

– **La pratique du droit dans ses traces** –
Certaines dimensions du fondement et de l'architecture
métajuridiques du Droit et des droits de la personne

par

Noël A. Kinsella
Président
Sénat du Canada

Discours présenté à la Thomas More Lawyers' Guild du Toronto
Barrister's Hall, Osgoode Hall Law School
Toronto (Ontario)
Le 22 septembre 2010

Je vous remercie de m'avoir invité à venir vous parler ce soir. J'aimerais tout de suite vous rassurer en vous signalant que mon personnel au Sénat m'a rappelé que mon titre actuel de « président du Sénat » au Parlement n'était pas assorti d'une licence m'autorisant à parler sans fin. Mes notes concernant des principes métajuridiques depuis l'époque de Moïse jusqu'à nos jours ont depuis été abrégées.

Bien qu'il puisse paraître un peu curieux qu'un politicien s'adresse à une guilde d'avocats, cela est tout à fait approprié. Sir Thomas More était connu comme avocat, mais aussi comme un membre très important de la Cour d'Henri VIII jusqu'au jour où cette dispute plutôt fâcheuse au sujet de la *Supremacy Act* lui fit, assez littéralement, perdre la tête. En 1935, le pape Pie XI reconnut son martyr, et il fut canonisé comme saint. En 2000, le pape Jean-Paul II a nommé Saint Thomas More saint patron des hommes d'État et des politiciens. Je partage donc avec vous le patronage de cet homme remarquable qui a pratiqué le droit dans les traces du Seigneur unique qui était la Personne de sa Foi.

J'ai donc choisi comme sujet de mon allocution : « La pratique du droit dans ses traces – Certaines dimensions du fondement et de l'architecture métajuridiques du Droit et des droits de la personne. »

Permettez-moi de commencer par l'histoire suivante, bien qu'elle soit apocryphe, d'un avocat de campagne du petit village de Hampton, au Nouveau-Brunswick, au début des années 1900. Un train qui circulait à travers champs frappa mortellement la vache d'un fermier local. Notre fermier intrépide, assisté de l'avocat du village, poursuivit la compagnie de

chemin de fer en dommages-intérêts, et la cour lui donna gain de cause en première instance. La compagnie de chemin de fer, avec ses ressources considérables, portât la cause en appel jusqu'à la Cour suprême du Canada. Et c'est ainsi que l'avocat de campagne fit le voyage depuis la campagne néo-brunswickoise jusqu'à Ottawa pour se retrouver debout devant les savants juges érudits de notre plus haut tribunal. Leurs seigneuries, souhaitant mettre l'avocat du village de Hampton à l'aise, commencèrent par une petite discussion à bâtons rompus, et le plus lettré des juges se joint alors à la discussion. Il se pencha vers l'avocat de campagne et lui demanda si les gens de Hampton, au Nouveau-Brunswick, songeaient parfois au conseil d'Horace, « semper aude in res iuris ». Et l'avocat du village de Hampton de répondre du tac au tac : « Ah, mais votre seigneurie, les gens de la campagne néo-brunswickoise ne parlent pratiquement que de cela! »

Les temps ont changé, et, au Nouveau-Brunswick, nous ne parlons plus quotidiennement de l'importance de la primauté du droit et du rôle qu'elle joue pour protéger la paix, l'ordre et le bon gouvernement au Canada. Cependant, nous reconnaissons que la pratique de la liberté a connu un grand succès au Canada parce que la primauté du droit est la pierre angulaire de notre pays, et le respect des droits de la personne et de la justice sont des valeurs canadiennes fondamentales.

L'on tente parfois de faire une distinction entre droits et obligations. L'on tente souvent de relativiser les droits de la personne. Je suis d'avis que l'Homme de Galilée indique qu'une bonne compréhension des droits inclut les obligations et les responsabilités. Droits et responsabilités sont des aspects essentiels d'un seul et même concept. Les droits et les

responsabilités ont besoin d'« autrui » afin d'avoir un sens quelconque ou une signification pratique. Les droits de la personne exigent un devoir envers soi-même et envers autrui. Si nous voulons que nos propres droits soient respectés, nous devons respecter les droits d'autrui. Et si le simple fait d'être un être humain nous confère des droits, il en va de même pour tous les autres. Le « droit » ou la notion juridique « ius » inclut aussi des droits et des responsabilités d'une manière collective, et non seulement individuelle. J'aimerais insister pour dire que je crois que toute dichotomie entre droits et responsabilités est contradictoire.

Imaginez un individu seul sur une île déserte. Notre insulaire solitaire grimpe au sommet de la plus haute colline de l'atoll, il brandit un crayon, et il s'écrie : « Ceci est mon crayon! J'ai le droit de détenir ce crayon en pleine propriété! »

Qu'est-ce qui cloche dans cette image? Probablement plusieurs choses. Cependant, à des fins pédagogiques, je soulignerai que le cri de notre personnage incongru démontre une futilité apparente – une personne revendique un « droit » alors que cette personne est isolée. Cela aide à illustrer, à tout le moins, que la conceptualisation d'un « droit » nécessite une dyade. C'est-à-dire que le droit, par définition, est nécessairement une réalité sociale. Aristote dirait que les « gens » constituent la *cause matérielle* des droits de la personne. Le pape Paul VI a souligné cette relation fondamentale entre droits de la personne et devoirs dans son Message aux Nations Unies à l'occasion du 25^e anniversaire de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* :

[TRADUCTION] « Bien que les droits fondamentaux de l'homme représentent un bien commun pour l'ensemble de l'humanité sur son chemin vers la conquête de la paix, il est nécessaire que tous les hommes, toujours plus conscients de cette réalité, se rendent compte que, dans cette sphère, parler de droits équivaut à énoncer des devoirs. »ⁱ

Lorsqu'il est question de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, l'on se souvient de la contribution canadienne faite par un autre avocat de Brampton, au Nouveau-Brunswick, soit le professeur John Peters Humphrey, qui a fait ses débuts dans ce même village, où il est aujourd'hui inhumé. Le professeur Humphrey a collaboré étroitement avec Eleanor Roosevelt, la présidente de la Commission des Nations Unies sur les droits de l'Homme qui avait été chargée de rédiger la Déclaration. D'ailleurs, la première ébauche, établie au niveau du secrétariat, était rédigée de la main de John Humphrey, et la copie qu'il m'en a donnée constitue une de mes possessions les plus précieuses. John nous disait souvent que la *Déclaration universelle* était la « Magna Carta » du XX^e siècle.

Dans sa célèbre encyclique « *Pacem in Terris* », le pape Jean XXIII a aussi souligné l'importance fondamentale de la *Déclaration universelle*, qu'il a décrite comme « un acte de la plus haute importance réalisé par les Nations Unies. »ⁱⁱ Le pape Roncalli a exprimé le vœu suivant :

« Puisse-t-il arriver bientôt, le moment où [l'ONU] garantira efficacement les droits qui dérivent

directement de notre dignité naturelle, et qui, pour cette raison, sont universels, inviolables et inaliénables. »ⁱⁱⁱ

Tout au long de l'histoire des idées, philosophes, théologiens et juristes ont enrichi la notion du Droit et des droits. La perspicacité de Saint-Thomas d'Aquin concernant l'idée de « droit » est particulièrement utile. Il écrit que le nom *ius* a d'abord eu comme signification la « chose juste » elle-même^{iv}. C'est-à-dire que le *ius* n'est pas dérivé de la chose juste mais s'y applique plutôt comme sa dénomination propre. Pour Saint-Thomas, comme chez Aristote, le *ius* ou la notion de droits évoque quelque chose d'égal. Il s'agit d'une sorte de mesure ou de règle médiane, et lorsque nos actes correspondent à cette mesure, on dit qu'ils sont corrects, ou bons; c'est-à-dire qu'ils sont considérés comme justes. En d'autres mots, Saint-Thomas d'Aquin trouve que le « droit » est cette mesure ou règle qui doit servir à mesurer nos actes vis-à-vis d'autrui. Le droit est considéré comme l'objet de la justice, et la justice est donc déterminée par des droits, et non vice-versa. Saint-Thomas dit que les droits sont l'objet de la justice, parce qu'ils sont des droits; c'est-à-dire, parce qu'ils sont justes.

Plus loin dans son analyse des droits, Saint-Thomas dit que le droit se compose de trois éléments essentiels : (i) une mesure (égale ou moyenne); (ii) due à; (iii) quelqu'un, *alteritas*^v. Il s'agit d'une égalité due à quelqu'un. Elle est due parce qu'elle est égale, et, dans le même ordre d'idées, elle est due à quelqu'un d'autre parce qu'elle est égale.

« Quelqu'un », « autrui » et *alteritas* sont pris dans le sens juridique d'indépendance « *sui juris* », c'est-à-dire, une personne juridiquement indépendante et non subordonnée à l'autre personne de qui elle revendique ou à qui elle doit un droit.

Le fondement métajuridique

Depuis les premiers codes de lois, les droits de la personne et le Droit ont toujours eu un rapport avec le *métajuridique* – l'idée que certaines lois sont au-dessus des lois créées par l'homme. Les images de Moïse sur le Mont Sinaï recevant les Dix Commandements, leur texte « écrit par le doigt de Dieu », viennent à l'esprit. Cette relation a perduré jusqu'à ce jour puisque nous avons consacré nos droits dans les instruments suprêmes du droit positif – notre constitution et le droit international.

Une des plus vieilles codifications de lois connues est le *Code d'Hammourabi*. Afin de formaliser sa règle, Hammourabi, sixième roi de Babylone, a créé un recueil unique de lois pour son peuple. Il a recueilli toutes les vieilles lois et coutumes en remontant jusqu'à l'époque des Sumériens, et il les a ordonnancées et améliorées. Enfin, il les a fait graver dans la pierre et placer dans le temple du dieu en chef, Marduk, afin que tous puissent les lire. C'est ainsi que le *Code d'Hammourabi* est devenu le plus vieux code de lois dont nous possédions un exemplaire.

Pour certains, le *Code d'Hammourabi* représente la première charte des droits. En ce sens, l'on peut souligner plusieurs aspects importants de ce code. Premièrement, il y a le fait que le code a été promulgué, de sorte que le droit des gens de connaître la teneur de la loi a été protégé. Le deuxième

aspect se rapporte à la qualité spéciale que conférait à la loi le fait d'être placée dans le temple du dieu en chef.

La dimension métajuridique du Droit trouve une expression dramatique dans la pièce *Antigone* de Sophocle. Dans la deuxième pièce de la trilogie thébaine du dramaturge grec, l'histoire commence au lendemain de la guerre civile que se livrèrent les fils d'Œdipe afin de déterminer qui régnerait sur Thèbes en permanence. Les deux fils périssent au cours du conflit, et la royauté est assumée par leur oncle, Créon, qui décrète que le corps de Polynice, puisqu'il est le frère instigateur du conflit, sera laissé sur le champ de bataille en pâture aux charognards et ne sera pas inhumé selon les rituels d'usage. Sa sœur, Antigone, défie Créon et enterre Polynice. Lorsqu'elle est découverte, Créon demande si elle savait que ce qu'elle faisait était mal, ce à quoi elle répond :

« J'ai désobéi à la loi car ce n'était pas Zeus qui l'avait proclamée, ni la Justice qui demeure avec les dieux d'en-bas n'a pas défini de telles lois chez les hommes, et je ne pensais pas que tes décrets à toi fussent assez puissants pour permettre à un mortel de passer outre à d'autres lois, aux lois non écrites, inébranlables des dieux. Elles datent celles-là ni d'aujourd'hui, ni d'hier et nul ne sait le jour où elles ont paru. »^{vi}

Pour Antigone, l'édit de Créon n'avait pas force de loi parce qu'il allait à l'encontre des lois supérieures de Zeus, le dieu suprême de la Grèce antique.

La *Déclaration canadienne des droits* de 1960 énonçait, dans son préambule, la proposition métajuridique selon laquelle « la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu. »

L'on retrouve cette même proposition dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982, qui énonce :

« le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit. »

Malgré le degré d'attention que les tribunaux, les avocats et les juristes ont porté, ou n'ont pas porté, à ce passage, sa présence évoque une histoire importante qu'apprennent les étudiants des droits de la personne, à savoir que les gens possèdent des droits universels et inaliénables qui trouvent leurs sources au-delà de l'État. Dans un article intéressant publié en 2003, dans la *Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* par Lorne Sossin d'Osgoode Hall Law School, intitulé « the "Supremacy of God", Human Dignity, and the *Charter of Rights and Freedoms* », Sossin affirmait : [TRADUCTION] « Certains soutiennent que si le concept de la dignité humaine est lié à la suprématie de Dieu dans la préambule de la *Charte*, il incomberait aux tribunaux de justifier leurs prétentions concernant la dignité humaine comme un acte de foi, et il s'ensuivrait une élaboration plus cohérente et plus robuste de l'architecture morale de la *Charte*. »^{vii}

Lors d'une allocution prononcée en juin 2010 devant des politiciens et des diplomates, Sa Sainteté Benoît XVI a indiqué qu'un chrétien dans la

fonction publique devrait s'efforcer de promouvoir la vérité morale. Puisque la pratique du droit est, en fait, une sorte de fonction publique, les avocats et les juges voudront peut-être noter qu'un des principes qui, selon le pape, promeut la vérité morale est l'appel à un effort constant en vue de fonder le droit positif sur les principes éthiques du droit naturel. À d'autres époques, un appel au droit naturel était considéré comme allant de soi, mais la marée de positivisme dans la théorie juridique contemporaine oblige à réitérer cet axiome important. Les individus, les collectivités et les États, privés du phare des vérités morales objectives, deviendraient égoïstes et sans scrupules et le monde deviendrait un endroit plus dangereux où vivre. En revanche, en étant respectueux des droits de la personne, nous protégeons et promovons la dignité humaine. Lorsque les politiques que nous appuyons sont adoptées pour le bien commun et notre humanité commune, de telles actions reposent sur des bases plus solides et deviennent plus propices à un environnement de compréhension, de justice et de paix.

À l'aube de la deuxième décennie du XXI^e siècle, cet appel au métajuridique répond à un besoin urgent. Le droit positif est tout simplement insuffisant pour lutter contre certaines menaces existentielles auxquelles nous sommes confrontés. Les défis auxquels la vie et la liberté ont été confrontées au cours de la dernière décennie ont accentué la conscience de la menace que représente le terrorisme. Les terroristes ne reconnaissent pas nos lois positives et, qui plus est, ils les rejettent carrément. Le droit positif à lui seul ne nous aidera pas à composer avec les changements climatiques ou l'insécurité alimentaire. Seul à un appel aux lois supérieures créera le changement qui s'impose.

Cet appel que les membres de la Thomas More Lawyers' Guild of Toronto, se trouvent dans une situation idéale pour le lancer. En suivant la tradition de celui qui a donné son nom à votre guilde, Saint Thomas More, vous parlerez la vérité au pouvoir, et vous rehausserez le sens du droit positif en faisant appel à des principes métajuridiques. Mettez à profit cette compréhension du fondement et de l'architecture du Droit et des droits de la personne lorsque vous servirez vos clients et lorsque vous agirez devant les tribunaux.

Puisque vous pratiquez le droit dans ses traces, nous devons garder à l'esprit que nous sommes toujours sous épreuve; nous sommes toujours jugés. Il se peut que le verdict final ne soit pas prononcé avant les années, voire même les décennies à venir, mais il le sera bien un jour. Si vous vivez votre vie comme si vous étiez l'avocat du village de Hampton devant les juges de la Cour suprême, je suis certain que le verdict sera favorable.

ⁱ Paul VI, « Message to the United Nations on the 25th Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights », 10 décembre 1973. AAS, LXV (1973), 677

ⁱⁱ John XXIII, encyclique « Pacem in Terris »; 11 avril 1963; paragr. 143

ⁱⁱⁱ *Ibid.*

^{iv} Saint-Thomas d'Aquin; *Summa*, II-II, q.57, a.1, ad 1

^v *Ibid.*

^{vi} Sophocle; *Antigone*; 441 Av. J.-C.

^{vii} Lorne Sossin, « The 'Supremacy of God', Human Dignity and the Charter of Rights and Freedoms », (2003) *La Revue de droit de l'Université du Nouveau-Brunswick* ; vol. 52, n° 227.