

# Entre modernité et postmodernité

## La Cour Suprême canadienne et la notion de discrimination inscrite dans la Charte des droits et libertés (1986-1993)

Paul Eid

---

Volume 33, numéro 1, printemps 2001

Les formes de la pénalité contemporaine : Enjeux sociaux et politiques

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/001226ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/001226ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

---

Éditeur(s)

Les Presses de l'Université de Montréal

ISSN

0038-030X (imprimé)

1492-1375 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

---

Citer cet article

Eid, P. (2001). Entre modernité et postmodernité : la Cour Suprême canadienne et la notion de discrimination inscrite dans la Charte des droits et libertés (1986-1993). *Sociologie et sociétés*, 33(1), 205–229.  
<https://doi.org/10.7202/001226ar>



# Entre modernité et postmodernité :

la Cour Suprême canadienne et la notion de discrimination  
inscrite dans la Charte des droits et libertés (1986-1993)

## PAUL EID

Département de sociologie  
Université de Toronto  
203 College Street  
Toronto (Ontario), Canada M5T 1P9  
Courriel : pauleid@chass.utoronto.ca

CET ARTICLE PORTE SUR les notions, étroitement liées, d'égalité juridique et de discrimination, telles que définies dans la Charte canadienne des droits et libertés à l'article 15(1), et telles qu'interprétées par la Cour Suprême du Canada entre 1985 et 1993<sup>1</sup>. L'étude de la notion de discrimination contenue dans la Charte vise en particulier à démontrer que l'avènement de cette dernière, son esprit tout comme son contenu, constituent une manifestation d'une transformation plus globale des représentations et de l'exercice du droit dans la société canadienne. Plus précisément, nous tenterons d'expliquer les transformations sociologiques que traduit l'article 15(1) à la lumière d'une problématique théorique qui renvoie au caractère **tendanciellement** postmoderne du mode de régulation juridique de nos sociétés contemporaines.

L'article 15(1) s'énonce comme suit :

**Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi.** La loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des

---

1. Il était prévu que l'article 15(1) n'entre en vigueur qu'en 1985, soit 3 ans après l'enchâssement constitutionnel de la Charte, afin de permettre aux gouvernements de rendre leurs législations compatibles avec l'esprit de l'article.

discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. (*Charte canadienne des droits et libertés*)

L'analyse jurisprudentielle de l'article 15(1) sera menée ici dans une perspective résolument sociologique. Une telle approche nous semble indispensable dans la mesure où le discours jurisprudentiel ne peut être considéré comme étant le fruit d'un processus purement *sui generis*, c'est-à-dire produit dans un vacuum social. Au contraire, on peut plutôt penser qu'un tel discours tend à se faire l'écho des « discours sur le droit » inscrits dans l'ensemble de la structure sociale. On devrait alors s'attendre à retrouver transposées dans le champ du discours jurisprudentiel les mêmes positions, contradictions et controverses que celles qui composent le champ des représentations sociales du droit. Il s'agira ainsi, dans le cadre de cet article, d'éclairer le discours jurisprudentiel sur l'égalité à la lumière des représentations sociales de l'égalité. Il importe cependant de souligner que ces dernières ne revêtent pas une forme monolithique dans la mesure où elles sont traversées par de multiples orientations idéologiques — tantôt conflictuelles tantôt convergentes — qui leur donnent un caractère résolument multidimensionnel. Il s'ensuit que les représentations jurisprudentielles de l'égalité ont toutes les chances de refléter la pluralité du « discours social » (extra-judiciaire) dont elles tirent largement leur contenu normatif.

Pour les fins de notre analyse, nous allons tenter de reconstituer ce qui nous semble être les deux pôles discursifs autour desquels se cristallisent principalement les représentations sociales contemporaines de l'égalité. Il s'agit d'un discours à caractère formaliste et universaliste (moderniste), d'une part, et d'un « discours de la différence » (postmoderne), d'autre part. Nous posons ici l'hypothèse que la notion d'égalité juridique, telle que cristallisée dans le discours social, tend aujourd'hui à renvoyer de plus en plus à l'égalité de sujets appartenant à des groupes différenciés recherchant une reconnaissance publique de leurs particularités identitaires (discours de la différence).

Par ailleurs, l'opposition entre ces deux pôles du discours social sur l'égalité relève, nous semble-t-il, d'une transformation sociologique plus globale et profonde. Ainsi, cette prégnance croissante du discours de la différence au sein des représentations — à la fois sociales et jurisprudentielles — de l'égalité doit, pour être bien comprise, être replacée dans le contexte plus large d'une mutation de la nature du rapport entre État et sujet de droit. C'est que l'individu tend aujourd'hui à revendiquer ses droits sur la scène publique en invoquant de moins en moins son appartenance à la communauté politique des citoyens, et de plus en plus son inscription au sein de multiples groupes particuliers, qu'il s'agisse de groupes d'intérêt ou de véritables groupes identitaires. On peut également penser que cette tendance à la substitution du rapport groupe-État au rapport citoyen-État aura une conséquence importante : elle débouchera sur une reconnaissance accrue par l'État des multiples identités catégorielles surgissant du tissu social, ce qui contribuera à transformer profondément la notion d'égalité telle que l'héritage philosophique des Lumières nous l'avait léguée.

Dans les lignes qui suivent, il s'agira dans un premier temps de mettre en lumière les conséquences sociologiques de la problématique de la postmodernité en ce qui

concerne le mode de régulation politico-juridique. Mais tout d'abord, nous tenterons de souligner les caractéristiques essentielles du projet de la modernité afin de procéder à l'évaluation qualitative de l'écart qui sépare le discours politico-juridique moderniste du mode de régulation étatique contemporain. Nous pourrions ainsi évaluer la pertinence sociologique du concept de postmodernité pour expliquer le rapport citoyen-État actuel.

Dans un deuxième temps, nous interrogerons empiriquement la Charte canadienne des droits et libertés — et plus particulièrement l'article 15(1) — au moyen d'une analyse jurisprudentielle qui couvrira la période 1986-1993. Nous essaierons de cerner comment les juges de la Cour Suprême envisagent les notions de discrimination et d'égalité. Il s'agira, en fin de compte, de déterminer comment la question de l'égalité est inscrite dans le processus de régulation et de reproduction du rapport constitutionnel liant les acteurs de la société civile au politique.

#### **CADRE THÉORIQUE : L'ÉGALITÉ DANS LE CADRE DE LA PROBLÉMATIQUE MODERNITÉ-POSTMODERNITÉ**

##### **Le discours de la modernité politico-juridique : une typification**

Il importe tout d'abord de préciser que l'exposé qui suit n'a pas la prétention de rendre compte des nombreuses nuances discursives qui caractérisent le projet politico-juridique des Lumières, nécessairement pluriel et multidimensionnel. Il s'agit d'une typification destinée à reconstituer les structures symboliques dominantes qui ont sous-tendu et alimenté le développement de l'État moderne. D'un point de vue sociologique, il importe de bien cerner les cadres discursifs qui informent les modes de régulation institutionnel de l'État. Ces cadres discursifs devront ensuite être mis en perspective avec les cadres institutionnels sur lesquels ils ont historiquement débouché. Nous serons alors davantage en mesure de déterminer si la postmodernité constitue une toute nouvelle phase de l'histoire des sociétés occidentales, ou si elle ne renvoie pas tout simplement aux conditions nécessaires d'une actualisation de la modernité, donc à une tangente inhérente à cette dernière.

On sait que, dans le projet de la modernité, le politique désigne un espace transcendantal de résolution des conflits. Le qualificatif transcendantal renvoie ici au fait que cet espace est censé être extérieur à la trame des rapports sociaux concrets qu'il se trouve à réguler sur la base de règles juridiques subordonnant les multiples normes socio-culturelles. De plus, dans le discours moderniste, les règles politico-juridiques doivent être légitimées, en dernière instance, par une **idéologie politique** qui définit un cadre significatif-normatif porteur d'un découpage symbolique du monde et de principes éthiques transcendants et universels. Dans un tel cadre sociétal, l'État et la société civile constituent deux espaces relativement distincts, mais cependant liés par un rapport de subordination faisant du premier le lieu central et névralgique de la régulation des rapports sociaux qui prennent forme dans la deuxième. (Freitag, 1986, 1994).

Le discours politico-juridique de la modernité justifie cette prééminence normative de l'État en érigeant ce dernier en représentant de la volonté et de l'intérêt général

de la communauté politique, et ce indépendamment des particularismes identitaires émergeant du tissu social. Dans cette perspective, la souveraineté juridique de l'État n'est légitime que dans la mesure où elle est fondée sur des droits universels définis *a priori* et porteurs d'un contenu normatif et symbolique stable et bien délimité. Les droits universels sont eux-mêmes déduits d'une identité collective qui, étant dégagée des histoires de vie personnalisées, transcende les différents rôles sociaux assumés par chaque individu. Il ne s'agit pas ici d'affirmer que le discours moderniste suppose des identités individuelles standardisées, mais plutôt une définition universelle du rapport individu/État, définition fondée sur l'idée de **Sujet de Droit et de Raison**. Une telle identité politique collective définit donc les Droits universels dont chaque individu, en tant que Sujet de Raison, bénéficie également lorsqu'il s'insère dans la trame des rapports sociaux issus de la sphère publique (quel que soit son sexe, sa race, son âge, son métier, etc.). Le discours juridique sur l'égalité propre à la modernité est donc fortement imprégné d'une conception universaliste et formaliste des droits de l'Homme (Freitag, 1986, p.337-339; Barron, 1989; Taylor, 1994).

Le formalisme juridique évoqué plus haut peut être rattaché à plusieurs théories contemporaines du droit (issues d'une tradition à la fois lockienne et kantienne). Ainsi, à titre d'exemple, les théories du droit de John Rawls<sup>2</sup> et d'Isaiah Berlin, loin de se rejoindre à tous les niveaux, se recoupent cependant en ce qu'elles évoquent toutes deux la nécessité d'un État définissant et appliquant un concept d'égalité civique au caractère formel et apriorique. Selon un tel discours, la définition du droit doit, pour reprendre l'image de John Rawls, être faite sous un *voile d'ignorance*<sup>3</sup>, c'est-à-dire en faisant abstraction des inscriptions sociales particulières et contingentes des individus (Rawls, 1987).

Dans une telle perspective, l'État porterait gravement atteinte au principe moderniste d'égalité formelle s'il venait à promouvoir activement l'affirmation de particularismes identitaires au moyen de traitements juridiques différentiels entre catégories de citoyens. L'État doit plutôt simplement se contenter d'assurer à chacun une égale sphère de liberté dont les limites sont définies sur un mode essentiellement négatif (Berlin, 1969, p.36-58). Son rôle doit se réduire uniquement à une délimitation de l'espace de liberté dont Ego peut disposer sans empiéter sur celui d'Alter. La protection universelle des libertés que doit assurer l'État n'autorise donc pas ce dernier à s'arroger le droit de déterminer à quoi devrait aboutir, dans les faits, cette liberté. Selon un tel cadre idéologique, l'espace politico-juridique se doit d'être moralement neutre de manière à

2. Il importe toutefois de souligner que la théorie du droit de Rawls s'enferme difficilement dans une catégorie analytique pré-fabriquée. C'est que sa théorie, bien que relevant dans une large mesure d'un universalisme et d'un formalisme kantien, suppose cependant implicitement l'établissement de distinctions juridiques particularistes; en particulier lorsqu'elle assigne au droit le mandat de réparer certaines injustices liées à la fois à l'origine sociale et à la distribution inégale des talents naturels (Rawls, 1987).

3. Notons cependant que la théorie rawlienne du droit, dans sa plus récente mouture (voir Rawls, 1996), a été assouplie de manière à atténuer l'universalisme rigide que commandait initialement la notion de *voile d'ignorance*. Plus précisément, Rawls reconnaîtra que le droit se doit de prendre en considération les particularismes identitaires, sans quoi il risque de se transformer en broyeur et niveleur de différences.

laisser la possibilité à chaque acteur de définir lui-même ses projets de vie en dehors de toute contrainte extérieure. L'égalité, dans cette perspective, se réduit exclusivement à une égalité des chances. Il ne reste plus à l'État qu'à assurer une coexistence pacifique et sans heurts des multiples volontés et intérêts individuels (Berlin, 1969 ; Ferry, 1992).

### **La postmodernité : tournant historique ou corollaire de la modernité ?**

À ce stade, il importe de souligner l'écart qui sépare les cadres discursifs de la modernité de l'actualisation du projet de la modernité dans les institutions étatiques. À un premier niveau, le mode de régulation politico-juridique moderniste, tant dans son expression législative que judiciaire, n'a jamais supposé une interprétation de la notion d'égalité dans un cadre normatif purement abstrait. Ce cadre en effet ne peut être détaché des caractéristiques et des histoires de vies propres à chaque individu ou groupe inscrit dans des rapports sociaux empiriques. Ainsi, l'application concrète du principe d'égalité formelle exige de la part des législateurs, et *a fortiori* des magistrats, des allers-retours réflexifs permanents entre la fiction juridique des droits formels, et les besoins et intérêts particuliers des sujets sociaux détenteurs de ces droits. En fait, on peut dire que le caractère universel et formel du droit étatique moderne était voué à être érodé dès lors que le sujet de droit abstrait des Lumières s'actualisait dans un rapport institutionnel avec l'État, et donc en tant qu'acteur social dont les droits se devaient d'être contextualisés et définis sur mesure. En d'autres termes, les principes d'universalisme et de différenciation juridique se trouvent à constituer deux facettes complémentaires et indissociables du processus d'actualisation de la modernité juridique (Harvey, 1990 ; Rocher et Salée, 1997)

Ceci dit, le concept de postmodernité a-t-il encore un sens d'un point de vue sociologique ? Nous croyons que si. Cependant, la postmodernité, plutôt que d'être définie comme une rupture radicale par rapport à la modernité, sera envisagée ici davantage comme l'exacerbation d'une tendance que la modernité a toujours portée en ses germes, soit un procès d'émancipation de l'individu porté par l'idéal de liberté. Comme le soulignent pertinemment Rocher et Salée (1997), la souveraineté étatique moderne, qui fonde et cimente une communauté politique de citoyens égaux définis à même le creuset niveleur de la nation, est dialectiquement liée à l'émergence concomitante de la souveraineté de l'individu libre, qui, elle, se déploie dans l'espace de la société civile. Pour schématiser, on pourrait dire que les libertés individuelles sont toujours des libertés *prises vis-à-vis* de l'État, en même temps que le pouvoir étatique est toujours censé représenter la volonté d'individus libres. Conséquemment, « l'importance que revêtent de nos jours les particularismes identitaires dans la dynamique politique des sociétés occidentales représente, au fond, l'aboutissement naturel d'une longue et progressive rupture de l'équilibre "nous-je" au profit du "je" ... » (Rocher et Salée, 1997, p. 18-19). En fait, le procès de différenciation et d'éclatement de la citoyenneté universalisante moderniste a débouché, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, mais surtout à partir de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle, sur de nombreuses re-définitions du droit étatique moderne, le plus souvent à la suite de luttes politiques menées par des groupes laissés en marge de l'espace

citoyen (ex. : mineurs, femmes, Noirs, homosexuels). Ces groupes, se basant sur leur inscription sociale spécifique, se trouvaient à réclamer la reconnaissance politique et juridique de leurs droits au nom même du principe d'universalité qui fonde le projet de la modernité (Harvey, 1990 ; Rocher et Salée, 1997).

Dès lors se posera graduellement, dans nos sociétés contemporaines, la question de la gestion politique et juridique de ce foisonnement de revendications identitaires émergeant de la société civile. Dans les démocraties libérales contemporaines, cette inévitable emprise qu'exerce l'altérité identitaire et normative sur le droit étatique est de moins en moins contrebalancée par la présence d'un espace politique producteur d'un cadre à la fois symbolique et juridique qui apporterait une légitimation sociale globalisante à la gestion de cette internormativité plurielle. En d'autres termes, le droit étatique court alors le risque d'être à la remorque de pressions diverses, et se trouve ainsi plus difficilement en mesure d'opérer une synthèse normative et symbolique des rapports sociaux. C'est dans le cadre d'une telle problématique qu'on peut alors poser, d'un point de vue sociologique, l'hypothèse d'un mouvement de dissolution du politique au sein de l'espace des rapports sociaux empiriques. Plus précisément, le politique tendrait à perdre sa prééminence comme déterminant des rapports sociaux qui auparavant lui étaient subordonnés, laissant ainsi la place à l'émergence d'une multiplicité de mécanismes régulateurs issus directement du corps social et relativement indépendants les uns par rapport aux autres. On peut donc dire que, dans ce contexte, les rapports sociaux font l'objet de régulations excentrées, c'est-à-dire de moins en moins reliées à un espace politique transcendantal (Belley, 1986 ; Freitag, 1986, chap.14 ; Chouraqui, 1989 ; Lajoie, 1997).

De plus, face à cette perte de transcendance du politique, à sa dissolution dans le social, les individus se trouvent laissés de plus en plus à eux-mêmes pour construire une identité leur permettant de s'auto-définir et de s'auto-réaliser (Lipovetsky, 1983, p. 80-86 ; Bellah, 1985, p. 334-336). En conséquence, dans la société (typiquement) postmoderne, les individus tendent à induire eux-mêmes leurs droits en fonction des multiples identités et statuts que leur confère chacune de leurs insertions sociales. De plus, étant de moins en moins mis en rapport avec un cadre identitaire collectivement négocié, de tels droits sont souvent le fruit de découpages analytiques précis qui répondent aux besoins contingents et circonstanciels du moment. Bref, le concept de « droits de la personne », une fois débarrassé de tout pourtour sémantique univoque, devient malléable et transformable à volonté. (Gagné, 1992).

Il importe dès lors d'analyser la dynamique du rapport acteur/État qui se met en place dans le cadre du processus de gestion socio-politique de cette multitude de droits issus directement des rapports sociaux empiriques. À ce sujet, l'auteur américain L.M. Friedman (1990), évoque deux phénomènes qui, selon lui, semblent *a priori* antinomiques : il s'agit, d'une part, de la juridicisation très étendue et toujours croissante des rapports sociaux dans les sociétés civiles occidentales, et en particulier nord-américaines, et de l'autre, l'affirmation d'un individualisme postmoderne qui met l'accent sur l'expression du Moi, cultive l'unicité individuelle et promeut la diversité des modes de

vie et des identités (voir à ce sujet R. Bellah *et al.*, 1985). En effet, explique-t-il, la colonisation actuelle du social par l'autorité juridique a atteint des niveaux inégaux, et ce, en dépit du fait que la culture occidentale contemporaine milite en faveur de la création et de l'élargissement de « zones de libre choix » où les sujets peuvent s'épanouir et se réaliser à l'abri de toute forme d'autorité contraignante. Friedman croit trouver la solution à cet apparent paradoxe dans une transformation du rôle de la règle et des procédures juridiques dans la régulation des rapports sociaux. Selon l'auteur, la légitimité du pouvoir politico-juridique contemporain repose essentiellement, non plus sur la capacité de l'État à établir un équilibre entre les responsabilités et les droits des citoyens, mais plutôt sur sa capacité à créer des conditions favorables à la diversité des projets identitaires et des choix de vie individuels. Ainsi, résume-t-il en une formule laconique, « l'État moderne est sous l'emprise du droit alors que le droit est sous l'emprise du choix personnel » (Friedman, 1990, p. 39. Notre traduction). Friedman attire ainsi notre attention, à juste titre il me semble, sur les liens étroits qui existent entre, d'une part, le développement de l'individualisme narcissique postmoderne et, d'autre part, la position dominante qu'occupe la question des droits individuels, à l'heure actuelle, à la fois dans la culture politico-juridique et dans la régulation institutionnelle étatique (Friedman, 1990).

En conséquence, cette transformation du rapport entre droit, culture et identité modifie le rôle de l'État dans la régulation juridique des rapports sociaux. À un premier niveau, « l'État met en place un nouveau mode (inductif) de production de normes juridiques où la législation est subordonnée à la "découverte" de droits subjectifs, qui deviennent premiers<sup>4</sup> ». La formation et l'affirmation de ces droits subjectifs se trouvent à remettre en cause l'idée de justice formelle dont étaient porteurs les Droits de l'Homme de type moderniste. Plus précisément, la production de lois tend à être guidée par une méthode d'équilibrage *a posteriori* des rapports sociaux, méthode qui consiste à mobiliser les droits particuliers nécessaires à la résolution pragmatique de chaque problème spécifique (Freitag, 1986, chap.14; Gagné, 1992). Dans un tel contexte, l'appareil judiciaire, de par son mode de fonctionnement au cas par cas (donc flexible et malléable), et de par son caractère procédural (qui fait l'économie d'une légitimation au second degré des normes juridiques), est appelé à être de plus en plus sollicité par les acteurs sociaux, non plus seulement en tant que chien de garde du pouvoir législatif, mais également en tant que véritable substitut de ce dernier dans la régulation normative des contradictions identitaires et socio-économiques qui traversent la société civile. Ainsi, dans le contexte canadien, les groupes en quête de reconnaissance politico-juridique de leur différence cherchent de plus en plus à contourner le cadre rigide et tendanciellement universaliste posé par le pouvoir législatif en recourant à la Constitution, et à la Charte canadienne des droits et libertés en particulier (Lajoie, 1997).

---

4. Gagné, Gilles, « Transformation du concept de droit dans la postmodernité » dans *Cahier de droit*, 33, septembre 1992, p. 722.



### Mise en rapport des notions d'égalité et de discrimination inscrites dans l'article 15(1) avec la problématique de la postmodernité

L'enchâssement constitutionnel de la notion de discrimination peut être mis en rapport avec une certaine évolution qu'a connue le discours sur l'égalité au XIX<sup>e</sup> siècle. La transformation de la signification sociale de la notion d'égalité dans le cadre du rapport entre État et sujet de droit s'accorde très bien avec la tangente particulière qu'a pris le discours libéral (moderniste) à partir de la deuxième moitié du 19<sup>e</sup> siècle. Comme le souligne fort pertinemment le philosophe Charles Taylor (1994), cette tangente s'est traduite par un glissement de l'axe central de légitimation du rapport État/individu. Cet axe se serait progressivement déplacé de la notion « *d'égale dignité* » vers celle d'*authenticité*. Taylor fait coïncider la première notion avec la philosophie des Lumières, qui substitua à l'ancien ordre hiérarchique féodal un État de droit conférant à chaque citoyen une égale dignité, indépendamment de tout statut particulier. Mais, selon cet auteur, cette *politique d'égale dignité* aurait, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, été concurrencée par l'émergence d'un *discours de l'authenticité* fortement lié au Romantisme — surtout dans sa forme herderienne (Taylor, 1994, p. 47). Un tel discours mettra dorénavant l'accent, non plus sur l'égalité abstraite et formelle des individus, mais plutôt sur ce qui distingue en propre chacun d'eux, sur ce qui en fait des êtres à part qui s'extirpent de l'ancien creuset identitaire universaliste tendant à broyer les différences. Dans le cadre du discours de l'authenticité, la notion d'universalisme se retourne contre elle-même dans la mesure où elle se transforme en une reconnaissance universelle de la différence, de l'unicité individuelle. Ce faisant, un tel discours, parce qu'il cultive la reconnaissance publique des différences, se trouve à abandonner l'universalisme formaliste et abstrait. Le discours de l'authenticité se complaît au contraire dans un « contextualisme » ancré dans les « histoires de vie », acquérant ainsi une forme résolument postmoderne. (Taylor, 1994). Le discours de l'authenticité auquel Taylor fait référence peut bien sûr être mis en rapport avec l'individualisme narcissique postmoderne tel qu'évoqué plus haut (voir entre autres R. Bellah, 1985, p. 334-336; G. Lipovetsky, 1983; L.M. Friedman, 1990).

À ce stade, il apparaît évident que le discours de l'authenticité, dès lors qu'il devenait dominant, était voué à contribuer à faire de la question de la discrimination une préoccupation sociale, non seulement légitime, mais également prioritaire dans l'arène politique et judiciaire. Ainsi, l'enchâssement de l'article 15(1) dans la constitution traduit l'institutionnalisation du discours de l'authenticité. C'est qu'un tel article se trouve à forcer l'inscription de la problématique identitaire au cœur du discours des juges sur l'égalité. Bien entendu, avant l'article 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés, on pouvait — et on le peut encore — invoquer l'article 1(b) de la Déclaration canadienne des droits de 1960 pour faire invalider une mesure ou une politique jugée inégalitaire, c'est-à-dire qui impose de façon injustifiée à un ou certains individus un fardeau non imposé aux autres. L'article 1(b) s'énonce comme suit :

Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe :

(b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi<sup>5</sup>

Il importe tout d'abord de mentionner que la Déclaration canadienne des droits n'a pas un statut constitutionnel. Il s'agit plutôt d'une simple loi fédérale qui ne s'applique qu'aux champs de compétence relevant du gouvernement fédéral. La Charte de 1982, quant à elle, étant enchâssée dans la Constitution, a préséance sur toute loi ou règlement administratif d'ordre gouvernemental, et ce, tant au niveau provincial que fédéral. L'article 15 de la Charte est donc beaucoup plus menaçant pour les édifices législatifs et administratifs gouvernementaux que ne l'était son ancêtre, l'article 1(b) de la Déclaration. De plus, contrairement à ce que son libellé laissait supposer, l'article 1(b) a généré, au fil du temps, un cadre jurisprudentiel où l'appartenance identitaire constitue une variable secondaire dans le raisonnement juridique qui détermine s'il y a violation du principe d'égalité. Ce sont en effet surtout la nature et l'ampleur du fardeau imposé aux citoyens s'estimant victimes d'un traitement inégalitaire qui ont fait l'objet d'un examen juridique approfondi dans la jurisprudence relative à l'article 1(b) (Galloway, 1993; Manfredi, 1993, p. 124). Or, désormais, la notion de discrimination, à laquelle se réfère l'article 15(1) de la Charte de 1982, amène les requérants à réclamer explicitement leur droit à l'égalité en tant que membres de groupes identitaires, et non pas seulement en tant que citoyens désavantagés par une loi. Du coup, la discrimination en tant que catégorie juridique se trouve à mettre à l'avant-plan de la contestation judiciaire la politisation des multiples identités postmodernes qui réclament de l'État une reconnaissance politique et/ou juridique de leur différence. À cet égard, il importe de se débarrasser de l'idée, très répandue, que la Charte de 1982 constitue une sorte de vestige libéral du XIX<sup>e</sup> siècle porteur d'une vision purement atomisée, formelle et individualiste des droits constitutionnels (Roach, 1993). C'est que l'article 15(1), à l'instar des articles 23, 25, 35, 27, 28 et 29, contribue, par les droits de groupes qu'il consacre, à faire de la Charte « un catalyseur dans le procès de contextualisation du droit canadien » (Sutherland, 1997, p. 248. Notre traduction). En conséquence, l'article 15(1) constitue un objet d'analyse privilégié pour illustrer comment, dans une société postmoderne, les groupes sociaux cherchent à obtenir une reconnaissance juridique de leurs différences identitaires (Roach, 1993; Sutherland, 1997).

#### **PRÉSENTATION DU CADRE D'INTERPRÉTATION FORMEL DE L'ARTICLE 15(1)**

Dans cette partie, nous tenterons de mettre en lumière le processus par lequel les juges de la Cour Suprême ont peu à peu, au fil des jugements, forgé un cadre d'interprétation de l'article 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés. L'interprétation du « noyau sémantique » de cette disposition n'a vraiment eu lieu qu'à partir de 1989. Il s'agissait en fait pour les juges de préciser les critères selon lesquels on peut considérer qu'une loi gouvernementale crée une discrimination fondée, *notamment, sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.*

5. L'article 1(b) était interprété par la magistrature en accord avec le principe aristotélicien d'égalité énoncé dans *l'Éthique à Nicomaque*, principe, très vague au demeurant, selon lequel les lois doivent considérer sur un pied d'égalité les individus semblables, et traiter différemment les individus dissemblables.

L'arrêt ayant contribué pour la première fois à définir le concept d'égalité contenu dans le libellé de l'article 15(1) est l'arrêt *Andrews*<sup>6</sup>. Dans cette affaire, la Cour Suprême s'est vue demander d'évaluer la constitutionnalité d'une loi de Colombie-Britannique qui exigeait la citoyenneté canadienne comme condition préalable à l'admissibilité à la profession juridique. La majorité de la magistrature a tranché en faveur du requérant en alléguant que la loi attaquée établissait une distinction non justifiée entre citoyen et résident permanent, distinction qui violait le droit à l'égalité garanti par l'article 15(1). Dans cet arrêt, le juge McIntyre — dissident par ailleurs — a défini un cadre d'interprétation de l'article 15(1) qui a recueilli l'aval de la majorité et a aussi rapidement fait jurisprudence par la suite. Il propose une nouvelle définition de la notion de discrimination :

[une] distinction intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts aux autres membres de la société<sup>7</sup>.

Dans cette perspective, tout citoyen peut se prévaloir de l'article 15(1) du moment qu'il estime qu'une loi le traite trop durement par rapport aux autres membres de la société en établissant « une distinction fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles. » L'arrêt *Andrews* a également créé un important précédent judiciaire en stipulant que les motifs de discrimination explicitement proscrits par l'article 15(1) ne sont pas exhaustifs dans la mesure où, dans le texte, ils sont précédés de l'adverbe « notamment ». Ainsi, selon le juge McIntyre, « les motifs analogues à ceux énumérés sont également visés par l'article 15(1).<sup>8</sup> »

Mais la question qui a sans aucun doute suscité le plus de controverses suite à l'arrêt *Andrews* est la suivante : à qui s'adresse l'article 15(1) ? En d'autres termes, quels individus ou groupes sont en droit d'invoquer légitimement l'article 15(1) pour se prémunir contre une loi jugée discriminatoire ? La juge Wilson, s'exprimant au nom de la majorité, a suggéré qu'un requérant qui souhaite invoquer l'article 15(1) ne doit pas seulement se contenter de prouver que la loi contestée lui impose un fardeau non imposé aux autres membres de la société, ou encore le prive d'un bénéfice accordé par ailleurs aux autres. Il devrait aussi, poursuit la juge, démontrer que la loi attaquée crée une distinction fondée sur une caractéristique analogue à celles énumérées dans le libellé de l'article 15(1). Or, pour la juge Wilson, la caractéristique invoquée n'est analogue à celles énumérées qu'à deux conditions précises. À un premier niveau, la distinction établie par la loi doit être *fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus*. La juge entend par là que la loi attaquée n'est discriminatoire que si elle se fonde sur une caractéristique intrinsèquement liée à l'identité de l'individu (ex. : orientation sexuelle). Plus précisément, explique la juriste Anne Bayefsky en parlant d'un tel critère :

6. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, 1989, 1 R.C.S., p. 143.

7. *ibid.*, p. 174.

8. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, 1989, 1 R.C.S., p.145

*Il se réfère à des cas où la caractéristique distinctive n'est pas de celles qu'on choisit. Il s'agit de catégories [identitaires] ou de traits de caractère immuables que l'individu ne peut altérer par des actions conscientes, ou dont l'altération supposerait des coûts inacceptables.*<sup>9</sup>

Dans une telle perspective, les interprètes de l'article 15(1) sont appelés à ne reconnaître comme légitimes que les catégories identitaires réelles, et à récuser, à l'inverse, les catégories constituant des constructions analytiques abstraites. L'autre condition posée par la juge Wilson pour justifier le recours à l'article 15(1) est la suivante : le statut invoqué en Cour doit, non seulement renvoyer à une identité signifiante pour l'individu, mais également fonder un groupe constituant une « minorité discrète et isolée (*discrete and insular minority*).<sup>10</sup> » Plus précisément, selon elle, cet article est destiné à protéger d'abord et avant tout les groupes vulnérables de notre société qui, historiquement, ont toujours fait l'objet de préjugés et d'exclusion en raison de leur condition ou de leur statut particulier (Majury, 1991; Bayefsky, 1990). Certains juristes ont reproché à l'arrêt Andrews de n'avoir pas suffisamment précisé si le statut de « minorité discrète et isolée » constituait une condition obligatoire à l'obtention du droit d'invoquer l'article 15(1) (ex. : cf. Bayefsky, 1990 : p. 514). Or, le caractère *sine qua non* de ce critère fut bel et bien confirmé par l'arrêt Turpin<sup>11</sup>. Dans la cause Turpin, l'appelant, accusé de meurtre, s'était fait refuser par les cours inférieures d'Ontario le droit de subir un procès sans jury. Pour justifier leur décision, les cours ontariennes se sont appuyées sur une loi — en vigueur partout au Canada sauf en Alberta — selon laquelle la présence d'un jury est obligatoire lorsque le délit imputé à l'accusé appelle une peine d'emprisonnement de 5 ans ou plus. L'appelant a fait valoir en Cour Suprême qu'une telle loi est discriminatoire dans la mesure où elle impose aux personnes accusées d'un tel type de délit un traitement qui n'est pas obligatoire pour les individus accusés du même délit en Alberta, seule province canadienne où la loi contestée n'est pas en vigueur.

Dans cet arrêt, la juge Wilson, représentant la majorité, réaffirma que la protection assurée par l'article 15(1) devrait être réservée exclusivement aux groupes sociaux nettement défavorisés sur le plan historique, politique, social et juridique, sans quoi, juge-t-elle, l'on risque d'assister à un usage abusif de la notion de discrimination. À cet égard, selon la juge Wilson, l'affaire Turpin révèle très bien à quel point une interprétation trop large de la notion de discrimination peut déboucher sur une création infinie de nouvelles « appartenances sociales » déduites de catégories sociales au caractère extrêmement particulariste, et souvent assez fantaisiste. Ainsi, dit-elle :

*Ce serait tomber dans la fantaisie que de qualifier de "minorité discrète et isolée" les personnes qui, dans toutes les provinces sauf l'Alberta, sont énumérées à l'art. 427 du Code criminel [la loi attaquée]. (...) Il serait inutile de chercher des signes de discrimination [chez ce groupe], tels que des stéréotypes, des désavantages historiques ou la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux.*<sup>12</sup>

9. Bayefsky, A.F., « A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin », dans *Supreme Court Law Review*, vol.1 (2d), (1990) p.508 (Notre traduction).

10. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, 1989, 1 R.C.S., p. 157.

11. *R c. Turpin*, 1989, 1 R.C.S., p. 1296.

12. *R c. Turpin*, 1989, 1 R.C.S., p. 1333.

La Cour se trouve donc d'une part à récuser toute forme de découpage pseudo-identitaire (opéré *a posteriori*) dont l'extrême précision analytique servirait efficacement la défense d'intérêts aussi ponctuels et contingents que ceux, en l'occurrence, de tous les individus qui font partie du groupe des « citoyens canadiens vivant ailleurs qu'en Alberta et accusés d'un délit auquel est attaché une peine de prison de 5 ans et plus. » D'autre part, la Cour a également décidé de limiter l'accès à l'article 15(1) aux seuls groupes qui constituent des minorités discrètes et isolées, c'est-à-dire des groupes vulnérables et désavantagés soit socialement, politiquement, historiquement, ou économiquement.

Finalement, il importe de préciser que le cadre d'interprétation de l'article 15(1) [ou de tout autre article de la Charte] n'est complet que s'il est mis en relation avec l'article premier. Cet article fondamental de la Charte canadienne des droits et libertés est en fait le seul instrument juridique par lequel le gouvernement peut défendre une de ses lois qui serait éventuellement attaquée en Cour. Il est à noter que l'article 1 n'a son équivalent ni dans la Déclaration canadienne des droits, ni dans le Bill of Rights américain qui, à cet égard, ont tous deux une orientation nettement plus anti-étatique et libérale (Roach, 1993).

L'article premier s'énonce comme suit :

La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils 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. (*Charte Canadienne des droits et libertés*)

#### RÉSUMÉ DE L'ANALYSE JURISPRUDENTIELLE ET DISCUSSION DES RÉSULTATS

Dans les lignes qui suivent, nous verrons tout d'abord comment le cadre d'interprétation formel exposé plus haut a été appliqué aux différentes questions litigieuses soumises à la Cour Suprême durant la période étudiée (1986-1993). Notons que, pour les fins de l'analyse, il ne s'agira pas de procéder à l'exposition exhaustive des 31 arrêts recensés. Nous nous contenterons plutôt de broser, dans un premier temps, un tableau qui rende compte des tendances générales observées, pour pouvoir, dans un deuxième temps, mener une réflexion analytique sous-tendue par les questions de recherche explicitées au début de la présente étude.

L'examen de la jurisprudence semble démontrer que, dans la majorité des 31 cas recensés (soit dans 22 cas sur 31), la Cour Suprême n'a pas donné raison aux groupes ou aux individus se déclarant victimes de discrimination au sens de l'article 15(1). De plus, dans 5 des 9 causes où la Cour a estimé que la loi remise en cause était discriminatoire, les juges ont précisé que la violation de l'article 15(1) pouvait être justifiée en vertu de l'article premier. Il s'ensuit que les juges n'ont rendu inopérantes les lois attaquées devant les tribunaux en vertu de l'article 15(1) que dans 13 % des cas (4 fois sur 31).

Il importe de souligner que, parmi l'ensemble des 22 pourvois rejetés, 14 l'ont été pour cause d'inadmissibilité du demandeur (dans 64 % des cas). Plus précisément, dans ces 14 cas, la magistrature a chaque fois débouté le requérant de son appel en affirmant que la caractéristique invoquée, soit ne se référait à aucun sentiment d'appar-

tenance identitaire dans la réalité (ex. : les citoyens ayant déménagé au Québec depuis moins de 6 mois, à qui la loi référendaire québécoise refuse le droit de vote par référendum<sup>13</sup>), soit ne correspondait pas à une « minorité vulnérable aux stéréotypes » (ex. : les hommes<sup>14</sup>). Il s'ensuit que, dans chacune de ces causes, les juges n'ont pas même examiné si la loi incriminée avait un caractère discriminatoire à l'égard du requérant. À travers leur critique de l'arrêt Hess et Nguyen<sup>15</sup>, plusieurs juristes canadiens tels que Lepofsky (1990, p. 334), Gibson (1991, p. 15-19) Galloway (1993, p. 75), Bayefsky (1990, p. 524) et Proulx (1988, p. 157), ont clairement exprimé leur préférence pour une interprétation plus formelle et abstraite des notions d'égalité et de discrimination; ceci de manière à ce que toutes les catégories de citoyens puissent se prévaloir de l'article 15(1) — y compris celle des hommes blancs et catholiques par exemple.

L'analyse quantitative menée plus haut a donc laissé transparaître une préoccupation qui pourrait expliquer dans une large mesure la tendance des juges à rendre difficile l'accès à l'article 15(1) : il s'agit d'un souci évident de ne pas outrepasser les limites traditionnelles du pouvoir proprement judiciaire. Plus précisément, la Cour Suprême, dans son interprétation de l'article 15(1), a plus souvent qu'autrement fait preuve d'un attachement profond au principe de « déférence judiciaire » (*judicial deference*), principe selon lequel le magistrat doit se garder de s'ingérer dans les questions d'ordre socio-politique normalement débattues et tranchées dans la sphère législative. (Mockle, 1990, p. 483; Mandel, 1997). Il est à noter que, d'après Schneiderman et Sutherland (1997), les tribunaux auraient usé de leur pouvoir de créer du droit avec la même parcimonie en ce qui concerne les autres articles de la Charte. Ainsi, disent-ils :

... si, sous le régime de la Charte, le pouvoir législatif peut faire l'objet en tout temps d'un examen juridique approfondi, il semble que, dans les faits, l'impact réel de la Charte sur les législations n'a pas été aussi grand que certains critiques l'avaient prédit. (1997, p. 345. Notre traduction)

On peut dire avec Anne Bayefsky que cette « politique de non-alignement » à l'égard du bien-fondé des lois peut expliquer en partie le fait que les juges aient limité de façon aussi draconienne l'admissibilité à la protection offerte par l'article 15(1). C'est que, on le sait, les juges sont tenus en tout temps de déterminer si une loi dont il a été reconnu qu'elle viole un article de la Charte pourrait néanmoins être sauvegardée en vertu de l'article premier. Or, depuis l'arrêt Oakes<sup>16</sup>, cette opération exige des juges qu'ils se prononcent sur la légitimité de l'objectif législatif sous-tendant la loi gouvernementale attaquée. Dès lors, explique Bayefsky, les juges, voulant dans la mesure du possible observer le principe de neutralité judiciaire, ont limité au strict minimum les motifs de discrimination recevables en cour. Cela évitait ainsi au gouvernement d'avoir à justifier devant la Cour la pertinence de l'ensemble des distinctions législatives attaquées en vertu de l'article 15(1) (Bayefsky, 1990, p. 519-521). Mais surtout, cela soulageait la Cour

13. cf. arrêt *Haig c. Canada*, 1993, 2 RCS, p.995.

14. cf. les arrêts *R c. Hess et Nguyen*, 1990, 2 RCS, p. 906, et *Conway c. Canada*, 1993, 2RCS, p. 872.

15. *R c. Hess et Nguyen*, 1990, 2 RCS, p. 906.

16. *R.c Oakes*, 1986, 1 R.C.S.

d'un fardeau d'arbitrage ou de hiérarchisation des droits particuliers en regard des droits collectifs.

À ce stade, une question se pose : à la lumière de la problématique explicitée plus haut, quelle signification sociologique peut-on attribuer à un tel mode d'interprétation et d'application de l'article 15(1)? L'analyse jurisprudentielle fut particulièrement éclairante au regard de nos questions de recherche en ce qu'elle permit de répondre à l'interrogation suivante : selon la Cour Suprême, à quels groupes s'adresse la protection offerte par l'article 15(1)? La réponse à cette question nous a permis de cerner vers quelle conception du rapport entre sujet de droit et identité penchaient les juges. À cet égard, notre hypothèse initiale selon laquelle les juges tendraient à promouvoir activement la reconnaissance des appartenances particulières (invoquées en Cour pour justifier un recours à l'article 15(1)) a été partiellement infirmée. Outre le grand taux de rejet des pourvois, c'est surtout l'argumentation déployée par la Cour pour justifier sa position qui retient l'attention ici.

À un premier niveau, on constate que l'objectif déclaré des rejets répétés des pourvois est, de manière générale, d'éviter la banalisation du concept de discrimination ; une banalisation qui pourrait résulter d'une reconnaissance juridique abusive d'identités particularistes et adaptées aux besoins contingents de chaque situation empirique. Cette volonté d'éliminer les découpages pointus d'identités « désubstantialisées » se rapporte manifestement à une conception moderniste du rapport entre égalité de droit et identité. C'est qu'elle traduit une certaine méfiance, voire même une attitude de rejet, à l'égard, non pas des différences en soi, bien au contraire, mais plutôt des revendications fondées sur un amalgame de caractéristiques dégagées de tout cadre identitaire « faisant sens ». C'est une telle attitude que laissent transparaître les juges lorsqu'ils disent rechercher l'existence d'une *caractéristique personnelle*, tout en récusant soigneusement, à l'inverse, les découpages analytiques dénués de sens d'un point de vue identitaire. C'est la raison pour laquelle, aux yeux de la Cour, le fait d'avoir déménagé au Québec depuis moins de 6 mois (arrêt Haig), par exemple, ne peut être un motif de discrimination recevable en vertu de l'article 15(1)<sup>17</sup>.

En érigeant le critère de la *caractéristique personnelle* (expression qui, rappelons-le, désigne chez les juges une caractéristique identitaire) en condition *sine qua non* à l'admissibilité à l'article 15(1), la Cour semble en fait avoir voulu éviter que n'importe quel intérêt particulier ne devienne le support de nouveaux droits à l'égalité *indépendamment de toute discrimination*. Les juges de la Cour Suprême ont donc, en quelque sorte, eu tendance à jouer les gardiens de la frontière — de plus en plus perméable — qui sépare la sphère des droits publics, d'une part, de la sphère des multiples intérêts privés issus de la société civile, d'autre part. À un autre niveau, le critère de la « *caractéristique personnelle* » constitue, pour la Cour, un moyen de s'assurer que les motifs de discrimination invoqués par les utilisateurs de l'article 15(1) se réfèrent à des identités puisées à même un espace identitaire **public**, c'est-à-dire porteur d'appartenances socialement

17. Voir aussi les cas analogues suivants : *R. c. Turpin*, 1989 ; *Dywidag Systems c. Zutphen Brothers Construction*, 1990 ; *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, 1990.

signifiantes. À cet égard, le souci de la Cour de s'assurer du caractère socialement signifiant des appartenances invoquées se rapproche sensiblement de la conception habermassienne du droit. Chez Habermas, on le sait, le droit constitue une structure bi-dimensionnelle fondée, d'une part, sur une reproduction symbolique du monde vécu par l'intermédiaire du langage (le droit comme *institution*) et, d'autre part, sur une reproduction procédurale et systémique (le droit comme *médium*) (Melkevik, 1992). Lorsque les juges de la Cour Suprême appliquent les critères de la « caractéristique personnelle », ils semblent consacrer le « droit-institution » qu'évoque Habermas. C'est que, en exigeant que la discrimination soit nécessairement définie à l'aune de critères collectivement signifiants, ils se trouvent à renforcer les liens qui unissent (encore) le droit et le « monde vécu », c'est-à-dire le droit et un monde intersubjectivement partagé.

Si le critère de la « caractéristique personnelle » traduit indubitablement un souci typiquement moderniste d'empêcher l'instrumentalisation et la désubstantialisation du droit, l'autre critère d'admissibilité invoqué par les juges, celui de la minorité discrète et isolée, est plus difficilement assimilable à l'un ou l'autre des discours sur l'égalité évoqués plus haut. D'une part, le caractère extrêmement restrictif du critère de la minorité discrète et isolée se trouve à exclure de l'arène judiciaire une grande proportion, non pas de cas, mais bien d'identités jugées irrecevables. Cependant, et paradoxalement, au-delà de son effet délétère, parce que limitatif, sur les revendications identitaires, un tel critère renvoie à une symbolique de l'égalité qui met à mal l'impératif moderniste de formalisme juridique. Dans le cadre d'un formalisme juridique « classique », le dépistage de la discrimination supposerait que l'instance arbitrale accorde moins d'importance à la nature du groupe visé par la loi attaquée qu'au fardeau dont ce groupe se voit affliger en raison du traitement différentiel incriminé. Or, dans 69 % des cas recensés dans la présente analyse, la Cour s'est assurée que le profil identitaire de l'appelant réponde à certaines conditions précises, mais s'est par ailleurs soigneusement abstenue d'évaluer le fond de la question : soit l'impact que pourrait avoir la loi attaquée sur les droits et les devoirs de la catégorie de citoyens concernée (Elliot, 1989-90, p. 244; Galloway, 1993, p. 79-80; Bayefsky, 1990, p. 523).

En conséquence, lorsqu'un demandeur passe le test d'admissibilité lié à l'article 15(1), il n'apparaît plus aux juges comme un sujet de droit, mais plutôt comme le représentant d'un sujet collectif, soit le groupe social, issu directement de la configuration empirique des rapports sociaux (Cairns; Weinstock, 1995). Une telle perspective, on l'a vu, a amené les juges à évaluer fréquemment, non pas la nature même de la disposition mise en cause, mais plutôt la situation socio-politique du groupe d'appartenance de l'appelant. Dès lors, dans un tel cadre interprétatif, l'individu devient un simple instrument de promotion des droits des groupes identitaires sous lesquels il se trouve subsumé. En ce sens, on peut dire qu'une telle approche s'inscrit pleinement dans le mouvement historique qui, progressivement, est venu éroder le caractère déductif du droit dans les démocraties libérales (Galloway, 1993, p. 79).

Certains penseurs, tels que Will Kymlicka, considèrent que ce modèle de « citoyenneté différenciée » (*differentiated citizenship*) que consacre la Charte n'est pas



incompatible avec un procès d'incorporation des multiples « groupes de droit » au sein d'une communauté politique unifiée (1993, p. 79-80). Ainsi, selon Kymlicka, d'une part, le multiculturalisme canadien offre aux individus une identité citoyenne polymorphe qui reconnaît les appartenances de groupe et qui, à ce titre, prend en compte le pluralisme identitaire. D'autre part, la citoyenneté multiculturelle a également pour effet d'amener ces groupes en quête de reconnaissance identitaire à rechercher l'inclusion au sein des structures institutionnelles. Ainsi dit Kymlicka : « *Les groupes qui ont un sentiment d'exclusion cherchent à être inclus au sein de la société (...) Ces groupes n'envisagent pas leur démarche comme une menace à l'unité nationale* » (1993, p. 81. Notre traduction). Bien au contraire, affirme Kymlicka, ils perçoivent plutôt, à juste titre, leurs demandes de reconnaissance juridique et politique comme un moyen de cultiver la participation citoyenne et d'augmenter la représentativité de l'État, ce qui consolide ainsi la légitimité politique de ce dernier (Kymlicka, 1993, p. 81). Cependant, il importe de souligner que Kymlicka est de ces libéraux qui promeuvent l'institutionnalisation des droits collectifs au nom du respect même des droits de l'individu. Dans cette perspective, l'État libéral se doit d'assurer à ses citoyens la protection de droits collectifs seulement dans la mesure où le bien-être de l'individu est, actuellement du moins, étroitement lié à l'épanouissement de ses groupes d'appartenance (Gignac, 1997, p. 56 ; Weinstock, 1995, p. 145).

Selon nous, Kymlicka a raison de croire que l'inscription dans la Charte des droits de groupes, tels que ceux promus par le multiculturalisme canadien, consacre en effet une citoyenneté qui reflète et prend mieux en compte le caractère pluraliste et différencié de la configuration identitaire de la société. En particulier, une politique de reconnaissance juridique des différences identitaires sous l'empire de la Charte peut également permettre aux groupes identitaires dominés d'exiger des gouvernements l'actualisation de leurs droits à l'égalité. L'obtention, souvent à l'arraché et sur le tard, du droit à l'égalité devant la loi par ces groupes au cours du xx<sup>e</sup> siècle a eu pour effet de légitimer un ordre social libéral qui, bien que marqué au sceau de l'égalitarisme juridique, n'en demeure pas moins producteur d'inégalités d'ordre systémique. Aujourd'hui, la Charte canadienne contribue, en théorie du moins, à rendre l'accès à la citoyenneté un peu moins nominal et davantage significatif pour les groupes historiquement laissés pour compte (Roach, 1993 ; Rocher et Salé, 1997).

Il ne faut cependant pas perdre de vue que la Charte canadienne constitue un instrument à double tranchant pour les groupes minoritaires et défavorisés ; elle peut aussi bien leur permettre d'obtenir de nouveaux gains que menacer leurs acquis politiques. Ainsi, il peut paraître paradoxal que, depuis 1982, plusieurs des jugements perçus comme des victoires juridiques par les groupes minoritaires ou désavantagés ont supposé, non pas l'application des droits de groupe garantis par la Charte, mais plutôt la sauvegarde par les tribunaux, en vertu de l'article 1, de lois gouvernementales existantes. Ironiquement, ces lois n'auraient pas été menacées avant l'existence de la Charte (Sutherland, 1997, p. 263) De plus, la Cour Suprême, dans un jugement très controversé (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, 1986, 2 R.C.S., p. 574), a déclaré que la Charte ne

prémunissait les individus que contre les violations constitutionnelles commises par l'État. Se trouvent ainsi exclues du champ d'application de la Charte toutes les inégalités relevant de la sphère économique privée. Mais, en revanche, la Cour Suprême a autorisé les sociétés commerciales à se prévaloir de la Charte pour remettre en cause les lois gouvernementales qui leur seraient défavorables. Dès lors, on comprend que la Cour Suprême se trouve à consacrer une interprétation radicalement (néo)libérale de la Charte selon laquelle seul l'État, et non le marché, est susceptible de produire des inégalités et de brimer les libertés individuelles<sup>18</sup> (Brunelle, 1997; Mandel, 1997).

À un autre niveau, Kymlicka nous apparaît trop optimiste dans la mesure où il ne semble pas voir les risques que comporte une judiciarisation extrême de la politique multiculturaliste de reconnaissances des particularismes identitaires. Il est permis, notamment, de se demander si la magistrature canadienne, forte du pouvoir élargi de créer du droit que lui confère la Charte, est réellement en mesure d'opérer une régulation des différences en accord avec la perspective politique de penseurs communautaristes tels que Charles Taylor (1994). Plus précisément, le judiciaire est-il en mesure de réaliser un type de régulation qui, bien que procédant de la rencontre dialogique des particularismes identitaires, soit néanmoins orienté vers la production d'un cadre normatif synthétique et unifiant? Andrée Lajoie, dans *Jugements de valeur. Le discours judiciaire* (1997), répond à cette question par l'affirmative. Pour Lajoie, le judiciaire, étant investi par la Charte d'un pouvoir normatif accru, est en mesure de reconstituer le cadre identitaire cohésif et l'unité normative qui fait si cruellement défaut dans nos sociétés postmodernes. Lajoie considère que la Cour Suprême tend à remplacer le Parlement comme lieu où s'opère une régulation des diverses demandes identitaires émanant de la société civile. Du coup, dit Lajoie, le judiciaire confère aux lois gouvernementales un cautionnement normatif, voire parfois même idéologique, qui vient atténuer la crise de légitimité aiguë dont souffre notre système parlementaire. De plus, pour Lajoie, la Cour Suprême tend non pas à se faire l'écho des voix majoritaires de la société, ni non plus des voix minoritaires marginalisées; elle veille plutôt à assurer l'intérêt supérieur à long terme de l'État. La Cour Suprême opérerait donc le dépassement transcendantal des contradictions entre les groupes sociaux. Elle trancherait les litiges dont elle est saisie en usant d'une lucidité politique qui manquerait aux législateurs, aveuglés par les contraintes électorales liées aux intérêts majoritaires immédiats (Lajoie, 1997, p. 135-209)

Notre analyse, tout comme celle de Lajoie, démontre que la Cour Suprême tend à tout mettre en œuvre pour éviter la fragmentation excessive du cadre identitaire collectif. Cependant, selon nous, Lajoie prête de façon excessive à la Cour Suprême, et au judiciaire en général, une faculté d'opérer un dépassement éclairé, c'est-à-dire tenant

18. Soulignons cependant que bon nombre de chartes des droits provinciales, dont celle du Québec notamment, font contre-poids au caractère néo-libéral de la Charte canadienne des droits et libertés; ceci dans la mesure où, contrairement à cette dernière, elles protègent certains droits sociaux et s'appliquent à la sphère économique privée. Ces chartes provinciales se sont même vues attribuer un statut quasi-constitutionnel par la Cour Suprême du Canada. Mais il demeure que la Charte canadienne, de par son statut constitutionnel, a préséance sur les chartes provinciales.

compte des intérêts supérieurs à long terme de l'État, des contradictions qui traversent la société. Cette analyse, somme toute assez optimiste, que Lajoie fait du rôle politique de la Cour Suprême se trouve à omettre certaines dimensions du problème qui méritent d'être éclairées. Tout d'abord, selon nous, il faut prendre au sérieux les mises en garde de sociologues et de politologues tels que Jean-Luc Gignac (1997) ou encore Gilles Bourque et Jules Duchastel (1996) contre la tendance de la Charte à favoriser l'hégémonie d'une démocratie procédurale recourant à la régulation judiciaire et à l'empire des droits comme facteurs de cohésion sociale. C'est que, dans la mesure où la Charte interpelle prioritairement les sujets de droits en tant que membres de divers groupes d'appartenance, elle pousse les groupes identitaires à se transformer en groupes de pression poursuivant par voie judiciaire leurs intérêts particuliers. Dès lors, selon ces auteurs, la citoyenneté canadienne tend à devenir un concept informe et malléable, prêt à épouser les particularismes identitaires que chaque groupe mobilise dans la sphère politico-juridique afin d'obtenir des ressources de l'État. Conséquemment, les particularismes identitaires, au lieu de se rencontrer et de s'interpénétrer sur un mode dialogique dans un jeu démocratique ouvert, deviennent des propriétés privées à vocation utilitaire. Quant à l'espace public, il est exposé au risque de devenir un marché où s'opère la régulation bureaucratique, procédurale, et très souvent judiciaire, de la différence (Bourque et Duchastel, 1996; Gignac, 1997).

Cette tendance à la substitution du judiciaire au politique pour assurer la gestion procédurale du pluralisme identitaire soulève également plusieurs questions relatives à la division du pouvoir au sein des différentes instances étatiques dans le cadre d'une démocratie libérale. Avant d'aller plus loin, il importe de rappeler que, à la lumière de la présente étude, il appert que les juges de la Cour Suprême n'invalident, ne modifient ou ne remplacent que très peu souvent une loi gouvernementale contestée. Ils se trouvent plutôt à cautionner en général le cadre législatif existant au détriment des groupes et des individus recourant à la Charte. Une telle observation vient infirmer partiellement une thèse qui, à l'heure actuelle, connaît un vif succès tant chez les théoriciens que chez les praticiens du droit. Défendue par des auteurs tels que, Van Dycke (1986), Elliot (1989, p.248-251), ou encore Sutherland (1997, p. 304), cette thèse consiste à dire que la Charte des droits et libertés, et en particulier l'article premier, débouche nécessairement sur un « activisme judiciaire » (*judicial activism*) qui se traduirait par une usurpation par les magistrats d'un rôle traditionnellement dévolu aux politiciens élus, soit celui de créer du droit. D'après l'étude de cas qui précède, on a pu voir que la magistrature de la Cour Suprême, loin de se complaire dans l'activisme judiciaire, se montre au contraire plutôt hésitante à remettre en cause l'ordre législatif établi.

Cependant, ces auteurs n'ont pas tort lorsqu'ils font remarquer que la Charte canadienne des droits et libertés a comme corollaire obligé **une politisation accrue** de la fonction judiciaire. C'est que, il importe d'insister sur ce point, l'usage effectif d'un pouvoir de régulation normatif (soit un pouvoir proprement politique) de la part des juges ne suppose pas nécessairement que ces derniers décident d'invalidier la loi contestée en Cour. Ce pouvoir se matérialise plutôt en amont du processus de contrôle judi-

ciaire, soit dès le moment où le magistrat se voit appelé à évaluer la légitimité d'un texte de loi. Or, dans l'arrêt Oakes, la Cour Suprême insiste sur la nécessité d'évaluer, **en premier lieu**, le bien-fondé de l'**objectif** législatif au nom duquel le gouvernement a promulgué une loi limitant un droit protégé par la Charte. Dès lors, on peut dire avec Robert Vandycke que l'arrêt Oakes contribue à conférer à l'appareil judiciaire un pouvoir à caractère proprement politique; ceci dans la mesure où, désormais, les décisions des juges « 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.<sup>19</sup> » En d'autres termes, la Charte des droits et libertés, parce qu'elle élargit la possibilité pour la magistrature de faire une appréciation subjective de la validité des règles de droit à caractère universaliste édictées par le Parlement, confère aux juges un poids énorme sur les plans à la fois politique et idéologique (Vandycke, 1986; Elliot, 1989, p. 248-251; Sutherland, 1997, p. 304).

Il s'agit presque d'un lieu commun d'affirmer aujourd'hui qu'une politisation abusive du judiciaire fait entorse aux principes élémentaires de la démocratie parlementaire. Nous croyons, quant à nous, qu'il est important de rappeler brièvement deux des principaux problèmes liés à l'avènement, en 1982, de ce que d'aucuns ont appelé la « République canadienne des juges ». Premièrement, on ne peut manquer de relever le manque de représentativité de la magistrature qui, étant un corps non élu, ne dispose pas de toute la légitimité nécessaire pour exercer un pouvoir décisionnel créateur de normes politico-juridiques. De plus, tel que le souligne R. Vandycke, l'exercice d'un pouvoir à caractère politique par le judiciaire se trouve à escamoter une étape nécessaire du processus démocratique, à savoir celle du débat public où s'affrontent diverses idées et discours antagoniques (Vandycke, 1986, p. 147-148). À cet égard, il importe toutefois de souligner que la Cour Suprême a, depuis peu, commencé à remédier à cette lacune en consultant de plus en plus des acteurs de la sphère extra-judiciaire qui, sans être impliqués directement dans les causes entendues, sont néanmoins appelés à exprimer une expertise ou un point de vue jugé pertinent.

Enfin, d'autres auteurs, tels que Dorval Brunelle, ont pertinemment attiré notre attention sur l'impréparation et l'inaptitude des juges à évaluer dans quelle mesure une loi se trouve à restreindre un droit protégé par la Charte « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » (article 1 de la Charte). C'est que, argue-t-il, la Cour n'a jamais pris la peine de définir suffisamment les termes « limites raisonnables », ou encore la notion non moins équivoque de « société libre et démocratique. » À cet égard, la Cour Suprême aurait dû, selon D. Brunelle, s'interroger plus en profondeur sur les questions complexes d'ordre théorique que de telles formules suscitent inévitablement. Toujours selon cet auteur, les juges auraient dû creuser davantage la question du rapport entre droits particuliers et droits collectifs, ou encore celle du rapport entre sujets de droit, institutions et État, avant de se lancer dans l'interprétation au cas par cas de

---

19. Vandycke, Robert, « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la charte constitutionnelle de 1982 », dans *Sociologie et Sociétés*, vol. xviii, n° 1, 1986, p. 147.

notions qui sont en fait plutôt arrimées à la sociologie et à la philosophie politique. Si elle n'avait pas ignoré l'apport de telles disciplines, la Cour Suprême aurait sans doute été mieux à même d'exhumer les racines (théoriques) qui alimentent son propre discours jurisprudentiel. Ce dernier aurait alors gagné en cohérence et surtout en clarté, ce qui aurait favorisé davantage la critique et la discussion (Brunelle, 1997, p. 148-162).

### CONCLUSION

On a vu que le discours de la Cour Suprême est loin d'être porteur d'une vision unique des notions d'égalité et de discrimination. Il s'est plutôt révélé suffisamment complexe pour qu'on ne puisse l'enfermer aisément dans une catégorie analytique nettement définie. En effet, l'argumentation des juges a laissé transparaître une conception du droit moderniste à certains égards, et postmoderniste à d'autres. Rappelons que la Cour a eu tendance, plus souvent qu'autrement, à bloquer l'accès à l'article 15(1) aux requérants en invoquant le fait que ces derniers ne satisfaisaient pas aux deux conditions d'admissibilité suivantes : 1) invoquer un statut renvoyant à une appartenance identitaire réelle, et 2) appartenir à une « minorité discrète et isolée ». La première condition a conduit les juges à éliminer, entre autres, les revendications non fondées sur des statuts identitaires socialement signifiants. La Cour a voulu ainsi éviter que n'importe quel intérêt particulariste empirique ne puisse être converti automatiquement en catégorie identitaire justifiant le recours à l'article 15(1). Ce faisant, on peut dire que la Cour Suprême s'est érigée, en quelque sorte, en gardienne de l'univers de sens collectif à partir duquel sont généralement construites les identités individuelles. En d'autres termes, la Cour Suprême n'a pas voulu ouvrir la porte à une « contextualisation » extrême des découpages identitaires opérés par les sujets requérants. Refusant une définition atomisée de la société civile qui renverrait à une pluralité infinie d'intérêts particuliers, la Cour Suprême a eu tendance à légitimer plutôt une définition à la fois plus structurante et globalisante de la société civile, définition où l'appartenance à un groupe identitaire socialement signifiant devient le vrai critère juridiquement acceptable. Ce faisant, la plus haute Cour du pays s'est érigée en défenseur d'une modernité qui supporte mal l'érosion progressive des liens arrimant le droit à un espace public où s'exerce un travail de reconnaissance politique des multiples identités émergeant de la sphère privée.

À un autre niveau, la Cour semble, par l'entremise du critère de la minorité discrète et isolée, faire sienne la logique identitaire postmoderne selon laquelle les droits individuels doivent dorénavant être tributaires des appartenances de groupe. En accordant à la problématique identitaire une place prioritaire dans l'interprétation de la notion de discrimination, la Cour se trouve à rendre secondaire l'évaluation du caractère potentiellement inégalitaire des lois remises en causes. Rappelons cependant que, d'après l'analyse qui précède, l'article 15(1) aura surtout servi à des groupes dont le profil, non identitaire, relève d'un collage de caractéristiques contingentes répondant à des intérêts ponctuels, plutôt qu'à des groupes aux identités collectives signifiantes puisant à même un espace symbolique commun. Une telle tendance semble donc confirmer l'idée selon

laquelle la Charte constitue une manifestation éminente du nouveau mode de régulation procédural et instrumental de la différence qui tend à se mettre en place dans nos sociétés contemporaines.

De plus, il a été suggéré que la Cour Suprême a préféré, dans la grande majorité des cas, conclure à l'irrecevabilité des pourvois plutôt que de procéder à une évaluation éthico-normative des effets et des objectifs liés à la distinction juridique incriminée. Les juges ont en effet semblé très soucieux d'éviter d'exercer effectivement leur pouvoir (très étendu) de créer du droit, de manière à ne pas susciter une politisation excessive de la fonction judiciaire. Nous avons cependant fait remarquer que la régulation normative exercée par le judiciaire revêtait, grâce à la Charte canadienne de 1982, un caractère hautement politique, et ce, indépendamment de l'usage que les juges font de leur pouvoir de créer du droit.

Nous avons également conclu que le pouvoir judiciaire, et *a fortiori* la Charte canadienne, sont difficilement en mesure de redonner à la société civile fragmentée une certaine cohésion politique, normative et symbolique. Bien au contraire, le judiciaire, de par son mode de régulation *a posteriori*, procède plutôt à un équilibre procédural des intérêts et des droits divergents qui s'opposent dans la société civile. Conséquemment, cet équilibre n'est pas dicté par un cadre normatif résultant d'une confrontation idéologique des groupes sociaux dans un espace public ouvert. Enfin, tout en revêtant un caractère procédural, le pouvoir que la Charte confère aux juges n'en demeure pas moins idéologique; ceci dans la mesure où le cadre d'interprétation imprécis de la Charte laisse beaucoup de place aux interprétations et aux opinions personnelles. Qui plus est, ces dernières peuvent d'autant plus facilement être soustraites à la critique et à la discussion qu'elles empruntent la forme d'une rationalité juridique qui prétend à l'objectivité et à la neutralité. Malgré tout, l'interprétation de l'article 15(1) par la Cour Suprême aura quand même donné aux groupes minoritaires désavantagés un moyen de contester les pans de l'édifice législatif qui contribuent encore à les maintenir en marge de l'espace citoyen. Les revendications identitaires de ces groupes participent d'un mouvement historique de contextualisation du droit qui procède d'une relecture critique salutaire des discours à prétention universaliste de la modernité. ◆

## RÉSUMÉ

Cet article se veut une analyse jurisprudentielle et sociologique de l'interprétation par la Cour Suprême des notions de discrimination et d'inégalité inscrites dans l'article 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés (entre 1985 et 1993). L'auteur interroge cet article à la lumière d'un cadre d'analyse fondé sur les notions de modernité et de postmodernité juridiques. Deux hypothèses seront vérifiées dans le cadre de cette étude : 1) La Cour Suprême tend aujourd'hui à se faire l'écho d'un mode de régulation juridique postmoderne caractérisé par une interpénétration croissante des statuts et des identités particularistes liés à la sphère privée d'une part, et des droits politiques constitutionnels issus de la sphère publique d'autre part. 2) Les identités invoquées par les demandeurs reflètent la tendance du sujet « postmoderne » à faire reconnaître par voie judiciaire des droits réclamés au nom d'appartenances qui ne sont pas nécessairement socialement significatives. L'échantillon constitué dans cet article se compose

des arrêts de la Cour Suprême dont l'argumentation nous a semblé à la fois pertinente et suffisamment substantielle pour se prêter à une analyse du discours qui les sous-tend. L'analyse empirique nous a permis de constater que, alors que les requérants sont enclins à opérer des découpages identitaires dont l'extrême précision sert des intérêts particularistes et ponctuels, la Cour Suprême canadienne tend, quant à elle, à protéger l'édifice législatif en limitant l'accès à l'article 15(1) à des groupes identitaires considérés à la fois comme socialement signifiants et marginalisés. À un premier niveau, la Cour semble avoir voulu limiter une ingérence excessive du judiciaire dans le domaine politique. À un deuxième niveau, elle a eu tendance à considérer les droits individuels comme tributaires avant tout des droits de groupes, ce qui vient mettre à mal le principe moderniste d'égalité formelle et contribue à accentuer la contextualisation (postmoderniste) du droit au Canada. À un troisième niveau, son interprétation de l'article 15(1) a fait de ce dernier un instrument visant à offrir une protection constitutionnelle exclusive à des groupes en proie à des inégalités structurelles et laissés jusqu'ici en marge du projet égalitaire de la modernité. On note enfin que la Charte des droits, en ce qu'elle permet une politisation accrue du pouvoir judiciaire, continue néanmoins à poser le problème de la crise de légitimité du politique dans nos sociétés contemporaines. À cet égard, l'auteur suggère que la judiciarisation marquée de la gestion des conflits identitaires que consacre la Charte traduit l'incapacité de l'État à articuler sa politique de reconnaissance des différences à un cadre normatif unifiant, c'est-à-dire orienté vers l'obtention consensuelle d'« horizons de signification » collectifs.

#### SUMMARY

This paper attempts a jurisprudential and sociological analysis of the Supreme Court interpretation of the notions of discrimination and inequality set down in article 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms (between 1985 and 1993). The author questions this article in the light of an analytical framework based on the notions of legal modernity and post-modernity. Two hypotheses are verified in the framework of this study: 1) The Supreme Court today tends to echo a mode of post-modern legal regulation characterized, on the one hand, by an increasing interpenetration of specific statutes and identities linked to the private sphere, and by constitutional political rights originating from the public sphere, on the other. 2) The identities invoked by plaintiffs reflect the tendency of "post-modern" subjects to claim rights by legal channels in virtue of membership that is not necessarily socially meaningful. The sample represented in this paper consists of Supreme Court decisions of which the arguments seemed both relevant and sufficiently substantial to be useful in the analysis of the underlying discourse. Our empirical analysis has permitted the observation that, whereas the plaintiffs are inclined to make identity differentiations of extreme precision serving specific and timely interests, the Canadian Supreme Court tends, on the other hand, to protect the legislative edifice by limiting access to article 15(1) to identity groups considered both as socially meaningful and marginal. On a first level, the court seems to have wanted to limit excessive legal incursions in the political arena. On a second level, it has had the tendency to consider individual rights as, above all, tributary to rights of groups, which goes against the modernist principle of formal equality and contributes in accentuating the (post-modernistic) contextualization of law in Canada. On a third level, the Court's interpretation of article 15(1) has made the article an instrument aimed at offering exclusive constitutional protection to groups that have structural inequalities and that have remained on the margins of a modernistic equalitarianism until the present time. It is noted, finally, that the Charter of Rights, insofar as it permits a greater politicization of legal power, nevertheless continues to pose the problem of a crisis of legitimacy in politics in

contemporary societies. In this regard, the author suggests that the very noticeable legalization of identity conflict management established by the Charter translates the incapacity of the state to articulate a policy of recognition of differences in a unifying normative framework, a framework oriented toward the consensual achievement of collective “horizons of meaning”.

## RESUME

Este texto es un análisis jurídico y sociológico de la interpretación de la Corte Suprema de las nociones de discriminación y de desigualdad inscritas en el artículo 15(1) de la Carta canadiense de los derechos y libertades (entre 1985 y 1993). El autor interroga este artículo con la ayuda de un marco de análisis fundado en las nociones de modernidad y posmodernidad jurídicas. Dos hipótesis serán verificadas en el marco de este estudio: 1) La Corte Suprema tiende hoy a hacerse eco de un modo de regulación jurídica posmoderno caracterizado por una interpenetración creciente de los estatutos y las identidades particularizadas ligadas a la esfera privada por un lado, y los derechos políticos constitucionales que resultan de la esfera pública, por otro lado. 2) Las identidades invocadas por los demandantes reflejan la tendencia del sujeto «posmoderno» a hacer reconocer por vía jurídica los derechos reclamados en nombre de pertenencias que no son necesariamente significantes. La muestra estudiada en este artículo se compone de las decisiones judiciales de la Corte Suprema cuya argumentación nos pareció a la vez pertinente y suficientemente sustancial para prestarse a un análisis del discurso subyacente. El análisis empírico nos ha permitido de constatar que, mientras que los requerientes son partidarios de operar recortes en función de la identidad cuya extrema precisión sirve intereses particularizados y puntuales, la Corte Suprema canadiense tiende a proteger el edificio legislativo limitando el acceso al artículo 15(1) a grupos de identidad considerados a la vez como socialmente significantes y marginados. En un primer nivel, la Corte parece haber querido limitar una injerencia excesiva de lo judicial en el campo de la política. En un segundo nivel, ella tendió a considerar los derechos individuales como tributarios ante todo de los derechos de grupos, lo que perjudica al principio modernista de igualdad formal y contribuye a acentuar la contextualización (posmodernista) del derecho en Canadá. En un tercer nivel, su interpretación del artículo 15(1) hizo de este último un instrumento que apunta a ofrecer una protección constitucional exclusiva a grupos que sufren desigualdades estructurales y son dejados hasta aquí en el margen del proyecto igualitario de la modernidad. Al final, nosotros notamos que la Carta de derechos, que permite una politización creciente del poder judicial, continua sin embargo de plantear el problema de la crisis de legitimidad de lo político en nuestras sociedades contemporáneas. En este sentido, el autor sugiere que la juridización marcada de la gestión de los conflictos de identidad que consagra la Carta traduce la incapacidad del estado para articular su política de reconocimiento de las diferencias en un marco unificador, es decir orientado hacia la obtención consensual d'«horizontes de significación colectivos».

## BIBLIOGRAPHIE

- BARRON, ANNE (1989), «Discours juridique et colonisation du moi dans l'État moderne», *Droit et Société*, n° 13, p. 359-372.
- BAYEFISKY, A.F. (1990), «A Case Comment on the First Three Equality Rights Cases Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Andrews, Workers' Compensation Reference, Turpin», *Supreme court Law Review*, vol. 1 (2d), p. 503-531.



- BELLEY, Jean-Guy (1986), « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés* : Droit du pouvoir et pouvoir du droit, vol. XVIII, n° 1, avril, p. 11-32.
- BELLAH, Robert, *et al.* (1985), *Habits of the Heart : Individualism and Commitment in American Life*, Berkeley, University of California Press.
- BERLIN, Isaiah (1969), *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy.
- BOURQUE, Gilles et Jules DUCHASTEL (1995), « Pour une identité canadienne post-nationale, la souveraineté partagée et la pluralité des cultures politiques », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 25, p. 17-58.
- BRUNELLE, Dorval (1997), *Droit et exclusion. Critique de l'ordre libéral*, Paris, L'Harmattan, p. 135-163.
- CAIRNS, A.C. (1993), « The Fragmentation of Canadian Citizenship », dans W. KAPLAN (éd.), *Belonging: the Meaning and Future of Canadian Citizenship*, Montréal, McGill's University Press.
- CHOURAQUI, Alain (1989), « Normes sociales et règles juridiques : quelques observations sur des régulations désarticulées », *Droit et Société*, n° 13, (Dossier : Lumières/Révolution/Post-modernisme), p. 417-429.
- ELLIOT, David W. (1989), « Comment on *Andrews v. Law Society of British Columbia* and section 15(1) of the Charter: the Emperor's new Clothes? », *Revue de droit de McGill*, vol. 35, p. 235-252.
- FERRY, Jean-Marc (1992), « Qu'est-ce qu'une communauté politique. Linéaments d'un "communautarisme méthodologique" », *Raisons Pratiques*, n° 3, p. 109-128.
- FREITAG, Michel (1986), *Dialectique et société (Tome II)*, Montréal, Éd. St-Martin, (en particulier le chap.14 : p. 313-351).
- FREITAG, Michel (1994), « La métamorphose. Génèse et Développement d'une société postmoderne en Amérique », *Société*, hiver, n° 12-13, p. 1-135.
- FRIEDMAN, Lawrence M. (1990), *The Republic of Choice : Law, Authority, and Culture*, Cambridge, (Mass., USA), Harvard University Press.
- GAGNÉ, Gilles (1992), « Transformation du concept de droit dans la postmodernité », dans *Cahier de droit*, 33, septembre, p. 701-733.
- GALLOWAY, J.D.C. (1993), « Three Models of (In)Equality », *McGill Law Journal*, vol. 38, p. 64-90.
- GIBSON, Dale (1991), « Equality for Some », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 40, p. 2-22.
- GIGNAC, Jean-Luc (1997), « Sur le multiculturalisme et la politique de la différence identitaire : Taylor, Walzer, Kymlicka », *Politique et Sociétés*, vol. 16, n° 2, p. 31-65.
- HARVEY, David (1990), *Condition of Postmodernity: an Enquiry into the Origins of Cultural Change*, MA, Blackwell.
- KYMLICKA, Will (1993), « Group Representation in Canadian Politics », dans Leslie SEIDLE (éd.), *Equity and Community. The Charter, Interest Advocacy, and Representation*, Montréal, IRPP Governance, p. 61-89.
- LAJOIE, Andrée (1997), *Jugements de valeurs. Le discours judiciaire*, Paris, PUF.
- LEPOFSKY, David M. (1992), « The Canadian Judicial Approach to Equality Rights: Freedom Ride or Rollercoaster? », *National Journal of Constitutional Law*, [1 N.J.C.L.], p. 315-359.
- LIPOVETSKY, Gilles (1983), *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard.
- MACKAY, Pierre (1987), « La Charte canadienne des droits et libertés de 1982 ou le déclin de l'empire britannique », dans R. BUREAU et Pierre MACKAY (éd.), *Le droit dans tous ses états. La question du droit au Québec, 1970-1987*, Montréal, Wilson & Lafleur ltée.
- MAJURY, Diana (1991), « Equality and Discrimination According to the Supreme Court of Canada », dans *C.J.W.L./R.F.D.*, vol. 4, p. 407-439.
- MANDEL, Michael (1994), *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada*, Toronto, Thompson Educational Publishing.
- MANFREDI (1993), *Judicial Power and the Charter: Canada and the Paradox of Liberal Constitutionalism*, Toronto, McClelland and Stewart.
- MELKEVIK, Bjarne (1992), « Transformation du droit : le point de vue communicationnel », *Les Cahiers de Droit*, vol. 33, n° 1, mars, p. 115-139.
- MOCKLE, Daniel (1990), « L'impact du principe d'égalité sur les privilèges et immunités de l'État », *Revue du Barreau*, tome 50, n° 3, mai-juin, p. 431-501.

- PROULX, Daniel (1988), « L'égalité en droit comparé et en droit canadien depuis l'arrêt Andrews », dans G.A. BEAUDOIN (éd.), *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés. Actes des journées strasbourgeoises*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, p.145-164.
- RAWLS, John (1987), *Une théorie de la justice*, Paris, Seuil.
- RAWLS, John (1996), *Political Liberalism*, New York, Columbia University.
- ROACH, Kent (1993), « The Role of Litigation and the Charter in Interest Advocacy », dans Leslie SEIDLE (éd.), *Equity and Community. The Charter, Interest Advocacy, and Representation*, Montréal, IRPP Governance, p. 159-188.
- ROCHER, François et Daniel SALÉE (1997), « Libéralisme et tensions identitaires : éléments de réflexion sur le désarroi des sociétés modernes », *Politique et Sociétés*, vol. 16, n° 2, p. 3-30.
- RUTHERLAND, Kate (1997), « The New Equality Paradigm: The Impact of Charter Equality Principles on Private Law Decisions », dans David SCHNEIDERMAN et Kate SUTHERLAND (éd.), *Charting the Consequences: The Impact of the Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, p. 245-271.
- SCHNEIDERMAN, David et Kate SUTHERLAND (1997), « Conclusion », dans David SCHNEIDERMAN et Kate SUTHERLAND (éd.), *Charting the Consequences: The Impact of the Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, p. 343-349.
- TAYLOR, Charles (1994), *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Paris, Aubier.
- VANDYCKE, Robert (1986), « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la charte constitutionnelle de 1982 », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, n° 1, p. 139-151.
- WEINSTOCK, Daniel (1995), « Justice et Différence : la Critique du paradigme libéral des droits », *Carrefour : Philosophie et Droit. Actes du Colloque DIKÈ*, Les Cahiers Scientifiques de l'ACFAS, n° 80, p. 145-165.