

The Peter A. Allard School of Law

## Allard Research Commons

---

All Faculty Publications

Allard Faculty Publications

---

2018

### Une juge en chef pour le Canada: Beverley McLachlin et la justice en tête

Marcus Moore

*Allard School of Law at the University of British Columbia, moore@allard.ubc.ca*

Follow this and additional works at: [https://commons.allard.ubc.ca/fac\\_pubs](https://commons.allard.ubc.ca/fac_pubs)



Part of the [Law Commons](#)

---

#### Citation Details

Marcus Moore, "Une juge en chef pour le Canada: Beverley McLachlin et la justice en tête" in Marcus Moore & Daniel Jutras, eds, *Canada's Chief Justice: Beverley McLachlin's Legacy of Law and Leadership* (LexisNexis 2018) lxxxix.

This Book Chapter is brought to you for free and open access by the Allard Faculty Publications at Allard Research Commons. It has been accepted for inclusion in All Faculty Publications by an authorized administrator of Allard Research Commons.

# INTRODUCTION

## Une juge en chef pour le Canada : Beverley McLachlin et la justice en tête\*

Marcus Moore\*\*

### I. RÉFLEXIONS SUR L'HÉRITAGE DE LA JUGE EN CHEF MCLACHLIN

Rédiger l'introduction d'un ouvrage sur une personne dont la présentation n'est plus à faire pose un certain dilemme. Dans l'univers du droit, Beverley McLachlin est considérée comme une légende vivante. Au sein des milieux juridiques particuliers du monde entier, la juge en chef du Canada, qui a récemment pris sa retraite, jouit d'une réputation inégalée. L'estime qu'elle y a gagnée vaut sa renommée. À plusieurs égards, sa carrière judiciaire n'a pas d'équivalent dans l'histoire du Canada. Ce ne serait pas lui rendre justice que de tenter, dans une brève introduction, d'en faire la synthèse ou, à plus forte raison, d'en résumer le sens ou l'héritage.

Par conséquent, au lieu d'utiliser ces lignes pour esquisser un portrait de la juge en chef, je m'en servirai pour présenter le recueil que vous tenez entre vos mains. Celui-ci comporte, à la différence de sa seule introduction, une abondance de pages qui lui permet d'aborder courageusement ce défi.

Il me faut d'abord souligner que beaucoup de choses ont déjà été dites sur la longue et fructueuse carrière de Beverley McLachlin. Il y a eu des

---

\* Traduit de l'anglais par Frédérique Thibault, B.C.L., LL.B.

\*\* Boursier Clarendon, Faculté de droit, Université d'Oxford, et Professeur adjoint, Allard School of Law, Université de Colombie-Britannique. Marcus a été auxiliaire juridique auprès de la juge en chef Beverley McLachlin. Sa recherche est soutenue par le Fond Margaret Thatcher (Somerville College, Oxford) et par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. L'auteur exprime sa gratitude au coéditeur du présent volume, Daniel Jutras Ad. E., pour ses commentaires sur cette introduction.

propos tenus dans le cadre de cérémonies de départ à la retraite, des déclarations de dirigeants des institutions du monde juridique et des articles de la presse populaire. Cet ensemble de discours est inévitablement sélectif et incomplet, car le nombre de faits saillants qu'il rapporte sur la carrière de la juge en chef se situe en deçà de toute énumération consensuelle réaliste. Par exemple, en tant que juge de la Cour suprême du Canada, elle a personnellement rédigé 472 décisions<sup>1</sup>. Ce chiffre ne tient même pas compte de son influence puissante sur le règlement d'affaires portées devant le plus haut tribunal du pays à titre de juge en chef, un poste qu'elle a occupé pendant dix-huit ans. Il ne fait pas non plus état de nombreuses autres réalisations, liées celles-là à d'autres aspects de son poste de juge en chef, à savoir ses rôles de chef de la branche judiciaire du gouvernement et de représentante de cette branche auprès du public canadien et des délégations de juristes étrangers.

Ainsi ce livre d'hommages à Beverley McLachlin ne peut-il pas pallier l'insuffisance des discussions antérieures. Il peut cependant – et c'est ce qui constitue sa raison d'être – fournir une perspective scientifique sur une carrière exceptionnelle, en réunissant les réflexions de plus de trente experts aux parcours remarquables. Ceux-ci adoptent divers points de vue personnels et intellectuels pour mettre en lumière les multiples facettes de la carrière de la juge en chef. Comme nous l'avons mentionné déjà, cet ouvrage – pas plus qu'aucun autre – ne peut condenser le rôle illustre de Beverley McLachlin dans le domaine du droit ni son immense héritage juridique; mais nous espérons tout de même qu'il servira d'inspiration et de guide à ceux qui prendront part à l'étude extensive qu'une carrière aussi extraordinaire commande.

## II. APERÇU DU PRÉSENT LIVRE D'HOMMAGES

Durant l'élaboration de cet ouvrage, il est rapidement devenu clair que les hommages et l'analyse exigés par la carrière de la juge en chef McLachlin dépassaient tout ce qu'il était possible de saisir en un seul volume. Les textes sont donc séparés en deux ensembles : le premier se trouve dans ce volume 86 de la *Supreme Court Law Review*; le second, dans le volume 87, à paraître.

---

<sup>1</sup> Répertoire au tableau A (S.C.L.R., vol. 87). Cette liste n'inclut pas les jugements *per curiam*.

## 1. Organisation du livre

Cet ouvrage n'a pas été organisé conformément à la structure habituelle des recueils d'hommages judiciaires, c'est-à-dire selon les principaux domaines du droit. Ce choix est délibéré et s'explique par plusieurs raisons.

Tout d'abord, la compétence de la Cour suprême du Canada est exceptionnellement large par comparaison aux cours suprêmes de nombreux autres pays<sup>2</sup>. Beverley McLachlin s'est acquittée de ses fonctions judiciaires à travers ce vaste champ de travail durant une période considérable : la plus longue passée à la Cour à l'ère contemporaine. C'est elle qui a rempli le plus long mandat de juge en chef de l'histoire<sup>3</sup>. L'influence d'un ou d'une juge en chef s'exerce sur « *the whole environment of decision-making* », à travers des responsabilités qui touchent au nombre de dossiers à traiter, au calendrier, à la composition des panels pour chaque audience, à la nature des délibérations – à l'intérieur et au-delà de la conférence judiciaire – et à la rédaction des motifs des décisions<sup>4</sup>. À la lumière de tout cela, il devient évident que même si on examinait la totalité des décisions personnellement rédigées par Mme McLachlin, on ne parviendrait pas à saisir l'ampleur de son influence sur la jurisprudence elle-même. Si on s'y limitait, on risquerait d'obtenir une image déformée de la réalité, en raison, notamment, des délibérations qui précèdent l'attribution des tâches de rédaction, des facteurs pratiques qui ont une incidence sur ces tâches – la charge de travail de chaque juge à ce moment-là, ses domaines d'expertise, ses années d'expérience, *etc.* – et des discussions qui reprennent entre les juges lorsqu'ils révisent et commentent le brouillon du jugement d'un collègue, et qu'ils évaluent la possibilité d'y souscrire ou non. On retrouve constamment dans la littérature scientifique une façon de traiter les décisions de la haute cour comme s'il s'agissait d'idées strictement individuelles, forgées isolément par le ou la juge dont le nom figure sur le papier; on imagine qu'elles ont ensuite été présentées aux autres juges qui les ont approuvées à la manière d'un contrat d'adhésion. Il s'agit là d'une profonde mécompréhension du fonctionnement de la Cour suprême du Canada – à l'ère McLachlin, du moins. Ce n'est pas un hasard

---

<sup>2</sup> Cour suprême du Canada, Le système judiciaire canadien, en ligne : <<https://www.scc-csc.ca/court-cour/sys-fra.aspx>>.

<sup>3</sup> Cour suprême du Canada, communiqué de presse, 12 juin 2017, en ligne : <<https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/news/fr/item/5552/index.do>>.

<sup>4</sup> Emmett Macfarlane, *Governing from the Bench. The Supreme Court of Canada and the Judicial Role*, Vancouver, UBC Press, 2013, p. 125.

si les différentes « ères » de la Cour suprême sont souvent désignées en fonction des juges en chef qui l'ont présidée – on parle de la « Cour Dickson », par exemple, ou de la « Cour Lamer ». Par ailleurs, la juge en chef McLachlin est connue pour son attitude collaborative à l'égard des tribunaux inférieurs et des décideurs, favorisant l'usage de leur pouvoir discrétionnaire dans les cadres établis par les précédents jurisprudentiels de la Cour suprême. Son influence s'étend donc à l'ensemble du système juridique canadien. Si on voulait réaliser une étude rigoureuse sur le sujet, on se verrait contraint d'écrire une encyclopédie du droit canadien depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle<sup>5</sup>. Un autre type d'hommage s'impose donc.

En outre, les problèmes juridiques qui se posent dans une société moderne de plus en plus complexe impliquent souvent de multiples domaines du droit qui s'entrecroisent, voire interagissent. L'affaire *Douez c. Facebook*, portée devant la Cour suprême, intéressait par exemple les secteurs suivants : droit international privé, droit de la consommation, droit des contrats, droit de la responsabilité civile, droit de la vie privée et procédure civile<sup>6</sup>. Lorsque de telles décisions sont « importées » dans la pratique, elles ne devraient pas être morcelées selon leur pertinence pour différents domaines; on risquerait, ce faisant, de perdre de vue les éléments importants qui se trouvent justement aux points d'intersection et d'interaction de ces domaines. Il faut dire que ces croisements constituent de véritables creusets, où naissent des formes qui finissent par se consolider en nouvelles branches du droit. Ce phénomène se traduit notamment par la différence de nombre entre les secteurs juridiques qui étaient reconnus en 2000, au moment où Mme McLachlin est devenue juge en chef, et ceux qui existaient un siècle plus tôt, pendant le mandat du juge en chef Strong. Même lorsque ces recoupements représentent de simples anomalies, le fait de les considérer à travers le prisme d'un domaine particulier teinte la manière dont les problèmes sont envisagés et les solutions élaborées, ce qui peut nuire à la justice. Dans une décision emblématique de Mme McLachlin, *Vancouver (Ville) c. Ward*, appelée l'affaire « *Pie Minister* », il a été établi que seul l'octroi de dommages-intérêts pouvait sanctionner l'infraction particulière qui avait été commise. Cela a soulevé un dilemme : un recours en dommages-intérêts aurait été typique du point de vue du droit

---

<sup>5</sup> Cela ne comprend pas ses onze années (1989-2000) en tant que juge puînée de la Cour suprême, ni ses huit années (1981-1989) dans les tribunaux de la Colombie-Britannique, qui lui ont valu la reconnaissance qui l'a amenée à la Cour suprême du Canada.

<sup>6</sup> *Douez c. Facebook, Inc.*, [2017] A.C.S. no 33, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751.

de la responsabilité civile, mais la demande n'était pas fondée. Or, dans la perspective du droit constitutionnel, même s'il y avait une violation claire des droits du demandeur, un tel recours, fondé sur la Charte, n'était pas conventionnel. Dans sa décision, la juge en chef a reconnu ce dilemme et y a répondu<sup>7</sup>. En concevant cet ouvrage selon une simple approche taxonomique des décisions, on risquerait d'occulter certains des plus intéressants « replis » ou innovations de la jurisprudence qui méritent de retenir l'attention dans l'analyse de la carrière de Beverley McLachlin.

Il existe une autre raison de refuser une telle approche. Nous l'avons mentionné déjà : les fonctions liées au poste de juge en chef vont au-delà des arrêts à rédiger et façonnent le contexte institutionnel où la Cour prend toutes ses décisions. En fait, ces fonctions dépassent même la Cour suprême dans son ensemble. En tant que chef de la branche judiciaire du gouvernement, le ou la juge en chef assume de vastes responsabilités administratives à l'égard de la magistrature canadienne. De plus, en tant que représentant ou représentante de la magistrature et du système de justice, il ou elle répond au besoin d'entretenir des relations de soutien mutuel avec le public canadien et les appareils juridiques d'autres pays. Comme le montrent plusieurs essais contenus dans ce volume, la juge en chef McLachlin a permis des avancées sans précédent dans ces sphères de responsabilité. Ces éléments font partie intégrante de son héritage et se situent au-dehors de ses abondantes contributions à la jurisprudence. Après tout, il convient de rappeler que son mandat de juge en chef a coïncidé avec : (1) le commencement de l'ère de l'Internet, avec ses risques pour la confiance du grand public; et (2) l'ère de la mondialisation, qui a engendré de nouvelles occasions d'apprentissage en favorisant les échanges avec les juristes étrangers. Le système juridique canadien et sa haute cour ont obtenu une visibilité inédite, obligeant Mme McLachlin à redéfinir son rôle de représentante – devenu prépondérant –, et à réfléchir aux moyens de le concilier avec les autres fonctions qui lui étaient dévolues en tant que juge en chef. Les succès qu'elle a accumulés sur ces terrains sont largement reconnus à l'intérieur et à l'extérieur de la Cour; on doit les prendre en considération si on veut convenablement retracer ses accomplissements. À plus long terme, compte tenu de l'enchaînement inexorable des procès et de la révision jurisprudentielle qu'il génère, les réalisations extrajurisprudentielles de Mme McLachlin survivront peut-être même au plus vénérable des précédents établis par elle-même ou sa cour.

---

<sup>7</sup> *Vancouver (Ville de) c. Ward*, [2010] A.C.S. no 27, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28.

En un mot, Beverley McLachlin a mené une carrière unique dans l'histoire du Canada. Cet ouvrage vise, au moyen d'une formule originale, à présenter un portrait englobant de ses nombreuses fonctions, aspirations et réalisations, et à saisir une partie de cette singularité. Dans les années à venir, les textes dont Mme McLachlin a enrichi la jurisprudence canadienne continueront de parler d'eux-mêmes avec leur clarté caractéristique dans les ouvrages académiques dédiés aux différents domaines du droit. Dans le cadre de discussions plus larges abordées par les essais dans cet ouvrage, ces aspects seront également présents. Mais le véritable objectif de cet ouvrage est de développer une certaine compréhension de ce qui se cache derrière ces diverses contributions et les lie ensemble. Il s'agit d'identifier et d'interpréter les thèmes intersectoriels importants que l'on retrouve chez l'être humain et la juge, dans ses conceptions du droit et du leadership, qu'elle a cultivées ainsi que dans les fruits de celles-ci.

Ce recueil d'hommages s'articule donc autour d'une sélection de thèmes évoqués par sa riche carrière. Plusieurs thèmes auraient pu être utilisés, mais en avons choisi quatre, que les divers essais de ce volume explorent, et dont l'ensemble se veut global, divergent et capable de couvrir des moments cruciaux de sa carrière. Ils embrassent aussi de vastes horizons à travers lesquels son héritage se répercutera à coup sûr dans l'avenir. Ces thèmes sont : « *un leadership vivant* », « *l'idée canadienne* », « *l'harmonie* » et « *les vertus judiciaires* ».

Il convient d'ajouter que même si les essais contenus dans cet ouvrage sont commodément regroupés par thème, il arrive souvent que leur substance ait un rapport avec plusieurs d'entre eux, voire avec les quatre dans certains cas. D'une part, cela prouve que les thèmes choisis reflètent globalement la carrière de la juge en chef; en discutant de sa carrière en termes généraux, des essais qui portent sur un thème en particulier ne peuvent faire autrement que de s'inscrire dans d'autres thèmes. D'autre part, cela témoigne de l'interrelation des sujets qui sont placés sous ces thèmes; ces derniers se recourent même s'ils sont censés diverger. Pour déterminer sous quels thèmes se tiennent les essais (au-delà de la section dans laquelle ils figurent), les chercheurs pourront se reporter au plan qui apparaît plus bas. Au demeurant, les essais eux-mêmes – ou, plutôt, les interprétations qu'en donneront les lecteurs – restent les meilleurs indicateurs de leur pertinence à l'extérieur des thèmes qui leur sont assignés.

Il faut peut-être également répéter qu'un tel découpage de la carrière de Beverley McLachlin n'ouvre pas la possibilité de l'étudier exhaustivement.

Les essais sont loin d'épuiser les questions passionnantes que chaque thème soulève à propos de son legs. Si l'aperçu qui suit effleure davantage de sujets que les essais eux-mêmes, c'est dans le but avoué d'encourager une analyse approfondie des dimensions importantes de cet héritage.

(a) *Un leadership vivant*

L'une des premières choses qui viennent à l'esprit lorsqu'on songe à la carrière de Beverley McLachlin, c'est son leadership. Comme nous l'avons indiqué plus tôt, celui-ci s'est manifesté dans l'évolution du droit canadien par les arrêts historiques qu'elle a rédigés et qui touchent à de nombreux domaines juridiques. Il s'est aussi exprimé à travers les fonctions qu'elle a remplies, à une époque charnière, en sa qualité de juge en chef, en plus de celles qui sont communément attribuées aux juges de la Cour suprême. Ces responsabilités supplémentaires comprennent : (1) les fonctions qui sont liées à la Cour, et qui consistent à : (a) planifier et superviser son administration, et (b) cultiver un environnement institutionnel favorable à la prise de décision collective; et (2) les fonctions qui sont externes à la Cour, exercées à titre de : (a) chef de la branche judiciaire du gouvernement, et (b) représentant ou représentante de la magistrature et du système juridique plus généralement, auprès du public canadien et des fonctionnaires de justice à l'étranger. Sur tous ces terrains, Beverley McLachlin a démontré un leadership exceptionnel et exemplaire : ses réalisations proposent une sorte de panorama qu'il est essentiel de contempler pour mesurer son héritage.

L'adjectif « vivant », dans « *un leadership vivant* », cherche à évoquer, dans un sens large, la notion de « droit vivant ». Celle-ci admet, parallèlement au droit positif de l'État, la coexistence et peut-être la prééminence pratique d'un « droit » non officiel qu'on retrouve dans certaines normes sociales régissant les processus associatifs<sup>8</sup>. Dans le même ordre d'idées, il faudrait, pour porter une meilleure appréciation sur l'héritage de Beverley McLachlin, prêter une attention particulière aux manières dont elle a influencé ses associés et ses collègues, l'institution de la Cour, le développement du droit et l'évolution de la nation, par-delà les pouvoirs qui lui étaient conférés. Il pourrait bien s'agir là du pan le plus important de ce leadership « vivant », tel qu'il est reconnu et apprécié dans les sphères concentriques de ses activités.

---

<sup>8</sup> Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, Russell & Russell, 1962.



Ainsi, dans l'ensemble, le thème du leadership vivant veut inciter à la réflexion sur les sources, les modalités, les triomphes et les enseignements de l'extraordinaire mandat de Mme McLachlin comme à la tête du système de justice canadien. Des questions, compliquées mais fascinantes, en émergent : quelles stratégies a-t-elle utilisée pour répondre à la demande de leadership dans l'orientation des tribunaux inférieurs et d'autres décideurs juridiques? Quelles philosophies l'ont guidée dans l'élaboration d'un droit s'adaptant aux changements de la société, et dans le maintien de la confiance du public dans la primauté du droit comme gardienne impartiale des libertés individuelles et des besoins collectifs? Comment a-t-elle envisagé le leadership par rapport à des sujets comme la gouvernance interne de sa cour, la sensibilisation du public, la formation et la « responsabilisation » judiciaires, l'interaction entre la magistrature et les autorités politiques, et les relations avec les ordres juridiques étrangers? Comment sa vision et son exercice du rôle de juge en chef ont-ils façonné et transformé ce rôle, l'institution de la Cour suprême, le rôle de la magistrature au Canada et la place du droit canadien dans le monde? Quels sont les apports durables de son leadership? Comment éclairent-ils notre compréhension des difficultés que pose le leadership dans les sphères du droit et dans d'autres sphères, publiques ou privées? Ce ne sont là que quelques-unes des questions importantes que fait naître le thème du leadership dans la carrière de la juge en chef McLachlin. Il alimente la réflexion au-delà de ces pages.

*(b) L'idée canadienne*

Au cours de sa carrière, Beverley McLachlin a contribué de plusieurs façons à donner du sens à « l'idée canadienne ». Du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, de 1998, qui a dégagé les « principes sous-jacents qui animent l'ensemble de notre Constitution, dont le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités »<sup>9</sup>, au *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, de 2014, qui a statué que les institutions politiques fondamentales ne pouvaient pas être réformées unilatéralement dans un pays fédéral<sup>10</sup>, la juge en chef a collaboré à de nombreuses décisions de la Cour suprême qui ont participé à forger la nation. Au-delà de la signification et de l'importance de nos arrangements constitutionnels, presque tous les champs d'interaction

---

<sup>9</sup> *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] A.C.S. no 61, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 148.

<sup>10</sup> *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, [2014] A.C.S. no 32, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704.

sociétale du Canada ont été touchés par les jugements de la Cour. Mais un pays, c'est beaucoup plus qu'un ensemble d'interactions individuelles ou organisationnelles, qui se produisent sur son territoire, avec les conflits de gouvernance qui en découlent et qu'on travaille à résoudre. C'est une communauté particulière, qui suscite un sentiment d'appartenance et un sens du devoir chez des étrangers, lesquels partagent un territoire et des acquis culturels, et qui projette une idée nationale unissant ces étrangers et les distinguant des membres des autres communautés.

Le choix de l'expression « idée nationale » plutôt qu'« identité nationale » traduit une préoccupation, à savoir que le terme « identité » est trop précis quant aux normes auxquelles il renvoie – un corrélat psychique de l'homogénéité et de son instrument, l'assimilation<sup>11</sup>. Comme la juge en chef McLachlin l'a fait remarquer, avec l'approbation générale, le Canada a appris à tempérer ces forces en encourageant la diversité et en tolérant ses complications à travers la conciliation<sup>12</sup>. Qu'est-ce alors que l'*idée* canadienne? Voilà une question qui, intentionnellement, n'appelle pas de réponse unique ou précise. Les idées vivent dans l'imaginaire et chaque imaginaire est différent. Pourtant, elle reste fondamentale : les Canadiens partagent bien une idée nationale, même si l'idée elle-même varie d'un individu à l'autre. Étant donné que la Cour suprême est saisie d'affaires qui revêtent une importance nationale, il convient qu'un ouvrage consacré à la carrière de Mme McLachlin traite de certains aspects de cette idée, qu'ils soient débattus ou admis par la majorité.

Contrairement à une identité fixe, chaque idée est intrinsèquement dynamique : elle questionne, suggère, mais ne conclut jamais; elle demeure ouverte – à l'image d'une théorie emblématique du droit canadien, « l'arbre vivant », « *capable of growth and expansion within its natural limits* »<sup>13</sup>. Par conséquent, les conceptions particulières de l'idée canadienne peuvent évoluer de manière symbiotique, en reflétant les changements qui s'opèrent dans la société; cette dernière peut elle aussi changer en réaction à l'évolution de ces conceptions. Dans l'ensemble, l'idée canadienne ne prétend donc pas fournir de réponses aux questions suivantes : qu'est-ce que le Canada? ou le droit canadien? ou les valeurs canadiennes? Elle répond plutôt à une combinaison des questions suivantes : le Canada, le droit canadien et les valeurs

<sup>11</sup> J'utilise le terme « assimilation », dans ce contexte, dans le sens de « conformité forcée ».

<sup>12</sup> Beverley McLachlin, « Réconcilier l'unité et la diversité à l'ère moderne : la tolérance et l'intolérance », Conférence annuelle sur le pluralisme, 28 mai 2015, p. 14.

<sup>13</sup> *Edwards v. Canada (Attorney General)*, 1929 CanLII 438, p. 106-107 (UK JCPC).

canadiennes, qu'ont-ils représenté? Que sont-ils en train de devenir? Les réflexions sur le sujet lui font subir une mutation perpétuelle; l'idée se met en mouvement dès qu'on y pense. De ce point de vue, l'héritage que la juge en chef McLachlin nous a transmis en façonnant l'idée canadienne s'inscrit dans un processus continu de reconstruction. Dans certains cas, l'idée finit par être renforcée, affinée ou révolutionnée. Comme l'a indiqué la juge en chef : « *A judge's decision impacts directly and indirectly on people's lives and on the economic, social and constitutional development of the nation* »<sup>14</sup>. Chaque fois que le droit est invoqué, « *the question becomes: does the old law extend to the new situation? Even if the court says that it does, the court has sanctioned a development in the law. In this sense, judges inevitably make law* »<sup>15</sup>. Ce faisant, ils remodelent l'idée canadienne.

Ces deux caractéristiques de l'idée canadienne – des conceptions qui ne sont pas toutes identiques et un dynamisme intrinsèque – supposent que les essais qui s'y intéressent contribuent à la compréhension évolutive que nous en développons; ce que les lecteurs feront aussi, en interprétant ces textes et en y réagissant.

La carrière de la juge en chef McLachlin offre un tableau vivant, inspirant, qui invite les auteurs et les lecteurs de cet ouvrage à contempler ou à imaginer leur « histoire » de l'idée canadienne. Elle abonde en sujets et en détails pertinents sur lesquels on peut méditer. J'ai mentionné les questions constitutionnelles relatives à la composition de la nation et de ses principales institutions de gouvernance. Un autre sujet constitutionnel de grand intérêt pour les Canadiens, et sur lequel la Cour suprême est souvent intervenue au cours du mandat de Beverley McLachlin, est l'élaboration de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>16</sup>. Ce projet national grandiose, né quelques années seulement avant son entrée en fonction à la Cour, a atteint un certain degré de maturité au cours de sa charge de juge en chef. Par ailleurs, Mme McLachlin a joué un rôle essentiel dans le développement des droits ancestraux autochtones en vertu de la Constitution. Quel sera l'avenir du vaste projet de réconciliation autochtone, et des apports de Mme McLachlin en la matière – qui n'en sont encore qu'aux premiers stades de leur développement? Quelle(s) idée(s) du

---

<sup>14</sup> Beverley McLachlin, *A Canadian judgment: the lectures of Chief Justice Beverley McLachlin in New Zealand, April 2003*, Christchurch, Centre for Commercial & Corporate Law, 2004, p. 3.

<sup>15</sup> Beverley McLachlin, « « The Supreme Court and the Public Interest », » (2001) 64 Sask. L. Rev. 309, 311.

<sup>16</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après la « Charte »)].

fédéralisme la Cour McLachlin a-t-elle fait valoir cent cinquante ans après la Confédération? Quel rôle les droits collectifs prévus par la Constitution jouent-ils dans le Canada contemporain?

Pour les juristes, la Constitution est un point de départ fondamental pour réfléchir sur une nation. Mais comment les interventions de la juge en chef McLachlin dans des domaines comme le droit administratif ont-elles remis cela en question, et redirigé l'attention sur l'interaction entre le droit et la société dans la vie de tous les jours? Comment le droit en général – fortement influencé par Mme McLachlin – s'intègre-t-il au tableau d'ensemble de l'idée canadienne? Quel effet le droit canadien, et l'image qu'il envoie du Canada, a-t-il eu sur le monde, à travers l'engagement international sans précédent que la juge en chef a supervisé à l'aube de la mondialisation? Comment sa jurisprudence et son exercice du rôle de juge en chef reflètent-ils les idées de la société, des institutions, de l'histoire, des valeurs et du patrimoine naturel du Canada? Comment s'y rattachent-ils? Comment les remanient-ils? Pour d'innombrables raisons, au long des trois dernières décennies, l'histoire de Beverley McLachlin s'est étroitement mêlée à celle du Canada : l'héritage durable de la juge en chef restera intimement lié au pays.

*(c) L'harmonie*

Pour décrire la jurisprudence qui a défini la Cour McLachlin et l'a distinguée de celles qui l'ont précédée, notamment de la Cour Lamer, les commentateurs chevronnés utilisent souvent des termes comme « consensus », « lien » ou « proximité », « accommodement », « réconciliation », « compromis » et « équilibre ». Quel est le sens de ces termes, tels qu'on les rencontre dans le travail de la juge en chef McLachlin et de sa cour? Quelle signification revêtent-ils à ses yeux, et dans le cadre des problèmes pour la résolution desquels on les emploie?

Au-delà de ces questions, qui se rattachent distinctement à chacun des termes dont on use fréquemment pour parler des qualités que la Cour McLachlin et la juge en chef ont manifestées dans leur approche des problèmes et des solutions, une question plus large se pose : quels sont les liens qui unissent ces caractéristiques qu'on identifie couramment? Peut-on trouver un « principe directeur général ... qui sous-tend et détermine les diverses » caractéristiques mentionnées, « dans diverses situations et divers types de relations »<sup>17</sup>?

---

<sup>17</sup> *Bhasin c. Hrynew*, [2014] A.C.S. no 71, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 33.

L'hypothèse évoquée par le troisième thème du recueil est qu'un tel principe directeur général pourrait résider dans la notion d'harmonie. Pour les lecteurs formés en droit, l'harmonie, au sens où nous l'entendons ici, ne renvoie pas aux principes juridiques particuliers qui se servent du terme dans des contextes spécifiques, comme l'harmonisation des lois pour les rendre plus uniformes, ou l'élaboration de dispositions juridiques connexes pour éviter les conflits. Ce sont là des applications occasionnelles traitant certaines questions, du concept général d'harmonie tel qu'on l'entend dans l'usage. Ce concept général apparaît également dans des domaines comme la philosophie, les arts et les relations sociales. C'est à lui que réfère le thème de l'harmonie dans cet ouvrage.

En ce sens général, on peut, par exemple, déceler l'harmonie dans l'approche que la Cour McLachlin a utilisée pour rechercher la justice, tissant des relations appropriées entre les multiples intérêts en jeu dans chaque affaire. Elle a montré, dans les différentes causes dont elle s'est occupée, des qualités d'équilibre, de compromis, de réconciliation, *etc.*, qui visaient, d'une manière adaptée au contexte, à rétablir l'harmonie. Dans sa jurisprudence relative à la Charte, par exemple, les intérêts en question comprenaient l'intérêt individuel, dont la protection par un droit était revendiquée, les droits d'autres personnes ou groupes touchés par la revendication, et les besoins de la société s'ils ne limitaient pas déraisonnablement ces droits<sup>18</sup>. Soutenir l'harmonie est une tendance qu'on observe aussi chez Mme McLachlin en matière de fédéralisme : elle a souvent cherché, lorsque cela était justifié, à promouvoir la coexistence des deux paliers du gouvernement, et même à faciliter leur coopération active<sup>19</sup>. De la même façon, le thème de l'harmonie imprègne d'autres domaines de la jurisprudence de la Cour McLachlin.

À travers la jurisprudence, ce thème révèle également les efforts pour favoriser une relation harmonieuse entre les tribunaux et les autres acteurs juridiques : la préservation d'une harmonie institutionnelle entre les branches politique et judiciaire du gouvernement correspondant à la séparation des pouvoirs; la quête d'une harmonie systémique entre le droit administratif et le droit judiciaire; la poursuite d'une réconciliation véritable et significative avec les Premières Nations.

---

<sup>18</sup> Art. 1 de la Charte : « 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. ».

<sup>19</sup> Voir, par exemple l'affaire concernant les armes d'épaule, *Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [2015] A.C.S. no 14, 2015 CSC 14, [2015] 1 R.C.S. 693, par. 17.

En dehors de la jurisprudence, l'écho du thème de l'harmonie se répercute dans l'héritage du leadership de Mme McLachlin. La mention répétée du degré de « collégialité » de la Cour témoigne de son succès à préserver l'harmonie entre les juges – un défi immense au sein des tribunaux collégiaux, comme en témoignent les difficultés qui ont précédé sa nomination au poste de juge en chef, et qui se sont présentées dans d'autres cours d'appel, paralysées par la division. De même, en tant que porte-parole de la magistrature canadienne, Mme McLachlin s'est souvent exprimée en public au sujet d'une association de droits légaux et de relations harmonieuses visant à faire régner la justice.

Le thème de l'harmonie soulève donc plusieurs questions décisives : quelle est sa signification dans les contextes dont nous parlons? La notion fournit-elle une façon cohérente de considérer les caractéristiques souvent attribuées à la jurisprudence de la Cour McLachlin – consensus, équilibre, *etc.* – comme étant interreliées? Quelle est sa portée? Est-ce qu'elle offre une façon utile de conceptualiser certains aspects de l'approche de la juge en chef et de celle de sa cour pour solutionner les problèmes juridiques? L'harmonie devrait-elle être davantage perçue comme un objectif dans la résolution de ces problèmes? Quel est son lien avec d'autres approches en matière de règlement des différends? Fonde-t-elle une approche valable ou un simple « choix stylistique »? Comment influence-t-elle les qualités professionnelles pour lesquelles Mme McLachlin est louée – vertus judiciaires, compétences en leadership, conduite éthique, *etc.*? Comment ces dernières l'influencent-elles en retour? Cette notion d'harmonie donne aussi lieu à des questions de détails : quels types d'intérêts peuvent être mis en harmonie dans le cadre du règlement des conflits juridiques? Comment l'harmonie fonctionne-t-elle dans différentes situations, y compris celles, plus délicates peut-être, qui impliquent un conflit direct entre des valeurs, des considérations contradictoires ou des interprétations divergentes? Ce ne sont là que des questions préliminaires relativement à une approche de résolution des problèmes juridiques qui réunit des qualités communément associées au travail de la juge en chef et de sa cour. Si elles suggèrent des pistes de réflexion utiles, d'autres questions suivront, qui nécessiteront une analyse approfondie.

*(d) Les vertus judiciaires*

La façon dont la juge en chef Beverley McLachlin s'est acquittée de ses fonctions judiciaires lui a valu des acclamations immenses. Elle est

admirée par ses confrères pour ses prouesses analytiques, son écriture limpide et concise, son esprit de collégialité et de coopération, de même que son dévouement à la magistrature en tant qu'institution de gouvernance. Les praticiens du droit applaudissent son équité et son impartialité, son empathie et son ouverture d'esprit, son jugement et sa sagesse pratique. Elle est appréciée par les chercheurs pour son dévouement à trancher les différends, et à clarifier, rationaliser et développer le droit – dans le cadre de chaque décision et dans les horizons plus lointains de la jurisprudence. Les étudiants de droit la chérissent en raison de ses conseils clairs et de ses explications du droit. Son intégrité, sa modestie et sa sensibilité au contexte social lui ont acquis l'estime du public. Malgré la controverse inhabituelle autour de l'affaire *Nadon*<sup>20</sup>, elle est révérée par les représentants du gouvernement pour sa retenue judiciaire et son respect pointilleux des rôles respectifs des branches du gouvernement, en vertu de la séparation des pouvoirs prévue par la Constitution, de même que pour l'approche synergique plutôt qu'antagoniste qu'elle a adoptée à l'égard des relations qui unissent ces branches, les regardant comme des « pairs » dans leur mission publique de gouvernance<sup>21</sup>.

Ces vertus judiciaires, comme toutes celles que Mme McLachlin a pratiquées, sont faciles à énumérer, mais très difficiles à expliquer, à communiquer aux autres et, surtout, à cultiver. La section « *les vertus judiciaires* » tâche de relever ce défi, en considérant et en prolongeant les réflexions qui existent déjà sur certaines d'entre elles, puis en étudiant les façons dont elles ont pris forme dans la vie judiciaire de Mme McLachlin. Cette dernière jouit d'une reconnaissance et d'une estime exceptionnelles qui font de sa carrière une « ressource » particulièrement riche pour analyser, à partir des principes premiers, la variété et la nature de ces vertus. Cette section de l'ouvrage s'intéresse donc aussi aux qualités souhaitées pour l'exécution des fonctions judiciaires, envisageant la carrière de Mme McLachlin comme une sorte de matière première destinée à mieux comprendre le sens des vertus qu'elle a incarnées et les moyens de les acquérir.

Le thème des vertus judiciaires suscite des questions essentielles sur les idéaux que nous poursuivons quant à l'exercice des fonctions judiciaires. Il

---

<sup>20</sup> Voir, par exemple : Lorne Sossin, « Court Dismissed », *The Walrus*, 18 janvier 2015, en ligne : <<https://thewalrus.ca/court-dismissed/>>.

<sup>21</sup> Beverley McLachlin, « La responsabilité des juges », *Cour suprême du Canada*, en ligne : <<https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2006-11-02-fra.aspx>>.

va jusqu'à soulever cette question fondamentale : qu'est-ce qui fait d'une qualité particulière, démontrée dans le travail d'un juge, une vertu? Dans la même veine, quel rapport lie les nombreuses vertus judiciaires entre elles? Quelles sont celles qui servent de fondement aux autres? Pour ce qui est de leur pratique selon les circonstances propres à chaque affaire : comment les juges identifient-ils les cas qui appellent certaines vertus plutôt que d'autres – la prudence, par opposition à l'esprit de réforme, par exemple? Et comment les juges compétents gèrent-ils les divergences au sein des vertus considérées et préconisées par les différents acteurs du processus juridictionnel? Selon la juge en chef, l'époque où les juges pouvaient s'enfermer dans leur tour d'ivoire pour résoudre des problèmes juridiques – considérant qu'ils sont ancrés d'une manière très profonde et complexe dans les réalités sociales modernes – est révolue. Comment l'évolution des conditions sociales agit-elle sur les qualités que les juges souhaitent mettre en œuvre dans l'exercice de leurs fonctions? Comment ces qualités sont-elles influencées par la façon particulière dont certaines affaires – ou types d'affaires – prennent forme au cours du processus de litige, ceci incluant les parties, les intervenants, le dossier et la plaidoirie? Est-ce que les vertus nécessaires varient selon l'importance de ce qui est en jeu? Et si oui, comment? D'autres questions découlent du fait que le Canada est une société multiculturelle dans un monde globalisé. Qu'est-ce qui permet d'évaluer les vertus judiciaires d'une manière impartiale et non pas indûment subjective? Où peut-on voir, dans la pratique, la démarcation entre ce que la juge en chef appelle la « conscience judiciaire » et ce qu'elle désigne comme la « conscience personnelle » de chaque juge? Comment ces consciences peuvent-elles interagir de façon appropriée?

Parmi les questions qui se rattachent à ce thème, peu reçoivent de réponses simples ou faciles. Mais elles sont importantes pour notre compréhension de la magistrature en tant qu'institution, de sa place au sein de nos arrangements constitutionnels et des processus de gouvernance sociale. La carrière sans pareille de Beverley McLachlin fournit un angle intéressant pour appréhender ces questions. De ce fait, elle représente l'espoir d'une meilleure compréhension et d'une culture supérieure des vertus judiciaires au sein des tribunaux.

## **2. Plan**

La section inaugurale de l'ouvrage comprend quatre textes d'introduction. Leurs auteurs, titulaires des plus hautes fonctions au Canada



et à l'étranger, ont connu Beverley McLachlin professionnellement et intimement. Ils partagent des réflexions uniques et manifestent leur gratitude à la juge en chef pour sa carrière exceptionnelle et son apport à la société. Ils expriment aussi leur admiration pour la manière dont elle a abordé ses activités professionnelles.

Ces hommages s'ouvrent, comme il se doit, par les mots d'appréciation de son successeur au poste de juge en chef, le très honorable Richard Wagner, C.P., écrits au nom de la Cour suprême et du pays. M. Wagner souligne la contribution inestimable de Beverley McLachlin à la jurisprudence canadienne – une contribution qui touche à la fois au fond et à la méthodologie. Il explique que Mme McLachlin a inspiré tous ceux qui ont eu l'honneur de travailler à ses côtés. Invoquant l'un de ses enseignements, à savoir que la confiance du public dans les tribunaux ne dépend pas de la popularité de décisions particulières mais de l'intégrité du processus judiciaire, il prône un engagement accru à l'égard de la primauté du droit; protégée avec zèle par une magistrature indépendante et impartiale, elle doit servir de rempart à la démocratie canadienne. M. Wagner reprend le flambeau des mains solides et compétentes de Mme McLachlin; il promet de promouvoir les valeurs défendues par la Cour suprême du Canada et façonnées par le legs de sa prédécesseure.

L'hommage subséquent nous ramène aux débuts de la carrière « suprême » de Beverley McLachlin, rappelant sa nomination à la plus haute cour du pays par l'ancien premier ministre Brian Mulroney. Ce dernier estime, en rétrospective, que la magistrature canadienne est devenue la meilleure au monde après son accession au poste de juge en chef. À son avis, Mme McLachlin tire sa force de son indépendance *vis-à-vis* de la branche politique du gouvernement; sous sa direction, les nominations judiciaires ont été décidées sans égard à la politique. Il ajoute qu'une telle façon de faire, en évitant la politisation des tribunaux, complète le processus politique, car elle permet aux juges de faire preuve d'un jugement indépendant devant les questions délicates et explosives qui paralysent le leadership politique. Traitant des tentations d'un tel pouvoir, M. Mulroney félicite la juge en chef pour l'humilité avec laquelle elle a assumé ses tâches et invite les futurs juges canadiens à suivre son exemple. Il cite un poème du juge américain Learned Hand et réfléchit sur la façon dont l'éthique de la retenue (de soi) se situe dans l'esprit de liberté.

L'ancienne gouverneure générale Adrienne Clarkson s'appuie sur les réflexions de M. Mulroney dans l'hommage qui suit. Elle fait l'éloge de l'acuité juridique de Beverley McLachlin, de sa profonde humanité et d'une empathie démontrée dans toutes les sphères de sa vie. Elle loue

également son influence salutaire sur le comportement humain, à travers un leadership mobilisateur qui lui a permis d'accomplir de grandes choses au quotidien. Développant ce thème, Mme Clarkson ouvre une fenêtre inédite sur l'humanité de la juge en chef et met en avant les différents chapeaux qu'elle coiffe. Mme Clarkson reconnaît, d'un côté, son rôle de pionnière en matière de leadership féminin et, de l'autre, ses rôles plus traditionnels d'épouse et de mère. Elle note que Mme McLachlin est aussi renommée pour ses talents culinaires – ils ajoutent, en quelque sorte, une dimension au mot « chef » dans son titre de juge en chef. Faisant référence à l'« arbre vivant » de Lord Sankey, Mme Clarkson médite sur ces évolutions croisées du droit et de la société qui ont rendu possible l'affectation d'une « personne » aussi extraordinaire à la tête de la magistrature canadienne<sup>22</sup>. Elle affirme que d'autres changements socio-juridiques ont eu lieu pendant l'exercice de ses fonctions de juge en chef, et qu'il en surviendra encore dans l'avenir qui seront marqués par son héritage.

Un héritage qui dépasse les frontières du Canada. Dans le dernier hommage de la section préliminaire, John Roberts, juge en chef des États-Unis, confirme que Beverley McLachlin est mondialement reconnue comme leader parmi les juges. Il ajoute qu'elle est surtout réputée pour l'efficacité incomparable avec laquelle elle a exercé son rôle de juge en chef. Selon lui, cette aptitude lui vient en partie de ce qu'il décrit comme son approche instinctive du droit en tant qu'entreprise collaborative. En accord avec le thème du leadership vivant, il fait référence aux dimensions formelle et informelle de son leadership. Il dresse un bilan de sa brillante carrière et la compare au grand John Marshall, ancien juge en chef des États-Unis. Ce rapprochement s'explique du fait qu'ils ont tous deux donné une nouvelle envergure à la constitution et aux tribunaux de leur pays. M. Roberts apporte une dimension transfrontalière aux réflexions du juge en chef Wagner; il salue le dévouement dont Mme McLachlin a fait preuve en matière de leadership international en favorisant la primauté du droit et l'indépendance judiciaire. Ces deux éléments, cruciaux pour le bon fonctionnement des sociétés que le Canada et les États-Unis ont bâties, méritent une protection maximale.

---

<sup>22</sup> En référence à l'affaire des « personnes », *Edwards v. Canada (Attorney General)*, 1929 CanLII 438 (UK JCPC), qui a ouvert la porte constitutionnelle des hautes fonctions aux femmes au Canada.

À la suite de cette section inaugurale, la réflexion se poursuit sur les quatre thèmes présentés plus tôt comme des illustrations de la carrière de Beverley McLachlin. C'est le thème du leadership vivant qui vient d'abord.

Au chapitre 1, Warren Winkler, ancien juge en chef de l'Ontario, nous transporte là où tout a commencé, dans la ville natale de Mme McLachlin : Pincher Creek, en Alberta. C'est dans cette localité remarquable qu'il a grandi lui aussi. Mieux qu'aucun autre ouvrage publié à ce jour, son texte donne vie à l'environnement formateur où Beverley McLachlin a d'abord évolué. Nous découvrons, dans l'enfant précoce qu'elle était, puis dans la communauté soudée à laquelle elle appartenait – et qui encourageait sa jeunesse à réaliser ses rêves –, les germes d'une incroyable leader. Le puissant chinook qui soufflait à travers la ville et ballotait la jeune Beverley évoque l'espèce d'ancrage, de résistance qu'elle a dû développer pour rester debout – un atout qui lui a aussi été utile dans les couches stratosphériques où sa carrière l'a propulsée. Examinant les contributions qu'elle a apportées à la jurisprudence et au Conseil canadien de la magistrature, ainsi que celles qu'elle a fournies à travers le Comité consultatif du juge en chef et le Groupe d'action sur l'accès à la justice, M. Winkler offre un aperçu de l'étendue de son leadership. Il a du mal à trouver les mots pour parler de l'impression très vive que lui a laissée la dimension informelle de son style. Tout de même, il réussit à rendre compte de l'importance de cet aspect de son leadership, qui n'est pas figé sur le papier et doit être compris comme une chose vivante.

Le leadership extrajurisdictionnel de Beverley McLachlin occupe une place centrale dans le chapitre 2. Le professeur Emmett Macfarlane y décrit son rôle de leader institutionnelle et de représentante publique de la magistrature. Là encore, M. Macfarlane met l'accent sur le leadership vivant de Mme McLachlin, qui s'est exercé aussi bien à travers des modes d'influence informels qu'à travers ses fonctions officielles. M. Macfarlane invoque l'expression « premier parmi les égaux », connue en tant que conception du leadership de l'empereur Auguste: considéré par beaucoup d'historiens comme le leader le plus efficace de l'histoire occidentale, il avait su éviter le style dictatorial qui s'était avéré fatal pour son grand-oncle. Au sein de la Cour suprême du Canada, cette approche a favorisé une collégialité bien nécessaire au moment où Beverley McLachlin est devenue juge en chef<sup>23</sup>. La collégialité a ensuite

---

<sup>23</sup> Susan Harada, « The McLachlin Group: How Canada's first female Chief Justice has taken the heat off the Supreme Court », *The Walrus*, 12 mai 2009, en ligne : <<https://thewalrus.ca/the-mclachlin-group/>>.

été mise à profit pour renforcer le consensus, apportant clarté et certitude au droit. Mais M. Macfarlane estime que cela s'est parfois fait au prix d'une ambiguïté analytique et d'un évitement de la question. De l'extérieur, le leadership de la juge en chef McLachlin a accru la transparence, l'accès et la visibilité du travail de la Cour suprême. Mais selon M. Macfarlane, ces qualités sont venues avec des inconvénients. Il se demande, par exemple, si, indépendamment de la faute du gouvernement, la juge en chef a manqué de prudence dans ce qui est devenu l'affaire *Nadon*<sup>24</sup>. Il se demande aussi si son utilisation controversée de l'expression « génocide culturel » dans des remarques extrajudiciaires a devancé des affaires de droit autochtone où une telle conclusion pourrait avoir d'importantes conséquences juridiques ou politiques.

Le principe de la collégialité fait l'objet d'une analyse approfondie dans le chapitre 3, où la juge Dame Mary Arden, Justice of Appeal and Head of The Supreme Court of International Judicial Relations for England & Wales<sup>24A</sup> l'examine du point de vue du leadership dans les cours d'appel, qui sont typiquement des tribunaux collégiaux. Mme Arden établit une comparaison unique des profils distincts que la collégialité présente dans les cours d'appel intermédiaires, comme sa Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, et les cours d'appel de dernière instance, comme la Cour suprême du Canada au temps où elle était dirigée par la juge en chef McLachlin<sup>24B</sup>. Elle observe que dans les cours d'appel intermédiaires, le volume de causes et les contraintes de temps sont tels que, sans la collégialité, les juges seraient, sur le plan pratique, incapables de remplir leur fonction au sein du système de justice. En comparaison, dans les cours d'appel de dernière instance, où les panels sont plus grands et les précédents moins contraignants, le principe de la collégialité renforce la conception institutionnelle d'un processus décisionnel collectif, et favorise la clarté et la cohérence du droit; autrement, les opinions individuelles dans une affaire donnée risqueraient de prendre une plus grande variété d'orientations. En guise d'exemple, elle cite la décision historique de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Carter*<sup>25</sup>, concernant l'aide médicale à mourir : il s'agit du genre de changement social majeur qu'il serait difficile de moduler adéquatement – elle souligne l'adoption

---

<sup>24</sup> Lorne Sossin, « Court Dismissed », The Walrus, 18 janvier 2015, en ligne : <<https://thewalrus.ca/court-dismissed/>>.

<sup>24A</sup> Après l'achèvement de ce livre, peu avant sa parution, Dame Arden a été promue de la Cour d'appel à la Cour suprême du Royaume-Uni.

<sup>24B</sup> *Id.*

<sup>25</sup> *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] A.C.S. no 5, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.

subséquente par le Parlement canadien d'une loi en accord avec la décision – sans un grand sens de la collégialité. Les réflexions pénétrantes de Mme Arden éclairent l'excellence dont la Cour McLachlin a fait preuve dans la valorisation de cette vertu judiciaire, qui est la pierre angulaire du leadership qu'on attend des juges des cours d'appel.

L'une des juges puînées qui a contribué à cultiver la collégialité au sein de la Cour suprême du Canada sous la direction de Mme McLachlin – et qui en a bénéficié – s'intéresse, au chapitre 4, à d'autres aspects notables du leadership de la juge en chef. La juge Marie Deschamps raconte comment Mme McLachlin, même si elle n'a pas été considérée comme une féministe aussi explicitement que certaines de ses premières consœurs, comme les juges Bertha Wilson et Claire L'Heureux-Dubé, a néanmoins été, à sa manière subtile voire indirecte, une figure de proue de l'avancement des droits des femmes dans la profession juridique et la société en général. Mme Deschamps souligne à quel point la juge en chef a affirmé son leadership dans l'évolution des normes régissant la fonction judiciaire, lorsqu'il s'est agi de libéraliser le recours au dialogue civique extrajudiciaire, là où cela était approprié. Cela a permis de démystifier la fonction de juge et d'intéresser le public, d'une manière proactive, aux devoirs et aux normes qui s'y rattachent. Il en a résulté une augmentation de la confiance du public et une meilleure protection de la magistrature contre le risque d'attaques infondées dans les médias populaires pour « activisme judiciaire ». La juge en chef a ainsi pu servir de modèle pour aborder les défis récents qui se sont présentés dans l'administration de la justice, comme l'interprétation de la Charte, la réconciliation autochtone et la réforme du droit criminel. De même, on pourra suivre son exemple pour s'attaquer aux défis à venir. Mme Deschamps estime que la carrière antérieure de Mme McLachlin comme professeure de droit l'a rendue particulièrement habile en fait de vulgarisation. Elle insiste sur la portée véritablement mondiale de sa participation à des délibérations internationales sur des enjeux communs avec ses homologues étrangers, agissant comme le porte-étendard du système juridique canadien. À travers ces efforts, la juge en chef a montré au monde entier comment le Canada a accommodé la diversité et trouvé des moyens d'équilibrer des intérêts contradictoires.

Un autre ancien collègue de la Cour McLachlin, le juge Thomas Cromwell, traite d'une avenue additionnelle empruntée par le leadership de la juge en chef à l'extérieur de la Cour suprême. La question de l'accès à la justice fait l'objet du chapitre 5. Responsable d'une crise aux proportions et aux implications écrasantes pour le système juridique canadien et pour celui

de nombreux autres pays développés, l'accès à la justice s'était avéré un problème persistant et particulièrement difficile à résoudre. Le juge Cromwell indique que la juge en chef, pour faire face à cet immense défi, n'avait à sa disposition « ni bourse ni épée ». Dévoilant une autre facette de son leadership, elle a dû employer la « persuasion morale ». Elle a recueilli des appuis pour mettre sur pied le Comité d'action sur l'accès à la justice en matière civile et familiale. Conformément à sa vision, ce groupe de travail privilégierait une approche différente de celles des initiatives antérieures de réforme de l'accès à la justice : il a rassemblé des intervenants issus de toutes les sphères du système juridique afin d'assurer l'adhésion nécessaire au changement profond qui s'imposait. Cette démarche permettrait de tirer parti des forces uniques des différents acteurs du système grâce à un processus collaboratif. À partir de son siège au premier rang, ayant été nommé président du groupe de travail par Mme McLachlin, M. Cromwell mentionne les progrès réalisés à ce jour et parle d'une belle promesse d'avenir, car Mme McLachlin a été choisie par le juge en chef Wagner pour le présider à son tour peu de temps après son départ à la retraite.

Dans le chapitre 6, la doyenne Catherine Dauvergne étudie les tendances jurisprudentielles qui illustrent le leadership que Beverley McLachlin a manifesté en supervisant une évolution du droit correspondant aux transformations de la société. Lorsque les circonstances l'exigeaient pour répondre à un appel au leadership, Mme McLachlin ajustait son niveau d'investissement dans un corpus de droit particulier. L'exemple que Mme Dauvergne analyse concerne le droit de l'immigration et de la protection des réfugiés. Les questions situées à l'intersection de ce domaine et du droit de la sécurité nationale ont été catapultées sur le devant de la scène sociale et politique par les attentats terroristes catastrophiques du 11 septembre 2001. Les lois adoptées dans la foulée ont visé à renforcer la sécurité, parfois au détriment des libertés civiles et des droits légaux garantis par la Charte. Mme Dauvergne note qu'il y a eu, dans ce contexte, une augmentation significative du nombre d'affaires d'immigration et de réfugiés entendues par la Cour suprême. Malgré l'expérience limitée de Mme McLachlin en cette matière, Mme Dauvergne constate alors un accroissement important de sa participation – la juge en chef allant souvent jusqu'à rédiger les motifs de la Cour, même pour des causes qui préludent à des changements majeurs dans le domaine. Vers la fin de sa charge de juge en chef, des migrations massives ont engendré une xénophobie accrue dans les pays occidentaux;

Mme Dauvergne se demande si un virage jurisprudentiel a été annoncé par les arrêts jumeaux *Appulonappa*<sup>26</sup> et *B010*<sup>27</sup>, une fois de plus rédigés par la juge en chef, et qui démontrent sa sensibilité et son leadership caractéristiques au cœur de réalités sociales changeantes.

C'est vers ces réalités sociales en évolution, et vers leurs conceptions partiellement admises et partiellement débattues, que l'ouvrage se tourne ensuite. Il s'interroge sur l'influence exercée par ces réalités et leurs conceptions sur la Cour suprême, ainsi que sur celle qu'elles ont subie en retour. Ces réflexions sont placées sous le deuxième thème du recueil : l'idée canadienne.

Ce thème est abordé pour la première fois au chapitre 7. Le professeur David Schneiderman y examine la manière dont la Cour McLachlin a géré la relation entre les branches du gouvernement canadien. Après avoir analysé les différents paradigmes théoriques de cette relation, il se penche sur la façon dont la Cour l'a traitée dans la pratique. Il se concentre sur des affaires qui ont impliqué le privilège parlementaire ou la prérogative de l'exécutif – cette dernière ayant parfois été supplantée par le pouvoir discrétionnaire des juges. Il relève que la position typique de la Cour McLachlin en était une de respect et de déférence pour ce qu'elle percevait comme une sphère d'autonomie nécessaire à chaque branche du gouvernement. Elle considérait que les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire devaient exercer leurs responsabilités publiques à l'intérieur de ces sphères d'autonomie, escomptant donc la même attitude à l'égard de la magistrature. Cela ne s'est pas produit dans l'affaire *Nadon*; M. Schneiderman soutient que la juge en chef a agi correctement, et que c'est la branche politique du gouvernement fédéral qui a largement outrepassé ses limites. Il termine sa réflexion en expliquant que, selon lui, les devoirs des tribunaux à l'égard des autres branches du gouvernement canadien prescrivent moins de confiance et plus de suspicion que la position souvent adoptée par la Cour McLachlin pour composer avec cette relation.

Au chapitre 8, la professeure Kate Glover s'intéresse à un autre ensemble d'institutions juridiques canadiennes essentielles – les cours et les décideurs administratifs – et à la façon appropriée de concevoir leur relation. Mme Glover remarque que les Canadiens sont beaucoup plus enclins qu'auparavant à soumettre leurs problèmes juridiques aux décideurs administratifs plutôt qu'aux cours. Elle avance que le pays se

---

<sup>26</sup> *R. c. Appulonappa*, [2015] A.C.S. no 59, 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754.

<sup>27</sup> *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2015] A.C.S. no 58, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704.

trouve à un moment clé pour élaborer la conception qui prévaudra relativement à la place de l'État administratif dans l'ordre constitutionnel canadien. À son avis, la « *subtractive theory* » traditionnelle repose sur l'opposition macrostructurelle entre les cours et les organes administratifs. Une telle synthèse a donc du mal à considérer les organes administratifs de manière à ce qu'ils révèlent individuellement la nature qui découle de leur construction unique. En revanche, la « *generative theory* » s'occupe de ces questions très microstructurelles; c'est donc celle qu'il convient d'appliquer en cette période charnière pour la justice administrative canadienne. Selon Mme Glover, la Cour suprême avance à présent dans la bonne direction, après un long débat jurisprudentiel interne. Elle a bénéficié de l'aide de la juge en chef McLachlin : ses opinions, précoces mais importantes, dans *MacMillan Bloedel c. Simpson*<sup>28</sup>, *Cooper c. Canada*<sup>29</sup> et *Ocean Port Hotel c. Colombie-Britannique*<sup>30</sup>, ont contribué à lui donner son orientation actuelle.

L'interaction entre la Constitution et la magistrature, de même que l'impact de cette interaction sur l'idée canadienne, forment le sujet du professeur Richard Albert au chapitre 9. Des études indiquent que la Charte a rejoint les rangs des emblèmes culturels qui trouvent le plus de résonance chez les Canadiens, au même titre que la feuille d'érable et le hockey. M. Albert contemple le développement de la Charte; il insiste sur le rôle joué par les juges – et avant tout par Beverley McLachlin – en tant que commentateurs de la signification et intendants de son cheminement vers le statut culturel remarquable qu'elle détient maintenant. Pendant le mandat de Mme McLachlin, il est devenu nécessaire de faire participer le public, pour le compte de la magistrature, à la protection des valeurs qui sous-tendaient la Charte et le système juridique en général. Mme McLachlin a endossé cette responsabilité lors de ses discours publics, devenant, selon l'expression de M. Albert, la « conscience en chef » de la nation. De même, enfourchant ce qu'il appelle les dimensions cérémonielle et substantielle de son poste, elle a été la principale ambassadrice de la Charte; elle a enseigné au reste du monde les valeurs les plus profondes de la société canadienne, reflétées et orientées par les tribunaux. Ses efforts ont été couronnés de succès. D'autres études montrent qu'elle a aidé le

---

<sup>28</sup> *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] A.C.S. no 101, [1995] 4 R.C.S. 725.

<sup>29</sup> *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] A.C.S. no 115, [1996] 3 R.C.S. 854 [« Cooper »].

<sup>30</sup> *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] A.C.S. no 17, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52.



Canada à faire figure de modèle et de précurseur pour d'autres systèmes juridiques face à leurs propres évolutions futures.

Le « projecteur » constitutionnel passe de la Charte au fédéralisme dans le chapitre 10, où le professeur Wade Wright étudie les liens entre la Cour McLachlin et l'idée canadienne. La première tendance qui apparaît dans la jurisprudence de la Cour McLachlin est un déplacement, à partir de l'approche classique du fédéralisme, qui préconise une division marquée des pouvoirs fédéraux et provinciaux, vers l'approche moderne, que la Cour a privilégiée, et qui autorise le chevauchement des pouvoirs dans la mesure du possible. La Cour a ensuite poursuivi dans cette direction; elle est allée jusqu'à favoriser l'approche coopérative, arbitrant et facilitant des négociations proactives et coopératives entre les deux ordres du gouvernement sur les chevauchements possibles de leurs pouvoirs. Selon M. Wright, il s'agit là d'une tendance qui se dégage autant des motifs individuels de Mme McLachlin que de ceux de l'ensemble de sa cour. Une autre tendance se dessine dans cette jurisprudence, à savoir que les tendances décrites initialement admettent des exceptions : les trois approches continuent d'être utilisées en même temps, du moins dans certaines affaires. M. Wright ne les voit pas comme des cas isolés; elles sont les fruits d'un « pluralisme théorique » conscient, pratiqué par la Cour en raison de la complexité d'une fédération canadienne en constante évolution. Il appartiendra aux futurs chercheurs de détailler les tendances analogues, observées dans différents contextes sociaux ou juridiques, qui sous-tendent et expliquent l'utilisation d'une approche du fédéralisme par rapport à une autre dans une affaire particulière.

Le chapitre 11 présente une vue d'ensemble de l'héritage de Beverley McLachlin en lien avec l'idée canadienne. Il traite de son intérêt à l'égard du droit international et comparé dans ses rapports avec la société et le droit canadiens. La professeure Janice Gross Stein et Benjamin Smalley remarquent que la période où Mme McLachlin a été juge en chef coïncide avec l'ère de la mondialisation, une force prodigieuse qui a transformé tous les secteurs sociaux. Selon eux, l'ouverture au droit international et comparé dont Mme McLachlin a fait preuve procède de la pluralité des traditions fondatrices du Canada et de la valeur canadienne du multiculturalisme. Ce contexte lui a permis de contribuer à guider, par ses discours extrajudiciaires, les évolutions mondiales répondant à certains des problèmes transnationaux les plus pressants du droit et de la société. Gardant présentes à l'esprit les réussites de la juge en chef, les auteurs partagent son point de vue : le Canada est bien placé pour agir comme un chef de file exceptionnel sur la scène juridique mondiale, en cette époque où l'inséparabilité des

sphères nationale et transnationale est devenue – malgré une résistance politique dans certains secteurs – une réalité de la vie moderne.

Parmi les relations internationales nouées par la juge en chef McLachlin, mentionnons celles avec les hautes cours qui utilisent la langue française. Ces liens l'ont amenée à développer une amitié avec Guy Canivet, juge en chef de la Cour de cassation de France, puis juge du Conseil constitutionnel de France. Le chapitre 12 donne un aperçu de l'approche canadienne, pilotée par la Cour McLachlin, pour traiter des questions politiques qui divisent la société, et au sujet desquelles la Constitution est muette. À travers l'enjeu du mariage homosexuel, M. Canivet explique que la réponse de la Cour suprême du Canada au silence du droit a été d'indiquer clairement que le gouvernement était constitutionnellement autorisé à ouvrir le mariage civil aux couples du même sexe, sans se prononcer sur son obligation constitutionnelle de le faire<sup>31</sup>. Une loi a été adoptée à cet effet en 2005, sans incident<sup>32</sup>. En France cependant, devant le silence de la Constitution, le Conseil constitutionnel a reconnu que le gouvernement n'y était pas constitutionnellement tenu<sup>33</sup>. Des protestations ont éclaté, et une loi a été passée pour accorder aux couples du même sexe le droit de se marier civilement; puis le Conseil a établi, à la lumière du même silence constitutionnel, que la nouvelle définition du mariage ne violait pas la Constitution<sup>34</sup>. Les protestations et les contre-protestations ont déferlé sur le pays. Par conséquent, en France, le mariage homosexuel n'a finalement été légalisé qu'en 2013, au milieu de bouleversements sociaux considérables<sup>35</sup>. On n'a pas connu de bouleversements semblables au Canada, peut-être en partie grâce à la façon dont la Cour McLachlin a choisi d'exercer ses pouvoirs; usant de son pouvoir discrétionnaire, elle a décidé de ne pas répondre à toutes les questions qui lui étaient posées.

Cette habileté de la Cour McLachlin à traiter d'affaires délicates, qui a permis au Canada d'éviter une agitation sociale comme celle qui a secoué la France devant la question du mariage homosexuel, évoque le thème suivant du recueil : l'harmonie.

---

<sup>31</sup> *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] A.C.S. no 75, [2004] 3 R.C.S. 698, 2004 CSC 79.

<sup>32</sup> *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33.

<sup>33</sup> Cons. const. 28 janv. 2011, *Mme Corinne C. et autres [Interdiction du mariage entre personnes de même sexe]*, J.O. 29 janvier 2011, p. 1894, 2010-92 QPC (Cons. const.).

<sup>34</sup> Cons. const. 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, J.O. 18 mai 2013, p. 8281, 2013-669 DC (Cons. const.).

<sup>35</sup> *Loi no 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, J.O. 18 mai 2013, p. 8253.

Ouvrant la discussion au chapitre 13 (*S.C.L.R.*, vol. 87), je considère la notion générale d'harmonie, associée à l'ordre juste dans de nombreuses cultures à travers le monde et l'histoire. Je soutiens qu'il s'agit d'une conception de la justice qui a été mise en œuvre par bon nombre des efforts et des réalisations de la juge en chef McLachlin. C'est aussi une notion vers laquelle semblent converger une variété de termes qu'elle a utilisés pour décrire les visées du mécanisme judiciaire de résolution des conflits. Le concept d'harmonie inscrit dans un ensemble cohérent plusieurs objectifs qu'elle a appuyés et des qualités admirées de son approche juridique. Je soutiens que l'harmonie peut servir, en complément des règles établies, de perspective conforme au système juridique et orientée vers son dessein d'instaurer l'ordre juste; qu'elle peut résoudre les problèmes qui découlent de l'incapacité des règles à répondre à toutes les questions juridiques. Le travail de la juge en chef en témoigne. Attentive à la relation qui lie divers éléments – en l'occurrence, des éléments du système juridique – et à l'ensemble qu'ils composent, l'harmonie, envisagée comme but, engage nécessairement un processus : après avoir identifié les considérations légitimes soulevées par un problème, le ou la juge doit trouver un moyen harmonieux de leur donner un effet collectif – résolvant ainsi la discordance du système révélée par le problème. La répugnance de Mme McLachlin à traiter les conflits comme si une solution excluait les autres et sa préférence pour les outils de consensus, d'accommodement et de réconciliation, illustrent bien ce processus qui consiste à prendre en compte, de façon harmonieuse et dans la mesure du possible, de multiples intérêts légitimes. Je conclus en avançant qu'il y a des raisons de penser, à la lumière des succès remarquables de Mme McLachlin et de certaines conditions sociales qui ont prévalu durant sa carrière, que cette approche est prometteuse pour les personnes qui seront chargées de fonctions similaires dans l'avenir.

Au chapitre 14 (*S.C.L.R.*, vol. 87), le doyen émérite et professeur Peter Hogg examine de plus près le processus de réconciliation et d'accommodements dans le contexte du droit autochtone, un domaine – parmi tant d'autres – auquel Beverley McLachlin a apporté d'immenses contributions. M. Hogg estime que la conviction de la juge en chef quant à l'importance de la réconciliation a mené à l'expansion impérative et sans précédent des droits et des protections des peuples autochtones du Canada dans les jugements de sa cour. L'un des aspects du processus, essentiel à la promotion de l'harmonie entre les peuples autochtones du Canada et les autres Canadiens, est l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les peuples autochtones lorsqu'elle prend des décisions qui

pourraient avoir une incidence sur leurs intérêts. Elle a d'abord été élaborée par la juge en chef dans sa décision révolutionnaire *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*<sup>36</sup>. Le principe a gagné en importance dans la jurisprudence subséquente de la Cour, Mme McLachlin montrant souvent la voie à suivre. Cela a encouragé l'élaboration de politiques gouvernementales prenant davantage en compte les intérêts des Autochtones, et concourant ainsi à l'objectif plus large de réconciliation. M. Hogg assure qu'il s'agit là d'une part durable de l'héritage que Mme McLachlin laisse à la Cour et au pays.

Lorsque les conflits entre des intérêts contradictoires ne peuvent pas être évités, des méthodes comme le compromis et l'ajustement sont nécessaires pour préserver la stabilité et la cohésion. Au chapitre 15 (*S.C.L.R.*, vol. 87), le professeur Hoi Kong, premier titulaire de la chaire Beverley McLachlin de droit constitutionnel à l'Université de la Colombie-Britannique, analyse, dans le contexte de ce domaine du droit, les compromis pour lesquels la jurisprudence de la Cour McLachlin est souvent citée. Les décisions de cette jurisprudence se distinguent des jugements « fracturés » identifiés par M. Kong comme caractéristiques de la période qui a précédé le mandat de Mme McLachlin. D'après lui, ce genre de compromis ne relève pas d'un simple pragmatisme. Il a une importance théorique, ayant été admis dans le contexte de la Charte par les écrits théoriques de la juge en chef, en tant que moyen de défense fondé sur la révision constitutionnelle et les accommodements raisonnables dans une société diversifiée. Même si Mme McLachlin n'a pas formulé de commentaires à ce sujet dans ses écrits théoriques traitant du fédéralisme, la théorie qu'elle a développée dans le contexte de la Charte est tout aussi valable pour la division des pouvoirs en droit constitutionnel. M. Kong remarque que la jurisprudence de la Cour McLachlin sur le fédéralisme révèle la même approche que sa jurisprudence fondée sur la Charte. Ces tendances montrent l'acuité que la Cour a manifestée, sous la direction de Beverley McLachlin, dans sa recherche de compromis pour favoriser l'harmonie en termes sociétaux et en termes de gouvernance par rapport à la séparation et à la division des pouvoirs.

L'interprétation constitutionnelle harmonieuse et la gouvernance au sein d'un ensemble d'instances étatiques différentes – cours et organes administratifs – font l'objet d'une analyse au chapitre 16 (*S.C.L.R.*,

---

<sup>36</sup> *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] A.C.S. no 70, [2004] 3 R.C.S 511.

vol. 87). Le doyen Lorne Sossin invoque une déclaration que Mme McLachlin a émise, à l'époque où elle était juge, dans ses motifs dissidents dans l'affaire *Cooper*<sup>37</sup> : « *La Charte... appartient aux citoyens* ». M. Sossin évalue ce qui est nécessaire à la réalisation de l'aspiration évoquée par cette phrase mémorable, à savoir que la protection prévue par la Charte et les recours dont disposent les individus devraient être les mêmes, peu importe à qui l'État délègue le pouvoir décisionnel qui les concerne; plus particulièrement, ils ne devraient pas être moindres au sein des organes administratifs qu'au sein des cours, puisque c'est à travers les premiers que le droit touche le plus de gens. De plus, comme l'explique M. Sossin, les organes administratifs contemporains couvrent un spectre immense, et certains décideurs ne possèdent pas de formation juridique formelle. Une Charte qui appartiendrait vraiment au peuple devrait incorporer ces perspectives et expertises uniques dans son interprétation globale, plutôt que d'être du ressort exclusif d'une caste judiciaire spéciale. M. Sossin conclut en espérant que cette idée d'une Charte des citoyens deviendra un jour une théorie aussi essentielle et emblématique en droit constitutionnel que « l'arbre vivant » du Conseil privé.

Le chapitre 17 (*S.C.L.R.*, vol. 87) aborde des questions plus larges sur la manière dont une société multiculturelle peut vivre en harmonie et un ordre juridique harmonieux peut être maintenu malgré les points de vue divergents des membres d'une telle société. Établissant un contraste avec les États-Unis, le sénateur Serge Joyal fait remarquer que le Canada n'a pas recherché une – impossible – uniformité de valeurs par l'assimilation, mais qu'il a adopté le multiculturalisme et l'autonomie qui sous-tend les choix d'identification culturelle – politique, morale, religieuse. Dans ce contexte, comment les décisions publiques peuvent-elles être prises? Comme l'a souligné Mme McLachlin, la règle de la majorité, à elle seule, peut ébranler une telle société en imposant le point de vue du plus grand nombre. Elle fait du droit un ping-pong politique entre les groupes qui se disputent le statut de majorité dans une décision donnée à un moment donné, dégradant progressivement l'harmonie en termes sociaux et en termes de cohérence normative du droit. Le droit, une fois créé, constitue une source d'autorité totalement indépendante – d'où l'expression « primauté du droit ». Le respect de son statut d'ordre indépendant, objectif et neutre permet à une pluralité de points de vue de coexister en harmonie plutôt que de se disputer la suprématie dans un

---

<sup>37</sup> *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] A.C.S. no 115, [1996] 3 R.C.S. 854.

conflit civil constant et sans limites. Il permet aussi aux conceptions juridiques normatives de cohabiter harmonieusement dans la société avec les conceptions culturelles normatives – encore une fois, qu’elles soient religieuses, morales, politiques ou mixtes – sans que les premières ne soient soumises à des versions particulières des secondes.

Étant donné la vocation sociale critique du droit, il n’est pas surprenant qu’il impose des exigences aussi élevées à ceux qui en sont les gardiens. Parmi celles-ci, le dernier thème du recueil : les vertus judiciaires.

Le thème des vertus judiciaires est d’abord analysé au chapitre 18 (*S.C.L.R.*, vol. 87) par le professeur et doyen émérite Daniel Jutras. Dans le cadre d’une vaste étude préliminaire, il commence par chercher une norme appropriée pour évaluer la grandeur judiciaire. Rejetant un certain nombre de normes putatives proposées dans diverses littératures parce qu’il les juge inadéquates ou sans intérêt, M. Jutras découvre une perspective utile dans le domaine de l’éthique de la vertu. Il identifie la « sagesse pratique » comme étant la vertu la plus étroitement liée au rôle spécifique que la société attribue aux juges. Plus précisément, les juges vertueux – donc les grands juges – sont ceux qui manifestent de la sagesse pratique par leurs habiletés exceptionnelles de perception situationnelle, d’imagination délibérative et de discernement correctif. Ayant élaboré un cadre d’évaluation de la grandeur judiciaire, M. Jutras, dans la dernière partie du chapitre, l’applique à la carrière de Mme McLachlin. Il soutient qu’elle a démontré cette insaisissable vertu de la sagesse pratique au cours de sa carrière de juge à la Cour suprême. Son héritage devrait donc nous laisser le souvenir d’une grande juge.

Bon nombre des vertus judiciaires que Beverley McLachlin a « récoltées » en tant que juge de la Cour suprême du Canada ont été semées plus tôt sur son parcours. Au chapitre 19 (*S.C.L.R.*, vol. 87), le professeur DeLloyd Guth se penche sur ses expériences formatrices d’étudiante en droit et en philosophie, de praticienne du droit, de professeure, de juge de première instance, de juge d’appel, puis de juge en chef des tribunaux de première instance de la Colombie-Britannique. Il note qu’à chaque étape, elle a délibérément et proactivement appliqué les leçons qu’elle avait apprises et déployé les compétences qu’elle avait acquises aux étapes précédentes. M. Guth affirme que, parmi les expériences qui ont précédé sa carrière à la Cour suprême, c’est son travail comme juge de première instance qui lui a fait la plus forte impression. Il a surtout été marqué par sa culture des vertus nécessaires aux juges de première instance en tant qu’« historiens du droit ». La preuve relève du

fait historique, tout comme le droit – du fait historique législatif, plus précisément. Cela ne veut pas dire qu'ils soient objectivement déterminables, car ni les historiens ni les juges de première instance ne peuvent accéder directement au passé; ils peuvent seulement le reconstruire en usant de créativité. Beverley McLachlin a excellé dans cette tâche; elle s'est rapidement taillé une place dans les recueils de jurisprudence et a attiré l'attention de leurs lecteurs, ce qui lui a valu de s'élever rapidement dans la hiérarchie judiciaire. Par ailleurs, la nature des fonctions des juges de première instance en tant qu'historiens du droit a forcé la jeune juge McLachlin à développer un éventail d'autres vertus qui ont caractérisé sa carrière extraordinaire de juge en chef : gestion efficace du temps, éthique de la concertation, compétences décisionnelles, capacité à séparer le bon grain de l'ivraie parmi les enjeux, gestion rigoureuse de l'information et maîtrise du processus.

Dans le chapitre 20 (*S.C.L.R.*, vol. 87), le doyen Jean-François Gaudreault-Desbiens, la professeure Noura Karazivan et Vanessa Ntaganda s'attaquent à la question de l'évolution judiciaire. Ils se demandent comment on peut concilier les puissants arguments en faveur de la liberté d'expression formulés par Mme McLachlin au début de son mandat à la Cour suprême, avec des décisions rédigées ou approuvées par elle vers la fin de sa carrière, et qui ont admis d'importantes restrictions à cet égard de la part du gouvernement. Une partie de la réponse se trouve, selon eux, dans l'évolution imposée par son passage du poste de juge puînée à celui de juge en chef. À titre de juge puînée, elle pouvait soulever des points intellectuels et laisser sa marque en exprimant sa dissidence dans des jugements majoritaires stables. À titre de juge en chef, elle était plutôt responsable de préserver la légitimité publique de la Cour en la gardant en phase avec le consensus social sur les résultats visés, et de maintenir sa position de leader institutionnelle en choisissant ses batailles. L'institution de la Cour a elle-même changé à cause des objectifs avoués du leadership de Mme McLachlin : renforcer le consensus interne et la légitimité externe de la Cour, notamment. Les auteurs suggèrent que cette évolution de la Cour pourrait avoir augmenté le poids de ces objectifs dans ses décisions ultérieures concernant des formes extrêmes de discours.

De l'évolution du juge et du tribunal, la discussion passe, au chapitre 21 (*S.C.L.R.*, vol. 87), à l'évolution du droit. Le professeur James Goudkamp examine l'influence des décisions marquantes de Mme McLachlin à l'échelle mondiale. À l'aide d'exemples tirés du droit privé, il démontre qu'elles ont eu des répercussions sur la common law grâce à

certaines caractéristiques : une délibération qui s'écarte des précédents, une orientation axée sur le développement de remèdes aux insuffisances du droit – en matière sociale ou analytique – et des motifs qui manifestent une capacité à communiquer de manière limpide. Son premier exemple est *Norberg c. Wynrib*<sup>38</sup>; on a pris note, à l'étranger, du lien que Mme McLachlin percevait entre droit privé et droit criminel relativement aux méfaits, à travers l'importance de l'étiquette que le droit apposait à la conduite. M. Goundkamp poursuit avec ses motifs dans *Hall c. Hébert*<sup>39</sup>, qui sont venus clarifier un raisonnement justifiant et restreignant l'application du principe de l'illégalité en responsabilité civile. Cette affaire est révéralée au point qu'on l'invoque même à l'étranger, où elle n'a qu'une valeur persuasive, dans des jugements qui sont incompatibles avec elle. Enfin, M. Goundkamp parle de ses motifs dans *Bazley c. Curry*<sup>40</sup>, qui ont remodelé la responsabilité du fait d'autrui à travers le monde; approfondissant une règle formelle indéfinie, dégagant les principes de politique publique qui sous-tendaient le droit, Mme McLachlin a permis un jugement plus rationnel et plus cohérent. D'un point de vue méthodologique, M. Goudkamp considère que cette influence traduit une attention rigoureuse au commentaire scientifique et au droit comparé, ainsi qu'une propension à affiner les règles de droit afin qu'elles reflètent, de manière plus directe et transparente, les politiques publiques qui leur servent de base.

Cet ouvrage rempli d'hommages s'achève, à juste titre peut-être, avec la vertu de l'humilité, prônée au chapitre 22 (*S.C.L.R.*, vol. 87) par le professeur Benjamin Berger. Celui-ci soutient qu'en tant que vertu judiciaire, l'humilité a été dépeinte ailleurs de manière incomplète, négligeant les cas où les circonstances dictent une action audacieuse plutôt que de la retenue. Mais comment l'audace peut-elle relever de l'humilité? M. Berger explique que l'humilité s'enracine dans l'acceptation de sa position et de son rôle face à ce que les circonstances commandent dans l'exercice du pouvoir. Ceux qui consentent avec courage à agir lorsque leurs responsabilités l'exigent font preuve d'humilité. On retrouve plus communément cette image de l'humilité en tant que subordination ou abandon d'une personne à son poste ou à son statut – en l'occurrence, à sa fonction judiciaire –, au moins dans des circonstances exceptionnelles, dans la littérature religieuse, comme les

---

<sup>38</sup> *Norberg c. Wynrib*, [1992] A.C.S. no 60, [1992] 2 R.C.S. 226.

<sup>39</sup> *Hall c. Hébert*, [1993] A.C.S. no 51, [1993] 2 R.C.S. 159.

<sup>40</sup> *Bazley c. Curry*, [1999] A.C.S. no 35, [1999] 2 R.C.S. 534.



contes du Talmud. M. Berger les raconte. Il montre comment la juge en chef McLachlin a été un modèle d'humilité durant sa carrière judiciaire, mais affirme que la déférence de sa cour à l'égard des pouvoirs policiers ne s'accordait pas avec cette vertu judiciaire. Il prétend qu'une amélioration serait possible dans ce contexte si on accordait une attention vigilante aux responsabilités judiciaires par rapport aux facteurs de vulnérabilité, à l'histoire et aux rôles distincts des autres acteurs du système.

Après cette série d'essais vient une section de conclusion, qui renferme d'autres contributions d'une nature spéciale – c'est-à-dire, différentes des essais – ainsi que quelques réflexions finales sur l'importance de la carrière de Beverley McLachlin.

Le chapitre 23 (*S.C.L.R.*, vol. 87), intitulé « Chief Justice McLachlin In Her Own Words », contient des réflexions et des commentaires qui devraient présenter un intérêt majeur pour la recherche dans tous les domaines du droit. Proposant une entrevue de fond avec Beverley McLachlin – fouillée, non remaniée et couvrant une large gamme de sujets –, le chapitre donne accès aux réflexions et aux points de vue non censurés de la juge en chef sur plusieurs aspects de sa carrière et de son héritage. Ses observations sont guidées par Kirk Makin, l'un des principaux journalistes judiciaires du Canada, qui l'interroge avec une grande habileté.

À la suite de la précieuse ressource que représente cette rétrospection généreuse et franche par la juge en chef, le chapitre 24 (*S.C.L.R.*, vol. 87) comprend d'autres renseignements inestimables pour les chercheurs. Les tableaux A et B, compilés par la Cour suprême du Canada, fournissent respectivement une liste de tous les jugements rendus et de tous les discours prononcés par Beverley McLachlin en tant que membre de la Cour suprême.

Finalement, dans le chapitre 25 (*S.C.L.R.*, vol. 87), Daniel Jutras et Jessica Michelin analysent les tendances qu'ils dégagent de leur tableau détaillé de données sur les décisions concernant l'ensemble de la jurisprudence de Mme McLachlin durant son mandat de juge à la Cour suprême. Nous espérons que ses tendances se révéleront intéressantes pour les travaux menés sur la juge en chef, la Cour suprême ou la jurisprudence canadienne.

Marcus Moore  
Oxford, R.-U.  
Août 2018