

CID : 1498604

Nombre de caractères espaces compris : **24 769**
Final Automne 2016, Clean-up 2019

Droit international et constitutionnel des
droits fondamentaux (DRT-3103)
Professeur : Daniel Turp

PARTIE I

Réponse à la question (a) – Évolution du droit constitutionnel du Royaume-Uni

La *Loi britannique sur les droits de la personne, Human Rights Act 1998*¹ (HRA 1998) est venue révolutionner le droit interne britannique en y intégrant la *Convention européenne des droits de l'homme*², un instrument prisé depuis longtemps des juristes britanniques pour sa vocation de protéger les droits fondamentaux³. Au fil des années d'application de la Convention européenne, l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne a progressivement introduit au Royaume-Uni l'idée que les traités puissent avoir un effet indirect sur le droit britannique, et ce en dépit d'un clair inconfort et beaucoup de résistance à cet égard dans un régime de souveraineté parlementaire.

L'adoption de la HRA 1998 a été favorisée par la nature non rigide de la constitution du Royaume-Uni, composée d'une série de lois ordinaires qui ont graduellement donné un corpus aux droits fondamentaux. À son article premier, HRA 1998 importe en droit britannique les articles 2 à 12 et 14 de la Convention européenne⁴ qui doivent être lus en conjonction avec ses clauses interprétatives, énoncées aux articles 16 à 18⁵.

Outre les droits fondamentaux indérogeables de la Convention européenne⁶, dont le droit à la vie, l'interdiction de la torture, de l'esclavage et du travail forcé⁷, la HRA 1998 reprend les garanties procédurales fondamentales en matière criminelle qui font écho à la *Déclaration anglaise des droits*⁸. S'y sont ajoutés le droit à un procès équitable, la présomption d'innocence, le respect de la vie privée et de la vie familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression, la liberté d'association et l'interdiction de la discrimination⁹. Les clauses limitatives et interprétatives de la Convention portent principalement sur la restriction d'activités politiques des étrangers et l'abus de droit¹⁰.

Les effets concrets de cette intégration découlent de l'article 2, HRA 1998 qui oblige les tribunaux britanniques à puiser dans la jurisprudence de la Cour européenne et celle de la Commission européenne¹¹, lorsqu'ils sont appelés à interpréter des questions relatives aux droits fondamentaux de la Convention européenne, dans la mesure où cette interprétation est compatible avec le droit interne britannique, qualifié de « droit

¹ Chapter 42, Elizabeth [ci-après « HRA »].

² S.T.C.E. n° 5 adoptée en 1950, entrée en vigueur en 1953 [ci-après « Convention européenne »].

³ Philippe SANDS, *Britain, Europe & Human Rights – What's Next?*, Elson Ethics Lecture, St-Georges's House, Windsor Castle, 20 octobre 2015.

⁴ HRA 1998, préc. note 1, art. 1(1)a.

⁵ *Id.*, art. 1(1) *in fine*.

⁶ Convention européenne, préc. note 2, art. 15(2).

⁷ *Id.*, art. 2-4.

⁸ English Bill of Rights, 1688/1689 CHAPTER 2 1 Will and Mar Sess 2.

⁹ Convention européenne, préc. note 2, art. 6-12, 14.

¹⁰ *Id.*, art. 16-18.

¹¹ *Id.*, art. 26 à 27(2), 31 et 46.

primaire » au Royaume-Uni¹². En cas de conflit entre le droit primaire et le droit subordonné, la HRA 1998 a prévu la possibilité de demander une déclaration de compatibilité¹³. Sans nécessairement lier les juges britanniques aux précédents de la Cour européenne, la formulation « must take into account » aux articles 2 et 3, HRA 1998 a eu comme conséquence d'élargir la portée de ces précédents. En somme, l'adoption de la loi HRA 1998 a permis au Royaume-Uni d'assumer ses obligations internationales jusqu'au bout.

Question (b) – Dialogue comparatif en droit constitutionnel des États-Unis

Dans sa conférence, la juge Ginsburg de la Cour suprême des États-Unis (SCOTUS) aborde une controverse historique en droit américain sur la possibilité d'interpréter la constitution de manière évolutive, à la lumière du droit international comparé¹⁴. Selon elle, il est temps d'enrichir la constitution américaine en s'inspirant des constitutions d'autres États, tout comme en 1945 les États-Unis ont servi d'exemple à d'autres nations dans la rédaction de leurs constitutions¹⁵.

Pour sa part, le juge O'Connor de SCOTUS considère sa collègue une vraie menace pour l'intégrité de la constitution et invite les « véritables patriotes » du pays d'éliminer les disciples d'une telle réforme constitutionnelle. Or, la juge Ginsburg n'a fait que relever à quel point cette résistance aigüe au droit international comparé appauvrit les arrêts constitutionnels américains, les rendant inadaptés aux temps modernes.

En réalité, la juge Ginsburg préconise une approche suivie depuis longtemps par nos tribunaux. En effet, l'interprétation rigide et figée dans le temps du juge O'Connor se trouve en direct opposition avec la théorie de « l'arbre vivant » de notre constitution canadienne, qui elle commande une interprétation généreuse et évolutive¹⁶.

La juge Ginsburg enseigne que la notion de « law of nations » est codifiée dans la constitution américaine¹⁷ et SCOTUS permet depuis le tournant du 19^e siècle, aux tribunaux américains d'appliquer la coutume internationale en cas de silence du droit interne ou en absence de traités ratifiés¹⁸.

Selon les « adversaires » de la juge Ginsburg, il est impossible de saisir le contexte social, historique et politique qui sous-tend le raisonnement des décideurs étrangers. L'idée d'une magistrature internationale, dotée d'une sagesse universelle revêtirait une allure quasi fantastique¹⁹. Le juge Scalia de SCOTUS se déclare particulièrement irrité

¹² HRA 1998, préc. note 1, art. 2(1)(a)-(d), 3.4.

¹³ *Id.*, art. 19.

¹⁴ Ruth Blader GINSBURG, « A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind »: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication », (2005) 64 *Cambridge Law Journal* 575-592.

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Edwards c. P.G. Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.).

¹⁷ U.S. CONST. art. I, § 8, cl. 10.

¹⁸ *The Paquette Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900).

¹⁹ Richard POSNER, « No Thanks, We Already Have Our Own Laws », *Legal Aff.*, July/Aug. 2004, 42.

par la tendance des juges d'invoquer le droit international uniquement lorsqu'il s'accorde avec leur raisonnement²⁰.

Malgré cette controverse, plusieurs juges accueillent l'idée d'une *equity* évolutive²¹, appuyée par un dialogue comparatif²². D'autres déplorent le fait²³ que les États-Unis n'ont pas encore ratifié la *Convention pour l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes*²⁴, et rappellent par ailleurs que les États-Unis se font observer par la communauté internationale en ce qui concerne « the advancement of the rule of law » et le respect de la dignité humaine qui sous-tend tous les droits fondamentaux²⁵.

Question c) – Mécanismes de protection en droit constitutionnel canadien à une époque pré-chartes

Dans la décision *Vallières c. La Reine*²⁶, rendue en 1971, la Cour d'appel du Québec conclut que le législateur fédéral a agi à l'encontre à un droit intangible de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁷ en ayant utilisé la clause nonobstant de la *Déclaration canadienne des droits*²⁸, pour donner un effet rétroactif à un règlement visant l'arrestation sans mandat de personnes accusées d'avoir été membres du Front de libération du Québec avant l'adoption du règlement. À cette époque précise, la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁹ n'était pas encore adoptée et le Canada n'avait pas encore ratifié le *Pacte international des droits civils et politiques*³⁰. Il va sans dire que cette application de la clause dérogoire a terni l'image de la *Déclaration canadienne des droits*.

Cependant, la Cour d'appel souligne que le système juridique canadien est de nature dualiste, ce qui fait en sorte que les traités n'ont pas de force normative sur le droit interne et ne peuvent pas être invoqués devant les tribunaux, à moins d'être intégrés dans une loi fédérale ou provinciale. La mise en œuvre des traités reste une compétence partagée entre le Parlement du Canada et les législatures des provinces³¹.

Les tribunaux doivent prendre connaissance d'office du droit en vigueur, alors que les traités et les accords internationaux doivent être allégués et prouvés par expert³². Les

²⁰ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 125 S. Ct. 1183, 1228 (2005), Scalia j. (dissident).

²¹ *Grupo Mexicano*, 527 U.S. 319.

²² William H. REHNQUIST, *Foreword to DEFINING THE FIELD OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW*, at viii (Vicki C. Jackson & Mark Tushnet, eds., 2002), Georgetown University Law Center, 17 septembre 1999.

²³ *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003), Breyer j.

²⁴ (1981) 1249 R.T.N.U. 13.

²⁵ Vicky JACKSON, « Yes Please, I'd Love to Talk with You », *Legal Aff.*, July/Aug. 2004, 44.

²⁶ [1971] Que.C.A. 454 par. 70-74.

²⁷ A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

²⁸ S.C. 1960, c. 44.

²⁹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), [« Charte canadienne »].

³⁰ (1976) 999 R.T.N.U. 171, [« Pacte sur les droits civils »].

³¹ *Affaire des conventions de travail*, [1937] A.C. 326.

³² Code civil du Québec, R.L.R.Q. c. CCQ-1991, art. 2807; *Dumont c. Québec (Procureur Général)*, 2009 QCCS 3213.

conséquences qui découlent de la violation d'obligations internationales sont de nature purement diplomatique. Dans tous les cas, même en cas de non-respect des obligations internationales du Canada, les tribunaux doivent faire preuve de déférence devant la souveraineté législative.

Force est de constater qu'en droit constitutionnel canadien, il n'existe aucune règle régissant les rapports entre le droit international et le droit interne, comme c'est le cas des « self-executing treaties » aux États-Unis. Il y a déjà eu, dans le passé, une disposition qui vise les traités impériaux. Elle est devenue caduque depuis que le Canada a acquis son statut souverain en 1931.

En principe, il faut vérifier par le biais du préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*³³ quelles règles de la constitution du Royaume-Uni s'appliquent de façon supplétive. Le dualisme est une de ces règles importées de la constitution du Royaume-Uni, tout comme les règles de common law, auxquelles recourt la Cour d'appel du Québec dans la décision *Gagnon et Vallières c. La Reine*, pour examiner la constitutionnalité du règlement attaqué.

Question d) – L'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*

La rédaction de la Charte canadienne est très influencée par le droit international. Son article premier énonce que les droits et libertés garantis dans la Charte ne peuvent être restreints par une règle de droit que dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut être démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique. La formulation de cette disposition est très semblable à la clause de limitation énoncée à l'article 12(3) du *Pacte sur les droits civils*³⁴, à la seule différence que le Pacte exige que les restrictions soient « nécessaires » à la protection de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques, alors que la Charte les veut « raisonnables ».

Le droit international est une source d'interprétation classique pour la Cour suprême dans les questions qui découlent de la Charte canadienne³⁵. Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*³⁶, le juge Dickson a statué que les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient influencer l'interprétation de ce qui peut constituer un objectif urgent et réel dans la justification de restriction d'un droit garanti au sens de l'article 1³⁷. Ce raisonnement est repris dans l'arrêt *Keegstra*³⁸, où la majorité de la Cour suprême se distancie de la conception

³³ 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

³⁴ Préc. note 30.

³⁵ William SCHABAS et Stéphane BEAULAC, *International Human Rights and Canadian Law-Legal Commitment, Implementation and the Charter*, 3d ed., Toronto, Carswell, 2006.

³⁶ [1989] 1 R.C.S. 1038.

³⁷ *Id.*, 1056, 1057.

³⁸ [1990] 3 R.C.S. 697, 749-755; William SCHABAS et Daniel TURP, « La Charte canadienne des droits et des libertés et le droit international : les enseignements de la Cour suprême du Canada dans les affaires Keegstra, Andrews et Taylor », *R.Q.D.I.*, vol. 6 n° 1, p. 12-25.

américaine d'une liberté d'expression absolue et opte pour une approche internationale plus nuancée à l'égard de la propagande haineuse³⁹.

Les rédacteurs de la Charte canadienne ont également préféré l'approche de la Convention européenne qui prévoit des restrictions précises à chaque droit⁴⁰ par opposition à la notion de droits absolus de la constitution américaine. Par exemple, les limites à la liberté d'expression de l'article 10 de la Convention européenne ont particulièrement influencé les rédacteurs de la Charte dans l'articulation des critères justificatifs concernant la légalité, la nécessité et la légitimité de l'objectif derrière une mesure restrictive. Cependant, le critère de raisonnable de la mesure examinée, par opposition à sa « nécessité », est un choix délibéré, ayant pour objectif d'élargir la discrétion des juges canadiens dans l'évaluation des étapes du test de *Oakes*⁴¹, lui aussi un emprunt de la jurisprudence de la Cour européenne⁴².

Question (e) – Le respect des engagements internationaux du Québec

L'article 9 du *Projet de Loi 62*⁴³ s'apparente, à première vue, à la situation vécue par les catholiques lors de la conquête de la Nouvelle-France, lorsque seuls les protestants pouvaient accéder à un emploi dans la fonction publique conformément au serment du test. Cette situation a été réglée grâce à la notion de liberté de cultes énoncée dans l'Acte de Québec de 1774 qui a rétabli le droit civil sur le territoire québécois. Par ailleurs, la liberté des cultes dans l'Acte de Québec est la toute première référence aux droits fondamentaux dans l'histoire du Québec qui a survécu jusqu'à nos jours⁴⁴, serait-ce l'ancêtre de la neutralité religieuse.

Depuis 1867, la conclusion de traités est une prérogative du ressort de l'exécutif fédéral. Or, il s'est développée une pratique constante, suivant laquelle le Québec donne son assentiment aux accords du Canada sur des matières qui relèvent de ses compétences⁴⁵. À ce jour, le Québec se déclare lié par 12 conventions internationales

³⁹ *Pacte sur les droits civils*, préc. note 30, art. 20.

⁴⁰ Marie-Laure, DUSSART, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux canadien des droits fondamentaux », en ligne : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/DussartTXT.pdf>, consulté le 3 décembre 2016.

⁴¹ D.C. MacDonald, « L'impact de la doctrine et de la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés », in D. TURP et G-A. BEAUDOIN, (dir.), *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Cowansville, Yvon Blais, 1986, p. 99.

⁴² *Droit international et constitutionnel des droits fondamentaux* (DRT-3103), Trimestre d'automne 2016, Notes du cours 10.

⁴³ 41^e Législature, Première session, Éditeur officiel du Québec 2015.

⁴⁴ *Loi sur la liberté des cultes*, R.L.R.Q., c. L-2.

⁴⁵ Sylvie SCHERRER, *La pratique québécoise en matière de traités, accords et autres instruments internationaux*, XI^e Conférence des juristes de l'État, Ministère de la justice, en ligne : <http://www.conferencedesjuristes.gouv.qc.ca/files/documents/21/e5/lapratiquequebecoiseenmatieredetraites.pdf>, consulté le 3 décembre 2016.

bilatérales en matière de droits de la personne⁴⁶, dont le *Pacte sur les droits civils*⁴⁷ et la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*⁴⁸.

L'article 18 du Pacte garantit la liberté de religion, en y ajoutant comme bémol que la liberté de manifester sa religion ou ses convictions peut faire l'objet de restrictions prévues par la loi, qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique⁴⁹. Par ailleurs, l'article 9 du Projet de loi 62 prévoit la possibilité d'offrir un accommodement, lorsqu'il n'y a pas de risque à la sécurité, à l'identification ou au niveau de communication requis. L'article 9, tel que rédigé, semble suivre de près la formulation de l'article 18 du Pacte.

Par conséquent, bien que d'un point de vue de droit interne, la Commission des droits de la personne ait qualifié la disposition à l'étude de profilage religieux⁵⁰, celle-ci ne semble pas incompatible avec les engagements internationaux du Québec en matière de liberté de religion. Contrairement au serment du test en 1773, ce n'est pas la croyance sincère qui est la base de l'exclusion, mais la manifestation de cette croyance.

PARTIE II – Étude comparative de deux arrêts constitutionnels issus de juridictions différentes

Les arrêts *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*⁵¹ de la Cour suprême du Canada et *S. v. Makwanyane and Another*⁵² de la Cour constitutionnelle sud-africaine abordent des questions constitutionnelles complexes et controversées. Dans *Sask Labour*, il s'agit de déterminer si le droit de grève est compris dans la liberté d'association enchâssée à l'article 2d) de la Charte canadienne, alors que dans *Makwanyane*, on se demande si la peine de mort est contraire à l'article 11(2) de la Constitution de l'Afrique du Sud qui interdit les peines et traitements cruels, inhumains et dégradants.

Dans les deux arrêts, les juges se laissent guider par le droit constitutionnel comparé, mais leur approche diffère essentiellement à cause de la différence fondamentale entre les deux régimes constitutionnels. Alors que notre constitution découle des traditions du Royaume-Uni, celle de l'Afrique du Sud a une existence autonome, se définissant comme un « new order », telle une rupture historique entre un passé aux souffrances indicibles d'une société profondément divisée et un présent basé sur la reconnaissance

⁴⁶ *Loi sur le ministère des Relations internationales*, R.L.R.Q » c. – 23.1, art. 22.2(2); QUÉBEC, Relations internationales et francophonie, Ententes et engagements, Conventions multilatérales, en ligne : < <http://www.mrif.gouv.qc.ca/fr/ententes-et-engagements/conventions-multilaterales> >, consulté le 3 décembre 2016.

⁴⁷ Préc. note 30.

⁴⁸ Préc. note 24.

⁴⁹ Pacte sur les droits civils, art. 18(2).

⁵⁰ Robert DUTRISAC, « La Commission des droits de la personne juge le projet de loi 62 discriminatoire », *Le Devoir*, le 2 novembre 2016, en ligne < <http://www.ledevoir.com/non-classe/483661/neutralite-de-l-etat-la-commission-des-droits-de-la-personne-juge-le-projet-de-loi-62-discriminatoire> >, consulté le 3 décembre 2016.

⁵¹ [2015] 1 R.C.S. 245, [ci-après « *Sask. Labour* »].

⁵² (CCT3/94) [1995] ZACC 3, [ci-après « *Makwanyane* »].

des droits fondamentaux, la démocratie et la coexistence paisibles de tous les citoyens de l'Afrique du Sud, sans distinction fondée sur le sexe, la race, la classe sociale ou la croyance⁵³.

Nous allons examiner les motifs des deux cours sous l'angle de la recherche de cohérence dans le traitement international des droits fondamentaux en question, et ce à la lumière des obligations internationales de chaque État respectif. Ensuite, nous allons mettre en contraste leur attitude à l'égard de l'argument jurisprudentiel comparé.

Le stare decisis horizontal à tout prix, un idéal à double tranchant

L'arrêt *Sask Labour* se démarque par l'audace de la Cour suprême du Canada d'avoir renversé un de ses propres précédents de 1987, le *Renvoi sur l'Alberta*⁵⁴ selon lequel le droit de grève ne devrait pas recevoir une protection constitutionnelle. Dans le *Renvoi sur l'Alberta*, le juge Dickson brille par sa dissidence. Une analyse du droit international l'amène à conclure que la prérogative des employés de cesser collectivement le travail est une composante indissociable de la liberté d'association.

Cette approche internationaliste du juge Dickson est reprise dans *Sask Labour* par la juge Abella qui conclut au nom de la majorité que le droit de grève est un élément indispensable au processus de négociation collective et mérite d'être constitutionnellement protégé. Son raisonnement suit de près celui du juge Dickson, sur l'idée que toute mesure législative qui limite le droit de grève aux fins d'une négociation des conditions de travail représente une atteinte à la liberté d'association. Suivant une interprétation conforme aux obligations internationales du Canada, la juge Abella constate qu'une telle atteinte ne se justifie pas dans une société libre et démocratique, même en présence d'un objectif réel et urgent.

Les instruments internationaux auxquels le Canada adhère et qui protègent expressément le droit de grève sont le *Pacte sur les droits civils*⁵⁵, la *Charte de l'Organisation des États Américains*⁵⁶ et la *Convention (no 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*⁵⁷ qui offre une protection implicite du droit de grève à titre d'activité fondamentale des syndicats. Le droit de grève est également reconnu par les organismes de contrôle d'application de l'Organisation internationale du travail⁵⁸, parmi lesquels le Comité de liberté syndicale et la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations⁵⁹ se sont démarqués par leur force persuasive et ont été abondamment cités⁶⁰.

⁵³ *Makwanyane*, préc. note 52, par. 7.

⁵⁴ [1987] 1. R.C.S. 460.

⁵⁵ Préc. note 30, art. 8(1)d).

⁵⁶ (1951) 119 R.T.N.U. 4, art. 45c).

⁵⁷ (1950) 68 RTNU. 17.

⁵⁸ [ci-après « OIT »].

⁵⁹ OIT, La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, (5^e éd. Rév. 2006).

⁶⁰ *Sask Labour*, préc. note 51, par. 69, Abella j.

Concernant la définition de « service essentiel », la juge Abella reprend les distinctions tracées dans les décisions de l'OIT entre les services essentiels au sens strict et ceux étant d'une urgence nationale extrême. Elle conclut que le droit de grève ne peut être limité dans le cadre de services essentiels au sens général. Au bout de son raisonnement, elle déclare inconstitutionnelle l'interdiction du droit de grève des employés du secteur public dans la loi *Public Service Essential Services Act*.

Les juges Rothstein et Wagner, dissidents, reprochent à la majorité d'avoir rompu avec une décision antérieure de la Cour. De plus, ils considèrent que le droit international n'est pas déterminant en l'espèce, puisqu'il se solde en interprétations contradictoires. Ils rappellent que les organismes de l'OIT n'exercent pas de fonction judiciaire et ne veillent pas au respect des obligations prévues dans les conventions de l'OIT, mais se limitent plutôt à émettre des recommandations. De plus, le *Pacte sur les droits civils* ne prévoit pas expressément le droit de grève, et enfin le Comité des droits de l'homme des Nations Unies qui reçoit et examine les plaintes découlant du non-respect du Pacte, a conclu que l'article 22 du Pacte ne protège pas le droit de grève⁶¹.

En conclusion, la dissidence souligne que le contrôle judiciaire et l'application du droit international ne doivent pas devenir des outils pour empiéter sur la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères⁶², d'autant plus que le respect des obligations internationales du Canada transparait déjà dans l'interprétation que fait Cour suprême de la Charte canadienne⁶³. En somme, la dissidence est d'avis que la mesure législative à l'étude est constitutionnelle.

L'asymétrie du dialogue comparatif, une source d'inspiration

Dans l'arrêt *Makwanyane*, rendu quelques 20 ans avant *Sask Labour*, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud, tout comme la Cour suprême du Canada a été appelée à interpréter une mesure qui n'est pas expressément prévue dans la constitution. À l'instar de la Cour suprême du Canada, la cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud privilégie une interprétation contextuelle, généreuse et téléologique des textes constitutionnels⁶⁴.

Les juges constitutionnels sud-africains reconnaissent d'emblée l'absence de cohérence de la jurisprudence sud-africaine sur la question de la peine de mort⁶⁵. Ce constat les amène à une analyse comparative faisant ressortir la tendance abolitionniste de nombreuses juridictions. Il s'avère que là où la peine de mort est permise, il s'agit d'une punition réservée aux cas les plus extrêmes. Même les juridictions voisines de l'Afrique du Sud, telles la Namibie, la Mozambique et l'Angola n'y recourent que très rarement. Le droit chinois demeure la grande exception, étant responsable de la majorité des exécutions capitales sur l'échelle globale.

⁶¹ *Id.*, par. 154, Rothstein j.

⁶² *Id.*, par. 159.

⁶³ *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, par. 55, 56.

⁶⁴ *Makwanyane*, préc. note 52, par. 9 à 11.

⁶⁵ *Id.*, par. 28-32.

Le traitement de la peine de mort dans les juridictions dotées de constitutions ayant une force supra-législative s'avère particulièrement instructif. Par exemple, en Angleterre, la discrétion judiciaire pour le prononcé de la peine de mort se limite aux seuls cas où la loi elle-même est ambiguë ou obscure, cédant le pas à l'intention du législateur. L'Australie et la Nouvelle-Zélande adhèrent à cette approche⁶⁶. En Inde, l'historique législatif semble peser tout autant dans le processus interprétatif. Aux États-Unis, on tente de déceler l'intention des rédacteurs de la constitution.

Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*⁶⁷, la majorité, à un ratio de 4 contre 3, a confirmé l'arrêt d'extradition vers les États-Unis d'un fugitif passible de la peine de mort dans l'État de la Pennsylvanie. Bien que la majorité (elle aussi divisée) considère que la peine de mort va à l'encontre de l'article 12 de la Charte canadienne, en l'espèce la garantie contre les traitements et peines cruels et inusités ne s'applique pas à la décision du Ministre d'extrader le fugitif sans conditions. La Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud constate que le Comité des droits de l'homme de l'ONU s'est également penché sur l'affaire *Kindler* et a émis une opinion tout aussi divisée⁶⁸.

Dans le dossier d'extradition *Soering v. United Kingdom*⁶⁹, la Cour européenne a conclu que l'article 3 de la Convention européenne qui interdit la torture ne peut pas être interprété comme interdisant la peine de mort, à défaut de vider de son sens l'article 2(1) qui restreint le droit à la vie dans les cas d'exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal compétent. Pour résoudre le problème, la Cour européenne met l'accent sur la proportionnalité de la peine par rapport à la gravité du crime commis. En semblable matière, la Cour suprême de l'Inde s'en est remise à la discrétion judiciaire pour le prononcé de la peine, sans déclarer que la peine de mort est inconstitutionnelle.

Il se trouve que la Cour constitutionnelle de Hongrie est la seule à avoir déclaré la peine de mort inconstitutionnelle en absence de dispositions expresses à cet égard dans la constitution de la Hongrie⁷⁰ et sur la base que cette peine est par définition un traitement cruel et dégradant⁷¹. La Cour suprême de la Californie abonde dans ce sens dans l'arrêt *People v. Anderson*⁷².

C'est dans son examen de la jurisprudence américaine que la Cour constitutionnelle sud-africaine se divise. Selon la majorité, la constitution américaine fait face à un dilemme non résolu⁷³, puisque depuis ses débuts, la peine de mort y est considérée valide et distincte des peines cruelles et inusitées au sens du 8^e Amendement. Par contre, les dispositions législatives qui fixent la peine de mort comme peine minimale obligatoire et celles qui accordent trop peu de discrétion judiciaire dans le prononcé de

⁶⁶ *Makwanyane*, préc. note 52, par. 15.

⁶⁷ [1991] 2 R.C.S. 779, [« *Kindler* »].

⁶⁸ *Makwanyane*, préc. note 52, par. 63.

⁶⁹ 161 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1989).

⁷⁰ *Makwanyane*, préc. note 52, par. 38.

⁷¹ *Id.*, par. 90.

⁷² 447 P. 2d 942 – 1968.

⁷³ *Makwanyane*, préc. note 52, par. 56.

la peine de mort ont été déclarées inconstitutionnelles, car contraires au 8^e Amendement⁷⁴.

La majorité de *Makwanyane* soulève aussi que le droit à la dignité qui sous-tend l'interdiction des peines cruelles et inusitées en jurisprudence américaine n'est pas expressément protégé par la constitution américaine, alors qu'il l'est dans le nouvel ordre constitutionnel de la Charte sud-africaine.

Au bout d'un examen minutieux de l'état de droit international sur la question, la Cour constitutionnelle sud-africaine adopte une approche avant-gardiste et déclare la peine de mort inconstitutionnelle, car elle représente une peine cruelle, inhumaine et dégradante au sens de l'article 11(2) de la Constitution de l'Afrique du Sud. La dissidence est d'accord que la peine de mort est inconstitutionnelle, mais privilégie plutôt la motivation des arrêts de l'État de la Géorgie concernant son caractère arbitraire.

Conclusion

Une comparaison des arrêts *Makwanyane* et *Sask Labour* révèle moins d'hésitation à la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud d'admettre les solutions retenues par d'autres juridictions en matière de droit constitutionnel des droits fondamentaux.

Contrairement à la question de la peine de mort, il se dégage dans l'étude comparative du droit de la grève un certain consensus international d'approcher ce droit comme une composante essentielle du processus de négociation collective. En effet, la Cour européenne des droits de l'homme considère que la liberté d'association de l'article 11 de la Convention européenne protège le droit de négocier collectivement au même titre que le droit de grève⁷⁵. La jurisprudence allemande et israélienne abonde dans le même sens. De plus, la France, l'Italie, le Portugal et l'Afrique du Sud ont déjà intégré le droit de grève dans leurs constitutions.

Il convient de noter, toutefois, que la constitution sud-africaine accorde plus de flexibilité aux juges à recourir au droit international public et comparé à titre d'outil interprétatif en matière de droits fondamentaux⁷⁶. Ainsi, la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud peut tenir compte de traitements divergents, sans devoir justifier l'absence de consensus international.

⁷⁴ *Id.*, par. 42.

⁷⁵ *Demir c. Turquie* [GC] no 34503/97, CEDH 2008-V; *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, no 68959/01, 21 avril 2009 (HUDOC), par. 24.

⁷⁶ *Makwanyane*, préc. note 52, par. 34, 35.