

## Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi. À propos de la charte constitutionnelle de 1982

### Human Rights and How They are Used: The 1982 Constitutional Charter

Robert VANDYCKE

Volume 18, Number 1, avril 1986

Droit et pouvoir, pouvoirs du droit

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/001821ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/001821ar>

[See table of contents](#)

#### Publisher(s)

Les Presses de l'Université de Montréal

#### ISSN

0038-030X (print)

1492-1375 (digital)

[Explore this journal](#)

#### Cite this article

VANDYCKE, R. (1986). Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi. À propos de la charte constitutionnelle de 1982. *Sociologie et sociétés*, 18(1), 139–152.  
<https://doi.org/10.7202/001821ar>

#### Article abstract

The scope of the constitutionalization of a Charter of Rights in Canada is analyzed here from the point of view of an ideal type which opposes the political and the legal. The control of the constitutionality of law by the legal system, which is thereby considerably extended, comes under both political and legal modes of intervention, which are in principle contradictory. There exists a politicization of the legal function, as much by way of the collective nature of the resulting norms and of their impact on the balance of power as by the quasi-discretionary character of the interpretation of rights. The effects of this transfer of jurisdiction from parliaments to the courts can be evaluated in terms of the loss of control by citizens over their institutions and the weakening of the autonomy of Quebec within the federal system. Which goes to show that human rights are one thing, and their objectivization and the concrete institutions "deduced" from them are quite another. Hence the question of how human rights are used, which is also the question of the appropriateness of the nature of the control of the constitutionality of laws, and, if the case arises, of the choice and the characteristics of the apparatus set up to perform this function.

## Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi: à propos de la charte constitutionnelle de 1982



ROBERT VANDYCKE

---

La place laissée vacante par les grands projets collectifs et le désenchantement auquel ils ont donné lieu a été occupée en bonne partie par le discours sur les droits de l'homme, au Canada et au Québec comme dans plusieurs autres sociétés. Mais cette problématique nouvelle — du moins par la position centrale qu'elle détient dans le discours politique — a-t-elle ici le caractère mobilisateur qu'elle peut posséder dans des pays où les droits humains les plus fondamentaux sont violés régulièrement par l'État, ses appareils ou des groupes paramilitaires agissant en toute impunité, ou encore par des organismes privés n'ayant de comptes à rendre qu'à eux-mêmes? Ne peut-on pas émettre l'hypothèse qu'au contraire, dans certains contextes et exercé suivant certaines modalités, le recours systématique aux droits de l'homme pourrait conduire à un rétrécissement significatif de l'espace public, à l'intérieur duquel s'exerce le débat démocratique entre les citoyens?

On pense en particulier à la Loi constitutionnelle de 1982, à la constitutionnalisation des droits de l'homme qu'elle instaure au Canada, et aux implications de cette réforme aux points de vue du rôle politique attribué au judiciaire et de la contribution apportée par les citoyens à la définition concrète des droits.

Si l'on en croit le discours officiel — celui des hommes politiques et des éditorialistes ou autres définisseurs de situation — l'insertion d'une Charte des droits dans la Constitution canadienne conférerait aux citoyens une protection accrue contre les abus toujours possibles d'une majorité parlementaire et d'un gouvernement. Quand on ne mentionne pas la qualité exceptionnelle de cette Charte (une des meilleures au monde, si pas la meilleure), on souligne néanmoins les valeurs universelles dont elle est porteuse et le consensus à peu près général dont celles-ci font l'objet dans nos sociétés<sup>1</sup>. Situation paradoxale: les droits et libertés — parmi lesquels figurent comme on sait les libertés d'opinion et d'expression — deviennent, entre les mains du pouvoir, un moyen

---

1. Voir entre autres la position du Directeur du quotidien influent *le Devoir*, Jean-Louis Roy, dans un article où il défend la thèse de l'application de la Charte canadienne aux lois québécoises: «La bataille des Chartes: une guerre absurde. Au-delà des spécificités, un patrimoine universel», *le Devoir*, 20 juin 1985, pp. 1 et 10. La «guerre absurde» que dénonce J.-L. Roy renvoie au «Projet d'accord constitutionnel» de l'ancien gouvernement du Québec (Parti québécois), cf. *le Devoir*, 21 et 22 mai 1985, pp. 11. Le projet, qui pose les conditions (négociables) de l'adhésion du Québec à l'accord constitutionnel de 1982, préconise la primauté de la Charte québécoise par rapport à la Charte constitutionnelle canadienne: quasi constitutionnelle. La Charte québécoise est, selon le document gouvernemental, plus généreuse, plus étendue, plus accessible et moins lourde dans sa procédure d'amendement: en outre, il appartient au peuple du Québec d'«assumer les garanties des droits et libertés et (d') en assurer l'évolution et l'extension sur son territoire sans être contraint par un cadre sur lequel il n'a que peu d'appréhension (d'emprise)» (*ibid.*, 21 mai). Par la suite, le Parti québécois a semblé peu soucieux de relancer le débat sur cette primauté.

de contrôle social d'autant plus efficace qu'il bénéficie de la charge émotive entourant la défense de ces droits: au nom de l'universalité des valeurs reconnues dans les Déclarations des droits, une pression intellectuelle et morale pesante s'exerce contre toute polémique publique portant non pas sur ces principes généraux, effectivement admis, mais bien sur la manière dont ils sont institutionnalisés, sur la gestion qui en est faite. Silence aussi, sur la modification subreptice du régime politique résultant de la constitutionnalisation de la Charte et réalisée par l'élite politique canadienne en dehors de tout débat ou mandat électoral. Finalement, tout se passe comme si s'interroger sur le mode d'emploi des droits de l'homme revenait en quelque sorte à s'opposer à l'idée même de droits fondamentaux.

Sans céder à l'euphorie des politiciens ou à la complaisance des médias, l'analyse doit donc jeter un éclairage sur la portée de cette constitutionnalisation de certains droits, non seulement au strict point de vue de la protection nouvelle qu'ils reçoivent, mais aussi au point de vue de l'évolution d'un régime politique caractérisé à la fois par son origine britannique et sa structure fédérale. Dans le prolongement de cette réflexion, il faut se demander plus concrètement à qui — à quels intérêts, à quelle vision de la société — profitera cette réforme institutionnelle majeure et pourtant si peu questionnée. Deux critères guideront notre démarche: le maintien de la dualité linguistique, juridique<sup>2</sup> et culturelle, qui intéresse au premier chef le Québec, et la participation démocratique des citoyens dans le débat sur les droits et les institutions. Dans cet article, où l'on ne prétend nullement épuiser le sujet, on soutiendra la thèse selon laquelle la constitutionnalisation des droits conduit jusqu'à un certain point à la politisation de la fonction judiciaire, au rétrécissement et à l'affaiblissement du débat démocratique, à l'uniformisation des cultures et des nationalités au Canada.

## I. LA LOI CONSTITUTIONNELLE DE 1982 DANS SON CONTEXTE POLITIQUE

À partir du moment où les droits de l'homme n'apparaissent plus comme déductibles d'une nature humaine connaissable, on est amené à les envisager comme une production sociale; il y a dès lors un débat sur les droits fondamentaux, qui porte nécessairement la marque d'une époque et d'un lieu, celle d'une culture et de cadres sociaux et politiques. Les premières Déclarations américaines et françaises sont adoptées à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, encore que la conception individualiste qui les sous-tend trouve ses origines dans une histoire beaucoup moins proche<sup>3</sup>. Par la suite, le contenu des droits a évolué: sur les libertés individuelles initiales, limitées à l'intervention du pouvoir, sont venus se greffer, en réponse aux mouvements sociaux, les droits économiques, sociaux et culturels, sortes de droits-créances requérant une intervention active de l'État-débiteur; enfin, les «droits de la troisième génération» (droit à la paix, au développement, à l'environnement) commencent à peine à émerger et soulèvent des questions nouvelles.

C'est pourquoi les critiques que Marx adressait aux Déclarations de son temps apparaissent aujourd'hui largement dépassées. C'est le cas de sa dénonciation de la loi contre les coalitions, que les bourgeoisies tardèrent tellement à abroger, et de l'utilisation par cette classe des droits (individuels) de l'homme à l'encontre du droit d'association et de grève. Marx fonde ses commentaires sur la loi française du 14 juin 1791 qui, dans ses articles 1 et 4, interdisait en effet le rétablissement de toute espèce de corporations, sous quelque forme que ce soit, et taxait d'«attentatoires à la liberté et à la Déclaration des droits de l'homme» toute concertation ou convention entre travailleurs de même métier ou profession en vue de la défense de leurs intérêts communs; l'infraction était punissable d'une amende de 500 livres et de la privation pendant un an des droits de citoyen actif<sup>4</sup>.

2. Contrairement aux autres provinces canadiennes, le Québec n'est pas régi, en droit privé, par la *Common Law*, mais par un Code civil fondé pour une bonne part sur l'ancienne Coutume de Paris et modelé sur le Code Napoléon. Divers juristes craignent que le contrôle élargi de la constitutionnalité des lois québécoises n'aboutisse à une certaine uniformisation juridique et que, tentés par le voisinage immédiat d'un puissant voisin et, souvent, la communauté de langue, les juges canadiens ne puisent la plupart du temps leur inspiration dans la très accessible jurisprudence américaine. Ce serait le cas de la Cour suprême, selon Robert Décary: «Il y a souveraineté juridique aussi...», *la Presse*, 10 décembre 1985, cahier A, p. 7.

3. Pour la genèse de la conception moderne de l'individu et notamment du droit de l'individu à la liberté de conscience (religieuse), qui est à la racine des autres aspects de la liberté politique, cf. Louis Dumont, «La conception moderne de l'individu. Notes sur sa genèse, en relation avec les conceptions de la politique et de l'État à partir du XIII<sup>e</sup> siècle», *Esprit*, février 1978, pp. 18-54.

4. Karl Marx, *le Capital*, livre I, 8<sup>e</sup> section, chap. xxviii: Législation sanguinaire, dans Karl Marx, *Œuvres*, Économie I (M. Rubel Éd.), Paris, Gallimard. «Bibl. N.R.F. de la Pléiade», 1963, pp. 1199-1201.

Si la situation décrite par Marx appartient au passé, sa critique plus fondamentale des droits de l'homme n'a pas davantage résisté à l'épreuve du temps. Dans *la Question juive* (1843), il distingue et oppose les droits de l'homme et ceux du citoyen: les premiers sont fondés sur l'individualisme bourgeois propre à la société civile, tandis que les seconds expriment une solidarité politique qui, en fait, ne repose sur rien, faute d'ancrage dans la réalité économique et sociale. L'homme mènerait dès lors une vie double: dans la communauté politique, il se considère comme un être social mais, dans la société bourgeoise, il agit comme un homme privé replié sur ses intérêts personnels et séparé de la communauté. Les droits de l'homme et ceux du citoyen sont fondés sur cette dualité, aussi irréconciliable que celle du ciel et de la terre.

On conviendra sans doute que cette critique de Marx a perdu de sa pertinence dans la mesure où le conflit social trouve un prolongement sur la scène politique par le mécanisme (certes imparfait) de la représentation des intérêts socio-économiques par les partis: dans les régimes démocratiques, le conflit social est institutionnalisé et intégré au système politique, qu'il contribue d'ailleurs à modeler.

Comme toute autre formulation du genre, la loi constitutionnelle de 1982 porte la marque de son époque et, qui plus est, de la conjoncture politique existant alors au Québec et au Canada. Et de constater cette empreinte permet d'apporter un élément de réponse à cette question qu'il faut bien soulever: comment expliquer que, tout à coup et sans que rien ne le laisse présager<sup>5</sup>, un gouvernement porté au pouvoir bien plus souvent qu'à son tour désaisisse la Chambre et le Sénat, qu'il contôle tous deux pourtant étroitement par le biais de sa majorité parlementaire, d'une partie de leurs pouvoirs, pour les transférer à un appareil aussi autonome que le judiciaire? Y avait-il urgence, et quelle était la nature du problème que l'on entendait ainsi régler? Bref, quel est le contexte de la loi et comment se manifeste-t-il dans celle-ci?

Le Québec de 1982 se remet mal de la défaite de l'option souverainiste lors du référendum de mai 1980<sup>6</sup>, et la crise économique ajoute encore à la démoralisation populaire. Au cours des années précédentes, la «question nationale» avait été au cœur du débat politique au Québec; à Ottawa le thème de l'unité du pays était devenu tout aussi obsessionnel. Les laborieuses négociations auxquelles la loi constitutionnelle donna lieu — et dont le Québec fut d'ailleurs exclu lors des entretiens qui aboutirent à un compromis final<sup>7</sup> — s'inscrivent dans une longue suite d'affrontements entre un gouvernement central (libéral) décidé à asseoir sa suprématie et plusieurs provinces jalouses de leur autonomie au sein de la fédération. Au Québec, où l'État provincial s'était considérablement développé et avait joué un rôle majeur dans la modernisation de la société, surtout depuis 1960, la lutte prenait la forme particulière d'un conflit de légitimité entre deux États, central et provincial, tous deux attachés à développer au maximum leur capacité juridique et matérielle d'intervention, et soucieux de rendre plus cohérentes des politiques souvent mal coordonnées, voire contradictoires.

## II. SIGNIFICATIONS DE LA CHARTE

La loi constitutionnelle de 1982 établit la pleine souveraineté du Canada par rapport au Royaume-Uni et fixe la procédure de modification de la Constitution. Elle comprend surtout — c'est sa première partie — une Charte des droits et libertés, qu'elle intègre à la Constitution de 1867; à cette dernière, la loi de 1982 n'apporte par ailleurs que peu de modifications. Même si l'examen de l'ensemble de la loi permettrait d'étayer certaines de nos hypothèses, on se concentrera dans cet article sur la seule Charte. L'extension du contrôle constitutionnel exercé par les tribunaux, appelés désormais à juger de la conformité des lois et règlements avec les principes généraux contenus dans la Charte des droits, implique, en dernier ressort, un transfert de compétence des parlements — central et provinciaux — au judiciaire. Concrètement, cela signifie que la décision ultime reviendra à des juges nommés par le seul gouvernement central; en dernière instance, c'est la Cour suprême qui tranchera, c'est-à-dire un appareil de l'État central, dont le siège est à Ottawa et dont les membres, provenant pour les deux tiers du Canada anglais, sont nommés de façon discrétionnaire par le gouvernement central.

5. À tel point que la version initiale de la Charte donnait une impression de réelle improvisation.

6. Le référendum fut organisé par le gouvernement du Québec: les citoyens de la Province avaient à se prononcer sur un projet de souveraineté liée à la conclusion d'une association économique avec le Canada. Le «oui» obtint quelque 40 % des suffrages.

7. On trouvera une narration de ces événements dans Gil Rémillard, *le Fédéralisme canadien*, t. 2, Montréal, Québec-Amérique, 1985, spéc. pp. 154 ss.

Une lecture de la loi permet de dégager certains indices qui viennent étayer l'hypothèse selon laquelle les promoteurs de la Charte, quelles que soient par ailleurs leurs intentions, ont veillé à ce que celle-ci n'entrave pas l'action de l'État central. À cet égard, on a souligné qu'un document constitutionnel de ce type contenait ordinairement des garanties relatives à l'exercice du pouvoir étendu dont dispose le gouvernement en cas de crise. Rien de tel au Canada, où les situations d'urgence sont visées par la Loi des mesures de guerre; celle-ci, qui date de 1914 et a été utilisée à de nombreuses reprises<sup>8</sup>, permet au gouvernement central de proclamer qu'il existe «un état de guerre, d'invasion ou d'insurrection, réelles ou appréhendées» et d'adopter, après l'entrée en vigueur de cette loi, toute mesure jugée à propos pour «la sécurité, la défense, la paix, l'ordre public et le bien-être du Canada» (art. 2 et art. 3 [3]). Le gouvernement apprécie le degré d'urgence (éventuellement en fonction de ses «appréhensions») et procède à la proclamation, qu'il n'est tenu de soumettre aux Chambres que si celles-ci sont en session<sup>9</sup>. Le pouvoir central est dès lors habilité à légiférer par décret, et son champ d'intervention est d'autant plus étendu que les tribunaux ont reconnu qu'une telle proclamation suspendait le partage des compétences entre l'État central et les provinces.

La loi constitutionnelle n'établit aucun mécanisme de contrôle sur l'évaluation quasi discrétionnaire de l'urgence par le gouvernement canadien. Et, si par ailleurs la constitutionnalisation des droits et libertés met en principe les citoyens à l'abri des mesures gouvernementales abusivement restrictives, elle n'a cependant qu'une portée pratique limitée, vu la réticence traditionnelle du judiciaire à conférer aux libertés un contenu différent de celui du gouvernement élu<sup>10</sup>. L'article 1 de la Charte stipule bien que les droits et libertés qui sont énoncés dans celle-ci «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Mais, en période de crise, quel tribunal ira condamner les mesures gouvernementales en arguant de leur caractère déraisonnable ou injustifiable en régime démocratique? D'ailleurs, l'article 33 de la Charte permet aux gouvernements, par une déclaration expresse dans la loi, de déroger aux principaux articles de la Charte: liberté de conscience, d'opinion et d'association, droit à la vie, protection contre l'emprisonnement arbitraire, contre la discrimination, etc<sup>11</sup>. Bref, en cas d'urgence, la protection ne viendra pas de la Charte.

Autre silence révélateur: la Charte protège bien les individus contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives (art. 8), mais ne fait pas mention d'un concept plus large que l'on trouve dans d'autres documents du genre: la protection de la vie privée. L'omission n'est pas de seule forme si, comme il semble, on exclut de la sorte les intrusions dans la vie privée par l'écoute électronique ou l'ouverture du courrier. En fait, le gouvernement qui a élaboré la loi constitutionnelle de 1982 est aussi celui qui a tenté de couvrir les illégalités reprochées à certains agents de la Gendarmerie royale, et qui a fait adopter une loi très controversée instituant un service civil de renseignement.

Enfin, pour en terminer avec la manière dont la protection des droits est connotée, dans la formulation de 1982, par certaines finalités politiques, on notera que l'article 23 de la Charte est en opposition directe et voulue avec l'article 73 (a) de la loi 101 (sur la langue française) du Québec. Le législateur québécois avait en effet restreint l'accès de l'école publique anglaise aux niveaux primaire et secondaire, aux enfants dont l'un des parents avait effectué ses études primaires dans le système anglais, au Québec; une mesure cependant assouplie par diverses dérogations, comme celle découlant de l'école fréquentée par une sœur ou un frère aîné. En déclarant inconstitutionnel cet article de la loi, la Cour suprême a bien noté le parallélisme existant entre les deux dispositions, celle de la Charte canadienne et celle de la loi québécoise, et a motivé sa décision

8. On calcule que les citoyens ont vécu sous l'empire de la Loi des mesures de guerre pendant environ 40 % du temps qui s'est écoulé entre la guerre de 1914-1918 et le début de 1970. Cf. J.-L. Baudoin, J. Fortin, D. Szabo. *Terrorisme et justice. Entre la liberté et l'ordre: le crime politique*, Montréal, Éd. du Jour, 1970, p. 137. La loi fut de nouveau en vigueur à la fin de 1970, en réponse à l'action du F.L.Q. Les mesures extrêmement rigoureuses et restrictives édictées par le pouvoir dans le cadre de cette loi donnèrent lieu dans leur application à un certain nombre d'abus, comme des arrestations arbitraires.

9. Voir José Woerhling, «La Charte Trudeau ne limite en rien le recours aux mesures de guerre», *le Devoir*, 17 octobre 1980, p. 20. Signalons que quelques éléments de cet article touchent à la version initiale de la Charte, modifiée depuis.

10. Cf. José Woerhling, «La Charte...», art. cité, p. 20.

11. On notera que, par contre, d'autres dispositions à caractère plus politique et sans doute moins universel ne sont pas sujettes à de telles dérogations: droit de s'établir et de travailler sur tout le territoire et accès à l'école de la langue de la minorité d'une Province, notamment.

en soulignant que c'était précisément à de telles règles que les auteurs de la Constitution avaient voulu s'opposer. Il y a tout lieu de penser, de plus, même si cela paraît moins évident, que c'est pratiquement l'ensemble de la politique linguistique du Québec qui pourrait être mis en contradiction avec l'un ou l'autre des articles de la Charte, tant ces derniers sont généraux et prêtent à interprétation. En réalité, le travail de sape est déjà en cours<sup>12</sup>, et ce n'est certainement pas le principe d'interprétation que la Charte énonce à l'article 36 — la valorisation du patrimoine multiculturel — qui servira de rempart.

Pour analyser la portée de la constitutionnalisation des droits de l'homme, il faut cependant dépasser l'approche adoptée jusqu'ici. La recherche d'un dessein politique décelable dans le processus d'imposition de la Charte ou dans le contenu du document doit céder la place à une interrogation plus générale sur l'objet réel du consensus dont font état les partisans de la constitutionnalisation des droits.

### III. AU-DELÀ DU CONSENSUS: LE DÉBAT SUR LES INSTITUTIONS CONCRÈTES

La constitutionnalisation de la Charte canadienne des droits a jusqu'ici été envisagée dans une double perspective: celle, d'abord, de l'apparition et de l'évolution dans le temps de la notion de droits de l'homme et du contenu de ceux-ci; on a ensuite tenté de montrer qu'explicitement et implicitement la Charte canadienne portait, dans une certaine mesure, la marque d'une conjoncture politique dominée par la problématique centralisation-décentralisation, voire souveraineté.

Mais ce n'est pas seulement parce qu'elle est connotée par les enjeux et les rapports de force de l'époque de sa rédaction que la Charte doit être considérée dans ses relations avec le politique. En réalité, le consensus dont les droits fondamentaux jouissent dans nos sociétés porte sur l'existence de tels droits et, pour une bonne part aussi, sur les valeurs les plus générales dont ils sont l'expression; cependant cet accord est beaucoup plus fragile et l'unanimité peut faire place au débat et au conflit lorsque l'on applique ces principes généraux à des situations ou conjonctures historiques concrètes ou lorsque l'on articule ces droits entre eux, opération qui implique des limitations réciproques. Ainsi, la Ligue des droits et libertés du Québec se fait certainement une idée très différente de l'application des droits et libertés sur le territoire que les gouvernements, notamment central<sup>13</sup>.

#### a) LA PRODUCTION SYMBOLIQUE DE LA NORME JURIDIQUE

L'État de droit repose sur un ensemble de principes, et tout particulièrement ceux de la primauté du droit, de la hiérarchie des normes juridiques et de la séparation des pouvoirs. Les règles de droit forment une construction hiérarchisée, avec à son sommet la Constitution; tout l'édifice juridique est donc censé s'édifier en conformité avec ces normes supérieures, bien qu'il existe une assez grande diversité parmi les régimes démocratiques en ce qui concerne le contrôle effectif de la constitutionnalité des lois: qu'il suffise d'évoquer ici la place occupée par le judiciaire dans le système américain ou, à l'opposé, la primauté du Parlement dans le régime politique britannique.

La constitutionnalisation de la Charte rapproche le régime canadien du modèle américain. Or, on sait combien l'interprétation de la Constitution par la Cour suprême des États-Unis a contribué à la centralisation d'un pays dont certains spécialistes se sont interrogés sur le point de savoir si le régime fédéral n'y était pas moribond<sup>14</sup>. Or, pour notre propos, l'important n'est pas tant le résultat de cette intervention judiciaire dans le champ politique que le mécanisme par lequel les tribunaux «déduisent» des solutions à partir des principes constitutionnels. Pour formuler la chose

12. Voir notamment José Woerhling, «De l'effritement à l'érosion», *le Statut culturel du français au Québec*, Actes du congrès «Langue et société au Québec», Québec, Éditeur officiel, 1984, pp. 416-434.

13. Voir le dossier accusateur présenté par un comité de la Ligue et qui porte notamment sur les attaques de l'État contre les droits et libertés démocratiques et sur les législations relatives à la tristement célèbre «sécurité nationale»: *la Police secrète au Québec. La tyrannie occulte de la police*, Montréal, Québec-Amérique, 1978.

14. Voir Hubert Kempf et Marie-France Toinet, «La fin du fédéralisme aux États-Unis?», dans *Des États-Unis à l'État uni* (numéro spécial), *Revue française de science politique*, août 1980, pp. 735-775. Également: Marie-France Toinet, «L'État américain», *le Débat*, septembre 1985, n° 36, pp. 41-62. Cette évolution est d'autant plus remarquable que les États américains détenaient, contrairement aux Provinces canadiennes, les pouvoirs résiduels (c.-à-d. non attribués par la constitution à l'État central).

en termes plus sociologiques, nous dirons que des *normes* juridiques d'une importance primordiale, ont été jugées découler, ou au contraire contredire, des *valeurs* inscrites dans la constitution. Or de telles déductions du général au spécifique ne sont pas analysables comme des opérations purement logiques. Il convient plutôt de souligner la nature symbolique de la relation unissant la valeur et ses «applications» normatives.

On ne s'étendra pas sur ce point, qui devrait être facilement admis, nous semble-t-il. Tout au plus l'illustrera-t-on par l'évocation de deux jugements récents de la Cour supérieure, le premier en date du 26 mars 1982, le second du 28 décembre 1984. Tous deux portent sur la compatibilité entre la liberté d'expression reconnue dans la Charte des droits et libertés du Québec et les restrictions apportées par le législateur québécois à l'affichage commercial dans d'autres langues que le français, mais ils aboutissent à des conclusions différentes: pour le juge Dugas, «l'argument fondé sur la liberté d'expression se dissout de lui-même dès qu'il apparaît que la liberté de dire reste entière<sup>15</sup>»; pour le juge Boudreault, par contre, on ne peut pas plus dissocier le choix de la langue d'affichage de la liberté d'expression que la forme du fond<sup>16</sup>.

De ceci, on retiendra que l'opération de spécification d'une norme générale supérieure à une norme régissant un domaine plus particulier ne relève ni du domaine de la logique ni de celui de l'évidence, mais constitue bien une construction sociale réalisée par les différents acteurs impliqués dans le processus judiciaire. Plus les principes supérieurs sont généraux, comme dans le cas d'une Charte des droits, plus les interprétations possibles de la symbolique juridique apparaissent diverses et, pour autant, contestables<sup>17</sup>.

Au moins, dans d'autres domaines que celui du respect des droits fondamentaux reconnus par la Constitution, la jurisprudence fournit-elle des cadres de référence plus ou moins stricts, balisant le caractère discrétionnaire de la signification concrète à donner aux concepts juridiques, sinon dans le passé au moins dans le futur. Quant à la comparaison avec les décisions judiciaires prises dans d'autres États démocratiques relativement aux droits de l'homme, elle pose en fait le problème de la relative clarté des précédents, ainsi que du choix de la société de référence, puisqu'il n'y a pas toujours convergence dans ces domaines. De plus, lorsque le tribunal préfère ne pas retenir la solution suggérée par le droit international, il lui sera sans doute loisible de se référer à un «processus d'interprétation qui tienne essentiellement compte du contexte canadien»<sup>18</sup>, ou de rejeter une interprétation étrangère parce que le système juridique de ce pays ou ensemble de pays présente des différences singulières avec le système canadien<sup>19</sup>.

#### b) L'ARTICULATION DES DROITS ET LIBERTÉS ENTRE EUX

Les Déclarations ou Chartes des droits de l'homme contiennent toujours nombre de concepts dont la généralité fait à la fois la force et l'imprécision. La Charte canadienne n'échappe pas à la règle, sans même parler de son article premier, déjà cité. Cependant, tout autant que dans l'interprétation, le contenu concret d'un droit s'établit grâce à l'articulation opérée par le judiciaire entre ce droit et d'autres avec lesquels il entre en concurrence. Ainsi, l'exercice de la liberté de religion trouve une limite dans le droit à la vie, dans le cas de parents qui refuseraient les soins médicaux à leur enfant, en raison de leurs convictions<sup>20</sup>. En réalité, cette articulation est à l'origine des institutions concrètes d'une société, et l'on risque d'observer plus de différences à ce niveau, entre pays appartenant à une même civilisation, qu'au plan plus général des droits et libertés reconnus dans chacun d'eux.

Or, l'opération d'articulation des droits de l'homme sera d'autant plus complexe que cohabitent sous cette notion deux<sup>21</sup> catégories de droits clairement distincts et même jusqu'à un certain point

15. *Devine c. Procureur général du Québec*, [1982] C.S. 355, 380.

16. *Ford c. Procureur général du Québec*, [1985] C.S. 147.

17. Ainsi, du droit à la vie conclura-t-on à la protection du fœtus contre l'avortement dans les premiers mois de la grossesse? De la liberté d'association déduira-t-on l'inconstitutionnalité de la cotisation obligatoire ou de la clause de l'atelier fermé?

18. Voir Daniel Turp, «Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés: un bilan jurisprudentiel», *Revue juridique Themis. La Charte canadienne des droits et libertés: concepts et impacts* (n° spécial), 1984, vol. 18, pp. 355-404, spéc. p. 385.

19. *Ibid.*, p. 387.

20. Sur ce point, voir Monique Ouellette, «La Charte canadienne et certains problèmes de bioéthique», *la Revue juridique Themis*, n° spécial cité, spécialement pp. 273-277.

21. Et même trois catégories, si l'on inclut les droits dits de la troisième génération: paix, environnement, etc.

contradictoires. Très sommairement tracée<sup>22</sup>, l'opposition concerne, d'une part, les droits classiques, qui reconnaissent une sphère d'autonomie à l'individu, et, d'autre part, les droits économiques, sociaux et culturels, postérieurs aux premiers, sortes de droits-créances que détiennent des catégories d'individus et pour la réalisation desquels l'intervention active de l'État est nécessaire. Comme le souligne Danièle Loschak, il peut y avoir antinomie entre ces deux classes de droits de l'homme, bien qu'elles soient toutes deux et chacune à son niveau, libératrices: les droits individuels peuvent faire obstacle à l'action de l'État et à son efficacité; à l'inverse, les droits économiques et sociaux, qui nous rendent moins dépendants des hasards de l'existence (maladie, perte d'emploi...), sont mis en œuvre par l'État, qui intervient ainsi dans des sphères de plus en plus étendues de la vie, et les régleme: pas de droit à la santé sans une certaine normalisation par l'État du comportement du patient.

Bref, l'articulation des droits, la traduction de ceux-ci en institutions concrètes est largement indéterminée au plan juridique. Posons-nous alors la question: les deux opérations complémentaires que nous avons successivement envisagées, soit la spécification des principes généraux contenus dans la Charte et la limitation réciproque de leur application lorsqu'ils entrent en compétition, sont-elles de nature politique ou judiciaire?

#### IV. L'OPPOSITION DU POLITIQUE ET DU JUDICIAIRE

Opposant l'intervention judiciaire à l'action politique, Otto Kirchheimer soutient que la première tranche des conflits limités entre acteurs individuels ou collectifs, sur la base de règles de droit préétablies, tandis que la seconde consiste à opérer un choix entre des valeurs ou intérêts collectifs divergents et modifie ou consolide des relations de pouvoir. La justice aurait donc une fonction spécifique d'individualisation des valeurs instituées. Bien entendu, il existe des liens entre ces deux types de phénomènes, ne serait-ce que parce que les juges sont généralement nommés par l'autorité politique, et parce que cette dernière élabore les normes juridiques au moyen desquelles le système judiciaire résout les litiges particuliers portés devant lui<sup>23</sup>.

Mais il existe autre chose que des ponts entre le judiciaire et le politique: dans la réalité, de nombreux phénomènes observables présentent à la fois des caractéristiques typiques du politique et d'autres propres au judiciaire. De telle sorte qu'il serait possible d'établir un continuum de phénomènes concrets allant d'un pôle extrême purement judiciaire à un autre exclusivement politique, en passant par des réalités plus complexes, tenant à la fois de l'un et de l'autre. Pour effectuer cette démarche et placer dans le continuum le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, on a cependant besoin de préciser ces deux types idéaux.

Pour P.H. Gulliver, à l'état pur, le processus judiciaire comprend trois éléments: l'intervention d'une tierce personne (le juge par exemple), dotée de l'autorité et de la responsabilité de trancher dans le litige opposant les parties, et dont le jugement reposera sur des normes préétablies et s'imposera aux parties. Par contre, le processus politique ou la négociation aboutissent à une solution qui découle des rapports de force entre les adversaires, non de la décision d'un tiers investi d'une autorité, et son contenu ne se fonde pas sur des normes collectives<sup>24</sup>.

Bien que plusieurs critiques puissent être adressées à cette construction idéaltypique, nous pensons qu'elle conserve néanmoins une certaine validité. Envisageons d'abord les limites des critères retenus en portant l'attention sur la conception générale qui les sous-tend: l'omnipotence de la norme dans le processus judiciaire. Or, les interactionnistes symboliques, comme G.H. Mead, H.D. Dunkan et E. Goffman nous ont appris à considérer la signification prêtée à une action (donc son rapport aux normes et le contenu de celles-ci) comme le résultat d'une sorte de processus de «négociation» entre les acteurs impliqués<sup>25</sup>. Naturellement, ceux-ci ne disposent pas nécessairement

22. Pour une analyse moins sommaire, consulter Danièle Loschak, «Mutation des droits de l'homme et mutation du droit», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° spécial: *les Droits de l'homme dans la crise de l'État-Providence*, 1984, n° 13, pp. 49-88, spéc. pp. 66-74.

23. Otto Kirchheimer, «Politics and Justice», dans F.S. Burin, K.L. Shell (Édit.): *Politics, Law and Social Change: Selected Essays of Otto Kirchheimer*, N.Y., Columbia University Press, 1969, pp. 408-427, spéc. pp. 408-411. Voir aussi son *Political Justice. The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton University Press, 1961.

24. Cf. *Social Control in an African Society*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1963, spéc. pp. 297-298.

25. Voir dans ce sens Arthur Brittan, «The Symbolic Dimension of Law and Social Control», dans Adam Podgorecki, Christopher J. Whelan, *Sociological Approaches to Law*, New York, St-Martin's Press, 1981, pp. 167-185.



d'un pouvoir égal de marchandage et leur marge de manœuvre respective est réduite dans la mesure où d'autres acteurs, en particulier leurs pairs, manifestent des attentes à leur égard et exercent par là un contrôle social sur leurs comportements.

Un raisonnement similaire peut être tenu en matières judiciaires : dans la théorie de l'étiquetage par exemple, la frontière entre la qualification d'un acte comme déviant ou conforme n'est pas nécessairement établisable a priori<sup>26</sup>. Bref, dans le cadre de cette problématique générale, comme d'ailleurs pour les tenants de la théorie du conflit, une norme n'est pas quelque chose d'extérieur imposé par une autorité quelconque, mais le produit jamais fini de l'interaction ou des rapports sociaux. Et il n'existe aucune raison pour que la norme juridique échappe à cette « négociation », malgré sa formalisation.

Si les parties jouissent d'une certaine latitude dans le choix et l'interprétation de la norme, a fortiori peut-on parler de la grande marge de liberté du juge, de son poids considérable dans la « négociation » en cours. Plus les normes applicables à l'objet du litige sont conflictuelles, plus le juge pourra choisir parmi elles; plus les normes sont vagues ou ambiguës, plus il aura la capacité d'imposer sa propre interprétation. Ce à quoi il faut ajouter la capacité d'innover dans les solutions, ou encore le pouvoir qui découle de l'adéquation à effectuer entre les normes et les actes. En somme, quelle que soit la capacité de négocier des parties, c'est finalement le juge qui décide, et il n'est pas rare que des décalages perdurent entre les normes sociales et celles retenues par le judiciaire.

Cependant, si la norme n'est pas véritablement préétablie, mais plutôt construite par les parties et surtout le juge, il faut s'interroger sur les facteurs qui sont à l'œuvre dans la production de la norme. Il faut de plus, comme le souligne Sally Falk Moore, se garder de confondre la forme et le fond, la référence à des normes juridiques dans un jugement et les considérations qui déterminent en fait la décision du juge; le recours aux normes, vu la légitimité dont celles-ci jouissent, peut en effet masquer des actes de pouvoir derrière l'exercice apparent de l'autorité<sup>27</sup>, présenter ce qui est rapport politique comme la simple énonciation d'un droit préétabli.

Malgré ses limites, l'idéaltype proposé par Gulliver demeure un instrument utile pour l'analyse. Car il reste vrai que le règlement judiciaire est pour une bonne part imposé par une autorité non impliquée directement dans le litige. De plus, les tribunaux sont régis par des règles du jeu qui leur sont propres, et les pressions et influences qui s'y exercent ne sont pas nécessairement identiques à celles qui ont cours dans l'arène politique: l'idéologie de l'indépendance de la magistrature ou l'existence de traditions spécifiques et d'un esprit de corps en portent témoignage. Enfin, pour symbolique qu'elle soit, la norme juridique peut revêtir un sens passablement rigide, en rapport avec sa précision conceptuelle et la convergence de la jurisprudence. On peut maintenant s'attaquer à la question du rôle de la justice dans les rapports politiques.

## V. DE LA JUSTICE POLITIQUE A LA POLITISATION DE LA FONCTION JUDICIAIRE

Soulignant la contradiction intrinsèque entre le judiciaire et le politique, Otto Kirchheimer définit la justice politique comme « l'utilisation de procédures judiciaires à des fins politiques<sup>28</sup> », qui peuvent être d'éliminer des adversaires de la scène politique, ou encore d'influencer l'opinion publique en faisant du défendeur l'incarnation de tendances sociales indésirables. Pour cet auteur, plusieurs niveaux de justice politique seraient envisageables, allant du procès criminel ordinaire dans lequel seules la personnalité ou les motivations de l'inculpé présentent une dimension politique, jusqu'au délit politique artificiellement créé. Plus récemment, mais dans la même veine, S.E. Barkan a démontré l'efficacité de la répression exercée contre le Mouvement pour les droits civils là où ses adversaires sudistes, plutôt que d'utiliser des moyens ouvertement violents, ont fait appel à des techniques « légales »: arrestations, cautionnements élevés, injonctions sans fondement juridique, procédures judiciaires irréguliers<sup>29</sup>.

26. Pour un survol de ce courant de pensée, cf. Philippe Robert, Georges Kellens, « Nouvelles perspectives en sociologie de la déviance », *Revue française de sociologie*, XIV, 1973, pp. 371-395.

27. Sur tous les points précédents, cf. Sally Falk Moore, *Law as Process: An Anthropological Approach*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978, chap. 6 et spéc. pp. 209-211.

28. Voir son « Politics and Justice » déjà cité, p. 408.

29. Steven E. Barkan, « Legal Control of the Southern Civil Rights Movement », *American Sociological Review*, août 1984, pp. 552-565.

Par rapport aux trois critères dégagés par Gulliver, la justice politique qu'envisagent Kirchheimer ou Barkan apparaît comme une véritable perversion de l'institution. Le juge y est bien extérieur aux parties, mais en fait il s'identifie à l'une d'elles par connivence idéologique ou soumission au pouvoir dominant. Les normes y sont bien invoquées, mais il n'y a là qu'une rationalisation de l'utilisation et du détournement systématiques du droit à des fins politiques. Le principe d'une autorité responsable du règlement des litiges demeure formellement, mais l'absence des deux autres critères en affaiblit singulièrement la portée.

En accord avec Kirchheimer, nous considérons que la justice est politique dans la mesure où elle intervient dans les rapports de pouvoir, pour les conforter ou les modifier<sup>30</sup>. Cependant, comme on vient de le voir, le concept de justice politique vise souvent des situations extrêmes de subordination du judiciaire au politique à des fins répressives. C'est pourquoi l'utilisation d'un autre concept nous paraît recommandé pour désigner les phénomènes dont nous avons à traiter dans cet article: nous parlerons ici de politisation de la fonction judiciaire.

Dans cette optique, nous considérons comme politique l'activité du judiciaire chaque fois qu'elle consiste à conférer une signification nouvelle à une norme juridique ou à en «déduire» de nouvelles spécifications non prévisibles en droit, et que cette opération entraîne une modification dans les rapports de force dans la société; sera de nature politique également, toute intervention par laquelle le tribunal apporte des solutions plus collectives qu'individuelles aux conflits et se substitue ainsi aux mécanismes politiques ordinairement prévus à cette fin. Bref, chaque fois que le judiciaire crée une nouvelle norme collective et, de ce fait, redistribue les ressources matérielles, symboliques ou coercitives entre les groupes, il y a politisation.

Le problème posé par des incursions des tribunaux dans le champ politique renvoie en partie à la légitimité que l'idéologie de l'indépendance et de la neutralité de la justice confèrent à la solution retenue. Le court-circuitage du débat démocratique, qu'illustre bien la retenue à observer dans les litiges *sub judice*, est une autre conséquence de cette politisation de la fonction judiciaire.

## VI. CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ ET DÉMOCRATIE

Par l'inclusion d'une Charte des droits dans la constitution, les tribunaux se sont vu reconnaître un droit proprement politique puisque, comme on a cherché à le montrer, leurs décisions découleront d'une évaluation fondée beaucoup moins sur des critères juridiques formels que sur leurs conceptions de ce qui est socialement désirable «dans une société libre et démocratique». Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois apparaît d'autant plus contraignant qu'il s'exerce pratiquement en dernier ressort, vu la difficulté d'amender la Constitution en régime fédéral.

La clause de dérogation (art. 33, déjà mentionné) apparaît d'autre part d'un maniement délicat, sauf en période de crise évidemment. La légitimité qui s'attache à la notion de droits de l'homme et, par conséquent, aux documents qui les objectivent, limitera probablement considérablement le recours à cette échappatoire, et cela même au Québec<sup>31</sup>. Du reste, y recourir de façon régulière, reviendrait en pratique à contester la pertinence de la constitutionnalisation des droits.

Enfin, en 1981, la Cour suprême a fait appel à un principe nouveau selon lequel il lui fallait donner une interprétation «large et généreuse» au texte constitutionnel, par opposition à la retenue préconisée jusque-là<sup>32</sup>. Quelles sont alors les conséquences prévisibles ou envisageables de ce pouvoir étendu du judiciaire, au double point de vue que nous avons retenu: débat démocratique sur les institutions et les droits, maintien de la spécificité culturelle et linguistique des deux peuples? Tout d'abord, les caractéristiques de l'appareil judiciaire lui confèrent-elles une compétence particulière pour trancher des litiges de nature politique? A priori, la réponse doit être négative: les tribunaux jugent au cas par cas, ce qui rend difficile la formulation d'une politique d'ensemble; la Cour est

30. Cf. «Politics and Justice», *op. cit.*, p. xxxi (introduction par John H. Herz et Erich Hula).

31. Malgré des pressions nombreuses, le gouvernement du Parti québécois avait recours systématiquement à la clause de dérogation, qui lui permettait d'échapper dans une certaine mesure aux effets d'une modification constitutionnelle qu'il n'avait pas signée et qui dépossédait le Parlement provincial de certaines de ses compétences. Il est probable que le nouveau gouvernement québécois (libéral) adoptera une position différente.

32. Cf. José Woehrling, «La constitution et les français...», art. cité, pp. 421-422. L'auteur renvoie à l'affaire *Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312. En ce qui concerne le contrôle judiciaire de la constitutionnalité, Woehrling distingue celui, très acceptable, qui s'exerce sur le respect de la procédure et celui qui porte sur le contenu de la loi. Cf. «Entre la retenue judiciaire et l'activisme judiciaire: le conseil constitutionnel français et la protection des droits fondamentaux», *Revue juridique Themis*, vol. X, n° 3, 1975, pp. 493-559.

passive, s'en remettant aux parties pour formuler un problème et présenter leur preuve. Par ailleurs, à partir du moment où l'on évalue un litige sous l'angle de l'utilité sociale<sup>33</sup>, le recours aux sciences sociales ou humaines (science politique, économie, sociologie, psychologie, histoire...) et à des experts apparaît souvent inévitable<sup>34</sup>; or, les hommes de loi ne paraissent pas spécialement qualifiés dans ces domaines, du moins si l'on considère leur formation: en particulier, celle-ci met l'accent sur la notion d'adversaire, peu propice à la recherche désintéressée de la vérité<sup>35</sup>.

En ce qui concerne les effets du contrôle de la constitutionnalité des lois par un organe judiciaire, ce n'est sans doute pas faire injure aux juges que de rappeler qu'ils ne sont pas à proprement parler responsables devant le peuple, ce dont atteste leur nomination à vie. Ils appartiennent en fait à une institution de type oligarchique et dont les diverses instances sont hiérarchisées (ce qui n'enlève rien à la place essentielle du judiciaire dans la constitution d'un régime démocratique et d'un État de droit: suprématie du droit, séparation des pouvoirs et indépendance). On peut bien présumer que cet appareil non démocratique de l'État prendra le plus souvent des décisions favorables à la participation démocratique des citoyens<sup>36</sup>; en fait, rien ne pourrait l'y contraindre: l'irresponsabilité du judiciaire découle directement de ce qu'il n'a pas été conçu pour élaborer des politiques.

L'influence des attitudes et valeurs des juges sur la résolution des litiges limités opposant des particuliers a déjà fait couler beaucoup d'encre. On ne s'y attardera pas dans la mesure où l'on admet que le contrôle de la constitutionnalité des lois par rapport à la Charte est un processus politique et est donc, par définition, directement influencé par les valeurs et idéologies des décideurs<sup>37</sup>. Au Canada deux indicateurs de ces orientations des juges méritent d'être mentionnés. Tout d'abord, depuis la Cour supérieure jusqu'à la Cour suprême, les juges sont nommés de façon discrétionnaire par le gouvernement central, et un pourcentage non négligeable d'entre eux ont exercé des activités politiques avant d'être élevés à la magistrature<sup>38</sup>. Comme la scène politique centrale est dominée par deux partis assez proches idéologiquement — conservateur et libéral —, avec un très net avantage pour le deuxième, on a là sans doute un premier indice des orientations générales de nos magistrats, qu'il faut sans doute nuancer par le souci d'impartialité lié à la fonction. L'autre indice, qui concerne cette fois la seule Cour suprême, réside dans la composition de cette dernière: les Canadiens des provinces anglaises y sont majoritaires aux deux tiers (six sur neuf)<sup>39</sup>; or, non seulement leur culture juridique est distincte, mais aussi certaines attitudes politiques pourraient différer jusqu'à un certain point de celles de leurs collègues francophones, comme en ce qui concerne le rôle respectif des États central et provinciaux, ou peut-être la manière d'articuler les libertés individuelles et les droits économiques, sociaux et culturels. Si, comme l'affirme Henry S. Commager, le contrôle de la constitutionnalité par les tribunaux ne vise pas seulement à freiner la tyrannie de la majorité, mais aussi, implicitement, à «harmoniser» le système fédéral<sup>40</sup>, cette composition de la Cour donne matière à réflexion.

Pour plusieurs raisons, la Cour suprême ne peut s'écarter longtemps et de façon significative des orientations de la coalition politique au pouvoir: âge des juges et remplacement de ceux qui

33. Aux États-Unis, la Cour suprême a généralement mené ses analyses en termes de conséquences, même si elle a rationalisé ses décisions en termes de conformité au droit. Cf. Arthur S. Miller, Ronald F. Howell, «The Myth of Neutrality in Constitutional Adjudication», dans Leonard W. Levy (Édit.): *Judicial Review and the Supreme Court*, New York, Harper Torchbooks, 1967, p. 235.

34. Voir la compilation de ces expertises que reproduit Roger Cotterrell, *The Sociology of Law: An Introduction*, Londres, Butterworth, 1984, p. 254.

35. Leonard W. Levy. «Judicial Review, History and Democracy: An Introduction», dans L.W. Levy (Édit.), *Judicial Review...*, op. cit., p. 29.

36. Aux États-Unis, durant la période de McCarthy, la Cour suprême s'est montrée favorable aux restrictions des droits. Selon John P. Frank, «the dominant lesson of our history in the relations of the judiciary to repressions is that courts love liberty most when it is under pressure least». Cité dans L. W. Levy, «Judicial Review...», op. cit., pp. 19-20.

37. Si certains juges prennent soin de sauvegarder l'image de leur neutralité, d'autre par contre sont beaucoup moins discrets à cet égard. Voir par exemple l'extrait du jugement Deschênes relatif à l'accès à l'école anglaise (1982 C.S. 673-709) reproduit dans Pierre Carignan, «De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec», *Revue juridique Themis*, n° spécial cité, pp. 1-104, spéc. pp. 96-97. L'auteur se montre surpris de la sortie du juge et conteste son argumentation juridique.

38. Voir Jérôme Choquette (ancien ministre libéral au Québec), *la Justice contemporaine*, Éditeur officiel du Québec, 1975, pp. 160-161. Selon le ministre, 20 % des juges de la Cour supérieure ont été députés ou candidats à une élection avant d'être nommés, et 14 % des magistrats de la Cour d'appel ont des antécédents du même ordre. Ainsi que le constate un comité de l'Association du Barreau canadien sur la nomination des juges, dont le rapport a été publié partiellement dans *le Devoir*, les 17 et 18 septembre 85, pp. 9 et 11. «l'actuel système de sélection et de nomination au niveau fédéral (central) est, à plusieurs égards, ouvertement dominé par des considérations politiques» (*ibid.*, 18 septembre p. 11).

39. En fait, parmi les trois juges du Québec, il y a souvent eu un anglophone.

40. Dans son *Majority Rule and Minority Rights*, p. 27, cité par L.W. Levy, «Judicial Review...», op. cit., p. 17.

décèdent ou prennent leur retraite par des titulaires dont les opinions sont plus proches de celles du gouvernement<sup>41</sup>, nécessité de la collaboration d'autres appareils de l'État pour traduire dans la réalité les décisions judiciaires, danger de perdre sa légitimité en cas de conflits répétés avec les élus. En réalité, la politisation de la fonction judiciaire entraîne cet appareil à faire partie, d'une certaine façon, de la coalition dominante, comme aux États-Unis<sup>42</sup>, ou à refléter les consensus dominants et à marginaliser les minoritaires, comme en Allemagne<sup>43</sup>. À Ottawa, les consensus ne sont pas nécessairement identiques à ceux qui peuvent exister au Parlement de Québec; on peut prédire sans trop de risque qu'un certain nombre d'orientations trouveront peu d'écho dans les jugements de la Cour suprême, et pas davantage dans le système judiciaire pyramidal qu'elle couronne.

Enfin, il peut être très confortable pour un gouvernement, provincial en particulier, d'éviter de prendre certaines décisions politiquement compromettantes et sources de tensions internes dans le parti en se retranchant derrière la «neutralité» du tribunal. Par ailleurs, il semble bien que la légalisation du conflit, c'est-à-dire le transfert institutionnel de celui-ci de la scène politique vers des appareils de type judiciaire<sup>44</sup>, tend à lui conférer une fonction conservatrice: les acteurs s'y affrontent avec les attributs qui leur sont reconnus à ce moment dans la société, tandis qu'un conflit mené en termes de rapports de force peut être mobilisateur et correcteur d'inégalités<sup>45</sup>; le juridique est, dans ce dernier cas, en interaction avec le mouvement social au lieu de se substituer aux acteurs dans la recherche des solutions.

## VII. PERSPECTIVES ET INTERROGATIONS

Claude Lefort a bien montré comment, à un niveau très général et abstrait, les droits individuels, la démocratie et les droits économiques, sociaux et culturels étaient en relation de complémentarité et se nourrissaient mutuellement<sup>46</sup>. Cependant, ces conclusions ne s'imposent pas nécessairement lorsque l'on passe de ce niveau d'analyse à un autre, de la conscience des droits de l'homme à leur objectivation et aux mécanismes par lesquels ils sont promus et protégés dans une société donnée, et que l'on inscrit ces constructions sociales dans des cadres concrets: il existe diverses façons de veiller à la conformité des normes juridiques avec les droits de l'homme tels qu'ils sont connotés par une culture, et ces modalités portent des effets distincts dans des contextes différents. La solution adoptée au Canada nous paraît attribuer aux juges un pouvoir de gouvernement très étendu, pratiquement dépourvu de mécanismes correcteurs et dont nul ne connaît les frontières. La portée de la modification constitutionnelle et ses conséquences prévisibles peuvent être analysées à quatre niveaux: la protection des droits, le maintien d'un État de droit, le rôle social et économique de l'État, le système fédéral.

En ce qui concerne la protection des droits, l'intervention judiciaire apparaît comme un mécanisme lourd et coûteux, dont il n'est pas évident que les minorités (entendues dans le sens sociologique et non démographique: groupes marginalisés dépourvus de pouvoir) seront les principaux bénéficiaires. D'autre part, les individus jouissent-ils d'une garantie supérieure, et jusqu'à quel point, lorsque l'interprétation des droits est abandonnée à la discrétion du judiciaire? Enfin, les fonctions de contrôle social sont exercées pour une bonne part, dans nos sociétés, à l'intérieur même des organismes privés et des grandes organisations; or, la protection constitutionnelle exclut, en raison du partage des compétences entre les niveaux de gouvernement, tout ce pan des relations sociales.

L'État de droit et la suprématie de la règle juridique cessent d'être la mystification longtemps dénoncée par les marxistes lorsque la loi peut être interpellée, objet d'un débat social sur son sens,

41. Actuellement, certains juges américains à la santé chancelante attendraient un changement politique pour démissionner de leur poste, afin d'éviter le renforcement de la tendance conservatrice au sein de la Cour suprême. Voir Schofield Coryel, «La bataille de la Cour suprême», *le Monde diplomatique*, août 1985, p. 28.

42. Voir Robert A. Dahl, «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker», *Judicial Review...*, *op. cit.*, pp. 105-123, spéc. p. 121.

43. Friedhelm Hase, Matthias Ruete, «Constitutional Court and Constitutional Ideology in West Germany», *International Journal of the Sociology of Law*, 10, 1982, pp. 267-276.

44. Voir les types idéaux mentionnés antérieurement.

45. C'est le conflit libérateur, que Richard L. Abel oppose au conflit conservateur dans son «Conservative Conflict and the Reproduction of Capitalism: The Role of Informal Justice», *International Journal of the Sociology of Law*, 9, 1981, pp. 245-267, spéc. pp. 250-251.

46. Claude Lefort, «Les droits de l'homme en question», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° spécial cité, pp. 11-48.

sa portée, ses applications: c'est en cela que l'ordre juridique se distingue de la discipline (au sens où l'entend Foucault)<sup>47</sup>, qui règne en maître dans les institutions totalitaires (asiles, prisons, etc.). Déjà écorchée dans le cadre de l'État-Providence, afin d'assurer à l'intervention de l'État souplesse et efficacité, la suprématie du droit est cette fois grugée par en haut: un appareil d'État décide du sens et de la portée du droit, de la légitimité de la norme qui en découle. «L'imprudence de la démocratie», pour reprendre l'expression de l'Américain Hamilton en 1787<sup>48</sup>, était-elle flagrante au point de mériter un tel contrepois?

À quelques exceptions près, dont l'article 23 déjà mentionné, la Charte protège exclusivement les droits et libertés individuels. Les choix de société et le rôle parfois très utile de l'État (comme agent de transformations économiques, sociales et culturelles et promoteur de l'égalité et de nouveaux droits) pourront désormais être contestés ou bloqués par une minorité conservatrice devant les tribunaux. La méfiance envers les projets collectifs s'inscrit bien dans les modes intellectuelles du jour. À terme, ses conséquences peuvent être inattendues. Vilipendé de toutes parts et accablé d'injures (bourgeois<sup>49</sup>, raciste<sup>50</sup>), Marx tiendrait-il enfin sa revanche: l'État, en société capitaliste, ne pourrait-il être démocratique que formellement? Sans le prétendre aucunement, on peut néanmoins relever que la protection des individus contre les interventions jugées illégitimes de l'État sera assumée par un appareil de ce même État, bien à l'abri des pressions populaires.

Enfin, le travail d'uniformisation normative à l'échelle canadienne, qui découlera des nouvelles attributions de la Cour suprême malgré l'article premier déjà cité, renforcera le caractère déjà «fortement centralisé<sup>51</sup>» du fédéralisme canadien. Notons simplement ici que la reconnaissance de la dualité des peuples fondateurs du Canada est faiblement institutionnalisée au plan de l'État central, sauf en ce qui concerne la reconnaissance des deux langues officielles: même avant son évolution fédéralisante récente, l'État belge reflétait, à maints égards, plus fidèlement les deux cultures de la population. Les consensus dominants s'en ressentent, à Ottawa.

Terminons sur deux paradoxes résultant du mode d'emploi canadien des droits de l'homme. Pour protéger l'individu contre la main-mise de l'État, on s'en remet à un appareil de ce même État, sur lequel il n'existe pratiquement pas de contrôle. Pour protéger les minorités contre la tyrannie de la majorité, on restreint les compétences et on censure le législateur québécois. La minorité nationale est en liberté surveillée. Le citoyen est sous tutelle. Protection encombrante? Sans doute, mais les libertés sont sauvées...

## RÉSUMÉ

La portée de la constitutionnalisation d'une Charte des droits au Canada est analysée à partir d'un type idéal opposant le politique au judiciaire. Le contrôle de la constitutionnalité de la loi par l'appareil judiciaire, qui est ainsi considérablement étendu, relève à la fois de l'un et l'autre de ces modes d'intervention, en principe contradictoires. Il y a politisation de la fonction judiciaire, tant par la nature collective des normes dégagées et leur impact sur les rapports de force que par le caractère quasi discrétionnaire de l'interprétation des droits. Quant aux effets de ce transfert de compétence des parlements vers les tribunaux, ils peuvent s'évaluer en termes de perte de contrôle des citoyens sur leurs institutions et d'affaiblissement de l'autonomie du Québec au sein du système fédéral. Comme quoi, les droits de l'homme sont une chose, leur objectivation et les institutions concrètes qu'on en «dédit» en sont une autre. D'où la question du mode d'emploi des droits de l'homme, qui est aussi celle de l'opportunité ou de la nature du contrôle de la constitutionnalité des lois, et, le cas échéant, du choix et des caractéristiques de l'appareil chargé de cette fonction.

## SUMMARY

The scope of the constitutionalization of a Charter of Rights in Canada is analyzed here from the point of view of an ideal type which opposes the political and the legal. The control of the constitutionality of law by the legal system, which is thereby considerably extended, comes under both political and legal modes of

47. Voir Antoine Jammaud, «La démocratie de la société à la merci des ambiguïtés de l'État de droit», Communication présentée au groupe de travail *Derecho y sociedad*, C.L.A.C.S.O., Buenos Aires, du 23 au 26 avril 1958, pp. 7-8 (ronéotypé).

48. En juin 1787, Hamilton réclamait la nomination à vie des sénateurs et du président américains. Voir la citation reproduite par Marie-France Toinet dans «L'État américain», art. cité, p. 43. Déjà ingouvernable cette démocratie...

49. Françoise P. Lévy, *Karl Marx. Histoire d'un bourgeois allemand*, Paris, Grasset, 1976.

50. Nathaniel Wegl, *Karl Marx, a Racist*, Arlington House, 1980.

51. Gil Rémillard, *le Fédéralisme... op. cit.*, t. 1, pp. 140-153. D'autres auteurs parlent de quasi-fédéralisme, compte tenu notamment de l'attribution des pouvoirs résiduels à l'État central et... de la Cour suprême. Rémillard montre aussi comment l'application des règles d'interprétation de la Constitution de 1867 par les tribunaux a déformé le partage des compétences entre l'État central et les Provinces (p. 223 et pp. 188 et suivantes).

intervention, which are in principle contradictory. There exists a politicization of the legal function, as much by way of the collective nature of the resulting norms and of their impact on the balance of power as by the quasi-discretionary character of the interpretation of rights. The effects of this transfer of jurisdiction from parliaments to the courts can be evaluated in terms of the loss of control by citizens over their institutions and the weakening of the autonomy of Quebec within the federal system. Which goes to show that human rights are one thing, and their objectivization and the concrete institutions «deduced» from them are quite another. Hence the question of how human rights are used, which is also the question of the appropriateness of the nature of the control of the constitutionality of laws, and, if the case arises, of the choice and the characteristics of the apparatus set up to perform this function.

#### RESUMEN

El alcance de la constitucionalización de una Carta de los derechos en Canadá es analizado a partir de un tipo ideal que opone lo político a lo judicial. El control de la constitucionalidad de la ley por el aparato judicial, que de esta manera se encuentra considerablemente desarrollado, releva a la vez de uno u otro de estos modos de intervención, que son en principio contradictorios. Hay politización de la función judicial, tanto por la naturaleza colectiva de las normas producidas y su impacto sobre las relaciones de fuerza como por el carácter casi discrecional de la interpretación de los derechos. En cuanto a los efectos de este traspaso de competencias de los parlamentos hacia los tribunales, ellos pueden evaluarse en términos de pérdida de control de los ciudadanos sobre sus instituciones y un debilitamiento de la autonomía de Quebec en el seno del sistema federal. De este modo los derechos del hombre son una cosa, su objetivación y las instituciones concretas que resultan son otra. De allí la interrogante sobre la utilización de los derechos del hombre, que es también aquella de la oportunidad o de la naturaleza del control de la constitucionalidad de las leyes, y, en último caso, de la elección y de las características del aparato encargado de esta función.