

Recherches sociographiques



Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*

Patrice Garant

Volume 38, Number 3, 1997

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/057172ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/057172ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Département de sociologie, Faculté des sciences sociales, Université Laval

ISSN

0034-1282 (print)

1705-6225 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this review

Garant, P. (1997). Review of [Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*]. *Recherches sociographiques*, 38(3), 585–589. <https://doi.org/10.7202/057172ar>

commun qui trouvent chez les acteurs, notamment les groupes professionnels, et dans les institutions, en particulier celles de l'État, des promoteurs ou des structures d'appui plus ou moins efficaces. Rocher met en garde les éthiciens contre les risques de l'assujettissement à la normativité juridique et de la contamination par une culture scientifique dont ils ont vocation de contrer l'envahissement. L'observation des phénomènes de production des normes et des processus de décision dans les hôpitaux du Québec lui permet de se poser en critique lucide des pratiques actuelles de contrôle éthique dans des jeux de pouvoir fortement structurés par les normativités du droit, de la science et de la gestion.

Quinze ans d'exil dans une place forte du droit n'auront pas suffi à transformer véritablement la personnalité disciplinaire ni les convictions profondes de l'auteur. La lecture de l'ouvrage convaincra quiconque de la fidélité de Rocher à lui-même. Des concepts, des théories, des préoccupations et des problématiques de recherche se sont certes ajoutés au bagage intellectuel du sociologue. Mais, le travail effectué et les conclusions soumises à l'appréciation des pairs portent la marque évidente de la priorité accordée à la sociologie générale sur les sociologies spécialisées, du regard scientifique foncièrement braqué sur le fait de la société québécoise accédant à la modernité, d'un engagement intellectuel se réclamant des valeurs de liberté et de solidarité. Le sociologue n'est pas venu au droit dans la méfiance et n'en sort pas dans le désabusement. Son passage en Faculté de droit se révèle plutôt nourri par une idée noble, l'idéal démocratique, qui confère au droit toute sa légitimité et qui condamne par avance toute dérive de la régulation juridique dans l'autoritarisme ou dans l'égoïsme privé. Le sociologue de la modernité a la morale de ses peurs, celle du retour du Grand Inquisiteur (p. 313) et celle d'une collectivité qui prendrait congé de la justice distributive (p. 303).

Jean-Guy BELLEY

*Faculté de droit,
Université Laval.*

Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Éditions Boréal, 1996, 383 p. (Traduit de l'anglais par Hervé JUSTE.)

L'ouvrage de Michael Mandel, professeur de droit constitutionnel à l'Université York, est certes le plus provocant et le plus intéressant de ceux consacrés à la Charte canadienne, considérée comme l'événement politique majeur des dernières décennies. Il fait le procès de cette Charte qui, selon lui, a été imposée de façon autoritaire aux Canadiens dans un double dessein : dépolitiser la protection des droits et libertés en la transférant du pouvoir législatif au pouvoir judiciaire et régler la question linguistique au Canada et au Québec.

Chacun des quatre chapitres est coiffé d'un titre qui révèle la préoccupation de l'auteur : 1) la judiciarisation du politique au Canada ; 2) la Charte et la démocratie ; 3) la judiciarisation des politiques linguistiques ; 4) autres droits de la Charte : droits procéduraux, droits économiques et droits à l'égalité.

Ce livre publié en français au Québec est la traduction d'un texte édité en 1989, quelque peu remanié et mis à jour, surtout au chapitre 4 qui rassemble la matière de quatre chapitres originaux. Néanmoins, l'auteur y défend toujours la même thèse : la Charte est une supercherie monumentale ! Le dessein officiellement annoncé par le gouvernement Trudeau était, en 1982, de « transférer le pouvoir au peuple » en limitant les pouvoirs des législatures ; dans les faits, selon Mandel, le transfert s'est effectué en faveur du pouvoir judiciaire, c'est-à-dire des juges constitutionnels nommés discrétionnairement par le seul gouvernement fédéral.

Au dire de l'auteur, la Charte transfère de l'arène politique à l'arène judiciaire des questions fondamentales qui, dans un régime démocratique, devraient être réglées par les élus du peuple. Ainsi, la Charte « a profondément bouleversé la structure de la vie politique canadienne, sa principale conséquence étant la judiciarisation du politique » (p. 124). Il explique les éléments qui ont mené à cette situation : influence du style de vie américain, volonté des forces fédérales de dénouer le problème du séparatisme québécois, mécanisme de défense de certaines classes dominantes en vue de préserver le *statu quo*.

Mandel démontre, de façon assez convaincante d'ailleurs, que le contrôle judiciaire, instrument par excellence de la mise en œuvre de la Charte, crée un nouveau type de démocratie. Les défenseurs de la Charte prétendent qu'elle procure un meilleur accès des citoyens ordinaires au processus d'élaboration des lois : Mandel estime que cette affirmation repose sur un certain nombre de subtiles confusions. Premièrement, l'idée d'égal accès pour tous au forum judiciaire est une vue de l'esprit : pour mener des contestations judiciaires fructueuses, il faut en avoir les moyens, surtout de substantiels revenus financiers ; des études ont en effet démontré que les gagnants ont le plus souvent été les gens d'affaires de la grande ou petite entreprise, ou les gens des milieux criminalisés. Deuxièmement, le rabaissement de la souveraineté parlementaire a introduit un type de démocratie formelle dans le sens où le renforcement du contrôle judiciaire a eu pour effet d'offrir une compensation matérielle et idéologique au «pouvoir privé», afin de faire contrepois au suffrage universel. Troisièmement, en renforçant le contrôle judiciaire, la Charte élargit l'emprise de la profession juridique sur la vie quotidienne ; or, le discours de cette profession, juges et avocats confondus, jongle avec des abstractions qui font fi des questions reliées aux besoins réels des citoyens ordinaires, leur préférant des questions de principe touchant aux droits des personnes.

L'illustration la plus convaincante de sa thèse, Mandel la trouve dans le domaine des politiques linguistiques. Celle qu'élabore l'élite québécoise à partir des années 1970 vise à construire un Québec français au sens national du terme. La revendication d'une souveraineté culturelle et linguistique comporte un aspect d'émancipation sociale et économique. Trudeau et les fédéralistes regroupés dans son réseau d'influence combattent cette politique en deux temps. Dans la décennie

1970, ce fut la politique du bilinguisme officiel et du biculturalisme. Puis devant les progrès du souverainisme au Québec, Trudeau se sert de la Charte en élevant au niveau des libertés fondamentales la protection linguistique. Ce sont les cours qui arbitreront l'affrontement inévitable qui devait se produire entre la Charte de la langue française et l'art. 133 de la Constitution ainsi que l'art. 23 de la Charte.

Ces arrêts, outre celui sur la langue d'affichage, bien que techniquement défendables, illustrent abondamment la constatation de Mandel: « la question linguistique se situe au centre tout autant qu'à la périphérie de la judiciarisation du politique » (p. 253). Mais il y voit également une entreprise pour régler « le problème québécois ».

Mandel estime que l'introduction au Canada de « la politique judiciarisée » a été un échec retentissant. En effet, malgré de nombreuses défaites, la Charte québécoise de la langue française a « remarquablement rempli sa mission en faisant du Québec une province francophone » (p. 257). De plus, la Charte constitutionnelle de 1982 n'a certes pas désamorcé le mouvement indépendantiste. Elle n'a pas non plus réussi à protéger les minorités francophones hors Québec alors qu'elle avait pourtant volé au secours de la puissante minorité anglophone du Québec (p. 261).

Le chapitre 4 est consacré aux autres droits de la Charte, c'est-à-dire la protection juridique conférée par les art. 7 à 15, y compris le droit à l'égalité : il s'agit d'une synthèse de développements plus élaborés dans la version anglaise de 1989 (175 pages). Ces dispositions, qui ont suscité un contentieux très important (75 % des litiges), concernent la justice pénale principalement.

La constitutionnalisation de la procédure pénale a développé des raffinements procéduraux qui rendent extrêmement complexe cette branche du droit et finit par profiter à des sujets de droit autres que ceux que la Charte devrait protéger. Mandel mentionne notamment la jurisprudence sur le droit d'être jugé dans un délai raisonnable (arrêt Askov, 1990) qui a eu pour conséquence l'abandon de quelque 50 000 poursuites criminelles pendantes en Ontario seulement : la Cour suprême a dû d'ailleurs se rétracter quelque peu dans l'arrêt Morin (1990), en assurant qu'on l'avait mal comprise. Mandel poursuit une fine analyse des traits dominants de la jurisprudence constitutionnelle pénale pour soulever des questions troublantes sur la relation entre judiciarisation et répression : « en dépit de l'enthousiasme qu'affectent les tribunaux à rejeter des accusations criminelles à coups de Charte », la répression a augmenté et la population carcérale « continuait à pulvériser des records au début des années 90 » (p. 268). L'auteur souligne également que la Charte s'est avérée fort utile lorsque « les contrevenants se rangent parmi les puissants » (p. 273) : il explique comment les entreprises de presse ont bénéficié des jurisprudences sur les saisies et perquisitions abusives (arrêt Hunter, 1984), sur la contrainte liée aux enquêtes administratives (arrêt Thomson Newspaper) ; il indique que les premiers à tirer avantage de la jurisprudence Askov ont été « des gangsters impliqués dans le commerce du sexe » (p. 271).

L'auteur consacre des développements habiles sur « la lutte des classes » entre les syndicats et la communauté des affaires suscitée par la Charte. Il analyse la façon dont la Cour suprême a traité de la question de l'égalité des sexes, du racisme, des

autochtones. Les observations sur « la Charte et les femmes » sont particulièrement intéressantes (p. 291-313).

Mandel porte un jugement très sévère sur la Charte canadienne, en y apportant toutefois quelques nuances. Certaines attitudes jurisprudentielles de la Cour suprême sont acceptables : ainsi, par exemple, dans les arrêts *Irwin Toys* et *Ford*, la Cour refuse de prendre une position trop radicale, permettant au législateur une marge de manœuvre appréciable pour protéger, d'un côté, les jeunes contre une publicité nocive et, de l'autre, le visage français du Québec : sur ce dernier point, les gouvernements Bourassa et Bouchard accepteront le message de la Cour.

Il est difficile de suivre Mandel jusqu'au bout de son propos qui remet en cause l'opportunité même d'une Charte constitutionnelle. Sous réserve des dispositions linguistiques, la Charte de 1982 s'inspire des modèles devenus courants dans les sociétés occidentales sur les deux plans national et international : songeons que la Convention européenne des droits de l'homme s'applique à 35 pays de l'Europe. Ce qui peut être critiqué à juste titre, c'est le contexte et les mobiles qui ont entouré la naissance de cette Charte, les carences de l'arbitrage constitutionnel de sa mise en œuvre : la Cour suprême du Canada n'est pas une véritable cour constitutionnelle, les conditions de nomination de ses membres prêtent flanc à la critique. Si cet aspect était corrigé, cette Charte serait certes plus acceptable. Il resterait la conception particulière que se fait de celle-ci la Cour suprême actuelle, et sa jurisprudence dominante sur ce point n'est peut-être pas irréversible.

Mandel rappelle que l'art. 33, ou clause nonobstant, était destiné à maintenir un certain équilibre entre la suprématie judiciaire et la souveraineté parlementaire ; les élus peuvent, pour des raisons dont ils rendront compte devant l'électorat, faire révaloir une loi particulière sur une disposition particulière de la Charte. La légitimité d'une telle disposition a été fortement critiquée, surtout dans les milieux juridiques. Cette disposition finit par paraître honteuse, tel un instrument odieux destiné à faire perdre des droits présumément créés par la Charte. La Cour suprême rétablit cependant la situation dans son arrêt *Ford* ; mais le mal était fait. On n'a qu'à se rappeler les débats concernant les rapports entre la clause de société distincte et la Charte dans la période 1987-1992 : Mandel traite d'ailleurs de cette question de façon réaliste (p. 131 à 148).

L'ouvrage de Mandel est une pièce incontournable dans le débat constitutionnel qui se déroule au Canada depuis plus de 20 ans. C'est un regard lucide et courageux d'un des rares anglophones canadiens à avoir dénoncé cette déviation du constitutionnalisme canadien.

Puisque la Charte semble être là pour rester et pour servir, Mandel conclut que le plus important n'est pas tellement de savoir comment l'utiliser, mais « comment nous en protéger » : « il faut attaquer la politique judiciarisée à sa source »... il faut « contester l'autorité des tribunaux et, ce faisant, contester l'autoritarisme en général ». « Rejeter les prétentions du constitutionnalisme et du même coup rejeter la présumée démocratie de nos élites politiques » (p. 317). Il faut mettre en place un système qui soit en mesure de concurrencer la politique judiciarisée, « une politique

forte, sensible et démocratique qui semble se dégager de ce chaos structurel en pleine expansion qu'est le monde moderne »... (p. 317).

Patrice GARANT

*Faculté de droit,
Université Laval.*

André NORMANDEAU et Émerson DOUYON (dirs), *Justice et communautés culturelles*, Montréal, Le Méridien, 1995, 418 p. (Repère.)

Cet ouvrage, dirigé par deux professeurs de l'École de criminologie à l'Université de Montréal, se veut avant tout un livre panoramique sur les rapports entre les « communautés culturelles » et le système de justice, principalement au Québec. Outre le thème de la délinquance, cette vision panoramique est calquée sur l'organisation même du système de justice puisqu'elle aborde les trois paliers traditionnels de la justice pénale, à savoir la police, le tribunal et la prison.

Avant de commenter plus substantiellement ce livre, il convient de souligner que sa parution est en soi heureuse. Au Québec et au Canada, les publications qui s'intéressent aux démêlés que les minorités ethniques sont susceptibles d'avoir avec le système de justice sont plutôt rares. Non que l'intérêt des chercheurs soit absent ou timide, mais il faut admettre que la recherche en la matière est largement conditionnée par un contexte politique très sensible aux questions du respect des droits des groupes minoritaires, de sorte que le statut « ethnique » des personnes ayant des démêlés avec la justice est, soit non recueilli, soit non divulgué. Si cette orientation est justifiée au Canada et au Québec pour éviter la stigmatisation de groupes d'après leurs origines, elle rend par contre plus difficile la pratique de la recherche et donc l'analyse des rapports entre ces groupes et le système de justice, tout au moins sur le plan des profils et des configurations statistiques. Cette politique est d'ailleurs décriée par certains comme créant l'effet inverse de ce qu'elle est censée contrer, soit la discrimination et le racisme. D'autres par contre défendent la « visibilité des données » par un souci de transparence en vue de pourfendre la rectitude politique. On peut d'ailleurs regretter que le débat sur la divulgation de l'origine ethnique dans les statistiques de criminalisation et de judiciarisation n'ait pas été intégré et développé dans cette publication.

Justice et communautés culturelles constitue un recueil de textes produits par de nombreux collaborateurs qui proviennent en majorité du milieu universitaire, mais également des milieux de pratique. Cette diversité contribue à la fois à la force mais aussi à la faiblesse de l'ouvrage. Sa force réside en effet dans sa capacité d'offrir cette vision panoramique dont nous faisons état précédemment en encourageant la multiplicité des regards et des points de vue. Sa faiblesse demeure dans l'absence d'une problématique, ce qui a pour effet de produire une vision panoramique éclatée, voire inégale.