité normative, qui est sa raison d'être, sans nécessairement prendre la peine de justifier pourquoi une dynamique commune doit être préférée. Le problème réside avant tout dans l'utilisation d'une sorte de « réflexe pyramidal » pour forger les standards communs des protections ayant un effet homogénéisant. Le trait est sans doute forcé, car en réalité les jurisprudences étudiées recèlent bien plus de nuances. Les juges suprêmes sont en effet parfois contraints de s'interroger sur l'équilibre plurijuridique que leurs décisions ayant pour objet de protéger la personne humaine sont susceptibles de modifier. On décèle alors des raisonnements limitant les effets de cette logique verticale et freinant l'homogénéisation, même s'ils sont sporadiques ou non méthodiques.
- 1895 C'est pourquoi une autre logique, qualifiée d'horizontale est envisageable. Elle permet de concilier plurijuridisme et protection des libertés, au prix d'une redéfinition des termes de la suprématie de la Cour suprême du Canada et de la Cour de justice de l'Union européenne.
- 1896 Le spectre du désordre normatif et de l'incohérence que la pluralité peut faire craindre, et qui explique la tentation de l'uniformité, peut alors être évité pour peu que l'on prenne le soin de justifier de manière transparente et cohérente les jalons des raisonnements « horizontaux » et donc de leur donner une certaine prévisibilité (en dépit de la dimension dynamique du dialogue). Il en demeurera toujours une certaine complexité, mais ni un désordre, ni une incertitude.
- 1897 Les droits fondamentaux apparaissaient dès le départ comme des socles fondateurs des différentes autonomies normatives, et donc comme des éléments potentiellement perturbateurs du

plurijuridisme. Ils s'avèrent bien des éléments transformateurs³⁶³¹ du plurijuridisme, leur interprétation impliquant des processus, non plus nécessairement d'homogénéisation systématique, mais des processus d'hybridation, d'harmonisation et de coordination. Ils peuvent ce faisant contribuer à préserver le plurijuridisme. Plus encore, ils apparaissent alors comme des projecteurs du monde juridique de notre temps qui demande de penser à la fois de manière moins formaliste et moins dogmatique, de s'attacher au contenu, tout en érigeant une règle procédurale, le dialogue, au rang de métaprincape. Ce renouvellement de la pensée juridique continue de faire de la personne humaine, et des droits dont elle peut se prévaloir, un préalable incontournable de la légitimité des espaces plurijuridiques pris dans leur globalité ou dans leurs composantes autonomes. Mais cette analyse fait ainsi *in fine* du titulaire des droits fondamentaux un agent de la sauvegarde du plurijuridisme et de sa transfiguration.

³⁶³¹ Voir sur cette question, respectivement les avant-propos, introduction et conclusions générales dans É. DUBOUT et S. TOUZÉ, dir., « Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques », préc; M. DELMAS-MARTY, « Avant-Propos », préc; L. AZOULAI, « Conclusions générales », préc.

CONCLUSION GÉNÉRALE

- 1898 La question de départ était de savoir si plurijuridisme, juge suprême et droits fondamentaux pouvaient coexister pleinement au Canada et dans l'Union européenne. Rien ne s'opposait conceptuellement à ce qu'un organe, le juge suprême, applique des normes, les droits fondamentaux, dans un mode d'organisation de l'édiction normative, le plurijuridisme. Pourtant leurs interactions ne se sont pas avérées des plus simples. Entre le juge suprême et le plurijuridisme, la mission d'arbitrage du juge quant à l'agencement de la diversité et de l'unité juridique, fonctionne en dehors de la protection des droits et libertés (partie 1). D'autre part, entre le juge et les droits fondamentaux, la mission prétorienne de protection des droits fondamentaux tendrait à miner le plurijuridisme en déniait de par sa structure son caractère pluriel (partie 2). Et enfin, entre les droits fondamentaux et le plurijuridisme le maintien des droits fondamentaux dans un espace plurijuridique respectueux de la diversité se fait au prix d'une conception dialogique et donc relative des juridictions étudiées qui perdent alors de leur suprématie (partie 3). La recherche proposée démontre en réalité qu'il existe bien plus de nuances, ce qui permet finalement de dépasser ces trois binômes et de comprendre le fonctionnement du triptyque, plurijuridismes, droits fondamentaux et juges suprêmes.
- 1899 Au terme de cette étude consacrée aux liens entre les droits fondamentaux, les juges suprêmes et l'aménagement de la diversité juridique, la conclusion qui s'impose est davantage que ces trois objets juridiques interfèrent les uns avec les autres, tant au Canada que dans l'Union européenne. Leur rencontre donne en effet lieu à des bouleversements dans l'appréhension de chacun d'entre eux. Et chacun des éléments intervient, même subrepticement, dans les liens tissés entre les deux autres.
- 1900 C'est avant tout la nature du plurijuridisme qui change sous l'influence des juges suprêmes, qui peuvent inculquer des dynamiques d'homogénéisation et plus rarement des mouvements pluralistes. Les interprétations qu'ils donnent des mécanismes juridiques de répartition des pouvoirs normatifs entre les entités globales et locales contribuent ainsi à façonner le plurijuridisme, dans un sens uniformisant ou au contraire vers davantage de diversité. Or la protection des droits et libertés vient contrarier cet équilibre au point de provoquer une nouvelle dynamique d'homogénéisation. L'existence même de la mission de contrôle du respect des droits et libertés par une juridiction suprême prédispose à l'uniformisation d'autant plus lorsqu'elle peut s'appuyer sur un instrument englobant tel que les Chartes canadienne et européenne. Ce penchant structurel pour l'homogénéisation provoqué par les droits fondamentaux se confirme en partie

lorsqu'on analyse la mise en œuvre de leur protection à travers les standards élaborés par les juges suprêmes. Cette tendance n'est pas toutefois inexorable à condition de prendre au sérieux, non plus simplement les droits fondamentaux, mais aussi le respect de la pluralité qui caractérise l'aménagement de la diversité juridique au Canada et en Europe. Réintroduire une dynamique pluraliste, compensatrice en quelque sorte de l'uniformisation structurelle des droits et libertés est possible à condition de concevoir les droits et libertés comme un langage commun susceptible de discussions, de justifications des diverses compréhensions dont ils font l'objet, et de relativiser la place suprême des juridictions européennes et canadiennes étudiées.

1901 Cela étant, une éventuelle dynamique pluraliste lors de l'interprétation substantielle des droits et libertés découle nécessairement des conditions structurelles de cette protection. Autrement dit, c'est parce que certaines préoccupations liées au plurijuridisme interfèrent dans l'attribution de la mission de protection des libertés attribuée aux juges suprêmes qu'il est ensuite possible de trouver un équilibre entre unité et diversité dans la mise en œuvre de la garantie de ces droits. Ce faisant, la deuxième partie de cette thèse démontre aussi que le plurijuridisme est sous-jacent dans la relation entre les juges suprêmes et les droits fondamentaux. Nous avons en effet pu constater une persistance de la pluralité des instruments de protection, mais aussi à quel point les relations de pouvoirs entre les niveaux de gouvernance avaient eu un impact dans l'avènement des instruments englobants (les Chartes canadienne et européenne), ou encore l'existence de clauses dites horizontales qui tendent à anticiper, imparfaitement, les effets des Chartes sur le plurijuridisme.

1902 On comprend dès lors que ces normes particulières que sont les droits fondamentaux s'appréhendent également à l'aune des deux autres objets d'étude. Les liens entre les droits fondamentaux et les juges étaient connus depuis longtemps dans la mesure où leur protection demande l'intervention d'un organe indépendant du pouvoir politique, ce qui bouleverse nécessairement les équilibres relatifs à la séparation « horizontale » des pouvoirs, entre les pouvoirs politiques démocratiques et le pouvoir juridictionnel. L'étude comparée qui vient d'être menée confirme que ce défi inhérent à la garantie prétorienne des droits individuels est toujours d'actualité. La grande latitude des juridictions étudiées lors de la détermination des standards de protection témoigne de l'accroissement du pouvoir juridictionnel au Canada et dans l'Union européenne depuis l'avènement des droits et libertés. Le dialogue avec les acteurs politiques, les législateurs, apparaît alors comme une solution intéressante pour concilier l'impératif de

protection et les exigences de la démocratie représentative. Au-delà, le dialogue a un intérêt supplémentaire dans la perspective du plurijuridisme.

1903 En effet les droits fondamentaux peuvent être repensés dans une perspective pluraliste de manière à ce qu'ils s'adaptent aux impératifs propres à l'organisation particulière des différentes autonomies normatives. Sans renoncer à leur fonction de défense des individus vis-à-vis du pouvoir politique, il est envisageable que les standards des droits de la personne puissent se discuter, se négocier et s'appliquer de manière variable pour peu que cela se justifie par rapport à l'équilibre entre l'autonomie individuelle, celle du groupe local et celle de la collectivité globale. En tant que règles de droit substantielles, les droits fondamentaux affectent l'organisation de l'édiction normative au-delà de la répartition des pouvoirs. Si les droits fondamentaux portent sur ce qu'il est possible de faire et non pas sur qui décide ce qu'il est possible de faire, ils n'en demeurent pas moins des normes perturbatrices des rapports entre les autonomies normatives comme le démontre la deuxième partie de la thèse. La troisième partie tente en outre de concevoir les droits fondamentaux comme des normes spécifiques à propos desquelles il est possible de s'affranchir des considérations formelles pour gérer la pluralité des standards de protection. En proposant de se dégager de la question hiérarchique pour régir la coexistence des standards des droits et libertés à la faveur de critères casuistiques (les principes régulateurs de spécificité, de faveur et de subsidiarité), c'est aussi une vision particulière du plurijuridisme qui est suggérée : une conception en réseau ou « hétérarchique ».

1904 En réalité, l'idée que le plurijuridisme se caractérise aussi par une dimension matérielle, et non pas seulement par des règles habilitant différentes institutions à édicter des normes selon une construction hiérarchique (de ces organes et de leurs normes) émerge dès le commencement. Cette tournure substantielle est bien entendu permise par le concept volontairement large du plurijuridisme et s'observe concrètement dès la première partie. On a pu ainsi noter que la question des cultures juridiques est cruciale dans les plurijuridismes canadien et européen. Elle contribue d'ailleurs aussi à définir le paradigme permettant d'appréhender les rapports de systèmes : il peut par exemple exister un refus dogmatique et culturel à considérer qu'une constitution nationale puisse connaître une norme qui lui soit supérieure. Ces présupposés juridiques d'ordre culturel peuvent d'ailleurs légitimement être pris en considération par le plurijuridisme lui-même. Il peut ainsi prévoir des aménagements par rapport à ces derniers et

reconnaître ou tolérer des protections nationales de l'identité constitutionnelle ou des contre-limites comme en Europe.

- 1905 On peut en outre se demander ici, si véritablement les droits fondamentaux étaient exclus de cette première étape de l'analyse de l'empreinte des juges suprêmes sur les évolutions des plurijuridismes. Il s'agissait avant tout d'une étude préalable incontournable dans la compréhension ultérieure des mécanismes sur lesquels allait se greffer la garantie des droits fondamentaux sur plusieurs niveaux. C'est pourquoi il aurait été impossible de comprendre en quoi la protection des droits et libertés pouvait épouser les contours du plurijuridisme sans en comprendre le fonctionnement intrinsèque (s'agissant par exemple du champ d'application de la *Charte européenne* ou de l'idée de subsidiarité dans la gestion des standards de protection).
- 1906 Mais d'une certaine manière, les droits fondamentaux apparaissent aussi dans cette première étude. Certes, c'est la répartition des pouvoirs qui a surtout été étudiée, c'est-à-dire les règles et leurs interprétations prétoriennes habilitant les différents pouvoirs édictant des normes sur des territoires d'échelle variable. Cependant au-delà de la question de savoir qui édicte *le droit*, celle *des droits* a en réalité une importance capitale dans la construction des plurijuridismes.
- 1907 À cet égard, le cas des peuples autochtones du Canada est sans doute le plus frappant puisque l'octroi de droits constitutionnels à des titulaires collectifs admet par essence une capacité normative dont la délimitation est pour partie une œuvre jurisprudentielle. Dans l'Union européenne, les « libertés fondamentales », caractéristiques de la création d'un espace de circulation, sont aussi des normes de nature très proche des droits fondamentaux. Ces libertés ont toutefois été considérées comme des règles propres au plurijuridisme européen et non comme des droits subjectifs individuels ayant vocation à respecter la personne humaine dotée d'une sphère d'autonomie propre à défendre vis-à-vis du pouvoir politique. Cette distinction entre droits et libertés fondamentales dans l'Union européenne s'explique donc par la fonction distincte des libertés dans ce plurijuridisme. D'ailleurs, le fait qu'elles puissent déclencher l'application des droits fondamentaux européens corrobore leur spécificité : leur but véritable est davantage de construire cet espace commun plutôt que de protéger la personne en tant que telle. S'agissant des peuples autochtones du Canada, leurs droits protégés par la Constitution ne recouvrent pas non plus la même réalité que les droits fondamentaux individuels. Au contraire, leurs divergences de contenu sont plutôt susceptibles de créer un conflit que l'article 25 de la *Charte canadienne* tente

de régler. Cela montre de la même manière que leur fonction est fort distincte, que les droits des peuples autochtones n'ont pas le même objet que ceux de la *Charte*.

- 1908 Dans les deux cas, ces règles matérielles particulières attribuant des droits ou des libertés sont essentielles dans l'organisation de la diversité juridique et du droit commun tant au Canada que dans l'Union européenne. Par conséquent les seules normes habilitantes, répartissant les pouvoirs, ne suffisent pour comprendre le plurijuridisme : les normes substantielles le façonnent aussi. Elles correspondent à la fois à ces droits ou libertés particuliers qu'aux droits fondamentaux « classiques », au service de l'autonomie individuelle. L'impact des droits fondamentaux sur le plurijuridisme observé dans les deux dernières parties confirme dès lors l'importance de ce type de normes dans les organisations juridiques complexes et composites.
- 1909 C'est enfin le rôle du juge suprême qui se trouve façonné par le plurijuridisme et les droits fondamentaux. Cette étude a pu en effet examiner la fonction d'un juge suprême d'un espace plurijuridique, y compris dans la défense des droits fondamentaux. Il a été ainsi possible de démontrer dans la première partie de cette thèse à quel point la Cour suprême du Canada et la Cour de justice européenne de justice exercent une influence déterminante dans la construction de chacun des plurijuridismes en raison de la mission d'interprétation des règles de répartition des pouvoirs entre les niveaux de gouvernance. En vérité au-delà de ce rôle d'arbitre de la répartition des compétences, rôle tout à fait classique au sein des fédérations, ces juridictions ont aussi consolidé certaines autonomies normatives et par là même l'existence même du plurijuridisme. Leur rôle est d'autant plus décisif que l'interprétation des règles substantielles, ces droits ou libertés au service de la construction de certaines autonomies normatives, permet de les limiter et non plus seulement de répartir les pouvoirs. En ce sens, la mission de protection des droits fondamentaux poursuit cette œuvre d'édification du plurijuridisme par la limitation, et donc la délimitation, des différentes autonomies normatives présentes sur l'espace plurijuridique.
- 1910 Ceci étant, dans l'exercice de leur mission de garantie des droits fondamentaux, les juridictions étudiées tendent à ignorer la question du respect d'un certain équilibre entre unité et diversité. Ceci s'explique avant tout par la vocation globalisante des droits fondamentaux qui peuvent être instrumentalisés politiquement. Les Chartes canadiennes et européennes ont pu ce faisant servir à renforcer la légitimité des politiques englobantes. Même s'ils n'entraînent pas une centralisation proprement dite, ces instruments favorisent la politique englobante sur le plan politique, mais aussi

sur le plan juridique si l'on prend en compte l'action uniformisante des juges suprêmes, c'est-à-dire l'imposition de valeurs uniformes lorsqu'ils contrôlent le respect des droits fondamentaux par les organes politiques. Cette uniformisation dépend de différents facteurs structurels qui conditionnent l'accès au juge lui-même. Ainsi, la compétence du juge suprême quant à la protection des droits et libertés découle des instruments de garantie qui définissent leur champ d'application, mais aussi de l'architecture juridictionnelle de l'ensemble plurijuridique qui prévoit les conditions générales d'accès au juge. Ces deux facteurs constituent des lignes de force du plurijuridisme qui influencent ses dynamiques possibles et sont d'ailleurs assez dissemblables entre l'Union européenne et le Canada. Le risque d'un émoussement de la diversité juridique s'avère en effet beaucoup moins fort dans l'Union européenne qu'au Canada. Cela permet de comprendre pourquoi lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les standards de garantie de la personne, les juridictions européenne et canadienne n'accordent pas la même considération à la pluralité. En outre leurs interprétations uniformisantes n'auront pas non plus les mêmes conséquences selon ces lignes de force structurelles. Elles seront encore une fois beaucoup plus dommageables au Canada que dans l'Union européenne.

- 1911 On trouve alors une certaine continuité entre la structure du contentieux des droits et libertés ayant un potentiel uniformisateur et les interprétations concrètes des standards de protection qui sont plutôt appréhendées verticalement, depuis les juridictions suprêmes situées au sommet. Il existe certes des nuances et des limites à cette homogénéisation, puisque les jurisprudences de part et d'autre de l'Atlantique ont évité de recourir à des standards « totalisants » ou anéantissant le fondement même de la diversité juridique. La manière dont les deux juridictions manient les standards de protection et leurs coexistences n'est donc pas dépourvue de certaines considérations pluralistes, de manière certainement plus marquée en Europe.
- 1912 Pourtant, force est de constater qu'elles semblent concevoir leur mission de protection de manière descendante ou hiérarchique. Leur raisonnement tend à se focaliser sur des standards englobants, dont elles entendent maîtriser le contenu tout en faisant peu de cas des standards englobés. C'est pourquoi il a été suggéré d'introduire une logique plus horizontale dans le maniement des standards de protection, logique dont on a pu d'ores et déjà observer les soubassements dans les jurisprudences actuelles de la Cour suprême du Canada ou de la Cour de justice européenne. Cette appréhension non hiérarchique des standards de garantie demande dès lors de repenser la suprématie de ces juridictions. Plutôt que de se situer au sommet d'un espace de protection dans

lequel elles auraient le dernier mot, cet espace de protection pourrait se caractériser par une collaboration quant à la détermination des standards de protection. Elle serait fondée sur le dialogue entre des interlocuteurs participant également à l'élaboration des standards et à l'application de standards différenciés. Puisque ces juridictions « suprêmes » ne sont pas des simples arbitres d'une répartition des pouvoirs, mais dotées d'une capacité normative, même limitée par rapport à celle d'un législateur, elles doivent s'inscrire davantage dans un réseau avec d'autres acteurs, ceux des autonomies englobées, juges ou législateurs.

- 1913 Cette insertion dans un réseau d'interprétation des droits fondamentaux peut exercer une contrainte dans l'exercice de leur fonction de juger et ainsi atténuer la logique d'homogénéisation. Puisque le dialogue sur les droits fondamentaux peut aboutir à une prise en considération plus grande de la diversité par les juridictions concernées. C'est pourquoi il a été proposé que les juges suprêmes recourent à une méthodologie « horizontale » qui, dans le cadre d'un dialogue plus large avec les interlocuteurs du plurijuridisme, permet de donner une place cohérente et justifiée à des standards différenciés et de prendre dûment en considération toutes les autonomies concernées : celle du particulier, de la collectivité englobée et celle de la politique englobante. Les trois principes régulateurs, le principe de faveur, de subsidiarité et de spécificité peuvent dès lors être utilisés par les juridictions suprêmes afin qu'ils les guident dans le choix et l'identification des standards de protection potentiellement pluriels, dans le respect de leur plurijuridisme spécifique. Le renouement des droits fondamentaux avec le plurijuridisme, et la poursuite d'un équilibre entre diversité et unité n'entendent donc pas se passer de la Cour suprême du Canada ou de la Cour de justice européenne. Il demande simplement à réévaluer leur suprématie dès lors qu'il s'agit de déterminer les standards applicables et leur contenu variable d'une autonomie normative à une autre. Ainsi plutôt que d'empêcher la protection des droits fondamentaux par le juge suprême au niveau de la structure et des conditions de recevabilité (ce qui risquerait de réduire l'effectivité des garanties individuelles), il est plutôt préconisé d'introduire une dynamique pluraliste adéquate au niveau de l'interprétation substantielle des droits et libertés. Réciproquement, ce n'est pas parce que le juge est compétent (structurellement), qu'il doit juger de manière uniforme (substantiellement). Il faut pour cela qu'il intègre dans son raisonnement les contraintes plurijuridiques qui lui enjoignent de s'inscrire dans un cadre dialogique et d'utiliser dans l'exercice de sa mission ces critères horizontaux.

- 1914 Ces critères de régulation de la pluralité des standards de protection trouvent leur légitimité dans les raisons d’être de ces espaces plurijuridiques fondés sur le respect de la personne humaine. Ce faisant, le principe de faveur met au centre l’intérêt individuel en préconisant de valoriser le standard le plus à son avantage. Les principes de subsidiarité et de spécificité sont conformes à l’esprit même du plurijuridisme. Car s’il existe différents niveaux de gouvernance, c’est bien parce qu’il a été considéré comme pertinent que certaines échelles régissent certaines questions, argument qui trouve aussi une résonance en matière de droits fondamentaux. D’un autre côté, les entités « locales » (les États membres, les provinces ou les peuples autochtones) des constructions juridiques composites n’entendent pas non plus renoncer à leur identité et à certains choix particuliers qui s’enracinent dans leurs cultures. Justifier l’application d’un standard local différencié par sa spécificité voire son ancrage identitaire est alors parfaitement légitime dans un espace plurijuridique. Si ces principes régulateurs peuvent potentiellement donner lieu à des réponses contradictoires dans la manière de gérer la pluralité des standards de protection, c’est sans doute en les conjuguant, tel un faisceau d’indices, que les solutions horizontales dans l’appréhension de la diversité des standards de protection peuvent se trouver. On ne saurait nier la relative complexité introduite dans le contrôle du respect des droits et libertés individuels, dans la mesure où ce raisonnement viendrait se greffer à l’analyse casuistique classique (l’atteinte et son éventuelle justification, notamment par la proportionnalité). Mais la liberté et le pluralisme le valent bien.
- 1915 L’intérêt des conclusions de cette thèse, tant du volet descriptif que du volet prescriptif est en outre renforcé par une double constatation qui a été faite, au Canada et dans l’Union européenne. Les interactions mises au jour entre le plurijuridisme, les droits fondamentaux et les juges suprêmes ainsi que le mouvement général des dynamiques plurijuridiques en jeu ont pu en effet être observées dans ces deux espaces pourtant au départ forts dissemblables. Les textes fondateurs des plurijuridismes ou ceux garantissant le respect des droits individuels, tout comme les éléments contextuels et culturels, se sont avérés très différents entre l’Union européenne ou le Canada. Pourtant, la comparaison s’est révélée fructueuse pour comprendre l’évolution du rôle des juges suprêmes dans ces espaces juridiques composites entendant protéger la personne humaine. Le mouvement de fond qui affecte leur mission prétorienne et le façonnement du plurijuridisme tout comme l’appréhension des droits fondamentaux se sont vérifiés être communs aux deux espaces étudiés. Car en dépit des différenciations textuelles, contextuelles et parfois

structurelles, les enjeux posés de part et d'autre de l'Atlantique sont au fond les mêmes. C'est ce qui explique aussi qu'il soit possible de proposer une gestion plus horizontale de la protection des droits fondamentaux selon une méthodologie commune à la Cour suprême du Canada et à la Cour de justice européenne. Car si cette proposition méthodologique peut parfois s'appuyer sur certaines clauses précises et doit s'adapter aux textes et contextes propres à chacun des deux espaces, elle a pour objectif de répondre au défi commun du respect de la diversité juridique y compris dans l'interprétation substantielle des droits fondamentaux. Il nous semble par exemple que le bien-fondé des principes régulateurs identifiés pour répondre à la gestion de la pluralité des standards se trouve ainsi renforcé par cette double validité, ce double fondement, qui a pu être démontré au Canada et l'Union européenne.

- 1916 La comparaison qui a été conduite a donc permis de mettre au jour des tendances générales sur la place respective des juges suprêmes, les dynamiques à l'œuvre dans les plurijuridismes et les argumentations relatives aux droits fondamentaux. Sur le plan théorique la comparaison menée, fournit deux exemples concrets d'organisations juridiques complexes (édicteant des normes sur plusieurs échelles, instituant des mécanismes de contrôles et de limites) qui peuvent se concevoir à travers le prisme « pluraliste » d'un réseau et non plus uniquement par le modèle hiérarchique. L'appréhension uniquement pyramidale et formaliste des rapports entre les autonomies normatives nous est apparue insuffisante pour analyser toute la complexité des rapports de systèmes, qui passe notamment par des règles habilitantes et substantielles. Elle nous est aussi apparue insatisfaisante pour maintenir l'esprit même du plurijuridisme. Nous espérons avoir pu démontrer que cette lecture pluraliste pouvait s'effectuer sans que la cohérence et de la prévisibilité nécessaires à toute organisation juridique n'en pâtissent. Finalement, ici le droit comparé n'a pas tellement servi à trouver des invariants, un caractère universel, aux droits fondamentaux eux-mêmes et à leurs standards³⁶³² (bien que rien n'interdise au lecteur de tirer d'éventuelles conclusions quant aux similitudes substantielles entre les standards canadiens et européens). Il a été mobilisé pour trouver les manières de gérer les variations de l'universel et du relatif au sein d'espaces juridiques composites. Au terme de cette étude comparée, ce qui pourrait éventuellement relever de l'universel serait davantage dans la manière de penser les rapports entre le relatif et l'universel.

³⁶³² Voir M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel (Les forces imaginantes du droit I)*, Paris, Seuil, 2004, La couleur des idées, 346 p., p. 35.

1917 Il serait ainsi envisageable de poursuivre cette recherche en se demandant si ces conclusions descriptives et prescriptives pourraient trouver des résonnances dans d'autres espaces plurijuridiques. Il pourrait être intéressant de l'étudier par exemple aux États-Unis, État fédéral qui reconnaît aussi des formes d'autonomies normatives aux peuples autochtones, tout comme d'autres États du continent américain, africain ou du Pacifique. S'agissant du volet descriptif sur les dynamiques en cours on pourrait dès lors se demander si elles sont observables ailleurs que dans l'Union Européenne et le Canada³⁶³³, dans des États fédéraux ou dans d'autres intégrations régionales. Quant aux propositions méthodologiques et aux principes régulateurs, il faudrait étudier si leur maniement pourrait être pertinent dans d'autres espaces plurijuridiques, notamment dans d'autres États fédéraux³⁶³⁴. On pourrait aussi envisager de concevoir les espaces plurijuridiques de manière plus large, et rajouter différentes échelles, ajouter des niveaux de gouvernance et en examiner l'impact précis sur les dynamiques plurijuridiques globales, par exemple prendre en compte des autonomies normatives plus locales (les régions européennes ou les États fédérés des États membres de l'Union européenne) ou à l'inverse mesurer l'influence du droit international sur les espaces plurijuridiques canadiens ou européens. Quoi qu'il en soit, départager ce qui relève du particulier de ce qui relève du commun nécessitera toujours des analyses et réflexions approfondies.

³⁶³³ Pour un élément de réponse, voir le travail de C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral - Étude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Clermont-Ferrand, Paris, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, 819 p.

³⁶³⁴ Par exemple il a été démontré que la Suisse connaissait un principe de faveur : *ibid.*, p. 227 et s. Reste à savoir si les deux autres principes régulateurs pourraient venir le compléter adéquatement.

BIBLIOGRAPHIE

TABLE DES MATIÈRES DE LA BIBLIOGRAPHIE

I. TEXTES INTERNATIONAUX, CONSTITUTIONNELS, LEGISLATIFS, POLITIQUES, DOCUMENTS OFFICIELS ET RAPPORTS.....	812
A. CANADA.....	812
B. EUROPE.....	815
II. JURISPRUDENCES.....	817
A. CANADA.....	817
1. <i>Cour suprême du Canada</i>	817
2. <i>Comité judiciaire du Conseil privé</i>	822
3. <i>Autres juridictions fédérales</i>	823
4. <i>Juridictions de Colombie-Britannique</i>	823
5. <i>Juridictions de l'Ontario</i>	823
6. <i>Juridictions du Québec</i>	824
7. <i>Autres</i>	824
A. EUROPE.....	824
1. <i>Cour de justice des Communautés européennes puis Cour de justice de l'Union européenne</i>	824
2. <i>Tribunal de première instance des Communautés européennes puis Tribunal de l'Union européenne</i>	834
3. <i>Conclusions des Avocats généraux de la Cour de justice</i>	834
4. <i>Cour européenne des droits de l'homme</i>	835
5. <i>Cour constitutionnelle fédérale allemande</i>	835
6. <i>Juridictions françaises</i>	835
7. <i>Autres juridictions des États membres de l'Union européenne</i>	836
III. DOCTRINE	837
A. MANUELS.....	837
1. <i>Manuels de droit français</i>	837
2. <i>Manuels de droit canadien</i>	837
3. <i>Manuels de droit européen</i>	838
B. OUVRAGES SPECIALISES, THESES, MONOGRAPHIES ET NUMEROS SPECIAUX DE PERIODIQUES	839
1. <i>Théorie et comparaison</i>	839
2. <i>Canada</i>	840
3. <i>Europe</i>	843
C. ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET COMMUNICATIONS	846
1. <i>Théorie du droit et comparaison</i>	846
2. <i>Canada</i>	850
3. <i>Europe</i>	866
D. AUTRES SOURCES	892
1. <i>Articles de presse</i>	892
2. <i>Discours</i>	893
IV. SITES INTERNET.....	893

Cette bibliographie n'est pas exhaustive.

Elle ne répertorie que les documents directement mentionnés dans la thèse, et non pas ceux qui ont pu aider à son élaboration.

I. **Textes internationaux, constitutionnels, législatifs, politiques, documents officiels et rapports**

Statut de la Cour internationale de justice.

Déclaration des droits des peuples autochtones adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007 (A.G. Rés. 61/295, Annexe, U.N. Doc. AIRES/61/295).

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. A.G. 217 (III), Doc. Off. AG NU, 3^{ème} session, supp n° 3, Doc. NU A/810 (1948) (10 décembre 1948).

A. Canada

Accord de gouvernance de la Nation des Dakota de Sioux Valley et accord tripartite de gouvernance de 2013.

Accord définitif concernant la Première Nation de Tsawwassen.

Accord définitif de la Première nation de Yale de 2013.

Accord définitif des Premières Nations Maa-nulthes du 1er avril 2011.

Accord définitif des Tla'amins de 2014.

Accord définitif Nisga'a, Nation Nisga'a, Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de la Colombie-Britannique, 27 avril 1999, en ligne : Affaires indiennes et du Nord Canada (entrée en vigueur : 11 mai 2000, Loi sur l'Accord définitif nisga'a, L.C. 2000, c. 7).

Accord entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et la Première nation de Westbank.

Accord sur les revendications territoriales entre les Inuit du Labrador, Sa Majesté la Reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la Reine du chef du Canada, en ligne : Affaires indiennes et du Nord Canada (entrée en vigueur : 1 décembre 2005, Loi sur l'accord sur les revendications territoriales des Inuit du Labrador, L. C. 2005, c. 27.

Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple tâchô et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada.

Acte constitutionnel de 1791.

Acte d'Union de 1840.

Acte de Québec de 1774.

Alberta : Alberta Bill of Rights Act, S.A. 1946, c. 11,

Alberta : Alberta Bill of Rights, R.S.A. 2000, c A-14.

Alberta : Individual Rights Protection Act S.A. 1972, c. 2 (modifié en 1980).

Alberta : *Individual's Rights Protection Act*, R.S.A. 1980, ch. I-2.

British North America Act, 1867, aujourd'hui : *Loi constitutionnelle de 1867*, L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

Canada : Commission royale sur les peuples autochtones, *Partenaires au sein de la Confédération : les peuples autochtones, l'autonomie gouvernementale et la Constitution*, Ottawa, Commission royale sur les peuples autochtones, 1993, 68 p.

Canada : Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Un passé, un avenir*, vol. 1, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p.

Canada : Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Une relation à redéfinir*, vol. 2, Ottawa, Groupe communications Canada, 1996, p.

Canada : Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, *L'autonomie gouvernementale des autochtones : Sommaire*, Ottawa, Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, 1995, 8 p.

Canada : Motion du Parlement fédéral du 27 novembre 2006, Canada. Chambre des communes du Canada (27 novembre 2007) Feuilleton et feuillet des avis, n° 87.

Canada : Projet de loi C-36 élaboré par le ministère de la justice canadien, en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/autre-other/protect/pl.html>

Colombie-Britannique : *Human Rights code of British Columbia S.B.C.* 1973, 2e session, c. 119, modifié en 1996 : RSBC 1996, c 210.

Constitution Act, 1979, R.S.B.C., C. 62.

Constitution Carcross/Tagish.

Constitution de la première Nation Vuntut Gwitchin.

Constitution Ta'an Kwäch'än de 2004 (amendée en 2010).

Constitution Teslin Tlingit de 2009.

Déclaration canadienne des droits, L.C.R. » (1985), app. III.

Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c.1.

Île du Prince Édouard : *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, C. H-12.

Land Planning and Development Act, s. 39 (1) S.S. 198443586. C. 111.

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), c. H-6. (fédéral)

Loi constitutionnelle de 1867, L.R.C. (1985), app. II, n° 5.

Loi constitutionnelle de 1940, 3-4 Georges VI, ch. 36 (R.-U.)

Loi constitutionnelle de 1982, Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.

Loi sur la validité des lois coloniales de 1865, « *Colonial Laws Validity Act* », 28 & 29 Vict. c. 63.

Loi de 1870 sur le Manitoba, 33 Victoria, ch. 3.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c S-26.

Loi sur le Nunavut, L.C. 1993, c. 28

Loi sur le Yukon, C. C. 2002, c.7.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985) c. F7.

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, e. I-5.

Loi sur les mesures de guerre (« *Public Order Temporary Measures Act* »), S.C 1970-71-72, c-2.

Loi sur les Territoires du Nord-Ouest, L.R.C. (1985) c. N-27.

Manitoba : *Human Rights Code of Manitoba* S.M. 1974 c.65, modifié en 2006).

Manitoba : *Code des droits de la personne*, CPLM c H175.

Nouveau-Brunswick : *Loi sur les droits de la personne du Nouveau-Brunswick* 1985, c.30, art.1.

Nouvelle-Écosse : *Human Rights Act*, RSNS 1989, c 214.

Nunavut : *Nunavut*, RSNWT 1988, c F2.

Ontario : *Code des droits de la personne*, 1981, LO 1981, ch. 53.

Ontario : *Code des droits de la personne*, LRO 1990, c H.1.

Proclamation Royale de 1763

Québec : *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

Québec : Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, en ligne : CDPDJ
<http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/documents/bilan_charte.pdf>.

Québec : Commission des Institutions, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec*, Rapport final présenté au Président de l'Assemblée nationale, Québec, 14 juin 1988).

Québec : Projet de loi no 60 « Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement ».

Saskatchewan : *Saskatchewan Human Rights Code*, Chapitre S-24.1 des lois, 1979, amendements : 1980-81, c.41 and 81 ; 1989-90, c.23 ; 1989-90, 1993, c.55 and 61 ; 2000, c.26 ; and 2007, c.39 et 2011 c. 17

Saskatchewan : *The Saskatchewan Bill of Rights Act*, S.S. 1947, c. 35.

Statut de Westminster de 1931 (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4.

Supreme and Exchequer Courts Act, S.C. 1875, c. 11.

Terre-Neuve et du Labrador : *Human Rights Act*, 2010, SNL 2010, c H-13.1.

Terre-Neuve et Labrador : *Human Rights Code*, RSM 1990 cH-14.

Territoires du Nord-Ouest : *Fair-Practice Act* RSNWT 1988, c F-2)

Yukon : *Human Rights Act*, RSY 1986 c11, amendé S Y 1987 c3.

Yukon : *Loi sur les droits de la personne*, LRY 2002, c 116.

B. Europe

Allemagne : *Loi fondamentale allemande*

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO 2007, C 303/1, pour la Charte et C 303/17, pour les explications)

Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe de 1961.

Communication de la Commission sur la « stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne », COM (2010) 573 du 19 octobre 2010.

Décision 2004/752/CE, Euratom du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JO L 333 du 9 novembre 2004, p. 7

Décision-cadre 2002/584/JAI du Conseil, du 13 juin 2002, relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, JO L 190, p. 1, modifiée par la décision-cadre 2009/299/JAI du Conseil, du 26 février 2009, JO L 81, p. 24.

Déclaration conjointe du Parlement, du Conseil et de la Commission, sur les droits de l'homme, JO, 27 avril 1977.

Déclaration de Laeken sur l'avenir de l'Europe, annexée aux conclusions du Conseil européen du 14 et 15 décembre 2001.

Déclaration des libertés et des droits fondamentaux du Parlement européen, (Décl. 12 avr. 1989, JO, 16 mai 1989),

Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, JO L 180 du 19 juillet 2000, p. 22.

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JO L 201 du 31 juillet 2002, p. 37.

Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail

Directive 89/552/CEE du 3 octobre 1989, JO L298 du 17 octobre 1989, p. 23

Directive 93/119/CE sur l'abattage ou la mise à mort des animaux, 22 décembre 1993, JO L 340 du 31 décembre 1993, p. 21.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JO* L 281 du 23 novembre 1995, p. 31,

France : Conseil Constitutionnel, « Commentaire de la décision n° 2008-564 », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, p. 8.

France : Conseil d'État, 25 mars 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/104000146/0000.pdf>.

France : *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789

France : *Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008*, n° 2008-724 modifiant les articles 61-1 et 62 al 2 de la Constitution française. *Loi organique du 10 décembre 2009*, n° 2009-1523.

Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (le TSCG), signé le 2 mars 2012.

Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données, COM (2012) 11/4 du 25 janvier 2012.

Protocole n° 30 sur l'application de la charte à la République de Pologne et au Royaume-Uni, *JO*, 2010, C 83, p. 313.

Règlement « Bruxelles I » CE n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO* L 012 du 16/01/2001 p. 1-23 ;

Règlement CE n° 1035/1097 du Conseil du 2 juin 1997, *JO*, L 151 du 10 juin 1997, p.1,

Règlement CEE n°2137/85 du Conseil du 25 juillet 1985 relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), *JO*, 1985, L. 199/1.

Règlement de procédure de la Cour de justice, *JO* L 265, 29 septembre 2012, p. 1.

Règlement n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007, *JO* L 53 du 22 février 2007, p. 53

Règlement UE n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *JO* L 343 du 29 décembre 2010 p. 10-16.

Règlement UE, EURATOM, n° 741/2012 du Parlement européen et du Conseil du 11 août 2012 modifiant le protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne et son annexe I, *JO* L 228, 23 août 2012, p. 1.

Royaume-Uni : *Human Rights Act*, 1998, Chapter 42.

Traité de Nice, *JO*, 2001, C 80.

Traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, 1951

Traité de Rome (*Traité instituant la Communauté économique européenne*), 1957.

Traité de Lisbonne, *JO*, C 306 du 17.12.2007, p. 1–271.

Traité de Maastricht (Traité sur l'Union européenne), JO, C 191, 29 juillet 1992.

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO C 310, 16 décembre 2004.

Traité EURATOM (Traité instituant la Communauté Européenne de L'Énergie Atomique), version consolidée : JO, C 327 du 26.10.2012, p. 1–107.

Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO n°C 83 du 30 mars 2010.

Reflets (Informations rapides sur les développements juridiques présentant un intérêt communautaire), n° 1/2005, en ligne : curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_9928/fr2005reflets1, p. 12.

II. Jurisprudences

A. *Canada*

1. Cour suprême du Canada

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), 2015 C.S.C. 39.

Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, 2015 C.S.C. 30.

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 C.S.C. 16.

Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général), 2015 C.S.C. 14.

Carter c. Canada (Procureur général), 2015 C.S.C. 5.

Harry Daniels, et al. c. Sa Majesté la Reine représentée par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, et al., 2014-11-20, n°35 945

Renvoi relatif à la réforme du Sénat, [2014] 1 R.C.S. 704.

Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles), 2014 C.S.C. 48.

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, 2014 2 R.C.S. 256.

Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, 2014 C.S.C. 21.

Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, 2013 C.S.C. 11.

Canada (Procureur général) c. Bedford, [2013] 3 R.C.S. 1101.

Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique, [2013] 2 R.C.S. 774.

Québec (Procureur général) c. A, 2013 C.S.C. 5.

R. c. N.S., [2012] 3 R.C.S. 726.

Doré c. Barreau du Québec, [2012] 1 R.C.S. 395.

Moore c. Colombie-Britannique (Éducation), [2012] 3 R.C.S. 360.

S.L. c. Commission scolaire des Chênes, [2012] 1 R.C.S. 235.

Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général), [2011] 3 R.C.S. 535.

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général), [2011] 3 R.C.S. 471.

Withler c. Canada (Procureur général), [2011] 1 R.C.S. 396.

Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society, [2011] 3 R.C.S. 134.

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 C.S.C. 66.

R. c. Conway, [2010] 1 R.C.S. 765.

Globe and Mail c. Canada (Procureur général), [2010] 2 R.C.S. 592.

Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association, [2010] 2 R.C.S. 536.

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée, [2010] 3 R.C.S. 457.

Québec (Procureur général) c. Lacombe, [2010] 2 R.C.S. 453.

Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique, [2009] 2 R.C.S. 295.

R. c. Kapp, [2008] 2 R.C.S. 483.

WIC Radio Ltd. c. Simpson, [2008] 2 R.C.S. 420.

Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp., [2007] 2 R.C.S. 610

Bruker c. Marcovitz, [2007] 3 R.C.S. 607.

Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007] 2 R.C.S. 3.

R. c. Morris, [2006] 2 R.C.S. 915.

R. c. Sappier, [2006] 2 R.C.S. 686.

Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys, [2006] 1 R.C.S. 256.

Chaoulli c. Québec, [2005] 1 R.C.S. 791.

Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669.

Mikisew Cree First Nation c. Canada (Ministre de l'Héritage canadien), [2005] 3 R.C.S. 388.

R. c. Marshall ; R. c. Bernard, [2005] 2 R.C.S. 220.

Mangat et Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan, [2005] 1 R.C.S. 188.

Canada (Chambre des communes) c. Vaid, [2005] 1 R.C.S. 667, 2005 CSC 30.

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650.

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551.

Nation Haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts), [2004] 3 R.C.S. 511.

Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone, [2003] 1 R.C.S. 884.

Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission), [2003] 2 R.C.S. 585.

R. c. Malmö-Levine ; R. c. Caine, [2003] R.C.S. 3 571.

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin, [2003] 2 R.C.S. 504.

R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207.

Authorson c. Canada (Procureur général), [2003] 2 R.C.S. 40.

Sauvé c. Canada (Directeur général des élections), [2002] 3 R.C.S. 519.

Gosselin c. Québec (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429.

R. c. Hall, [2002] 3 R.C.S. 309, 2002 CSC 64.

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd., [2002] 1 R.C.S. 156.

Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture), [2002] 2 R.C.S. 146.

Dunmore c. Ontario (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 1016.

Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch), [2001] 2 R.C.S. 781.

Mitchell c. MRN, [2001] 1 R.C.S. 911.

Therrien (Re), [2001] 2 R.C.S. 3.

Lovelace c. Ontario, [2000] 1 R.C.S. 950.

R. c. Advance Cutting & Coring Ltd., [2001] 3 R.C.S. 209.

Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.), [2000] 1 R.C.S. 783.

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal, [2000] 1 R.C.S. 665.

Blencoe c. C.-B. (Human Rights Commission), [2000] 2 R.C.S. 307.

R. c. Gladue, [1999] 1 R.C.S. 688.

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668.

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 533.

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456.

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU (Meiorin), [1999] 3 R.C.S. 3.

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.

Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson, [1998] 3 R.C.S. 157.

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

Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. DFG [1997] 3 R.C.S. 925.

Godbout c. Longueuil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844.
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624.
Hydro-Québec, [1997] 3 S.C.R. 213.
Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale (Î.-P.-É.), [1997] 3 R.C.S. 3.
R. c. Pamajewon, [1996] 2 R.C.S. 821.
R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771.
R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723.
Adler c. Ontario, [1996] 3 R.C.S. 609.
R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507.
R. c. Adams, [1996] 3 R.C.S. 101.
Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130.
R. c. O'Connor, [1995] 4 R.C.S. 411.
Dagenais c. Société Radio-Canada, [1994] 3 R.C.S. 835.
Association des femmes autochtones du Canada c. Canada, [1994] 3 R.C.S. 627.
Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin [1994] 2 R.C.S. 525.
Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash ; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Sélection Milton, [1994] 2 R.C.S. 406.
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319.
Haig c. Canada ; Haig c. Canada (Directeur général des élections), [1993] 2 R.C.S. 995.
Hunt c. T & N plc, [1993] 4 R.C.S. 289.
Monk Corp. C. Island Fertilizers Ltd., [1991] 1 R.C.S. 779.
Loi canadienne : Canada (Commission des droits de la personne) c. Sun Life du Canada, cie d'assurance-vie, [1991] 3 R.C.S. 689.
Ontario (Commission des droits de la personne) c. Bureau national d'examen dentaire du Canada, [1991] 3 R.C.S. 121.
R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075.
R. c. Sioui [1990] 1 R.C.S. 1025.
Douglas Kwantlen faculty association c. Douglas College, [1990] 3 R.C.S. 570.
Stoffman c. Vancouver General Hospital, [1990] 3 R.C.S. 483.
Mahe c. Alberta, [1990] 1 R.C.S. 342.
R. c. s. (S.), [1990] 2 R.C.S. 254.
Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530.
Roberts c Canada, [1989], R.C.S. 322.

Mckinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229.
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd., [1989] 1 R.C.S. 206.
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 64.
Black c. Law society of Alberta, [1989] 1 R.C.S. 59.
R. c. Francis, [1988] 1 R.C.S. 1025.
Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail), [1988] 1 R.C.S. 749.
Ford c. Québec (procureur général), [1988] 2 R.C.S. 712.
R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd., [1988] 1 R.C.S. 401.
B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur Général), [1988] 2 R.C.S. 214.
Renvoi relatif au projet de Loi 30, An Act to Amend the Education Act (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148.
R. c. Rahey, [1987] 1 R.C.S. 588.
ITO—International Terminal Operator c. Miida Electronics, [1986] 1 R.C.S. 752.
R. c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713.
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573.
Ontario (Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears), [1985] 2 S.C.R. 536
La Reine c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284.
Simon c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 387.
Jack and Charlie c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 332.
Dick c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 309.
R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295.
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177.
Winnipeg School Division c. Craton, [1985] 2 R.C.S. 150.
Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 S.C.R. 357.
Guerin c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 335.
McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick et autre, [1983] 1 R.C.S. 704.
Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793.
Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink, [1982] 2 R.C.S. 145.
Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.
Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714.
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique, [1980] 1 R.C.S. 1031.

Fuller [1980] 1 R.C.S. 695.

Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre haute, [1980] 1 R.C.S. 54.

Nova Scotia Board of Censors c. McNeil, [1978] 2 R.C.S. 662.

Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal, [1978] 2 R.C.S. 770.

Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée, [1977] 2 R.C.S. 1054

McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine, [1977] 2 R.C.S. 654.

Renvoi : Loi anti-inflation, [1976] 2 R.C.S. 373.

P.G. Canada c. Canard, [1976] 1 R.C.S. 170.

Hogan c. R., [1975] 2 R.C.S. 574.

Procureur général du Canada c. Lavell, [1974] R.C.S. 1349.

Cardinal c. P.G. Alberta, [1974] R.C.S. 695.

Calder et al. c. Attorney-General of British Columbia, [1973] R.C.S. 313.

La Reine c. Drybones, [1970] R.C.S. 282.

Walter v. A.-G Alberta [1969] S.C.R. 383.

O'Grady c. Sparling, [1960] R.C.S. 804.

Switzman c. Elbling, [1957] R.C.S. 285.

Roncarelli c. Duplessis, [1959] S.C.R. 121.

Saumur v. City of Quebec, [1953] 2 S.C.R. 299.

Reference re Alberta Statutes, [1938] R.C.S. 100.

Le Roi c. Quong-Wing, [1913-1914], 49 S.C.R. 440.

Valin c. Langlois (1879), 3 R.C.S. 1, 5 App. Cas. 115.

2. Comité judiciaire du Conseil privé

Oyekan c. Adele, [1957] 2 All England Law Reports 785.

Canadian Fédération of agriculture c. Procureur général du Québec. [1951] A.C. 179

Attorney General for Alberta c. Attorney General for Canada, [1947] A.C. 503.

Co-Operative Comittee On Japanese Canadians v. Attorney-General [1947] A.C. 87.

Co-operative Committee on Japanese Canadians v. Canada (Attorney General) [1946] J.C.J. N° 1.

Procureur général de l'Ontario c. Canada Temperance Federation [1946] A.C. 193

Procureur général de Colombie-Britannique c. Procureur général du Canada/Renvoi sur la Loi sur l'organisation du marché des produits naturels, [1937] A.C. 377.

Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (affaire de l'assurance chômage), [1937] A.C. 355.

Procureur général du Canada c. Procureur général de l'Ontario (Affaire des conventions de travail) [1937] A.C. 326.

Toronto Electric Commissionners c. Snider [1925] A.C. 396.

Cunningham c. Homma [1903] A.C. 151.

A.-G. Canada c. A.-G. Ontario, [1898] A.C. 247.

Liquidators of the Maritime Bank of Canada c. Receiver-General of New Brunswick, [1892] A.C. 437.

Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden Union Colliery [1889] A.C. 580.

St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. La Reine (1888), 14 A.C. 46.

Hodge c. La Reine. [1883-1884] 9 AC. 117.

Citizens Insurance Co. c. Parsons, (1881) 7 A.C. 96.

3. Autres juridictions fédérales

Taypotat c. Taypotat, [2013] CAF 192.

Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien), 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268.

Joseph c. Première nation Dzawada'enuxw (Tsawataineuk), 2013 CF 974.

Cockerill c. Première nation No 468 de Fort McMurray, 2010 CF 337.

Charlie c. Vuntut Gwitchin Development Corp., [2002] 4 CF D-22; 2002 CFPI 344.

4. Juridictions de Colombie-Britannique

Sga'nism Sim'augit (Chief Mountain) v. Canada (Attorney General), 2013 BCCA 49.

British Columbia (Ministry of Education) v. Moore 2010 BCCA 478, 12 BCLR (5th) 246.

Jaime Grismer c. Première Nation de Squamish, [2007] 1 C.N.L.R. 146.

Campbell et al v. AG BC/AG Cda & Nisga'a Nation et al, [2000] BCSC 1123.

R. c. Campbell, [1996] M.J. no 603.

Casimel v. Insurance Corporation of British Columbia, [1994] 2 C.N.L.R. 22.

Thomas v. Norris, [1992] 2 C.N.L.R. 139.

5. Juridictions de l'Ontario

Ontario (Disability Support Program) v. Tranchemontagne, [2010] ONCA 593.

Cour supérieure de justice de l'Ontario, *R. v. Winter*, 2008 CanLII 66155 (ON SC), 2008-11-27.

Mississaugas of Scugog Island First Nation v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada, [2007] ONCA 814, 231 O.A.C. 113

Re Blainey and Ontario Hockey Association (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513

6. Juridictions du Québec

Québec (Procureur général) c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2013 QCCA 141

Labelle c. Agent de développement des réseaux locaux de service de santé et de services sociaux – région de Montréal, [2011] J.Q. no 1453 (2011 QCCA 334),

Association des pompiers de Laval c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011 QCCA 2041, [2011] R.J.D.T. 1025.

Commission scolaire des Phares c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse), [2006] R.J.Q. 378, 391 (C.A.).

Michaud c. Bissonnette, [2006] R.J.Q. 1552, 2006 QCCA 775.

Amselem c. Syndicat Northcrest. [2002] R.J.Q. 906 (C.A.)

Ménard c. Rivet [1997] R.J.Q. 2108 (C.A.).

Canada (Attorney General) c. Coon Come, [1991] R.J.Q. 922 ; [1991] 3 CNLR 40, 59.

Lévesques c. Québec (Procureur général) [1988] R.J.Q. 223 (C.A.)

Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec, [1986] R.J.Q. 2441, (C.A.)

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution [1981] 120 D.L.R. 385 (C.A.)

Connolly c. Woolrich, [1867] 17 R.J.R.Q. 75.

7. Autres

Cour du Banc de La Reine de la Saskatchewan : *R. T., Re*, 2004 SKQB 112 (CanLII)

A. *Europe*

1. Cour de justice des Communautés européennes puis Cour de justice de l'Union européenne

CJUE, 16 juin 2015, *Peter Gauweiler et autres c. Deutscher Bundestag*, aff. C-62/14, non encore publié.

CJUE, 29 avril 2015, *Geoffrey Léger c. Ministre des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes et Etablissement français du sang*, aff. C-528/13, non encore publié.

CJUE (Ass. plénière), 18 décembre 2014, *Avis relatif à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme n° 2/13*, non encore publié.

CJUE (G.C.) 26 novembre 2014, aff. C-103/12 et C-165/12, *Parlement et Commission c. Conseil*, non encore publié.

CJUE, 11 septembre 2014, *A. c. B e. a.*, aff. C-112/13, non encore publié.

CJUE (G.C.), 17 juillet 2014, *Angelo Alberto Torresi*, aff. jtes C-58/13 et C-59/13, *non encore publié*.

CJUE, 10 juillet 2014, *Julián Hernández*, aff. C-198/13, *non encore publié*.

CJUE (G.C.), 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. contre Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, Aff. C-131/12, *non encore publié*.

CJUE (G.C.), 6 mai 2014, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-43/12, *non encore publié*.

CJUE, 30 avril 2014, *Robert Pflieger, Autoart as, Mladen Vucicevic, Maroxx Software GmbH, Hans-Jörg Zehetner*, aff. C-390/12, *non encore publié*.

CJUE (G.C.), 8 avril 2014, *Digital Rights Ireland*, Aff. C-293/12, *non encore publié*.

CJUE, 27 mars 2014, *Emiliano Torralbo Marcos contre Korota SA, Fondo de Garantía Salarial*, aff. C-265/13, *non encore publié*.

CJUE, 6 mars 2014, *Cruciano Siragusa contre Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*,, aff. C-206/13, *non encore publié*.

CJUE (G.C.), 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT et autres*, aff. C-176/12, *Rec. numérique*.

CJUE, 19 décembre 2013, *Telefonica s.a. c. Commission*, aff. C-274/12 P, *Rec. numérique*.

CJUE, 10 octobre 2013, *Adzo Domenyo Alokpa et autres contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-86/12, *Rec. numérique*.

CJUE (G.C.), 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami et autres contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, aff. C-583/11 P, *Rec. numérique*.

CJUE, 27 juin 2013, *ET Agroconsulting-04-Velko Stoyanov contre Izpalnitelen direktor na Darzhaven fond «Zemedelie» — Razplashtatelna agentsia*, aff. C-93/12, *Rec. numérique*.

CJUE, 30 mai 2013, *Jeremy F. contre Premier ministre*, C-168/13 PPU, *Rec. numérique*.

CJUE (G.C.), 16 avril 2013, *Anton Las contre PSA Antwerp NV*, aff. C-202/11, *Rec. numérique*.

CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, *Rec. numérique*.

CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Åklagaren contre Hans Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, *Rec. numérique*.

CJUE, 6 décembre 2012, *O. et S.*, aff. jtes C-356/11 et C-357/11, *Rec. numérique*.

CJUE, 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland*, aff. C-370/12, *Rec. numérique*.

CJUE, 27 novembre 2012, *République italienne c. Commission*, aff. C-566/10, *Rec. numérique*.

CJUE, 8 novembre 2012, *Yoshikazu Iida contre Stadt Ulm*, aff. C-40/11, *Rec. numérique*.

CJUE (G.C.), 16 octobre 2012, *Commission européenne contre République d'Autriche*, aff. C-614/10, *Rec. numérique*.

CJUE, 7 juin 2012, *Anton Vinkov contre Nachalnik Administrativno-nakazatelna deynost*, aff. C-27/11, *Rec. numérique*.

CJUE, 24 avril 2012, *Servet Kamberaj contre Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES) et autres*, aff. C-571/10, *Rec. numérique*.

CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10, *Rec. numérique*.

CJUE, 21 décembre 2011, *Teresa Cicala contre Regione Siciliana*, aff. C-482/10, *Rec. 2011*, p. I-14139.

CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. contre Secretary of State for the Home Department et M. E. et autres contre Refugee Applications Commissioner et Minister for Justice, Equality and Law Reform*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *Rec. 2011*, p. I-13905.

CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, aff. C-70/10, *Rec. 2011*, p. I-11959.

CJUE, 24 novembre 2011, *Commission européenne contre Italie*, aff. 379/10, *Rec. 2011*, p. I-180.

CJUE, 15 novembre 2011, *Murat Dereci et autres contre Bundesministerium für Inneres*, aff. C-256/11, *Rec. 2011*, p. I-11315.

CJUE, 18 octobre 2011, *Oliver Brüstle contre Greenpeace eV*, aff. C-34/10, *Rec. 2011*, p. I-09821.

CJUE, 6 septembre 2011, *Ivana Scattolon contre Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, aff. C-108/10, *Rec. 2011*, p. I-11315.

CJUE, 8 septembre 2011, *Sabine Hennigs contre Eisenbahn-Bundesamt et Land Berlin contre Alexander Mai*, aff. jtes C-297/10 et C-298/10, *Rec. 2011*, p. I-07965.

CJUE, 28 juillet 2011, *Brahim Samba Diouf contre Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, aff. C-69/10, *Rec. 2011*, p. I-07151.

CJUE, 24 mai 2011, *Commission européenne contre Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-51/08, *Rec. 2011*, p. I-04231.

CJUE, 12 mai 2011, *Malgożata Runevič-Vardyn et Łukasz Paweł Wardyn contre Vilniaus miesto savivaldybės administracija et autres.*, aff. C-391/09, *Rec. 2011*, p. I-03787.

CJUE, 10 mai 2011, *Jürgen Römer contre Freie und Hansestadt Hamburg*, aff. C-147/08, *Rec. 2011*, p. I-03591.

CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy contre Secretary of State for the Home Department.*, aff. C-434/09, *Rec. 2011*, p. I-03375.

CJUE, 28 avril 2011, *Hassen El Dridi, alias Soufi Karim*, aff. C-61/11 PPU, *Rec. 2011*, p. I-3015.

CJUE (ass. plénière), 8 mars 2011, *Avis relatif au projet de création d'une juridiction des brevets*, n° 1/09, *Rec. 2011*, p. I-01137.

CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano contre Office national de l'emploi (ONEm)*, aff. C-34/09, *Rec. 2011*, p. I-01177.

CJUE, 1er mars 2011, *Claude Chartry contre État belge*, aff. C-457/09, *Rec. 2011*, p. I-00819.

CJUE, 1er mars 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL et autres c. Conseil des ministres*, aff. C-236/09, *Rec. 2011*, p. I-00773.

CJUE, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH c. Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-279/09, *Rec. 2010*, p. I-13849.

CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec. 2010*, p. 13693.

CJUE, 16 décembre 2010, *Commission c. France*, aff. C-89/09, *Rec., 2010*, p. I-12941.

CJCE, 23 novembre 2010, *Land Baden-Württemberg c. Panagiotis Tsakouridis*, aff. C-145/09, *Rec. 2010*, p. I-11979.

CJUE, 12 novembre 2010, *Krasimir Asparuhov Estov et autres c. Ministerski savet na Republika Bulgaria*, aff. C-339/10, *Rec. 2010*, p. I-11465.

CJCE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke GbR et Hartmut Eifert c. Land Hessen*, aff. jtes C-92/09 et C-93/09, *Rec. 2010*, p. I-11063.

CJUE, 5 octobre 2010, *J. McB. c. L. E.*, aff. C-400/10, *Rec. 2010*, p. I-08965.

CJUE (G.C.), 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals Ltd et Akcros Chemicals Ltd c. Commission européenne*, aff. C-550/07, *Rec. 2010*, p. I-08301.

CJUE, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH c. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim*, aff. C-409/06, *Rec. 2010*, p. I-08015.

CJUE, 15 juillet 2010, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-271-08, *Rec. 2010*, p. I-07091.

CJUE (G.C.), 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10., *Rec. 2010*, p. I-05667.

CJUE, 8 juin 2010, *Vodafone e. a.*, aff. C-58/08, *Rec. 2010*, p. I-4999.

CJUE, 13 avril 2010, *Bressol E.A.*, aff. C-73/08, *Rec. 2010*, p. I-02735.

CJUE (G.C.), 9 mars 2010, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-518/07, *Rec. 2010*, p. I-01885.

CJCE (G.C.), 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07, *Rec. 2010*, p. I-00365.

CJCE, 2 avril 2009, *Procédure pénale contre Frede Damgaard*, aff. C-421/07, *Rec. 2009*, p. I-02629.

CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki AE contre Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias*, aff. C-213/07, *Rec. 2008*, p. I-09999.

CJCE, 14 octobre 2008, aff. C-353/06, *Grunkin et Paul*, *Rec.*, p. I-7639.

CJCE, 9 septembre 2008, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) et al*, aff. jtes C-120/06 P et C 121/06 P, *Rec. 2008*, p. I-06513.

CJCE (GC), 3 septembre 2008, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation contre Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P., *Rec. 2008*, p. I-06351.

CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, *Rec.*, p. I-2483

CJCE, 1er avril 2008, *Tadao Maruko contre Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, aff. C 267/06, *Rec.* 2008, p. I-01757.

CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH contre Avides Media AG*, aff. C-244/06, *Rec.* 2008, p. I-00505.

CJCE, 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, *Rec.* 2008, p. 41.

CJCE, 31 janvier 2008, *Centro Europa 7 Srl contre Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le garanzie nelle comunicazioni et Direzione generale per le concessioni e le autorizzazioni del Ministero delle Comunicazioni.*, aff. C-380/05, *Rec.* 2008, p. I-00349.

CJCE, 29 janvier 2008, *Productores de Música de España (Promusicae) contre Telefónica de España SAU*, aff. C-275/06, *Rec.*, p. I-279.

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, *Rec.* 2007, p. I-11767.

CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers » Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, *Rec.* 2007, p. I-10779.

CJCE, 15 novembre 2007, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne*, aff. C-319/05, *Rec.* 2007, p. I-09811.

CJCE, 23 octobre 2007, *Commission c. Conseil*, aff. C-440/05, *Rec.* 2007, p. I-9097.

CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-318/05, *Rec.*, p. I 6957.

CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, *Rec.* p. I-6199.

CJCE, 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone et autres*, aff. C-305/05, *Rec.* 2007, p. I-5305.

CJCE, 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW contre Leden van de Ministerraad*, aff. C-303/05, *Rec.*, p. I-3633.

CJCE (G.C.), 13 mars 2007, *Unibet (London) Ltd et Unibet (International) Ltd Contre Justitiekanslern*, aff. C-432/05, *Rec.*, p. I-2271.

CJCE (G.C.), 27 février 2007, *Gestoras pro Amnistia*, aff. C-354/04 P, *Rec.*, p. I-1579.

CJCE, 9 novembre 2006, *Pirkko Marjatta Turpeinen*, aff. C-520/04, *Rec.* 2006, I, p. 10685.

CJCE, 5 octobre 2006, *Commission contre France*, aff. C-232/05, *Rec.* 2006, p. 10071.

CJCE (GC), 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne contre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.*, p. I-07917.

CJCE, 7 septembre 2006, *Anacleto Cordero Alonso contre Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)*, aff. C-81/05, *Rec.* 2006, p. I-07569.

CJCE (GC), 12 septembre 2006, *R.J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. et autres contre Commission des Communautés européennes*, aff. C-131/03 P, *Rec.* 2006, p. I-07795.

CJCE, 27 juin 2006, *Parlement européen contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-540/03, *Rec.* 2006, p. I-05769.

CJCE, 13 juin 2006, *Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica italiana*, aff. C-173/03, *Rec.*, p. I- 5177.

CJCE, 7 février 2006, *avis* n° 1/03, *Rec.* 2006, p. I-1145.

CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec.* 2005, p. I-09981.

CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.*, p. 7908.

CJCE, 12 juillet 2005, *Alliance for Natural Health e.a.*, aff. jtes. C-154/04 et C-155/04, *Rec.*, p. I-6451.

CJCE (G.C.), 16 juin 2005, *Pupino*, aff. C-105/03, *Rec.*, p. I- 5285.

CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-266/03, *Rec.* 2005, p. I-4805.

CJCE (G.C.), 3 mai 2005, *Procédures pénales contre Silvio Berlusconi*, aff. jtes C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Rec.* 2005, p. I-03565.

CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, *Rec.*, p. I-9925.

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre berbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, aff. C-36/02, *Rec.* 2004, p. I-09609.

CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, *Rec.* 2004, p. 7573.

CJCE, 1er avril 2004, *Commission des Communautés européennes contre Jégo-Quééré & Cie SA*, aff. C-263/02 P, *Rec.* 2004, p. I-03425.

CJCE, 25 mars 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH contre Troostwijk GmbH*, aff. C-71/02, *Rec.* 2004, p. I-03025.

CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, *Rec.* 2004, p. 2703.

CJCE, 7 janvier 2004, *K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health*, aff. C-117/01, *Rec.* 2004, p. I - 541.

CJCE, 7 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV contre Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-440/00, *Rec.*, p. I-787.

CJCE, 9 décembre 2003, *Commission contre Italie*, aff. C-129/00, *Rec.*, p. I-14637.

CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Bodil Lindqvist*, aff. C-101/01, *Rec.* 2003, p. I-12971.

CJCE, 6 novembre 2003, *Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres*, aff. C 243/01, *Rec.* 2003, p. I 13031.

CJCE, 2 octobre 2003, *Carlos Garcia Avello contre État belge*, aff. C-148/02, *Rec.*, p. I-11613.

CJCE, 30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*, aff. C-224/01, *Rec.*, p. I-10239.

CJCE, 23 septembre 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, aff. C-192/01, *Rec.* 2003, p. I-09693.

CJCE, 10 juillet 2003, *Booker Aquacultur Ltd et Hydro Seafood GSP Ltd contre The Scottish Ministers.*, aff. jtes C-20/00 et C-64/00, *Rec.* 2003, p. I-07411.

CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec.* 2003, p. I-05659.

CJCE, 20 mai 2003, *Rechnungshof contre Österreichischer Rundfunk et autres*, aff. C-465/00, *Rec.* 2003, p. I-04989

CJCE, 10 avril 2003, *Joachim Steffensen*, aff. C-276/01, *Rec.* 2003, p. I-03735.

CJCE, 11 mars 2003, *Dory c. Rép. Fédérale d'Allemagne*, aff. C-186/01, *Rec.* 2003, p. I-02479.

CJCE, 10 décembre 2002, *British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco*, aff. C-491/01, *Rec.*, p. I-11453.

CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec.*, p. I. 7699.

CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores contre Conseil de l'Union européenne*, aff. C-50/00, *Rec.* 2002, p. I-06677.

CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, aff. C-60/00, *Rec.* 2002, p. I-06279.

CJCE, 20 septembre 2001, *Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.* 2001, p. 6193.

CJCE, 26 juin 2001, *Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, aff. C-173/99, *Rec.* 2001, p. I-04881.

CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, aff. C-376/98, *Rec.* 2000, p. I-8419.

CJCE, 4 juillet 2000, *Commission c. Grèce*, aff. C-387/97, *Rec.*, p.I-5902.

CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, *Rec.* p. I-4941.

CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, *Rec.* p. I-4139.

CJCE, 13 avril 2000, *Kjell Karlsson e. a.*, aff. C-292/97, *Rec.* 2000, p. I-02737.

CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98, *Rec.* 2000, p. I-00069.

CJCE, 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdar contre The Army Board et Secretary of State for Defence.*, aff. C-273/97, *Rec.* 1999, p. I-7403.

CJCE, 17 février 1998, *Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd*, aff. C-249/96, *Rec.* 1998, p. I-00621.

CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, aff. C-120/95, *Rec.*, p. I-1831.

CJCE, 22 avril 1998, *Kohl*, aff. C-158/96, *Rec.*, p. I-1931

CJCE, 18 décembre 1997, *Daniele Annibaldi contre Sindaco del Comune di Guidonia et Presidente Regione Lazio*, aff. C-309/96, *Rec.* 1997, p. I-07493.

CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Europe 1998*, n° 42, comm. A. Rigaux

CJCE, 4 novembre 1997, *Parfums Christian Dior*, aff. C-337/95, *Rec.*, p. I- 6113.

CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, *Rec.*, p. I-1277.

CJCE, 2 septembre 1997, *Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, aff. C-336/94, *Rec.*, p. I-6761.

CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem et Giloy*, aff. jtes C-28/95 et C-130/95, *Rec. 1997*, p. I-04161.

CJCE, 26 juin 1997, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH contre Heinrich Bauer Verlag*, aff. C-368/95, *Rec. 1997*, p. I-03689.

CJCE, 29 mai 1997, *Friedrich Kremzow contre Republik Österreich*, aff. C-299/95, *Rec. 1997*, p. I-02629.

CJCE, 26 novembre 1996, *T. Port GmbH & Co. KG contre Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung*, aff. C-68/95, *Rec. 1996*, p. I-06065.

CJCE, 12 novembre 1996, *RU c. Conseil*, aff. C-84/94, *Rec.*, p. I-5755, § 66.

CJCE, 2 juillet 1996, *Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-473/93, *Rec. 1996*, p. I-03207.

CJCE, 28 mars 1996, *Avis relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, n° 2/94, *Rec.*, p. I- 1759.

CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, aff. jtes C-46 et 48/93, *Rec.*, p. I-1134.

CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, *Rec. I-4921*.

CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec. 1995*, p. I-4599

CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, aff. C-465/93, *Rec. 1995*, p. I-03761.

CJCE, 24 mars 1995, *avis n° 2/92*, *Rec. 1995*, p. 521.

CJCE, 15 novembre 1994, *avis n° 1/94*, *Rec. 1994*, p. 5267.

CJCE, 24 mars 1994, *The Queen et Ministry of Agriculture, Fisheries and Food Ex parte Dennis Clifford Bostock*, aff. C-2/92, *Rec.*, p. I-955.

CJCE, 24 mars 1994, *Her Majesty's Customs and Excise contre Gerhart Schindler et Jörg Schindler*, aff. C-275/92, *Rec. 1994*, p. I-1039.

CJCE, 30 mars 1993, *Christos Konstantinidis contre Stadt Altensteig - Standesamt et Landratsamt Calw - Ordnungsamt*, aff. C-168/91, *Rec. 1993*, p. I-01191.

CJCE, 19 mars 1993, *Avis 2/91*, *Rec. 1993*, p. I-1061.

CJCE, 14 décembre 1991, *Avis relatif l'Espace économique européen*, n° 1/91, *Rec.*, p. I-6079.

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich, Bonifaci, e. a. c. Italie*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Rec. 1991*, p. I-5357.

CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd contre Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685.

CJCE, 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) contre Dimotiki Etairia Pliroforissis et Sotirios Kouvelas et autres*, aff. C-260/89, *Rec.*, p. I-2925.

CJCE, 11 juin 1991, *Commission c. Conseil, dit « Dioxyde de titane »*, aff. C-300/89, *Rec.*, p. I-2867.

CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec. 1991*, p. I- 00415.

CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e. a.*, aff. C-188/89, *Rec.*, p. I-3313.

CJCE, 19 juin 1990, *The Queen contre Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, aff. C-213/89, *Rec. 1990*, p. I-02433.

CJCE, 28 novembre 1989, *Anita Groener contre Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee*, aff. C 379/87, *Rec. 1989*, p. 3967.

CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst AG contre Commission des Communautés européennes*, aff. jtes 46/87 227/88, *Rec. 1989*, p. 2859.

CJCE, 13 juillet 1989, *Hubert Wachauf contre Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, aff. 5/88, *Rec.*, p. 2609.

CJCE, 14 février 1989, *Star Fruit c. Commission*, Aff. 247/87, *Rec. CJCE*, p. 291.

CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4225.

CJCE, 9 juillet 1987, aff. jtes 281/85, 283/85, 284/85, 285/85 et 287/85, *Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni c. Commission*, *Rec. 1987*, p. 3203

CJCE, 26 mars 1987, *Commission c. Conseil (SPG)*, aff. 45/86, *Rec.*, p. 1493.

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston et Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 224/84, *Rec. 1986*, p. 1163.

CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts contre Parlement*, aff. 294/83, *Rec.*, p. 1339.

CJCE, 26 février 1986, *Marshall*, aff. 152/84, *Rec.*, p. 723.

CJCE, 18 février 1986, *Bulk Oil*, aff. 174/84, *Rec. 1986*, p. 559.

CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque s.a. e. a. contre Fédération nationale des cinémas français*, aff. jtes 60 et 61/84, *Rec.*, p. 2605.

CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson & Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, aff. 14/83, *Rec. 1984*, p. 1891.

CJCE, 18 janvier 1984, *Ekro*, aff. 327/82, *Rec.*, p. 107

CJCE, 5 oct. 1983, *Nevas c. Caisse des Juristes*, aff. 142/83, *Rec.*, p. 2969.

CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 383/81, *Rec.*, p. 314.

CJCE, 23 septembre 1982, *Sociale Verzekeringsbank c. Kuijpers*, aff. 276/81, *Rec.*, p. 3044.

CJCE, 15 juill. 1982, *Félicitas Rickmers*, aff. 270/81, *Rec. 1982*, p. 2771.

CJCE, 18 mai 1982, *AM & S Europe Limited contre Commission des Communautés européennes*, aff. 155/79, *Rec. 1982*, p. 01575.

CJCE, 14 janvier 1982, *Corman*, aff. 64/81, *Rec. 1982*, p. 13.

CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. 203/80, *Rec.*, p. 2595.

CJCE, 13 mai 1981, *SpA International Chemical Corporation*, aff. 66/80, *Rec. p. 1191*.

CJCE, 5 mai 1981 *Commission c. RU*, aff. 804/79, *Rec.*, p. 1045.

CJCE, 29 octobre 1980, *SA Roquette Frères contre Conseil des Communautés européennes*, aff. 138/79, *Rec.* 1980, p. 3333.

CJCE, 11 mars 1980, *Pasquale Foglia contre Mariella Novello*, aff. 104/79, *Rec.* p. 745.

CJCE, 13 décembre 1979, *Liselotte Hauer contre Land Rheinland-Pfalz*, aff. 44/79, *Rec.*, p. 3727.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, aff. 120/78, *Rec.*, p. 649.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, *Rec.*, p. 631.

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG contre andwirtschaftskammer für das Saarland*, aff. 33/76, *Rec.* 1976, p. 1989.

CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV contre Produktschap voor Siergewassen*, aff. 45/76, *Rec.* 1976, p. 2043.

CJCE, 15 décembre 1976, *Donckerwolcke*, aff. 41/76, *Rec.*, 1976, p. 1921.

CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. jtes 3/76, 4/76, 6/76, *Rec.* 1976, p. 1279.

CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455.

CJCE, 28 octobre 1975, *Roland Rutili contre Ministre de l'intérieur*, aff. 36/75, *Rec.*, p. 1219.

CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, aff. 36/74, *Rec.* 1974, p. 1405.

CJCE, 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, aff. 41/74, *Rec.* 1974, p. 1337.

CJCE, 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contre Commission des Communautés européennes*, aff. 4/73, *Rec.*, p. 491.

CJCE, 30 avril 1974, *Haegeman*, aff. 181/73, *Rec.* p. 449.

CJCE, 12 juillet 1973, *Massey-Ferguson*, aff. 8/73, *Rec.* 1973, p. 897.

CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, aff. 48/71, *Rec.*, p. 529.

CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/71, *Rec.* 1971, p. 1039.

CJCE, 14 décembre 1971, *Commission c. France*, aff. 7/71, *Rec.*, p. 1003.

CJCE, 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, aff. 6/71, *Rec.*, p. 823.

CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil*, aff. 22/70, *Rec.* 1971, p. 263.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.*, aff. 11/70, *Rec.* 1970, p. 1128.

CJCE, 17 décembre 1970, *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel contre Köster et Berodt & Co*, aff. 25/70, *Rec.*, p. 1161

CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. jtes 6/69 et 11/69, *Rec.* 1969, p. 523.

CJCE, 12 novembre 1969, *Erich Stauder contre Ville d'Ulm-Sozialamt*, aff. 29/69, *Rec.*, p. 419.

CJCE, 16 juin 1966, aff. 52/65 et 55/65, *Allemagne c. Commission*, aff. 52/65 et 55/65, *Rec.* 1966, p. 227.

CJCE, 5 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec.* 1964, p. 1141.

CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra contre Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht*, aff. 75/63, *Rec.* 1964, p. 347.

CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* 1963, p. 3.

CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann contre Commission*, aff. 25/62, *Rec.* p. 197.

CJCE, 14 septembre 1962, *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes*, aff. 16 et 17/62, *Rec.*, p. 943.

CJCE, 15 juillet 1960, *Comptoirs de vente du charbon de la Ruhr*, « *Präsident* », « *Geitling* », « *Mausegatt* », et *Entreprise I. Nold KG contre Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 36 à 38/59 et 40/59, *Rec.*, p. 857.

CJCE, 4 février 1959, *Friedrich Stork et Cie contre Haute Autorité de la CECA*, aff. 1/58, *Rec.*, p. 43.

CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 9 et 10/56, *Rec.* p 11 et 43.

2. Tribunal de première instance des Communautés européennes puis Tribunal de l'Union européenne

Trib. UE, 30 avril 2014, *Euris Consult Ltd c. Parlement européen*, aff. T-637/11, non encore publié.

Trib. UE, 25 avril 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e. a. c. Commission*, aff. T-526/10, *Rec.* numérique.

Tribunal de première instance (première chambre élargie), 3 mai 2002, *Jégo-Quéré & cie SA contre Commission des Communautés européennes*, aff. T-177/01, *Rec.* 2002, p. II-02365

3. Conclusions des Avocats généraux de la Cour de justice



(L'attention du lecteur est attirée sur le fait que **uOttawa** Conclusions de l'Avocat général P. Cruz Villalón, CJUE, 4 juin 2015, *Thierry Delvigne contre Commune de Lesparre Médoc contre Préfet de la Gironde*, aff. C-650/13, (affaire pendante).

Conclusions l'Avocat général DARMON, 3 juillet 1990, *Massam Dzodzi c. État belge*, aff. jtes C-297/88 et C-197/89, *Rec.* p. I-3378.

Conclusions de l'Avocat général M. M. Poiares Maduro, 13 juillet 2006, *Jan-Erik Anders Ahokainen Mati Leppik contre Virallinen syyttäjä*, aff. C-434/04, *Rec.* 2006, p. I-09171.

4. Cour européenne des droits de l'homme

Cour européenne des droits de l'homme, 4 nov. 2014, *Tarakhel c. Suisse*, req. n° 29217/12.

Cour européenne des droits de l'homme, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS contre Irlande*, 30 juin 2005, req. n° 45036/98.

Cour européenne des droits de l'homme, 29 juin 2004, *Leyla Sahin c. Turquie*, req. n° 4774/98.

Cour européenne des droits de l'homme, 19 décembre 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*, req. n° 24833/94.

Cour européenne des droits de l'homme, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Série A, n° 24.

5. Cour constitutionnelle fédérale allemande

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 14 janvier 2014, affaire des rachats d'obligations souveraines par la Banque centrale européenne « *Opération monétaire sur titres* »

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 24 avril 2013, 1 BvR 1215/07, « *loi relative à une base de données à des fins de lutte contre le terrorisme* ».

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 6 juillet 2010, Décision du 2e sénat BvR 2661/06 « *Honeywell* ».

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 2 mars 2010, 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, « *réention des données* ».

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 30 juin 2009, BVerfGE 73, p. 240, « *Décision sur le Traité de Lisbonne* »

Cour constitutionnel fédérale allemande, 7 juin 2000, aff. 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, p. 147, « *Organisation commune des marchés dans le secteur de la banane* »

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 octobre 1993, BVerfGE vol. 89, p.155, « *Traité de Maastricht* ».

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 8 avril 1987, BVerfGE 75, 223, « *Kloppenburg* ».

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 22 octobre 1986, BVerfGE 73, 339 II, « *Solange II* ».

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 29 mai 1974, BVerfGE 37, 271 2 BvL 52/71 « *Solange I* ».

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 18 octobre 1967, BVerfGE 22, 293 I.

6. Juridictions françaises

Conseil Constitutionnel, 4 avril 2013, 2013-314 P QPC, AJDA 2013. 711, « *Jeremy F.* »

Conseil Constitutionnel, 7 octobre 2010, 2010-613 DC, « *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ».

Conseil Constitutionnel, 12 mai 2010, 2010-605 DC, « *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* ».

Conseil Constitutionnel, 27 juillet 2006, 2006-540 DC, « *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information* ».

Conseil Constitutionnel, 19 novembre 2004, 2004-505 DC, « *Traité établissant une constitution pour l'Europe* ».

Conseil Constitutionnel, 10 juin 2004, 2004-496 DC, « *Loi pour la confiance dans l'économie numérique* ».

Conseil Constitutionnel, 13 août 1993, 1993-325 DC, « *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* ».

Conseil d'État, 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305.

Conseil d'État, 16 juin 2010, *Assetou Diaké*, n° 340250.

Conseil d'État, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, Lebon 368 et CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, Lebon 624.

Conseil d'État, Ass., 6 décembre 1978, *Ministre de l'intérieur c. Cohn-Bendit*.

Cour de Cassation, soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, JurisData n° 2014-016055.

Cour de Cassation, 16 avril 2010, *Aziz Melki*, n° 10-40.001, AJDA, 2010, p. 1023, note P. MANIN.

7. Autres juridictions des États membres de l'Union européenne

Cour constitutionnelle hongroise, 16 juin 2006, n° 1053/E/2005.

Cour constitutionnelle italienne, 8 juin 1984, arrêt n° 170, *Granital c. Amministrazione delle finanze*, *Giurisprudenza costituzionale*, Foro Italiano 1984, I, p. 2063, note d'A. Tizzano

Cour constitutionnelle italienne, 18 décembre 1973, *Frontini*, jugement 183/73.

Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973, arrêt n° 183, *Frontini et Pozzani*, Il Foro Italiano 1974, I, p. 31.

Cour constitutionnelle italienne, arrêt n° 14 du 7 mars 1964, *Costa c. ENEL*, Il Foro Italiano, I, p. 465 et arrêt n° 98 du 27 décembre 1965, *San Michele*, Il Foro Italiano, I, p. 8.

Cour constitutionnelle lettone du 7 avril 2009, aff. 2008-35-0, « *Traité de Lisbonne* ».

Cour constitutionnelle tchèque, 31 janvier 2012, Pl. US 5/12. 40.

Cour constitutionnelle tchèque, 28 novembre 2008, Pl US. 19/08.

Cour de cassation belge, 27 mai 1971, *État belge contre SA « Fromagerie Franco-Suisse Le Ski »*, *Pasicrisie belge*, 1971, I, p. 886.

Cour supérieure de Justice du Grand-Duché de Luxembourg (cassation), 14 juillet 1964, *Chambre des Métiers contre Pagani et M.P*

Cour suprême danoise, 6 avril 1998, affaire I-361/1997, *Carlson and Others v Rasmussen*.

Cour suprême estonienne, 11 mai 2006, Décision n° 3-4-1-3-06, no 19, 176, « *Riigi Teataja* ».

Tribunal constitutionnel de la république de Pologne, 11 mai 2005, K 18/04, Appartenance de la Pologne à l'Union européenne, « *Traité d'adhésion* ».

Tribunal constitutionnel de la République de Pologne, 24 novembre 2010, K 32/09.

Tribunal constitutionnel espagnol, 13 février 2014, décision 26/2014.

Tribunal constitutionnel espagnol, 9 juin 2011, ATC 86/2011.

Tribunal constitutionnel espagnol, 13 décembre 2004, déclaration (DTC) 1/2004.

III. Doctrine

A. *Manuels*

1. Manuels de droit français

BIOY, X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Paris, Lextenso Éditions, 2013, 661 p.

FAVOREU, L., P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFINI, *Droit constitutionnel*, 14 éd., Paris, Dalloz, 2012, 1077 p.

GICQUEL, J. et J.-É. GICQUEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 2011, 806 p.

HAMON, M. et M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2011, 898 p.

LÉVINET, M., *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles Némésis/Bruylant, 2006, 455 p.

MATHIEU, B. et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, 791 p.

2. Manuels de droit canadien

BRUN, H., *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1986 à 2011, Alter Ego, 1468 p.

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p.

HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2012.

HOGG, P. W., *Constitutional Law of Canada*, Student éd., Scarborough, Carswell, 2009, 1490 p.

MONAHAN, P., *Constitutional Law* 3rd éd., Toronto, Irwin Law, 2006, 613 p.

SHARPE, R. et K. ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2009, 469 p.

TREMBLAY, A., *Droit constitutionnel. Principes*, Montréal, Thémis, 2000, 557 p.

3. Manuels de droit européen

BERRAMDANE, A. et J. ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne. Institutions et ordre juridique*, Paris, Lextenso, 2013, 509 p.

BLUMANN, C. et L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Litec, 2007, 605 p.

CRAIG, P. et G. D. BÚRCA, *EU Law : Text, Cases and Materials*, Oxford; New York, Oxford University Press, 2007, 1148 p.

GAUDIN, H., M. BLANQUET, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et F. FINES, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1. Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1006 p.

JACQUÉ, J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 7ème éd., Paris, Dalloz, 2012, 788 p.

LOUIS, J.-V. et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne* Paris, L.G.D.J., 2005, 458 p.

MAGNETTE, P., *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses de sciences-po, 2003, 287 p.

MANIN, P., *L'Union européenne. Institutions ordre juridique contentieux.*, Paris, Pedone, 2005, 575 p.

MOUTON, J.-D. et C. SOULARD, *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, PUF, 2004, 125 p.

ROUSSEAU, D., *La justice constitutionnelle en Europe*, 3 éd., Paris, Montchrestien, 1998, 160 p.

QUADROS, F. D., *Droit de l'Union européenne : Droit constitutionnel et administratif de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 571 p.

RAEPENBUSCH, S. V., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, 781 p.

RENUCCI, J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 2007, 1135 p.

ROSAS, A. et L. ARMATI, *EU Constitutional Law. An Introduction*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 295 p.

SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 779 p.

SUDRE, F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005, 715 p.

VON BOGDANDY, A. et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, 2nd revised edition éd. München, Germany CH Beck, 2010, 806 p.

B. Ouvrages spécialisés, thèses, monographies et numéros spéciaux de périodiques

1. Théorie et comparaison

- BEAUD, O., *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, 433 p.
- BREMS, E., *Human Rights : Universality and Diversity*, The Hague / Boston, Martinus Nijhoff Publishers / Kluwer Law International, 2001, 574 p.
- CARBONNIER, J., *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, 320 p.
- De SCHUTTER, O., *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 1164 p.
- DELMAS-MARTY, M., *La refondation des pouvoirs (les forces imaginantes du droit III)*, Paris Seuil, 2007, La couleur des idées, 300 p.
- DELMAS-MARTY, M., *Le pluralisme ordonné (Les forces imaginantes du droit II)*, Paris, Seuil, 2006, La couleur des idées, 303 p.
- DELMAS-MARTY, M., *Le relatif et l'universel (Les forces imaginantes du droit I)*, Paris, Seuil, 2004, La couleur des idées, 346 p.
- DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, 305 p.
- DELMAS-MARTY, M., *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, 1998, 200 p.
- DWORKIN, R., *Une question de principe*, Paris, PUF, 1996, 512 p.
- FERCOT, C., *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral - Etude de droit comparé allemand, américain et suisse*, Clermont-Ferrand, Paris, Fondation Varenne, LGDJ, 2011, 819 p.
- FOSSUM, J. E., dir., *Constitutional processes in Canada and the EU compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, 334 p.
- FUR, L. L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon-Assas-Paris II, 2002, 839 p.
- FUR, L. L., *État fédéral et confédération d'États*, Paris, Panthéon-Assas-Paris II, 2002, 839 p.
- GAGNON, A.-G. et J. TULLY, dir., *Multinational Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 411 p.
- GLENN, P., *Legal Traditions in the World: Sustainable diversity in Law*, New-York, Oxford University Press, 2004, 366 p.
- HART, H.L.A., *Le concept de droit*, traduit par Michel VAN DE KERCHOVE, 2^{ème} éd. augmentée, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 344 p.
- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, traduit par Charles EISENMANN, 2^{ème} édition, 1962, Paris, L.G.D.J., La pensée juridique, 1999, 367 p.
- KYMLICKA, W. et A. PATTEN, dir., *Language Rights and Political Theory*, Oxford ; New York, Oxford University Press, 2002, 349 p.

- LE ROY, É., dir., *Les pluralismes juridiques*, Paris, Éditions Krathala, 2003, Cahiers d'anthropologie du droit, 231 p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, Livre onzième.
- OST, F. et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.
- OST, F., *Dire le droit, faire justice*, Deuxième éd., Bruxelles, Bruylant, 2012, 222 p.
- OTIS, G., dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, 284 p.
- PUPIER, P. et J. WOEHLING, dir., *Langue et droit*, Montréal, Wilson & Lafleur inc., 1989, 641 p.
- RAWLS, J., *Théorie de la justice*, Paris, Éditions du Seuil, 1987 et 1997, 666 p.
- ROMANO, S., *L'ordre juridique*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2002, 174 p.
- SEYMOUR, M., dir., *États-nations, multinationales et organisations supra-nationales*, Montréal, Liber, 2002, 499 p.
- VANDERLINDEN, J., *Anthropologie juridique*, Paris, Dalloz, 1997, 123 p.
- VANDERLINDEN, J., *Comparer les droits*, Bruxelles, Kluwer, 1995, 467 p.
- VIGOUR, C., *La comparaison dans les sciences sociales*, Paris, La Découverte, 2005, 336 p.

2. Canada

- ALLARD, F., *La CSC et son impact sur l'articulation du bijuridisme*, en ligne : Canada ministère de la justice, fascicule n° 3 <<http://www.justice.gc.ca/fra/min-dept/pub/hlf-hfl/table.html>>.
- ASSOCIATION DES FEMMES AUTOCHTONES DU CANADA, *An Aboriginal Charter of Rights and Freedoms*, en ligne : <<http://www.nwac.ca/sites/default/files/reports/AboriginalCharterofRightsandFreedoms.pdf>>.
- BAIER, G., *Courts and Federalism: Judicial Doctrine in the United States, Australia, and Canada*, Vancouver, UBC Press, 2006, 207 p.
- BAIER, G., H. BAKVIS et D. M. BROWN, *Contested Federalism : Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 2009, 304 p.
- BAKER, D. R., *Not Quite Supreme: the Courts and Coordinate Constitutional Interpretation*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2010, 219 p.
- BARRUÉ-BELOU, R., *Analyse des outils fédératifs aux États-Unis, au Canada et au Brésil : contribution à l'étude du fédéralisme*, thèse de doctorat en droit, Université Toulouse 1 Capitole, École doctorale Sciences Juridiques et Politiques, 2013, 627 p.

- BORROWS, J., *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 427 p.
- BROUILLET, E., *La négation de la nation. L'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Québec Septentrion, 2005, 478 p.
- BRUNELLE, C., *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux institutions gouvernementale*, Scarborough, Carswell, 1993, 156 p.
- CAIRNS, A., *Charter v. Federalism : The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montréal et Kingston, McGill-Queens University Press, 1992, 150 p.
- FOSSUM, J. E., dir., *Constitutional processes in Canada and the EU compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, 334 p.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., *Les solitudes du bijuridisme au Canada : essai sur les rapports de pouvoir entre les traditions juridiques et la résilience des atavismes identitaires*, Montréal, Thémis, 2007, 166 p.
- GÉLY, M.-L., *Le rôle de la Cour suprême du Canada dans la répartition des compétences au Canada*, thèse de doctorat en droit, Universités de Montpellier et de Laval, 1998, 498 p.
- GRAMMOND, S., *Aménager la coexistence, les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant /Éditions Yvon Blais, 2003, 436 p.
- GRAMMOND, S., *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Toronto, Carswell, 2013, 645 p.
- HAUSEGGER, L., M. HENNIGAR et T. RIDDELL, *Canadian Courts: Law, Politics, and Process*, Toronto, Oxford University Press, 2009, 466 p.
- HIEBERT, J. E., *Charter Conflicts. What Is Parliament's Role ?*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, 280 p.
- HIEBERT, J. E., *Limiting Rights the Dilemma of Judicial Review*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1996, 188 p.
- JAMES, P. et M. L. Donald E. ABELSON, dir., *Myth of the Sacred : The Charter, the Court, and the Politics of the Constitution in Canada*, Montreal, McGill-Queen's University Press, 2002, 256 p.
- KELLY, J. B., *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Activism and Framers Intent*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2005, 323 p.
- LAJOIE, A., *Jugements de valeur*, Paris, PUF, 1997, 217 p.

- MACKLEM, P., *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, 334 p.
- MAGNET, J. E., *Modern Constitutionalism : Identity, Equality, and Democracy*, Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2004, 344 p.
- MANDEL, M., *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, 383 p.
- MILWARD, D., *Aboriginal Justice and the Charter: Realizing a Culturally Sensitive Interpretation of Legal Rights*, Vancouver, University of British Columbia Press, 2013, 332 p.
- MONTURE-ANGUS, P., *Journeying Forward: Dreaming First Nations' Independence*, Halifax, Fernwood Publishing, 1999, 175 p.
- MORELLATO, M., dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Ont, Canada Law Book, 2009, 536 p.
- MORTON, F. L. et R. KNOPFF, *The Charter Revolution & the Court Party*, Toronto, Broadview Press, 2000, 227 p.
- MORTON, F. L., dir., *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 2002, 660 p.
- RUSSEL, P. H., *Canadians » Trial Courts : Two Tiers or One?*, University of Toronto Press, 2007, 288 p.
- SMILEY, D., *Canada in Question : Federalism in the Eighties*, Third Edition, MacGraw-Hill Ryerson Limited, 1980,
- SMITH, D. E., *Federalism and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2010, 225 p.
- SONGER, D. R., *The Transformation of the Supreme Court of Canada: An Empirical Examination*, Toronto, University of Toronto Press, 2008, 290 p.
- TRAN, L.-V. N., *Human Rights and Federalism. A Comparative Study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, The Hague – Boston – London Martinus Nijhoff Publishers, 2000, 316 p.
- TRUDEAU, P. E., *Charte canadienne des droits de l'homme*, Ottawa, Imprimeur de la Reine et Contrôleur de la Papeterie, 1968, 180 p.
- WATTS, R. L., *Executive Federalism : A comparative Analysis*, Queens University, Institute of Intergovernmental Relations, 1989, Research Paper, 24 p.

WEILER, P. C. et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, 426 p.

3. Europe

ALSTON, P., M. R. BUSTELO et J. HEENAN, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 983 p.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998, 663 p.

ARNULL, A., *The European Union and its Court of Justice*, Second Edition éd., Oxford, Oxford University Press, 2006, 780 p.

AZOULAI, L., dir., *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2014, 320 p.

BARBATO, J.-C., *La diversité culturelle en droit communautaire. Contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne*, Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 599 p.

BARBATO, J.-C. et J.-D. MOUTON, dir., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 334 p.

BEAUD, O., A. LECHEVALIER, I. PERNICE et S. STRUDEL, dir., *L'Europe en voie de Constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 856 p.

BOUDON, J., dir., *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Mare & Martin, 2012, 224 p.

BRAIBANT, G., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris, Seuil, 2001, 334 p.

BRIBOSIA, E., L. SCHEEK et A. UBEDA de TORRES, dir., *L'Europe des cours : loyautés et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 333 p.

BÚRCA, G. D. et J. H. H. WEILER, dir., *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 348 p.

BURGORGUE-LARSEN, L., dir., *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, 168 p.

Centre d'études juridiques européennes et comparées, (troisième chronique de droit européen)
« Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres », *Les Petites affiches*, 19, 20 et 21 mai 2003, n° 99 à 101, 60 p.

CLOOTS, E., G. BAERE et S. SOTTIAUX, dir., *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 414 p.

CROISAT, M. et J.-L. QUERMONE, *L'Europe et le fédéralisme : contribution à l'émergence d'un fédéralisme intergouvernemental*, Paris, Montchrestien, 1999, 156 p.

- De VERGOTTINI, G., *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, Paris, Dalloz, 2013, 255 p.
- DEAL, É., *La garantie juridictionnelle des droits fondamentaux communautaires – La Cour de justice face à la Communauté de droit*, thèse de doctorat en droit, Aix-Marseille III Université de droit, d'économie et des sciences, 2006, 604 p.
- DEHOUSSE, R., dir., *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Sciences-Po, 2002, 289 p.
- DEHOUSSE, R., *La Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Montchrestien, 1997, 160 p.
- DELPÉRÉE, F., *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p.
- DUBOS, O., *Juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, 1015 p.
- DUBOUT, É., *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 845 p.
- DUBOUT, É. et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, 336 p.
- EFTIMIE, A. C., *La Citoyenneté de l'Union. Contribution à l'étude d'une communauté politique plurielle*, thèse de Doctorat en droit, Université Montesquieu Bordeaux IV, École doctorale de Droit, 2012, 1292 p.
- ERIKSEN, E. O., C. JOERGES et F. RÖDT, dir., *Law and Democracy in the Post-National Union*, Oslo, ARENA Centre for European Studies University of Oslo, 2006, 454 p.
- FABBRINI, F., *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2014, Oxford Studies in European Law, 319 p.
- GERKRATH, J., *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe : modes de formation et sources d'inspiration de la constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1997, 425 p.
- Harvard Jean Monnet Working Paper No.7/00, Symposium : Responses to Joschka Fischer*, en ligne : <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0301.html>
- JAKLIC, K., *Constitutional Pluralism in the EU*, New York, Oxford University Press, 2014, 357 p.
- JEFFERY, C. et J. ZILLER, *Le Comité des régions dans la mise en œuvre et le contrôle des principes de subsidiarité et de proportionnalité à la lumière de la Constitution pour l'Europe*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2006, 334 p.
- LECLERC, S., J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M.-J. REDOR, dir., *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 235 p.
- LECOURT, R., *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 (réimpression de l'ouvrage de 1976), 321 p.

- LICHÈRE, F., L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD, dir., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 242 p.
- MARTI, G., *Le pouvoir constituant européen*, thèse de doctorat en droit, Université de Nancy, 2008, 800 p.
- MARTINICO, G. et O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, 272 p.
- MAUBERNARD, C., dir., *Le renforcement du rôle de cour suprême de la CJCE et l'encadrement substantiel du juge national*, Cahiers de l'institut de droit européen des droits de l'homme, 2006, 401 p.
- MILLET, F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, LGDJ Lextenso Éditions, 2013, 386 p.
- NABLI, B., *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, Paris, Dalloz, 2007, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 675 p.
- PESCATORE, P. *L'ordre juridique des Communautés européennes*, Liège : Presses universitaires de Liège, 1975, 316 p.
- PESCATORE, P., *Le droit de l'intégration : Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2005 (réimpression de l'ouvrage de 1972), 100 p.
- PLATON, S., *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Paris, L.G.D.J., 2008, 716 p.
- ROCCATI, M., *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen. Du marché intérieur à la coopération civile*, Bruxelles, Bruylant 2013, 632 p.
- SCHIEK, D., *Economic and Social Integration. The Challenge for EU Constitutional Law*, Edward Elgar Publishing, 2012, 352 p.
- SCHÜTZE, R., *From Dual to Cooperative Federalism: The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 432 p.
- STERCK, J., *Identité constitutionnelle des États membres et primauté du droit de l'Union européenne : Étude comparée de l'Irlande et de la France*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux et Université de Berlin, 2013, 548 p.
- TINIÈRE, R., *L'office du juge communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 708 p.
- TORRES PÉREZ, A., *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 224 p.
- VAN DE HEYNING, C., *Fundamental Rights Lost in Complexity. The Protection of Fundamental Rights against Violations by the Rulemaker in Converging National and*

European Legal Systems, thèse de doctorat en droit, Universiteit Antwerpen Faculteit Rechten, 2011, 558 p.

WEILER, J. H. H. et M. WIND, dir., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge; New York, Cambridge University Press, 2003, 244 p.

C. Articles, contributions et communications

1. Théorie du droit et comparaison

ABDELHAMID, H., « Les paradigmes postmodernes et la démarche pluraliste dans la recherche juridique » dans OTIS, G., dir., *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, 2012, pp. 135-182.

ALLARD, J. et L. VAN Den EYNDE, « Le dialogue des jurisprudences comme source du droit. Arguments entre idéalisation et scepticisme » dans HACHEZ, I., Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST et M. Van de KERCHOVE, dir., *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013, pp. 285-315.

ARBAN, E., « La subsidiarité en droit européen et canadien : Une comparaison », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 219-234.

ARONEY, N., « Federal Constitutionalism/European Constitutionalism in Comparative Perspective », en ligne: *University of Queensland TC Beirne School of Law Research Paper*, vol.7, 2005, <<http://ssrn.com/abstract=890789>>.

AVBELJ, M. et J. KOMAREK, « Four Visions of Constitutional Pluralism », en ligne : *EUI Working Papers LAW*, vol.21, 2008, <http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/9372/1/LAW_2008_21.pdf>.

AZOULAI, L., « Conclusions générales » dans DUBOUT, É. et S. TOUZE, dir., *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 327-333.

BAILLEUX, A., « Human Rights in Network », *Journal Européen des Droits de l'Homme*, vol. 3, 2014, pp. 293-325.

BENDA-BECKMANN, F. v., « Who's afraid of legal pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 47, 2002, p. 37.

BREMS, E. et E. DESMET, « Introduction : Theorizing the Multi-layered Nature of Human Rights Law », *Journal Européen des Droits de l'Homme*, vol. 3, 2014, pp. 289-293.

BURGESS, M., « Gérer la diversité dans les États fédéraux : approches conceptuelles et perspectives comparatives » dans GAGNON, A.-G., dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 490.

BURGORGUE-LARSEN, L., « De l'internationalisation du dialogue des juges », *Le dialogue des juges — Mélanges en hommage à B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 95-130.

- CAROZZA, P., « Uses and Misuses of Comparative Law in International Human Rights: Some Reflections on the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Notre Dame L. Rev.*, vol. 73, 1998, pp. 1217-1237.
- CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Raisonement juridique et pluralité des valeurs : Les conflits axio-téléologiques de normes », en ligne : *Analisi e diritto*, 2001, <www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/.../3champeildesplats.pdf>.
- DELMAS-MARTY, M., « Avant-Propos » dans DUBOUT, É. et S. TOUZE, dir., *La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 5-10.
- DELMAS-MARTY, M., « La grande complexité juridique du monde » dans BOURGINE, P., D. CHAVALARIAS et C. COHEN-BOULAKIA, dir., *Déterminismes et complexités, du physique à l'éthique : autour d'Henri Atlan*, Paris, La Découverte, 2008, p. 349.
- DELMAS-MARTY, M., « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné » dans BERGEL, J.-L., dir., *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 355.
- DELMAS-MARTY, M. et M.-L. IZORCHE, « Marge d'appréciation nationale et internationalisation du droit : Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, vol. 52, 2000, pp. 753-780.
- DUMONT, H., « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et société*, vol. 53, 2003, pp. 29-71. .
- FAVOREU, L., « Le Conseil constitutionnel et l'alternance », *RFSP*, vol. 34, 1984, p. 1002 et s.
- FOSSAS, E., « National Plurality and Equality » dans REQUEJO, F., dir., *Democracy and National Pluralism*, Florence, KY Routledge, 2001, pp. 63-83.
- FRYDMAN, B., « Conclusion : Le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *Le dialogue des juges. Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 147-166.
- GAUDREAULT-DESBIENS, J.-F. et F. GELINAS, « Introduction » dans GAUDREAULT-DESBIENS, J.-F. et F. GELINAS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 2.
- GIORGI, F., « Pour une révolution théorique douce : la figuration du pluralisme constitutionnel en réseau », Communication au VIIème Congrès de l'Association française de droit constitutionnel à Paris, 25-27 septembre 2008, en ligne : <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC1/GiorgiTXT.pdf>>.
- GLENN, P., « La tradition juridique nationale », *RIDC*, vol. 55, 2003, pp. 263-278.
- GLENN, P., « Persuasive Authority », *R.D. McGill*, vol. 32, 1987, pp. 261-298.
- HALBERSTAM, D., « Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States » dans DUNOFF, J. L. et J. TRACHTMAN, dir., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 326-355.

- HARDING, S. K., « Comparative Reasoning and Judicial Review », *The Yale Journal of international law* vol. 28, 2003, p. 411 et s.
- HARTLEY, T. C., « Federalism, Courts, and Legal System: The Emerging Constitution of the European Community », *Am. J. Comp. L.*, vol. 34, 1986, pp. 229-247.
- KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, pp. 197-257.
- KRISCH, N., « The Case for Pluralism in Postnational Law », en ligne: *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, vol.12, 2009, <<http://ssrn.com/abstract=1418707>>.
- KYMLICKA, W., « Le nouveau débat sur les droits des minorités » dans SCHULTE-TENCHOFF, I., dir., *Altérité et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 91-116.
- LADÉUR, K.-H., « Towards a Legal Theory of Supranationality - The Viability of the Network Concept », *ELJ*, vol. 3, 1997, pp. 33-54.
- LASSERE-KIESOW, V., « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D.*, 2006, p. 2279.
- LAUVAUX, P., « Le principe fédératif : première théorie constitutionnelle du pluralisme ? » dans FONTAINE, L., dir., *Droit et pluralisme : actes du colloque de Caen, les 30 novembre et 1er décembre 2006/organisé par le Centre de recherche sur les droits fondamentaux et les évolutions du droit (C.R.D.F.E.D)*, Bruxelles, Nemesis Bruylant, 2007, p. 53.
- LEBEN, C., « Y a-t-il une approche européenne des Droits de l'homme ? » dans ALSTON, P., M. R. BUSTELO et J. HEENAN, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Buxelles, Bruylant, 2001, pp. 71-98.
- LENAERTS, K., « Constitutionalism and the Many Faces of Federalism », *Am. J. Comp. L.*, vol. 38, 1990, pp. 205-263.
- MACCORMICK, N., « Beyond the Sovereign State », *MLR*, vol. 56, 1993, pp. 1-18.
- MACDONALD, R. A., « Kaleidoscopic Federalism » dans GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. et F. GÉLINAS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 261.
- MACDONALD, R. A., « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *R.D.U.S.*, vol. 33, 2002, p. 133.
- MAGNON, X., « Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? », *Le pouvoir, mythes et réalité : mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 455-470.
- MAYER, F. C., « Multilevel Constitutional Jurisdiction » dans BOGDANDY, A. V. et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, München, Germany CH Beck, 2010, pp. 399-439.

- MESSARRA, A. N., « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme » dans GAGNON, A. G., dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 227.
- OTIS, G. et A. LAURENT, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? », *RTDH*, vol. 89, 2012, pp. 43-70.
- OTIS, G. et A. LAURENT, « Un exemple de dialogue transjudiciaire dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme : la question foncière autochtone » dans Institut pour un nouveau débat sur la gouvernance, I. R. G., dir., *La gouvernance en révolution(s). Chroniques de la gouvernance 2012*, Paris, Éditions Charles Léopold Mayer, 2012, pp. 265-275.
- PERNICE, I., « Multilevel constitutionalism in the European Union », *ELR*, vol. 27, 2002.
- PERNICE, I. et F. C. MAYER, « De la Constitution composée de l'Europe », *RTDE*, vol. 36, 2000, pp. 623-647.
- PICARD, É., « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA*, 1996, p. 55 et s.
- PIRIS, J.-C., « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE*, vol. 2, 2005, p. 243.
- POIARES MADURO, M., « La fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel : L'approche du droit communautaire » dans DUBOUT, É. et S. TOUZE, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 199-213.
- POIARES MADURO, M., « Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the Context of Legal and Constitutional Pluralism » dans DUNOFF, J. L. et J. TRACHTMAN, dir., *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 356-380.
- POIARES MADURO, M., « L'interprétation du droit communautaire : la fonction juridictionnelle dans le contexte du pluralisme constitutionnel », en ligne : *conférence de clôture du cycle de droit européen de la Cour de cassation*, 2007, < http://www.reseau-presidents.eu/IMG/pdf/conferencia_paris__2_.pdf (consulté le 30 juin 2009)>.
- RADUCU, I. et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens », *CDE*, vol. 1 et 2, 2007, pp. 111-148.
- REQUEJO, F., « Democratic legitimacy and national pluralism » dans REQUEJO, F., dir., *Democracy and National Pluralism*, Florence, KY, USA, Routledge, 2001, pp. 157-177.
- RISSE, T. et T. A. BÖRZEL, « Who is Afraid of a European Federation? How to Constitutionalise a Multi-level Governance System », en ligne : *Jean Monnet Working Paper*, vol. 7/00, 2000, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/00/00f0101.html>>.
- ROULAND, N., « Être Amérindien en Guyane : de quel droit ? », *RFDC*, vol. 27, 1996, p. 493.
- ROUSSEAU, D., « Pour une Constitution européenne », *Débat*, vol. 108, 2000, p. 66.

- ROY, É. L., « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité » dans LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, dir., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 29.
- SLAUGHTER, A.-M., « Typology of Transjudicial Communication », *U. Rich. L. Rev.*, vol. 29, 1994, pp. 99-219.
- TAMANAH, B. Z., « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global », *SydLR*, vol. 30, 2008, pp. 375-411.
- VANDERLINDEN, J., « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique » dans LE ROY, É., dir., *Les pluralismes juridiques*, Paris, Éditions Krathala, 2003, p. 21.
- VANDERLINDEN, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, vol. 2, 1993, p. 573.
- VON BOGDANDY, A., « Doctrine of Principles », en ligne : *Jean Monnet Working Paper*, vol.9/03, 2003.
- WALKER, N., « EU Constitutionalism in the State Constitutional Tradition », en ligne : *EUI Working Papers LAW*, vol.21, 2006, <<http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6248/1/LAW-2006-21.pdf>>.
- WALKER, N., « The Idea of Constitutional Pluralism », *MLR*, vol. 65, 2002, pp. 317-359.
- WEILER, J. H., « Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg » dans NICOLAIDIS, K. et R. HOWSE, dir., *The federal vision: Legitimacy and levels of governance in the United States and the European Union*, Oxford University Press, 2001, p. 54.
- WOODMAN, G. R., « Ideological Combat and Social Observation: Recent Debate about Legal Pluralism », *Journal of Legal Pluralism*, vol. 42, 1998, p. 21.
- ZOLLER, É., « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État » dans REBER, B. et R. SÈVE, dir., *Le pluralisme*, Paris, Dalloz, 2006, p. 109.

2. Canada

- AGARWAL, R. K. et C. DI CARLO, « The Re-emergence of a Clash of Rights: A Critical Analysis of the Supreme Court of Canada's Decision in *R. v. S. (N.)* », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 143-206.
- ALBERT, R., « Advisory Review: The Reincarnation of the Notwithstanding Clause », *Alta L. Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 1037-1069.
- ALCANTRA, C. et G. WHITFIELD, « Aboriginal Self-Government through Constitutional Design: A Survey of Fourteen Aboriginal Constitutions in Canada », *Revue d'Études Canadiennes*, vol. 44, 2010, pp. 122-145.
- ALLARD, F., « L'impact de la Charte canadienne des droits et libertés sur le droit civil : une relecture de l'arrêt *Dolphin Delivery* à l'aide d'une réflexion sur les sources du droit civil québécois », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 1-72.

- ANDERSON, G. W., « Filling the "Charter Gap?" Human Rights Codes in the Private Sector », *Osgoode H.L.J.*, vol. 33, 1995, pp. 749-783.
- ARBOUR, J. M., « The Protection of Aboriginal Rights within a Human Rights Regime: In Search of an Analytical Framework for Section 25 of The Charter of Rights and Freedoms », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 21, 2003, pp. 3-71.
- AXWORTHY, T. S., « Colliding Visions: The Debate over the Charter of Rights and Freedoms 1980 81 » dans WEILER, P. C. et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 13-26.
- BAIER, G., « The Courts, the Division of Powers and Dispute Resolution » dans BAKVIS, H. et G. SKOGSTAD, dir., *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness, and Legitimacy*, Toronto, Oxford, 2008, pp. 23-37.
- BAKVIS, H., « "In the Shadows of Hierarchy": Intergovernmental Governance in Canada and the European Union », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 203-218.
- BALDASSI, C. L., « The Legal Status of Aboriginal Customary Adoption Across Canada: Comparisons, Contrasts, and Convergences », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 39, 2006, pp. 63-100.
- BATEUP, C., « The Dialogic Promise - Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue », *Brook. L. Rev.*, vol. 71, 2005-2006, p. 1109 et s.
- BEAUDOIN, G.-A., « Le fédéralisme canadien et les droits linguistiques » dans BRAEN, A., P. FOUCHER et Y. LE BOUTHILLIER, dir., *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham, Ont., Lexis-Nexis-Butterworth, 2004, p. 275.
- BEAULIEU, C., « La Charte canadienne des droits et libertés : domaine d'application », *R. du B.*, vol. 52, 1992, pp. 387-435.
- BERNATCHEZ, S., « Un Tribunal Spécialisé Pour Résister à L'approche Civiliste en matière de Droits de la Personne », *R.D.U.S.*, vol. 42, 2012, pp. 203-276.
- BERNATCHEZ, S., « La Cour suprême du Canada et la Charte québécoise des droits et libertés : des décisions judiciaires non-entièrement théorisées en guise de dialogues », *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, vol. 1, 2008, pp. 1-24.
- BERNATCHEZ, S., « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », *Politique et Sociétés*, vol. 19, 2000, pp. 89-113.
- BIDDULPH, M., « Shifting the Tide of Canadian Federalism: The Operation of Provincial Interjurisdictional Immunity in the Post-Canadian Western Bank Era », *Sask.L.Rev.*, vol. 77, 2014, pp. 45-68.
- BIGENWALD, A., « L'évaluation des objectifs législatifs en vertu de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés », *C. de D.*, vol. 35, 1994, pp. 779-821.
- BILSON, B., « The Voice from the Trenches: Administrative Tribunals and the Interpretation of the Charter », *Sask.L.Rev.*, vol. 69, 2006, pp. 3-37.
- BINETTE, A., « Le pouvoir dérogatoire de l'article 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et la structure de la Constitution du Canada », *R. du B.*, vol. 63, 2003, pp. 107-149.

- BLACHE, P., « Étude comparative de l'évolution des normes antidiscriminatoires ou égalitaires des articles 15 de la Charte canadienne des droits et libertés et 10 de la Charte des droits et libertés de la personne : convergences et divergences », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 151-195.
- BLACHE, P., « La Charte canadienne : obstacle postmoderne à l'émergence d'une Québec moderne et rassembleur ? », *R.J.T.*, vol. 28, 1994, pp. 333-366.
- BLACHE, P., « La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : l'impact des perceptions différentes de la question », *C. de D.*, vol. 22, 1981, pp. 649-666.
- BOLDT, M. et J. A. LONG, « Tribal Philosophies and the Canadian Charter of Rights and Freedoms » dans BOLDT, M. et J. A. LONG, dir., *The Quest for Justice: Aboriginal Peoples and Aboriginal Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 1985, pp. 165 - 179.
- BORROWS, J., « Tracking Trajectories: Aboriginal Governance as an Aboriginal Right », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 38, 2005, pp. 285-314.
- BORROWS, J., « Contemporary Traditional Equality: The Effect of the Charter on First Nation Politics », *R.D.U.N.-B.*, vol. 43, 1994, pp. 19-48.
- BOSSET, P., « La Charte des droits et libertés de la personne dans l'ordre constitutionnel québécois », *Bulletin Québécois de Droit Constitutionnel*, vol. 1, 2006, pp. 3-17.
- BREDT, C. D. et H. K. PESSIONE, « The Death of Oakes: Time for a Rights-Specific Approach », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 485-519.
- BRISSON, J.-M. et A. MOREL, « Droit fédéral et droit civil : complémentarité, dissociation » dans Ministère de la Justice du Canada, dir., *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien, Recueil d'études*, Ottawa, 1997, pp. 213-264.
- BROUILLET, E. et Y. TANGUAY, « La légitimité de l'arbitrage constitutionnel en régime fédératif plurinational : Le cas de la Cour suprême du Canada », en ligne : *SC Working Paper*, vol.6, 2009, <<http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/DemocraticDilemma/ReformingTheSCC/SCCpapers/BrouilletFINAL.pdf>>.
- BROUILLET, E., « Le fédéralisme et la Cour suprême du Canada : quelques réflexions sur le principe d'exclusivité des pouvoirs », en ligne : *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, vol.3, 2010, <http://www.aqdc.org/volumes/pdf/Eugenie_Brouillet.pdf>.
- BURGESS, M., « Competing national visions: Canada-Quebec relations in a comparative perspective » dans GAGNON, A. G. et J. TULLY, dir., *Multinational democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 257-274.
- CAIRNS, A. C., « Reflections on the Political Purposes of the Charter: The First Decade » dans BEAUDOIN, G. A., dir., *La Charte : dix ans après. Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien et du Ministère de la justice du Canada tenue à Ottawa en avril 1992*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, pp. 163-191.

- CAIRNS, A.C., « Constitutional Change and the Three Equalities » dans Watts, R. L. et D. M. Brown, dir., *Options for a New Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1991, pp. 77-100.
- CAIRNS, A. C., « The Judicial Committee and Its Critics », *Can. J. Pol. Sc.*, vol. 4, 1971, pp. 301-345.
- CAMERON, D. et R. SIMEON, « Intergovernmental Relations in Canada : The Emergence of Collaborative Federalism », *Publius*, vol. 32, 2002, pp. 49-71.
- CAMERON, J., « The Charter's Legislative Override: Feat or Figment of the Constitutional Imagination? », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 23, 2004, pp. 135-167.
- CARON, J.-F., G. LAFOREST et C. VALLIÈRES-ROLAND, « Le déficit fédératif au Canada » dans GAGNON, A.-G., dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 147-182.
- CARTER, M., « Federalism Analysis and the Charter », *Sask.L.Rev.*, vol. 74, 2011, pp. 5-20.
- CHAPUT, R., « La Cour suprême et le partage des pouvoirs : rétrospective et inventaires », *R.G.D.*, vol. 12, 1981, pp. 35-82.
- CHOUDHRY, S., « Rights Adjudication in a Plurinational State : the Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation », *Osgoode H.L.J.*, vol. 50, 2013, pp. 575-608.
- CHOUDHRY, S., « Bills of Rights as Instruments of Nation Building in Multinational States: The Canadian Charter and Quebec Nationalism » dans KELLY, J. B. et C. MANFREDI, dir., *Contested constitutionalism: reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, pp. 233-250.
- CLARKE, J. A., « The Charter of Rights and a Margin of Appreciation for Federalism: Lessons from Europe » dans BEHIELS, M. D. et F. ROCHER, dir., *The State in Transition: Challenges for Canadian Federalism* Ottawa, Invenire, 2011.
- CLARKE, J. A., « Beyond the Democratic Dialogue, and Towards a Federalist One: Provincial Arguments and Supreme Court Responses in Charter Litigation », *Can. J. Pol. Sc.*, vol. 39, 2006, pp. 293-314.
- COTLER, I., « The Canadian Charter of Rights and Freedoms 25 Years Later: A Revolution in Five Acts » dans MAGNET, J. E. et B. ADELL, dir., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms after Twenty-five Years*, Markham, Lexisnexis, 2009, pp. 321-343.
- COTLER, I., « Can the Center hold? Federalism and Rights in Canada » dans KATZ, E. et G. A. TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1996, pp. 173-191.
- COUTU, M. et P. BOSSET, « La dynamique juridique de la Charte » dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, dir., *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés*, Montréal, volume 2 - Études, 2003, pp. 247-288.
- CRANDALL, E., « Intergovernmental Relations and the Supreme Court of Canada: The Changing Place of the Provinces in Judicial Selection Reform », en ligne: *Institute of Intergovernmental Relations Working Paper*, 2010, <<http://www.queensu.ca/iigr/pub/archive/DemocraticDilemma/ReformingTheSCC/SCCpapers/HurrelmannFINAL.pdf>>.

- CRANE, M.C., « Administrative Tribunals, Charter Challenges, and the "Web of Institutional Relationships" », *Sask.L.Rev.*, vol. 61, 1998, pp. 495-524.
- CUERRIER, M., S. HASSAN et M.-C. GAUDREAU, « Symposium : Bijuridisme canadien et harmonisation de la législation fiscale fédérale », *Revue Fiscale Canadienne*, vol. 51, 2003, pp. 160-189.
- DALTON, J. E., « Aboriginal Self-Determination in Canada: Protections Afforded by the Judiciary and Government », *Can.J.L. & Society*, vol. 21, 2006, pp. 11-37.
- DE MONTIGNY, Y., « The Impact (Real or Apprehended) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms on the Legislative Authority of Quebec » dans SCHNEIDERMAN, D. et K. SUTHERLAND, dir., *Charting the Consequences. The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997, pp. 3-33.
- DEBRUCHE, A.-F., « La protection de la propriété par la Charte des droits et libertés de la personne : diable dans la bouteille ou simple peau de chagrin », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30^{ème} anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 175-216.
- DELPÉRÉE, F. et M. VERDUSSEN, « L'égalité, mesure du fédéralisme » dans GELINAS, F. et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 193-208.
- DENAULT, A.-A. et L. CARDINAL, « Les lois linguistiques du Canada et du Québec à l'ère de la mondialisation » dans CARDINAL, L., dir., *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de Parole, 2008, pp. 173-201.
- DICKSON, T., « Section 25 and Intercultural Judgment », *Revue de droit de l'Université de Toronto*, vol. 61, 2003, pp. 141 - 174.
- DION, M., « Bijuridisme canadien et harmonisation du droit » dans PERRET, L., A.-F. BISSON et N. MARIANI, dir., *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, pp. 189-197.
- D'ONORIO, J.-B., « Le rapatriement de la Constitution canadienne », *RIDC*, vol. 35, 1983, pp. 69-108.
- DUPLÉ, N., « La Cour suprême et le rapatriement de la constitution : la victoire du compromis sur la rigueur », *C. de D.*, vol. 22, 1981, pp. 619-648.
- DYZENHAUS, D., « Constituting the Rule of Law: Fundamental Values in Administrative Law », *Queen's L.J.*, vol. 27, 2002, pp. 445-509.
- FLEMMING, R. B., « Processing Appeals for Judicial Review: The Institutions of Agenda Setting in the Supreme Courts of Canada and the United States » dans MELLON, H. et M. WESTMACOTT, dir., *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough, Nelson-Thomson Learning, 2000, pp. 40-62.
- FORBES, H. D., « Trudeau's Moral Vision » dans PEACOCK, A. A., dir., *Rethinking the Constitution : Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 1996, pp. 17-39.

- FOSSUM, J. E., « The Transformation of the Nation-State: The EU and Canada Compared » dans FOSSUM, J. E., dir., *Constitutional Processes in Canada and the EU Compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, pp. 7-53.
- FOUCHER, P., « Autonomie des communautés francophones minoritaires du Canada : le point de vue du droit », *Minorité Linguistiques et Société*, vol. 1, 2012, pp. 90–114.
- FOUCHER, P., « Droits et lois linguistiques : le droit au service du Canada français » dans THÉRIAULT, J.-Y., A. GILBERT et L. CARDINAL, dir., *L'espace francophone en milieu minoritaire au Canada*, Montréal, Fides, 2008, pp. 463-556.
- FOUCHER, P., « Langues, lois et droits. Pour qui ? Pourquoi ? L'action de l'État et des acteurs sociaux dans le domaine juridique en matière de langues officielles au Canada » dans MARTEL, M. et M. PÂQUET, dir., *Légiférer en matière linguistique*, Québec, P.U.L., 2008, pp. 389-445.
- FRANKS, C. E. S., « Rights and Self-government for Canada's Aboriginal Peoples » dans COOK, C. et J. D. LINDAU, dir., *Aboriginal Rights and Self-Government The Canadian and Mexican Experience in North American Perspective*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2000, pp. 101-134.
- FRÉMONT, J., « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexions autour de malaises » dans Barreau du Québec et Tribunal des droits de la personne, dir., *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où ?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 63-82.
- GAGNON, A. G. et R. SIMEON, « Canada » dans MORENO, L. et C. COLINO, dir., *A Global Dialogue on Federalism vol 7. Diversity and Unity in Federal Countries*, Montréal, McGill-Queen's university Press, 2010, pp. 110-137.
- GAGNON, A.-G., « Le fédéralisme asymétrique au Canada » dans GAGNON, A. G., dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 287.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. et C.-M. PANACCIO, « The Asymetrical Distinctness of the Charter of Human Rights and Freedoms in the post-Chaouilli Era », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 217-253.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. et F. GELINAS, « Introduction » dans GAUDREAU-DESBIENS, J.-F. et F. GELINAS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 2.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « Le juge comme agent de migration de canevas de raisonnement entre le droit civil et la common law. Quelques observations à partir d'évolutions récentes du droit constitutionnel canadien » dans OTIS, G., dir., *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, pp. 41-99.
- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « The "Principle of Federalism" and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 54, 2011, pp. 77-115.

- GAUDREAU-DESBIENS, J.-F., « La Charte canadienne des droits et libertés et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 271- 310.
- GÉLINAS, F., « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *CCC*, vol. 24, 2008, pp. 72-77.
- GELINEAU-ASSERAY, É. et A. LAJOIE, « Les conceptions canadiennes des droits ancestraux », *R.J.T.*, vol. 38, 2004, pp. 489-529.
- GÉLY, M.-L., « La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l'évolution du fédéralisme : la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatérale du Québec », *RDP*, 1999, pp. 1645-1667.
- GLENN, P., « La Cour suprême du Canada et la tradition du droit civil », *R. du B. can.*, vol. 80, 2001, p. 151.
- GLENN, P., « Divided Justice? Judicial Structures in Federal and Confederal States », *S.C. L. Rev.*, vol. 46, 1994-1995, pp. 819-833.
- GOVER, K., « When Tribalism Meets Liberalism: Human Rights and Indigenous Boundary Problems in Canada », *U. of T. L.J.*, vol. 64, 2014, pp. 206-242.
- GRAMMOND, S., « Qui peut réformer le Sénat canadien ? », en ligne : *Revista Catalana de Dret Public*, vol.48, 2014, <DOI : 10.2436/20.8030.01.20.>.
- GRAMMOND, S., « The Reception of Indigenous Legal Systems in Canada » dans BRETON, A., A. Des ORMEAUX, K. PISTOR et P. SALMON, dir., *Multijuralism : Manifestations, Causes, and Consequences*, Aldershot, Ashgate, 2009, pp. 45-76.
- GRAMMOND, S., « Conceptions canadienne et québécoise des droits fondamentaux et de la religion : convergence ou conflit ? », *R.J.T.*, vol. 43, 2009, pp. 83-108.
- GRAMMOND, S., « Pour l'inclusion des droits autochtones dans la Charte des droits et libertés de la personne », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 295-319.
- GROPPI, T., « La garantie des droits et libertés au niveau fédéral et provincial au Canada » dans AMIRANTE, C. et C. CASONATO, dir., *The Protection of Fundamental Rights in Europe : Lessons from Canada*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004, pp. 61-80.
- HAUSEGGER, L., M. HENNIGAR et T. RIDDELL, « Federal Judicial Appointments: A Look at Patronage in Federal Appointments since 1988 », *U. of T. L.J.*, Vol. 58, 2008, pp. 39-74.
- HOGG, P. W., A. A. BUSHELL THORTON et W. K. WRIGHT, « Charter Dialogue Revisited or "much about metaphors" », *Osgoode H.L.J.*, vol. 45, 2007, pp. 1-65.
- HOGG, P. W. et A. A. BUSHELL THORTON, « Reply to 'Six Degrees of Dialogue' », *Osgoode H.L.J.*, vol. 37, 1999, p. 529 et s.
- HOGG, P. W. et A. A. BUSHELL, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or perhaps The Charter of Rights Isn't Such a bad Thing After All) », *Osgoode H.L.J.*, vol. 35, 1997, pp. 75-124.

- HOGG, P. W. et M. E. A.-K. TURPEL, « Implementing Aboriginal Self-government: Constitutional and Jurisdictional Issues », *R. du B. can.*, vol. 74, 1995, pp. 187-256.
- HOGG, P. W., « Canada : from Privy Council to Supreme Court » dans GOLDSWORTHY, J. D., dir., *Interpreting Constitutions: a Comparative Study*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 55-105.
- HOGG, P. W., « The Role of a Chief Justice in Canada », *Queen's L.J.*, vol. 19, 1994, pp. 248-260.
- HOGG, P. W., « Federalism Fights the Charter of Rights » dans SUGARMAN, D. et R. WHITAKER, dir., *Federalism and Political Community: Essays in Honour of Donald Smiley*, Peterborough, Broadview Press, 1989, pp. 249-266.
- HOGG, P. W., « Federalism and the Jurisdiction of Canadian Courts », *R.D.U.N.-B.*, vol. 30, 1981, pp. 9-25.
- HOPKINS, J. C. ET A. C. PEELING, « Aboriginal Judicial Appointments to the Supreme Court of Canada », en ligne : *Paper Prepared for the Indigenous Bar Association*, 2004, <<http://www.indigenousbar.ca/pdf/Aboriginal%20Appointment%20to%20the%20Supreme%20Court%20Final.pdf>>.
- HOUDE, M. et G. OTIS, « Les logiques de la rationalité judiciaire et le processus de la preuve dans le contentieux des droits des peuples autochtones : le cas des récits oraux », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 5-47.
- HUEGLIN, T. O., « Treaty Federalism as a Model of Policy Making: Comparing Canada and the European Union », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 185-202.
- HUGUES, P., « The Intersection of Public and Private under the Charter », *R.D.U.N.-B.*, vol. 52, 2003, pp. 201-214.
- HUSCROFT, G. A., « Rationalizing judicial power: the mischief of Dialogue Theory » dans KELLY, J. B. et C. MANFREDI, dir., *Contested constitutionalism: reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedom*, Vancouver, UBC Press, 2009, pp. 50-65.
- HUTCHINS, P. W., C. HILLING et D. SCHULZE, « The Aboriginal Right to Self-Government and the Canadian Constitution: The Ghost in the Machine », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 29, 1995, pp. 251-302.
- HUTCHINSON, C., « Case Comment on R. v. Kapp : An Analytical Framework for Section 25 of the Charter », *R.D. McGill*, vol. 52, 2007, pp. 173 - 190
- ISAAC, T., « Canadian Charter of Rights and Freedoms: the Challenge of the Individual and Collective Rights of Aboriginal People », *The Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 21, 2002, pp. 431-53.
- KAHANA, T., « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter », *Adm. pub. Can.*, vol. 44, 2001, pp. 255-291.
- KARAZIVAN, N., « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés par les valeurs : l'article 32 », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 61, 2013, pp. 241-292.

- KELLY, J. B., « Legislative Activism and Parliamentary Bill of Rights: Institutional Lessons for Canada » dans KELLY, J. B. et C. MANFREDI, dir., *Contested constitutionalism : reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, p. 86 et s.
- KELLY, J. B., « The Courts, the Charter, and Federalism » dans BAKVIS, H. et G. SKOGSTAD, dir., *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Toronto, Oxford university Press, 2008, pp. 41-62.
- KELLY, J. B., « Reconciling Rights and Federalism during Review of the Charter of Rights and Freedoms: The Supreme Court of Canada and the Centralization Thesis, 1982 to 1999 », *Can. J. Pol. Sc.*, vol. 34, 2001, pp. 321-355.
- KOUSSENS, D., S. BERNATCHEZ et M.-P. ROBERT, « Le voile intégral : analyse juridique d'un objet religieux », *Can.J.L. & Society*, vol. 29, 2014, pp. 77-92.
- LADNER, K. L. et M. McCROSSAN, « The Road Not Taken: Aboriginal Rights after the Re-imagining of the Canadian Constitutional Order » dans KELLY, J. B. et C. MANFREDI, dir., *Contested Constitutionalism. Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Vancouver, UBC Press, 2009, pp. 263-283.
- LAFOREST, G., « La Charte canadienne des droits et libertés au Québec : nationaliste injuste et illégitime » dans ROCHER, F., dir., *Bilan québécois du fédéralisme canadien*, Montréal, VLB, 1992, pp. 124-151.
- Lajoie, A., « Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle » dans GELINAS, F. et G.-D. Jean-François, dir., *Le fédéralisme dans tous ses États*, Bruxelles/Cowansville, Bruylant /Y. Blais, 2005, pp. 365-381.
- LAMARCHE, L., « Les institutions de défense et de promotion des droits de la personne et du citoyen au Québec : un chaos apparent », *Revue Française d'Administration Publique*, vol. 139, 2011, pp. 487-498.
- LAMBERT, D., « Where to From Here: Reconciling Aboriginal Title with Crown sovereignty » dans MORELLATO, M., dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Ont, Canada Law Book, 2009, pp. 31-54.
- LAMPRON, L.-P. et E. BROUILLET, « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 91-141.
- LAMPRON, L.-P., « Charte des valeurs : un projet pavé de bonnes intentions ? », *Éthique Publique*, vol. 15, 2013, pp. 1-6.
- LANGLOIS, R., « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve » dans TURP, D. et G. A. BEAUDOIN, dir., *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, pp. 159-189.
- LEACH, R. H., « Implications for federalism of the reformed constitution of Canada », *Law & Contemp. Probs.*, vol. 45, 1982, pp. 149-164.
- LEBEL, L. et P.-L. L. SAUNIER, « L'interaction du droit civil et de la common law à la Cour suprême du Canada », *C. de D.*, vol. 47, 2006, pp. 179-238.

- LEBEL, M., « La Charte dix ans après », *R.G.D.*, vol. 25, 1994, pp. 151-154.
- LEBEL, M., « Les tribunaux canadiens et la protection des droits de la personne », *R.G.D.*, vol. 12, 1981, pp. 401-412.
- LECLAIR, J., « Federal Constitutionalism and Aboriginal Difference », *Queen's L.J.*, vol. 31, 2006, pp. 521-535.
- LECLAIR, J., « Reforming the Division of Powers in Canada : An (Un)Achievable Endeavour? » dans Robbers, G., dir., *Reforming Federalism, Foreign Experiences for a Reform in Germany*, Frankfurt/M., Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 2005, pp. 93-134.
- LECLAIR, J., « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » dans GELINAS, F. et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 383-414.
- LECLAIR, J., « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 381-420.
- LESSARD, H., « Jurisdictional Justice, Democracy and the Story of Insite », *Forum Constitutionnel*, vol. 19, 2011, pp. 93-112.
- LLUELLES, D. et P. TRUDEL, « L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé », *R.J.T.*, vol. 18, 1984, pp. 220-252.
- LONG, A. J. et K. BEATY CHISTE, « Indian Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *American Indian Culture & Research Journal*, vol. 18, 1994, pp. 91-119.
- MACKAY, A. W., « Marriage of Human Rights Codes and Section 15 of the Charter in Pursuit of Equality: A Case for Greater Separation in Both Theory and Practice », *R.D.U.N.-B.*, vol. 64, 2013, pp. 54-102.
- MACLURE, J., « Laïcité et fédéralisme. Le débat sur la Charte de la laïcité dans le contexte fédéral canadien », en ligne : *L'idée fédérale*, 2014, <http://ideefederale.ca/documents/Charte_fr.pdf>.
- MAGUIRE WELLINGTON, L., « Bijuridisme canadien : méthodologie et terminologie de l'harmonisation », dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication*, Fascicule 4, Ottawa, ministère de la Justice du Canada, 2001, p. 23.
- MANFREDI, C. et J. B. KELLY, « Six Degrees of Dialogue : A Response to Hogg and Bushell », *Osgoode H.L.J.*, 1999, p. 513 et s.
- MANFREDI, C., « The Life of a Metaphor: Dialogue in the Supreme Court, 1998-2003 », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 23, 2004, p. 105 et s.
- MASSE, C., « Le critère unifié de l'affaire Meiorin dans le contexte de la défense prévue à l'article 20 de la Charte québécoise : la non-application du volet subjectif relatif à la bonne foi de l'employeur » dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, dir., *Les 25 ans de la Charte québécoise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, pp. 65-89.

- MAYER, V., « La Cour suprême du Canada et le processus démocratique, redéfinition et impact politique », *Pouvoirs*, vol. 59, 1991, pp. 143-158.
- McMURTRY, R., « The Creation of an Entrenched Charter of Rights - A Personal Memoir », *Queen's L.J.*, vol. 31, 2006, pp. 456-469.
- MCNEIL, K., « Judicial Approaches to Self-Government since Calder: Searching for Doctrinal Coherence » dans FOSTER, H., H. RAVEN et J. WEBBER, dir., *Let Right be Done, Aboriginal Title, the Calder Case and the Future of Indigenous Rights*, Vancouver, UBC Press, 2007, pp. 129-152.
- MCNEIL, K., « Le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale : Nouvelles orientations de la recherche en droit », en ligne : *Rapport de recherche préparé pour le Centre de la gouvernance des Premières Nations*, 2004, <http://www.fngovernance.org/pdf/KentMcNeil_DroitInherent_FR.pdf>.
- MCNEIL, K., « Aboriginal Governments and the Charter: Lessons from the United States », *Can.J.L. & Society*, vol. 17, 2002, pp. 73-105.
- McNEIL, K., « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode H.L.J.*, vol. 34, 1996, pp. 61-99.
- MCNEIL, K., « Envisaging Constitutional Space for Aboriginal Governments », *Queen's L.J.*, vol. 19, 1993-1994, pp. 95-136.
- MELLON, H., « Introduction : Appreciating the Supreme Court's National Significance » dans MELLON, H. et M. WESTMACOTT, dir., *Political Dispute and Judicial Review*, Scarborough, Nelson-Thomson Learning, 2000, pp. 2-30.
- MENDES, E., « Section 1 of the Charter after 30 years: the Soul of the Dagger at its Heart? », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 61, 2013, pp. 293-336.
- MESTRAL, A. d. et J. WINTER, « Mobility Rights in the European Union and Canada », *McGill L.J.*, vol. 46, 2001, pp. 979-1009.
- MONAHAN, P. J., « The Supreme Court of Canada in the 21st Century », *Canadian Bar Review*, vol. 80, 2001, pp. 374-398.
- MOREAU, S., « R. v. Kapp : New Direction for Section 15 », *Ottawa L.R.*, vol. 40, 2008-2009, pp. 283-298.
- MOREL, A., « L'originalité de la Charte québécoise en péril » dans Formation permanente du Barreau du Québec, dir., *Développements récents en droit administratif*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, pp. 65- 89.
- MORIN, J.-Y., « La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne », *R.J.T.*, vol. 21, 1987, pp. 25-69.
- MOREL, A., « La Charte québécoise des droits et libertés : un document unique dans l'histoire législative canadienne », *R.J.T.*, vol. 21, 1987, pp. 1-24.
- MOREL, A., « La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », *R.D.U.S.*, vol. 17, 1986, pp. 49-84.

- MORSE, B. W., « Tsilhqot'In Canadian Aboriginal Title Landmark Decision - A Game Changer ? », en ligne : *Live Encounters*, 2014, <http://liveencounters.net/?page_id=8154>.
- MORSE, B. W., « The Charter and Aboriginal Peoples after 25 Years: An Uneven Experience. », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 37, 2007, pp. 213-60.
- MORTON, F. L., « Dialogue or Monologue ? », *Options Politiques*, 1999, pp. 23-26.
- MORTON, F. L., « The Effects of the Charter of Rights on Canadian Federalism », *Publius*, vol. 25, 1995, pp. 173-188.
- MOTARD, G. et S. PICARD, « R. c. Kapp : Quelle interprétation pour les articles 15 et 25 de la Charte canadienne ? », *Revue Québécoise de Droit Constitutionnel*, vol. 1, 2008, pp. 196-213.
- NAHANEE, T., « Danser avec un gorille : les femmes autochtones, la justice et la Charte » dans Commission royale sur les peuples autochtones, dir., *Les peuples autochtones et la justice*, Ottawa, Groupe communication Canada, 1993, pp. 371 - 395.
- NAPOLEON, V. R., A. CAMERON, C. ARCAND et D. SCOTT, « Where is the Law in Restorative Justice? » dans BELANGER, Y. D., dir., *Aboriginal Self-Government in Canada - Current Trends and Issues*, Saskatoon, Purich Pub, 2008, pp. 348-372.
- NEWMAN, D. G., « Changing Division of Powers Doctrine and the Emergent Principle of Subsidiarity », *Sask.L.Rev.*, vol. 74, 2011, pp. 21-31.
- NEWMAN, D. G., « You Still Know Nothin' 'Bout Me: Toward Cross-Cultural Theorizing of Aboriginal Rights », *R.D. McGill*, vol. 52, 2007, pp. 725 - 756.
- OTIS, G., « Fondements et limites de la reconnaissance judiciaire des cultures juridiques autochtones au Canada » dans OTIS, G., dir., *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Paris, Karthala, 2013, pp. 101-134.
- OTIS, G., « La protection constitutionnelle de la pluralité juridique : le cas de “l’adoption coutumière” autochtone au Québec », *R.G.D.*, vol. 41, 2011, pp. 567-610.
- OTIS, G., « La place des cultures juridiques et des langues autochtones dans les accords d’autonomie gouvernementale au Canada », *R.D. McGill*, vol. 54, 2009, pp. 237-256.
- OTIS, G., « L’autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : sub qua lege vivis », *R.D. McGill*, vol. 52, 2007, pp. 657-679.
- OTIS, G., « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne ? », *Ottawa L.R.*, vol. 36, 2004/2005, pp. 207-257.
- OTIS, G., « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *C. de D.*, vol. 40, 1999, pp. 591-620.
- OTIS, G., « La justice constitutionnelle au Canada à l’approche de l’an 2000 : uniformisation ou construction plurielle du droit ? », *Revue de Droit d’Ottawa*, vol. 27, 1995-1996, pp. 261-279.
- OTIS, G., « The Charter, Private Action and the Supreme Court », *Ottawa L.R.*, vol. 19, 1987, pp. 71-94.

- PAPE, A., « The Duty to Consult and Accommodate: A Judicial Innovation Intended to Promote Reconciliation » dans MORELLATO, M., dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*, Aurora, Ont, Canada Law Book, 2009, pp. 313-331.
- PAPILLON, M., « Canadian Federalism and the Emerging Mosaic of Aboriginal Multilevel Governance » dans BAKVIS, H. et G. SKOGSTAD, dir., *Canadian Federalism: Performance, Effectiveness and Legitimacy*, Toronto, Oxford university Press, 2008, pp. 291-313.
- PAPILLON, M., « Vers un fédéralisme postcolonial ? La difficile redéfinition des rapports entre l'État canadien et les peuples autochtones » dans GAGNON, A. G., dir., *Le fédéralisme canadien contemporain - fondements, traditions, institutions*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 461-486.
- PARÉ, M., « La légitimité de la clause dérogatoire de la Charte canadienne des droits et libertés en regard du droit international », *R.J.T.*, vol. 29, 1995, pp. 627-655.
- PEACOCK, A. A., « Judicial Rationalism and the Therapeutic Constitution: The Supreme Court's Reconstruction of Equality and Democratic Process under the Charter of Rights and Freedoms » dans JAMES, P., D. E. ABELSON et M. LUSZTIG, dir., *Myth of the Sacred: The Charter, the Court, and the Politics of the Constitution in Canada*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, pp. 17- 65.
- PELLETIER, B., « La nature quasi constitutionnelle de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec et l'idée d'une constitution québécoise », *Bulletin Québécois de Droit Constitutionnel*, vol. 2, 2007, pp. 1-7.
- PELLETIER, B., « Les modalités de la modification de la Constitution au Canada », *RJT*, 1999, vol 33, pp 3-58.
- PETTER, A., « Taking Dialogue Theory Much Too Seriously (Or Perhaps Charter Dialogue Isn't Such a Good thing After All », *Osgoode H.L.J.*, vol. 45, 2007, pp. 147-168.
- PINARD, D., « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour suprême du Canada : l'arrêt Chaoulli », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 420-453.
- PINARD, D., « Les Dix Ans de la Charte Canadienne des Droits et Libertés et le Droit Civil Québécois : Quelques Réflexions », *Ottawa L.R.*, vol. 24, 1992, pp. 193-233.
- PINARD, D., « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative de la Charte canadienne des droits et libertés », *C. de D.*, vol. 30, 1989, pp. 137-187.
- PLAXTON, M. et C. MATHEN, « Purposive Interpretation, Quebec, and the Supreme Court Act », *Forum Constitutionnel*, vol. 22, 2013, pp. 15-26.
- PROULX, D., « Le concept de dignité et son usage en contexte de discrimination : deux Chartes, deux modèles », *R. du B.*, vol. Numéro spécial en marge du 20ème anniversaire de la Charte canadienne, 2003, pp. 485-542.
- PROULX, D., « La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts Forget, Devine et Ford », *R.J.T.*, vol. 24, 1990, pp. 375-395.
- PROULX, D., « La suprématie des droits et libertés de la personne et la question constitutionnelle au Canada », *R.G.D.*, vol. 12, 1981, pp. 413-429.

- REICHMAN, A., « A Charter-Free Domain: in Deference of Dolphin Delivery », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 3, 2001-2002, pp. 329-392.
- REID, S., « Penumbras for the People: Placing Judicial Supremacy under Popular Control » dans PEACOCK, A. A., dir., *Rethinking the Constitution : Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation, and Theory*, Don Mills, Ont, Oxford University Press, 1996, pp. 186-213.
- RIVERA PEREZ, W., « Dolphin Delivery: The Constitutional Values Standard and its Implications for Private Law in Quebec », *Ohio N.U. L. Rev.*, vol. 36, 2010, pp. 59-80.
- ROACH, K., « Dialogue or Defiance : Legislative Reversals of Supreme Court Decisions in Canada », *Int'l. J. Constit. L.*, vol. 4, 2006, pp. 347-370.
- ROACH, K., « Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures », *R. du B. can.*, vol. 80, 2001, pp. 481-533.
- ROBITAILLE, D. et S. GRAMMOND, « Les processus d'accommodement religieux et autochtone dans les institutions publiques canadiennes : quelques comparaisons », *C. de D.*, vol. 50, 2009, pp. 75-119.
- ROBITAILLE, D., « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques ? », *R. du B.*, vol. thématique en marge du 30ème anniversaire de la Charte des droits et libertés de la personne, 2006, pp. 455-493.
- ROBITAILLE, D., « Non-indépendance et autonomie de la norme d'égalité québécoise : des concepts « fondateurs » qui méritent d'être mieux connus », *R.D.U.S.*, vol. 35, 2004, pp. 103-143.
- ROBITAILLE, D., « Vous êtes victime de discrimination et vous souhaitez en faire la preuve ? Bonne chance ! », *R. du B.*, vol. 62, 2002, pp. 319-358.
- ROCHER, F., « La dynamique Québec-Canada ou le refus de l'idéal fédéral » dans GAGNON, A.-G., dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 93-146.
- RUSSEL, P. H., « Standing up for Notwithstanding », *Alta L. Rev.*, vol. 29, 1991, pp. 293-309.
- RUSSEL, P. H., « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *R. du B. can.*, vol. 61, 1983, pp. 30-54.
- RYDER, B., « The Strange Double Life of Canadian Equality Rights », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 261-294.
- SAMSON, M., « Le droit à l'égalité dans l'accès aux biens et aux services : L'originalité des garanties offertes par la charte québécoise », *R.D.U.S.*, vol. 38, 2008, pp. 413-481.
- SANDERS, D., « An Uncertain Path: The Aboriginal Constitutional Conferences » dans WEILER, P. C. et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 63-77.
- SANTORINEOS, A.-M., « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : Le difficile accès au Tribunal des droits de la personne », *R.D.U.S.*, vol. 42, 2012, pp. 42-85.

- SCHNEIDERMAN, D., « Dual(ling) Charters : The Harmonics of Rights in Canada and Quebec », *Ottawa L.R.*, vol. 24, 1992, pp. 235-263.
- SCHWARTZ, B., « A Separate Aboriginal Justice System? », *Revue de Droit Manitobain*, vol. 19, 1990, pp. 77-91.
- SENIUK, G. T. G. et J. BORROWS, « The House of Justice: A Single Trial Court », *Crim. L.Q.*, vol. 48, 2003-2004, pp. 126-140.
- SENIUK, G. T. G. et N. LYON, « The Supreme Court of Canada and the Provincial Court in Canada », *R. du B. can.*, vol. 79, 2000, pp. 77-119.
- SEYMOUR, M., « Une constitution interne comme remède au malaise identitaire québécois » dans GAGNON, A. G., dir., *La diversité québécoise en débat*, Montréal, Les Éditions Québec Amérique, 2010, pp. 224-242.
- SEYMOUR, M., « La proie pour l'ombre. Les illusions d'une réforme de la fédération canadienne », dans A.-G. GAGNON (dir.), *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 211 et s.
- SHARMAN, C., « The Strange Case of a Provincial Constitution: The British Columbia Constitution Act », *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, vol. 17, 1984, pp. 87-108.
- SIMEON, R. et M. PAPILLON, « Canada » dans MAJEED, A., R. L. Watts et D. M. Brown, dir., *A Global Dialogue on Federalism vol. 2. Distribution of Powers and responsibilities in Federal Countries*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2006, pp. 92-123.
- SLATTERY, B., « The Charters Relevance to Private Litigation: Does Dolphin Deliver? », *McGill L.J.*, vol. 32, 1986-1987, pp. 905-923.
- SOSSIN, L., « The Sounds of Silence: Law Clerks, Policy Making and the Supreme Court of Canada », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 30, 1996, pp. 279-308.
- ST-HILAIRE, M., « Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique : bonne décision, mauvaises raisons », *R.G.D.*, vol. 44, 2014, pp. 445-504.
- SWINTON, K., « Application de la Charte canadienne des droits et libertés » dans BEAUDOIN, G. A. et W. S. TARNOPOLSKY, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1982, pp. 51-74.
- TAILLON, P. et A. DESCHENES, « Une voie inexplorée de renouvellement du fédéralisme canadien : l'obligation constitutionnelle de négocier des changements constitutionnels », *C. de D.*, vol. 53, 2012, pp. 461-522.
- TARNOPOLSKY, W. S., « The Constitution and Human Rights » dans BANTING, K. et R. SIMEON, dir., *And No One Cheered: Federalism, Democracy and the Constitution Act*, Toronto, Methuen, 1983, pp. 261-279.
- TARNOPOLSKY, W. S., « The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Law & Contemp. Probs.*, vol. 44, 1981, pp. 169-193.
- TARR, A. G., « Subnational Constitutions and Minority Rights: A Perspective on Canadian Provincial Constitutionalism », *Rutgers L.J.*, vol. 40, 2008-2009, pp. 767-792.

- TASSÉ, L., « Application de la Charte canadienne des droits et libertés (articles 30, 31, 32, 33 et 52) » dans BEAUDOIN, G. A. et E. MENDES, dir., *Canadian Charter of Rights and Freedoms = Charte canadienne des droits et libertés*, Markham, Ont, LexisNexis Butterworths, 2005, pp. 72-162.
- THÉRET, B., « Du principe fédéral à une typologie des fédérations : quelques propositions » dans GELINAS, F. et J.-F. GAUDREAU-DESBIENS, dir., *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, pp. 99-133.
- TRAISNEL, C., « Le fédéralisme des nationalistes. Possibilité politiques, mobilisations nationalistes et construction des identités distinctes dans le cadre du fédéralisme de dissociation en Belgique et au Canada » dans CARDINAL, L., dir., *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Éditions Prise de Parole, 2008, pp. 99-135.
- TULLY, J., « Le fédéralisme à voies multiples et la Charte » dans GAGNON, A. G., dir., *Québec : État et société. Tome I.*, Montréal, Les Éditions Québec/Amérique, 1994, pp. 125-149.
- TURP, D., « La suprématie de la convention européenne des droits de l'homme et des chartes canadiennes et québécoise de droits et libertés » dans BEAUDOIN, G. A., dir., *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des Journées strasbourgeoises 1988*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, pp. 45-71.
- TURPEL, M. E. A.-K., « Aboriginal Peoples and the Canadian Charter. Interpretative Monopolies, Cultural Differences », *A.C.D.P.*, vol. 6, 1989, pp. 3-45.
- TUSSEAU, G., « Sur une technique de fédéralisme coopératif : les délégations interparlementaires au Canada », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 961-976.
- VIZKELETY, B., « Impact de la Charte canadienne sur la Charte québécoise : affirmation ou négation des droits et libertés prévus dans la Charte du Québec ? » dans Service de formation continue du Barreau du Québec, dir., *Les 25 ans de la Charte canadienne des droits et libertés*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 49.
- WALDRON, J., « Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators », *Sup. Ct. L. Rev.* (2d), vol. 23, 2004, pp. 7-47.
- WEILER, P. C., « The Evolution of the Charter: a View from the Outside » dans WEILER, P. C. et R. ELLIOT, dir., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, pp. 49-62.
- WEINRIB, L. E., « The Supreme Court of Canada in the Age of Rights: Constitutional Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights under Canada's Constitution », *R. du B. can.*, vol. 80, 2001, pp. 699-748.
- WHONNOCK, K. L., « A Tale of Two Courts: The New Westminster First Nation Court and the Colville Tribal Court », *U.B.C.L. Rev.*, vol. 44, 2011, pp. 99-110.
- WILKINS, K., « R. v. Morris : A Shot in the Dark and Its Repercussions », *Indigenous Law Journal*, vol. 7, 2008.

- WILKINS, K., « But We Need the Eggs Too: The Royal Commission, the Charter and the Inherent Right to Aboriginal Self-Government », *U. of T. L.J.*, vol. 49, 1999, pp. 53-121.
- WISEMAN, N., « The Quest for a Quebec Constitution », *American Review of Canadian Studies*, vol. 40, 2010, pp. 56-70.
- WOEHLING, J., « Les conséquences de l'application de la Charte canadienne des droits et libertés pour la vie politique et démocratique et l'équilibre du système fédéral » dans GAGNON, A.-G., dir., *Le fédéralisme canadien contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, pp. 251-274.
- WOEHLING, J., « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », *R.D. McGill*, vol. 46, 2000, pp. 21-68.
- WOEHLING, J., « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », *RFDC*, vol. 37, 1999, pp. 3-27.
- WOEHLING, J., « La Cour suprême du Canada et la problématique de la limitation des droits et libertés », *RTDH*, 1993, pp. 379-410.
- WRIGHT, W. K., « Facilitating Intergovernmental Dialogue: Judicial Review of the Division of Powers in the Supreme Court of Canada », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 51, 2010, pp. 625-693.
- ZELICK, G., « The European Convention on Human Rights: Its Significance for Charter Litigation » dans SHARPE, R. J., dir., *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, p. 97 et s.
- ZWIBEL, C. F., « Reconciling Rights: The Whatcott Case as Missed Opportunity », *Sup. Ct. L. Rev. (2d)*, vol. 63, 2013, pp. 313-335.

3. Europe

- ACIERNO, S., « The Carpenter Judgement: Fundamental Rights and the Limits of Community Legal Order », *ELR*, vol. 28, 2003, pp. 398-407.
- AKANDJI-KOMBÉ, J.-F., « Arrêt “Åkerberg Fransson” : l'application juridictionnelle de la Charte européenne des droits fondamentaux », *JDE*, 2013, pp. 184-186.
- ALBERTON, G., « Et le Conseil constitutionnel ouvrit la boîte de Pandore... (ou les répercussions de la décision rendue le 19 novembre 2004 sur le juge ordinaire) », *AJDA*, 2006, pp. 593-601.
- ALBI, A., « An essay on how the discourse on sovereignty and on the co-operativeness of national courts has diverted attention from the erosion of classic constitutional rights in the EU » dans CLAES, M., M. DE VISSER, P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 41-70.
- ALSTON, P. et J. H. H. WEILER, « An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy: The European Union and Human Rights » dans ALSTON, P., dir., *The European Union and Human Rights*, Oxford England ; New York, Oxford University Press, 1999, pp. 3-66.

- ANDERSON, D. et C. C. MURPHY, « The Charter of Fundamental Rights : History and Prospects in Post-Lisbon Europe », en ligne: *EUI Working Papers LAW*, vol.8, 2011, <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/17597/LAW_2011_08.pdf?sequence=1>.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Unité ou dualité du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne depuis le Traité de Lisbonne ? Brèves réflexions théoriques sur les droits fondamentaux de l'Union européenne » dans DE GROVE-VALDEYRON, N. et M. BLANQUET, dir., *Mélanges en l'honneur de Joël Molinier*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, pp. 15-21.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « À qui appartient le contrôle des droits fondamentaux en Europe ? » dans FAVREU, B., dir., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 39-60.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Le champ d'application personnel, horizon du droit communautaire ? Droits fondamentaux communautaires et champ d'application personnel du droit communautaire », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 57-72.
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de fondamentalité ? », *RFDA*, 2002, pp. 124-138.
- AZOULAI, L., « The European Court of Justice and the Duty to Respect Sensitive National Interests » dans DAWSON, M., B. DE WITTE et E. MUIR, dir., *Judicial activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 167-187.
- AZOULAI, L., « The Case of Fundamental Rights: a State of Ambivalence » dans MICKLITZ, H.-W. et B. DE WITTE, dir., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, pp. 207-217.
- AZOULAI, L., « The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law? », *European Journal of Legal Studies*, vol. 4, 2011, pp. 192-219.
- AZOULAI, L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, vol. 1, 2008, pp. 29-46.
- AZOULAI, L., « Article II-113 » dans BURGORGUE-LARSEN, L., A. LEVADE et F. PICOD, dir., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, pp. 689-714.
- AZOULAI, L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, vol. 199, 2004, p. 4.
- AZOULAI, L., « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, pp. 859-877.
- BAILLEUX, A., « Entre droits fondamentaux et intégration européenne, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne face à son destin », *RTDH*, vol. 97, 2014, pp. 215-235.
- BAILLEUX, A., « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? » dans KAMINSKI, D., dir., *La flexibilité des sanctions. XXIèmes journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 519-539.

- BAKVIS, H., « “In the Shadows of Hierarchy”: Intergovernmental Governance in Canada and the European Union », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 203-218.
- BAQUERO CRUZ, J., « La CJCE et le système onusien. La Réception de l’arrêt Kadi de la Cour de justice des Communautés européennes » dans DUBOUT, É. et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 117-144.
- BARATTA, R., « National Courts as ‘Guardians’ and ‘Ordinary Courts’ of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 38, 2011, pp. 297-320.
- BARBOU DES PLACES, S., « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire » dans POTVIN-SOLIS, L., dir., *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l’Union européenne, Septièmes Journées d’Études du Pôle Européen Jean Monnet de Metz*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 65-89.
- BARCELO, J. J. I., « ECJ Review of Member State Measures for Compliance with Fundamental Rights » dans MASCLLET, J.-C., H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES, dir., *L’Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l’honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 767-774.
- BARENTS, R., « The Precedence of EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism », *E.C.L. Review*, vol. 5, 2009, pp. 421-446.
- BAST, J., « Legal instrument and Judicial Protection » dans BOGDANDY, A. V. et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, München, Germany CH Beck, 2010, pp. 345-397.
- BAUDOIN, M.-E., « Les pays d’Europe centrale et orientale face à l’articulation des sources de protection des droits fondamentaux » dans DUBOUT, É. et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 279-301.
- BENOIT-ROHMER, F., « L’adhésion de l’Union à la Convention européenne des droits de l’homme », *JDE*, vol. 184, 2011, pp. 285-293.
- BENOIT-ROHMER, F., « L’Union européenne et les droits fondamentaux depuis l’entrée en vigueur du Traité de Lisbonne », *RTDE*, vol. 1, 2011, pp. 145-172.
- BENOÎT-ROHMER, F., « Valeurs et Droits fondamentaux dans la Constitution », *RTDE*, vol. 41, 2005, pp. 261-284.
- BENOÎT-ROHMER, F., « A propos de l’arrêt “Bosphorus Air Lines” du 30 juin 2005 : l’adhésion contrainte de l’Union à la Convention », *RTDH*, 2005, p. 827 et s.
- BERLIOZ, P., « La Cour de justice de l’Union européenne : du dialogue à la cassation ? » dans BOUDON, J., dir., *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Mare & Martin, 2012, pp. 85-131.
- BERNARD, N., « Discrimination and Free Movement in EC Law », *Int’l & Comp. L.Q.*, vol. 45, 1996, pp. 82-08.

- BERRAMDANE, A., « La Cour de justice des Communautés européennes au carrefour des systèmes juridiques » dans MASCLET, J.-C., H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES, dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 227-244.
- BERRAMDANE, A., « Le Traité de Lisbonne et le retour des États », *JCP G*, vol. 9, I, 122, 2008.
- BESSELINK, L. F. M., « General Report - The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon. The Interaction Between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=94>.
- BESSELINK, L. F. M., « Respecting Constitutional Identity in the EU. Case C-208/09, Ilonka Sayn-Wittgenstein v. Landeshauptmann von Wien, Judgment of the Court (Second Chamber) of 22 December 2010. », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 671-693.
- BESSELINK, L. F. M., « Comment on Case C-145/04, Spain v. United Kingdom, judgment of the Grand Chamber of 12 September 2006 », *CML Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 787-813.
- BESSELINK, L. F. M., « Entrapped by the Maximum Standard: on Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union », *CML Rev.*, vol. 35, 1998, pp. 629-680.
- BESSON, S., « European Human Rights, Supranational Judicial Review and Democracy. Thinking Outside the Judicial Box » dans POPELIER, P., C. VAN De HEYNING et P. VAN NUFFEL, dir., *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge , Antwerp ; Portland, Intersentia, 2011, pp. 97-145.
- BESSON, S., « The European Union and Human Rights: Towards A Post- national Human Rights Institution? », *HRLR*, vol. 6, 2006, pp. 323-360.
- BEUTLER, B., « State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: is the Requirement of Manifest Infringement of the Applicable Law Insurmountable Obstacle? », *CML Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 773-804.
- BINDER, D. S., « The European Court of Justice and the Protection of Fundamental Rights in the European Community: New Developments and Future Possibilities in Expanding Fundamental Rights Review to Member State Action », en ligne: *Harvard Jean Monnet Working Paper Series*, vol.4, 1995.
- BIONDI, A., « How to Go Ahead as an EU Law National Judge », *EPL*, vol. 15, 2009, pp. 225-238.
- BIOY, X., « Le préambule comparé » dans BURGORGUE-LARSEN, L., dir., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 91-121.
- BLANQUET, M., « Compétences de l'Union. Architecture générale. Délimitation. », *JCL. Europe Traité*, fasc. 170, 2012.
- BLANQUET, M., « Effet direct du droit communautaire », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2010.

- BLUMANN, C., « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité », *Liberté, justice et tolérance : mélanges en hommage à G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 265-281.
- BLUMANN, C., « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G*, vol. I, 175, 2007, pp. 13-19.
- BLUMANN, C., « Les compétences de l'Union européenne en matière de Droits de l'Homme », *RAE-LEA*, 2006, pp. 11-30.
- BLUMANN, C., « Essai sur le processus de constitutionnalisation de l'Union européenne », *Les mutations contemporaines du droit public, mélanges B. Jeanneau*, Paris, Dalloz, 2001, p. 277.
- BONICHOT, J.-C., « Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen », *RDP*, 2008, pp. 375 et s.
- BONNET, B., « Le paradoxe apparent d'une question prioritaire de constitutionnalité instrument de l'avènement des rapports de systèmes... », *RDP*, 2013, p. 1229 et s.
- BONTINCK, T., « L'effectivité des droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne » dans FAVREU, B., dir., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 101-121.
- BOULOUIS, J., « Commentaire de l'arrêt de la CJCE "Simmenthal" », *AJDA*, 1978, pp. 324 et s.
- BROSSET, E., « Les enseignements de l'affaire Inuit Tapiriit Kanatami : bien-être animal, bien-être des populations inuits et bien être des requérants individuels », *Revue de l'Union européenne*, vol. 586, 2015, pp. 173-186.
- BRYDE, B.-O., « The ECJ's Fundamental Rights Jurisprudence - a Milestone in Transnational Constitutionalism » dans POIARES MADURO, M. et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 119-130.
- BÚRCA, G. D., « After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator? », *MJ*, vol. 20, 2013, pp. 168-184.
- BÚRCA, G. D., « The Road Not Taken: the European Union as a Global Human Rights Actor », *Am. J. Int. L.*, vol. 105, 2011, pp. 649-693.
- BÚRCA, G. D., « The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi », *Harv. Int'l L.J.*, vol. 51, 2010, pp. 1-49.
- BÚRCA, G. D. et J. B. ASCHENBRENNER, « The Development of European Constitutionalism and the Role of the EU Charter of Fundamental Rights », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 9, 2002-2003, pp. 355-382.
- BÚRCA, G. D., « Human Rights: The Charter and Beyond », en ligne : *Jean Monnet Working Paper*, 2001, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/013601.html>>.
- BÚRCA, G. D., « The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor », *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, 1998, pp. 217-235.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2010) », *RDP*, vol. 4, 2011, p. 1021.

- BURGORGUE-LARSEN, L., « Chronique de jurisprudence européenne comparée », *RDP*, 2007, p. 1099 et s.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « L'identité de l'Union européenne au cœur d'une controverse territoriale tricentenaire. Quand le statut de Gibraltar réapparaît sur la scène judiciaire européenne », *RTDE*, 2007, pp. 25-45.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « A propos de la notion de compétence partagée. Du particularisme de l'analyse en droit communautaire », *RGDIP*, vol. 2, 2006, pp. 373-390.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « Les juges face à la Charte. De la prudence à l'audace. » dans BURGORGUE-LARSEN, L., dir., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 3-64.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *CDE*, 2005, pp. 663-690.
- BURGORGUE-LARSEN, L., « La déclaration du 13 décembre 2004 (DTC n° 1/2004) : “Un Solange II à l'espagnole” », en ligne : CCC, vol.18, 2005, <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-18/la-declaration-du-13-decembre-2004-dtc-n-1-2004-br.51927.html>>.
- C. REICH, « Qu'est-ce-que ... le déficit démocratique ? », *RMCE*, 1991, p.14 et s.
- CABRAL, P. et R. NEVES, « General Principles of EU Law and Horizontal Direct Effect », *EPL*, vol. 17, 2011, pp. 437-451.
- CANOR, I., « My Brother's Keeper? Horizontal Solange : “an Ever Closer Distrust Among the Peoples of Europe” », *CML Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 383-422.
- CARIAT, N., « L'invocation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans les litiges horizontaux -- État des lieux après l'arrêt Association de médiation sociale », *CDE*, vol. 50, 2014, pp. 305-336.
- CAROZZA, P., « The EU Charter of Fundamental Rights and the Member States » dans PEERS, S. et A. WARD, dir., *The EU Charter of Fundamental Rights: politics, Law and policy*, Paolo, 2004, pp. 35-58.
- CARTABIA, M., « A Pluralistic Europe of Rights » dans MICKLITZ, H.-W. et B. De WITTE, dir., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2012, pp. 259-277.
- CARTABIA, M., « Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously », *E.C.L. Review*, vol. 5, 2009, pp. 5-31.
- CARTABIA, M., « Taking Dialogue Seriously” The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.12, 2007.
- CARTABIA, M., « The Legacy of Sovereignty in Italy » dans WALKER, N., dir., *Sovereignty in Transition*, Oxford, Hard Publishing, 2003, pp. 305-326.

- CHALMERS, D., « Looking Back at ERT and its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda » dans POIARES MADURO, M. et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 142-150.
- CHALTIEL, F., « L'eupéanisation du juge constitutionnel : le dialogue renforcé entre le Conseil constitutionnel et la Cour de justice de l'Union européenne », *LPA*, 2013, p. 4 et s.
- CHALTIEL, F., « Le Traité de Lisbonne : la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres », *LPA*, vol. 34, 2008, p. 6 et s.
- CHALTIEL, F., « Contribution à la théorie juridique du statut de l'État membre de l'Union européenne : l'exemple français », *Colloque de la C.E.D.E.C.E. à l'Université de Poitiers*, Paris, La Documentation française, 2002, Vol. 1, p. 163-178.
- CLAES, M. et M. DE VISSER, « The Court of Justice as a Federal Constitutional Court : A Comparative Perspective » dans CLOOTS, E., G. BAERE et S. SOTTIAUX, dir., *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 83-109.
- CLAES, M., « Negotiating constitutional identity or whose identity is it anyway? » dans CLAES, M., M. DE VISSER, P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 205-233.
- CLÉMENT-WITZ, L., « La procédure préjudicielle d'urgence, nouveau théâtre du procès européen ? », *CDE*, 2012, pp. 135-166.
- CLOOTS, E., « Respecting Linguistic Identity within the EU's Internal Market : Las », *CML Rev.*, vol. 51, 2014, pp. 623-645.
- CLOSA, C., « National plurality within single statehood in the European Union » dans REQUEJO, F., dir., *Democracy and national pluralism*, Florence, Ky, USA, Routledge, 2001, pp. 84-102.
- COLOMER, D. R.-J., « La Cour de justice de l'Union européenne après le Traité de Lisbonne », *Gaz. Pal.*, vol. 171, 19 juin 2008, p. 23 et s.
- COLUCCI, M., « L'avenir de l'Union européenne entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux », *RDUE*, 2009, pp. 55-72.
- CONSTANTINESCO, V. et V. MICHEL, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011.
- CONSTANTINESCO, V., « La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction ? Contrepoint ou hiérarchie ? » dans MASCLLET, J.-C., H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES, dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, 2010, pp. 80-94.
- CONSTANTINESCO, V., « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? » dans DEHOUSSE, R., dir., *Une Constitution pour l'Europe*, Paris, Presse de la F.N.S.P., 2002, p. 132.

- CONSTANTINESCO, V., « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45.
- COPPEL, J. et A. O'NEILL, « The European Court of Justice: Taking Rights Seriously? », *CML Rev.*, vol. 29, 1992, pp. 669 -692.
- COURONNE, V., « L'autonomie procédurale des États Membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE*, vol. 46, 2010, pp. 273-309.
- COUTRON, L., « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (2014) », *RDP*, 2015, p. 1383 et s.
- COUTRON, L., « Confirmation à l'autrichienne de la jurisprudence Melki et Abdeli. (CJUE, 11 septembre 2014, aff. C-112/13, A. c/ B.) », *RTDE*, 2015, pp. 353-355.
- COUTRON, L., « Réforme de la Cour de justice de l'Union européenne : d'abord l'accessoire, l'urgent peut attendre ! », *RTDE*, 2013, pp. 293-304.
- COUTRON, L., « L'intégration dissimulée du pluralisme dans la motivation des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes » dans LÉVINET, M., dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 189-211.
- COUTRON, L., « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt Kempter (CJCE 12 février 2008, Aff. C-2/06) », *RTDE*, vol. 45, 2009, pp. 69-90.
- COUTRON, L., « La responsabilité des États membres du fait des violations du droit communautaire imputables aux juridictions suprêmes nationales : Franche innovation ou faux-semblant ? », Institut de droit européen des droits de l'homme (dir.), *Le renforcement du rôle de Cour suprême de la CJCE et l'encadrement substantiel du juge national : Cahiers de l'institut de droit européen des droits de l'homme*, 2006, pp. 81-169.
- CRAIG, P., « Constitutions, Constitutionalism, and the European Union », *ELJ*, vol. 7, 2001, pp. 125-150.
- CRAIG, P., « The Jurisdiction of the Community Reconsidered » dans BÚRCA, G. D. et J. H. H. WEILER, dir., *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, pp. 177-214.
- CRUZ VILLALON, P., « “All the guidance”, ERT and Wachauf » dans POIARES MADURO, M. et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 162-169.
- CUNHA RODRIGUES, J. N., « The Incorporation of Fundamental Rights in the Community Legal Order » dans POIARES MADURO, M. et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 89-97.
- CURTIN, D. et R. Van OOI, « The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights », *MJ*, vol. 8, 2001, pp. 102-114.
- DANIELE, L., « La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel ? », *CDE*, 2006, pp. 67-81.

- DARMON, M., « Réflexions sur le recours préjudiciel », *CDE*, 1995, pp. 577-584.
- DAUSES, M. A., « La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », *RTDE*, 1984, pp. 401-424.
- DAWSON, M., « Constitutional Dialogue between Courts and Legislatures in the European Union: Prospects and Limits », *EPL*, vol. 19, 2013, pp. 369-396.
- De BÉCHILLON, D., « Cinq Cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs*, vol. 137, 2011, p. 33-45.
- De la MARE, T. et C. DONNELLY, « Preliminary Rulings and EU Legal Integration: Evolution and Stasis » dans CRAIG, P. et G. D. BÚRCA, dir., *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 363-406.
- De MOL, M., « Küçükdeveci: Mangold Revisited ? Horizontal Direct Effect of a General Principle of EU Law: Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) Judgment of 19 January 2010, Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG », *E.C.L. Review*, vol. 6, 2010, pp. 293-308.
- De SCHUTTER, O., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *RTDH*, vol. 83, 2010, pp. 535-571.
- De SCHUTTER, O., « Les droits fondamentaux dans l'Union européenne », *JDE*, 2013, pp. 159-165.
- De SCHUTTER, O., « The Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, vol.07/04, 2004, <<http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/Rights/deSchutter.pdf>>.
- De WILDE D'ESTMAEL, T., « Les sanctions contre l'Autriche : motifs, objectifs, issues », *Critique internationale*, vol. 8, 2000, pp. 6-12.
- De WITTE, B., « Le rôle passé et futur de la Cour de justice des communautés européennes dans la protection des droits de l'homme » dans ALSTON, P., dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 895-935.
- DECHÂTRE, L., « Karlsruhe et le contrôle ultra vires : une “source de miel” pour adoucir la très acidulée décision Lisbonne », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 861-873.
- DEFEIS, E. F., « Human Rights and the European Court of Justice: An Appraisal », *Fordham Int'l L.J.*, vol. 35, 2007-2008, pp. 1104-1117.
- Del VALLE GALVEZ, J. A., « Constitution espagnole et traité constitutionnel européen. La déclaration du Tribunal Constitucional du 13 décembre 2004 », *CDE*, vol. 41, 2005, pp. 705-723.
- DELVOLVÉ, P., « L'autonomie constitutionnelle des États dans les droits européens », *RFDC*, vol. 100, 2014, pp. 887-906.
- DEPAIGNE, V., « La Charte des droits fondamentaux : un socle autonome pour la protection des droits dans l'Union européenne », *JDE*, vol. 3, 2015, pp. 104-106.

- DIEZ DE VELASCO, M., « La compétence consultative de la Cour de justice des Communautés européennes » dans Capotorti, F., dir., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 177-194.
- DINTILHAC, F., « Subsidiarité », *Rép. Dalloz dr. com.*, 1999.
- DITTERT, D., « Droits fondamentaux européens : vers un effet direct horizontal généralisé ? », *RAE-LEA*, vol. 1, 2014, pp. 177-182.
- DITTERT, D., « La Cour constitutionnelle allemande et le traité de Lisbonne », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 847 - 859.
- DOUGAN, M., « The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, Not Hearts », *CML Rev.*, vol. 45, 2008, pp. 617-703.
- DOUGAN, M., « The Vicissitudes of Life at Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law Before the National Courts » dans CRAIG, P. et G. D. BÚRCA, dir., *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 407-438.
- DOUGLAS-SCOTT, S., « A Table of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis », *CML Rev.*, vol. 43, 2006, pp. 629-665.
- DUBEY, B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE*, vol. 1-2, 2003, pp. 87-134.
- DUBOS, O., « Inconciliable Primauté. L'identité nationale Sonderweg et Self-Restraint au service du pouvoir des juges ? » dans POTVIN-SOLIS, L., dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 429-443.
- DUBOS, O., « L'après-Lisbonne. Les moyens du changement : à la recherche des temps futurs », *Revue Europe*, vol. 7, 2008, p. 65.
- DUBOUT, É., « Nosophobie ou homophobie ? La Cour de justice de l'Union européenne se dérobe face à l'interdiction du don de sang homosexuel en France », *JCP G*, n° 25, 22 Juin 2015, 737.
- DUBOUT, É., « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice de l'Union européenne », *European Journal of Legal Studies*, vol. 6, 2013, pp. 5-23.
- DUBOUT, É., « Le niveau de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne : unitarisme constitutif versus pluralisme constitutionnel - Réflexions autour de l'arrêt Melloni », *CDE*, vol. 2, 2013, pp. 293-317.
- DUBOUT, É., « L'objectif de protection des droits fondamentaux et répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles » dans NEFRAMI, E., dir., *Objectifs et compétences dans l'Union européenne* Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 369-411.
- DUPONT-LASSALE, J., « La "subsidiarité juridictionnelle", instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et Société*, vol. 80, 2012, pp. 47-71.

- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 160, 2010.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., « La question prioritaire de constitutionnalité et le droit européen », *RTDE*, vol. 46, 2010, pp. 577-587.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., « The Protection of Fundamental Rights in the EU: Community of Values with Opt-Out? » dans PERNICE, I. et E. TANCHEV, dir., *Ceci n'est pas une Constitution - Constitutionalisation without a Constitution?*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 119-129.
- EECKHOUT, P., « The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *CML Rev.*, vol. 39, 2002, pp. 945-994.
- EGGER, A., « EU-Fundamental Rights in the National Legal Order: The Obligations of Member States Revisited », *Yearbook of European Law*, vol. 25, 2006, pp. 515-553.
- ENGEL, C., « The European Charter of Fundamental Rights (A changed Political Opportunity structure and its Normative Consequences) », *ELJ*, vol. 7, 2001, pp. 151-170.
- ÉPINAY, A., « Le champ d'application de la Charte des droits fondamentaux : l'arrêt Fransson et ses implications », *CDE*, vol. 50, 2014, pp. 283-303.
- FENET, A., « Diversité linguistique et construction européenne », *RTDE*, 2001, p. 235 et s.
- FINES, F., « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 333-348.
- FINES, F., « Le champ d'application matériel, reflet des compétences communautaires ? », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 37-46.
- FONTANELLI, F., « The European Union's Charter of Fundamental Rights Two Years Later », en ligne : *Perspectives on Federalism*, vol.3, 2011, <http://www.on-federalism.eu/attachments/104_download.pdf>.
- FOSSUM, J. E., « The Transformation of the Nation-State: The EU and Canada Compared » dans FOSSUM, J. E., dir., *Constitutional Processes in Canada and the EU Compared*, Oslo, ARENA Report No 8/05, 2005, pp. 7-53.
- FOSSUM, J. E., « The European Charter. Between Deep Diversity and Constitutional Patriotism? », en ligne : *ARENA Working Papers*, vol.5/03, 2003, <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/workingpapers2003/wp03_5.pdf>.
- FRANKLIN, C., « The Legal Status of the EU Charter of Fundamental Rights after the Treaty of Lisbon », *Tilburg Law Review*, vol. 15, 2010-2011, pp. 137-162.
- FROMONT, M., « La diversité de la justice constitutionnelle en Europe », *Droit et Politique à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 47-59.
- GAÏA, P., « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *RFDC*, 2004, pp. 227-246.

- GALMOT, Y., « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes », *RFDA*, 1990, p. 255 et s.
- GAUDIN, H., « Citoyenneté européenne et droits fondamentaux », *RAE-LEA*, 2006, pp. 83-92.
- GAUDIN, H., « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 7-20.
- GAUDIN, H., « La Cour de Justice, juridiction constitutionnelle ? », *RAE-LEA*, vol. 10, 2000, pp. 209 - 222.
- GAUTIER, M., « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *DA*, n° 10, octobre 2010, étude 19.
- GAZIN, F., « Charte des droits fondamentaux. Comm. 190 », *Revue Europe*, vol. 5, mai 2014, 2014.
- GENEVOIS, B., « Le Conseil constitutionnel et la primauté du droit communautaire », *RFDA*, vol. Les rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique européen, 2005, pp. 239-242.
- GERARDS, J., « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *ELJ*, vol. 17, 2011, pp. 80-120.
- GERKRATH, J., « The Figure of Constitutional Law of the 'Integrated State': The Case of the Grand Duchy of Luxembourg », *E.C.L. Review*, vol. 10, 2014, pp. 109-125.
- GERKRATH, J., « En tant que clé de voûte du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne la Charte demande une application large et décentralisée », en ligne : *Contribution au colloque « Deutsch-Französischer Gesprächskreis für öffentliches Recht*, 2014, <http://orbilu.uni.lu/bitstream/10993/13432/1/contribution%20e%CC%81crite%20DFGK_final_corrige%CC%81e.pdf>.
- GERKRATH, J., « Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ? », *RAE-LEA*, 2006, pp. 31-43.
- GILLIAUX, P., « L'arrêt Unión de Pequeños Agricultores : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité », *CDE*, 2003, pp. 177-202.
- GIRAUD, D. TAYAR, A., « L'autonomie procédurale des États membres à l'épreuve du principe d'effectivité du droit communautaire : la Cour est-elle un arbitre impartial ? (À propos de l'arrêt de la CJCE du 5 octobre 2006) », *LPA*, 4 juillet 2007 n° 133, pp. 8 et s.
- GLANERT, S., « La langue en héritage : Réflexions sur l'uniformisation des droits en Europe », *RIDC*, vol. 4, 2006, pp. 1231-1247.
- GREWE, C. et J. RIDEAU, « L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne : Flash Back sur le coming-out d'un concept ambigu », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 319-345.
- GREWE, C., « Constitutions nationales et droit de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, n° 105, 2009.

- GREWE, C., « Les conflits de normes entre droit communautaire et droits nationaux en matière de droits fondamentaux » dans LECLERC, S., J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M.-J. REDOR, dir., *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 57-73.
- GROSSWALD CURRAN, V., « Romantic Common Law, Enlightened Civil Law : Legal uniformity and the Homogenization of the European Union », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 7, 2001, pp. 63-126.
- GROUSSOT, X., « Constitutional Dialogues, Pluralism and Conflicting Identities » dans AVBELJ, M. et J. KOMÁREK, dir., *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford, Hart Pub., 2012, pp. 319-341.
- GUILLOUD, L., « Le droit au juge dans l'Union européenne : passe, impair et manque », *RDP*, vol. 6, 2012, pp. 1699-1722.
- GUSKI, R., « L'Allemagne » dans DUBOUT, É. et S. TOUZÉ, dir., *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, pp. 217-226.
- GUYOMAR, M., « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire. Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 8 février 2007, Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres », *RFDA*, 2007, p. 384 et s.
- HANF, D. et T. BAUME, « Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses États Membres ? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention », *CDE*, vol. 1-3, 2003, pp. 135-156.
- HANF, D., « L'encadrement constitutionnel de l'appartenance de l'Allemagne à l'Union européenne - L'apport de l'arrêt "Lisbonne" de la Cour constitutionnelle fédérale », *CDE*, vol. 45, 2011, pp. 639-710.
- HANF, D., « Vers une précision de la Europarechtsfreundlichkeit de la loi fondamentale. L'apport de l'arrêt "rétention des données" et de la décision Honeywell du BVerfG », *CDE*, vol. 46, 2010, pp. 515-549.
- HARPAZ, G., « The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: the Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy », *CML Rev.*, vol. 46, 2009, pp. 105-141.
- HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Les droits fondamentaux à Luxembourg. Droit et politique dans la détermination des contours de l'office du juge » dans MASCLET, J.-C., H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES, dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, 2010, pp. 775-794.
- HOFMAN, H. C. H. et A. TÜRK, « The challenges of Europe's integrated administration » dans ERIKSEN, E. O., C. JOERGES et F. RÖDT, dir., *Law and Democracy in the Post-National Union*, Oslo, ARENA Centre for European Studies University of Oslo, 2006, pp. 107-125.
- HUEGLIN, T. O., « Treaty Federalism as a Model of Policy Making: Comparing Canada and the European Union », *Adm. pub. Can.*, vol. 56, 2013, pp. 185-202.
- HUGLO, J.-G., « Le principe d'égalité de traitement, vecteur de l'intégration sociale européenne », *Gaz. Pal.*, vol. 19 juin 2008, n° 171, 2008, p. 52 et s.

- IGLESIAS SANCHEZ, S., « The Court and the Charter: the Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental Rights », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1565-1612.
- ILIOPOULOU, A., « Assurer le respect et la promotion des droits fondamentaux : un nouveau défi pour l'Union européenne », *CDE*, 2007, pp. 421-478.
- ITZCOVICH, G., « Fundamental Rights, Legal Disorder and Legitimacy: The Federfarma Case », en ligne : *Jean Monnet Working Paper*, vol.12, 2008, <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/08/081201.html>>.
- JACOBS, F. G., « Wachauf and the Protection of Fundamental Rights in EC Law » dans POIARES MADURO, M. et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 133-139.
- JACOBS, F. G., « Human rights in the European Union: the Role of the Court of Justice », *ELR*, vol. 26, 2001, pp. 331-341.
- JACQUÉ, J.-P. et J. H. H. WEILER, « Sur la voie de l'Union européenne, une nouvelle architecture judiciaire », *RTDE*, 1990, pp. 441-456.
- JACQUÉ, J.-P., « CJUE - CEDH : 2-0 », *RTDE*, 2015, pp. 823-832.
- JACQUÉ, J.-P., « Les “communautaristes” sous le regard des politologues », *RTDE*, 2012, pp. 737-740.
- JACQUÉ, J.-P., « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDE*, vol. 1, 2011, pp. 7-8.
- JACQUÉ, J.-P., « Le Traité de Lisbonne. Une vue cavalière », *RTDE*, 2008, p. 34.
- JACQUÉ, J.-P., « Droits fondamentaux et compétences internes de la communauté européenne », *Liberté, justice et tolérance : mélanges en hommage à G. Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1007-1028.
- KAKOURIS, C., « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) » dans PESCATORE, P. et P. CAPOTORTI, dir., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden Nomos Verlagsgesellschaft 1987, pp. 319-345.
- KILPATRICK, C., « Community or Communities of Courts in European Integration? Sex Equality Dialogues between UK Courts and the ECJ », *ELJ*, vol. 4, 1998, pp. 121-147.
- KLAUSHOFER, R. et R. PALMSTORFER, « Austrian Constitutional Court Uses Charter of Fundamental Rights of the European Union as Standard of Review: Effects on Union Law », *EPL*, vol. 19, 2013, pp. 1-12.
- KNOOK, A., « The Court, the Charter, and Vertical Division of Powers in the European Union », *CML Rev.*, vol. 42, 2005, pp. 367-398.
- KOMAREK, J., « Creating a Quasi-federal Judicial System of the European Communities », en ligne : *Publications by the Institute for European Law at Stockholm University*, vol.54, 2006, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=934247>.

- KOMAREK, J., « Federal Elements in the Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order », *CML Rev.*, vol. 42, 2005, pp. 9-34.
- KOMBOS, C., « Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity », *EPL*, vol. 12, 2006, pp. 433-460.
- KOOPMANS, T., « La procédure préjudicielle – victime de son succès ? », *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, : Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 347-357.
- KOVAR, R., « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected courses of the Academy of European Law*, vol. IV, Book I, 1993, pp. 15-122.
- KRISCH, N., « The Open Architecture of European Human Rights Law », *MLR*, vol. 71, 2008, p. 183.
- KRONENBERGER, V., « Quand “mise en œuvre” rime avec “champ d'application” : la Cour précise les situations qui relèvent de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le contexte de l'application du ne bis in idem. CJUE, 26 février 2013, Hans Åkerberg Fransson, aff. C- 617/10 », *RAE-LEA*, 2013, pp. 147-159.
- KÜHN, Z., « Wachauf and ERT: On the Road from the Centralised to the Decentralised System of Judicial Review » dans POIARES MADURO, M. et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart publishing, 2010, pp. 151-161.
- KUMM, M. et V. FERRERES COMELLA, « The primacy clause of the constitutional treaty and the future of constitutional conflict in the European Union », *Int'l. J. Constit. L.*, vol. 3, 2005, pp. 473-492.
- KUMM, M., « Internationale Handelsgesellschaft, Nold and the New Human Rights Paradigm » dans POIARES MADURO, M. et L. AZOULAI, dir., *The Past and Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford, Hart Publishing, 2010, pp. 106-118.
- KUMM, M., « The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty », *ELJ*, vol. 11, 2005, pp. 262-307.
- KUMM, M., « Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe ? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice », *CML Rev.*, vol. 36, 1999, pp. 351-386.
- LA TORRE, M., « A Weberian Moment for Europe? Constitutionalism and the Crisis of European Integration », *EPL*, vol. 20, 2014, pp. 421-433.
- LABAYLE, H. et R. MEHDI, « Le Conseil constitutionnel, le mandat d'arrêt européen et le renvoi préjudiciel à la Cour de justice », *RFDA*, 2013, pp. 461-476.
- LABAYLE, H., « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, vol. HS, 1998, pp. 75-91.

- LADENBURGER, C., « European Union Institutional Report - The Protection of Fundamental Rights post-Lisbon. The Interaction between the EU Charter of Fundamental Rights, the European Convention on Human Rights (ECHR) and National Constitutions », en ligne: *rapports du XXVe congrès de la FIDE*, 2012, <http://www.fide2012.eu/index.php?doc_id=88>.
- LASSALE, D. et N. LEVRAT, « Un triangle à quatre côtés : L'équilibre institutionnel et le Conseil européen », *Journal of European Integration*, vol. 26, 2004, pp. 431-450.
- LASSER, M., « Anticipating Three Models of Judicial Control, Debate and Legitimacy: The European Court of Justice, the Cour de cassation and the United States Supreme Court », en ligne: *Jean Monnet Working Paper* vol.3, 2003, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030101.pdf>>.
- LEGRAND, P., « Sens et non-sens d'un Code civil européen », *RIDC*, vol. 48, 1996, pp. 779-812.
- LENAERTS, K. et P. V. NUFFELEN, « La Constitution pour l'Europe et l'Union comme entité politique et ordre juridique », *CDE*, 2005, pp. 13-125.
- LENAERTS, K. et T. CORTHAUT, « Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law », *ELR*, vol. 31, 2006, pp. 287-315.
- LENAERTS, K., « Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights », *E.C.L. Review*, vol. 8, 2012, pp. 375-403.
- LENAERTS, K., « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 421-442.
- LENAERTS, K., « Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union », *CDE*, vol. 45, 2009, pp. 711-745.
- LENAERTS, K., « De Rome à Lisbonne, la constitution européenne en marche ? », *CDE*, 2008, pp. 229-253.
- LENAERTS, K., « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTDE*, vol. 3, 2001, pp. 487-528.
- LENAERTS, K., « A "Bill of Rights" for the European Union », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 273-300.
- LENAERTS, K., « The Charter and the role of European Courts », *MJ*, vol. 8, 2001, pp. 90-101.
- LENAERTS, K., « Federalism and rights in the European Community » dans KATZ, E. et G. A. TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1996, pp. 139-172.
- LENICA, F., et J. BOUCHER, « Le juge administratif et le statut constitutionnel du droit communautaire dérivé », *AJDA*, 2007, p. 577 et s.
- LEVADE, A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle. Comment concilier l'inconciliable » dans MASCLET, J.-C., H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES, dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, p. 110.128.

- LEVADE, A., « Le Palais-Royal aux prises avec la constitutionnalité des actes de transposition des directives communautaires », *RFDA*, 2007, p. 564 et s.
- LEVADE, A., « Quelle identité constitutionnelle nationale préserver face à l'Union européenne », *ADE*, vol. II, 2004, pp. 173-197.
- LIISBERG, J. B., « Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law? », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 1171-1199.
- Lord GOLDSMITH, « A Charter of Rights, Freedoms and Principles », *CML Rev.*, vol. 38, 2001, pp. 1201-1216.
- LOUIS, J.-V., « La primauté du droit de l'union, un concept dépassé ? », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 443-461.
- MAGNON, X. et D. SIMON, « La jurisprudence communautaire du Conseil Constitutionnel (juin 2004 -novembre 2004) », *CDE*, 2007, pp. 217-262.
- MAGNON, X., « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? » dans FATIN-ROUGE STEPHANINI, M. et G. SCOFFONI, dir., *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ? Les Cahiers de l'Institut Louis Favoreu*, PUAM, 2013, p. 16 p.
- MAGNON, X., « Le juge constitutionnel national, dernier obstacle au processus d'intégration européenne ? », *RFDC*, vol. 52, 2010, pp. 417-442.
- MAGNON, X., « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemandes, espagnol, française et italienne », *ADE*, vol. II, 2004, pp. 119-147.
- MALENOVSKY, J., « Improvisation et routine dans la conciliation des libertés et des droits par la Cour de justice de l'Union européenne » dans POTVIN-SOLIS, L., dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 263-281.
- MARTI, G., « La conciliation entre les droits et libertés dans la mise en œuvre des libertés communautaires de circulation » dans POTVIN-SOLIS, L., dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 283-317.
- MARTI, G., « L'arrêt Melki de la Cour de justice, la clef d'un pluralisme constitutionnel renforcé ? », *RAE-LEA*, 2009-2010, pp. 889 - 904.
- MARTIN, S., « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre “identité nationale” et “identité constitutionnelle” », *RFDC*, vol. 91, 2012, pp. 13-44.
- MARTINICO, G., « Judging in the Multilevel Legal Order: Exploring the Techniques of ‘Hidden Dialogue’ », *Kings Law Journal*, vol. 21, 2010, pp. 257-281.
- MATTERA, A., « Droits fondamentaux, principes et valeurs de l'Union européenne. Quelques réflexions suite à l'arrêt du 21 décembre 2011 “Affaires jointes C-411/10 et C-493/10” », *RDUE*, vol. 1, 2012, pp. 121-134.

- MATTERA, A., « La reconnaissance mutuelle : une valeur historique ancienne, un principe juridique intégrationniste, l'assise politique d'un modèle humaniste », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 463-496.
- MAYER, F. C., « La décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande relativement au programme OMT. Rebelles sans cause ? Une analyse critique du renvoi de la Cour constitutionnelle fédérale allemande dans le dossier des OMT », *RTDE*, 2014, pp. 683-714.
- MAYER, F. C., « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », *RTDE*, vol. 39, 2003, pp. 187-196.
- McCRUDDEN, C., « The Future of the EU Charter of Fundamental Rights », en ligne : 2002, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=299639>.
- MEHDI, R., « Ordre juridique communautaire - Effet direct », *JCl. Europe Traité*, fasc. 195, 2007.
- MEHDI, R., « Ordre juridique communautaire - primauté du droit communautaire », *JCl. Europe Traité*, fasc. 196, 2005.
- MEISSE, E., « Limites de l'autonomie procédurale nationale », *Revue Europe*, 2006 (décembre), Comm. n° 350, p.11-12.
- MELLERAY, F. et M. GAUTIER, « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE-LEA*, vol. 1, 2003-2004, pp. 27-36.
- MENA PARRAS, F. J., « Libertés de circulation et conceptions particulières de droits fondamentaux : quelle conciliation à travers la marge nationale d'appréciation et le respect de l'identité nationale ? » dans BESSON, S. et N. LEVRAT, dir., *(Dés) ordres juridiques européens*, Zurich, Schulthess, 2012, pp. 153-183.
- MENÉNDEZ, A. J., « Chartering Europe: The Charter of Fundamental Rights of the European Union », en ligne : *ARENA Working Papers*, vol.13/01, 2001, <http://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-publications/workingpapers/workingpapers2001/01_13.xml>.
- MESTRAL, A. d. et J. WINTER, « Mobility Rights in the European Union and Canada », *McGill L.J.*, vol. 46, 2001, pp. 979-1009.
- MICHEL, V., « Les compétences : les mots et les choses », *Revue Europe*, vol. 7, 2008, p. 43.
- MICHEL, V., « 2004 : Le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, pp. 17-86.
- MILLET, F.-X., « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des États membres dans les traités sur l'Union européenne », *RAE-LEA*, vol. 2, 2013, pp. 329-343.
- MOCCIA, L., « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », *RIDC*, vol. 49 (4), 1999, pp. 799-811.
- MODERNE, F., « La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des États membres de l'Union européenne » dans LABAYLE, H. et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 35-84.
- MOLINIER, J., « Les principes généraux », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011.

- MOLINIER, J., « Primauté du droit de l'Union européenne », *Rép. Dalloz dr. com.*, 2011.
- MORAVCISK, A., « Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality » dans NICOLAIDIS, K. et R. HOWSE, dir., *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, New-York, Oxford University Press, 2001, pp. 165-187.
- MORIIN, J., « Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution », *ELJ*, vol. 12, 2006, pp. 15-40.
- MOUTON, J.-D., « Réflexions sur la prise en considération de l'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne » dans MASCLET, J.-C., H. RUIZ-FABRI, C. BOUTAYEB et S. RODRIGUES, dir., *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 145-154.
- MUIR, E., « The Court of Justice: a fundamental rights institution among others » dans DAWSON, M., B. DE WITTE et E. MUIR, dir., *Judicial activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 76-101.
- NIHOUL, P. et C. DELFORGE, « Arrêt “Telefonica s.a. c. Commission” : les recours en annulation introduits par des particuliers contre les actes réglementaires européens en l'absence de mesure d'exécution », *JDE*, 2014, pp. 156-159.
- NIVARD, C., « Marge nationale d'appréciation et pluralisme dans la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg » dans LÉVINET, M., dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 169-188.
- NIVARD, C., « Le droit de mener une action collective, un droit fondamental menacé par l'exercice des libertés communautaires », *RTDH*, vol. 76, 2008, pp. 1191-1207.
- OOIK, R. V., « The European Court of Justice and the Division of Competences in the European Union » dans Obradovic, D. et N. Lavranos, dir., *Interface between EU Law and International Law*, Groningen, Europa Law Publishing, 2007, pp. 13-40.
- PAPADOPOULOU, R.-E., « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double fonction ou une arme à double tranchant ? », *CDE*, 2002, pp. 95-130.
- PATAUT, É., « Citoyenneté européenne, ressortissants des États tiers et situations purement internes », *RTDE*, vol. 3, 2011, pp. 564-570.
- PATAUT, É., « Les particularismes nationaux, les droits fondamentaux et le contenu de la citoyenneté européenne », *RTDE*, vol. 3, 2011, pp. 571-576.
- PAUNIO, E., « Conflict, power, and understanding - judicial dialogue between the ECJ and national courts », *No foundations : journal of extreme legal positivism*, vol. 7, 2010, pp. 5-24.
- PECH, L., « Between Judicial Minimalism and Avoidance: The Court of Justice's sidestepping of Fundamental Constitutional Issues in Römer and Dominguez », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 1841-1880.
- PEIFFERT, O., « L'encadrement des règles constitutionnelles par le droit de l'Union européenne », *CDE*, vol. 47, 2011, pp. 433-470.

- PERNICE, I. et R. KANITZ, « Fundamental Rights and Multilevel Constitutionalism in Europe », *WHI-Paper Walter Hallstein-Institut*, vol. march, 2004, pp. 1-20.
- PERNICE, I., « The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 15, 2009, pp. 349-408.
- PERNICE, I., « The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights » dans GRILLER, S. et J. ZILLER, dir., *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty ?*, New York, Springer Wien, 2008, pp. 235-246.
- PESCATORE, P., « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *CDE*, 1968, p. 629.
- PEYROU, S., « Cour constitutionnelle allemande et pouvoirs de la Banque centrale européenne : le premier renvoi préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne (décision du 14 janvier 2014) », *RFDC*, vol. 101, 2015, pp. 145-163.
- PICHERAL, C., « Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTDH*, vol. 63, 2005, pp. 649-672.
- PICOD, F., « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit » dans TINIÈRE, R. et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 43-66.
- PICOD, F., « Pour un développement durable des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, Dalloz-Sirey, 2010, pp. 527-545.
- PICOD, F., « Article II-111 » dans BURGORGUE-LARSEN, L., A. LEVADE et F. PICOD, dir., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire article par article, partie II : La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Bruylant, 2005, pp. 643-657.
- PICOD, F., « Cour de justice. Composition, organisation, compétences. », *JCl. Europe Traité*, fasc. 265, 2011.
- PICOD, F., « Les sources » dans LABAYLE, H. et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 125-185.
- PLATON, S., « L'invocabilité horizontale des normes de droit de l'Union européenne : un pas sur place, un pas en avant, deux pas en arrière (CJUE, grande chambre, 15 janv. 2014, aff. C-176/12) », *Revue de l'Union européenne*, vol. 584, 2015, pp. 33-40.
- PLATON, S., « La Charte des droits fondamentaux et la "mise en œuvre" nationale du droit de l'Union : précisions de la Cour de justice sur le champ d'application de la Charte », en ligne : *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2013, <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=3774>>.
- PLATON, S., « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts Zambrano, McCarthy et Dereci - De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE*, vol. 1, 2012, pp. 23-52.
- PLATON, S., « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes » dans POTVIN-SOLIS, L., dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 495-507.

- PLIAKOS, A., « Le premier renvoi préjudiciel de la Cour constitutionnelle allemande à la CJUE : un pas en avant, deux pas en arrière ? », *Revue de l'Union européenne*, vol. 584, 2015, pp. 41-50.
- PLIAKOS, A., « Le contrôle de constitutionnalité et le droit de l'Union européenne : la réaffirmation du principe de primauté », *CDE*, 2010, pp. 487 - 514.
- POILLOT-PERUZZETO, S., « Vers une culture juridique européenne, le pont de l'Europe » dans ROBIN-OLIVIER, S. et D. FASQUELLE, dir., *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 171-196.
- PONTHOREAU, M.-C., « Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », en ligne : *VIIe Congrès mondial de l'AIDC*, 2007, <<http://camlaw.rutgers.edu/statecon/workshop11greece07/workshop4/Ponthoreau.pdf>>.
- POPOV, A., « La complémentarité entre les recours en annulation formés par des particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *CDE*, vol. 48, 2012, pp. 167-194.
- POTVIN-SOLIS, L., « Le principe d'autonomie et le dialogue entre les juridictions nationales et européennes dans la conciliation des droits et libertés » dans POTVIN-SOLIS, L., dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d'études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 509-555.
- POTVIN-SOLIS, L., « Le concept de dialogue entre les juges en Europe » dans LICHÈRE, F., L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD, dir., *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 19-58.
- PUISSOCHET, J.-P., « Les juges européens, le juge constitutionnel et le juge administratif : le dialogue des juges » dans LUKASZEWICZ, B. et H. OBERDORFF, dir., *Le juge administratif et l'Europe : le dialogue des juges*, Presse Universitaire de Grenoble, 2004, p. 299 et s.
- RASMUSSEN, H., « The Court of Justice of the European Communities and the Process of Integration » dans ORBAN, E., dir., *Fédéralisme et cours suprêmes*, Bruxelles/Montréal, Bruylant/PUM, 1991, pp. 199-237.
- REDOR, M.-J., « La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux » dans LECLERC, S., J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et M.-J. REDOR, dir., *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 13-30.
- REGOURD, S., « Europe et démocratie : de la croyance et des réalités normatives » dans POILLOT-PERUZZETO, S., dir., *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Paris, Dalloz, 2008, p. 165 et s.
- REGOURD, S., « Constitution européenne et modèle social européen : analyse juridique d'une imposture politique », *La Pensée : revue du rationalisme moderne (art, science, philosophie)*, vol. 341, 2005, pp. 125-137.

- REICH, N., « How Proportionate is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ » dans MICKLITZ, H.-W. et B. De WITTE, dir., *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersientia, 2012, pp. 83-111.
- RIDEAU, J., « Ordre juridique de l'Union européenne - sources non écrites », *JCl. Europe Traité*, fasc. 191, 2011.
- RIDEAU, J., « Ordre juridique de l'Union européenne », *JCl. Europe Traité*, fasc. 189, 2011.
- RIDEAU, J., « Les limites de la protection juridictionnelle des droits de l'homme » dans LABAYLE, H. et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 399.
- RITLENG, D., « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union. Les enseignements des arrêts Åkerberg Fransson et Melloni », *RTDE*, 2013, pp. 267-292.
- RITLENG, D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale » dans BARBATO, J.-C. et J.-D. MOUTON, dir., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47.
- RITLENG, D., « De l'utilité du principe de primauté du droit de l'Union », *RTDE*, 2009, p. 677.
- RITLENG, D., « Le principe de primauté de l'Union », *RTDE*, 2005, pp. 285-303.
- ROSAS, A., « "Implementing" EU law in the Member States: Some Observations on the Applicability of the Charter of Fundamental rights » dans WEITZEL, L., dir., *Mélanges en hommage à Albert Weitzel. L'Europe des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2013, pp. 185-200.
- ROSAS, A., « The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue », *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2007, pp. 1-16.
- ROULET, V., « Chronique n° 11, Application du droit de l'Union européenne par la Cour de cassation - (avril – octobre 2014) », *Revue Europe*, 2014, p. 5.
- ROUSSEAU, D., « Les constitutions possibles pour l'Europe », *Cités*, 2003, n° 13, p. 14.
- RUEDA, F., « Les enjeux du Traité constitutionnel européen et leur contamination par les débats politiques nationaux », *Osaka University Law Review*, vol. 52, 2005, pp. 1-25.
- SANCHEZ, J., « Le traité établissant une Constitution pour l'Europe et les clauses d'intégration nationale », *RFDC*, vol. 74, 2008, pp. 351-377.
- SARMIENTO, D., « Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights Protection in Europe », *CML Rev.*, vol. 50, 2013, pp. 1267-1304.
- SARMIENTO, D., « L'arrêt Melki : esquisse d'un dialogue des juges constitutionnels et européens sur toile de fond française », *RTDE*, vol. 46, 2010, pp. 588-598.
- SAULNIER-CASSIA, É., « À propos de l'arrêt du Tribunal constitutionnel de la République de Pologne, 24 novembre 2010, K 32/09 », *RTDE*, vol. 2, 2011, pp. 500-502.

- SAURON, J.-L., « La mise en œuvre retardée du principe de subsidiarité », *RMCUE*, 1998, pp. 645-656.
- SCHEPEL, H. et E. BLANKENBURG, « Mobilizing the European Court of Justice » dans BÚRCA, G. D. et J. H. H. WEILER, dir., *The European Court of Justice*, Oxford University Press, 2001, pp. 9-42.
- SCHIMMELFENNIG, F., « Competition and Community: Constitutional courts, Rhetorical action, and the Institutionalization of Human Rights in the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 13, 2006, pp. 1247-1264.
- SCHMID, C. U., « Judicial governance in the European Union: the ECJ as a constitutional and a private law court » dans ERIKSEN, E. O., C. JOERGES et F. RÖDT, dir., *Law and Democracy in the Post-National Union*, Oslo, ARENA Centre for European Studies University of Oslo, 2006, pp. 197-229.
- SCHMITZ, T., « Le peuple européen et son rôle lors d'un acte constituant dans l'Union européenne », *RDP*, n° 6, 2003, pp. 1709-1742,
- SHUIBHNE, N. N., « Margins of Appreciation : National Value, Fundamental Rights and EC Free Movement Law », *ELR*, vol. 34, 2009, pp. 230-256.
- SIMON, D., « Conventionnalité et constitutionnalité », *Pouvoirs*, vol. 137, 2011, pp. 19-31.
- SIMON D. et A. RIGAUX, « Drôle de drame. La Cour de cassation et la question prioritaire de constitutionnalité », *Revue Europe*, n° 5, mai 2010
- SIMON, D., « Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 », *Revue Europe*, vol. février, 2015, pp. 4-9.
- SIMON, D., « Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux », *Revue Europe*, vol. 3, mars 2014, 2014, p. comm. 112.
- SIMON, D., « “Droit au juge” et contentieux de la légalité en droit communautaire : la clé du prétoire n'est pas un passe-partout », *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1399-1419.
- SIMON, D., « La condamnation indirecte du “manquement judiciaire” », *Europe* mars 2004, chron. n° 4, p. 8.
- SIMON, D., « La Communauté de droit » dans LABAYLE, H. et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 85 et s.
- SIMON, D., « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493.
- SIMON, D., « La Cour de Justice des Communautés européennes », *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle. Colloque organisé par le CERCRID, Mai 1990*, Saint-Étienne, Publications de l'Université Jean Monnet, 1990, pp. 133-157.

- SPAVENTA, E., « The Horizontal Application of Fundamental Rights as General Principles of Union Law » dans ARNULL, A., C. BARNARD, M. DOUGAN et E. SPAVETA, dir., *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford, Hart Publishing, 2011, pp. 199-218.
- STONE SWEET, A., « The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance », en ligne : *Living Reviews in European Union Governance*, vol.5, 2010, <<http://europeangovernance.livingreviews.org/Articles/lreg-2010-2/>>.
- SUDRE, F., « Les approximations de la décision 2004-505 DC du Conseil constitutionnel “sur la Charte des droits fondamentaux de l’Union”. Réflexions critiques », *RFDA*, 2005, pp. 34-40
- SUDRE, F., « À propos du “dialogue des juges” et du contrôle de conventionnalité », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l’honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 207-224.
- SUDRE, F., « Introduction » dans LABAYLE, H. et F. SUDRE, dir., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 7-34.
- SUDRE, F., « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d’Amsterdam. Vers un nouveau système européen de protection des droits de l’homme ? », *JCP G*, vol. 1, I, 100, 1998, p. 9 et s.
- SUEUR, J.-J., « L’évolution du catalogue des droits fondamentaux » dans RIDEAU, J., dir., *Les droits fondamentaux dans l’Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 15-57.
- SWAINE, E. T., « Subsidiarity and Self-Interest: Federalism at the European Court of Justice », *Harv. Int’l L.J.*, vol. 41, 2000, pp. 1-133.
- SWEENEY, J. A., « A ‘Margin of Appreciation’ in the Internal Market: Lessons from the European Court of Human Rights », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 34, 2007, pp. 27-52.
- SZYMCZAK, D., « La perspective d’un contrôle externe des actes de l’Union européenne » dans TINIÈRE, R. et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l’Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 357-375.
- SZYMCZAK, D., « Le principe de proportionnalité comme technique de conciliation des droits et libertés en droit européen » dans POTVIN-SOLIS, L., dir., *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens -- dixièmes Journées d’études du Pôle européen Jean Monnet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 445-461.
- SZYMCZAK, D., « L’adhésion de l’Union européenne à la CEDH : Serpent de mer ou Hydre de Lerne ? », *Politeia*, 2008, p. 405-418.
- TAMBOU, O., « Union européenne : avis sur le projet d’adhésion à la Convention européenne des droits de l’homme », *Recueil Dalloz Sirey*, 2015, p. 75.
- TIMMERMANS, C., « The European Union’s Judicial System », *CML Rev.*, vol. 41, 2004, pp. 393-405.

- TINIÈRE, R., « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux dans les litiges horizontaux », en ligne : *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, vol.Chron. n° 14, 2014, <<http://www.revuedlf.com/droit-ue/la-cour-de-justice-de-lue-et-linvocabilite-des-principes-de-la-charte-dans-les-litiges-horizontaux-commentaire-2/>>.
- TINIÈRE, R., « Les droits fondamentaux dans les actes de droit dérivé de l'Union européenne : Le discours sans la méthode », en ligne : *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2013, <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=4023>>.
- TINIÈRE, R., « Le recours en manquement et la protection des droits fondamentaux », en ligne : *Revue des Droits et Libertés Fondamentaux*, 2011, <<http://rdlf.upmf-grenoble.fr/?p=631>>.
- TINIÈRE, R., « Pluralisme juridictionnel et protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne » dans LÉVINET, M., dir., *Pluralisme et juges européens des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 357-376.
- TIZZANO, A., « La protection des droits fondamentaux en Europe : la Cour de justice et les justices constitutionnelles nationales », *RDUE*, 2006, pp. 9-22.
- TIZZANO, A., « La Cour de justice après Nice : le transfert de compétences au Tribunal de première instance », *RDUE*, 2002, pp. 665-685.
- TORRES PÉREZ, A., « Constitutional Dialogue on the European Arrest Warrant: The Spanish Constitutional Court Knocking on Luxembourg's Door; Spanish Constitutional Court, Order of 9 June 2011, ATC 86/2011 », *E.C.L. Review*, vol. 8, 2012, pp. 105-127.
- TORRES PÉREZ, A., « The Dual system of Rights Protection in the European Union in Light of US Federalism » dans CLOOTS, E., G. BAERE et S. SOTTIAUX, dir., *Federalism in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 110-130.
- TRÉGUIER, M.-L., « Cours constitutionnelles, Cour de justice des communautés européennes et droits fondamentaux » dans RIDEAU, J., dir., *Les droits fondamentaux dans l'Union européenne. Dans le sillage de la Constitution européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 249-275.
- TRIDIMAS, T., « Constitutional Review of Member State Action: The Virtues and Vices of an Incomplete Jurisdiction », *Int'l. J. Constit. L.*, vol. 9, 2011, pp. 737-756.
- VAN DANWITZ, T. et K. PARASCHAS, « Fresh Start for the Charter: Fundamental Questions on the Application of the European Charter of Fundamental Rights », *Fordham Int'l L.J.*, vol. 35, 2011-2012, pp. 1396-1425.
- VAN DE HEYNING, C., « The European Perspective: From Lingua Franca To a Common Language » dans CLAES, M., M. DE VISSER, P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, dir., *Constitutional conversations in Europe : actors, topics and procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 181-204.
- VAN De HEYNING, C., « No place like home discretionary space for the domestic protections of human rights » dans POPELIER, P., C. VAN De HEYNING et P. VAN NUFFEL, dir., *Human rights protection in the European legal order : the interaction between the European and the national courts*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011, pp. 65-96.

- VAN DEN BRINK, M. J., « EU Citizenship and EU Fundamental Rights: Taking EU Citizenship Rights Seriously? », *Legal Issues of Economic Integration*, vol. 39, 2012, pp. 273-289.
- VAN DER JEUGHT, S., « Le Traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne », *JDE*, vol. 164, 2009, pp. 297-303.
- VAN EIJKEN, H., « Comment on Case C-391/09, Malgozata Runevic-Vardyn and Lukasz Pawel Wardyn v. Vilniaus miesto savivaldybes administracija and Others », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 809-826.
- VAN RIJCKEVORSEL, E., « Arrêt « Stefano Melloni c. Ministerio Fiscal » », *RDUE*, 2013, pp. 182-92.
- VERDUSSEN, M., « La protection des droits fondamentaux en Europe : Subsidiarité et circularité » dans DELPÉRÉE, F., dir., *Le principe de subsidiarité*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002, pp. 311-333.
- VERGÈS, J., « Droits fondamentaux de la personne et principes généraux du droit communautaire », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 513-531.
- VIAL, C. et R. TINIÈRE, « L'autonomie du système de protection des droits fondamentaux de l'Union européenne en question » dans TINIÈRE, R. et C. VIAL, dir., *Protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 9-41.
- VON BOGDANDY, A., « Founding principles » dans BOGDANDY, A. V. et J. BAST, dir., *Principles of European Constitutional Law*, München, Germany CH Beck, 2010, pp. 11-54.
- VON BOGDANDY, A., « The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union », *CML Rev.*, vol. 37, 2000, pp. 1307-1338.
- VON BOGDANDY, A. et S. SCHILL, « Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty », *CML Rev.*, vol. 48, 2011, pp. 1417-1454.
- VON BOGDANDY, A., M. KOTTMANN, C. ANTPÖHLER, J. DICKSCHEN, S. HENTREI et M. SMRKOLJ, « Reverse Solange. Protecting the Essence of Fundamental Rights against Member States », *CML Rev.*, vol. 49, 2012, pp. 489-520.
- WACHSMANN, P., « L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RTDE*, 1996, p. 467 et s.
- WAELEBROECK, D. et T. BOMBOIS, « Des requérants "privilegiés" et des autres. À propos de l'arrêt Inuit et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE*, vol. 50, 2014, pp. 21-75.
- WAELEBROECK, D., « Le droit au recours juridictionnel effectif du particulier : trois pas en avant, deux pas en arrière », *CDE*, 2002, pp. 3-8.
- WEERTS, S., « Égalité des langues ? L'évolution du régime linguistique de l'Union à l'aune de la jurisprudence », *JDE*, 2014, pp. 234-241.

- WEILER, J. H. H. et N. J. LOCKHART, « Taking Rights Seriously Seriously - the European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence .1. », *CML Rev.*, vol. 32, 1995, pp. 51-94.
- WEILER, J. H. H. et S. C. FRIES, « Une politique des droits de l'homme pour la Communauté et l'Union européenne : la question des compétences » dans ALSTON, P., M. R. BUSTELO et J. HEENAN, dir., *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 147-166.
- WEILER, J. H. H., « The Jurisprudence of Human Rights in The European Union Integration and Disintegration, Values and Processes », en ligne: *Jean Monnet Working Paper*, 1996, <<http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/archive/papers/96/9602.html>>.
- WEILER, J. H., « Une révolution tranquille. La Cour de justice des communautés européennes et ses interlocuteurs », *Politix*, vol. 8, 1995, pp. 119-138.
- WEILER, J. H. H., « The European Court at Crossroads: Community Human Rights and Member State Action » dans PESCATORE, P. et P. CAPOTORT, dir., *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 821-842.
- WEILER, J. H. H., « Eurocracy and Distrust: Some questions concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Community », *Wash. L. Rev.*, vol. 61, 1986, pp. 1103-1142.
- WIDMANN, A.-M., « Article 53 : Undermining the Impact of the Charter of Fundamental Rights », *Colum. J. Eur. L.*, vol. 8, 2002, pp. 342-358.
- WIEDMANN, A., « Le dialogue sur les droits fondamentaux entre la Cour de justice et les juridictions nationales après l'arrêt Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a. CJUE, 8 avril 2014, Digital Rights Ireland et Seitlinger e. a., aff. jointes C- 293 et 594/12 », *RAE-LEA*, vol. 2014/2, 2014, pp. 423-432.
- ZAMPINI, F., « La Cour de justice des Communautés européennes, gardienne des droits fondamentaux "dans le cadre du droit communautaire" », *RTDE*, vol. 35, 1999, pp. 659-707.

D. Autres sources

1. Articles de presse

- BRUN, H., « Charte des valeurs québécoises - Au sujet de la validité constitutionnelle », en ligne : *Le Devoir*, 2013, <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/387551/au-sujet-de-la-validite-constitutionnelle>>.
- HERVIEU, N., « La Cour européenne des droits de l'homme à la croisée des chemins : Audience solennelle et bilan annuel », en ligne : *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 29 janvier 2012, <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2012/01/29/le-palais-des-droits-de-l%E2%80%99homme-et-strasbourg-a-l%E2%80%99heure-britannique/>
- Le Devoir*, 9 avril 2013, « Un "coup d'État constitutionnel" ? », en ligne : <http://www.ledevoir.com/politique/canada/375215/un-coup-d-etat-constitutionnel>

Le Devoir, 10 avril 2013 « Rapatriement de la Constitution - Des révélations prises au sérieux à la Cour suprême », en ligne : <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/375314/des-revelations-prises-au-serieux-a-la-cour-supreme>>.

PROULX, D., « La réplique › Charte des valeurs québécoises - Une Charte qui ne passerait pas le test », en ligne : *Le Devoir*, 2013, <<http://www.ledevoir.com/politique/quebec/387815/une-charte-qui-ne-passerait-pas-le-test>>.

ROGER, P., « Conseil constitutionnel : au “non” de la loi », en ligne : *Le Monde*, 28 février 2013, <http://abonnes.lemonde.fr/societe/article/2013/02/28/au-non-de-la-loi_1840763_3224.html>.

2. Discours

Discours prononcé par le ministre des affaires étrangères allemand, Joschka Fischer, devant l'Université Humboldt de Berlin, le 12 mai 2000.

Discours de Robert Schuman 25 juillet 1950 devant l'Assemblée nationale

Discours de Robert Schuman du 9 mai 1950.

IV. Sites internet

CanLII (droit canadien) : <https://www.canlii.org/>

Lexum, jugements rendus par la Cour suprême du Canada : <http://scc-csc.lexum.com/scc-csc/fr/nav.do>

Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne : <http://curia.europa.eu/>

EUR-Lex (droit de l'Union européenne) : <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Europa, portail de l'Union européenne : <http://www.europa.eu>

INDEX DES MATIÈRES

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphes

A

Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867 : voir Loi constitutionnelle de 1867.

Autochtones

- **définition et autochtonie** : 138 et s.
- **autonomie des peuples autochtones** : voir autonomie
- **Chartes autochtones des droits et libertés** : voir Chartes autochtones.
- **clause bouclier (article 25)** : voir Clause bouclier.
- **Constitution autochtone** : voir Constitution.
- **culture juridique autochtone** : 231, 271, 338, 354, 632, 847 et s., 1202 et s., 1212, 1396, 1550 et s., 1560, 1747, 1749 et s., 1864, 1876.
- **droits des peuples autochtones** : 150 et s., 340, 342 et s., 376 et s., 386 et s., 579 et s., 622 et s., 627 et s., 991 et s., 1087 et s., 1426, 1561, 1720. Voir aussi spéc. Droits ancestraux, Droits issus de traités, Titre ancestral, Droits-compétences.
- **et application de la Charte canadienne** : 1076 et s.
- **et application des normes quasi constitutionnelles** : 1101 et s.
- **et fédéralisme** : voir fédéralisme autochtone et fédéralisme de traités, répartition fédérale des compétences concernant les autochtones : 22, 607 et s.
- **gouvernements autochtones** : 60, 156, 225 et s., 360 et s., 738, 754, 1077 et s., 1089 et s., 1099, 1105 et s., 1393 et s., 1504, 1550 et s., 1556, 1559, 1620.
- **juridictions et tribunaux autochtones** : 1200 et s., 1504, 1639.
- **normes et « normativité » autochtones** : 60, 142 et s., 155 et s., 269 et s., 299, 354, 371, 534, 606, 620, 624 et s., 633, 692, 990, 994, 1083 et s., 1204 et s., 1558, 1748.
- **souveraineté autochtone** : 141, 1089, 1639.
- **titre ancestral** : 222, 352 et s., 377, 380.
- **traditions juridiques autochtones** : 279, 850 et s., 862, 1201 et s., 1220, 1502, 1551, 1749.
- **traités autochtones** : 143, 220 et s., 284 et s., 289, 544, 606, 612, 862, 1207, 1209, 1393, 1864.

Autonomie (normative)

- **notion et en général** : 6 et s., 21 et s., 30, 59 et s., 84, 90, 102 et s., 119, 255 et s., 284 et s., 301 et s., 332, 356, 441, 452, 455, 540, 683, 704, 855, 863, 905, 915, 970, 974, 986, 1008 et s., 1173, 1180, 1370, 1481, 1483 et s., 1487, 1492, 1515, 1521, 1565, 1597, 1615 et s., 1635, 1638, 1676, 1682, 1698 et s., 1669, 1794, 1824, 1832, 1841 et s., 1853, 1858 et s., 1884, 1891, 1894 et s. 1903, 1909, 1912.

- **des provinces canadiennes** : 125, 132, 135, 218, 254, 281, 306, 327, 331, 337, 442 et s., 457, 470 et s., 491, 551 et s., 570, 862, 871, 877, 1026, 1392, 1457, 1534, 1543 et s.
- **des peuples autochtones du Canada** : 103, 141, 150, 155 et s., 222 et s., 231 et s., 269 et s., 338 et s., 359 et s., 446, 453, 535, 550, 578 et s., 591, 596, 737, 755, 846, 994 et s., 1084, 1080, 1095 et s., 1198, 1204, 1395, 1561, 1719.
- **de l'Union européenne** : 389 et s., 447, 453, 507, 769, 795 et s., 832, 899, 908 et s., 954, 1401.
- **de la protection des droits fondamentaux de l'Union européenne** : 790 et s., 796, 804, 831, 1151, 1465, 1469, 1477.
- **des États membres de l'Union européenne** : 444, 681 et s., 1069, 1293 et s., 1519, 1576, 1656.
- **individuelle** : 837, 843, 1364, 1538, 1542, 1903, 1907 et s.

B

Base juridique : 406, 494 et s., 503, 518, 519, 524 et s., 541 et s., 545, 949, 956, 966.

Bijuridisme : 7, 553 et s., 687, 996, 1029, 1039 et s., 1219 et s., 1864.

C

Centralisation : 44, 103, 254, 456 et s., 465, 475, 534, 913 et s., 933, 938 et s., 946, 960 et s., 986, 992, 996, 1007, 1909.

Champ d'application : Voir Chartes

Chartes autochtones : 737, 863, 1393 et s., 1505, 1639, 1719 et s., 1750, 1794, 1851, 1876.

Charte canadienne : (voir aussi clauses) 74, 87, 136, 150, 306, 313, 575, 582, 587, 618, 622, 710 et s., 719, 735,

740 et s., 841, 852, 865 et s., 922 et s., 950, 974, 980, 986 et s., 996 et s., 1003 et s., 1025 et s., 1061 et s., 1076 et s., 1104, 1222, 1226, 1243 et s., 1381 et s., 1414, 1420, 1425 et s., 1437 et s., 1487, 1490, 1494 et s., 1498. 1501 et s., 1512 et s., 1555 et s., 1619, 1634, 1638, 1653 et s., 1702, 1746, 1752 et s., 1762, 1870, 1874 et s., 1907.

Charte des droits et libertés : Voir Charte canadienne.

Charte des droits de la personne : voir Charte québécoise.

Charte européenne : (voir aussi clause) 72, 88, 167, 174, 795, 800, 810 et s., 841, 879 et s., 957 et s., 980, 983, 986 et s., 1003 et s., 1106, 1109 et s., 1116 et s., 1127 et s., 1152 et s., 1274, 1293, 1299, 1317, 1334 et s., 1403, 1415, 1417, 1421, 1464 et s., 1488, 1587, 1598, 1607, 1658, 1673, 1587 et s., 1722 et s., 1851, 1866, 1875, 1905.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : voir Charte européenne.

Charte québécoise : 74, 727 et s., 1019 et s., 1102, 1228, 1231, 1397, 1414, 1423, 1437, 1440, 1446, 1636, 1638, 1648, 1704 et s., 1873, 1880.

Citoyen : Voir Citoyenneté.

Citoyenneté : 162, 182, 228, 263, 641 et s., 649, 712, 749, 773, 805, 835, 868, 874, 877, 879 et s., 939, 1064 et s., 1089, 1112, 1145, 1152 et s., 1196, 1231, 1494, 1509, 1551, 1606, 1678, 1834, 1864, 1877.

Clause « bouclier » (article 25 de la Charte canadienne) : 997, 1004 et s., 1087 et s., 1104, 1361, 1394, 1426, 1501 et s., 1519 et s., 1615.

Clause « harmonie » (article 52(4) de la Charte européenne) : 1471 et s., 1688, 1690.

Clause « société distincte » : 1545 et s., 1617.

Clause d'harmonisation (article 114 TFUE) : 523 et s., 530, 956, 1738.

Clause de neutralité : 986 et s., 999, 1095.

Clause de non-régression (article 53 de la Charte européenne) : 1004, 1417, 1688, 1694 et s., 1728 et s., 1740, 1875.

Clause dérogatoire : 722, 725, 751, 755, 1000 et s., 1015, 1061 et s., 1099 et s., 1174, 1361, 1425, 1638, 1653 et s., 1752 et s., 1762, 1797, 1806 et s., 1821, 1851, 1866, 1880.

Clause des droits correspondants (article 52 (3) de la Charte européenne) : 1476 et s., 1692, 1722.

Clause limitative : 1337 et s., 1513, 1516, 1519, 1615, 1711.

Clause nonobstant : voir clause dérogatoire.

Clauses de flexibilité (article 352 TFUE) : 190, 297, 512, 519 et s., 531, 949, 953, 956, 966.

Communauté de droit : 455, 889 et s., 1268, 1274, 1280.

Compétences :

- **compétences attribuées** (ou d'attribution) : 173 et s., 189, 191, 196, 237, 298, 499, 509, 517, 518 et s., 572, 646, 677 et s., 948, 1018, 1155, 1158, 1214, 1272.
- **compétences concurrentes** : 230, 257, 292, 461, 500, 922.
- **compétence exclusive** : 134, 198, 257, 292, 463, 474, 486, 510 et s., 531, 570, 614, 618, 627, 718, 922, 1189, 1308.

- **compétence implicite** : 513 et s., 950 et s.
- **compétence juridictionnelle** : 106, 109, 940, 987, 989, 999, 1002, 1013 et s., 1106, 1131, 1154 et s., 1169, 1187 et s., 1202, 1208, 1216 et s., 1239, 1243 et s. 1266 et s., 1286 et s., 1302 et s., 1334, 1338, 1362, 1366, 1483, 1675, 1712, 1910, 1913.
- **compétences partagées** : 199 et s., 201, 292, 499, 501, 506, 510, 534 et s., 540, 719.
- **compétence portant sur les droits fondamentaux** : 719, 726, 738, 806, 907, 916 et s., 921 et s., 944 et s., 968 et s., 1007, 1135, 1154, 1807 et s.
- **compétence résiduelle** : 132, 295 et s., 645.
- **compétence subsidiaire** : 518 et s., 956 et s.
- **droit-compétence** : 375 et s., 446, 700, 999, 1095 et s.
- **répartition (distribution partage) des compétences** : 21, 90, 103, 112, 134, 136, 186, 211, 219, 257 et s., 263, 273, 291, 309, 328 et s., 340 et s., 369 et s., 440, 444 et s., 453 et s., 492 et s., 533 et s., 543 et s., 550 et s., 562, 573, 578, 591, 598 et s., 613, 616, 622 et s., 628, 637 et s., 645, 648, 679, 682, 685 et s., 696, 711 et s., 797, 836 et s., 922, 927 et s., 943, 961 et s., 976, 986 et s., 999, 1006, 1017 et s., 1058, 1095, 1102, 1185, 1272, 1497, 1627, 1909.

Conciliations et concilier : 2, 22, 103, 116 et s., 188, 321, 345, 353, 358, 446, 470 et s., 583 et s., 588 et s., 592, 593, 595, 597, 604, 629, 632, 675, 676, 704, 1212, 1299, 1396, 1425, 1428, 1478 et s., 1484, 1530, 1557, 1560, 1570 et s., 1577 et s., 1591 et s., 1612, 1648, 1676, 1680 et s., 1692, 1694, 1697, 1749, 1769, 1845, 1849, 1860, 1865, 1870, 1878, 1884, 1889, 1893, 1895, 1902.

Conflit : 85, 211, 229 et s., 244, 248, 267, 371, 407, 410, 413 et s., 464 et s., 473, 489, 492, 495 et s., 532 et s., 573, 591, 605, 612, 628 et s., 666, 679, 734, 995, 1060, 1091, 1115, 1176, 1201, 1286, 1375 et s., 1392, 1396, 1397, 1399, 1409, 1412, 1415, 1426, 1430 et s., 1470, 1478 et s., 1574, 1622 et s., 1650, 1664, 1678, 1680, 1692 et s., 1695, 1738, 1762, 1788 et s. 1797 et s., 1828, 1851, 1907.

Constitution

- **notion** : 45 et s., 154, 163, 167 et s., 172, 212 et s., 255 et s., 270 et s., 286, 438 et s., 672, 887.
- **Constitution autochtone** : 226, 737, 862, 1864, 1876.
- **Constitution canadienne** voir Loi constitutionnelle 1867 et Loi constitutionnelle 1982.
- **Constitution européenne** 163, 167 et s., 174, 212, 238, 287, 679, 770, 825, 887, 892, 1690, 1692.
- **constitution provinciale** : 260 et s., 286.
- **constitutionnalisme de traités** : 270, 884, 887, 1214.
- **constitutionnalisation** 163, 167 et s., 277, 285, 341, 438 et s., 650, 725, 736, 804, 821.
- **convention constitutionnelle** 135, 216 et s., 254, 259, 311 et s., 321.
- **pluralisme constitutionnel** : 46, 680, 1788, 1824.
- **quasi-constitutionnalité et textes quasi constitutionnels** : 720, 731 et s., 738, 751, 839, 1016 et s., 1048 et s., 1055 et s., 1060 et s., 1101 et s., 1226 et s., 1234, 1381 et s., 1420 et s., 1441, 1446 et s., 1449, 1452 et s., 1489, 1701 et s., 1710, 1713 et s.

- **tradition constitutionnelle** : 662, 782, 786, 788, 792, 794, 803, 826, 829, 1458 et s., 1466 et s., 1476 et s., 1479 et s., 1560, 1494, 1691 et s., 1738, 1845.

Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) : 90, 158, 521, 760 et s., 787, 794 et s., 803 et s., 815 et s., 826 et s., 841, 945 et s., 949 et s. 1120, 1173, 1404, 1473, 1476, 1692, 1693, 1722, 1733 et s.

Coopération : 56, 158 et s., 185, 195, 204 et s., 207 et s., 219, 248, 266, 293, 471 et s., 481 et s., 486 et s., 618, 626, 1182, 1193, 1206, 1273, 1291, 1300, 1311, 1317, 1325, 1329, 1345, 1349, 1355, 1406, 1723 et s., 1771 et s., 1778, 1811.

- **coopération loyale** : 275, 511, 645, 1327, 1771, 1774.
- **fédéralisme de coopération** voir fédéralisme.

Cour de justice de l'Union européenne (ex-Cour de justice des Communautés européennes)

- **organe** : 1266 et s.
- **nomination** : 1269 et s.
- **accès et recours** : 1274 et s.
- **rapports avec les autres juridictions** : 80 et s., 1273 et s., 1299 et s., 1398 et s., 1481, 1565 et s., 1580, 1583 et s., 1593, 1607, 1611, 1616, 1620, 1661 et s., 1688, 1694 et s., 1747, 1769 et s., 1811, 1840, 1863.

Cour européenne des droits de l'homme : 88, 90, 764, 795, 820, 829, 1173, 1265, 1317, 1473 et s. 1481, 1531, 1564 et s. 1671, 1692, 1733, 1733.

Cour suprême du Canada

- **organe** : 1213 et s.
- **nomination** : 1218.
- **accès et appel** : 1222 et s.

- **rapports avec les autres juridictions** : 80 et s., 215 et s., 1636, 1648 et s., 1650 et s., 1698, 1830 et s.

Culture juridique autochtone : voir Autochtones.

D

Décentralisation : 254, 257, 306, 933, 937, 971, 986.

Dialogue : 110, 480, 482, 491, 506, 544, 635, 966, 1211, 1631, 1742 et s.

Directive (européenne) : 194, 237 et s., 242 et s., 245 et s., 273, 278, 288, 299, 398, 402, 419 et s., 433, 498, 503, 525, 536, 652, 656, 956 et s., 1134, 1136, 1144, 1159, 1161, 1165 et s., 1168, 1325, 1332, 1335, 1400 et s., 1581, 1591, 1592, 1674, 1677.

Discrimination : 92, 149, 643, 648, 689, 714, 721, 726 et s., 732, 736, 768 et s., 835, 858 et s., 923, 945, 1022 et s., 1053 et s., 1068, 1084, 1086, 1088, 1091, 1101, 1103, 1109, 1146, 1151, 1161 et s., 1165, 1170 et s., 1228 et s., 1237, 1241, 1260, 1383 et s., 1386, 1388 et s., 1395, 1400, 1402, 1415, 1425, 1430, 1443, 1446 et s., 1462 et s., 1499, 1507 et s., 1538, 1551, 1558, 1589, 1591 et s., 1620, 1636, 1646, 1686, 1702, 1870, 1874, 1881.

Distribution des compétences : voir Compétences.

Double aspect : 461 et s., 468, 476, 485, 540, 618, 1566.

Droit dérivé : 213, 236 et s., 273, 412, 493, 902, 950, 966, 1116, 1143, 1157 et s., 1335, 1408, 1590 et s., 1671, 1674, 1677.

Droits à la non-discrimination : voir Discrimination.

Droits ancestraux : 148, 152, 156, 220, 269, 338, 342 et s., 344 et s., 351 et s., 357 et s., 360 et s., 369 et s., 376 et s., 383, 446, 582, 585, 593, 603, 606, 607, 614 et s., 622, 625 et s., 629 et s., 684, 689, 691, 694, 859, 991, 1084, 1087 et s., 1102, 1551, 1557 et s., 1749.

Droits économiques et sociaux : 727 et s., 745, 802, 817 et s., 882, 941, 943, 1022, 1057, 1110, 1139, 1160, 1165, 1429, 1636, 1873.

Droits fondamentaux :

- **notion** : 69 et s., 78, 1792 et s.
- **apparition de la protection au Canada** : 710 et s., 871 et s.
- **apparition de la protection dans l'Union européenne** : 758 et s., 899 et s.
- **autonomie de la protection européenne** : voir Autonomie.
- **caractère universel** : voir Universalisme.
- **champ d'application au Canada** : 109, 974, 990 et s., 999, 1015 et s.
- **champ d'application dans l'Union européenne** : 967, 1003 et s., 1106 et s.
- **compétences relatives aux droits fondamentaux** : voir Compétences.
- **contenu** : 721, 727, 742 et s., 768 et s., 815 et s., 1110, 1253, 1367 et s., 1633 et s. 1845, voir aussi Libertés et Droits.
- **distinction avec les autres droits (dont les libertés fondamentales européennes)** : 690 et s.
- **hiérarchie entre les droits fondamentaux** : voir Hiérarchie.

Droits des peuples autochtones : Voir Autochtones.

Droits issus de traités : 226, 355 et s., 371, 377, 588, 591, 594, 596, 612, 616, 620, 1087, 1719.

Droits linguistiques : 572, 576, 743, 868, 1642, 1644, 1654, 1659.

Droits-compétences : voir Compétences.

Droit de vote et droits démocratiques : 149, 808, 976, 1504, 1509, 1600, 1642, 1755, 1877.

E

Effet direct : 392 et s., 416 et s., 420 et s., 1164 et s., 1291.

Effet horizontal : 401, 1163 et s.

État fédéral : voir Fédéralisme.

État souverain : voir Souveraineté.

Équivalence (principe d') : 246, 1291, 1293, 1669 et s., 1682, 1726

F

Faveur (principe de) : 1628 et s., 1708, 1718, 1730 et s., 1737, 1740, 1854, 1860, 1870 et s., 1873 et s., 1886, 1903, 1913 et s.

Fédéralisme :

- **notion et théorie du fédéralisme :** 20 et s., 41 et s., 103, 291, 300, 311, 314, 442, 454, 464, 680, 873, 1627, 1636, 1715.
- **critères :** 256 et s., 267, 294, 297, 309, 453.
- **diversité fédérale :** 133, 874, 983, 1487, 1493, 1495, 1499, 1510, 1532 et s., 1541, 1544, 1709.
- **État fédéral :** 63, 131, 188, 222, 252, 276, 298, 304, 319 et s., 455, 551, 675, 1096, 1355 et s., 1917.
- **fédéralisme autochtone** 632.

- **fédéralisme canadien :** 119 et s., 134, 136 et s., 215 et s., 234, 253 et s., 266 et s., 281, 291 et s., 302, 304 et s., 309, 318, 322 et s., 328 et s., 456 et s., 469 et s., 479 et s., 491, 541 et s., 544, 551 et s., 571, 574 et s., 599, 605, 618, 685, 687, 718, 876, 912, 928, 930 et s., 940, 943, 970, 1198, 1490, 1493, 1500, 1528, 1533 et s., 1542 et s., 1544.
- **fédéralisme d'exécution :** 275, 293, 1122, 1144.
- **fédéralisme de coopération (ou coopératif) :** 266, 288, 293, 471 et s., 482 et s., 489, 970.
- **fédéralisme de traités :** 234 et s., 270.
- **fédéralisme européen :** 188, 272 et s., 532, 536, 884, 1171, 1294, 1299 et s., 1345, 1352.
- **fédéralisme exécutif :** 219 et s., 266, 292 et s.
- **fédéralisme personnel** 383.
- **pacte fédéral ou fédératif :** voir Pacte.

H

Harmonisation : 190 et s., 203, 205, 243, 245 et s., 299, 503, 518, 523 et s., 541, 564, 566 et s., 660, 956 et s., 965 et s., 1212, 1387, 1447, 1576 et s., 1590, 1596, 1732, 1785, 1842, 1846 et s., 1857, 1871 et s., 1897.

Hiérarchie :

- **des normes :** 40, 70, 212, 398, 493, 788, 1049, 1378 et s., 1378, 1381 et s., 1411, 1413 et s., 1431 et s., 1633, 1639 et s., 1654, 1676, 1773, 1788, 1904.
- **des juridictions :** 1188, 1263, 1294, 1300, 1336, 1354 et s., 1768 et s., 1787, 1791, 1811, 1885.

- **des normes de protection** : 1391, 1412 et s., 1419 et s., 1431 et s., 1622, 1624, 1656, 1682, 1722, 1731.
- **des droits fondamentaux** : 1375, 1377 et s., 1424 et s., 1630, 1640 et s., 1789, 1886, 1903, 1912.

Homogénéisation : 104, 107, 115, 116, 704 et s., 706, 913 et s., 960 et s., 965 et s., 970, 972 et s., 976, 980, 984 et s., 990 et s., 999 et s., 1011 et s., 1061, 1100, 1105 et s., 1177 et s., 1224, 1352, 1355 et s., 1359, 1362, 1364 et s., 1369, 1376 et s., 1385, 1388, 1397, 1417, 1430 et s., 1440, 1457, 1477, 1482, 1487, 1504, 1510 et s., 1544 et s., 1550, 1563, 1576, 1590, 1615, 1621, 1623 et s., 1687, 1693, 1713, 1739, 1743, 1785, 1795, 1833, 1837 et s., 1842, 1868, 1891, 1894, 1898, 1900, 1911, 1913.

Horizontal :

- **clauses horizontales** : 818, 821, 831, 962, 972, 984 et s., 999, 1006, 1015, 1403, 1405, 1465, 1467, 1473, 1687 et s., 1901.
- **effet horizontal** : voir Effet horizontal.
- **logique (ou gestion)** : 50, 56, 1370, 1405, 1626 et s., 1688 et s., 1693 et s., 1700 et s., 1726 et s., 1737 et s., 1741 et s., 1751, 1783, 1787, 1790 et s., 1842 et s., 1853 et s., 1883 et s., 1912 et s.
- **séparation des pouvoirs horizontale** : 212, 495 et s., 711, 919, 1902.

I

Identité : 2, 22, 85, 93, 96, 107, 610, 861, 872, 886, 901, 1091, 1551, 1644, 1861 et s., 1870, 1914.

- **identité constitutionnelle** : 88, 677, 681, 865 et s., 887, 1403, 1595 et s., 1612, 1617, 1619, 1662, 1666 et s., 1678, 1680 et s., 1688, 1696, 1735 et s., 1788, 1820, 1861 et s., 1876 et s., 1904.

- **identité nationale** (voir identité constitutionnelle).
- **identité culturelle** : 568 et s., 873, 1091, 1619, 1644.

Intégration : 52, 56, 90, 107, 109, 154, 159 et s., 179 et s., 197, 209, 211, 242 et s., 268 et s., 273 et s., 389 et s., 404 et s., 421, 430, 434, 438, 447, 455, 492 et s., 508 et s., 512 et s., 536, 550, 637 et s., 665, 674 et s., 696, 766, 793 et s., 802 et s., 883, 886, 901, 906, 946, 949, 951, 965, 1106 et s., 1175, 1185 et s., 1205 et s., 1226 et s., 1281, 1351, 1354, 1443 et s., 1463, 1466, 1483, 1500, 1506 et s., 1636 et s., 1662, 1668, 1681, 1769, 1772, 1776, 1782.

Interprétation juridictionnelle : 77 et s., 104 et s., 117, 119, 132, 254, 302 et s., 327, 329 et s., 336 et s., 342 et s., 386, 390 et s., 455 et s., 467, 471, 484, 492 et s., 512 et s., 534, 550 et s., 561 et s., 591, 602, 663 et s., 679, 903, 924, 990, 1005 et s., 1026, 1035, 1058, 1105, 1108, 1200 et s., 1238 et s., 1252 et s., 1274, 1299, 1331, 1346 et s., 1364, 1366, 1367 et s., 1371 et s., 1374, 1415, 1487, 1510, 1512, 1598, 1614 et s., 1621 et s., 1626 et s., 1636 et s., 1796, 1809.

- **autorité de la chose interprétée** : 1313, 1811.
- **clauses interprétatives** : 1472, 1545, 1560, 1617, 1646, 1693.
- **interprétation autonome** : 423 et s., 791 et s.
- **interprétation conciliatrice ou conciliante** : 604, 1680, 1694.
- **interprétation conforme** : 418, 1042, 1324.
- **interprétation convergente** : 1433 et s., 1473.
- **interprétation coordonnée** : 1761, 1788.
- **interprétation divergente ou différenciée** : 1372, 1440, 1447, 1553.

- **interprétation en harmonie** : 1467, 1690.
- **interprétation finale ou ultime** : 1225, 1355, 1361, 1375, 1752, 1762.
- **interprétation fonctionnelle** : 427 et s.
- **interprétation restrictive** (*reading down*) : 463, 1555.
- **interprétation sensible aux cultures autochtones** : 1395, 1501 et s., 1550 et s., 1639.
- **interprétation téléologique** : 536, 752.
- **interprétation totalisante** : 1544.
- **interprétation uniforme, uniformisante ou identique** : 1434 et s., 1441, 1640, 1690, 1909.
- **interprétation verticale ou descendante** : 1377 et s., 1430.
- **invocabilité d'interprétation** : 403, 418.
- **méthodes et techniques d'interprétation** : 311, 319, 392 et s., 422, 427, 536, 604, 723, 728, 744, 818 et s., 829 et s., 841, 999, 1028, 1087, 1091, 1104, 1110 et s., 1123, 1155, 1399, 1404 et s., 1432, 1468 et s., 1486, 1512 et s., 1545 et s., 1550 et s., 1639, 1729, 1742, 1744, 1807 et s., 1814 et s., 1833 et s.
- **monopole d'interprétation** : 1454.
- **renvoi en interprétation** : 1300 et s., 1309 et s., 1342.
- **réseau d'interprétation** : 1741, 1882 et s., 1913.
- **réserve d'interprétation** : 1811.

L

Langues :

- Voir aussi Droits linguistiques.
- **langues officielles** : 571, 573, 658, 743, 1060, 1609 et s.

Liberté d'association : 742, 772, 1535.

Liberté d'expression : 714, 742, 923, 957, 1030, 1042, 1068, 1108, 1120, 1150, 1390 et s., 1397, 1437 et s., 1575, 1580 et s., 1644, 1716.

Liberté de la presse : 742.

Liberté de pensée : 1415.

Liberté de religion : 923, 976, 1241, 1390, 1415, 1425, 1454, 1503, 1524 et s., 1642, 1645 et s., 1692, 1714 et s., 1870, 1880.

Liberté de réunion : 742.

Libertés de circulation : 161, 191, 243, 247 et s., 250, 430, 593, 637 et s., 689, 691, 743, 768 et s., 835, 868, 978, 1062, 1120, 1124, 1125, 1146 et s., 1162, 1427 et s., 1478, 1494, 1506 et s., 1569, 1572 et s., 1601, 1604, 1606, 1608, 1790, 1878.

Libertés : (notion) voir Droits fondamentaux.

Loi constitutionnelle de 1867 : 127 et s., 147, 234, 257, 285, 369, 570, 573, 598, 603, 712, 925, 930, 935, 1185, 1213, 1256.

Loi constitutionnelle de 1982 : 136 et s., 143, 150 et s., 265, 281, 737, 740, 747, 870, 1068, 1076, 1214, 1226.

M

Marge (d'appréciation, de manœuvre ou d'interprétation) : 56, 132, 242 et s., 297, 299, 466, 502, 528, 535, 549, 794, 977, 919, 1110, 1240, 1249, 1310 et s., 1367, 1481, 1486, 1511 et s., 1519, 1526, 1531, 1539, 1543 et s., 1550 et s., 1559, 1563 et s., 1579 et s., 1612, 1618 et s., 1677 et s., 1692, 1712, 1731, 1736, 1777, 1801, 1810 et s., 1815 et s., 1821, 1842, 1847 et s., 1855, 1857, 1865 et s., 1869 et s., 1878, 1881, 1890.

N

Non-discrimination : voir Discrimination.

O

Ordre juridique intégré : voir
Intégration.

P

Pacte : 22, 43, 60, 119, 136, 147, 214, 253 et s., 265, 277, 285, 287 et s., 301, 304 et s., 309, 311, 316, 322, 327 et s., 390, 443, 480, 568, 573, 711, 986.

Partage des compétences : voir
Compétences, répartition des
compétences.

Participation (principe de) : 22, 175, 207 et s., 235, 256, 263 et s., 288, 327, 522, 545 et s.

Peuples autochtones : voir
Autochtones.

Pluralisme : 5 et s., 45 et s., 54 et s., 92 et s., 101, 155, 213, 263, 629, 680, 701, 1005, 1205, 1208, 1218, 1366, 1515, 1540, 1619, 1788, 1817, 1826 et s., 1842, 1847, 1853, 1890 et s., 1914.

- **Pluralisme constitutionnel :** voir
Constitution.
- **Pluralisme des sources des droits fondamentaux :** 708 et s., 759, 824 et s., 832 et s., 840 et s., 1004 et s., 1010, 1363.
- **Pluralisme juridictionnel :** 1180, 1183, 1205, 1208 et s., 1212, 1224, 1262 et s., 1264 et s., 1297, 1353 et s., 1358, 1362.
- **Pluralisme juridique (théorie du) :** 11 et s., 23 et s., 35 et s., 58, 142 et s., 1814.

Plurijuridisme : 5 et s., 117 et s., 251 et s., 450 et s., 550, 683 et s., 837, 1364, 1381, 1614, 1626 et s., 1633, 1744 et s., 1891, 1894 et s., 1898 et s.

- **Canada et Provinces :** 134 et s., 253, 304 et s., 456 et s., 551 et s., 746, 1029, 1184 et s., 1383 et s., 1493 et s., 1515.

- **Canadoautochtone :** 138 et s., 220 et s., 268 et s., 338 et s., 578 et s., 1501 et s.,
- **dynamiques :** 102 et s., 281 et s., 702 et s., 914, 1362 et s., 1631, 1843, 1899 et s., 1915 et s.
- **équilibre plurijuridique :** 62, 91, 108 et s., 451 et s., 689 et s., 706, 1006 et s., 1011, 1363, 1366, 1839, 1842, 1894.
- **espace plurijuridique (notion) :** 60.
- **européen :** 165 et s., 213 et s., 236 et s., 272, 389 et s., 492 et s., 636 et s., 758, 904, 1107, 1264, 1398 et s., 1506 et s., 1740.
- **impérial :** 129 et s.

Primauté : 230, 928 et s., 936, 943, 1197, 1321 et s., 1420 et s., 1466, 1627, 1702 et s., 1709 et s., 1713, 1715, 1719, 1720, 1728, 1736, 1842, 1850 et s., 1855, 1860, 1865, 1872 et s.

Principes généraux du droit (PGD) de l'Union européenne : 775 et s., 791, 799, 803 et s., 826, 828 et s., 890, 899, 964, 1109, 1117, 1119 et s., 1127, 1129 et s., 1138, 1140, 1142, 1158 et s., 1166, 1293, 1317, 1458 et s., 1463, 1468, 1471 et s., 1875.

Priorité : 230, 928, et s., 936, 943, 1197, 1321 et s., 1420 et s., 1466, 1627, 1702 et s., 1708 et s., 1713, 1715, 1718 et s., 1728, 1736, 1842, 1851 et s., 1855, 1860, 1862, 1872, 1873.

Proportionnalité : 200, 478, 499 et s., 507, 538 et s., 548 et s., 587, 610, 641, 643, 692 et s., 777, 1124, 1391, 1401, 1438, 1440, 1479 et s., 1491, 1511 et s., 1525, 1542 et s., 1547, 1552, 1558, 1560 et s., 1563, 1572 et s., 1580 et s., 1589, 1593, 1595 et s., 1602 et s., 1620, 1623, 1732, 1848, 1914.

R

Relativisme des droits fondamentaux : 99 et s., 845 et s., 909, 982.

Renvoi :

- **renvoi devant la Cour suprême du Canada** : 306 et s., 443, 475 et s., 717, 932, 1216 et s., 1257.
- **renvoi préjudiciel** : 1265, 1272, 1280, 1298 et s., 1333 et s., 1342, 1353, 1355, 1358, 1428, 1769, 1771 et s.
- **technique de renvoi** : 245 et s., 299, 338, 354 et s., 408, 423, 446, 544, 563, 608, 611 et s., 622, 632, 665 et s., 675 et s., 755, 781, 794, 820, 1692, 1720, 1738.

Répartition des compétences : voir Compétences.

S

Souveraineté : 41 et s., 46, 63, 109, 141, 145, 160, 166, 185, 187, 189, 191, 193, 218, 228, 289 et s., 298, 305 et s., 311, 316, 330, 340, 345, 358, 366, 406, 434, 483, 496, 510, 549, 580 et s., 593 et s., 599, 645, 663, 668, 675, 678, 681, 692, 711, 719, 725, 733, 749, 836, 871, 1001, 1061, 1068, 1072, 1089, 1091, 1606, 1638 et s., 1652, 1663 et s., 1680, 1892.

Standard de protection (notion) : 1368 et s.

Subsidiarité (principe de) : 30, 200 et s., 243, 478, 499 et s., 522, 539 et s., 548 et s., 647, 692, 954, 956, 963, 1288, 1627 et s., 1638 et s., 1661, 1663 et s., 1677, 1681, 1709, 1715, 1720, 1731, 1734, 1740, 1854, 1857 et s., 1870 et s., 1878 et s., 1886, 1903, 1905, 1913 et s.

Subsidiarité juridictionnelle : 1280, 1297, 1300, 1565.

Suprématie :

- **des juges** : 80, 1179 et s., 1308, 1352, 1355, 1358, 1804, 1817, 1827, 1885, 1895, 1898, 1911 et s.
- **des normes** : 723, 728, 735, 839, 1027, 1033, 1049, 1381 et s., 1671 et s., 1892.
- **parlementaire** : 728, 751.

T

Titre ancestral : voir Autochtones.

Traditions juridiques :

- **au Canada** : voir Bijuridisme et Traditions juridiques autochtones voir Autochtones.
- **dans l'Union européenne** : 654 et s.

Tradition constitutionnelle : voir Constitution.

Traité d'Amsterdam : 806 et s.

Traité de Lisbonne : 163, 170, 190, 194, 197, 208, 210, 444, 506, 510, 522, 677, 810, 821 et s., 902, 945, 949, 964, 1283, 1296, 1334, 1403, 1473, 1488, 1604, 1685.

Traité de Maastricht : 162, 197, 803, 1685.

Traité de Nice : 822.

Traité de Rome : 161, 437.

Traité établissant une Constitution pour l'Europe : voir Constitution européenne.

Traités autochtones : Voir Autochtones.

U

Union de droit : voir Communauté de droit.

Uniformisation : 103, 107, 191, 205, 246, 476 et s., 687, 914 et s., 917 et s., 943, 972 et s., 986 et s., 1005 et s., 1013, 1365, 1371 et s., 1454, 1490, 1501, 1506 et s., 1544, 1612 et s., 1620 et s., 1655, 1899, 1910.

**Universalisme ou caractère
universel des droits fondamentaux : 2,
84, 96 et s., 107, 852 et s., 866 et s., 910,
979, 982 et s., 1007, 1109, 1795 et s.,
1886, 1916.**

**ANNEXE : TABLEAU ILLUSTRANT LA
MÉTHODOLOGIE DIALOGIQUE PAR
LE JUGE SUPRÊME.**

	LOGIQUE VERTICALE	LOGIQUE HORIZONTALE : LA MÉTHODOLOGIE DIALOGIQUE			
Attitude générale adoptée par les juridictions	Unilatéralisme, le juge se considère comme étant le seul interprète légitime. Le juge tient compte des intérêts individuels et de ceux de la polittie englobante.	Dialogue : le juge est à l'écoute des arguments issus des autonomies normatives, par la voix des législateurs et des juges notamment. Prise en considération des intérêts individuels et des différentes collectivités présentes dans le plurijuridisme.			
Quelle priorité entre standards ?	Concurrence non régulée profitant aux standards globaux	Processus de coordination			
Exemples	<i>Chaoulli</i> (majorité), <i>Kreil</i>		<i>Chaoulli</i> (dissidence)	<i>Espagne c. Royaume-Uni</i>	<i>Melloni</i>
Critères utilisés, les arguments de l'espèce penchent-ils du côté du standard global ou local ?	Aucun ou utilisation de la hiérarchie des normes pour appliquer automatiquement le standard global	Spécificité	Plutôt la <i>Charte québécoise</i>	Royaume-Uni (identité constitutionnelle)	aucune
		Faveur	<i>Charte québécoise</i>	Standard du Royaume-Uni	Côté espagnol
		Subsidiarité	Domaine éminemment provincial	Plutôt du côté européen	Côté européen (unité essentielle)
Résultat : quel standard est appliqué ?	Application du standard global		Standard québécois	Standard britannique	Standard européen
Quel contenu du standard ?	Alignement des standards	Processus d'hybridation			
Exemples	<i>Ford</i> , <i>Amselem</i> (majorité), <i>Mangold</i>		<i>Moore</i>	<i>AM & S</i>	<i>Amselem</i> (dissidence)
Critères utilisés, les arguments de l'espèce penchent-ils du côté du standard global ou local ?	Aucun ou la supériorité hiérarchique de l'instrument englobant	Spécificité	<i>Human rights code</i> de C.-B.	Aucune, protection comparable parmi les États	Plutôt québécoise
		Faveur	<i>Human rights code</i> de C.-B.	Création d'un nouveau standard européen	Plutôt du côté du standard canadien
		Subsidiarité	<i>Human rights code</i> de C.-B. (relations privées)	Plutôt du côté européen (harmonisation existante)	Domaine purement privé, plutôt du côté québécois
Résultat : le contenu du standard est-il unifié ? Selon le standard global ou le standard local ?	Convergence des standards au profit d'un standard global		Standard provincial autonome, voire transformant le standard canadien dans les relations avec l'État	Standard européen de protection de la confidentialité entre avocats et clients	Standard autonome québécois favorisant la neutralité religieuse

Octroi d'une marge ?	Le standard est « total », sans latitude	Processus d'harmonisation			
Exemples	<i>Lola</i> (dissidence), <i>Scarlet Extended</i>		<i>Vriend</i>	<i>Sayn</i>	<i>Grismer</i>
Critères utilisés, les arguments de l'espèce penchent-ils du côté du standard global ou local ?	Aucun, simple opportunité et mise en équilibre propre à la politique englobante	Spécificité	Argument des valeurs religieuses provinciales peu convaincant : aucune	Identité constitutionnelle de l'Autriche en jeu	Identité autochtone en jeu
		Faveur	<i>Charte canadienne</i>	Plutôt du côté européen	Plutôt du côté canadien
		Subsidiarité	Plutôt du côté de la province en matière de relations privées	Statut personnel un domaine plutôt étatique	Clairement du côté autochtone
Résultat : faut-il accorder une certaine latitude, une certaine déférence ?	Absence de marge		Marge très réduite pour la province	Marge accordée à l'État	Marge accordée à la Nation Squamish

Affaires utilisées (dans l'ordre de citation) : S'agissant notamment de dans la colonne « logique horizontale », ces exemples sont de simples illustrations de comment aurait pu fonctionner cette méthodologie dans les affaires citées, en fonction des données et argumentaires proposés par les parties notamment. Les raisonnements quant à la spécificité, la faveur ou la subsidiarité sont ici très simplifiés et peuvent faire l'objet de discussions beaucoup plus nuancées voire de contre-arguments. Nous renvoyons donc au cœur du texte pour plus de précisions.

- *Chaoulli c. Québec*, [2005] 1 R.C.S. 791, § 1438 et 1705.
- CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil contre Bundesrepublik Deutschland*, aff. C-285/98, *Rec. 2000*, p. I-00069, voir § 1399 et s.
- CJCE (GC), 12 septembre 2006, *Royaume d'Espagne c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-145/04, *Rec.*, p. I-07917, voir § 1508 et s. et § 1876.
- CJUE (G.C.), 26 février 2013, *Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, aff. C-399/11, *Rec. numérique*, voir § 1405 et s., § 1726 et s. et § 1874.
- *Ford c. Québec (procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, voir § 1436 et s.
- *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, § 1439, 1647 et 1879.
- CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold contre Rüdiger Helm*, aff. C-144/04, *Rec. 2005*, p. I-09981, voir § 1461 et 1870.
- *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, voir § 1448 et s. et 1845.
- CJCE, 18 mai 1982, *AM & S Europe Limited contre Commission*, aff. 155/79, *Rec. 1982*, p. 01575, voir § 1459 et 1846.
- *Québec (Procureur général) c. A*, [2013] CSC 5, (affaire dite Lola), voir § 1537 et s. et 1847.
- CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs*, aff. C-70/10, *Rec. 2011*, p. I-11959, voir § 1591 et s.
- *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, voir § 1385 et 1869.
- CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec. 2010*, p. 13693, voir § 1603 et 1877.
- *Jaime Grismer c. Première Nation de Squamish*, [2007] 1 C.N.L.R. 146, voir § 1550 et 1880.