



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

La prescription acquisitive en droit international :
un silence qui s'apparente au consentement?

Baptiste Beurrier

La compétence du Tribunal administratif du logement
en matière de bail accessoire à un contrat de travail

Olivier Grondin
Louis-Simon Besner
Daniel Crespo Villarreal

L'arbre vivant dans le contexte de la crise climatique :
une analyse des litiges climatiques constitutionnels
au Canada

Sébastien Jodoin
Jean-Philippe Lemay

LES PAGES DU CRDP

Tentative définitionnelle du Centre de recherche
en droit public (CRDP)

Vincent Gautrais

L'arbre vivant dans le contexte de la crise climatique : une analyse des litiges climatiques constitutionnels au Canada

Sébastien JODOIN et Jean-Philippe LEMAY***

The Living Tree in the Context of the Climate Crisis: An Analysis of Constitutional Climate Litigation in Canada

El árbol vivo dentro del contexto de la crisis climática: un análisis de los litigios climáticos constitucionales en Canadá

A árvore viva no contexto da crise climática: uma análise dos litígios climáticos constitucionais no Canadá

气候危机背景之下的“生长之树”学说——
对加拿大气候议题的宪法诉讼之分析

Résumé

On constate une montée en importance et une diversification des litiges climatiques canadiens qui sont maintenant une composante importante dans la lutte aux changements climatiques. En raison de la nature perturbante des changements climatiques pour le droit, l'adaptation et

Abstract

We are witnessing an increase in the number and diversity of Canadian climate litigation, which are now an important component in the fight against climate change. Due to the legal disruptive nature of climate change, adaptation and reinterpretation of certain legal doctrines are

* Professeur agrégé et titulaire de la Chaire de recherche du Canada sur les droits humains, la santé et l'environnement, Faculté de droit de l'Université McGill. Il a siégé sur le conseil d'administration d'Environnement Jeunesse de 2018 à 2020.

** Diplômé du programme BCL/JD da Faculté de droit de l'Université McGill et étudiant à l'École du Barreau du Québec.

la réinterprétation de certaines doctrines juridiques sont nécessaires. Cet article s'intéresse à la manière dont les tribunaux canadiens ont fait appel à une interprétation évolutive du droit constitutionnel pour composer avec les perturbations climatiques dans ce domaine.

Notre analyse porte d'abord sur les litiges climatiques concernant le pouvoir du gouvernement fédéral de réglementer les émissions de GES, puis sur ceux relatifs à l'obligation des gouvernements de lutter contre les changements climatiques. Il découle de cette étude que la nature polycentrique des enjeux climatiques et leurs ramifications économiques et politiques sont les deux caractéristiques des changements climatiques les plus perturbantes pour le droit constitutionnel canadien.

Nous concluons que la doctrine de l'arbre vivant offre la flexibilité nécessaire aux juges pour faire évoluer le droit constitutionnel canadien dans le contexte de la crise climatique. De plus, les tribunaux canadiens semblent plus enclins à accepter une interprétation évolutive en matière de partage des compétences afin de permettre l'action climatique, plutôt qu'en matière de droits fondamentaux qui obligerait l'État à agir.

Resumen

Constatamos un aumento en importancia y una diversificación de los litigios climáticos canadienses, que son ahora un componente importante en la lucha contra el cambio climático. Debido al carácter perturbador del cambio climático para el derecho, se hace necesaria la adecuación y reinterpretación de ciertas doctrinas jurídicas. Este artículo examina la manera en que los tribunales canadienses han uti-

necessary. This article examines how Canadian courts have used an evolving interpretation of constitutional law to deal with climate disruption in this area.

Our analysis focuses first on climate litigation concerning the power of the federal government to regulate GHG emissions and then on those relating to the obligation of governments to fight climate change. It follows from this study that the polycentric nature of climate issues and their economic and political ramifications are the two most disturbing features of climate change for Canadian constitutional law.

We conclude that the living tree doctrine provides the necessary flexibility for judges to evolve Canadian constitutional law in the context of the climate crisis. In addition, Canadian courts seem more inclined to accept an evolving interpretation of division of powers to enable climate action rather than one of fundamental rights that would compel the state to act.

Resumo

Constatamos um aumento e uma diversificação dos litígios climáticos canadenses, que são agora um componente importante da luta contra as mudanças climáticas. Em razão da natureza perturbadora das mudanças climáticas para o direito, a adaptação e a interpretação de certas doutrinas jurídicas são necessárias. Este artigo se interessa pela maneira pela qual os tribunais canadenses recorreram

lizado una interpretación evolutiva del derecho constitucional para abordar los cambios climáticos en esta área.

Nuestro análisis se enfoca primero en los conflictos climáticos relacionados con el poder del gobierno federal para reglamentar las emisiones de GEI y luego en aquellos relacionados con la obligación de los gobiernos de luchar contra los cambios climáticos. De este estudio se infiere que la naturaleza policéntrica de los problemas climáticos y sus ramificaciones económicas y políticas son las dos características más perturbadoras del cambio climático para el derecho constitucional canadiense.

Concluimos que la doctrina del árbol vivo proporciona la flexibilidad necesaria a los jueces para facilitar la evolución del derecho constitucional canadiense en el contexto de la crisis climática. Además, los tribunales canadienses parecen más inclinados a aceptar una interpretación evolutiva en materia de reparto de competencias para permitir una acción climática más que de derechos fundamentales que obligaría al Estado a actuar.

a uma interpretação evolutiva do direito constitucional para compor com as perturbações climáticas nesta seara.

Nossa análise trata primeiramente dos litígios climáticos ligados ao poder do governo federal de regulamentação das emissões de GEE e depois sobre aqueles relativos à obrigação dos governos de lutar contra as mudanças climáticas. Deste estudo decorre que a natureza policêntrica dos desafios climáticos e suas ramificações econômicas e políticas são as duas características das mudanças climáticas mais perturbadoras para o direito constitucional canadense.

Concluimos que a doutrina da árvore viva oferece a flexibilidade necessária aos juízes para fazer evoluir o direito constitucional canadense no contexto da crise climática. Ademais, os tribunais parecem inclinados a aceitar uma interpretação evolutiva em matéria de divisão de competências a fim de permitir a ação climática em vez de matéria de direitos fundamentais que obriguem o Estado a agir.

摘要

加拿大的气候诉讼无论是数量还是种类越来越多，是对抗气候变化的重要一环。由于气候变化对法律也有影响，有必要对某些法律学说进行重新解释，使之顺应这一趋势。本文关注加拿大法院对宪法进行演进式解释的方式，使之与气候变化对宪法领域的影响相适应。

本文先后分析了涉及联邦政府有关的温室气体排放规制权的气候诉讼，以及涉及政府对抗气候变化义务的气候诉讼。分析得出结论认为，气候问题的多中心性质以及其在经济上和政治上的后果，是气候问题最触及加拿大宪法的两大特征。

本文认为，“生长之树”学说 (living tree doctrine) 为法官们提供必要的灵活性，使其可在气候危机背景之下推动加拿大宪法的发展。此外，对于宪法诉讼，加拿大法院似乎更倾向于从管辖权共享的角度做演进式解释，而不是从基本权利的角度要求国家有所作为。

Plan de l'article

Introduction	295
I. Souplesse interprétative du droit constitutionnel au Canada	299
II. Droit et gouvernance climatique au Canada	303
III. Litiges concernant le pouvoir du gouvernement fédéral d'agir en matière de changements climatiques	308
A. <i>Syncrude Canada Ltd. c. Canada</i>	309
B. Renvoi relatif à la <i>Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre</i>	311
C. Conclusion sur les litiges concernant le pouvoir du gouvernement fédéral d'agir en matière de changements climatiques.....	319
IV. Litiges relatifs à l'obligation des gouvernements de lutter contre les changements climatiques	322
A. Litiges relatifs au <i>Protocole de Kyoto</i>	322
1. <i>Ami(e)s de la Terre c. Canada</i>	323
2. <i>Turp c. Canada</i>	324
3. Justiciabilité et primauté du droit.....	325
B. Litiges fondés sur les droits de la personne.....	326
1. <i>Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada</i>	327
2. <i>La Rose c. Canada</i>	332
3. <i>Mathur c. Ontario</i>	334
4. <i>Raincoast Conservation Foundation c. Canada</i>	335
5. <i>Misdzi Yikh c. Canada</i>	336
6. Justiciabilité et litiges climatiques fondés sur les droits de la personne	339

- 7. La démonstration d’une violation des droits de la personne
dans le contexte climatique 347
- C. Conclusion sur les litiges relatifs à l’obligation des gouvernements
de lutter contre les changements climatiques 352
- Conclusion**..... 353

Les changements climatiques constituent un problème « perturbant » pour le droit, car il soulève des questions juridiques complexes qui requièrent une nouvelle interprétation de plusieurs concepts et doctrines juridiques¹. En effet, les changements climatiques sont un phénomène transnational qui découle de l'accumulation des gaz à effet de serre (GES) générés par un large éventail d'activités humaines et qui se manifeste par des impacts directs et indirects autour du monde. En ce sens, il s'agit d'un problème de gouvernance à plusieurs niveaux², qui nécessite la collaboration de multiples acteurs et parties prenantes à l'échelle locale, nationale, régionale et internationale³. Les différentes avenues permettant de limiter le réchauffement climatique en dessous de 1,5 ou 2 degrés Celsius exigent nécessairement une transformation des structures économiques, énergétiques et infrastructurelles dominantes qui favorisent les activités à forte intensité carbone dans les pays industrialisés et émergents⁴. De plus, l'étude du climat, comme tout système complexe, comprend toujours une part d'incertitude limitant la capacité de modéliser l'évolution et les impacts des changements climatiques et des

¹ Elizabeth FISHER, Eloise SCOTFORD et Emily BARRITT, « The Legally Disruptive Nature of Climate Change », (2017) 80-2 *Mod. L. Rev.* 173.

² Harriet BULKELEY et Michele BETSILL, « Rethinking Sustainable Cities: Multilevel Governance and the “Urban” Politics of Climate Change », (2005) 14-1 *Env. Pol.* 42; Martin JÄNICKE, « The Multi-level System of Global Climate Governance – the Model and its Current State », (2017) 27-2 *Environ.l Policy Gov.* 108; Elisa SAINZ DE MURIELA et JOANA SETZER, « Climate Change Adaptation in a Multi-level Governance Context: A Perspective from Subnational Governments », (2019) *Regions* 4, en ligne : <<https://www.regions4.org/publications/climate-change-adaptation-in-a-multi-level-governance-context-a-perspective-from-subnational-governments/>> (consulté le 21 juin 2022).

³ Anja BAUER et Reinhard STEURER, « Multi-level governance of climate change adaptation through regional partnerships in Canada and England », (2014) 51 *Geoforum* 121; Robbert BIESBROEK et Alexandra LESNIKOWSKI, « Adaptation: the neglected dimension of polycentric climate governance? », dans Andrew JORDAN *et al.* (dir.), *Governing Climate Change: Polycentricity in Action?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 303; Thomas HALE et Charles ROGER, « Orchestration and transnational climate governance », (2014) 9-1 *Rev. Int. Organ.* 59; Martin JÄNICKE, « Horizontal and Vertical Reinforcement in Global Climate Governance », (2015) 8-6 *Energies* 5782.

⁴ Gregory C. UNRUH, « Understanding carbon lock-in », (2000) 28-12 *Energy Policy* 817; Frank W. GEELS, « Disruption and low-carbon system transformation: Progress and new challenges in socio-technical transitions research and the Multi-Level Perspective », (2018) 37 *ERSS* 224; Steven BERNSTEIN et Matthew HOFFMANN, « The politics of decarbonization and the catalytic impact of subnational climate experiments », (2018) 51 *Policy Sci.* 189.

mesures pour les prévenir ou les atténuer⁵. La lutte aux changements climatiques est encore davantage compromise par le décalage temporel entre les actions prises aujourd'hui et leurs conséquences ou bénéfiques dans le futur⁶, et ce, malgré le fait que les coûts à long terme des impacts climatiques dépassent largement ceux liés aux actions climatiques adoptées aujourd'hui. Finalement, les conséquences de la crise climatique et des mesures nécessaires pour s'y attaquer sont intimement liées aux inégalités et différences de pouvoirs entre et au sein des sociétés⁷.

En raison de ces caractéristiques, les changements climatiques confrontent les tribunaux à des questions qui nécessitent une nouvelle interprétation ou une transformation des doctrines juridiques⁸. Dans le domaine du droit constitutionnel, les changements climatiques ont mené à des litiges complexes autour du monde portant notamment sur les responsabilités des gouvernements à adopter et mettre en œuvre des politiques climatiques, la séparation des pouvoirs dans la gouvernance climatique et les impacts sur les droits fondamentaux des populations⁹. Pour résoudre ces litiges d'une manière juste et efficace, certains tribunaux ont rendu des décisions novatrices dans lesquelles ils ont élargi la qualité pour agir à de nouvelles parties prenantes¹⁰ ou encore reconnu une nouvelle responsabilité des États

⁵ Fikret BERKES, « Understanding uncertainty and reducing vulnerability: lessons from resilience thinking », (2007) 41-2 *Natural Hazards* 283; Marjolijn HAASNOOT *et al.*, « Dynamic adaptive policy pathways: A method for crafting robust decisions for a deeply uncertain world », (2013) 23-2 *Glob. Environ. Change* 485.

⁶ Alan M JACOBS, « Policy Making for the Long Term in Advanced Democracies », (2016) 19-1 *Ann. Rev. Pol. Sci.* 433; Robert GIFFORD, « The Dragons of Inaction: Psychological Barriers That Limit Climate Change Mitigation and Adaptation », (2011) 66-4 *Am. Psychol.* 290.

⁷ Neil ADGER, « Scales of governance and environmental justice for adaptation and mitigation of climate change », (2001) 13-7 *J. Int. Dev.* 921; David SCHLOSBERG *et* Lisette B. COLLINS, « From environmental to climate justice: Climate change and the discourse of environmental justice », (2014) 5-3 *Wiley Interdiscip. Rev. Clim. Change* 359.

⁸ E. FISHER, E. SCOTFORD *et* E. BARRITT, préc., note 1, p. 174.

⁹ Jacqueline PEEL *et* Hari M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015; Joana SETZER *et* Lisa VANHALA, « Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance », (2019) 10-3 *Wiley Interdiscip. Rev. Clim. Change* 580.

¹⁰ Hoge Raad der Nederlanden [Haute Cour des Pays-Bas], La Haye, 20 décembre 2019, *Urgenda Foundation c. The Netherlands (Ministry of Economic Affairs and Climate Policy)*, 2019, ECLI:NL:HR:2019:2007, par. 4.4-4.10 (ci-après « *Urgenda* »).

de protéger leur population face à la crise climatique¹¹. Dans d'autres cas, des litiges climatiques portant sur l'inaction climatique des gouvernements se sont heurtés à une interprétation stricte de doctrines constitutionnelles touchant notamment à l'étendue des droits fondamentaux¹² ou encore à la justiciabilité des changements climatiques eux-mêmes¹³.

L'intensité des perturbations causées par les litiges climatiques dépendra donc de la souplesse des systèmes juridiques et de leur capacité à évoluer pour éviter une cassure entre les doctrines existantes et les exigences de l'urgence climatique. Au Canada, l'évolution du droit est généralement reconnue comme naturelle et elle est même prescrite par l'une des doctrines les plus importantes du droit constitutionnel, connue sous le nom de l'« arbre vivant »¹⁴. Notre article porte sur la manière dont les tribunaux canadiens ont composé avec les aspects constitutionnels soulevés par les changements climatiques afin d'évaluer dans quelle mesure leurs décisions reflètent une approche évolutive du droit. Les doctrines constitutionnelles canadiennes sont-elles suffisamment souples pour adéquatement répondre aux enjeux climatiques? Ou est-ce que le droit constitutionnel canadien continue de faire partie des causes structurelles sous-jacentes de l'inaction climatique au Canada?

Une telle analyse de la souplesse du droit constitutionnel face à la crise climatique est particulièrement pertinente au Canada puisque les litiges climatiques y émergent comme un des principaux outils de lutte aux changements climatiques. Jusqu'à tout récemment, le Canada n'était pas une juridiction de grande importance dans le domaine des litiges climatiques. Entre 2008 et 2016, seulement quinze poursuites liées au climat ont été intentées au Canada et bon nombre d'entre elles ont été rejetées ou abandonnées à

¹¹ *Id.*, par. 5.8; Corte Suprema de Justicia [Supreme Court], Bogota, 5 avril 2018, *Future Generations c. Ministry of the Environment and Others*, 2018, STC4360-2018, p. 13 (ci-après « *Future Generations* »); Bundesverfassungsgericht [Federal Constitutional Court], Karlsruhe, 24 mars 2021, *Neubauer, et al. c. Germany*, 2021 ECLI:DE:BVerfG:2021:rs2 0210324.1bvr265618, par. 142 (ci-après « *Neubauer* »).

¹² Supreme Court of Norway, Oslo, 22 décembre 2020, *Greenpeace Nordic Ass'n v Ministry of Petroleum and Energy*, HR-2020-2472-P, par. 171 (ci-après « *Greenpeace Nordic* »). *Juliana c. United States*, 18-36082 (9e Cir 2020), p. 25 (ci-après « *Juliana* »).

¹⁴ W. J. WALUCHOW, « The Living Tree », dans Peter OLIVER, Patrick MACKLEM et Nathalie Des ROSIERS (dir.), *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 891.

un stade préliminaire¹⁵, ne traitaient des changements climatiques que de manière indirecte¹⁶ ou avaient une portée limitée¹⁷. De plus, même les cas climatiques d'envergure nationale qui ont été décidés au cours de cette période ont eu peu d'impact sur les efforts climatiques canadiens qui sont demeurés largement marginaux¹⁸. Cela a changé à partir de 2018, lorsque plusieurs affaires climatiques importantes ont été lancées avec le potentiel de remodeler la configuration de la gouvernance climatique au Canada et de remédier au manque d'ambition historique du Canada face à la crise climatique.

Nous analyserons la souplesse du droit constitutionnel canadien en identifiant comment les facteurs de perturbation liés aux changements climatiques sont traités par les juges et quels sont leurs impacts sur l'interprétation évolutive ou figée du droit constitutionnel. Dans la partie I, nous établissons notre cadre analytique en explorant le potentiel et les limites d'une approche évolutive dans le droit constitutionnel canadien. Dans la partie II, nous proposons une brève introduction au droit et à la gouvernance climatique au Canada. Dans la partie III, nous abordons les contes-

¹⁵ *Burgess c. Ontario Minister of Natural Resources and Forestry*, S.C. Ontario, n° 16-1325 CP, 14 septembre 2016, déclaration du demandeur (recours collectif au nom de propriétaires qui ont subi des dommages en raison d'inondations, suggérant que le gouvernement avait le devoir d'éviter les inondations prévisibles); *Clean Train Coalition Inc c. Metrolinx*, 2012 ONSC 6593 (Clean Train Coalition Ltd. a demandé le contrôle judiciaire de la décision de Metrolinx d'acheter des « diesel multiple units » pour un nouveau réseau ferroviaire, faisant valoir que l'intimé avait l'obligation de mieux enquêter sur une alternative électrique); et *Michael Mann c. Timothy ("Tim") Ball, The Frontier Centre for Public Policy, Inc. and John Doe*, S.C. Colombie-Britannique, n° VLC-S-S-111913, 2011 (un climatologue a déposé une plainte en diffamation contre un journaliste et d'autres personnes qui ont faussement suggéré qu'il était coupable de fraude criminelle en relation avec le prétendu scandale « Climategate »).

¹⁶ *Chicago Climate Exchange Inc c. Bourse de Montréal Inc*, 2014 COMC 78 (dans lequel le Chicago Climate Exchange a contesté avec succès la demande de la Bourse de Montréal d'enregistrer une marque de commerce pour le Montreal Climate Exchange) et *Weaver c. Corcoran*, 2015 BCSC 165 (un climatologue a porté plainte contre un journal, son éditeur et des journalistes pour diffamation en lien avec le scandale « Climategate » concernant des articles publiés qui ont délibérément créé une fausse image du scientifique).

¹⁷ *In the Matter of subsection 17(40) of the Planning Act, RSO 1990, P 13 as amended*, [2013] Carswell Ont. 15294 (Ontario Municipal Board) (la ville de Brampton a modifié son plan pour inclure des considérations climatiques).

¹⁸ Michael SLATTERY, « Pathways from Paris: Does Urgenda Lead to Canada? », (2017) 30-3 *J. Env'tl. L. & Prac.* 241, 266-269.

tations judiciaires du pouvoir du gouvernement fédéral de réglementer les émissions de GES ou d'adopter des mesures liées au climat. Dans la partie IV, nous analysons les cas climatiques relatifs à l'obligation de lutter contre les changements climatiques des gouvernements fédéral et provinciaux. Enfin, dans la partie V, nous identifions et comparons les thèmes clés qui ressortent de notre discussion de la souplesse du droit constitutionnel dans le contexte des litiges climatiques canadiens.

I. Souplesse interprétative du droit constitutionnel au Canada

En raison de la généralité des termes utilisés, de l'ancienneté de certaines de ses sections et de la difficulté politique à l'amender, l'interprétation des tribunaux est nécessaire pour que la Constitution canadienne s'adapte aux réalités modernes¹⁹. Originellement issue d'une décision du Comité judiciaire du Conseil privé de 1930 interprétant la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁰, la doctrine de l'arbre vivant rejette une interprétation originaliste ou figée dans le temps de la Constitution et préconise plutôt une interprétation évolutive « à l'intérieur de ses limites naturelles »²¹. Par le passé, cette doctrine a justifié l'élargissement des protections constitutionnelles canadiennes pour répondre « aux réalités de la vie moderne » en fonction d'une « interprétation large et libérale, ou progressiste » garantissant la pertinence et la légitimité perpétuelle de la Constitution²². Depuis 1930, l'arbre vivant s'est imposé comme la principale méthode d'interprétation constitutionnelle au Canada tant en matière de séparation des pouvoirs que de droits garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*²³. Bien que cet exercice

¹⁹ Eugénie BROUILLET et Alain-G. GAGNON, « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant : quelques réflexions politologiques et juridiques », dans Alain-G. GAGNON et Pierre NOREAU (dir.), *Constitutionnalisme, droits et diversité : mélanges en l'honneur de José Woehrling*, Montréal, Édition Thémis, 2017, p. 79, aux p. 94-95.

²⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (R.-U.).

²¹ *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124.

²² *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, par. 22-23 (ci-après « *Renvoi Re au mariage* »).

²³ *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.)]. Voir Dustin W. KLAUDT, « Can Canada's "Living Tree" Constitution and Lessons from Foreign Climate Litigation Seed Climate Justice and Remedy Climate Change? », (2018) 31-3 *J. Envtl. L. & Prac.* 185, 188.

soit essentiel pour assurer la légitimité et l'efficacité du droit constitutionnel canadien, il n'y a pas de consensus sur la juste balance entre l'évolution et la stabilité des normes constitutionnelles²⁴.

Dans le contexte du fédéralisme, la doctrine de l'arbre vivant a favorisé une interprétation large et progressive des compétences constitutionnelles en s'éloignant parfois de la signification originale des dispositions²⁵. Par exemple, la Cour suprême a invoqué cette doctrine pour conclure que les mots « mariage » et « assurance-chômage » incluaient respectivement le mariage entre personnes du même sexe²⁶ et les prestations parentales²⁷. En interprétant de manière aussi large les compétences du fédéral et des provinces, les chevauchements sont inévitables²⁸. Puisque la Constitution est textuellement fondée sur le dualisme et l'exclusivité des compétences, les tribunaux ont dû aménager le droit constitutionnel pour gérer ses chevauchements et encourager la collaboration²⁹. Cependant, malgré l'émergence du « fédéralisme coopératif moderne », l'interprétation évolutive des compétences constitutionnelles ne peut pas écarter le partage prévu à la *Loi constitutionnelle de 1867*³⁰.

Le mutisme complet de la Constitution canadienne quant à l'environnement a notamment mené à la reconnaissance d'une compétence partagée entre les gouvernements provinciaux et fédéral³¹ et à l'émergence de disputes concernant leur compétence respective à faire face aux changements climatiques. D'une part, les provinces ont le pouvoir de promulguer des lois sur les questions relatives aux changements climatiques en raison de leur compétence en matière de propriété et de droits civils en vertu du

²⁴ Étienne CLOUTIER, *A Tale of Two Metaphors: A Narrative Take on the Canadian Constitution*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Toronto, 2018 [non publié], p. 57.

²⁵ Eugénie BROUILLET et Bruce RYDER, « Key Doctrines in Canadian Legal Federalism », dans P. OLIVER *et al.* (dir.), préc., note 14, p. 415, à la p. 419.

²⁶ *Renvoi Re au mariage*, préc., note 22, par. 22.

²⁷ *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, par. 9.

²⁸ Bruce RYDER, « Equal Autonomy in Canadian Federalism: The Continuing Search for Balance in the Interpretation of the Division of Powers », (2011) 54 *SCLR* 565, 594.

²⁹ Jean-François GAUDREAU-DESBIENS et Johanne POIRIER, « From Dualism to Cooperative Federalism and Back?: Evolving and Competing Conceptions of Canadian Federalism », dans P. OLIVER *et al.* (dir.), préc., note 14, p. 391, à la p. 392.

³⁰ *Renvoi relatif à la Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, 2021 CSC 11, par. 50 (ci-après « *Renvoi re LTPGES* »).

³¹ *R c. Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 R.C.S. 401, par. 70 (ci-après « *Crown Zellerbach* »).

paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. D'autre part, le gouvernement fédéral peut revendiquer une autorité sur les changements climatiques sous trois chefs de compétence différents : la réglementation du trafic et du commerce (article 91(2)), le droit criminel (article 91(27)) et la paix, l'ordre et le bon gouvernement (POBG)³². Par exemple, la Cour suprême a jugé qu'un régime de protection environnemental fédéral contesté par les provinces qui interdisait le déversement de certaines substances toxiques était un exercice valide des pouvoirs en matière de droit criminel³³, malgré son apparence plus réglementaire que prohibitive³⁴.

La doctrine de l'arbre vivant est aussi fortement ancrée dans l'interprétation de la Charte³⁵ qui doit « évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent ses auteurs n'ont pas envisagées »³⁶. Bien que l'interprétation de la Charte soit appelée à évoluer, ceci ne veut pas dire que tous les droits sont propices à être réinterprétés et élargis en fonction des enjeux sociétaux propres à chaque époque. Dans l'affaire *Poulin* de 2019, la Cour suprême a indiqué que « les droits garantis par la Charte ne sont pas interprétés automatiquement de la façon la plus libérale que peut permettre leur libellé »³⁷. Alors que certains droits énoncent des protections particulières et constantes, comme l'article 11i) de la Charte dans le cas de *Poulin*, d'autres droits « renvoient à des normes aux contours non définis et en constante évolution », y compris le concept de « justice fondamentale » à l'article 7 de la Charte³⁸. L'interprétation des droits à la vie, à la sécurité et à la liberté serait donc particulièrement bien disposée à l'application de la doctrine de l'arbre vivant. Si le contenu de ces droits est en constante évolution, comme l'a indiqué la Cour suprême³⁹, il est difficile d'imaginer un développement plus pertinent pour refléter la réalité de la vie moderne en matière de

³² Nathalie J. CHALIFOUR, « Jurisdiction Wrangling over Climate Policy in the Canadian Federation: Key Issues in the Provincial Constitutional Challenges to Parliament's Greenhouse Gas Pollution Pricing Act », (2019) 50-2 *Ottawa L. Rev.* 197.

³³ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 160.

³⁴ Shi-Ling HSU et Robin ELLIOT, « Regulating Greenhouse Gases in Canada: Constitutional and Policy Dimensions », (2009) 54-3 *McGill L.J.* 463, 481.

³⁵ Joanna HARRINGTON, « Interpreting the Charter », dans P. OLIVER *et al.* (dir.), préc., note 14, p. 621, à la p. 628.

³⁶ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155 (ci-après « *Hunter* »).

³⁷ *R. c. Poulin*, 2019 CSC 47, par. 55 (ci-après « *Poulin* »).

³⁸ *Id.*, par. 70.

³⁹ *Id.*; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, par. 82.

changements climatiques. C'est également le cas pour l'article 15 de la Charte, puisque les impacts des changements climatiques affectent de manière disproportionnée les droits de plusieurs groupes vulnérables⁴⁰. Autrement, une interprétation textuelle de la Charte, muette sur toute question environnementale et climatique, limiterait grandement sa capacité à protéger les droits des Canadiens et Canadiennes dans les décennies à venir⁴¹.

En introduisant la doctrine de l'arbre vivant, le Comité judiciaire du Conseil privé a aussi indiqué que son évolution est circonscrite par ses «limites naturelles». Ces limitations ne sont pas précisément identifiées par la jurisprudence et leur application ne fait pas consensus⁴². Selon nous, il ne s'agit pas d'un obstacle à une lecture environnementale de la Constitution canadienne. Effectivement, en incluant le mariage entre personnes du même sexe à la compétence fédérale sur le mariage, la Cour suprême a indiqué que l'argument fondé sur les limitations naturelles «ne saurait être retenu que si ceux qui l'invoquent peuvent préciser quels sont les éléments objectifs essentiels de la définition "naturelle" du mariage»⁴³. Dans le contexte des litiges climatiques, quels éléments objectifs des différents droits garantis à la Charte ou des compétences constitutionnelles justifieraient de rejeter une composante climatique? Au contraire, ces droits et compétences, et de manière plus large l'ensemble de notre société, dépendent d'un climat stable⁴⁴ et de «l'environnement naturel essentiel à la vie»⁴⁵. Pour que la Constitution demeure le cadre perpétuel de «l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale»⁴⁶ dans un futur marqué par les

⁴⁰ Lena BENDLIN, «Women's Human Rights in a Changing Climate: Highlighting the Distributive Effects of Climate Policies», (2014) 24-4 *Cambridge Rev. Int. Aff.* 680; Rebecca PEARSE, «Gender and Climate Change», (2017) 8-2 *Wiley Interdiscip. Rev. Clim. Change* 1; Cordelia Christiane BÄHR *et al.*, «KlimaSeniorinnen: Lessons from the Swiss Senior Women's Case for Future Climate Litigation», (2018) 9-2 *J. Hum. Rights Environo.* 194; Sébastien JODOIN, Nilani ANANTHAMOORTHY et Katherine LOFTS, «A Disability Rights Approach to Climate Governance», (2020) 47-1 *Ecology L.Q.* 1.

⁴¹ Nathalie J. CHALIFOUR, «Environmental Justice and the Charter: Do Environmental Injustices Infringe Sections 7 and 15 of the Charter?», (2015) 28-1 *J. Envtl. L. & Prac.* 89, 91.

⁴² J. HARRINGTON, préc., note 35, p. 629.

⁴³ *Renvoi Re au mariage*, préc., note 22, par. 27.

⁴⁴ Lynda M. COLLINS, «Safeguarding the Longue Durée: Environmental Rights in the Canadian Constitution», (2015) 71 *S.C.L.R.* 519, 537.

⁴⁵ *Synchrude Canada Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 160, par. 41 (ci-après «*Synchrude 2016*»).

⁴⁶ *Hunter*, préc., note 36, p. 155.

changements climatiques⁴⁷, elle doit permettre de répondre aux enjeux climatiques émergents. Dans cette optique, la doctrine de l'arbre vivant peut contribuer à une «ecologically literate»⁴⁸ interprétation de la Constitution.

II. Droit et gouvernance climatique au Canada

Avant de débiter l'analyse des litiges climatiques, il convient de mentionner certaines caractéristiques importantes de l'ordre constitutionnel canadien qui ont façonné la gouvernance des changements climatiques au pays. D'abord, le Canada a un système dualiste en ce qui concerne l'incorporation du droit international des traités à son régime national. Le pouvoir exécutif détient la prérogative exclusive sur les affaires étrangères et la consultation ou la participation du pouvoir législatif n'est pas requise dans la négociation ou la conclusion de traités internationaux⁴⁹. Parallèlement, les conventions internationales ne s'appliquent pas directement en droit canadien et leur mise en œuvre législative est nécessaire pour qu'elles aient un effet juridique direct en droit canadien⁵⁰. Ainsi, comme nous l'observerons plus tard, les traités en matière de changements climatiques n'imposent pas à l'exécutif d'agir pour respecter ses engagements de réduction des émissions de GES.

Ensuite, le Canada est une fédération dans laquelle les pouvoirs de réglementation sont répartis entre les gouvernements provinciaux et fédéral⁵¹. Entre autres domaines, la Constitution confère aux provinces le pouvoir de réglementer les ressources naturelles non renouvelables, y compris les combustibles fossiles⁵². Des variations importantes dans la distribution naturelle des ressources entre les différentes provinces ont entraîné de

⁴⁷ INTERNATIONAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, «2018: Global Warming of 1.5°C», 2018, p. 240, en ligne : <<https://www.ipcc.ch/sr15/download/#full>> (consulté le 21 juin 2022) (ci-après «IPCC»).

⁴⁸ Pour reprendre l'expression de la professeure Collins : Lynda M. COLLINS, «An Ecologically Literate Reading of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (2009) 26 *W.J.S.L.I.* 7.

⁴⁹ Gib VAN ERT, «Dubious Dualism: the reception of International Law in Canada», (2010) 44-3 *Val. U. L. Rev.* 927.

⁵⁰ *Id.*, 928.

⁵¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c. 3, art. 91-92, reproduite dans L.R.C. 1985, annexe II, n° 5.

⁵² *Id.*, art 92(A).

grandes disparités dans l'intensité en carbone de leur économie⁵³ et ont conduit certaines provinces à s'opposer à une action climatique ambitieuse. Cela a considérablement affecté la nature et l'ambition des efforts du Canada pour lutter contre les changements climatiques⁵⁴. Ce contexte constitutionnel, en plus de l'importance des ressources naturelles dans l'économie politique du pays et le désir de maintenir le mode de vie énergivore prévalant⁵⁵, aide à expliquer pourquoi les efforts climatiques canadiens ont jusqu'à récemment été largement symboliques et n'ont pas abouti à des politiques concrètes pour réduire considérablement ses émissions de GES⁵⁶.

Le Canada a signé la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*⁵⁷ (CCNUCC) en 1992 et s'est engagé, en vertu du *Protocole de Kyoto*⁵⁸, à réduire ses émissions de GES de 6 % sous les niveaux de 1990 entre 2008 et 2012⁵⁹. En 1995, les gouvernements provinciaux, terri-

⁵³ Alors que les émissions de la plupart des provinces canadiennes se situent entre 10 et 20 tonnes de CO₂ par habitant et habitante, l'Alberta et la Saskatchewan émettent chacune près de 70 tonnes de CO₂ par habitant et habitante. Ces provinces émettent plus de six fois plus de GES que le Québec et plus de trois fois plus que la moyenne nationale. La production d'électricité basée sur les combustibles fossiles contribue de manière importante aux émissions de l'Alberta et de la Saskatchewan. Leur dépendance au charbon augmente considérablement les niveaux d'émissions. Cependant, la plupart des émissions proviennent des industries minières, pétrolières et gazières. En plus, les deux provinces ont également de grandes quantités de fermes, qui produisent d'importantes émissions. Les ressources naturelles disponibles dans ces provinces les ont conduits à poursuivre des activités économiques basées sur les combustibles fossiles. Voir : THE CONFERENCE BOARD OF CANADA, « Greenhouse Gas (GHG) Emissions », 2019, en ligne : <<https://www.conferenceboard.ca/hcp/Details/Environment/greenhouse-gas-emissions.aspx>> (consulté le 21 juin 2022).

⁵⁴ Jason MACLEAN, « Will We Ever Have Paris: Canada's Climate Change Policy and Federalism 3.0 », (2018) 55-4 *Alta. L. Rev.* 889, 903-904.

⁵⁵ Le Canada est actuellement le troisième émetteur de GES au monde en fonction de sa population, après les États-Unis et l'Australie : voir « Greenhouse Gas (GHG) Emissions », préc., note 53.

⁵⁶ Kathryn HARRISON, « Federalism and Climate Policy Innovation: A Critical Reassessment », (2013) 39 *Analyse de pol* 95.

⁵⁷ *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, (1994) 1771 R.T.N.U. 107 (n° 30822), art. 2, en ligne : <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convfr.pdf>> (consulté le 21 juin 2022).

⁵⁸ *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, (2005) 2303 R.T.N.U. 162 (n° 30822), en ligne : <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>> (consulté le 21 juin 2022).

⁵⁹ Silvia MACIUNAS et Géraud DE LASSUS SAINT-GENIÈS, « The Evolution of Canada's International and Domestic Climate Policy: From Divergence to Consistency? », dans

toriaux et fédéral du Canada ont adopté le *Programme d'action national sur le changement climatique*⁶⁰. Ce programme comprenait principalement des mesures volontaires, comme un registre des réductions volontaires d'émissions pour les entreprises⁶¹, et a eu un effet négligeable sur les émissions de GES du Canada⁶². Bien que le gouvernement de Paul Martin ait publié plusieurs plans d'action pour atteindre ses objectifs de réduction des émissions dans le cadre de *Kyoto*, les politiques canadiennes ont principalement visé à fournir de l'information et des subventions pour promouvoir et encourager les mesures volontaires et n'ont guère réussi à atténuer les changements climatiques⁶³. Tous les efforts pour adopter des mesures sérieuses, comme la création d'un *Fonds pour le climat* pour gérer l'achat de crédits de GES et un amendement à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*⁶⁴ pour ajouter six GES à la « Liste des substances toxiques » à l'annexe 1 de la Loi, ont été interrompus avec l'élection d'un gouvernement conservateur en février 2006⁶⁵.

Au cours de la décennie suivante, sous le gouvernement conservateur du premier ministre Stephen Harper, les efforts du fédéral pour lutter contre les changements climatiques sont demeurés insuffisants⁶⁶. Certains des règlements adoptés au cours de cette période imposaient des exigences de réduction des émissions pour les véhicules de tourisme, les camions légers et les véhicules lourds, exigeaient un contenu renouvelable minimum pour l'essence et le diesel et imposaient des normes améliorées pour les nouvelles centrales au charbon⁶⁷. En 2007, alors que le gouvernement conservateur

Oonagh FITZGERALD, Valerie HUGHES et Mark JEWETT (dir.), *Reflections on Canada's Past, Present and Future in International Law*, Waterloo, Centre for International Governance Innovation, 2018, p. 281, à la p. 284.

⁶⁰ *Id.*, p. 285.

⁶¹ *Id.*, p. 288.

⁶² Steven BERNSTEIN, « International Institutions and the Framing of Domestic Policies: The Kyoto Protocol and Canada's Response to Climate Change », (2002) 35-2 *Policy Sci.* 203, 223.

⁶³ S. MACIUNAS et G. DE LASSUS SAINT-GENIÈS, préc., note 59, p. 288.

⁶⁴ *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.C. 1999, c. 33.

⁶⁵ *Id.*, p. 286.

⁶⁶ *Id.*, p. 288.

⁶⁷ ENVIRONNEMENT CANADA, « Le gouvernement Harper instaure des normes strictes pour que les véhicules et les carburants soient moins polluants », *Gouvernement du Canada*, 2015, en ligne: <<https://www.canada.ca/en/news/archive/2015/07/harper-government-introduces-stringent-new-standards-cleaner-vehicles-fuels.html>> (consulté le 22 juin 2022).

dirigeait un parlement minoritaire, les partis d'opposition à la Chambre des communes ont adopté la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* pour obliger l'exécutif à préparer un plan annuel décrivant les mesures à prendre pour s'assurer que le Canada respecte ses obligations en vertu du *Protocole de Kyoto*⁶⁸.

Cependant, en raison de l'inaction libérale et conservatrice face aux changements climatiques, les émissions de GES du Canada ont, dans les faits, augmenté de 24 % entre 1997 et 2008⁶⁹. En 2011, le gouvernement conservateur a annoncé que le Canada se retirerait du *Protocole de Kyoto*, devenant ainsi le premier pays au monde à le faire⁷⁰. En vertu de l'*Accord de Copenhague*⁷¹ adopté en 2009, le Canada s'est volontairement engagé à réduire ses émissions de 17 % sous les niveaux de 2005 d'ici 2020⁷². Pourtant, un rapport de 2014 de la Commissaire à l'environnement et au développement durable a conclu que « Environnement Canada n'avait élaboré aucun plan global de mise en œuvre précisant comment les différents règlements seraient coordonnés ou comment les différents ministères et organismes fédéraux collaboreraient pour réaliser les réductions nécessaires à l'atteinte de la cible de 2020 de l'*Accord de Copenhague* »⁷³.

⁶⁸ *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto*, L.C. 2007, c. 30.

⁶⁹ BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, « Perspectives sur l'action contre les changements climatiques au Canada — Rapport collaboratif de vérificateurs généraux », pièce 11, mars 2018, en ligne : https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_otp_201803_f_42883.html (consulté le 22 juin 2022).

⁷⁰ UNFCCC COMPLIANCE COMMITTEE, *Canada's withdrawal from the Kyoto Protocol and its effects on Canada's reporting obligations under the Protocol*, Doc off CC NU, 2014, CC/EB/25/2014/2, par. 5. Bien que ce retrait ait mis fin aux obligations de réductions de GES du Canada en vertu du protocole, il ne peut justifier ou excuser l'inaction du Canada avant son retrait, lequel constitue un fait internationalement illicite selon Dufour : Geneviève DUFOUR, « Le retrait du Canada du Protocole de Kyoto et le droit international public – Droit de dénonciation, abus de droit et responsabilité internationale », (2012) 25-1 R.Q.D.I. 29.

⁷¹ *Accord de Copenhague*, 18 décembre 2009, Doc. N.U. 2/CP.15, FCCC/CP/2009/11/Add.1, en ligne : <<https://unfccc.int/resource/docs/2009/cop15/fre/11a01f.pdf>> (consulté le 22 juin 2022).

⁷² ENVIRONNEMENT CANADA, « Tendances en matière d'émissions au Canada », juillet 2011, en ligne : <<https://www.ec.gc.ca/doc/publications/cc/COM1374/ec-com1374-fr-r.htm>>.

⁷³ BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL DU CANADA, « Automne 2014 Rapport de la commissaire à l'environnement et au développement durable », 2014, par. 1.36, en ligne : <https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/parl_cesd_201410_01_f_39848.html> (consulté le 22 juin 2022).

L'élection d'un gouvernement libéral dirigé par Justin Trudeau a donné un nouvel élan aux initiatives du Canada dans le domaine climatique. Après avoir ratifié l'*Accord de Paris*⁷⁴ en 2016, le Canada a soumis une *Contribution prévue déterminée au niveau national* (CPDN) dans laquelle il s'est engagé à réduire ses émissions de GES de 30 % par rapport aux niveaux de 2005 d'ici 2030⁷⁵. Avec l'adoption du *Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques*⁷⁶ en 2016 et la mise en œuvre de plusieurs mesures politiques, le Canada a enfin commencé à prendre des actions concrètes pour réduire ses émissions de GES⁷⁷. Le *Cadre pancanadien* comporte quatre piliers principaux : (1) la tarification de la pollution par le carbone ; (2) des actions climatiques complémentaires ; (3) des mesures d'adaptation pour renforcer la résilience ; et (4) des actions pour favoriser l'innovation, les technologies propres et la création d'emplois. Le cadre exige notamment que toutes les provinces et tous les territoires adoptent une forme de tarification du carbone, tout en leur offrant la souplesse nécessaire pour élaborer leur propre système respectant les normes fédérales. Le gouvernement fédéral a également mis en place un programme « filet de sécurité » lui permettant d'imposer un tarif fédéral sur le carbone dans les provinces et les territoires qui n'ont pas de programme de tarification du carbone ou dont le programme ne répond pas aux normes fédérales⁷⁸. En 2021, le Parlement a adopté la *Loi canadienne sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, qui impose au gouvernement fédéral de fixer des cibles de réduction des GES à intervalle à partir de 2030 pour atteindre zéro émission nette d'ici 2050⁷⁹. Cette loi consolide

⁷⁴ *Accord de Paris sur les changements climatiques*, 12 décembre 2015, Doc. N.U. CP.21, FCCC/CP/2015/L.9, en ligne : <https://unfccc.int/sites/default/files/french_paris_agreement.pdf> (consulté le 22 juin 2022).

⁷⁵ S. MACIUNAS et G. DE LASSUS SAINT-GENIÈS, préc., note 59, p. 294.

⁷⁶ GOUVERNEMENT DU CANADA, « Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques. Plan canadien de lutte contre les changements climatiques », 2016, p. 7, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/collection_2017/eccc/En4-294-2016-fra.pdf> (consulté le 22 juin 2022).

⁷⁷ ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE CANADA, « Progrès vers la cible de réduction des émissions de gaz à effet de serre du Canada », janvier 2020, en ligne : <<https://www.canada.ca/content/dam/eccc/documents/pdf/cesindicators/progress-towards-canada-greenhouse-gas-reduction-target/2020/progres-cible-reduction-emissions-ges.pdf>> (consulté le 22 juin 2022).

⁷⁸ *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, art. 186.

⁷⁹ *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, L.C. 2021, c. 22.

les efforts du Canada pour respecter ses engagements dans le cadre de l'Accord de Paris⁸⁰.

Bien que le gouvernement Trudeau ait fait plus que tout autre gouvernement de l'histoire du Canada pour lutter contre les changements climatiques, le Canada n'a pas atteint son objectif de Copenhague pour 2020⁸¹ et ses émissions de GES ont augmenté depuis l'Accord de Paris⁸². Selon les estimations du *Climate Action Tracker*, la plus récente promesse de réduction des émissions du Canada est « presque suffisante » pour limiter l'augmentation mondiale des températures moyennes à 2 degrés Celsius⁸³, la cible inscrite dans l'Accord de Paris⁸⁴. Cependant, le piètre bilan du Canada dans la lutte aux changements climatiques au cours des 20 dernières années laissent planer le doute quant à la volonté et la capacité du Canada de mettre en place des politiques pour réaliser ses plus récentes promesses.

III. Litiges concernant le pouvoir du gouvernement fédéral d'agir en matière de changements climatiques

Notre analyse de la flexibilité de l'interprétation constitutionnelle débute par les litiges portant sur le pouvoir du fédéral d'imposer des normes pour

⁸⁰ ENVIRONNEMENT ET CHANGEMENT CLIMATIQUE CANADA, « Indicateurs canadiens de durabilité de l'environnement. Progrès vers la cible de réduction des émissions de gaz à effet de serre du Canada », mars 2021, p. 6, en ligne : <<https://www.canada.ca/content/dam/eccc/documents/pdf/cesindicators/progress-towards-canada-greenhouse-gas-reduction-target/2021/progres-cible-reduction-emissions-ges.pdf>> (consulté le 22 juin 2022).

⁸¹ SERVICES D'INFORMATION, D'ÉDUCATION ET DE RECHERCHE PARLEMENTAIRES, « Projet de loi C-12 : Loi concernant la transparence et la responsabilité du Canada dans le cadre de ses efforts pour atteindre la carboneutralité en 2050 », Bibliothèque du Parlement, 8 juillet 2021, p. 3, en ligne : <<https://lop.parl.ca/staticfiles/PublicWebsite/Home/ResearchPublications/LegislativeSummaries/PDF/43-2/43-2-C12-F.pdf>> (consulté le 22 juin 2022).

⁸² BUREAU DU VÉRIFICATEUR-GÉNÉRAL DU CANADA, « Rapport 5 – Leçons tirées de la performance du Canada dans le dossier des changements climatiques », en ligne : <https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/Francais/att_f_43947.html> (consulté le 22 juin 2022).

⁸³ CLIMATE ACTION TRACKER, « Canada : Targets », 2022, en ligne : <<https://climateactiontracker.org/countries/canada/targets/>> (consulté le 22 juin 2022).

⁸⁴ L'article 2(1)(a) de l'Accord de Paris prévoit que les États doivent contenir le réchauffement planétaire à 2 °C maximum au-dessus des niveaux pré-industriels tout « en poursuivant l'action menée » pour limiter cette augmentation à 1,5 °C.

réduire les émissions de GES au pays. Comme le démontrent les deux litiges suivants, l'effet perturbateur des changements climatiques sur le droit peut découler de la mise en place de régimes législatifs dont le but est de lutter contre les changements climatiques⁸⁵. Les questions concernant le partage des compétences entre les juridictions et l'étendue des pouvoirs délégués à l'exécutif sont inhérentes à ces régimes et peuvent nécessiter une révision de certaines doctrines établies. En établissant la constitutionnalité des régimes fédéraux sur les carburants renouvelables et la tarification du carbone, les tribunaux canadiens ont reconnu que la lutte aux changements climatiques nécessite une réponse législative d'envergure s'appliquant à travers le pays et prenant en considération les nombreuses interactions entre l'économie et l'environnement. Cette caractérisation des changements climatiques a motivé une interprétation constitutionnelle évolutive qui accorde une large discrétion aux législateurs et législatrices pour décarboniser l'économie et qui encourage l'action conjointe des gouvernements dans un champ de compétence partagé.

A. *Syncrude Canada Ltd. c. Canada*

En 2014, une importante compagnie pétrolière canadienne produisant du carburant diesel, Syncrude Canada Ltd. (Syncrude), a intenté une action contre le ministère de l'Environnement du Canada pour contester la validité du paragraphe 5(2) du *Règlement sur les carburants renouvelables*⁸⁶ (RCR), qui exigeait que tout le carburant diesel produit, importé ou vendu au Canada contienne au moins 2% de carburant renouvelable⁸⁷. En première instance, le juge Zinn a conclu à la constitutionnalité du règlement. En appel, Syncrude a de nouveau soutenu que le RCR ne constituait pas un exercice valide du pouvoir fédéral en matière de droit criminel. La Cour d'appel fédérale a quant à elle conclu que le paragraphe 5(2) du RCR était valide en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*. Le juge Rennie a conclu que le RCR visait sans ambiguïté «le maintien de la santé et de la sécurité des Canadiens, de même que de l'environnement naturel essentiel à la vie»⁸⁸

⁸⁵ E. FISHER, E. SCOTFORD et E. BARRITT, préc., note 1, p. 174.

⁸⁶ *Règlement sur les carburants renouvelables*, DORS/2010-189 (Gaz. Can. II).

⁸⁷ *Syncrude 2016*, préc., note 45.

⁸⁸ *Id.*, par. 41.

et que la protection de l'environnement relevait de la compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel⁸⁹. De fait, la Cour a considéré que pour lutter contre la pollution, « le législateur fédéral avait besoin d'une marge de manœuvre pour déterminer les types de conduite ou d'activité qui appellent une sanction pénale »⁹⁰.

La Cour a également rejeté la qualification constitutionnelle du RCR proposée par Syncrude selon laquelle le RCR devrait plutôt être qualifié comme une mesure économique visant la création d'un marché local pour les carburants renouvelables et non la réduction de la pollution atmosphérique. D'abord, la Cour a estimé que le RCR n'était pas une mesure économique, même s'il reflétait un examen attentif des effets sur les industries concernées et le marché des carburants renouvelables⁹¹. La Cour a clairement indiqué que l'environnement et l'économie sont si étroitement liés qu'il est « pratiquement impossible de les disjoindre »⁹² et que la Constitution doit permettre aux législateurs de prendre en compte les considérations socio-économiques en lien avec la protection de l'environnement⁹³. Ainsi, les effets économiques indirects de l'exercice de la compétence criminelle n'affectent pas la qualification d'une loi aux fins de l'appréciation de sa constitutionnalité :

Il serait extrêmement facile au législateur fédéral d'avoir recours au droit criminel pour protéger l'environnement s'il ne se préoccupait pas d'économie ; il pourrait tout simplement interdire la consommation des combustibles fossiles. Le défi repose dans la protection de l'environnement tout en évitant ou en compensant les effets secondaires économiques négatifs. Dans certains cas, l'élaboration d'un régime afin d'atténuer les effets secondaires économiques peut constituer la majorité de l'œuvre. Le fait que la gestion des effets économiques joue un rôle, même un rôle plutôt important, dans une loi donnée ne signifie pas que cette loi est une tentative déguisée de poursuivre un objectif inconstitutionnel.⁹⁴

Par ailleurs, il faut souligner que la reconnaissance de la validité du RCR en vertu du droit criminel n'exclut pas une validité éventuelle de mesures environnementales adoptées par les provinces en vertu de leurs

⁸⁹ *Id.*, par. 49.

⁹⁰ *Id.*, par. 51.

⁹¹ *Id.*, par. 61.

⁹² *Id.*, par. 66.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.*, par. 91.

compétences⁹⁵. Ensuite, la Cour a conclu que l'absence d'interdiction totale de l'utilisation de carburants non renouvelables n'empêchait pas que le paragraphe 5(2) constitue un exercice valide du pouvoir criminel⁹⁶. Dans un contexte de lutte aux changements climatiques, le droit criminel permet donc d'établir un régime suffisamment flexible pour prendre en compte différentes considérations socio-économiques à travers des exceptions et limites. De plus, la Cour a conclu que le paragraphe 5(2) s'appliquait à Syncrude en tant que consommatrice de carburant diesel dans ses activités et non dans sa production de pétrole brut synthétique. Le RCR n'a donc pas affecté la compétence provinciale en matière de gestion des ressources naturelles⁹⁷.

Enfin, la Cour a rejeté l'allégation de Syncrude, selon laquelle le RCR est incompatible avec sa loi habilitante, car elle ne réduirait pas véritablement la pollution atmosphérique. Même s'il existait des preuves scientifiques discordantes, la Cour a estimé que « cela n'empêcherait en rien le gouverneur en conseil de formuler une opinion différente qui s'appuierait sur un élément de preuve reconnu comme étant différent »⁹⁸. En ce sens, le gouvernement fédéral se voit accorder une large discrétion pour établir des normes de réduction des GES, bien que la science climatique ne soit pas encore parvenue à un consensus. Autrement, la moindre incertitude entourant la quantification des émissions de GES dans certains domaines serait un frein à toute action.

B. Renvoi relatif à la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*

À compter de janvier 2019, la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*⁹⁹ (LTPGES) a établi un prix national sur les émissions de GES, mais uniquement dans les provinces et territoires qui

⁹⁵ *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 131. Cela dit, le principe de la prépondérance législative fédérale stipule qu'en la présence d'une incompatibilité réelle entre une législation provinciale et une législation fédérale valablement adoptées mais qui se chevauchent, la législation fédérale prévaut dans la mesure de l'incompatibilité. Voir Rachel NADEAU, « Le droit de l'environnement au sein de la Constitution canadienne », (2015) 57 *C. de D.* 3, 12.

⁹⁶ *Syncrude 2016*, préc., note 45, par. 73.

⁹⁷ *Id.*, par. 80.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, ch. 12.

n'avaient pas encore mis en œuvre un régime de tarification conforme aux normes fédérales de tarification du carbone. Cette mesure s'est révélée politiquement controversée et a donné lieu à trois affaires engagées par les gouvernements de la Saskatchewan, de l'Ontario et de l'Alberta demandant que leurs cours d'appel fournissent des avis consultatifs sur la constitutionnalité de cette loi. Le 3 mai 2019, dans un avis rédigé par le juge Richards, la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que la LTPGES était valide, par une majorité de 3-2¹⁰⁰. Le 28 juin 2019, le juge Strathy, écrivant pour une majorité de 4 contre 1 devant la Cour d'appel de l'Ontario, a tiré la même conclusion¹⁰¹. Quant à elle, dans une décision rédigée par la juge Fraser le 24 février 2020, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu à l'inconstitutionnalité de la loi avec une majorité de 4-1¹⁰².

Ce n'est que le 25 mars 2021 que la Cour suprême a mis fin au débat en confirmant la constitutionnalité de l'ensemble de la LTPGES avec une majorité de 6-3¹⁰³. Aux fins de notre analyse, nous porterons particulièrement attention à l'importance que le juge en chef Wagner, écrivant pour cette majorité, a accordé aux principes de coopération et d'efficacité dans la lutte aux changements climatiques et à leur impact sur l'interprétation du fédéralisme et de la doctrine de l'intérêt national.

Premièrement, la Cour suprême a rappelé l'importance fondamentale du principe du fédéralisme pour la Constitution canadienne et son rôle dans la résolution des conflits de compétences entre le fédéral et les provinces. Suivant l'évolution de l'interprétation constitutionnelle, la notion plus souple de « fédéralisme coopératif moderne » doit être favorisée par les juges¹⁰⁴. Ainsi, la Cour a de nouveau écarté l'approche traditionnelle fondée sur une interprétation figée de la Constitution et la compartimentalisation étanche des compétences constitutionnelles¹⁰⁵. La coopération fait partie intégrante de la définition du fédéralisme dont un des objectifs est de « favoriser la coopération entre le Parlement et les législatures dans la recherche du bien commun »¹⁰⁶. Cependant, malgré cette volonté coo-

¹⁰⁰ *Reference Re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 SKCA 40.

¹⁰¹ *Reference Re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2019 ONCA 544 (ci-après « *Reference re ONCA* »).

¹⁰² *Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act*, 2020 ABCA 74.

¹⁰³ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30.

¹⁰⁴ *Id.*, par. 50.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ *Id.*, par. 48.

pérative, l'approche moderne ne peut pas « écarter ou modifier le partage des compétences »¹⁰⁷ prévu à la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour a donc indiqué que la solution au présent litige devait reconnaître l'autonomie des provinces dans leurs sphères de compétence sans sous-estimer la portée de la compétence du Parlement, y compris les pouvoirs réservés au fédéral pour assurer l'unité du pays¹⁰⁸.

Deuxièmement, afin d'évaluer si la LTPGES est *intra vires*, la Cour a d'abord dû qualifier le caractère véritable de la loi à travers son objet et ses effets. L'identification du caractère véritable d'une loi est cruciale pour juger de sa constitutionnalité et la méthode prévue accorde une large marge de manœuvre aux juges¹⁰⁹. La Cour a indiqué que le caractère véritable d'une loi devrait être exprimé en termes aussi précis que possible, puisqu'une qualification vague ou générale risquerait de déborder inutilement dans la sphère de compétence de l'autre ordre de gouvernement¹¹⁰. À la lecture des titres de la loi et de son préambule, la Cour a constaté que « l'objet de la LTPGES est plus précis que la réglementation des émissions de GES »¹¹¹, car elle ne porte que sur une des méthodes de réduction des GES, soit la tarification, et ne vise pas « l'existence des émissions de GES en général, mais plutôt les répercussions découlant du défaut de certaines provinces de mettre en place des systèmes de tarification »¹¹². De plus, l'objet et les effets de la loi se limitent à établir des normes minimales à travers le pays, puisque les provinces conservent le pouvoir de choisir et concevoir leur propre système de tarification tant que celui-ci est suffisamment rigoureux¹¹³. Ainsi, la Cour a conclu que le caractère véritable de la LTPGES est « l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuse des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz »¹¹⁴.

Troisièmement, après avoir qualifié le caractère véritable de la loi, la Cour a catégorisé la matière en fonction des compétences constitutionnelles. Pour ce faire, la Cour a examiné la prétention du Canada voulant que la LTPGES soit conforme à son pouvoir de légiférer pour la paix, l'ordre et

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*, par. 49.

¹⁰⁹ S.-L. Hsu et R. ELLIOT, préc., note 34, p. 478.

¹¹⁰ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 52.

¹¹¹ *Id.*, par. 58.

¹¹² *Id.*, par. 61.

¹¹³ *Id.*, par. 65.

¹¹⁴ *Id.*, par. 80.

le bon gouvernement du Canada en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'argument du Canada repose sur la théorie de l'intérêt national qui « reconnaît compétence au législateur fédéral sur des matières jugées d'intérêt intrinsèquement national »¹¹⁵. La Cour a indiqué qu'en raison du caractère permanent et exclusif des matières reconnues comme intérêt national¹¹⁶, les affaires s'y prêtant sont exceptionnelles¹¹⁷. Étant consciente « de la préoccupation légitime selon laquelle la théorie de l'intérêt national fait peser une menace sur l'autonomie des provinces »¹¹⁸, la Cour a réitéré qu'il s'agit d'un pouvoir résiduel qui ne peut pas autoriser le Parlement à légiférer relativement à des matières qui tombent dans les catégories de sujets assignés exclusivement aux provinces par la Constitution¹¹⁹. Le fédéral devait donc démontrer que la matière comporte i) un intérêt suffisant pour le Canada tout entier, ii) une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provinciales et iii) un effet sur la compétence provinciale compatible avec le partage des pouvoirs constitutionnels¹²⁰. À travers chacune de ces étapes, la Cour a tenté de trouver un équilibre entre le besoin de coopération qui découle de la nature polycentrique des changements climatiques et l'autonomie des provinces prévue par la structure dualiste de la Constitution canadienne.

Le premier critère exige d'établir que la matière « présente pour le Canada tout entier un intérêt suffisant »¹²¹. En l'espèce, la Cour a d'abord confirmé la gravité du problème en reconnaissant que les changements climatiques sont un « défi existentiel » et une « menace de la plus haute importance pour le pays »¹²², notamment en raison de l'augmentation des catastrophes naturelles et des maladies¹²³. Elle a aussi constaté l'émergence d'un consensus à savoir que « la tarification du carbone est un élément indispensable en vue de la réduction des émissions de GES »¹²⁴. Ainsi, en raison de la menace pour l'ensemble du pays et du rôle crucial de la tarifi-

¹¹⁵ *Id.*, par. 89.

¹¹⁶ *Id.*, par. 90.

¹¹⁷ *Id.*, par. 109.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*, par. 89.

¹²⁰ *Id.*, par. 141.

¹²¹ *Id.*, par. 144.

¹²² *Id.*, par. 167.

¹²³ *Id.*, par. 10.

¹²⁴ *Id.*, par. 170.

cation, la majorité a conclu que l'établissement de normes nationales minimales de tarification rigoureuses des GES en vue de réduire les émissions de ces gaz est une matière d'intérêt national qui répond au premier critère.

Ensuite, pour déterminer si une matière a une unicité, une particularité et une indivisibilité qui la distingue clairement des matières d'intérêt provinciales, deux principes doivent être pris en compte. D'abord, la matière doit être « particulière, identifiable et qualitativement différente des matières d'intérêt provinciales »¹²⁵, notamment par son caractère principalement extraprovincial et international et par le rôle législatif distinct de celui des provinces qui ne fait pas double emploi¹²⁶. La Cour a conclu que la matière en question avait répondu à cette exigence puisque les GES « constituent un type de polluant particulier et identifiable de façon précise »¹²⁷. De plus, la portée mondiale des impacts climatiques et le rôle des instruments internationaux, tels que la CCNUCC et l'*Accord de Paris*, démontrent que la nature des émissions de GES est principalement extraprovinciale et internationale et que la matière en question est « qualitativement différent[e] de matières d'intérêt provincial »¹²⁸. Le mécanisme de réglementation de la tarification mis de l'avant par la LTPGES est, lui aussi, suffisamment précis et limité puisqu'il se distingue de la réglementation des GES en général¹²⁹. Finalement, la Cour a conclu qu'en instaurant un filet de sécurité, qui évalue la rigueur des régimes de tarification provinciaux et les complète au besoin, l'approche de la LTPGES était distinctement nationale¹³⁰.

Le second principe applicable au second critère fondant la compétence fédérale de légiférer pour la POBG repose sur l'incapacité des provinces. Celle-ci « ne sera établie que s'il s'agit d'une matière d'une nature telle que les provinces ne sont pas en mesure de s'en occuper conjointement ou séparément, parce que le défaut d'une ou de plusieurs d'entre elles de coopérer empêcherait les autres provinces de s'en occuper efficacement, et que le défaut d'une province d'agir sur son territoire aurait des conséquences extraprovinciales graves »¹³¹. En appliquant le critère de l'incapacité,

¹²⁵ *Id.*, par. 146.

¹²⁶ *Id.*, par. 151.

¹²⁷ *Id.*, par. 173.

¹²⁸ *Id.*, par. 174.

¹²⁹ *Id.*, par. 175.

¹³⁰ *Id.*, par. 179.

¹³¹ *Id.*, par. 157.

la Cour a tenté de maintenir l'intervention du fédéral au minimum afin de préserver le champ d'action des provinces. Selon la Cour, le fédéral a établi ce critère, puisque les provinces n'ont pas le pouvoir constitutionnel d'adopter une norme légale contraignante qui s'appliquerait à l'ensemble du pays¹³². De plus, le refus de coopérer d'une province mettrait à risque l'efficacité de la tarification du carbone ailleurs au pays, car les entreprises émettrices pourraient changer de juridiction et ainsi mener à une fuite du carbone¹³³ et l'augmentation des émissions dans une province pourrait annuler les efforts de réduction dans les autres¹³⁴. Puisque les émissions de GES et leurs conséquences font fi des frontières, l'inaction d'une province aurait de graves conséquences extraprovinciales¹³⁵. La Cour a aussi rejeté l'argument voulant qu'en raison de la globalité et l'ampleur des émissions de GES, la contribution de chaque province aux conséquences climatiques soit minimale¹³⁶. Au contraire, la Cour a conclu que l'ampleur mondiale de la crise climatique et le rôle essentiel de la coopération internationale démontrent encore davantage l'incapacité provinciale¹³⁷. Les « émissions de chaque province sont clairement mesurables et elles contribuent aux changements climatiques »¹³⁸ dont les conséquences sont visibles partout au pays. Bref, la Cour a conclu que l'intervention du fédéral se limite à la matière sur laquelle les provinces sont incapables d'agir, soit la protection contre le manque de coopération d'une d'entre elles¹³⁹.

Finalement, le dernier critère de la théorie de l'intérêt national exige que la norme proposée ait un effet sur la compétence provinciale qui soit compatible avec le partage des pouvoirs législatifs prévu par la Constitution¹⁴⁰. Afin de prévenir les empiètements injustifiés sur l'autonomie des provinces, les juges doivent balancer l'intrusion dans les compétences provinciales avec « l'étendue des effets qu'aurait sur les intérêts touchés le fait que le Parlement ne serait pas capable, sur le plan constitutionnel, d'agir à l'égard de la question à l'échelle nationale »¹⁴¹. En l'espèce, la Cour a conclu

¹³² *Id.*, par. 182.

¹³³ *Id.*, par. 186.

¹³⁴ *Id.*, par. 183.

¹³⁵ *Id.*, par. 187.

¹³⁶ *Id.*, par. 188.

¹³⁷ *Id.*, par. 190.

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*, par. 195.

¹⁴⁰ *Id.*, par. 160.

¹⁴¹ *Id.*, par. 161.

que l'effet sur l'autonomie législative des provinces est réel, mais limité, puisqu'elles demeurent libres de légiférer relativement aux émissions de GES en général et qu'elles peuvent établir leur propre système de tarification respectant les normes minimales du fédéral¹⁴². Le système de tarification prévu à la LTPGES ne s'applique que « dans la mesure nécessaire pour remédier aux lacunes de la réglementation provinciale » d'une manière à empiéter le moins possible sur la liberté des provinces¹⁴³. Ainsi, la tarification du carbone impose un prix minimum pour les émissions de GES de nombreuses industries relevant des compétences provinciales, mais les entreprises et individus demeurent libres de modifier ou non leurs comportements face à ce signal économique¹⁴⁴. Finalement, la Cour a établi que conformément « avec l'approche moderne concernant le fédéralisme, qui favorise la souplesse et un certain degré de chevauchement des compétences »¹⁴⁵, la théorie du double aspect permettrait aux deux paliers de légiférer sur la tarification des émissions de GES, bien que la loi fédérale ait prépondérance en cas de conflit¹⁴⁶. En tenant compte de ces considérations, la Cour a jugé que l'effet irréversible des changements climatiques qui serait causé par l'incapacité du Parlement de s'occuper de la matière – dans la mesure où une approche restrictive de sa compétence serait adoptée – justifie l'empiètement limité dans l'autonomie des provinces¹⁴⁷.

Puisque le gouvernement fédéral a démontré chacun des critères de la théorie de l'intérêt national, la Cour a conclu que la LTPGES était *intra vires*¹⁴⁸. Par ce renvoi, la Cour a tenté de clarifier certains éléments de la théorie de l'intérêt national¹⁴⁹. D'abord, la Cour a formellement introduit une question préliminaire permettant d'identifier si la matière revêt un

¹⁴² *Id.*, par. 199-200.

¹⁴³ *Id.*, par. 200.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 201.

¹⁴⁵ *Id.*, par. 126.

¹⁴⁶ *Id.*, par. 129.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 206.

¹⁴⁸ La Cour a aussi évalué l'argument de l'Ontario voulant que les redevances prévues à la LTPGES soient des taxes puisqu'elles ne présenteraient pas un lien suffisant avec le régime de réglementation pour être considérées comme des prélèvements de nature réglementaire. La Cour a rejeté cet argument en jugeant que, dans le cas de la tarification du carbone, « le prélèvement constitue en soi un mécanisme de réglementation qui favorise [...] la réalisation de l'objectif » en encourageant un certain comportement, soit la réduction des émissions de GES. Voir *id.*, par. 213-216.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 111.

intérêt suffisant pour le pays en entier plutôt que d'en traiter de manière générale¹⁵⁰. La Cour a indiqué que l'ajout de ce premier critère est une « évolution appropriée et graduelle » qui émane de la jurisprudence et vise à limiter l'élargissement des pouvoirs fédéraux aux situations le justifiant¹⁵¹. Ensuite, la Cour a conclu que la théorie du double aspect pouvait s'appliquer aux matières d'intérêt national conformément à l'approche moderne du fédéralisme coopératif¹⁵². Cette indication tente de mettre fin au débat académique et à la confusion jurisprudentielle portant sur l'exclusivité absolue des matières reconnues comme relevant de l'intérêt national¹⁵³. La théorie du double aspect augmente la probabilité de chevauchements entre les compétences provinciales et fédérales et peut faciliter la reconnaissance d'un intérêt national en réduisant l'apparence de centralisation¹⁵⁴.

De plus, la Cour a indiqué que la preuve d'incapacité provinciale n'est plus seulement un indice de l'unicité, de la particularité et de l'indivisibilité d'une matière, mais bien une exigence¹⁵⁵. Cette évolution s'inscrit dans une refonte plus générale du critère d'unicité, de particularité et d'indivisibilité qui « ne constitue pas un critère juridique aisément applicable »¹⁵⁶, selon la Cour. Bien que l'incapacité provinciale fût déjà centrale dans la jurisprudence¹⁵⁷, les juges dissidents y voient une modification facilitant la reconnaissance d'un intérêt national¹⁵⁸. De plus, en intégrant la jurisprudence en matière de trafic et de commerce sous l'article 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour a modernisé la notion d'incapacité provinciale¹⁵⁹ pour y inclure les conséquences qu'aurait le refus de coopérer d'une province¹⁶⁰. La jurisprudence reflétait déjà cette considération¹⁶¹, mais

¹⁵⁰ *Id.*, par. 143.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.*, par. 126.

¹⁵³ N. CHALIFOUR, préc., note 32, 231.

¹⁵⁴ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 376.

¹⁵⁵ *Id.*, par. 153.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 146.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 156.

¹⁵⁸ Josh HUNTER, « Saving the Planet Doesn't Mean You Can't Save the Federation: Greenhouse Gases Are Not a Matter of National Concern », (2021) 100 S.C.L.R. 59, 67; *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 424.

¹⁵⁹ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 113.

¹⁶⁰ *Id.*, par. 187.

¹⁶¹ Sujit CHOUDRY, *Constitutional Law and the Politics of Carbon Pricing in Canada*, Montréal, Institute for Research on Public Policy, 2019, p. 18, en ligne: <<https://irpp.org/wp-content/uploads/2019/11/Constitutional-Law-and-the-Politics-of-Carbon->

la nouvelle formulation est contestée puisqu'elle ouvre davantage la porte aux régimes basés sur des normes minimales nationales¹⁶².

Finalement, la Cour semble aussi avoir élargi l'analyse relative aux effets de la reconnaissance d'une nouvelle matière d'intérêt national. Plutôt que de se limiter à l'effet sur la compétence provinciale¹⁶³, la Cour a introduit la notion des « intérêts touchés »¹⁶⁴ qui inclut en l'espèce les conséquences climatiques pour l'ensemble du pays et particulièrement les populations les plus vulnérables¹⁶⁵. Ainsi, en plus de préciser certains aspects de la théorie de l'intérêt national qui manquaient de clarté dans la jurisprudence¹⁶⁶, la Cour suprême semble aussi avoir fait évoluer le test pour mieux refléter le fédéralisme coopératif et les considérations en dehors du partage des compétences.

C. Conclusion sur les litiges concernant le pouvoir du gouvernement fédéral d'agir en matière de changements climatiques

Ces deux litiges illustrent comment une interprétation flexible de la Constitution permet d'accommoder le pouvoir législatif qui choisit d'agir contre les changements climatiques. Dans les deux cas, l'interprétation constitutionnelle s'est adaptée aux exigences de la lutte aux changements climatiques. Dans le renvoi sur la LTPGES, nous sommes d'avis que la reconnaissance d'un intérêt national est justifiée par la nature polycentrique de la gestion climatique qui nécessite l'intervention conjointe des provinces et du fédéral. D'un côté, la Cour a constaté que seul le Parlement fédéral a la capacité d'imposer une politique coordonnée à toutes les provinces permettant de réduire efficacement les émissions de GES.

Pricing-in-Canada.pdf> (consulté le 22 juin 2022); *Munro c. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *Interprovincial Co-operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477.

¹⁶² *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 425, 584-585.

¹⁶³ *Crown Zellerbach*, préc., note 31, par. 37.

¹⁶⁴ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 148.

¹⁶⁵ *Id.*, par. 206.

¹⁶⁶ *Id.*, par. 135 et 146; N. CHALIFOUR, préc., note 32, p. 217; S. CHOUDRY, préc., note 161, p. 27; Nathalie J. CHALIFOUR, Peter OLIVER et Taylor WORMINGTON, « Clarifying the Matter: Modernizing Peace, Order, and Good Government in the Greenhouse Gas Pollution Pricing Act Appeals », (2020) 40-2 *N.J.C.L.* 153, 202.

Cependant, la Cour doit aussi limiter l'intervention fédérale afin de préserver la capacité des provinces de légiférer sur le climat dans leur propre champ de compétence. D'ailleurs, il est important de reconnaître qu'une trop grande centralisation des pouvoirs au niveau de la lutte aux changements climatiques pourrait justement être contre-productive, ne permettant pas aux provinces d'adopter des politiques climatiques adaptées à leurs réalités économiques et sociales¹⁶⁷.

Similairement, la large discrétion accordée aux branches législative et exécutive pour intervenir dans l'économie à travers la tarification du carbone en vertu de la POBG ou en vertu du droit criminel est jugée nécessaire par les juges. Considérant la grande diversité des sources d'émission de GES et les causes structurelles de la carbonisation de l'économie¹⁶⁸, la réduction des émissions de GES requiert d'accorder de larges pouvoirs et une grande souplesse au gouvernement fédéral. D'ailleurs, à travers sa jurisprudence en matière de droit criminel et d'intérêt national, la Cour suprême a graduellement étendu les compétences fédérales au-delà de leur interprétation originale¹⁶⁹ pour répondre aux préoccupations environnementales croissantes. La doctrine de l'arbre vivant permet donc de retirer certaines des barrières à l'intervention législative fédérale dans le contexte climatique.

Cependant, dans un système constitutionnel marqué par la prépondérance du fédéral et une tendance vers la centralisation¹⁷⁰, élargir encore davantage les compétences et identifier de nouveaux chevauchements entre les champs de compétences comporte un risque pour la diversité régionale et l'autonomie des provinces telles que prévues dans le texte de la Constitution¹⁷¹. Ceci est particulièrement vrai pour la compétence d'intérêt national qui est permanente et potentiellement exclusive (même si ce n'est pas le cas en l'espèce)¹⁷². De plus, la définition très étroite du caractère véritable de la LTPGES pourrait ouvrir la voie à la création de « normes nationales minimales de tarification rigoureuse » dans une panoplie d'autres

¹⁶⁷ Nicholas LUTSEY et Daniel SPERLING, « America's bottom-up climate change mitigation policy », (2008) 36 *Energy Policy* 673; Barry RABE, « Beyond Kyoto: Climate Change Policy in Multilevel Governance Systems », (2007) 20 *Governance* 423.

¹⁶⁸ G. UNRUH, préc., note 4.

¹⁶⁹ S.-L. HSU et R. ELLIOT, préc., note 34, 481.

¹⁷⁰ E. BROUILLET et B. RYDER, préc., note 25, p. 416.

¹⁷¹ E. BROUILLET et A.-G. GAGNON, préc., note 19, p. 103.

¹⁷² *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 124.

domaines du droit de l'environnement. En ce sens, dans sa dissidence, le juge Brown a prévenu que la Cour est en voie d'instaurer un « nouveau modèle du fédéralisme canadien, fondé sur la hiérarchie et la supervision » qui comporte « l'assujettissement de la compétence législative provinciale à la compétence prépondérante du Parlement d'établir des “normes nationales” concernant la façon dont cette compétence peut être exercée »¹⁷³. Effectivement, il y aurait un risque pour le fédéralisme si la recherche d'efficacité dans n'importe quel domaine d'importance justifiait une interprétation constitutionnelle centralisatrice¹⁷⁴. Pourtant, la crise climatique est justement une situation exceptionnelle qui ne peut pas justifier un pouvoir fédéral général d'imposer des normes minimales nationales dans tous les domaines. En pratique, les circonstances nécessitant une action concertée de l'ensemble des provinces au risque de mettre en péril la société canadienne sont rares, tout comme les matières qui répondraient aux critères de l'intérêt national tel que décrit par la Cour.

À ce stade, lorsque le fédéral tente d'agir en matière de changements climatiques, la Cour suprême semble prête à appliquer la doctrine de l'arbre vivant et à interpréter de manière évolutive la Constitution afin de justifier son intervention. Dans un contexte constitutionnel marqué par le fédéralisme coopératif, un tel élargissement des compétences fédérales n'impose pas nécessairement un jeu à somme nulle dans lequel les provinces deviendraient incapables de légiférer sur le climat¹⁷⁵. Il est vrai qu'elle reconnaît à l'autorité fédérale un pouvoir de déterminer des normes minimales s'imposant à toutes les provinces, mais nous sommes d'avis que ce précédent devrait être interprété comme étant justifié par le cas précis et unique de la lutte aux changements climatiques, où cela est nécessaire en raison du problème d'action collective et de l'urgence qu'il soulève¹⁷⁶. Par contre, si ce précédent devait être étendu à d'autres domaines de la politique publique où ces critères ne sont pas rencontrés, cela pourrait véritablement menacer

¹⁷³ *Id.*, par. 455.

¹⁷⁴ J. HUNTER, préc., note 158, 63; Jean LECLAIR, « The Supreme Court's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », (2003) 28 *Q.L.J.* 411.

¹⁷⁵ Martin OLSZYNSKI, Nigel BANKES et Andrew LEACH, « Case Comment Breaking Ranks (and Precedent): Reference re Greenhouse Gas Pollution Pricing Act, 2020 ABCA 74 », (2020) 33-2 *J. Envtl. L. & Prac.* 159, 176; Andrew LEACH et Eric M. ADAMS, « Seeing Double: Peace, Order, and Good Government, and the Impact of Federal Greenhouse Gas Emissions Legislation on Provincial Jurisdiction », (2020) 29-1 *Constit.Forum* 1, 5.

¹⁷⁶ K. HARRISON, préc., note 5656.

les fondements du fédéralisme coopératif canadien, tel que le suggère le juge Brown dans sa dissidence¹⁷⁷.

IV. Litiges relatifs à l'obligation des gouvernements de lutter contre les changements climatiques

Notre analyse de la souplesse de l'interprétation constitutionnelle se tourne maintenant vers les litiges dont l'objectif est de contraindre les gouvernements à agir dans la lutte aux changements climatiques. Dans ce type de litiges, l'effet perturbant des changements climatiques pour le droit canadien ne découle pas de leur nature polycentrique, mais plutôt de leurs ramifications politiques et de l'ampleur des réformes nécessaires pour les atténuer. Nous constaterons que les tribunaux canadiens sont généralement plus réticents à imposer une obligation d'agir aux gouvernements dans un domaine qu'ils considèrent d'abord comme politique. Cette déférence est particulièrement marquée lorsque les privilèges de l'exécutif sont concernés. À l'inverse, lorsqu'une violation des droits de la personne est alléguée, les juges sont plus susceptibles d'évaluer le comportement des gouvernements et ainsi de garantir la suprématie constitutionnelle.

A. Litiges relatifs au Protocole de Kyoto

Étant donné que la lutte aux changements climatiques nécessite une transformation profonde de la société et de l'économie canadienne, les litiges climatiques sont difficiles à dissocier des débats politiques. Ceci est particulièrement évident lorsque les cours de justice sont appelées à juger d'une décision gouvernementale fondée sur des considérations de politiques publiques. Le non-respect par le Canada de ses engagements en vertu du *Protocole de Kyoto* et son retrait en 2011 ont mené à deux affaires portant sur la *Loi de mise en œuvre du Protocole de Kyoto* (LMOPK). L'argument voulait que l'inaction climatique du Canada contrevenait au principe constitutionnel de la primauté du droit puisque le comportement du gouvernement contredisait l'esprit de la LMOPK. Dans les faits, ces jugements ne portent que secondairement sur la crise climatique et se sont plutôt décidés sur des questions procédurales. Cependant, l'interprétation du concept de justiciabilité et la déférence accordée au gouvernement pour

¹⁷⁷ Renvoi re LTPGES, préc., note 30, par. 455.

les questions avec une dimension politique demeurent pertinentes puisqu'indissociables des litiges climatiques.

1. *Ami(e)s de la Terre c. Canada*

Après que le ministre fédéral de l'Environnement ait déposé un *Plan sur les changements climatiques* indiquant que le Canada n'avait pas l'intention d'atteindre ses objectifs de *Kyoto*, les Amis de la Terre Canada (FoE) ont lancé une demande de contrôle judiciaire en 2008 pour obtenir une déclaration selon laquelle le gouvernement fédéral agissait en violation de la LMOPK¹⁷⁸. La LMOPK imposait notamment de préparer un plan sur les changements climatiques, d'énoncer les réductions d'émissions de GES prévus et de modifier les règlements nécessaires pour que le Canada remplisse ses obligations en vertu du *Protocole de Kyoto*¹⁷⁹. Le gouvernement fédéral a répondu que ces obligations statutaires n'étaient pas justiciables parce que la mise en œuvre de la LMOPK reposait sur des choix scientifiques, de politiques publiques et législatifs qui relèvent des électeurs et électrices plutôt que du contrôle judiciaire¹⁸⁰.

Dans sa décision, le juge Barnes a statué que si l'obligation du ministre de préparer un plan sur les changements climatiques peut être justiciable, une évaluation de son contenu ne l'est pas¹⁸¹. De plus, le juge Barnes a conclu que la LMOPK ne créait pas explicitement une obligation de réglementer¹⁸² et qu'il s'ensuivait que les obligations accessoires prévues à la LMOPK ne seraient pas justiciables si le gouverneur ou la gouverneure en conseil refusait simplement d'agir¹⁸³. Ainsi, « le texte législatif doit être interprété d'une manière qui exclut tout contrôle judiciaire sur les questions touchant le respect du *Protocole de Kyoto*, y compris sur la fonction de réglementation. En promulguant la LMOPK, le Parlement a établi un système détaillé de responsabilité devant le public et devant le Parlement, un système qui remplace le contrôle judiciaire »¹⁸⁴. Le juge Barnes a estimé que le contenu du *Plan canadien sur les changements climatiques* « vise à

¹⁷⁸ *Ami(e)s de la Terre c. Canada (Gouverneur en conseil)*, 2008 CF 1183 (ci-après « *Ami(e)s de la Terre* »).

¹⁷⁹ *Id.*, par. 5.

¹⁸⁰ *Id.*, par. 7.

¹⁸¹ *Id.*, par. 34.

¹⁸² *Id.*, par. 38.

¹⁸³ *Id.*, par. 41.

¹⁸⁴ *Id.*, par. 44.

assurer l'observation par le Canada de ses engagements de fond envers le Protocole de Kyoto, et cela, à la faveur d'un dialogue public, scientifique et politique, un dialogue dont le thème ne se prête pas pour l'essentiel à un contrôle judiciaire ou ne ressortit pas pour l'essentiel aux tribunaux»¹⁸⁵.

En 2009, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Cour fédérale selon laquelle l'application de la LMOPK n'est pas justiciable¹⁸⁶, et la Cour suprême du Canada a refusé la permission d'en appeler.

2. *Turp c. Canada*

Lorsque le Canada a donné un avis de retrait du *Protocole de Kyoto* en 2011, Daniel Turp, professeur de droit et politicien, a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Canada. Il a allégué que la décision du gouvernement fédéral de se retirer du *Protocole de Kyoto* était illégale, nulle et non avenue parce qu'il n'avait pas consulté le Parlement et les provinces avant de le faire, violant ainsi la LMOPK, le principe de la primauté du droit, le principe de la séparation des pouvoirs et le principe démocratique¹⁸⁷. Même si le Parlement a abrogé la LMOPK après le dépôt de cette affaire, le tribunal a examiné les arguments du demandeur. Le gouvernement fédéral a soutenu que la décision de se retirer d'un traité international incombait clairement à l'exécutif du gouvernement et que cet exercice de la prérogative royale n'avait jamais été soumis auparavant à une obligation de consultation du Parlement ou des provinces¹⁸⁸.

Le juge Noël a abordé trois questions juridiques principales dans son jugement, qui porte sur la relation entre le droit international et les pouvoirs et prérogatives du gouvernement fédéral en vertu du droit constitutionnel canadien. Premièrement, le juge Noël s'est demandé si le retrait du Protocole violait la LMOPK et l'état de droit. Il a conclu que la LMOPK n'imposait pas explicitement une obligation justiciable de se conformer au *Protocole de Kyoto* et n'a donc pas modifié la prérogative royale sur les affaires étrangères¹⁸⁹. À ce titre, la décision du gouvernement de se retirer du *Protocole de Kyoto* n'enfreignait ni la LMOPK ni le principe de l'état de droit.

¹⁸⁵ *Id.*, par. 43.

¹⁸⁶ *Ami(e)s de la terre – Friends of the Earth c. Canada (Environnement)*, 2009 CAF 297.

¹⁸⁷ *Turp c. Canada (Justice)*, 2012 CF 893, par. 13.

¹⁸⁸ *Id.*, par. 14.

¹⁸⁹ *Id.*, par. 26.

Deuxièmement, le juge Noël a examiné si le retrait du *Protocole de Kyoto* violait le principe de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif. Le juge a statué que la séparation des pouvoirs n'avait pas été violée, car la LMOPK n'avait pas retiré le pouvoir de l'exécutif de décider de se retirer du *Protocole de Kyoto*. Il a estimé que le gouvernement avait agi dans le cadre de la prérogative royale, qui confère à l'exécutif le pouvoir discrétionnaire de conduire les affaires étrangères, y compris de conclure et de se retirer des traités¹⁹⁰.

Enfin, le juge a évalué si le retrait du Protocole violait le principe démocratique, qui, selon Turp, obligeait le gouvernement à consulter la Chambre des communes avant de se retirer du *Protocole de Kyoto*. Ayant noté que la Chambre des communes avait précédemment adopté une motion en faveur de la ratification du *Protocole de Kyoto*, le juge Noël a déclaré que « [l]a motion adoptée par la Chambre des communes était non contraignante et reconnaissait par son contenu même que le pouvoir de conclure ou de dénoncer ce traité appartenait toujours à l'Exécutif »¹⁹¹. Le juge Noël a rejeté la demande de contrôle judiciaire de Turp et une demande d'autorisation à la Cour d'appel fédérale a aussi été rejetée.

3. Justiciabilité et primauté du droit

Les deux litiges découlant de la LMOPK démontrent le malaise des cours de justice dans l'analyse de certaines questions particulièrement politiques. Dans ces deux instances, les juges justifient leur retenue par le concept de justiciabilité, mais il serait inapproprié de tirer des conclusions générales sur la justiciabilité des litiges climatiques à partir de jugements portant principalement sur les privilèges de l'exécutif. Selon nous, la décision dans l'affaire *Ami(e)s de la Terre* doit être comprise comme abordant la question étroite de savoir si l'obligation de préparer une politique climatique adoptée dans une loi climatique comme la LMOPK peut être interprétée comme créant des devoirs justiciables liés au contenu de cette politique climatique. La décision dans *Turp* ne fait que confirmer les prérogatives détenues par le pouvoir exécutif sur la conduite des affaires étrangères en droit constitutionnel canadien, y compris en ce qui concerne la décision de se retirer des accords internationaux dans le domaine des changements climatiques.

¹⁹⁰ *Id.*, par. 28.

¹⁹¹ *Id.*, par. 31.

Les questions sont considérées comme non justiciables lorsqu'elles «mettent en cause des considérations morales et politiques qu'il n'est pas du ressort des tribunaux d'évaluer»¹⁹². Évidemment, la mise en place d'un plan ou d'un règlement sur les changements climatiques aura d'importantes considérations politiques et économiques, mais dans l'affaire *Ami(e)s de la Terre*, le requérant ne demande pas à la cour d'évaluer le bien-fondé d'un tel instrument, seulement sa légalité¹⁹³. Il y a un risque évident pour la primauté du droit advenant que les juges refusent de vérifier si le gouvernement a agi en conformité avec la loi simplement parce que sa mise en œuvre implique des considérations scientifiques et politiques.

B. Litiges fondés sur les droits de la personne

Finalement, notre analyse de la souplesse interprétative du droit constitutionnel canadien se termine avec les litiges climatiques fondés sur les droits de la personne. Le nombre croissant de recours intentés, depuis 2018, alléguant des violations des droits de la personne démontre une nouvelle tendance dans la lutte aux changements climatiques¹⁹⁴. Pour contester le régime climatique canadien, les demandeurs et demandresses doivent alléguer que les droits constitutionnels existants comportent une dimension environnementale, ou moins probable, qu'un droit indépendant à un environnement sain devrait être reconnu par les tribunaux¹⁹⁵. Dans les deux cas, une interprétation flexible de la Constitution canadienne est nécessaire pour accommoder cette conception novatrice des droits fondamentaux. Le virage vers les droits de la personne au Canada s'appuie sur la jurisprudence étrangère, notamment les affaires *Urgenda* aux Pays-Bas¹⁹⁶, *Leghari* au Pakistan¹⁹⁷, *Future Generations* en Colombie¹⁹⁸, *Neubauer* en

¹⁹² *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, par. 52 (ci-après «*Operation Dismantle*»).

¹⁹³ Colin FREASBY, David DE VLIETTER et Matthew HUYS, «Climate Change and the Right to a Healthy Environment in the Canadian Constitution», (2020) 58-2 *Alta. L. Rev.* 213, 230.

¹⁹⁴ Paule HALLEY et Michel BÉLANGER, «Rétrospective du contentieux climatique canadien», (2020) 45-3 *R.J.E.* 484, 490.

¹⁹⁵ L. COLLINS, préc., note 44, 524.

¹⁹⁶ *Urgenda*, préc., note 10, par. 5.10.

¹⁹⁷ Lahore High Court, 25 janvier 2018, *Leghari c. Federation of Pakistan*, 2018, No 25501/2015 (ci-après «*Leghari*»).

¹⁹⁸ *Future Generations*, préc., note 11.

Allemagne¹⁹⁹, *Greenpeace Nordic Ass'n* en Norvège et *Juliana* aux États-Unis²⁰⁰.

Au Canada, cinq litiges climatiques fondés sur les droits de la personne ont été déposés, au moins en partie, au nom d'enfants et de jeunes depuis 2019. Ensemble, ils représentent la montée en importance des enjeux de droits de la personne dans les litiges climatiques et reflètent le rôle croissant des enfants et des jeunes dans la défense du climat. Les litiges climatiques canadiens font face à des obstacles procéduraux similaires aux affaires étrangères, notamment concernant leur justiciabilité, avec un succès encore incertain. Nous débuterons par une brève présentation de ces cinq affaires avant d'examiner de quelle façon l'interprétation du droit constitutionnel se différencie entre les juges et l'apport potentiel de la doctrine de l'arbre vivant.

1. *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*

En novembre 2019, Environnement Jeunesse (EnJeu) a intenté une action collective devant la Cour supérieure du Québec au nom de tous les citoyennes québécoises et citoyens québécois âgés de 35 ans et moins contre le gouvernement du Canada pour inaction climatique. EnJeu soutient que i) la décision du gouvernement canadien d'adopter des objectifs climatiques inadéquats qui sont susceptibles d'entraîner un réchauffement climatique dépassant le seuil de 2 degrés et ii) ses échecs répétés à atteindre ces objectifs sont « grossièrement inadquat[s], irresponsable[s], négligent[s] et fautif[s] »²⁰¹. En ne mettant pas en place les mesures nécessaires pour limiter le réchauffement climatique, EnJeu allègue que le Canada a violé les droits fondamentaux des jeunes, y compris leur droit à la vie et à la sécurité en vertu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et de l'article 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²⁰² du Québec; leur droit de vivre dans un milieu sain où la biodiversité est préservée en vertu de l'article 46.1 de la *Charte québécoise*; et leur droit à l'égalité en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne* et de l'article 10 de la *Charte québécoise*. EnJeu demande à la Cour d'ordonner au Canada de « cesser ses

¹⁹⁹ *Neubauer*, préc., note 11.

²⁰⁰ *Juliana*, préc., note 13.

²⁰¹ *Environnement Jeunesse c. Procureur général du Canada*, 2019 QCCS 2885, par. 13 (ci-après « *Environnement Jeunesse* »).

²⁰² *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

atteintes aux droits fondamentaux des membres du groupe » ainsi que des mesures punitives, qui prendraient la forme de « mesures réparatrices pour contribuer à freiner le réchauffement climatique, ainsi que toute autre réparation que le Tribunal estime qu'il serait approprié d'imposer au Canada pour assurer le respect des droits fondamentaux des membres du groupe putatif »²⁰³.

Cette affaire a donné lieu à une décision sur l'autorisation de l'action collective intenté par EnJeu. Dans sa décision, le juge Morrison a déclaré que « la composition du groupe doit justifier l'action collective en comparaison avec les actions individuelles, le législateur québécois voulant faciliter l'accès à la justice en évitant la redondance procédurale »²⁰⁴. Bien qu'il ait reconnu le caractère urgent de la protection de l'environnement comme « une valeur fondamentale au sein de la société canadienne »²⁰⁵ et que « la mission et les objectifs de Jeunesse sont admirables sur le plan sociopolitique »²⁰⁶, le juge Morrison a conclu que l'importance de la question ne pouvait pas justifier en soi l'autorisation de l'action collective.

Alors qu'EnJeu a expliqué que les plus jeunes résidents et résidentes du Québec sont ceux et celles qui souffriraient le plus des effets des changements climatiques, enfreignant de manière disproportionnée leurs droits de la personne, le juge Morrison a conclu qu'EnJeu n'avait pas fourni de motifs factuels ou rationnels suffisants pour justifier sa catégorie proposée²⁰⁷. Concernant la limite supérieure du groupe, le juge Morrison a déclaré que la limite de 35 ans était « arbitraire » et donc inappropriée²⁰⁸. Le juge Morrison a demandé : « [P]ourquoi choisir 35 ans ? Pourquoi pas 20, 30 ou 40 ans ? Pourquoi pas 60 ans ? »²⁰⁹. Quant à la limite inférieure, le juge Morrison a également remarqué que l'âge de la majorité au Québec est de 18 ans et que les membres du groupe devraient être âgés d'au moins 18 ans pour ne pas impliquer les enfants ou imposer un fardeau indésirable à leurs parents²¹⁰. Ce dernier constat est particulièrement curieux compte tenu des nombreuses actions collectives autorisées au Québec qui incluent

²⁰³ *Environnement Jeunesse*, préc., note 201, par. 3.

²⁰⁴ *Id.*, par. 30.

²⁰⁵ *Id.*, par. 108.

²⁰⁶ *Id.*, par. 136.

²⁰⁷ *Id.*, par. 117.

²⁰⁸ *Id.*, par. 123.

²⁰⁹ *Id.*, par. 119.

²¹⁰ *Id.*, par. 133.

des mineurs et des mineures²¹¹. Enfin, le juge Morrison a déclaré qu'une action collective était une procédure inutile et inappropriée en l'espèce étant donné qu'«une simple demande par une seule personne aurait les mêmes effets pour tous les résidents québécois, sinon canadiens»²¹².

Dans sa décision, le juge Morrison a aussi abordé la justiciabilité *prima facie* des arguments présentés par EnJeu. Tout en notant que ces arguments semblent s'adresser à l'exécutif du gouvernement, il a estimé que «lorsqu'il s'agit d'une prétendue violation des droits garantis par la Charte canadienne, un tribunal ne devrait pas décliner sa compétence sur la base de la doctrine de justiciabilité»²¹³ et qu'une cour ne devrait pas refuser de statuer à cause d'incidences ou du contexte politique du litige²¹⁴. Le juge Morrison a déterminé «que la doctrine de justiciabilité ne représente pas, en l'espèce, un obstacle à l'autorisation de l'action collective qu'EnJeu cherche à exercer»²¹⁵.

EnJeu a fait appel de la décision du juge Morrison et le gouvernement fédéral a également remis en question les conclusions du juge Morrison relatives à la justiciabilité du recours. Dans un jugement rendu en décembre 2021, la Cour d'appel du Québec a rejeté l'appel d'EnJeu²¹⁶. Dans un premier temps, la Cour a conclu que le juge Morrison avait commis une erreur de droit en concluant à la justiciabilité du recours. Les juges de la Cour d'appel sont d'avis que les arguments d'EnJeu «demandent essentiellement aux tribunaux de constater l'inaction du gouvernement et de lui donner l'obligation de légiférer afin de mettre en place des mesures susceptibles de mener à une réduction des émissions de GES pour donner effet aux engagements internationaux du Canada»²¹⁷. Ainsi, la Cour d'appel a déterminé que les gouvernements étaient mieux placés que les tribunaux

²¹¹ *A c. Watch Tower Bible and Tract Society of Canada*, 2019 QCCS 729, par. 127-131, 151; *Coalition contre le bruit c. Shawinigan (Ville de)*, 2012 QCCS 5574, par. 25-32; *Major c. Zimmer inc.*, 2016 QCCS 3093, par. 64; *Pontbriand c. Québec (Procureur général)*, 2004 CanLII 16852 (QC C.S.), par. 1,16; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211.

²¹² *Environnement Jeunesse*, préc., note 201, par. 141.

²¹³ *Id.*, par. 56.

²¹⁴ *Id.*, par. 58.

²¹⁵ *Id.*, par. 87.

²¹⁶ *Environnement Jeunesse c. Canada*, 2021 QCCA 1871 (ci-après «*Environnement Jeunesse 2021*»).

²¹⁷ *Id.*, par. 32.

pour trouver les solutions appropriées aux défis de la crise climatique, en raison du rôle que doivent jouer les provinces dans la réduction des GES et de l'évaluation d'une multitude de facteurs scientifiques, économiques et sociaux²¹⁸. Dans un deuxième temps, la Cour a partiellement donné raison, en *obiter*, au juge Morrison quant à la composition du groupe proposé par EnJeu, la jugeant arbitraire dans la mesure où une atteinte à l'égalité ne puisse être retenue²¹⁹.

Nous reviendrons sur les conclusions concernant la justiciabilité dans la section B.6. À ce stade, nous nous en tenons à noter que l'analyse concernant la composition du groupe dans ces deux jugements semble en contradiction avec l'approche libérale adoptée envers l'autorisation des actions collectives en droit civil québécois²²⁰. Tel que l'explique le juge Kasser dans l'affaire *Sibiga*, au stade de l'autorisation d'une action collective, il suffit de démontrer qu'un groupe n'est pas inutilement large²²¹. Cela signifie, comme l'explique le juge McLachlin dans l'affaire *Hollick*, « qu'on ne pourrait lui donner une définition plus étroite sans exclure arbitrairement des personnes ayant le même intérêt dans le règlement de la question commune »²²². Or, puisque le recours d'EnJeu est justement fondé sur une atteinte au droit à l'égalité des jeunes, il est tout à fait logique que le groupe soit défini comme regroupant les jeunes. Au contraire, il est tout à fait paradoxal de suggérer qu'une action collective fondée sur la discrimination envers la jeunesse exclut arbitrairement des individus qui sont plus âgés. Un exemple éloquent des impacts disproportionnés de la crise climatique pour les jeunes est le phénomène de l'écoanxiété, qui est particulièrement présent chez les jeunes²²³, en comparaison aux adultes plus âgés.

En outre, l'analyse du juge Morrison est également incompatible avec les conclusions des recherches scientifiques sur les impacts des changements

²¹⁸ *Id.*, par. 35.

²¹⁹ *Id.*, par. 44.

²²⁰ Voir par exemple *Vivendi Canada inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1 ; *Asselin c. Desjardins Cabinet de services financiers inc.*, 2017 QCCA 1673.

²²¹ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299, par. 137.

²²² *Hollick c. Toronto (City of)*, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 21.

²²³ S. CLAYTON, C. M. MANNING, M. SPEISER, M. et A. HILL, *Mental Health and Our Changing Climate: Impacts, Inequities, and Responses*, Washington D.C., American Psychological Association, 2021, p. 6.

climatiques sur la santé physique et mentale des enfants²²⁴ ainsi qu'avec les décisions adoptées par les États au sein de la CCNUCC et du *Conseil des droits de l'homme des Nations Unies*, qui reconnaissent que les enfants sont l'un des groupes dont les droits sont et seront affectés de manière disproportionnée par les effets des changements climatiques²²⁵. À titre d'exemple, en comparaison avec les adultes, les enfants ont une capacité réduite de thermorégulation et sont donc plus vulnérables lors des vagues de chaleur²²⁶, lesquelles deviendront plus nombreuses et plus intenses en raison des changements climatiques. D'ailleurs, les dangers particuliers que posent la chaleur accablante pour les enfants sont même reconnus dans les consignes de santé publique émises par Santé Canada²²⁷.

La vulnérabilité accrue des enfants aux impacts climatiques n'a que peu à voir avec le fait qu'ils en subiront les effets « plus longtemps »²²⁸, comme le suggère la Cour d'appel, mais découle de leur vulnérabilité physique intrinsèque et de leur dépendance sur les adultes²²⁹. Ainsi, même si la Cour a conclu que les jeunes adultes ne peuvent démontrer qu'ils sont plus affectés par la crise climatique que d'autres adultes, ce raisonnement ne peut définitivement pas tenir pour les enfants. Dans ce contexte, plutôt que

²²⁴ Voir à ce sujet : Susie E.L. BURKE, Ann V. SANSON et Judith VAN HOORN, « The Psychological Effects of Climate Change on Children », (2018) 35 *Curr. Psychiatry Rep.* 20; Kristie L. EBI et Jerome A. PAULSON, « Climate change and children », (2007) 54-2 *Pediatr. Clin. N. Am.* 213. Pour un aperçu des principales conclusions relatives aux conséquences des changements climatiques pour les droits des enfants, voir Elizabeth D. GIBBONS, « Climate Change, Children's Rights, and the Pursuit of Intergenerational Climate Justice », (2014) 16-1 *Health Hum. Rights* 1, 1-18; HAUT-COMMISSAIRE DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME, *Étude analytique sur la relation entre les changements climatiques et le plein exercice effectif des droits de l'enfant*, Doc. off. CDH NU, 2017, Doc N.U. A/HRC/35/13.

²²⁵ Voir par exemple, *Accord de Paris*, préc., note 74; *Droits de l'homme et changements climatiques*, Rés CDH 32, Doc. off. CDH NU, 32^e sess., Doc. N.U. A/HRC/RES/32/33 (2016).

²²⁶ Zhiwei XU *et al.*, « The impact of heat waves on children's health: a systematic review », (2014) 58-2 *Int. J. Biometeorol* 239.

²²⁷ SANTÉ CANADA, « Gardez les enfants à l'abri de la chaleur! Protégez votre enfant de la chaleur accablante », en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/sante-canada/services/publications/vie-saine/gardez-enfants-abri-chaleur-accablante.html>> (consulté le 22 juin 2022).

²²⁸ *Environnement Jeunesse 2021*, préc., note 216, par. 43.

²²⁹ K. EBI et J. PAULSON, préc., note 224.

rejeter la demande en autorisation, le remède approprié aurait été de restreindre le groupe aux enfants seulement²³⁰. En effet, étant donné le rôle important que doit jouer l'action collective dans l'accès à la justice, la redéfinition du groupe par le tribunal sur une base plus étroite est généralement préférable au refus de l'autorisation²³¹.

2. *La Rose c. Canada*

Dans *La Rose*, un groupe de jeunes de 10 à 18 ans a déposé une plainte devant la Cour fédérale pour obtenir des déclarations selon lesquelles le gouvernement du Canada avait violé leurs droits garantis en vertu des articles 7 et 15 de la Charte²³² ainsi que l'obligation « to protect the integrity of common natural resources that are fundamental to sustaining human life and liberties » en vertu de la common law et du principe constitutionnel non écrit de la fiducie d'intérêt public²³³. Il a allégué que « [d]espite knowing for decades that GHG emissions cause climate change and disproportionately harm children, the defendants continue to cause, contribute to and allow GHG emissions that are incompatible with a stable climate capable of sustaining human life and liberties »²³⁴. La Rose a demandé une ordonnance exigeant que le gouvernement développe et mette en œuvre « an enforceable plan that is consistent with Canada's fair share of the global carbon budget necessary to achieve GHG emissions reductions consistent with the protection of public trust resources subject to federal jurisdiction and the plaintiffs' constitutional rights »²³⁵.

En 2020, le juge Manson a accueilli une requête en radiation présentée par le gouvernement fédéral jugeant que la déclaration de La Rose ne révélait aucune cause d'action valable. Concernant l'allégation de violations fondées sur la Charte, le juge Manson a conclu qu'en reprochant « un nombre

²³⁰ *Sibiga c. Fido Solutions inc.*, 2016 QCCA 1299, par. 137.

²³¹ Pierre-Claude LAFOND, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 152.

²³² *La Rose c. Canada*, 2020 CF 1008, par. 6, déclaration du demandeur, en ligne : *Climate Case Chart* <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20191025_T-1750-19_complaint.pdf> (consulté le 22 juin 2022).

²³³ *Id.*, par. 7.

²³⁴ *Id.*, par. 3.

²³⁵ *Id.*

trop vaste et indéterminable d'actions et d'inactions»²³⁶, la demande était injusticiable et ne permettait pas de démontrer une violation en vertu des articles 7 et 15 de la Charte²³⁷. Pour le juge, l'affaire se différencie de la décision dans *Environnement Jeunesse* en raison de «l'ampleur des comportements reprochés»²³⁸. Le juge a conclu qu'il devait rejeter les allégations fondées sur un «nombre trop vaste et indéterminable d'actions et d'inactions»²³⁹ avec un caractère «diffus et illimité»²⁴⁰. De plus, le juge a considéré que les remèdes sollicités dépassaient les capacités de la Cour et enfrenaient la séparation des pouvoirs en imposant un contrôle des fonctions législatives et exécutives²⁴¹. Cependant, le juge a refusé de fonder la radiation sur le fait que La Rose ait allégué l'existence de droits positifs contenus à l'article 7, puisque la jurisprudence a reconnu que ce développement était envisageable «à l'intérieur des limites naturelles du texte»²⁴².

Quant à l'allégation fondée sur la fiducie d'intérêt public en common law ou en tant que principe constitutionnel non écrit, le juge Manson n'y a pas vu de problème de justiciabilité malgré son caractère inédit²⁴³, mais a considéré qu'elle ne révélait aucune cause d'action valable puisque cette doctrine n'existe pas en droit canadien dans la forme alléguée par La Rose²⁴⁴. En ce sens, le juge Manson a limité l'application de la doctrine, telle que commentée par la Cour suprême dans l'affaire *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd*²⁴⁵, au «droit de la Couronne dans le contexte d'une action en responsabilité civile délictuelle»²⁴⁶. Les jeunes ont porté la décision en appel à la Cour d'appel fédérale²⁴⁷.

²³⁶ *La Rose c. Canada*, 2020 CF 1008, par. 40 (ci-après «*La Rose*»).

²³⁷ *Id.*, par. 40, 62.

²³⁸ *Id.*, par. 47 (le juge indique aussi ne pas être lié par la décision de la Cour supérieure).

²³⁹ *La Rose*, préc., note 236, par. 40.

²⁴⁰ *Id.*, par. 63.

²⁴¹ *Id.*, par. 54.

²⁴² *Id.*, par. 72.

²⁴³ *Id.*, par. 58.

²⁴⁴ *Id.*, par. 93.

²⁴⁵ *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, par. 81-82.

²⁴⁶ *La Rose*, préc., note 236, par. 89.

²⁴⁷ *La Rose c. Canada*, 2020, No A-Z89-Z0 (T-1750-19), avis d'appel, en ligne: *Climate Case Chart* <http://blogs2.law.columbia.edu/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20201124_T-1750-19_appeal.pdf> (consulté le 23 juin 2022).

3. *Mathur c. Ontario*

Dans *Mathur*, un groupe de jeunes a déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour supérieure de l'Ontario contre la décision du gouvernement de l'Ontario de fixer un objectif de réduction de ses émissions de GES de 30 % sous les niveaux de 2005 d'ici 2030, une cible qui n'est pas cohérente avec la science du climat et l'objectif de l'*Accord de Paris*²⁴⁸. Ce faisant, les jeunes ont spécifiquement soutenu que le droit à la vie en vertu de la Charte comprend le droit à un système climatique stable qui peut soutenir la vie des jeunes et des générations futures. Ils ont, entre autres, sollicité des déclarations selon lesquelles la cible de l'Ontario viole leurs droits en vertu des articles 7 et 15 de la Charte, une ordonnance annulant l'abrogation d'une précédente loi sur le climat qui a rendu possible l'adoption de cette cible inadéquate et une ordonnance mandatant au gouvernement de l'Ontario d'établir un nouvel objectif de réduction des émissions de GES conforme à sa part des émissions mondiales et suffisant pour limiter le réchauffement planétaire à 1,5 degré au-dessus des températures pré-industrielles²⁴⁹.

À peine quelques mois après la publication de la décision *La Rose*, la juge Brown a conclu que l'affaire *Mathur* pouvait aller de l'avant en rejetant la demande du gouvernement ontarien de radier l'affaire parce qu'elle ne révélerait aucune cause d'action. En énonçant la justiciabilité de l'affaire, la juge Brown a indiqué que contrairement à *La Rose* qui contestait «Canada's overall approach to climate policy», *Mathur* visait des «policy decisions that were translated into» «very specific governmental actions and legislation»²⁵⁰. De plus, contrairement à la décision *La Rose*, la juge Brown a considéré que, advenant une violation avérée des droits constitutionnels, la Cour aurait la capacité de limiter l'intrusion des remèdes dans la séparation des pouvoirs comme le démontre l'affaire *Khadr*²⁵¹. Finalement, la juge Brown a conclu que, dans les circonstances appropriées, les tribunaux pourraient reconnaître une obligation constitutionnelle positive de garantir la

²⁴⁸ *Mathur c. Ontario*, 2020 ONSC 6918, avis de requête, en ligne : *Climate Case Chart* <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2019/20191125_CV-19-00631627_complaint.pdf> (consulté le 23 juin 2022).

²⁴⁹ *Id.*, par. 8.

²⁵⁰ *Mathur c. Ontario*, 2020 ONSC 6918, par. 132 (ci-après «*Mathur*»).

²⁵¹ *Id.*, par. 255; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3.

stabilité du système climatique²⁵². Il s'agit donc du premier, et pour le moment du seul, litige climatique fondé sur les droits de la personne qui sera entendu sur le fond au Canada.

4. *Raincoast Conservation Foundation c. Canada*

En 2019, un groupe de quatre *Climate Strikers* âgés de 13 à 18 ans a poursuivi le gouvernement fédéral alléguant que le processus d'approbation et la décision d'autoriser l'agrandissement de l'oléoduc *Trans Mountain* portaient atteinte à leurs droits en vertu des articles 7 et 15 de la Charte²⁵³. Le groupe a demandé à la Cour fédérale d'autoriser sa demande de contrôle judiciaire du décret de la gouverneure en conseil permettant le projet²⁵⁴. En 2018, la Cour d'appel fédérale avait déjà annulé un précédent décret pour motif que l'Office national de l'énergie (ONE) n'avait pas pris en considération l'impact du transport maritime et n'avait pas adéquatement acquitté son obligation de consulter les peuples autochtones et les Premières Nations²⁵⁵. Cette fois, les *Climate Strikers* ont soutenu que, compte tenu de la quantité de GES émis par le projet, l'ONE et la gouverneure en conseil avaient l'obligation de considérer ses impacts sur les droits des jeunes²⁵⁶. Plus spécifiquement, les principes de justice fondamentale prévus à l'article 7 de la Charte exigeraient i) une évaluation complète et la prise en compte des impacts sur la santé, la sécurité et la psychologie, ii) l'évaluation du projet par un décideur ou une décideuse impartiale, iii) l'application du principe de précaution aux décisions qui pourraient affecter négativement leur santé, sécurité ou bien-être et iv) la consultation du public²⁵⁷. Ensuite, le groupe a allégué qu'en n'évaluant pas les impacts disproportionnés des changements climatiques sur les jeunes et en priorisant plutôt les revenus financiers du projet, le gouvernement avait agi de manière discriminatoire au sens de l'article 15 de la Charte²⁵⁸. Finalement, pour

²⁵² *Id.*, par. 233.

²⁵³ *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, par. 1. Voir le mémoire des faits et du droit du demandeur en ligne, par. 1: *Youth Stop TMX* <https://e59c2e6b-4d0e-4228-856e-c4330bcea8a7.filesusr.com/ugd/2f422a_f5036372ae7544a0ab01c826370f3f1e.pdf> (consulté le 23 juin 2022) (ci-après «*Raincoast* mémoire»).

²⁵⁴ *Id.*, par. 30.

²⁵⁵ *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 153.

²⁵⁶ *Raincoast* mémoire, préc., note 253, par. 35.

²⁵⁷ *Id.*, par. 69-75.

²⁵⁸ *Id.*, par. 81.

établir le lien de causalité nécessaire entre l'État et les impacts des changements climatiques, les jeunes ont rappelé que le gouvernement était devenu propriétaire de l'oléoduc pour en assurer l'agrandissement²⁵⁹ et que les cours étrangères ont déjà reconnu la responsabilité des États dans la réduction des GES sur leur territoire²⁶⁰.

Afin de simplifier les procédures, la Cour d'appel fédérale a réuni les requêtes en autorisation de douze parties cherchant à contester l'approbation du projet dans l'affaire *Raincoast Conservation Foundation c. Canada*. Le juge Stratas a autorisé les requêtes de six groupes autochtones et des Premières Nations, mais a refusé celle des *Climate Strikers*²⁶¹. Selon le juge Stratas, leur demande fondée sur la Charte et les émissions de GES ne pouvait pas être autorisée puisqu'elle portait sur des questions « qui auraient pu être soulevées dans l'instance précédente [en 2018], mais ne l'ont pas été »²⁶². Les « doctrines de *res judicata*, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'abus de procédure [...] interdisent aux parties de faire valoir des arguments dans une instance ultérieure qui avaient déjà été présentés et débattus dans une instance précédente ou auraient pu l'être »²⁶³. En plus des obstacles procéduraires, le juge a indiqué que « rien n'étaye les prétentions des demandeurs fondées sur la Charte »²⁶⁴ et que la Cour se doit d'accorder une « déférence considérable » à la gouverneure en conseil qui devait balancer les considérations environnementales et économiques du projet²⁶⁵. La Cour suprême a rejeté la demande d'autorisation d'appel des *Climate Strikers*²⁶⁶.

5. *Misdzi Yikh c. Canada*

Finalement, *Misdzi Yikh c. Canada* est le dernier litige climatique d'intérêt fondé sur les droits de la personne au Canada. Il a été mis de l'avant par deux chefs héréditaires de la Première Nation Wet'suwet'en (les Dini

²⁵⁹ *Id.*, par. 45.

²⁶⁰ *Id.*, par. 61.

²⁶¹ *Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 224, par. 71.

²⁶² *Id.*, par. 28.

²⁶³ *Id.*, par. 24.

²⁶⁴ *Id.*, par. 70.

²⁶⁵ *Id.*, par. 44.

²⁶⁶ *Olivier Adkin-Kaya, et al. c. Procureur général de(du) Canada, et al.*, 2020 CanLII 17606 (CSC).

Ze') qui ont allégué que l'État canadien avait violé les droits de leurs communautés en vertu des articles 7 et 15 de la Charte ainsi que son obligation d'adopter des lois pour maintenir la paix, l'ordre et le bon gouvernement (POBG) en vertu de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²⁶⁷. Concrètement, ils ont allégué qu'en permettant l'émission de GES au-dessus des cibles de l'*Accord de Paris*, le Canada avait violé leurs droits à la vie, à la sécurité et à la liberté par l'augmentation des risques de morts prématurées, de blessures et de maladies et la limitation de leur liberté de choisir où vivre²⁶⁸. Selon les Dini Ze', ce régime législatif est aussi discriminatoire en raison des effets négatifs disproportionnés des changements climatiques pour les jeunes et les générations futures. Ceci est particulièrement le cas pour les jeunes autochtones de leurs communautés puisque « [s]uch disproportionate deprivations will perpetuate the trauma caused by existing and historical attempts by the defendant to subjugate the plaintiffs' identity, culture, laws and practices »²⁶⁹. Finalement, les Dini Ze' ont proposé une interprétation novatrice de la POBG qui imposerait « a positive obligation on the defendant to pass laws that ensure that Canada's GHG emissions are [...] consistent with its constitutional duty to the plaintiffs and with its international commitment »²⁷⁰. Les Dini Ze' ont réclamé une grande variété de remèdes « y compris des ordonnances déclaratoires, des ordonnances contraignantes et des ordonnances de surveillance » afin de réduire les émissions de GES du Canada, d'amender la législation concernant l'évaluation environnementale des projets à larges émissions et d'élaborer un budget carbone canadien²⁷¹.

Dans l'affaire *Misdzi Yikh*, la juge McVeigh a radié la demande des chefs Wet'suwet'en en concluant qu'elle n'était pas justiciable et qu'elle ne comportait aucune cause d'action raisonnable²⁷². D'abord, concernant les allégations fondées sur la Charte, la juge a indiqué que les questions politiques sont généralement plus appropriées pour la branche exécutive et qu'il est « difficile d'imaginer une question qui soit plus politique que celle

²⁶⁷ *Misdzi Yikh c. Canada*, 2020 CF 1059, par. 11 (ci-après « *Misdzi Yikh* »).

²⁶⁸ *Misdzi Yikh c. Canada*, 2020 CF 1059, par. 88, déclaration du demandeur, en ligne : *Climate Case Chart* <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200210_NA_complaint.pdf> (consulté le 23 juin 2022) (ci-après « *Misdzi Yikh* déclaration »).

²⁶⁹ *Id.*, par. 93.

²⁷⁰ *Id.*, par. 85.

²⁷¹ *Misdzi Yikh*, préc., note 267, par. 6, 15.

²⁷² *Id.*, par. 8, 104.

des changements climatiques»²⁷³. Cependant, elle a ajouté que «le fait qu'il s'agisse d'une question politique ne signifie pas qu'aucun aspect juridique ne pourra la rendre justiciable»²⁷⁴, particulièrement lorsqu'il est question de potentielles violations des droits constitutionnels. Tout de même, la juge a décidé que, dans le cas en l'espèce, les allégations de violations ne visaient «toutefois aucune loi spécifique ou mesure prise par l'État»²⁷⁵. Similairement à l'analyse du juge Manson dans *La Rose*, la juge McVeigh a conclu que les allégations sont injusticiables en raison de l'ampleur et de l'imprécision des actions et des lois contestées²⁷⁶. Cette ambiguïté nuit aussi à la justiciabilité des remèdes proposés par les Dini Ze²⁷⁷ et rend pratiquement impossible l'établissement d'un lien de causalité entre le gouvernement canadien et les impacts des changements climatiques²⁷⁸.

Ensuite, concernant l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la juge a été catégorique qu'«[o]n ne peut invoquer d'obligations internationales pour imposer au gouvernement fédéral une obligation positive en matière de paix, d'ordre de bon gouvernement du Canada. Le pouvoir de faire des lois concernant la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada n'a jamais été utilisé de cette manière, et le libellé de la loi fait en sorte que cette tentative inédite ne saurait prospérer»²⁷⁹. De plus, une telle interprétation de l'article 91 imposerait, elle aussi, de dicter quelles lois le Parlement doit adopter, ce qui contreviendrait au rôle des tribunaux et serait donc injusticiable²⁸⁰. Les Dini Ze' ont fait appel de la décision de radiation à la Cour d'appel fédérale²⁸¹.

²⁷³ *Id.*, par. 19.

²⁷⁴ *Id.*, par. 20.

²⁷⁵ *Id.*, par. 50.

²⁷⁶ *Id.*, par. 55.

²⁷⁷ *Id.*, par. 65-70.

²⁷⁸ *Id.*, par. 90-91.

²⁷⁹ *Id.*, par. 46.

²⁸⁰ *Id.*, par. 47.

²⁸¹ *Misdzi Yikh c. Canada*, 2020 CF 1059, mémoire des faits et du droit des appelants, en ligne: *Climate Case Chart* <http://climatecasechart.com/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2021/20210430_NA_na-1.pdf> (consulté le 23 juin 2022).

6. Justiciabilité et litiges climatiques fondés sur les droits de la personne

Dans le contexte de la lutte contre les changements climatiques, les litiges fondés sur les droits de la personne offrent une opportunité singulière de protéger les plus vulnérables à travers la garantie des droits à la vie, la liberté, la sécurité ainsi qu'à l'égalité²⁸². Bien que le droit constitutionnel canadien contienne déjà les concepts et doctrines nécessaires pour aller de l'avant avec ce type de recours, une interprétation flexible permettrait d'éviter certains des obstacles actuellement rencontrés par les requérants et requérantes. Plus concrètement, les notions de justiciabilité, de droits positifs, de discrimination indirecte et de lien de causalité nécessitent particulièrement d'être adaptés à la réalité climatique à travers la doctrine de l'arbre vivant.

Le concept de justiciabilité, et plus largement la question de la séparation des pouvoirs, est au cœur des litiges climatiques fondés sur les droits de la personne. Le critère de la justiciabilité « porte sur le rôle qui revient à la Cour dans le cadre constitutionnel du Canada »²⁸³ et permet de savoir « si la Cour dispose des attributions institutionnelles et de la légitimité requises pour trancher la question »²⁸⁴. Malgré l'importance de la justiciabilité, il n'existe pas de règles précises et universelles pour délimiter son application – les tribunaux doivent donc procéder à une analyse spécifique à chaque affaire, en agissant avec souplesse et tenant compte du contexte²⁸⁵. Nous avons déjà abordé comment la justiciabilité peut faire obstacle aux litiges climatiques dans le contexte de la LMOPK. Dans les affaires *Ami(e)s de la Terre* et *Turp*, les tribunaux étaient réticents à intervenir dans un débat politique partisan portant sur les privilèges de l'exécutif. Bien que les circonstances de ces deux recours étaient assez particulières, la réserve des juges à intervenir dans les questions politiques est encore bien réelle.

La justiciabilité des litiges climatiques est particulièrement controversée en raison des ramifications politiques et économiques inhérentes aux régimes climatiques ainsi que de l'envergure des remèdes nécessaires pour éviter la crise. L'affaire *Juliana* aux États-Unis l'illustre alors que la Cour

²⁸² N. CHALIFOUR, préc., note 41, p. 91.

²⁸³ *La Rose*, préc., note 236, par. 27.

²⁸⁴ *Id.*, par. 29.

²⁸⁵ *Highwood Congregation of Jehovah's Witnesses (Judicial Committee) c. Wall*, 2018 CSC 26, par. 34.

d'appel fédérale du neuvième circuit a conclu que Juliana n'avait pas la qualité pour agir puisque les violations alléguées nécessiteraient des remèdes au-delà du pouvoir judiciaire, qui relèvent des branches législative et exécutive²⁸⁶. Dans cette affaire, un groupe de jeunes avait intenté une poursuite contre le gouvernement américain alléguant que ses actions et inactions climatiques avaient notamment violé leurs droits constitutionnels²⁸⁷. Comme l'a indiqué le juge McVeigh au Canada, « [i]l est difficile d'imaginer une question qui soit plus politique que celle des changements climatiques »²⁸⁸. Pourtant, les juges ont la responsabilité de veiller à ce que l'État respecte les droits constitutionnels des Canadiennes et Canadiens dans le domaine climatique comme dans les autres.

Au Canada, il y a un consensus chez les juges voulant que, dans le contexte d'une violation alléguée à la Charte, l'exigence de justiciabilité soit interprétée d'une manière plus restreinte afin de respecter la suprématie constitutionnelle, et ce, même lorsqu'une cause aborde des questions de nature politique²⁸⁹. Dans sa décision, le juge Morrison a rappelé que le Parlement et l'exécutif sont sujets à la Charte et qu'il est de la responsabilité des juges d'en assurer l'application même dans les situations controversées ou politiques²⁹⁰. Déjà dans l'affaire *Ami(e)s de la Terre*, la Cour fédérale avait explicitement indiqué que sa décision sur la justiciabilité ne s'appliquait pas dans un contexte constitutionnel où l'empiètement dans les fonctions législatives et réglementaires peut être approprié²⁹¹. Malgré cela, certains juges semblent considérer que l'enjeu des changements climatiques demeure trop politique pour que le judiciaire intervienne même en cas de violations des droits fondamentaux. Par exemple, la juge McVeigh, dans l'affaire *Misdzi Yikh*, a conclu que « [m]ême si elle est sans aucun doute importante, la question des changements climatiques est foncièrement politique, et non juridique, et elle relève des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement »²⁹². La Cour d'appel du Québec souscrit également à ce raisonnement,

²⁸⁶ *Juliana*, préc., note 13, p. 25.

²⁸⁷ *Juliana c. United States*, No. 6:15-CV-01517-TC (2016), p. 2.

²⁸⁸ *Misdzi Yikh*, préc., note 267, par. 19.

²⁸⁹ Joanne CAVE, « Retreating to Justiciability: Drawing a Fine Line Between “Legal” and “Moral” Rights Questions », (2020) 10-2 *W.J.L.S.*, 11-12.

²⁹⁰ *Environnement Jeunesse*, préc., note 201, par. 58.

²⁹¹ *Ami(e)s de la Terre*, préc., note 178, par. 40. Voir aussi D. KLAUDT, préc., note 23, 193; P. HALLEY et M. BÉLANGER, préc., note 194, 487.

²⁹² *Misdzi Yikh*, préc., note 267, par. 77.

étant d'avis que « le pouvoir législatif est mieux placé pour soupeser les innombrables enjeux du réchauffement climatique »²⁹³.

Cette large déférence à l'État se réconcilie difficilement avec l'approche libérale généralement appropriée pour les allégations fondées sur l'article 24(1) de la Charte²⁹⁴. En effet, une approche trop restrictive aurait pour effet de soustraire un domaine important de la politique publique du contrôle judiciaire – ce qui est particulièrement problématique étant donné les risques liés aux changements climatiques et l'étendue des mesures gouvernementales nécessaires pour lutter contre ceux-ci. Dans *Mathur*, la juge Brown a rejeté l'argument de l'Ontario selon lequel « dealing with global climate change is an enormously complex issue unsuited to judicial review »²⁹⁵. La juge a plutôt débuté son analyse en indiquant que « the category of non-justiciable cases is very small »²⁹⁶ et a conclu que, lorsqu'une violation d'un droit protégé à la Charte est alléguée, « it is not only appropriate that we answer the question; it is our obligation under the Charter to do so », malgré les considérations socio-économiques qui y sont rattachées²⁹⁷.

Cette conclusion est partagée par un nombre grandissant de tribunaux à l'étranger. Dans *Greenpeace Nordic Ass'n c. Ministry of Petroleum and Energy*, la Cour d'appel de Borgarting en Norvège a notamment conclu que les changements climatiques devaient relever de la compétence des tribunaux :

Judicial review in this area might juridify topics that are at the centre of the political debate. In this case, this consideration comes to the fore, in that Norway's most important industry from a socio-economic perspective – the petroleum activities – and what many will believe is the most important environmental challenge the world is facing – climate change – are arrayed against each other. [...] In that regard... the environment is fundamental in the broadest sense for humans' living conditions, and when compared with other rights the courts have been assigned to protect, it does not seem unnatural to understand [...] that in this area [...] the courts must be able to set a limit on the Government's actions.²⁹⁸

²⁹³ *Environnement Jeunesse 2021*, préc., note 216, par. 33.

²⁹⁴ *Operation Dismantle*, préc., note 192, par. 64; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, par. 107.

²⁹⁵ *Mathur*, préc., note 250, par. 131.

²⁹⁶ *Id.*, par. 125.

²⁹⁷ *Id.*, par. 126.

²⁹⁸ *Greenpeace Nordic*, préc., note 12, p. 17.

De plus, dans l'affaire *Urgenda*, la Cour suprême des Pays-Bas a conclu que la nature exceptionnelle de la menace engendrée par la crise climatique justifiait l'intervention des tribunaux et non l'inverse²⁹⁹. Dans cette affaire, la Cour a ultimement déterminé que l'État avait violé les droits à la vie ainsi qu'à la vie privée et familiale, respectivement prévus aux articles 2 et 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme*³⁰⁰, en n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour réduire ses émissions de GES et protéger sa population contre les risques des changements climatiques³⁰¹. L'affaire a notamment attiré l'attention internationale puisque le plus haut tribunal du pays a constaté la justiciabilité des allégations en notant que le pouvoir décisionnel en matière de réduction des émissions de GES revenait à l'exécutif et au législatif, mais que les tribunaux avaient la responsabilité de vérifier que l'emploi de ce pouvoir demeurait dans les limites de la loi³⁰².

En pratique, les juges canadiens semblent avoir de la difficulté à adapter la notion de justiciabilité à la nature cumulative et diffuse des violations des droits fondamentaux découlant des changements climatiques³⁰³. Le rejet des affaires *La Rose* et *Misdzi* indique que les allégations visant l'ensemble d'un régime climatique, plutôt que certaines lois ou décisions précises comme dans *Mathur*, sont plus à risque d'être jugés non justiciables. Dans ces affaires, les juges Manson et McVeigh ont largement fondé leur refus sur la décision *Tanudjaja* de la Cour d'appel de l'Ontario, où la Cour avait indiqué que le « challenge to a particular law or particular application of such a law is an archetypal feature of Charter challenges under s. 7 and s. 15 »³⁰⁴. Pourtant cette même décision ouvrait la porte à la justiciabilité des litiges fondés sur « a network of government programs » lorsque « the issue may otherwise be evasive of review »³⁰⁵. Dans le contexte climatique, il semble bel et bien impraticable de tenir les gouvernements responsables sans évaluer l'ensemble des régimes climatiques. Effectivement, c'est à tra-

²⁹⁹ *Urgenda*, préc., note 10, par. 8.3.4.

³⁰⁰ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, (1955) 213 R.T.N.U. 221.

³⁰¹ *Id.*, par. 5.10.

³⁰² *Id.*, par. 8.3.2.

³⁰³ Nathalie CHALIFOUR, Jessica EARLE et Laura MACINTYRE, « Coming of Age in a Warming World: The Charter's Section 15 Equality Guarantee and Youth-Led Climate Litigation », (2021) 17-1 *J.L. & Equal.* 1, 41.

³⁰⁴ *Tanudjaja c. Canada (Attorney General)*, 2014 ONCA 852, par. 22 (ci-après « *Tanudjaja* »).

³⁰⁵ *Id.*, par. 29.

vers l'effet cumulatif de plusieurs décisions, lois et règlements que l'État canadien contribue aux changements climatiques³⁰⁶. En ce sens, un litige fondé sur une seule décision, aussi importante soit-elle, comme l'approbation d'un oléoduc dans l'affaire *Raincoast Conservation Foundation*, ne permettrait pas de remédier à l'ensemble de la violation.

Dans *Environnement Jeunesse 2021*, la Cour d'appel du Québec a également déclaré le recours intenté par les jeunes comme non justiciable parce qu'il ne contestait pas des dispositions précises de la LTPGES³⁰⁷. Pourtant, le recours d'EnJeu portait notamment sur une question beaucoup plus spécifique – l'insuffisance des cibles de réduction de GES établies par le Canada pour limiter l'augmentation du réchauffement planétaire. Si c'est réellement le cas que celles-ci doivent être inscrites dans une disposition précise d'une loi pour être justiciable, c'est maintenant le cas avec l'adoption récente de la *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*³⁰⁸. Dans l'affaire *Mathur*, le groupe de jeunes a contourné cet obstacle en identifiant une disposition spécifique d'une loi ontarienne qui encadrerait l'ensemble de la politique climatique de la province³⁰⁹. Dépendamment du contexte législatif, cette option ne sera pas toujours disponible. Afin de véritablement contrôler le respect des droits garantis par la Constitution, une approche contextualisée et cumulative est plus appropriée dans le contexte climatique.

Finalement, l'ampleur et la nature des remèdes revendiqués dans les litiges climatiques fondés sur les droits de la personne augmentent les risques qu'ils soient traités comme non justiciables³¹⁰. Effectivement, dans les affaires *La Rose* et *Misdzi Yikh*, les juges ont conclu que les réparations demandées iraient à l'encontre de la séparation des pouvoirs³¹¹. Selon les juges, il s'agirait d'une « immixtion dans les fonctions d'élaboration de politiques des organes exécutif et législatif » qui n'est pas légitime « dans le cadre de démocratie constitutionnelle du Canada »³¹². Pourtant, le droit canadien prévoit une importante discrétion aux juges dans la détermination des remèdes appropriés pour remédier à une violation des droits garantis par

³⁰⁶ N. CHALIFOUR, J. EARLE et L. MACINTYRE, préc., note 303, 41.

³⁰⁷ *Environnement Jeunesse 2021* préc., note 216, par. 27.

³⁰⁸ *Loi sur la responsabilité en matière de carboneutralité*, L.C. 2021, c. 22, art. 6.1 et 7(1)(2).

³⁰⁹ *Mathur*, préc., note 250, par. 31.

³¹⁰ Voir à ce sujet Kent ROACH, « Judicial Remedies for Climate Change », (2021) 17-1 *J.L. & Equal*. 105.

³¹¹ *La Rose*, préc., note 236, par. 50; *Misdzi Yikh*, préc., note 267, par. 74.

³¹² *Id.*, par. 50.

la Charte³¹³. Par exemple, dans l'affaire *Mathur*, la juge Brown a conclu que, comme la Cour suprême dans l'affaire *Khadr*, « it is possible for courts to avoid venturing into questions of public policy [...] by limiting the available remedy to declarations and by leaving it to the government to determine the best means forward »³¹⁴.

Pourtant, dans l'affaire *Environnement Jeunesse 2021*, la Cour d'appel a tout de même rejeté la requête en jugement déclaratoire, jugeant qu'elle amenait la Cour à s'immiscer dans la sphère du pouvoir législatif et que la « généralité des conclusions recherchées est si imprécise qu'elle ne donne aucune emprise à leur mise en œuvre par des ordonnances exécutoires »³¹⁵. La réticence de la Cour d'appel vis-à-vis l'utilisation d'un jugement déclaratoire dans ce dossier est problématique à plusieurs égards. En ce qui concerne le respect de la séparation des pouvoirs, la Cour suprême a statué dans l'affaire *Khadr* qu'un remède constitutionnel de nature déclaratoire permet justement aux tribunaux de limiter l'intrusion des juges dans les processus législatifs et exécutifs et d'ainsi fournir « à l'exécutif, le cadre juridique en vertu duquel il devra exercer ses fonctions et examiner les mesures qu'il conviendra de prendre »³¹⁶. Cette conclusion s'applique à la requête d'EnJeu puisque le remède ne vise pas à dicter comment le Canada devrait réduire ses émissions de gaz à effet de serre, mais seulement sur l'établissement d'une cible de réduction suffisante pour protéger les droits fondamentaux des jeunes du Québec et l'adoption d'un plan sérieux pour atteindre cette cible. En général, s'agissant de l'utilité d'un jugement déclaratoire, la Cour suprême est d'avis qu'il constitue une « forme efficace et souple de règlement des véritables litiges »³¹⁷ et qui est traditionnellement pris au sérieux par l'État lorsqu'il est fondé sur la Charte³¹⁸.

Cela dit, dans le contexte de l'urgence climatique, une interprétation libérale de la Charte justifierait un remède plus ambitieux que la simple déclaration d'une violation et pourrait prendre modèle sur les cours étrangères. Par exemple, dans l'affaire *Future Generations* en Colombie, la Cour suprême du pays a exigé que le gouvernement colombien et les gouverne-

³¹³ N. CHALIFOUR, J. EARLE et L. MACINTYRE, préc., note 303, 94.

³¹⁴ *Mathur*, préc., note 250, par. 257.

³¹⁵ *Environnement Jeunesse 2021*, préc., note 216, par. 42.

³¹⁶ *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, par. 46.

³¹⁷ *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595, 649.

³¹⁸ *Association des parents de l'école Rose-des-vents c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2015] 2 R.C.S. 139, par. 65.

ments locaux mettent en place des plans d'action pour prévenir la déforestation en Amazonie dans les mois suivant le jugement³¹⁹. Dans cette affaire, un groupe de jeunes Colombiennes et Colombiens avaient allégué que l'État violait leurs droits à un environnement sain, à la vie, à la santé, à la nourriture et à l'eau en ne respectant pas son engagement de mettre fin à la déforestation en Amazonie d'ici 2020³²⁰. La Cour a conclu que les droits fondamentaux étaient dépendants d'un environnement sain³²¹ et que la protection de l'Amazonie était une obligation nationale et internationale³²². Similairement, les tribunaux canadiens ont les outils nécessaires pour imposer à l'État de remédier à une violation constitutionnelle tout en lui accordant une large marge de manœuvre quant à la manière de respecter les obligations climatiques³²³.

Les progrès de la science climatique et le développement du concept de budget carbone permettent aux cours d'identifier un standard précis d'émission de GES à atteindre et d'en évaluer la progression sans s'immiscer dans le processus politique³²⁴. Les revendications dans *Misdzi Yikh*, *La Rose* et *Mathur* comprenaient justement l'établissement d'un budget carbone. Alors que le juge Manson y a vu une intervention inappropriée du pouvoir judiciaire dans les fonctions de politiques publiques³²⁵, le juge Brown a conclu qu'un budget carbone avait l'avantage d'offrir un standard objectif capable d'être scientifiquement prouvé³²⁶. Par exemple, le remède accordé dans l'affaire *Neubauer* en Allemagne s'orientait autour du budget carbone. Dans cette affaire, un groupe de jeunes a initié une action en justice alléguant que la cible de réduction des émissions de GES du pays était insuffisante pour garantir que les augmentations moyennes mondiales de la température resteraient bien en dessous de 2 degrés Celsius et, si possible, de 1,5 degré Celsius. Selon la Cour constitutionnelle fédérale, la quantité d'émissions de GES permise par la *Loi fédérale sur la protection du climat* posait un risque pour le droit à la liberté des générations futures en épuisant

³¹⁹ *Future Generations*, préc., note 11, p. 45.

³²⁰ *Id.*, 1.

³²¹ *Id.*, 13.

³²² *Id.*, 30.

³²³ Karinne LANTZ, « The Netherlands v Urgenda Foundation : Lessons for Using International Human Rights Law in Canada to Address Climate Change », (2020) 41 *W.R.L.S.I.* 145, 163.

³²⁴ N. CHALIFOUR, J. EARLE et L. MACINTYRE, préc., note 303, 40.

³²⁵ *La Rose*, préc., note 236, par. 55.

³²⁶ *Mathur*, préc., note 250, par. 96.

irréversiblement le budget carbone du pays, nécessitant l'imposition de restrictions proportionnellement plus strictes pour les droits dans le futur³²⁷. La Cour a donc invalidé les dispositions incompatibles de la loi et ordonné à l'État d'établir des cibles de réduction des émissions de GES ultérieures à 2031 qui permettraient d'atteindre la carboneutralité le plus rapidement possible sans déséquilibrer le budget carbone à la faveur des générations actuelles³²⁸.

De plus, les tribunaux canadiens pourraient maintenir leur compétence après avoir conclu à une violation afin de superviser le développement et l'application des remèdes à travers le dépôt de rapports gouvernementaux. Selon les juges McVeigh et Manson, un tel contrôle équivaudrait à donner à la cour le rôle « d'un organisme réglementaire ou de tribunal administratif »³²⁹ ou encore « de mener une enquête publique »³³⁰. Pourtant, cette réparation n'est pas complètement étrangère au Canada puisque la Cour Suprême reconnaît l'obligation de rendre compte comme un remède disponible à une violation constitutionnelle³³¹. L'affaire *Leghari* au Pakistan permet de constater l'effet d'un tel remède. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Lahore a conclu que le gouvernement du Pakistan avait violé les droits à la vie et à la dignité de la population pakistanaise en ne mettant pas en application la politique nationale sur les changements climatiques du pays. En ce qui concerne les remèdes, la Cour a d'abord mis en place une commission sur les changements climatiques afin d'encadrer l'application de la politique par le gouvernement³³². En maintenant son autorité sur l'affaire, la Cour a pu exiger un compte rendu des progrès et, une fois satisfaite, remplacer la commission par un comité permanent sur les changements climatiques³³³.

Ainsi, bien que les enjeux climatiques soient particulièrement propices à une conclusion d'injusticiabilité en raison de leurs ramifications politiques, cette exigence ne devrait pas être un obstacle infranchissable pour les litiges climatiques fondés sur les droits de la personne. Dans le contexte de

³²⁷ *Neubauer*, préc., note 11, par. 186.

³²⁸ *Id.*, par. 253-255.

³²⁹ *Misdzi Yikh*, préc., note 267, par. 64.

³³⁰ *La Rose*, préc., note 236, par. 52.

³³¹ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, par. 60 ; D. KLAUDT, préc., note 23, 241.

³³² *Leghari*, préc., note 197, par. 19.

³³³ *Id.*, par. 25.

l'urgence climatique et de l'étendue des violations potentielles, une interprétation libérale du rôle du judiciaire inspiré par les juridictions étrangères est justifiée. Sinon, advenant que l'État canadien parvienne à échapper à ses obligations constitutionnelles en raison d'une exigence procédurale interprétée d'une manière trop rigide, la légitimité de la Charte comme garante des droits fondamentaux serait remise en question.

7. La démonstration d'une violation des droits de la personne dans le contexte climatique

En plus de l'exigence de justiciabilité, il reste à voir comment les tribunaux traiteront les allégations de violations des droits constitutionnels dans un contexte climatique puisqu'aucun litige similaire ne s'est encore rendu à procès. Les cinq litiges canadiens étudiés démontrent l'ampleur des obstacles procéduraux à surmonter alors que quatre d'entre eux ont été rejetés à l'étape préliminaire. Malgré ces difficultés, l'horizon n'est pas aussi obscur qu'il pourrait paraître, car à ce jour, aucune décision n'a rejeté les arguments de fond. Au contraire, à chaque occasion qu'elles ont eue, les cours canadiennes ont reconnu l'ampleur des risques associés aux changements climatiques³³⁴. De plus, tant dans l'affaire *La Rose* que *Mathur*, les juges ont conclu que les allégations des groupes de jeunes n'étaient pas seulement spéculatives et avaient le potentiel d'être scientifiquement prouvées au procès³³⁵. Les notions de droits positifs, de lien de causalité et de discrimination indirecte seront appelées à prendre une place centrale dans les arguments de fond des groupes requérants et nécessiteront une interprétation évolutive conforme à la doctrine de l'arbre vivant.

Premièrement, une interprétation évolutive du droit constitutionnel canadien devrait permettre la reconnaissance d'une obligation positive des États dans la lutte aux changements climatiques. Dans les affaires *Environnement Jeunesse*, *La Rose* et *Mathur*, les groupes de jeunes ont plaidé que l'inaction des gouvernements contrevenait aux droits garantis à la Charte. Considérant les difficultés récurrentes à tenir l'État responsable de son inaction et à reconnaître des obligations positives³³⁶, il est significatif

³³⁴ Voir par exemple *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 167; *Reference re ONCA*, préc., note 101, par. 6-16; *Environnement Jeunesse*, préc., note 201, par. 108; *La Rose*, préc., note 236, par. 4; *Mathur*, préc., note 250, par. 7; *Misdzi Yikh*, préc., note 6, par. 1.

³³⁵ *Mathur*, préc., note 250, par. 102; *La Rose*, préc., note 236, par. 75.

³³⁶ *Tanudjaja*, préc., note 2, par. 37; Christine VEZINA, « Culture juridique des droits de la personne et justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels: Tendances à la Cour Suprême du Canada », (2020) 61-2 *C. de D.* 503.

que les juges dans ces trois affaires aient refusé de rejeter ces allégations à l'étape préliminaire³³⁷. Encore plus significatif, les trois juges ont fait appel à une interprétation évolutive de la Constitution pour justifier leur conclusion. Le juge Morrison a souligné la nécessité d'une interprétation libérale de la Charte et s'est appuyé sur la jurisprudence pour confirmer l'obligation du pouvoir exécutif d'agir conformément à la Charte³³⁸. Similairement, le juge Brown a conclu que le caractère novateur des violations alléguées ne justifiait pas leur radiation puisque l'approche appropriée doit être « generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial »³³⁹. Le juge Brown a repris l'analyse de *La Rose* pour indiquer que bien qu'aucune jurisprudence n'ait imposé d'obligation constitutionnelle positive de garantir la stabilité du système climatique, ceci ne veut pas dire que le droit n'évoluera jamais en ce sens³⁴⁰. Dans le contexte de l'article 7 de la Charte, les affaires *Gosselin* et *Tanudjaja* ont ouvert la porte à la reconnaissance d'une obligation positive dans des « circonstances particulières »³⁴¹. Similairement, dans l'affaire *Eldridge c. Colombie-Britannique*, la Cour suprême a aussi ouvert la porte à ce que l'article 15 de la Charte impose à l'État « to take positive actions to ameliorate the symptoms of systemic or general inequality »³⁴².

Dans le cadre d'un litige climatique fondé sur les droits de la personne, les requérants et requérantes devront donc démontrer que la crise climatique, avec ses conséquences dévastatrices pour l'ensemble de la population et particulièrement certains groupes plus vulnérables³⁴³, est une situation singulière qui nécessite l'intervention de l'État à travers la reconnaissance d'une obligation positive. Le récent renvoi de la Cour suprême concernant la LTPGES renforce cet argument en établissant clairement que « les changements climatiques constituent un défi existentiel » et « une menace de la plus haute importance pour le pays, et, de fait, pour le monde entier » qui « ne saurait être ignorée »³⁴⁴. Concrètement, la Cour a indiqué que les conséquences des changements climatiques incluent « des répercussions néga-

³³⁷ *La Rose*, préc., note 236, par. 72; *Environnement Jeunesse*, préc., note 200, par. 67; *Mathur*, préc., note 250, par. 233.

³³⁸ *Environnement Jeunesse*, préc., note 201, par. 65-67.

³³⁹ *Mathur*, préc., note 250, par. 40.

³⁴⁰ *Id.*, par. 233.

³⁴¹ *Id.*, par. 195.

³⁴² *Ferrel c. Ontario (Attorney General of)*, 1998 CanLII 6274 (ON C.A.), par. 43.

³⁴³ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 206

³⁴⁴ *Id.*, par. 167.

tives sur la santé humaine, notamment la morbidité et la mortalité liées à la chaleur et à l'ozone»³⁴⁵, « des phénomènes météorologiques extrêmes tels des inondations et des feux de forêt, des changements dans les niveaux des précipitations, la dégradation des sols et des ressources en eau, des vagues de chaleur plus fréquentes et plus sévères, l'élévation du niveau des océans et une propagation plus large de maladies à transmission vectorielle potentiellement mortelles telles que la maladie de Lyme et le virus du Nil occidental »³⁴⁶.

Deuxièmement, dans le contexte d'une violation à l'article 7 de la Charte, une interprétation évolutive permettrait d'adapter la notion de lien de causalité aux préjudices climatiques. D'abord, une preuve de préjudice climatique pourrait découler des morts prématurées, des relocalisations massives ou des impacts sur la santé physique et mentale causés par les changements climatiques qui sont largement démontrés par la science³⁴⁷ et reconnus par les cours canadiennes³⁴⁸. Une fois le préjudice démontré, un « lien de causalité suffisant »³⁴⁹ entre l'atteinte au droit imputable à l'État et le préjudice climatique doit être établi. Une interprétation rigide permettrait à l'État d'échapper à ses obligations en plaçant qu'il n'est pas responsable des conséquences climatiques découlant des émissions de GES globales. En pratique, la Cour suprême a conclu que le test ne requiert pas que l'État soit l'unique ou principale cause du préjudice³⁵⁰. Le Canada pourrait donc être tenu responsable s'il est démontré que ses actions amplifient les risques associés aux changements climatiques comme ce fut le cas avec les risques du travail du sexe dans l'affaire *Bedford*³⁵¹. Pour sa défense dans *La Rose*, le Canada a argumenté qu'il n'y avait pas de lien de causalité suffisant puisque, même s'il respectait son engagement, ceci serait insuffisant pour réduire les émissions globales et cesser les préjudices³⁵². Cette défense *de minimis* a

³⁴⁵ *Id.*, par. 9.

³⁴⁶ *Id.*, par. 10.

³⁴⁷ IPCC, préc., note 47, p. 240; N. CHALIFOUR, J. EARLE et L. MACINTYRE, préc., note 303, 76-85.

³⁴⁸ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 10.

³⁴⁹ *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, par. 75.

³⁵⁰ *Id.*, par. 79.

³⁵¹ C. FREASBY, D. DE VLIÉGER et M. HUYS, préc., note 193, 238.

³⁵² *La Rose c. Canada*, 2020 CF 1008, par. 113, mémoire de défense, en ligne : *Climate Case Chart* <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/wp-content/uploads/sites/16/non-us-case-documents/2020/20200207_T-1750-19_reply.pdf> (consulté le 23 juin 2022).

été plaidée sans succès dans *Urgenda* alors que la Cour a reconnu une responsabilité individuelle de chaque État de faire sa part pour la réduction des émissions globales³⁵³. La Cour suprême du Canada a aussi rejeté un argument similaire présenté par les provinces dans le renvoi sur la LTPGES en citant plusieurs décisions internationales y compris *Urgenda*³⁵⁴. En ce sens, le législateur canadien a déjà admis, dans le préambule de la LTPGES, qu'une réglementation insuffisante des émissions de GES au pays contribuerait à causer des dommages sérieux à la santé et à la sécurité humaines³⁵⁵. Dans son renvoi, la Cour suprême a notamment constaté « [qu']une intervention fédérale est indispensable »³⁵⁶ compte tenu de l'incapacité d'agir des provinces. Bien que la question en litige se limitait aux normes minimales de tarification du carbone et que la Cour a reconnu le pouvoir fédéral d'agir et non pas son obligation, le langage de la Cour porte à croire que l'implication du gouvernement fédéral est essentielle pour éviter la crise climatique. Ainsi, un tribunal appliquant de manière flexible la jurisprudence de la Cour suprême devrait conclure au lien de causalité entre le comportement de l'État canadien et les impacts climatiques sur sa population. D'ailleurs, dans l'affaire *Juliana*, malgré la conclusion d'injusticiabilité, la Cour avait tout de même convenu que, aux fins d'un jugement sommaire, *Juliana* avait démontré un lien de causalité suffisant entre les politiques gouvernementales américaines des dernières décennies et les dommages concrets causés par les changements climatiques³⁵⁷.

Finalement, la notion de discrimination indirecte est centrale aux litiges climatiques fondés sur l'article 15 de la Charte, puisqu'ils reposent sur l'argument que le régime climatique, bien que textuellement neutre, impose un fardeau supplémentaire aux groupes plus à risque. L'application de la récente décision *Fraser c. Canada*³⁵⁸ de la Cour suprême dans un contexte climatique pourrait permettre une avancée considérable dans les litiges cli-

³⁵³ *Urgenda*, préc., note 10, par. 5.7.8. Si cette défense ne s'applique pas pour les Pays-Bas, elle est encore plus difficile à plaider au Canada qui est un plus grand émetteur de GES par personne et au total: « CO2 emissions (metric tons per capita) », *The World Bank*, 2020, en ligne: <https://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.PC?name_desc=false> (consulté le 23 juin 2022).

³⁵⁴ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 189.

³⁵⁵ *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, L.C. 2018, c. 12, préambule.

³⁵⁶ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 191.

³⁵⁷ *Juliana*, préc., note 13, p. 18-20.

³⁵⁸ *Fraser c. Canada (Procureur général)*, 2020 CSC 28 [*Fraser*].

matiques fondés sur l'article 15. Dans cette affaire, qui portait sur une discrimination au travail fondée sur le sexe, la Cour a préconisé une approche plus souple pour la démonstration d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ceci s'inscrit dans l'évolution du droit à l'égalité « d'une conception de la discrimination fondée sur la faute vers un modèle fondé sur les effets qui examine avec un regard critique les systèmes, les structures et leurs répercussions sur les groupes défavorisés »³⁵⁹. Ce type de discrimination indirecte « survient lorsqu'une loi en apparence neutre a une incidence disproportionnée sur des membres de groupes bénéficiant d'une protection »³⁶⁰. À la première étape d'une analyse fondée sur l'article 15, il faut démontrer que la loi crée une distinction fondée sur des motifs interdits par son effet disproportionné sur certains membres d'un groupe protégé³⁶¹. Dans *Fraser*, la Cour a conclu que deux types de preuves sont particulièrement utiles : i) démontrer que l'appartenance au groupe est associée à certaines caractéristiques désavantageuses, et ii) démontrer que les membres du groupe subissent un effet disproportionné de la loi³⁶². La Cour a convenu que des « disparités statistiques claires et constantes peuvent démontrer l'existence d'un effet disproportionné [...] même si la raison précise de l'effet est inconnue »³⁶³. Bien qu'une seule de ces démonstrations puisse suffire, les allégations de discriminations devraient idéalement se fonder sur la preuve de la situation du groupe et les effets de la loi³⁶⁴.

Dans un contexte climatique, le gouvernement pourrait être tenu responsable s'il est démontré que certains groupes sont plus à risques des changements climatiques en raison d'obstacles physiologiques ou sociaux et qu'ils subissent statistiquement un effet disproportionné des émissions de GES découlant de la loi. Pour cette raison, il est particulièrement pertinent que dans le renvoi sur la LTPGES, la Cour suprême ait reconnu pour la première fois que les conséquences des changements climatiques ne seront pas également distribuées dans la population. Précisément, la Cour a indiqué que les « conséquences irréversibles se feraient sentir partout au pays, et elles toucheraient de façon disproportionnée les collectivités et régions vulnérables et auraient de profondes répercussions sur les peuples

³⁵⁹ *Id.*, par. 31.

³⁶⁰ *Id.*, par. 30.

³⁶¹ *Id.*, par. 52.

³⁶² *Id.*, par. 56-58.

³⁶³ *Id.*, par. 62.

³⁶⁴ *Id.*, par. 60.

autochtones de même que sur l'Arctique canadien et les régions côtières du Canada »³⁶⁵.

À la seconde étape du test de l'article 15, il sera nécessaire de démontrer que la loi ou la décision a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer un désavantage³⁶⁶. Les types de préjudices causés au groupe peuvent notamment inclure des désavantages économiques, des préjudices psychologiques ou physiques et doivent prendre en compte les « désavantages systémiques ou historiques auxquels fait face le groupe de demandeurs »³⁶⁷. Les récents litiges climatiques canadiens alléguant une discrimination se sont concentrés sur les jeunes et accessoirement les jeunes autochtones³⁶⁸, mais les femmes³⁶⁹, les personnes âgées³⁷⁰ et les personnes avec un handicap³⁷¹ sont toutes disproportionnellement affectées par les changements climatiques et énumérées à l'article 15 de la Charte. Ainsi, la décision *Fraser* prévoit une approche plus flexible pour la démonstration d'une discrimination par suite d'un effet préjudiciable qui est mieux adaptée aux préjudices climatiques des Canadiennes et Canadiens les plus vulnérables aux changements climatiques.

C. Conclusion sur les litiges relatifs à l'obligation des gouvernements de lutter contre les changements climatiques

Nous avons constaté que dans les dernières années, les litiges en lien avec l'obligation de l'État d'agir en matière climatique ont augmenté en nombre et en diversité³⁷². Dans le contexte législatif et réglementaire, les tribunaux canadiens sont réticents à intervenir dans ce qu'ils considèrent comme des questions pour les branches exécutive et législative. En théorie, les recours alléguant que le comportement des gouvernements viole les droits fondamentaux prévus à la Charte imposent aux tribunaux de s'assurer que l'État respecte ses obligations constitutionnelles. Pourtant, en rai-

³⁶⁵ *Renvoi re LTPGES*, préc., note 30, par. 206.

³⁶⁶ *Fraser*, préc., note 358, par. 76.

³⁶⁷ *Id.*

³⁶⁸ *Misdzi Yikh* déclaration, préc., note 267, par. 93.

³⁶⁹ L. BENDLIN, préc., note 40; R. PEARSE, préc., note 40.

³⁷⁰ C. BÄHR *et al.*, préc., note 40.

³⁷¹ S. JODOIN, N. ANANTHAMOORTHY et K. LOFTS, préc., note 40.

³⁷² P. HALLEY et M. BÉLANGER, préc., note 194, p. 485.

son de leur nature intrinsèquement politique et de l'ampleur des remèdes nécessaire, ces litiges climatiques demeurent à risque d'être jugés injusticiables. Les droits garantis par la Charte, et particulièrement les droits à la vie, la sécurité, la liberté et à l'égalité, seraient vidés de leur sens si l'État pouvait consciemment et en toute impunité contribuer à une menace existentielle pour sa population. Nous constatons qu'une interprétation conforme à la doctrine de l'arbre vivant permet d'éviter une conclusion d'injusticiabilité et met de l'avant les obligations positives de l'État, le lien de causalité entre son comportement et les préjudices climatiques ainsi que les impacts différenciés sur la population vulnérable. L'explosion des litiges climatiques alléguant l'inaction climatique du Canada offre une opportunité de faire encore davantage progresser l'interprétation constitutionnelle.

*
* * *

L'expérience canadienne confirme que les changements climatiques en tant que problème et les efforts pour y remédier ont donné lieu à un nombre croissant de cas climatiques. Comme nous l'avons montré ci-dessus, des poursuites ont été intentées contre des gouvernements tant en raison de leur manque d'ambition dans la lutte contre les changements climatiques que parce qu'ils ont cherché à agir en ce sens. Dans les deux cas, les tribunaux ont toujours confirmé le rôle et l'autorité du gouvernement fédéral dans la lutte contre la crise climatique. Les efforts croissants, mais toujours insuffisants, du Canada pour réduire ses émissions de GES et les effets prévus des changements climatiques sont susceptibles de donner lieu à d'autres litiges climatiques.

Deux caractéristiques de la lutte aux changements climatiques sont particulièrement dérangeantes pour la stabilité du droit constitutionnel canadien. D'abord, le développement et la mise en place d'un régime climatique efficace au Canada nécessitent la participation et la coopération de l'ensemble des acteurs étatiques à l'échelle locale, provinciale et nationale. Ceci s'explique notamment par la diversité des sources d'émissions de GES et leur nature transfrontalière. La nature polycentrique des enjeux climatiques s'harmonise difficilement avec le dualisme textuel de la Constitution canadienne. Ensuite, la réduction des émissions de GES aura nécessairement de lourdes conséquences sur les sphères économiques et politiques au pays. La dépendance aux énergies fossiles de certains pans importants

de l'économie canadienne rend politiquement controversée toute tentative de décarbonisation. Cet entremêlement entre le droit climatique et le politique augmente les risques que les litiges climatiques soient jugés injusticiables en brouillant la distinction entre une intervention politique ou juridique des juges.

En comparant les divers litiges climatiques canadiens, nous constatons que la réponse des tribunaux dépend largement du contexte dans lequel le recours est intenté. Premièrement, lorsque le Parlement tente d'agir pour protéger le climat à travers une législation, les tribunaux interprètent le partage des compétences constitutionnelles pour permettre l'action climatique. Concrètement, les juges utilisent une interprétation évolutive conforme à la théorie de l'arbre vivant pour élargir les compétences fédérales, par exemple en matière de droit criminel et d'intérêt national, au-delà de la signification qu'elles ont pu avoir à l'origine. À l'heure actuelle, l'urgence d'agir pour lutter contre les changements climatiques et la nature du problème d'action collective semblent justifier un certain empiètement dans les sphères de pouvoir traditionnellement provinciales. Il n'est pas évident que les mécanismes encourageant la coopération, tel que la doctrine du double aspect, permettront de limiter les tensions entre les paliers de gouvernements³⁷³.

Deuxièmement, pour imposer une obligation climatique dans un domaine traditionnellement réservé à l'exécutif, tel que la gestion des engagements internationaux, les lois doivent être suffisamment explicites et précises pour être jugées justiciables. Autrement, les tribunaux seront réticents à intervenir dans un conflit qu'ils considèrent comme politique entre les branches exécutives et législatives. Considérant la complexité et l'incertitude entourant la lutte aux changements climatiques, octroyer une certaine flexibilité aux décideurs et décideuses peut être nécessaire. Cependant, il y a un risque important pour la primauté du droit et la lutte aux changements climatiques si les tribunaux refusent de tenir l'exécutif imputable pour ses actes et omissions dans un domaine critique de la politique publique, comme celui de la lutte aux changements climatiques. Ceci est particulièrement pertinent dans la lutte aux changements climatiques où

³⁷³ Voir Noura KARAZIVAN, « Le fédéralisme coopératif entre territorialité et fonctionnalité: le cas des valeurs mobilières », (2016) 46-2 *R.G.D.* 297441-443.

la coopération internationale est cruciale, telle que reconnue par la Cour suprême³⁷⁴.

Finalement, lorsqu'il est allégué que le comportement climatique des branches législatives ou exécutives enfreint les droits prévus à la Charte, les tribunaux ont la légitimité d'intervenir pour assurer le respect de la suprématie constitutionnelle. Il est encore trop tôt pour évaluer la souplesse avec laquelle les tribunaux interpréteront les dimensions climatiques des droits fondamentaux, puisque les litiges doivent d'abord passer plusieurs obstacles procéduraux. En pratique, on constate que l'envergure et la nature politique des allégations et des remèdes climatiques font hésiter certains des juges qui s'inquiètent pour la séparation des pouvoirs s'ils ou elles interviennent dans une question aussi politique que la lutte aux changements climatiques. Il serait incohérent que les tribunaux canadiens accordent de nouveaux pouvoirs au gouvernement fédéral en matière de lutte aux changements climatiques en raison de l'importance des risques pour la population, mais qu'ils ne reconnaissent pas une responsabilité d'agir en ce sens. Pour une évolution harmonieuse du droit constitutionnel, l'arbre vivant doit se développer d'une manière qui balance les pouvoirs et les devoirs de l'État.

Bon nombre des litiges climatiques déposés au Canada reflètent la nature multijuridictionnelle complexe et les dimensions transnationales du droit et de la gouvernance climatiques. D'une part, de nombreux cas canadiens ont porté sur la répartition des pouvoirs dans le contexte d'une problématique dont les causes et les effets touchent l'autorité, les compétences et la juridiction des gouvernements provinciaux et fédéral. D'autre part, cinq récentes affaires fondées sur les droits de la personne s'appuient et imitent des litiges à l'international, principalement l'affaire *Urgenda* aux Pays-Bas et l'affaire *Juliana* aux États-Unis. Les tribunaux canadiens gagneraient à s'inspirer de l'interprétation évolutive de certaines juridictions étrangères et à contribuer à l'émergence d'une jurisprudence globale pour la protection des droits fondamentaux dans le contexte de la crise climatique. La Cour suprême a ouvert la porte à un dialogue interjuridictionnel en citant la jurisprudence des Pays-Bas, des États-Unis et de l'Australie dans son renvoi sur la LTPGES³⁷⁵.

³⁷⁴ Renvoi re LTPGES, préc., note 30, par. 190.

³⁷⁵ *Id.*, par. 189.

À ce jour, l'évolution judiciaire la plus significative est peut-être la reconnaissance de l'envergure des conséquences climatiques sur la population canadienne, de leurs effets différés pour certains groupes vulnérables et de l'urgence d'agir. Lorsqu'ils traitaient des questions liées aux changements climatiques, les tribunaux ont généralement reconnu l'importance de lutter contre la crise climatique. Par exemple, dans son récent renvoi concernant la LTPGES, la Cour suprême a clairement identifié les changements climatiques comme « un défi existentiel » et « une menace de la plus haute importance pour le pays, et, de fait, pour le monde entier »³⁷⁶. Ces conclusions devraient, selon nous, exercer une influence dans l'interprétation que les tribunaux inférieurs feront des droits fondamentaux dans le contexte de litiges climatiques.

Bien sûr, l'usage d'une approche évolutive dans le contexte des litiges climatiques soulève des questions fondamentales concernant le rôle que les tribunaux devraient jouer face à une crise sans précédent qui était complètement imprévisible pour les individus qui ont participé à l'élaboration des normes et doctrines constitutionnelles canadiennes aux 19^e et 20^e siècles. Pour certains, l'engagement des tribunaux dans le domaine des changements climatiques suscite des préoccupations quant aux limites des pouvoirs judiciaires dans le contexte d'un État démocratique régi par la primauté du droit³⁷⁷.

Ce débat se pose dans des termes différents dans le contexte juridique canadien. D'une part, depuis l'adoption de la Charte, le concept de démocratie englobe la protection des droits fondamentaux et les tribunaux ont le devoir d'intervenir pour protéger les droits, valeurs et principes démocratiques reconnus dans celle-ci³⁷⁸. D'autre part, les tribunaux canadiens ont une longue tradition d'interpréter la Charte de manière libérale qui prend en compte les circonstances contemporaines de la société canadienne³⁷⁹. Effectivement, il est difficile d'argumenter qu'une interprétation constitutionnelle évolutive qui réponde « aux réalités de la vie moderne »³⁸⁰ ne devrait pas inclure une dimension climatique. La doctrine de l'arbre

³⁷⁶ *Id.*, par. 167.

³⁷⁷ Bernhard W. WEGENER, « Urgenda – World Rescue by Court Order? The “Climate Justice” – Movement Tests the Limits of Legal Protection », (2019) 16-2 *J. Eur. Environ. Plan. Law* 125.

³⁷⁸ Voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 22-35.

³⁷⁹ *Hunter*, préc., note 36, p. 155.

³⁸⁰ *Renvoi Re au mariage*, préc., note 22, par. 22-23.

vivant offre aux tribunaux l'opportunité d'adapter le droit canadien aux changements climatiques et d'éviter certains de leurs effets les plus perturbants. Il reste à voir si cet outil sera utilisé à son plein potentiel.