

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA *CHARTE* CANADIENNE : INSTRUMENT DE
VIRTUALISATION DE SA SOCIÉTÉ

THÈSE
PRÉSENTÉE
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DU DOCTORAT EN SCIENCE POLITIQUE

PAR
FRANÇOIS GIBEAULT

AVRIL 2017

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de cette thèse se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.10-2015). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

Cette étape de mon aventure qui a pris tant d'années n'aurait pas pu se compléter sans l'aide et le soutien de nombreuses personnes. Je ne pourrai pas toutes les nommer et pour cela, je leur présente mes excuses. Je me restreindrai à en nommer certaines seulement qui ont marqué celle-ci. Cependant, je les remercie tous.

Le premier est mon directeur de recherche Lawrence Olivier. Que dire de ce philosophe politique passionné, perspicace et ouvert d'esprit autre qu'il m'a appris patiemment à développer et structurer une pensée critique. Et pour cela, merci.

Ensuite, je remercie mon épouse Annie et nos enfants Mathieu, Alexis, Nicolas, Alexandre, Joanie et Francis pour leur patience et encouragement, car ils ont autant vécu ce cheminement sur la *Charte* que moi.

Je dois aussi remercier le département de science politique de l'UQAM qui m'a offert des programmes stimulants pendant plus de 12 années ainsi que le professeur Yves Couture qui a continuellement sillonné mon parcours.

Finalement, le temps dédié à ce travail est pour mes enfants dont j'ai une responsabilité pour leur futur autant qu'eux. Et devant cela, je refuse qu'ils soient maintenus dans un état de minorité notamment à cause de leur culture québécoise et leur langue française comme je l'ai déjà été. Je ne peux terminer mon aventure sans faire quelque chose pour m'opposer au retour en force de cette dynamique que j'observe de plus en plus.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES.....	vi
RÉSUMÉ.....	vii
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I.	
UNE PROBLÉMATIQUE QUI NOUS ÉCHAPPE.....	5
1.1 État de la recherche.....	7
1.1.1 Une remise en question du multiculturalisme canadien.....	10
1.1.2 La Charte et la Cour suprême du Canada.....	19
1.1.3 La Charte et la dynamique qu'elle engendre.....	29
CHAPITRE II.	
GOUVERNANCE : SAVOIR, POUVOIR ET ASSUJETTISSEMENT.....	44
2.1 Le gouvernement et la Charte.....	47
2.1.1 Le gouvernement par la discipline.....	51
2.1.2 Le gouvernement par la biopolitique.....	54
2.1.3 Le gouvernement par la doctrine économique.....	58
2.1.4 La gouvernementalité et le droit.....	62
2.2 Virtualisation et complexité.....	64
CHAPITRE III.	
L'ANCRAGE DU DISCOURS CHARTISTE.....	70
3.1 La suprématie de la Charte.....	74
3.1.1 L'étendue de la suprématie chartiste.....	75
3.1.2 La difficulté de modifier la suprématie de la Charte.....	78
3.1.3 La primauté du droit et la Charte.....	83
3.1.4 La légitimité de la Charte.....	86
3.1.5 Le discours apologétique chartiste.....	90
3.2 La sacralisation de la Charte.....	96
3.2.1 L'ancrage historique chartiste.....	99
3.2.2 Les revendications chartistes de droits et libertés.....	104
3.2.3 L'efficacité de la peur associée aux droits de la personne chartistes.....	108

3.3 L'égalité et la Charte.....	114
3.3.1 Les définitions chartistes de l'égalité.....	116
3.3.2 La segmentation chartiste des citoyens.....	119
3.3.3 L'encadrement chartiste par l'égalité.....	126
3.4 L'individualisme et la Charte	129
3.4.1 Le chartisme face aux libertés individuelles et à l'égalité des minorités....	131
3.4.2 Le chartisme et les luttes individuelles politiques contemporaines	138
3.4.3 Les droits et libertés chartistes en tant que commodités.....	150
3.5 L'occultation de l'économique et la Charte.....	160
3.5.1 Les générations de droits de la personne	161
3.5.2 Les droits économiques chartistes.....	167
3.5.3 Interventions chartistes dans l'économique	171
3.6 Le multiculturalisme canadien et la Charte	176
3.6.1 L'encadrement des droits de la personne chartistes au nom de la collectivité.....	180
3.6.2 La Charte et la question des deux langues officielles	185
3.6.3 L'occultation du discours autochtone dans le chartisme	190
3.7 Le nationalisme québécois et la Charte	196
3.7.1 Le nationalisme québécois : vecteur principal de l'enchâssement de la Charte?.....	198
3.7.2 L'importance des droits de la personne et le contexte chartiste de 1982....	201
3.7.3 Les conséquences de l'acharnement chartiste sur le nationalisme québécois.....	203
3.8 Où mènent ces discours ancrant chartistes?.....	207

CHAPITRE IV.

LES RAPPORTS CHARTISTES : RATIONALITÉ ET MÉCANISMES

D'ASSUJETTISSEMENT.....	211
4.1 La connexion entre la Charte et la Cour suprême.....	213
4.1.1 La fondation du lien entre la Cour suprême du Canada et la Charte	216
4.1.2 La sacralisation chartiste et les liens entre la Cour suprême et la Charte ...	222
4.1.3 L'ascension de l'hégémonie de la Cour suprême chartiste.....	226

4.2 La connexion jurisprudence chartiste et la nouvelle élite « éclairée »	228
4.2.1 Le désintéressement de l'individu face aux décisions chartistes	232
4.2.2 Le besoin de certitude et les décisions chartistes	235
4.2.3 Le soutien étatique envers l'élite chartiste	237
4.2.4 L'alignement chartiste sur l'idéologie dominante économique	240
4.3 La connexion entre l'agenda chartiste et l'exécutif canadien	242
4.3.1 Le déploiement de l'agenda et du canal de communication chartiste.....	245
4.3.2 L'assujettissement chartiste à la dynamique entre la Cour suprême et l'exécutif	250
4.3.3 Le contrôle de l'agenda chartiste	252
4.4 Le maintien d'une dynamique	254
4.5 Le schème chartiste canadien	255
CHAPITRE V. LA VIRTUALISATION DE LA SOCIÉTÉ	261
5.1 Judiciarisation : la virtualisation des liens entre citoyens	270
5.1.1 L'isolement chartiste des bénéficiaires de la Charte.....	271
5.1.2 L'isolement chartiste des antagonistes par la Charte	275
5.1.3 L'isolement chartiste de la gouvernance étatique canadienne	280
5.2 Juridicisation : la virtualisation des discours sociétaux	287
5.2.1 Déréalisation sociale : l'influence du discours chartiste	290
5.2.2 Déréalisation sociale : la ségrégation des exclus chartistes	297
5.3 L'enracinement des intermédiaires chartistes	303
5.3.1 La force de perpétuation des intermédiaires chartistes	306
5.3.2 L'extrémisation des positions chartistes	309
5.4 Virtualisation chartiste et complexification	314
5.4.1 La complexification résultante de la société canadienne	320
CONCLUSION : LES ENJEUX DE LA VIE ... ENSEMBLE	327
C.1 Le chartisme : une dynamique transposable	329
C.2 L'inertie de la société chartiste : et puis?	334
C.3 D'autres types de solutions	340
BIBLIOGRAPHIE	343

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

A.G.	Procureur général
Art.	Article
CCPARDC	Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles
ÉGALE	Égalité pour les gais et lesbiennes
FMI	Fonds Monétaire International
GRC	Gendarmerie Royale du Canada
IRPA	Individual's Rights Protection Act
LEAF	Fonds d'action et d'aide juridiques pour les femmes
ONU	Organisation des Nations-Unies
R.	Reine
SDGMR	Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons

RÉSUMÉ

En ouverture, nous pourrions demander si la *Charte canadienne des droits et libertés* permet ou sanctionne des abus ou encore des empiètements contre les droits et libertés des citoyens au Canada. Pour y répondre, nous analyserons l'impact de la *Charte* sur le tissu social et politique de la société. Autrement dit, la première question qui nous intéresse est la suivante : quelle est la portée de la *Charte* en tant qu'instrument de gouvernement de la société? Cependant, limiter le rôle de celle-ci à un instrument, c'est ne pas en comprendre l'impact, car elle transforme radicalement les rapports entre citoyens, notamment en judiciarisant la vie sociale. Une telle question en soulève une seconde : quel jugement peut-on alors porter sur ce type d'impact dans la société canadienne et plus spécifiquement au Québec?

Pour nous permettre d'effectuer cet exercice de réflexion et de questionnement sur la *Charte* et ses effets sur la société, nous utiliserons les concepts de virtualisation et de déclin conjointement avec un cadre d'analyse de Michel Foucault. Ce dernier vise à identifier la dynamique des rapports entre savoir, pouvoir et sujet, le schème d'une période, d'où nous pourrons ensuite analyser l'impact et les effets de la *Charte* sur la société.

Nous avançons, et c'est la thèse défendue que la *Charte* distend le lien social et politique, et crée un vide comblé, notamment, par la place prépondérante que prennent maintenant des intermédiaires comme les juges et les avocats, médiateurs devenus nécessaires des nouveaux rapports sociopolitiques. Cela a un impact sur l'efficacité du fonctionnement de la société notamment avec l'ajout d'étapes intermédiaires qui complexifient le processus de régulation. De plus, la *Charte* polarise la société en juridicisation des discours et en associant à ceux-ci l'aspect manichéen du processus judiciaire où il ne peut qu'y avoir un gagnant et l'autre ne peut qu'être perdant. Cela enlève du même coup à la société sa capacité de réagir et de s'ajuster aux complexités grandissantes du vivre ensemble en trouvant des compromis et ententes plutôt que le choix manichéen entre extrêmes. Pour les citoyens, la judiciarisation et la juridicisation les isolent et les déresponsabilisent diminuant ainsi leur capacité de participer au fonctionnement de la société notamment par son autorégulation. Cela a un impact important sur la complexité de fonctionnement de la société et certainement sur celui de la gouvernance canadienne.

Avec une complexification importante et coûteuse de la gouvernamentalité canadienne que cause le chartisme ainsi que l'accentuation d'inégalités économiques soutenues par la Cour au nom de la *Charte*, nous arrivons au constat que cette dernière est un facteur significatif qui a mené l'État canadien à une phase de dégénérescence malgré les efforts d'être un baume efficace pour dévier et occulter la situation. La religion chartiste maintient l'espoir d'un monde meilleur au détriment d'un examen de la réalité. En reprenant la formule d'Arnold J. Toynbee, le dysfonctionnement au sein de la minorité dominante canadienne qui laisse la société canadienne à elle-même a été accompagné par une dynamique où la *Charte*, en engendrant d'une façon généralisée des distanciations sociales et politiques notamment avec l'insertion de la Cour entre celle-ci et le gouvernement, a accentué un retrait de confiance des citoyens face à leur État. En conséquence, nous pouvons dire que la virtualisation chartiste a généré une perte de cohésion dans la société entière d'où la situation de dégénérescence et de déréalisation de l'État canadien et de sa société.

MOTS CLÉS

Charte canadienne des droits de la personne, droits et libertés, virtualisation, minorité, nationalisme québécois, déclin.

« En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. »

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général), [1989] 2 R.C.S. 1326 à la page 1336.

INTRODUCTION

Une image positive des droits de la personne s'est significativement ancrée¹ dans les consciences en vertu de victoires importantes et significatives contre des abus réels, comme les gains des femmes pour l'égalité et celles contre la discrimination basée sur la couleur de la peau, la reconnaissance de l'homosexualité. En conséquence, toute critique de la *Charte canadienne des droits et libertés*² expose son auteur à une culpabilité par association avec ceux qui abusaient et abuseraient encore des droits et libertés. Michael Ignatieff, pourtant recommande une certaine prudence dans notre attitude face à la *Charte* : « Les droits de la personne sont utilisés pour justifier des actes de pouvoir et de résistance et comme tout langage de ce genre, ils sont exposés à des abus. »³ Cette perspective politique montre si besoin était qu'il est possible d'adopter face à celle-ci un point de vue qui ne tient pas de l'apologie déguisée. On peut légitimement se demander, sans appartenir aux transgresseurs des droits, si la *Charte canadienne des droits et libertés* autorise ou sanctionne des abus ou des violations des droits et libertés des citoyens? Si l'idée paraît absurde d'abord, cela ne dispense pas d'y aller voir.

Selon Guy Rocher, toute loi, et certainement la *Charte* canadienne ne fait pas exception, doit atteindre un niveau de sacralisation.

Ce que décrit [la juriste française] Danièle Loschak (sic), c'est ce qu'on peut appeler l'idéologie juridique, c'est-à-dire le droit érigé lui-même en valeur idéologique. C'est d'ailleurs à la condition qu'il soit ainsi revêtu de cette valeur idéologique que le droit existe. Un droit sans pouvoir n'est pas du droit; [...] Il faut qu'il soit investi

¹ Un exemple pour illustrer cette affirmation : voir Max Nemni, « La Charte canadienne des droits et libertés ; reflet d'un humanisme chrétien » *Options politiques*, février 2007, p. 60-64.

² *Loi constitutionnelle de 1982*, LRC (1985), app. II, no. 44, annexe B, partie I, *Charte canadienne des droits et libertés*.

³ Michael Ignatieff, *The Rights Revolution*, Toronto, House of Anansi Press Ltd, 2000, p. 52. Traduction libre de l'auteur.

d'un certain caractère « sacré » qui confère à sa normativité une efficacité certaine.⁴

C'est une nécessité du droit d'avoir une valeur idéologique; une condition de son exercice et de la reconnaissance de sa légitimité. Le droit serait un « [...] système (possédant sa logique et sa rigueur propre) de représentations (images, mythes, idées ou concepts selon les cas) doué d'une existence et d'un rôle historique au sein d'une société donnée. »⁵ Sans cette valeur idéologique, le droit ne serait rien d'autre qu'un discours sans réelle portée. Grâce à celle-ci, le droit gagne une autorité qu'il est difficile de contester. Quelle signification porte cette valeur idéologique? Une forme de sacralisation, doit-on répondre, qu'il faut entendre comme le fait d'accorder au droit une valeur qui le soustrait à des formes de jugement. Cette sacralisation lui permet de s'immuniser contre la critique. Ce qui n'est pas sans risque comme le souligne Upendra Baxi : « Taire des discours de droits de la personne est le rêve ultime des formes de politique totalitaire, et l'obscénité de cette forme de domination doit toujours fournir un rappel à la réalité contre toutes formes de romantisme et d'évangélisation des droits de la personne. »⁶ La valeur idéologique du droit renvoie à la question de son inscription sociale; c'est le rôle historique du droit qui est ici invoqué. Une certaine retenue, plus encore un détachement face aux représentations habituelles est nécessaire pour qui veut étudier la *Charte*. En fait, il faut prendre très au sérieux la valeur idéologique et voir ce que cela suppose au niveau de l'analyse de la *Charte* canadienne. S'esquissent déjà les contours d'une problématique qui demande encore à être précisée.

⁴ Guy Rocher, « Droit, pouvoir et domination », *Revue Sociologie et sociétés*, vol 18/1 (avril 1986), p. 44. Les citations internes sont dans le texte cité. Le nom de la juriste française devrait s'écrire comme suit : Loshak.

⁵ Olivier Corten et Annemie Schaus, *Le droit comme idéologie : introduction critique au droit belge* (2^e éd. revue), Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, quatrième de couverture.

⁶ Upendra Baxi, *The Future of Human Rights*, New Delhi : Oxford University Press, 2006, p. xx. Traduction libre de l'auteur.

En suivant un instant, l'historien Frédéric Bastien qui s'interroge sur la pertinence de la *Charte* canadienne en rappelant les deux faits suivants. Alexander Hamilton, un des Pères fondateurs de la Constitution des États-Unis, considère l'enchâssement de droits et libertés dans une Constitution comme ayant peu de valeur pour les citoyens :

Qu'est-ce que la liberté de presse? Qui peut en donner une définition qui ne laisserait pas la plus grande latitude pour la contourner? Je considère que c'est impossible. J'en déduis que, quelles que soient les belles déclarations insérées dans une Constitution afin d'en assurer le respect, sa protection doit entièrement relever de l'opinion publique ainsi que du civisme de la population et du gouvernement.⁷

Il considère qu'un droit ou une liberté écrit offre des façons de faire pour le contrôler ou pour le contourner. La pérennité du droit, de son respect, est entre les mains des citoyens et de leurs représentants, et non dans un document. Ce peu de valeur pour les citoyens des droits insérés dans une Constitution, que constate Hamilton, pose en substance l'idée qu'ils jouent un autre rôle, qu'ils ont une fonction différente de celles que les droits fondamentaux sont censés remplir.

Pour le politologue Peter Russell, et c'est le deuxième fait que l'on retient, on peut et on doit regarder la *Charte* - canadienne - en constatant la débâcle démocratique qu'elle produit :

Vous sentez-vous menacés à l'idée que la grande majorité des Canadiens, agissant par l'entremise de leurs représentants élus à Ottawa, foulent aux pieds vos libertés et vos droits fondamentaux pour satisfaire leurs propres intérêts? Vous sentez-vous rassurés à l'idée que des droits inscrits dans la Constitution permettent à notre magistrature de rejeter ces exigences forcenées de la

⁷ Frédéric Bastien, *La Bataille de Londres : dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, Montréal : Les Éditions du Boréal, 2013, p. 119. Les propos d'Alexander Hamilton, traduits par Frédéric Bastien, proviennent d'un des textes *The Federalist Papers* publiés dans les journaux de l'État de New York (16 et 26 juillet, 9 août 1788) visant à encourager les électeurs de l'État de ratifier la Constitution Étatsunienne proposée (Alexander Hamilton, « Federalist no. 84 », dans *The Federalist Papers*, 16 et 26 juillet, 9 août 1788. Récupéré de <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed84.htm>).

majorité et de garantir le maintien de vos libertés? Si vous répondez par l'affirmative à ces questions, vous avez certainement besoin de voir un psychiatre, et non d'obtenir une charte des droits.⁸

On le remarque, en suivant Bastien sur ce chemin, la *Charte* n'est pas exactement ce qu'elle paraît être. Son pouvoir repose davantage sur sa valeur idéologique et ses effets ne sont pas toujours ceux proclamés. En reprenant Russell, ni la liberté ni les droits fondamentaux ne seraient protégés par la *Charte*. Dès les premières réflexions, un examen critique de la *Charte* soulève des difficultés. Y a-t-il encore autre chose? Il faut le croire si on pousse l'analyse cette fois-ci au niveau des raisons, comme le suggèrent les auteurs évoqués plus haut, qui expliquent l'insertion d'une *Charte* dans une constitution. La naïveté n'a pas sa place dans une recherche sur la *Charte*. Quels seraient les motifs d'insérer certains droits et libertés dans une *Charte*, et, plus spécifiquement, de l'enchâsser dans la Constitution canadienne?

Pour Michel Foucault, « [l]'intégration des libertés et des limites propres à cette liberté à l'intérieur du champ de cette pratique gouvernementale, c'est devenu maintenant un impératif. »⁹ Sans s'attarder plus longuement sur cet impératif, essayons de saisir pourquoi cette nécessité. Irène Théry écrit, « [...] la justice n'est jamais que l'expression de la pensée de toute la société. Elle est ce qu'a produit la pensée dominante sur la loi civile. »¹⁰ Elle met en relief deux choses : 1. le lien de la justice avec la pensée dominante; 2. le rapport de la pensée dominante et la loi civile. Dans ce qui nous occupe, cela se traduit ainsi : quelle est la pensée dominante juridique canadienne et qu'a-t-elle cherché à insérer dans la structure du droit canadien avec la *Charte*? Questions difficiles, certes, incontournables dans l'objectif de cette recherche.

⁸ *Ibid.*, p. 121. Les propos de Peter H. Russell, traduits par Frédéric Bastien, proviennent de Peter H. Russell, « A Democratic Approach to Civil Liberties », *University of Toronto Law Journal*, vol 19 (1969), p.109.

⁹ Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population : Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 361.

¹⁰ Irène Théry, *Le démariage*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1993, p. 463.

CHAPITRE I. UNE PROBLÉMATIQUE QUI NOUS ÉCHAPPE

La *Charte* est considérée comme l'un des fondements de l'identité canadienne; elle se veut rassembleuse de tout un chacun dans l'État canadien. Cet effet rassembleur est décrit comme suit : « Les décisions judiciaires concernant la Charte seront unificatrices, car les débats et controverses qu'elles produiront seront au niveau national et concerneront des questions qui transcendent les clivages régionaux, ceux-ci caractérisant habituellement les controverses nationales de la politique canadienne. »¹¹ L'effet unificateur n'apparaît pas si facilement. Des débats et des controverses sur les droits de la personne liés à des clivages régionaux ont lieu, et ce, principalement au Québec. Parmi eux, l'intégration des groupes culturels à la société québécoise et les controverses suscitées par l'idée d'accommodement raisonnable l'illustrent bien¹². L'exercice exhaustif de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles¹³ (la Commission Bouchard-Taylor dirigée par Charles Taylor et Gérard Bouchard) a conclu que l'image noble que les accommodements raisonnables semblaient projeter a été mal comprise : « Si on peut parler d'une "crise des accommodements", c'est donc essentiellement sur le plan des perceptions. »¹⁴

¹¹ Peter H. Russell, « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Canadian Bar Review*, vol 61 (1983), p. 41. Traduction libre de l'auteur. On notera l'énorme préjugé contre les régions.

¹² Pour comprendre le développement initial de l'accommodement raisonnable, voir : *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, *Bhinder c. C.N.*, [1985] 2 R.C.S. 561, *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta Human Rights Commission*, [1990] 2 R.C.S. 489, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, *Colombie-Britannique (Public Service Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (Liste proposée par Lucie Lemonde, *Droits et libertés de la personne – volume II – notes de cours, JUR 4521*, Université du Québec à Montréal, Département des sciences juridiques, 2010, p. xix). Le concept d'accommodement raisonnable a été développé, initialement, avec l'aide d'un document légal autre que la *Charte*, le *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, dans le cas d'un litige entre parties privées pour le droit du travail.

¹³ Voir <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/publications.htm> pour accéder aux publications de la Commission Bouchard-Taylor (Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles (CCPARDC)).

¹⁴ Gérard Bouchard et Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation, Rapport abrégé*,

Les « [...] Québécois d'ascendance canadienne-française ne sont pas encore bien à l'aise avec le cumul de leurs deux statuts (majoritaires au Québec, minoritaires au Canada et en Amérique). [...] Quand on compare la situation au Québec avec celle de plusieurs pays européens, on s'aperçoit que plusieurs craintes qui peuvent être justifiées ailleurs ne le sont pas nécessairement ici. »¹⁵ Est-ce une incompréhension ou le rejet d'une idée proposée par la pensée juridique dominante canadienne? L'effet unificateur a-t-il, dans ce cas-ci, produit son contraire? Il est encore trop tôt pour en juger, mais déjà on peut noter qu'il y a des incompréhensions. On peut, en même temps, dire qu'elles ne sont pas sans danger pour la démocratie. C'est ce que plaide Russell.

Le danger dans ce cas-ci n'est pas que ce seront des juges non élus qui imposeront des décisions politiques à une majorité démocratique, mais que des questions de justice politique et sociale seront transformées en questions de langage technique juridique et que la majorité des citoyens qui ne sont ni juges ni avocats abdiqueront leur responsabilité de trouver des résolutions mutuellement raisonnables et acceptables aux problèmes qui les divisent.¹⁶

On entre maintenant dans une autre perspective, l'une de celles que nous cherchons à mettre en lumière. Y a-t-il vraiment un danger à laisser l'interprétation d'un texte comme la *Charte* à forte valeur idéologique, nous le verrons, entre les mains d'une minorité professionnelle qui se croit seule capable de comprendre son langage et de l'expliquer? Quel est l'impact d'une abdication de la responsabilité individuelle sur l'unité sociale ainsi que la société? Cette problématique, l'interprétation de la *Charte* et ses

Gouvernement du Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, p. 13. Récupéré de <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/publications.htm>. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

¹⁵ Gérard Bouchard et Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation, Rapport*, Gouvernement du Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, p. 18. Récupéré de <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/publications.htm>.

¹⁶ Peter H. Russell, 1983, *op. cit.*, p. 52. Traduction libre de l'auteur.

conséquences, non seulement nous échappe; elle est en partie gommée par le discours dominant sur la Charte.

1.1 État de la recherche

Les questions soulevées précédemment sur la *Charte* sont liées aux effets politiques et sociaux de celle-ci. Les premières évoquaient son image sacrée, une perception répandue qu'il faut dépasser si on vise une analyse plus politique. Les interrogations ciblaient l'impact de la *Charte*, le chartisme, sur la société canadienne, sur sa gouvernance ainsi que l'émergence d'intermédiaires pour en interpréter le contenu. D'autres s'attardaient à la pertinence et au contenu de celle-ci. Le rapport de la Commission Bouchard-Taylor en 2008 au Québec est représentatif d'une réception critique de la Charte où des visions philosophico-politiques différentes de la pluralité s'affrontent, soit celle du Canada et celle du Québec. Ces questions, qui forment l'arrière-plan de notre réflexion, ouvrent directement sur le cœur de notre thèse : comment comprendre le déploiement de la *Charte* dans la société canadienne? Il faut considérer, c'est l'exigence de la thèse, qu'il modifie le lien social en rappelant sans plus de précision pour le moment, que si le déploiement de la *Charte* vise la consolidation de l'identité canadienne, il n'est pas certain qu'elle unit plus fortement sa société. La *Charte* est devenue un outil majeur dans la gouvernance¹⁷ de la société canadienne. C'est la dimension politique qui nous interpelle. Le terme gouvernance a plusieurs significations et il est controversé. On l'entend dans le discours libéral (économique) pour marquer *le bien gouverner*. Il n'est pas synonyme de gouvernement; en fait, le glissement de l'un à l'autre a une connotation

¹⁷ Andrée Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, Paris : Presses universitaires de France, 2002, p. 170 – Andrée Lajoie nous présente la définition de gouvernance de Tim Plumptre de l'Institut sur la gouvernance : « La gouvernance concerne tout ce qui a trait aux institutions, aux processus et aux traditions qui interviennent dans les débats d'intérêts publics, où il inclut le gouvernement, le secteur public (qu'il nomme "quasi-gouvernement"), la société civile, le secteur privé, les citoyens, les traditions, l'histoire, la langue, la culture, les médias. »

idéologique. On peut alors croire, sans tirer la signification du terme de manière trop exagérée, que le terme relève d'une forme donnée de rationalité politique qui désigne, selon Michel Foucault, les formes individualisées de l'exercice des relations de pouvoir et de voir comment, selon les domaines étudiés, les rationalités explicites auxquelles on a recours¹⁸. Penser la Charte dans une perspective de rationalité politique a une double implication : 1. Elle appartient à la logique des relations de pouvoir; c'est en ce sens qu'il faut la considérer; 2. c'est une rationalité explicite qu'il faut mettre en lumière et non pas une expérience globale de gouvernement. Foucault utilise le terme gouvernementalité pour circonscrire des rationalités politiques précises. Le mot est repris ici dans une perspective théorico méthodologique, car l'idée de rationalité explicite est reprise pour l'étude de la *Charte* qui s'opérationnalise dans l'étude des relations de pouvoir. Les précisions suivent.

L'enchâssement de la *Charte* des droits et libertés dans la Constitution canadienne de 1982 était présenté comme une des pierres d'assise du projet de société juste de Pierre E. Trudeau. Il visait, prétendait-il, une société canadienne accueillante fondée sur le multiculturalisme et le bilinguisme¹⁹. Cette vision, trudeauiste, se retrouve consolidée dans la *Charte* qui doit servir de guide pour la nouvelle société canadienne. On comprend toute l'importance qu'on lui accorde et le rôle significatif qu'elle est appelée à jouer au sein de la vie politique et sociale canadienne. S'esquisse ici ce que nous venons juste de désigner de rationalité politique; un mode de gouvernementalité que les propos de Trudeau esquissent. En même temps, il n'est pas difficile d'imaginer que se reconvertissent les relations de pouvoir au sein de la société. L'un ne va pas

¹⁸ Michel Foucault, « "Omnes et singulatum" : vers une critique de la raison politique » (traduit par P.E. Dauzat) Conférence faite à l'université de Stanford (The Tanner Lectures on Human Values, 10 et 16 octobre 1979), In *Dits et écrits IV, 1980-1988*, sous la dir. de Daniel Defers et François Ewald, p. 134-161, Paris : Éditions Gallimard, 1994.

¹⁹ « Multiculturalisme : Dans son acception la plus courante, système axé sur le respect et la promotion de la diversité ethnique dans une société. Le multiculturalisme peut conduire à l'idée que l'identité commune d'une société se définit exclusivement par référence à des principes politiques plutôt qu'à une culture, une ethnicité ou une histoire. » Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 288.

sans l'autre.

L'objectif de la première partie de cette section sera de présenter les principales théories canadiennes sur la *Charte* en se concentrant sur celles de la gestion de la pluralité des cultures au Canada et au Québec. Cela permettra d'illustrer les modèles de rationalité qui animent les débats sur la *Charte* et les relations sociales et politiques entre citoyens. Les principaux débats théoriques et les conflits sur la *Charte* sont condensés autour des droits politiques et civils, droits dits de première génération.²⁰ Dans la deuxième sous-section, l'analyse se tourne vers l'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés* et comment elle s'est matérialisée dans sa forme actuelle. L'analyse se fera à partir de documents concernant la Cour suprême du Canada face à la *Charte*, car c'est elle qui a le plus d'ascendant dans la mise en œuvre de cette loi suprême. On va aussi explorer, dans la troisième sous-section, la problématique liée aux interprètes de la *Charte*. Sa mise en œuvre exige des interprètes autorisés qui se trouvent dotés de ce fait, d'un pouvoir important. Plus la *Charte* a une valeur idéologique, plus le pouvoir des glossateurs est élevé. Les thèmes de ces trois analyses seront approfondis dans les chapitres III et IV.

Ce faisant, il sera possible de mettre en lumière les lignes de tension et/ou de fracture (de la société) qui sont apparues avec la *Charte* et de dessiner les nouvelles formes de relations de pouvoir qu'elle induit. Ensuite, l'apparition de ces intermédiaires, interprète du document « sacré », modifie les relations de pouvoir. Ils ont toujours existé, mais avec la *Charte*, ils jouent un

²⁰ Classification des droits de la personne présentée par certaines organisations et auteurs : « [...] les droits civils et politiques, les droits dits de la "première génération", [...] les droits sociaux, économiques et culturels, les droits dits de la "deuxième génération", [...] les droits collectifs des peuples à l'égalité, à l'autodétermination, à disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, au développement, à la paix et à la sécurité nationales et internationales et à un "environnement satisfaisant et global". Bien que ces droits de solidarité dits de la "troisième génération" [...]. » Manfred Nowak et al., *Droits de l'homme : Guide à l'usage des parlementaires*, Union interparlementaire et Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, SADAG : Bellegarde-sur-Valserine, France, no. 8, 2005, p. 3 et 49. Récupéré de http://www.ipu.org/pdf/publications/hr_guide_fr.pdf.

rôle plus important non seulement du point de vue juridique, cela va de soi; mais aussi et surtout au niveau du lien social. Ce nouveau pouvoir, désignons-le ainsi pour le moment, inscrit dans une nouvelle rationalité politique transforme le lien social au point où nous prétendons qu'il le dissocie. Cette question sera plus largement développée plus loin. Pour mieux comprendre une partie de ce « pouvoir », soulignons d'un mot que plusieurs acteurs de l'institution judiciaire sont limités dans leur capacité de critiquer la Charte comme leur dit le *Code de déontologie des avocats* du Québec.²¹ Le juriste Robert Ivan Martin abonde dans ce sens lorsqu'il relève le manque de critique de la part des acteurs judiciaires canadiens.²²

1.1.1 Une remise en question du multiculturalisme canadien

Les principaux débats philosophiques entourant la *Charte* abordent les stratégies d'intégration des communautés culturelles qu'elles soient issues de l'immigration récente ou déjà présentes depuis plusieurs générations sur le territoire de l'État canadien. Malgré la présence de plusieurs groupes culturels

²¹ Jusqu'au 25 mars 2015 : *Code de déontologie des avocats, L.Q.*, c B-1, r. 3.

- Article 2.01. L'avocat doit soutenir le respect de la loi. Il ne doit prononcer des paroles ou publier des écrits contraires aux lois, ni inciter quiconque à y porter atteinte, mais il peut, pour des raisons et par des moyens légitimes, critiquer toute disposition de la loi, en contester l'application ou requérir qu'elle soit abrogée ou modifiée. (R.R.Q., 1981, c. B-1, r. 1, a. 2.01; D. 351-2004, a.4.)
- Article 2.01.01. L'avocat doit servir la justice. Il doit soutenir l'autorité des tribunaux. Il ne peut agir de façon à porter préjudice à l'administration de la justice. Il ne peut notamment faire de déclaration publique de nature à nuire à une affaire pendante devant les tribunaux. (D. 351-2004, a.5.)

À partir du 26 mars 2015 : *Code de déontologie des avocats, L.Q.*, c B-1, r. 3.1.

- Article 5. L'avocat prend les moyens raisonnables pour que la Loi sur le Barreau (chapitre B-1), le Code des professions (chapitre C-26) et les règlements pris pour leur application soient respectés par toute personne qui coopère avec lui dans l'exercice de ses activités professionnelles et, le cas échéant, par tout cabinet où il exerce de telles activités.
- Article 12. L'avocat soutient le respect de la règle de droit. Il peut toutefois, pour des raisons et par des moyens légitimes, critiquer une règle de droit, en contester l'interprétation ou l'application ou requérir que celle-ci soit abrogée, modifiée ou remplacée.
- Article 111. L'avocat sert la justice et soutient l'autorité des tribunaux. Il ne peut agir de manière à porter préjudice à l'administration de la justice. Il favorise le maintien du lien de confiance entre le public et l'administration de la justice.

²² Robert Ivan Martin, *The Most Dangerous Branch*, Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 2003, p. 166.

depuis fort longtemps, sans compter les Autochtones, les Français et les Britanniques, « [s]eule l'arrivée massive d'immigrants européens après la Seconde Guerre mondiale a pu inciter les autorités centrales à repenser le rôle et le statut des "autres groupes ethniques" dans la dynamique de la mutation de la société canadienne. »²³ Les débats entourant la *Déclaration canadienne des droits* (1960)²⁴ ainsi que les rapports de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (1964-1970), dont le volume « L'apport culturel des autres groupes ethniques » (1969)²⁵, ont formé une partie importante de la politique officielle du gouvernement fédéral canadien sur le multiculturalisme. Cette politique a été homologuée, entre autres, dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (1982)²⁶, la *Loi sur le multiculturalisme* (1985)²⁷, la *Loi sur les langues officielles* (1988)²⁸ et la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (1985)²⁹. Pour le philosophe Laurent de Briey, « [l']affirmation du multiculturalisme canadien paraît en effet difficilement séparable de cet autre acquis de la politique de Trudeau : le rapatriement en 1982 de la Constitution canadienne et l'insertion en préambule de celle-ci d'une Charte des droits et des libertés de la personne. »³⁰

²³ Marc Leman, *Le multiculturalisme canadien, Rapport 93-6F*, Division des affaires politiques et sociales, Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement, Ottawa : Bibliothèque du Parlement, 15 février 1999, page 5. Récupéré de <http://publications.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/CIR/936-f.htm>. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

²⁴ *Charte canadienne des droits de la personne, op. cit.*

²⁵ Gouvernement du Canada, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, vol 4, « L'apport culturel des autres groupes ethniques », Ottawa, 23 octobre 1969. Récupéré de http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/bcp-pco/Z1-1963-1-5-4-1-fra.pdf.

²⁶ *Charte canadienne des droits de la personne, op. cit.* : Notamment avec l'article 27 (« Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. ») ainsi que le sens que la Cour suprême du Canada a donné aux articles 2 (Libertés fondamentales), et 15 (Droits à l'égalité).

²⁷ *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. (1985), ch. 24 (4e suppl.).

²⁸ *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. 31 (4e suppl.).

²⁹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

³⁰ Laurent de Briey, « Multiculturalisme libéral vs. Interculturalisme républicain », *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 34/1, 2013, p. 91.

Au Québec, le Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec (1968-1973), dont le Volume III « Chapitre XII – La langue maternelle »³¹, met l'emphase, entre autres, sur l'importance du français pour la cohésion sociale au Québec. La *Charte des droits et libertés de la personne* (1975)³² du Québec, la *Charte de la langue française* (1977)³³ ainsi que *La politique québécoise du développement culturel* (1978)³⁴ et le *Plan d'action à l'intention des communautés culturelles* (1981)³⁵ viendront encadrer par la suite, en partie, les relations interculturelles au Québec et son modèle d'interculturalisme. Au niveau des principaux débats philosophiques canadiens sur la *Charte* canadienne, ceux-ci sont encadrés par un multiculturalisme canadien qui semble faire peu de distinction entre les cultures minoritaires et majoritaires et l'interculturalisme québécois où « [...] l'interculturalisme s'efforce de concilier la diversité ethnoculturelle avec la continuité du noyau francophone et la préservation du lien social. »³⁶ Un multiculturalisme centré sur l'individualisme et la diversité, et un interculturalisme qui cherche à concilier la différence avec la continuité francophone québécoise et le maintien et le renforcement du lien social au Québec. Le rejet de l'un ou de l'autre occasionne habituellement un regain des débats sur l'assimilationnisme. Celui-ci se présente comme l'enjeu de ces derniers. Observons rapidement la portée de ces débats.

³¹ Alphonse-Marie Parent, Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec*, Vol 3, Chapitre XII « La langue maternelle », Gouvernement du Québec, 1963. Récupéré de https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=2710.

³² *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. 1975 c. C-12.

³³ *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

³⁴ Gouvernement du Québec, *La politique québécoise du développement culturel*, Québec : Éditeur officiel du Québec, 1978. Récupéré de collections.banq.qc.ca/bitstream/52327/2096618/1/184803_1.pdf.

³⁵ Marcel Gilbert, *Autant de façons d'être Québécois, Plan d'action à l'intention des communautés culturelles*, Gouvernement du Québec, Ministère des communautés culturelles et de l'immigration, Direction générale des publications gouvernementales, 1981.

³⁶ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 20.

Le philosophe Will Kymlicka, défenseur du multiculturalisme canadien, associe ce dernier à un multiculturalisme libéral, c'est-à-dire celui qui prône les droits individuels comme façon de tenir compte des différences culturelles.

Je crois qu'il est légitime et même inévitable d'ajouter les droits des minorités aux droits traditionnels de l'être humain. Une théorie complète de la justice dans un État multiculturel comprendra des droits universels, accordés aux individus indépendamment de leur appartenance à un groupe, et certains droits déterminés en fonction de l'appartenance aux groupes ou des statuts spéciaux élaborés à l'intention de minorités culturelles.³⁷

Il distingue entre deux types de diversités culturelles : « [...] il faut distinguer entre les minorités nationales (sociétés distinctes et potentiellement aptes à exercer une certaine autonomie gouvernementale au sein d'un État) et les groupes ethniques (immigrants qui ont quitté leur communauté nationale pour s'installer dans une autre société). »³⁸ Dans le deuxième cas, ces groupes chercheraient principalement des adaptations de la part des institutions et des lois pour permettre d'assumer leurs différences culturelles. Kymlicka ajoute deux autres distinctions. Il rejette toutes revendications visant à museler la dissidence interne à l'intérieur des groupes culturels, car cela restreindrait les libertés individuelles. Les protections externes de ces groupes (contre des interventions de l'État) se justifieraient, car elles viseraient à atténuer les « effets pervers » des *adaptations imposées* par la société dans son ensemble.³⁹ « Bref, une perspective libérale se fonde sur la liberté au sein du groupe minoritaire et sur l'égalité entre les groupes minoritaires et majoritaires. Je crois qu'un système de droits des minorités respectant ces deux exigences est parfaitement libéral. »⁴⁰ Quant aux critiques du multiculturalisme canadien, il réfute celles qui lui reprochent de mettre tous les groupes culturels au même

³⁷ Will Kymlicka, *La citoyenneté multiculturelle* (trad. par Patrick Savidan), Montréal : Éditions du Boréal, 2001, p. 16.

³⁸ *Ibid.*, p. 36.

³⁹ *Ibid.*, p. 59.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 218.

niveau, singulièrement la revendication de la nation québécoise, qui reproche-t-on à la Charte, est reléguée au niveau des autres groupes culturels. Pour Kymlicka, ce n'est pas valable; le multiculturalisme canadien se déploie au sein d'institutions nationales francophones et/ou anglophones.⁴¹ La critique persiste. Micheline Labelle critique les indicateurs utilisés par Kymlicka pour montrer « [...] que le multiculturalisme canadien "fonctionne". Sur ce plan, on peut d'ores et déjà affirmer que la méthodologie qu'il utilise (les indicateurs en l'occurrence) manque de validité, faute d'assises et d'interprétations sociologiques probantes. »⁴² Elle rejette son choix de paramètres⁴³ lui permettant de mesurer, notamment, le niveau d'acceptation des droits politiques, l'intégration et l'égalité des chances ainsi que la perception de la solidarité.

Une des principales accusations formulées contre la *Charte* et le multiculturalisme canadien est son impact sur la cohésion sociale. Selon de Briey, « [l]a question est ici de savoir si un consensus par recoupement sur des principes de justice est suffisant pour assurer la cohésion sociale ou si celle-ci requiert plus fondamentalement l'émergence d'une identité collective fondée sur des valeurs communes relatives non seulement au juste, mais également au bien. »⁴⁴ Pour Bouchard et Taylor, c'est une erreur « [...] de penser le devenir de la pluriethnicité en fonction de "Nous" juxtaposés. »⁴⁵ De plus, cette dysphorie a mené tant au Québec qu'en Europe à des réactions

⁴¹ *Ibid.*, p. 33.

⁴² Micheline Labelle et Xavier Dionne, *Les fondements théoriques de l'interculturalisme*. Rapport présenté au Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, Centre de recherche en immigration, ethnicité et citoyenneté, Montréal : UQAM, septembre 2011, p. 16. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁴³ Will Kymlicka, « Testing the Liberal Multiculturalist Hypothesis: Normative Theories and Social Science Evidence », *Revue canadienne de science politique*, vol. 43, no. 2 (juin 2010), p. 257–271.

⁴⁴ Laurent de Briey, *op. cit.*, p. 96.

⁴⁵ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *op. cit.*, *Rapport*, p. 21. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

assimilatrices⁴⁶ issues, selon de Briey, d'une polarisation entre multiculturalistes et conservateurs.⁴⁷

Une conséquence déterminante du déploiement de la société multiculturelle canadienne : elle modifie la dynamique fondatrice du Canada où celle-ci passe d'un pays fondé sur l'union de deux peuples fondateurs (selon le discours usuel) à un autre qui repose uniquement sur un assemblage multiculturel. Cela a eu, on peut le voir, un impact sur l'insécurité de la nation québécoise.⁴⁸ Comme le dit de Briey, la réaction du Québec est immédiatement interprétée comme rétrograde : « Le libéralisme multiculturel, comme de nombreuses théories politiques se voulant progressistes, me semble souffrir d'un aveuglement à ce qui est en jeu dans le groupe majoritaire ou dominant, comme si les revendications émises par ce groupe étaient *a priori* soupçonnées d'être conservatrices. »⁴⁹ Le rejet de revendications d'un groupe majoritaire crée inévitablement des tensions importantes dans une société. De plus, la philosophe Seyla Benhabib ainsi que Micheline Labelle critiquent certains types de revendications des minorités culturelles : « "[L]es mouvements en faveur de la pureté ou de la distinction des culturelles [(sic)] me semblent irréconciliables avec des considérations démocratiques et fondamentalement épistémologiques." Trop souvent, ces mouvements visent à préserver les pratiques culturelles traditionnelles des minorités et en ont une vision essentialiste. »⁵⁰ Est-ce que ces pratiques revendiquées sont plus au sujet du symbolisme d'interprétations dogmatiques particulières que de leur importance dans la réalité au sein de la société?

⁴⁶ *Ibid.*, p. 194.

⁴⁷ Laurent de Briey, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 91.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 112.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 20-21. La première partie de la citation est une traduction par Micheline Labelle et Xavier Dionne de (Seyla Benhabib, *The Claims of cultures : Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton : Princeton University Press, 2002, p. ix). Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

Une des conclusions du rapport Bouchard-Taylor est que « [...] le modèle du multiculturalisme canadien ne semble pas bien adapté à la réalité québécoise [...] »⁵¹ et ce pour quatre raisons. La première est la question de la langue qui n'est pas aussi importante au Canada qu'au Québec où celle-ci occupe une place critique, contrairement à la langue la plus répandue au Canada et en Amérique du Nord, l'anglais. Ensuite, l'inquiétude d'une situation minoritaire est presque inexistante au Canada tandis qu'elle est omniprésente au Québec face au reste du pays. Troisièmement, puisqu'il n'y a pas de culture officielle au Canada, le multiculturalisme devient important pour l'identité canadienne et, en conséquence, le Canada anglais souhaite moins conserver une vieille culture qu'une unité et cohésion nationale.⁵² Cependant, et c'est le quatrième facteur, la société québécoise demeure quand même une société pluraliste, mais alignée sur le modèle de l'interculturalisme selon Bouchard et Taylor.⁵³

Pour Bouchard, l'interculturalisme, « [...] comme pluralisme intégrateur, est un modèle axé sur la recherche d'équilibres qui entend tracer une voie entre l'assimilation et la segmentation et qui, dans ce but, met l'accent sur l'intégration, les interactions et la promotion d'une culture commune dans le respect des droits et de la diversité. »⁵⁴ Deux vecteurs encadrent celui-ci au Québec soit la langue française comme base de communication et d'échanges dans la société et la reconnaissance de la dualité majorité culturelle et minorités. L'interculturalisme « [...] a comme objectif premier de l'arbitrer, c'est-à-dire : a) de redresser les torts qu'une majorité peut causer à des minorités; et b) d'éviter que la dualité ne soit source de tensions et de conflits. »⁵⁵ Pour de Briey, « [l]a principale difficulté est toutefois de parvenir à réconcilier deux

⁵¹ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *op. cit.*, *Rapport*, p. 19.

⁵² *Ibid.*, p. 122.

⁵³ *Ibid.*, p. 118.

⁵⁴ Gérard Bouchard, *L'interculturalisme, Un point de vue québécois*, Montréal : Les Éditions du Boréal, 2012, p. 51.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 58.

contraintes qui peuvent paraître contradictoires : premièrement, assurer aux minorités culturelles que l'intégration recherchée ne signifie pas une exigence d'assimilation à la culture dominante et, deuxièmement, rassurer les membres de cette culture dominante quant à la possibilité de préserver celle-ci. »⁵⁶ Pour l'essayiste et historien John Ralston Saul, vivre dans la recherche d'un équilibre, avec une tension continue, représente la vitalité d'une vraie société : « S'attendre ou demander une résolution est de glisser dans l'idéologie – une forme de décès. »⁵⁷

Avec son ouvrage récent⁵⁸, Bouchard veut élaborer une définition de l'interculturalisme québécois, car la principale critique qu'il formule avec Taylor dans leur rapport est que contrairement au multiculturalisme qui est défini et encadré par plusieurs lois canadiennes, l'interculturalisme québécois ne l'est que partiellement.⁵⁹ Même si l'on définit et légalise l'interculturalisme, le philosophe Michel Seymour, le politologue François Rocher ainsi que Micheline Labelle considèrent que cette théorie limite le débat au niveau culturel ignorant ainsi le rapport de force entre l'État canadien et l'État québécois, soit la partie la plus importante de la problématique.⁶⁰ Une autre critique importante de l'interculturalisme est qu'il ne serait qu'une autre façon de décrire le multiculturalisme, comme Taylor l'a récemment affirmé.⁶¹ Cependant, de Briey considère qu'une version de l'interculturalisme républicain où une volonté d'établir une identité collective au sein d'une communauté politique permet de dépasser le multiculturalisme. « L'équilibre semble être trouvé en affirmant que le dialogue interculturel demeure ouvert, qu'il doit permettre l'enrichissement mutuel des cultures, la reconnaissance de l'apport singulier de chacune d'entre

⁵⁶ Laurent de Briey, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁷ John Ralston Saul, *On Equilibrium*, Toronto : Penguin Canada Ltd, 2001, p. 317. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁸ Gérard Bouchard, *op. cit.*, 286 pages.

⁵⁹ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *op. cit.*, *Rapport*, p. 22.

⁶⁰ Micheline Labelle et Xavier Dionne, *op. cit.*, p. 42.

⁶¹ Charles Taylor, « Interculturalism or multiculturalism », *Philosophy and Social Criticism*, vol 38/4-5, 2012, p. 413.

elles et, dès lors, leurs inévitables transformations réciproques, tout en considérant qu'un tel dialogue exige néanmoins une langue commune, celle de la culture dominante, en l'occurrence le français. »⁶² D'un angle différent, le sociologue Jacques Beauchemin rejette tant l'interculturalisme que le multiculturalisme, car il considère que ceux-ci occultent les conflits inhérents aux diversités culturelles. Malgré la complexité du défi entourant la gestion de la pluralité, pour d'autres, comme Benhabib et Labelle, ces conflits font partie d'une démocratie et doivent être exposés, discutés et évacués.⁶³

Pour le politologue Charles Blattberg, les principaux conflits sont ailleurs, car « [...] les divisions de la Charte sont exacerbées par un appareil judiciaire qui exerce ses activités, à l'instar de ses équivalents dans le monde anglo-américain, dans le contexte d'un système adversatif, ce qui constitue pratiquement une assurance que les décisions qui en émanent prendront, au mieux, la forme de règlements coercitifs plutôt que des règles expressives. »⁶⁴ Quelle que soit l'option retenue ou la nature des conflits qui s'y rattachent, l'augmentation de la portée, avec la *Charte*, de la gouvernance étatique au sein de la multitude des relations entre groupes culturels et ainsi entre citoyens ne peut que complexifier la gouvernementalité résultante ainsi que les coûts associés à son fonctionnement. Pour Foucault, par gouvernementalité, il est entendu « [...] l'ensemble constitué par les institutions, les procédures, analyses et réflexions, les calculs et les pratiques qui permettent d'exercer cette forme bien spécifique, bien que complexe, de pouvoir, qui a pour cible principale la population, pour forme majeure de savoir, l'économie politique, pour instrument technique essentiel les dispositifs de sécurité. »⁶⁵ La prochaine section porte sur le déploiement de la portée de la *Charte* ainsi que son impact

⁶² Laurent de Briey, *op. cit.*, p. 97.

⁶³ Micheline Labelle et Xavier Dionne, *op. cit.*, p. 48.

⁶⁴ Charles Blattberg, *Et si nous dansions? Pour une politique du bien commun au Canada*, Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 2004, p. 122.

⁶⁵ Michel Foucault, « La gouvernementalité », in *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 635-657, Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001, p. 655.

sur les structures de gouvernance canadiennes, et ce principalement du point de vue de la Cour suprême du Canada, car c'est elle le principal guide de la mise en œuvre de la *Charte*.

1.1.2 La *Charte* et la Cour suprême du Canada

Cette section présentera un aperçu du positionnement d'acteurs, dont des juges (et anciens juges) de la Cour suprême du Canada, face à l'impact de la *Charte* sur le fonctionnement de l'appareil gouvernemental canadien dont principalement la Cour suprême et la branche judiciaire. On peut observer deux grandes influences de la *Charte* sur la gouvernance canadienne. Dans le cas de la première, pour les juges, la *Charte* offre des possibilités d'intervention accrues dans les affaires de la société contrairement à leur rôle traditionnel qui était plus effacé. Nous approfondissons, comme premier facteur d'analyse, l'examen de la critique préchartiste du rôle plus conservateur pris par la Cour suprême. Selon le politologue Marc Chevrier, « [...] la synthèse de l'évolution du système politique canadien et des caractéristiques fondamentales du régime est l'une des principales fonctions que s'est reconnues la Cour suprême depuis 1982. »⁶⁶ Il ajoute que cela s'est produit sans modification structurelle de l'appareil judiciaire canadien. Cependant, Bastien rappelle l'accusation de coup d'État, prononcée par le premier ministre québécois René Lévesque en 1982, en ajoutant les propos du haut-commissaire britannique à Ottawa de l'époque, John Ford, qui compare l'exercice de rapatriement de la Constitution à une : « [...] véritable tentative de coup d'État en vue de modifier l'équilibre des pouvoirs dans la Confédération. »⁶⁷ Cet impact sur l'équilibre des pouvoirs, notamment sa fonction de centralisation, est la deuxième influence majeure. Le nouveau rôle de la Cour suprême à partir de 1982 sera un changement

⁶⁶ Marc Chevrier, « Le juge et la conservation du régime politique au Canada », *Politique et sociétés*, vol 19, nos 2-3, 2000, p. 66.

⁶⁷ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 333.

significatif en comparaison de celui qui historiquement lui était dévolu. Avec ce deuxième facteur d'analyse, nous examinerons cette conversion centralisatrice et activiste de la Cour suprême avec la venue de la *Charte*, une mutation que nous nommerons la révolution chartiste, ainsi que l'impact de cela sur la dynamique politique canadienne existante. Selon Saul, deux juges auraient démissionné de la Cour suprême à cause des responsabilités énormes que ce changement de dynamique ajoute.⁶⁸

La création de la Cour suprême du Canada en 1875 ne faisait pas l'unanimité, surtout au Québec, ayant même contribué à la défaite du gouvernement canadien d'Alexander Mackenzie en 1878⁶⁹. Malgré les idées centralisatrices de l'autre premier ministre canadien de l'époque, John A. Macdonald, la Cour suprême est demeurée subordonnée au Conseil privé de Londres et ce jusqu'en 1949 quand le recours à Londres a été aboli. À cette époque, les critiques du Conseil privé portaient sur sa préférence pour le provincialisme ainsi que sa méconnaissance du Code civil du Québec.⁷⁰ Par la suite, de 1949 à 1975, la Cour suprême n'a jamais trouvé une loi fédérale inconstitutionnelle.⁷¹ Comme l'écrit l'historien John Saywell, la décennie de 1950 a marqué la montée en puissance de la Cour suprême en faveur du fédéralisme.⁷² Les décennies 1960 et 1970 ont vu un léger assouplissement envers les provinces malgré l'arrivée de Bora Laskin comme juge en chef de la Cour suprême et sa ferveur fédéraliste.⁷³ Il a défendu une position dissidente dans près de 50% des causes entre 1970 et 1978.⁷⁴ Même si le chartisme

⁶⁸ John Ralston Saul, *Voltaire's Bastards: The Dictatorship of Reason in the West*, Toronto : Penguin Books, 1993, p. 329.

⁶⁹ Peter H. Russell, « The Political Role of the Supreme Court of Canada in its First Century », *Canadian Bar Review*, vol. 53/3, 1975, p. 578. Le Premier ministre John A. Macdonald a tenté de faire adopter sa création en 1869 et 1870.

⁷⁰ Michael J. Herman, « The Founding of the Supreme Court of Canada and the Abolition of the Appeal to the Privy Council », *Ottawa Law Review*, vol. 8/1, 1976, p. 24.

⁷¹ Peter H. Russell, *op. cit.*, 1975, p. 589.

⁷² John T. Saywell, *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*, Toronto : University of Toronto Press, 2014, p. 252.

⁷³ *Ibid.*, p. 253-262.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 259.

marque une accentuation considérable du rôle de la Cour suprême dans les affaires du gouvernement canadien, l'ascension était amorcée bien avant.

Pour la juge en chef actuelle de la Cour suprême du Canada, Beverley McLachlin⁷⁵, les Cours ont joué, historiquement, un rôle modeste dans la société canadienne.⁷⁶ Ce positionnement plus conservateur et son manque d'activisme, notre premier facteur d'analyse, et ce malgré la *Déclaration canadienne des droits* de 1960, ont été reprochés à la Cour suprême notamment par le juriste Walter Tarnopolsky qui influencera la forme de la *Charte canadienne des droits et libertés* de 1982.⁷⁷ La position de Tarnopolsky sera soutenue par le juge en chef de la Cour suprême de 1973 à 1984, Bora Laskin⁷⁸. Il prendra position, en 1976, pour « [...] le professeur Tarnopolsky [qui] est inquiet que la substance reflétée dans la législation, comme la Déclaration des droits, ne doive pas être réduite par les Cours. [...] Il est vraiment difficile, et en fait ce serait mesquin de ma part, de me quereller avec l'approbation de mes propres opinions! »⁷⁹ L'activisme de ce juge en chef a été souligné lors de sa participation à des discussions qui outrepassaient son devoir de réserve concernant la séparation des pouvoirs au Canada en discutant du contenu des délibérations de la Cour suprême avec le ministre de la Justice britannique lors des négociations pour le rapatriement de la Constitution en 1982.⁸⁰ L'ancien juge Ronald Martland⁸¹, qui a critiqué, par la suite, la *Charte* comme étant une invasion contre le droit du Parlement canadien à légiférer, était le favori, en tant que juge sénior à l'époque, pour

⁷⁵ Juge puîné de la Cour suprême du Canada depuis 1989 et juge en chef depuis 2000.

⁷⁶ Beverley M. McLachlin, « The Role of the Courts in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudicator? », *University of New Brunswick Law Journal*, vol 39, 1990, p. 43.

⁷⁷ Walter S. Tarnopolsky, « The Supreme Court and the Canadian Bill of Rights », vol. 53/4, *Canadian Bar Review*, 1975, p. 671. Walter S. Tarnopolsky deviendra juge à la Cour d'Appel de l'Ontario en 1985 (jusqu'en 1993).

⁷⁸ Juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1970 à 1984 et juge en chef de 1973 à 1984.

⁷⁹ Bora Laskin, « The Supreme Court and the Protection of Civil Liberties: Commentary », *Alberta Law Review*, vol. 14, 1976, p. 135. Traduction libre de l'auteur.

⁸⁰ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 321 et 325-327.

⁸¹ Juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1958 à 1982.

devenir juge en chef de la Cour suprême en 1973 au lieu de Laskin. Il aurait été ignoré par le premier ministre Trudeau qui cherchait plutôt un juge en chef interventionniste et légiférant.⁸² Selon Bastien, Trudeau aura eu bien plus :

Avec le projet de Charte, Laskin veut faire avancer le projet plus large d'une minorité de professionnels éclairés. Et devant l'opposition des provinces, sa réaction est à l'image des élites que dépeint Lasch : "en présence d'une résistance à leur initiative, ils affichent la haine venimeuse qui se dissimule sous le visage souriant de leur bienveillance, celle de la classe moyenne supérieure. L'opposition amène les humanitaires à oublier la vertu libérale qu'ils affirment préconiser. Ils deviennent irascibles, outrecuidants et intolérants."⁸³

De cette accusation sévère de la part de l'historien Christopher Lasch, nous retenons, pour l'instant, que les interprètes de la *Charte* veulent se positionner comme ceux ayant la sagesse de pouvoir l'interpréter. Une interprétation qui sera nécessaire selon l'ancien juge de la Cour suprême du Canada, Michel Bastarache⁸⁴. Il considère que les droits et libertés doivent être interprétés en fonction, notamment, des cultures, car « les droits fondamentaux sont généraux, abstraits et souvent vagues. [...] les États se sont donné une marge de manœuvre dans l'interprétation de ces droits, affirmant du même coup respecter les concepts de base. »⁸⁵ La prudence est requise face à l'interprétation locale de droits vagues, car l'Union soviétique de Staline avait une description de droits et libertés dans sa Constitution.⁸⁶ Pour la politologue Micheline Ishay « [...] des notions évasives de droits tendent à favoriser les

⁸² Robert J. Sharpe et Kent Roach, *Brian Dickson: A Judge's Journey*, Toronto : University of Toronto Press, 2003, p. 142.

⁸³ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 332. Les propos de l'historien et sociologue Christopher Lasch, cités et traduits par Frédéric Bastien, proviennent de (Christopher Lasch, *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*, New York : W. W. Norton & Company inc., 1996, p. 28). Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁸⁴ Juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1997 à 2008.

⁸⁵ Michel Bastarache, « La Charte canadienne des droits et libertés, reflet d'un phénomène mondial? », *Les Cahiers de droit*, vol. 48/4, 2007, p. 737.

⁸⁶ Peter H. Russell, 1983, *op. cit.*, p. 37.

intérêts des plus forts. »⁸⁷ De plus, cette « révolte des élites » se traduira par le rôle marginal qu'auront les citoyens canadiens dans les décisions entourant le contenu de la *Charte* et ainsi la mise de côté des droits collectifs comme le mentionne le juriste Michael Mandel (qui paraphrase le juriste Stuart Rush).⁸⁸ Elle rendra aussi acceptable le fait que le Québec n'a jamais signé ce rapatriement de la Constitution et l'enchâssement d'une *Charte* dans celle-ci. Cependant, ce n'est pas que les Québécois sont contre les droits de la personne. Selon la juriste Eugénie Brouillet, « [c]'est en raison des dangers considérables qu'elle recèle pour tout projet de protection et de promotion de l'identité culturelle québécoise que la Charte canadienne des droits et libertés est, dans sa forme actuelle, tout à fait inacceptable pour le Québec. »⁸⁹ Cela ne sera pas compris par le reste du Canada, car pour eux, l'État fédéral et sa fonction centralisatrice représentent l'identité canadienne et la *Charte* est maintenant au centre de cette fonction centralisatrice. Pourquoi devoir imposer par la force un instrument qui se veut juste et libérateur? D'emblée, nous voyons que la Constitution et la *Charte* sont prises dans une situation politique canadienne complexe. On ne peut pas ignorer cette situation. D'un autre côté, on ne peut pas s'en tenir à cela, car ce serait évacuer une partie de la critique que l'on peut faire de la *Charte* et de la Constitution.

Cette centralisation et transition vers un rôle activiste de la Cour suprême, avec la nouvelle *Charte*, implique un changement dans la dynamique des pouvoirs existante, notre deuxième facteur d'analyse. Les citoyens canadiens ont peu été consultés à ce sujet notamment sur la définition de la portée de la *Charte*. Selon Paul Eid, la Cour suprême, dans l'arrêt *Oakes*⁹⁰, a clarifié son positionnement face à la portée de la *Charte* :

⁸⁷ Micheline Ishay, *The History of Human Rights: From Ancient Times to the Globalization*, Berkeley : University of California Press, 2004, p.198. Traduction libre de l'auteur.

⁸⁸ Michael Mandel, *La charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (trad. par Hervé Juste), Boréal, Montréal, 1996, p. 98.

⁸⁹ Eugénie Brouillet, *La négation de la nation*, Québec : Éditions du Septentrion, 2005, p. 327.

⁹⁰ *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

[...] 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. [...] [L]a 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.⁹¹

Avec cette entrée explicite dans une fonction politique, la Cour ouvre la porte beaucoup plus grande à la critique politique. Pour l'ancienne juge de la Cour suprême, Bertha Wilson⁹², puisque les Cours deviennent les intermédiaires entre l'État et les individus, elles doivent prendre une approche interventionniste et plus indépendante des législatures et du Parlement⁹³ : « [L]es Cours sont maintenant placées dans un nouveau rôle. Nous devons donc nous demander quelle approche interprétative servira le mieux ce nouveau rôle? Nous avons le mandat. Nous devons maintenant développer une méthodologie pour l'exécuter. »⁹⁴ Cela permet de projeter l'image d'une institution qui atténue l'impact du lien direct entre l'État et l'individu et qui sert de traducteur à la gouvernance. Selon le juge Bastarache, un choix de méthodologie est requis :

Deux approches principales s'opposent : l'école intentionnaliste et l'école interprétative. La première cherche à connaître l'intention du constituant au moment où la Charte a été adoptée, alors que la seconde s'en dissocie pour privilégier une interprétation généreuse et progressive faisant une large place au contexte qui règne au moment d'appliquer le droit. [...] Au Canada, la tendance à favoriser l'approche interprétative peut s'expliquer par le contexte historique.⁹⁵

⁹¹ Paul Eid, « 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*, vol. XXXIII/1, 2001, p. 223.

⁹² Juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1982 à 1991.

⁹³ Bertha Wilson, « Decision-Making in the Supreme Court », *University of Toronto Law Journal*, vol. 36, 1986, p. 238-239.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 245. Traduction libre de l'auteur.

⁹⁵ Michel Bastarache, *op. cit.*, p. 739-740.

Un contexte historique relativement récent, car le juge Bastarache se limite au retour à l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution en 1982.

Avant 1982, la Cour suprême a joué un rôle surtout limité dans la dynamique politique canadienne. Sa pratique était plus portant sur l'école intentionnaliste pour qui les lois devaient venir du Parlement et non des juges. C'est un courant plus conservateur de retenue judiciaire qui préférait une interprétation plus stricte et limitée de la *Charte* et, par conséquent, davantage concernant les préoccupations locales. Pourquoi le changement de méthode de la Cour suprême du Canada avec l'arrivée de la *Charte*? La *Déclaration canadienne des droits* de 1960 offrait des possibilités similaires (même si sa portée est plus limitée) aux juges de la Cour si ceux-ci avaient voulu prendre une approche plus activiste. Est-ce fondé sur les convictions personnelles des juges? Un tel cas représenterait une *krytocratie*⁹⁶ soit un gouvernement dirigé par les juges dont les jugements sont établis à partir de leurs convictions personnelles. Pour l'ancien juge de la Cour suprême étatsunienne, Stanley Reed⁹⁷, si la Cour vise un résultat souhaitable, nous serions sur le chemin d'une *krytocratie*.⁹⁸ Selon Martin : « [...] les opinions des juges tendent à favoriser le maintien des relations et pratiques sociales existantes »⁹⁹ et c'est perçu comme subversif de considérer que leur socialisation passée pourrait influencer leur jugement.¹⁰⁰ Dernièrement, la juge en chef McLachlin a affirmé que : « Avoir des juges sur le banc avec diverses expériences de vie et des

⁹⁶ La *krytocratie* est à différencier de la *krytarchie*. Les deux correspondent à des gouvernements dirigés par des juges, mais la différence repose sur la conception de la façon de juger. Les jugements rendus en *krytocratie* le sont selon les opinions personnelles des juges, alors que les jugements rendus en *krytarchie* le sont selon le fait que les droits naturels d'une personne ont été ou non violés.

⁹⁷ Juge de la Cour suprême des États-Unis de 1937 à 1957.

⁹⁸ Basé sur un débat entre le juge de la Cour suprême des États-Unis Stanley Reed et son clerc sur l'arrêt *Brown v. Board of Education* (1954). Cet arrêt déclara la ségrégation illégale dans les écoles publiques étatsuniennes. Le clerc, John B. Fassett, mentionnait que la majorité de la Cour atteignait un résultat souhaitable. Le juge Reed lui dit que ce n'était pas une fonction de la Cour (atteindre un résultat souhaitable) et lui a demandé s'il croyait en une *krytocratie*. John B. Fassett, « Mr. Justice Reed and *Brown v. The Board of Education* », *Yearbook of the Supreme Court Historical Society*, 1986, p. 55.

⁹⁹ Robert Ivan Martin, « Ideology and Judging in the Supreme Court of Canada », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 26/4 (hiver 1988), p. 820.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 817-818.

visions différentes est une force. »¹⁰¹ Elle répondait à une question concernant un juge de la Cour suprême qui s'était exprimé contre un des chefs de parti alors qu'il était professeur d'université. Une fois à la Cour suprême, ce passé est banalisé.

Pour la juge en chef, une approche activiste est favorisée, car elle permet à la Cour suprême d'intervenir, notamment, en cas de désaccord avec une pratique de *statu quo* de la part d'un gouvernement : « La troisième raison qui forcerait les Cours vers un comportement plus interventionniste a déjà été couverte. C'est l'échec, de temps en temps, des autres branches du gouvernement de répondre au besoin législatif sur certains sujets difficiles »¹⁰². La juge en chef poursuit en mentionnant que la Cour ne fait que répondre aux pressions. Lesquelles, car elle ne les décrit pas? Les juges de la Cour suprême sont nommés jusqu'à l'âge de leur retraite, ou 75 ans, par l'exécutif canadien¹⁰³ tandis que le gouvernement canadien doit se faire élire au moins tous les cinq ans auprès des citoyens canadiens. C'est le gouvernement canadien (législatif/exécutif) qui doit répondre de ses choix législatifs sur les questions difficiles et non les juges de la Cour suprême. Il est intéressant de rappeler que la Cour peut, depuis 1974, choisir de ne pas entendre une cause. Cela représente la possibilité de maintenir un *statu quo* en ne prenant pas de décision dans une cause comme ce que reproche la juge en chef McLachlin aux autres branches du gouvernement¹⁰⁴. En ne prenant pas de décision, elle entérine celle de la Cour inférieure. Pour le juriste Stephen Allan Scott, la possibilité du refus d'entendre une cause, une revue judiciaire par une Cour

¹⁰¹ Bill Graveland, La Presse canadienne à Calgary, « Les juges sont redevables envers le public, dit McLachlin », Le Devoir, 14 août 2015. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/societe/justice/447607/cour-supreme-les-juges-sont-redevables-envers-le-public-dit-mclachlin>.

¹⁰² Beverley M. McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 58. Traduction libre de l'auteur.

¹⁰³ Site Internet de la Cour suprême du Canada / À propos des juges : « Un juge occupe son poste à titre inamovible jusqu'à sa retraite ou jusqu'à l'âge de 75 ans, mais peut être révoqué par le gouverneur général, sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes, pour incapacité ou mauvaise conduite dans l'exercice de ses fonctions. ». Récupéré de <http://www.scc-csc.ca/court-cour/judges-juges/about-apropos-fra.aspx>. Note : Jamais un juge de la Cour suprême n'a été révoqué.

¹⁰⁴ Cela équivaut à maintenir la décision de la Cour inférieure.

plus élevée d'une décision d'une Cour inférieure, est problématique : « Selon mon point de vue, la règle doit être appliquée mécaniquement. Sinon, l'inférence inévitable sera qu'une revue judiciaire sera exclue lorsque les Cours décideront qu'il en sera ainsi et disponible lorsqu'elles le voudront. Alors, il n'y aura aucune règle; aucune protection de base; seulement un caprice. »¹⁰⁵ Pour Russell, le choix des causes entendues est presque aussi important que la décision.¹⁰⁶

Pour la Cour suprême du Canada, pourquoi est-ce qu'un *statu quo* n'est pas acceptable de la part du Parlement canadien ou d'une assemblée législative alors qu'il est acceptable de sa part? Selon l'ancien juge en chef de la Cour suprême Brian Dickson¹⁰⁷ de 1984 à 1990, le choix d'entendre ou non une cause, pour la Cour suprême, est basé principalement sur son importance publique ce qui amène la Cour à évaluer les principes sous-jacents et les conséquences pratiques des réponses aux questions soulevées par la cause. Pour aider la Cour suprême, le monologue préchartiste de jadis avec le monde universitaire juridique se change maintenant en dialogue avec la recherche et l'opinion de ce milieu. Ce juge en chef va jusqu'à proposer l'utilisation de théories philosophiques et politiques, de la part des juges de la Cour suprême, pour clarifier le contexte du texte de la *Charte*.¹⁰⁸ Pour la juge Wilson, l'implication des acteurs de la société au sein des décisions de la Cour suprême devrait être encore plus large : « Si des décisions constitutionnelles ont des ramifications au sein d'un large groupe d'intérêts et impliquent des choix distincts entre des politiques sociales en conflit, nous devons donc trouver un moyen d'amener ces intérêts devant la Cour. »¹⁰⁹ Est-ce que la Cour

¹⁰⁵ Stephen Allan Scott, « The Supreme Court and Civil Liberties », *Alberta Law Review*, vol. 14, 1976, p. 126-127. Traduction libre de l'auteur.

¹⁰⁶ Peter Russell, 1975, *op. cit.*, p. 588.

¹⁰⁷ Brian Dickson a été juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1973 à 1990 et juge en chef de 1984 à 1990.

¹⁰⁸ Brian Dickson, « The Role of the Supreme Court of Canada », *Advocates' Society Journal*, vol. 3/4, 1984, p. 5.

¹⁰⁹ Bertha Wilson, *op. cit.*, 1986, p. 242. Traduction libre de l'auteur.

juge une cause ou ne représente qu'un arbitrage entre intérêts dans la société? La juge poursuit en mentionnant que si le processus judiciaire était plus accessible, cela enlèverait la crainte que le transfert des conflits politiques vers l'institution judiciaire diminue la responsabilité des citoyens de trouver des compromis par la voie de la négociation. Avec cette dernière proposition, la Cour demeurerait toutefois l'intermédiaire entre les citoyens et l'État pour le règlement des différends du vivre ensemble dans la société civile. Inévitablement, ces différends devront être problématisés dans un langage acceptable pour la Cour d'où la juridicisation¹¹⁰ des débats sociaux. Pour le politologue Alan C. Cairns, « [...] le langage des droits "n'est plus seulement réservé aux démarches proprement juridiques, mais s'est insinué à l'intérieur de l'activité politique de tous les jours." »¹¹¹ Quel est l'impact, sur la complexité de la gouvernance étatique, de ce changement dans la dynamique sociale et politique d'une société? Il est possible que la *Charte* crée une distance entre citoyens en judiciarisant leurs relations de tous les jours. Cependant, la portée de la Cour suprême n'inclut pas la correction d'erreurs des tribunaux inférieurs selon les juges en chef Dickson et McLachlin¹¹². Cette position n'est pas partagée par Scott qui considère que la Cour suprême devrait accepter de corriger les erreurs des tribunaux.¹¹³ Cela mène à un questionnement sur la dynamique qui s'ensuit : si la Cour, avec l'aide de la *Charte* et de son indépendance judiciaire lui permettant de s'auto-immuniser contre les recours des autres branches du gouvernement, veut protéger les citoyens des abus de l'État, qui protégera les citoyens des abus et erreurs de la Cour? Cela soulève

¹¹⁰ « [...] la juridicisation se caractérise par la traduction des questions politiques, sociales, économiques dans le langage juridique et, *a fortiori*, dans le discours des droits et libertés. » Stéphane Bernatchez, « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien », *Politique et Sociétés*, vol. 19/2-3, 2000, p. 92.

¹¹¹ Traduction de Charles Blattberg, *op. cit.*, p. 124 d'une citation d'Alan C. Cairns, *The Dilemmas of Constitutional Reform*, Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 1992, p. 74.

¹¹² Beverley McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 45.

¹¹³ Stephen Allan Scott, *op. cit.*, p. 123.

la question de gouvernance et de démocratie liée à la société, mais pas dans des termes habituellement analysés.

La prochaine section présente la dynamique entre différents acteurs politiques dans la société suite à la révolution chartiste et la montée d'un nouvel équilibre du pouvoir qui s'installe notamment avec la place prépondérante que prend le judiciaire. L'impact mineur des citoyens est notable, mais prévisible, car pour la Cour suprême, ce sont les élus qui sont souverains (ils ont le pouvoir constituant) et non les citoyens.¹¹⁴ Pour Mandel, les citoyens n'auraient aucune importance pour la Cour :

Par contre, le raisonnement judiciaire n'est pas évalué en fonction de ses résultats. Il ne fait pas de promesse et ne prend pas la responsabilité de ses décisions. Il s'en décharge sur un morceau de papier qu'il prétend interpréter la *Charte*, et estime que le peuple n'a pas à juger de ses résultats, que celui-ci n'a d'ailleurs pas d'importance. L'abstraction règne au cœur de la structure du raisonnement juridique; elle en constitue la prémisse même.¹¹⁵

Un détachement s'opère ainsi entre gouvernants et gouvernés. Situation que n'ont pas vue de nombreux analystes.

1.1.3 La *Charte* et la dynamique qu'elle engendre

Selon la juge en chef McLachlin de la Cour suprême du Canada, la portée de la *Charte* permet à cette Cour de s'étendre, de façon absolue, à toutes les entités et actions gouvernementales, incluant le Cabinet (le Conseil des ministres).¹¹⁶ Cela marque un changement important dans la dynamique de la gouvernance canadienne, une véritable révolution dans l'équilibre des pouvoirs. Pour la juriste Sonia Pratte, cette portée atteint même l'intention :

¹¹⁴ Marc Chevrier, *op. cit.*, p. 83. Il fait référence au paragraphe 88 du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, ([1998] 2 RCS 217.

¹¹⁵ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 103-104.

¹¹⁶ Beverley McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 48. Au sujet du Cabinet, la Juge en chef fait référence à l'arrêt *Operation Dismantle* [1985] 1 RCS 441.

« Depuis la Charte, la nature de la décision ou même son objet ne constituent plus la base de l'intervention judiciaire ; la violation ou la menace sérieuse de violation d'un droit garanti s'avère le nouveau critère. »¹¹⁷ Cependant, la structure politique canadienne n'a pas été modifiée, théoriquement, avec l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution en 1982. C'est l'objectif de cette section d'examiner cette nouvelle dynamique, entre différents acteurs politiques, qui s'est installée depuis 1982 malgré ce *statu quo* au niveau de la structure étatique officielle. Dans un premier temps, le dialogue et la dynamique entre les différentes branches du gouvernement seront observés du point de vue du partage des pouvoirs. Un débat entre les juristes Peter Hogg et Alison A. Bushell, et les politologues Christopher Manfredi et James B. Kelly servira de toile de fond à cette question. Par la suite, un débat entre les politologues Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, et la politologue Miriam Smith servira d'entrée en matière pour discuter de certains des discours des acteurs de la société face à la *Charte* et la Cour suprême. Ces deux discussions mèneront à la formulation de notre exercice critique soit l'analyse de l'impact de la révolution chartiste sur la société canadienne et québécoise.

Premièrement, selon la juge Wilson, avec l'arrivée de la *Charte*, il y a une réorganisation de l'équilibre du pouvoir politique.¹¹⁸ Et cela inclut, pour la juge en chef McLachlin, que la Cour pourrait usurper une partie des fonctions législatives comme la négociation de l'équilibre des intérêts en jeu.¹¹⁹ Pour Hogg et Bushell, ce nouvel équilibre implique que des juges vont annuler des lois votées par les représentants des citoyens. « La réponse conventionnelle à cette objection est que toutes les institutions de la société doivent suivre la règle de droit, et la revue judiciaire requiert simplement l'obéissance des corps

¹¹⁷ Sonia Pratte, « La primauté du droit. L'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés », *Les Cahiers de droit*, vol. 27/3, 1986, p. 705.

¹¹⁸ Bertha Wilson, *op. cit.*, 1986, p. 240.

¹¹⁹ Beverley McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 51. Elle reprend les mots du juriste étatsunien Archibald Cox qui a été procureur spécial lors de l'Affaire Watergate aux États-Unis.

législatifs à la loi de la Constitution. »¹²⁰ Pour le juriste William R. Lederman, c'est plutôt une question d'équilibre existant :

[...] dans le cas des droits et libertés de base mentionnés, est-il mieux de faire confiance à des juges nommés à vie ou des parlementaires élus périodiquement comme arbitre final de la définition, interprétation et application, concernant la loi. [...] Je crois que les Cours indépendantes et les législatures démocratiques ont été, sont, et seront partenaires et non rivaux en tant que décideurs primordiaux dans un processus total complexe [...].¹²¹

Pour lui, c'est un faux dilemme, car la population fait déjà confiance aux deux et devrait continuer de le faire.¹²² Les questions, et réponses, de Hogg et Bushell à l'égard de la relation et du dialogue entre les législatures et l'institution judiciaire, notre premier facteur à examiner, mettent en relief une partie de ce processus complexe : « Est-il possible d'avoir un dialogue entre deux institutions lorsqu'une est clairement subordonnée à l'autre? Est-ce que le dialogue requiert une relation entre égaux? »¹²³ Malgré cette contrainte de subordination, ceux-ci considèrent que la décision finale, dont le processus menant à cette décision est influencé par la Cour, demeure démocratique et qu'un dialogue a eu lieu lorsque la Cour valide une loi du Parlement. Pour ces deux juristes, les quatre façons disponibles pour dialoguer en utilisant la *Charte* sont l'utilisation de l'article 33 ou la clause dérogatoire; l'encadrement des lois selon l'article 1 qui limite les possibilités de restreindre les droits et libertés; les normes d'équité des garanties juridiques des articles 7, 8, 9 et 12; et la garantie d'égalité de droits de l'article 15(1).¹²⁴ Cependant, pour Manfredi et Kelly, ce n'est pas un dialogue lorsque le législateur ne fait que modifier sa loi pour satisfaire la Cour (notamment lorsqu'elle propose des modifications explicites -

¹²⁰ Peter Hogg et Alison Bushell, « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35, 1997, p. 77. Traduction libre de l'auteur.

¹²¹ William R. Lederman, « The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms », *U.B.C. Law Review Charter Edition*, 1982, p. 3. Traduction libre de l'auteur.

¹²² *Ibid.*, p. 8.

¹²³ Peter Hogg et Alison Bushell, *op. cit.*, 1997, p. 79. Traduction libre de l'auteur.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 80 et 82.

« Reading in ») et dont les modifications sont majeures au point de passer à côté de certains des objectifs ciblés. Cela représente plutôt une communication hiérarchique qu'un dialogue.¹²⁵ Un autre problème, selon ces deux politologues, est le besoin, par la Cour suprême, d'affirmer sa suprématie en rendant un jugement malgré que le législateur ait déjà modifié sa loi avant la communication de celui-ci. Finalement, ils ajoutent que la Cour ne semble pas reconnaître que lorsque le législateur interjette appel, celui-ci croit que l'interprétation de la Cour est incorrecte même si cette Cour a toujours le dernier mot.¹²⁶ Pour ces deux politologues, la seule option du législateur, face à la Cour suprême, est l'utilisation de la clause dérogatoire et celle-ci est limitée à une partie seulement de la *Charte* soit les articles 2 ainsi que 7 à 15.

L'impact du texte de Hogg et Bushell a été important. Selon Manfredi et Kelly, la prétention empirique, dont ils mettent en doute la validité, et la thèse indiquant qu'un niveau de dialogue a été atteint, a attiré l'attention de la Cour et le juge Frank Iacobucci¹²⁷ de la Cour suprême s'en est inspiré pour défendre l'aspect démocratique de cette Cour dans l'Arrêt *Vriend*¹²⁸ en 1998.¹²⁹ Morton et Knopff soulèvent un problème avec cette façon de fonctionner : « [...] le processus antagonique [de la Cour] n'est pas conçu pour obtenir ou valider des faits sociaux, puisqu'il n'y a pas de garantie que les faits sociaux pertinents seront amenés devant la Cour. Même s'ils le sont, la question sera de savoir si les juges vont les comprendre [...] »¹³⁰. Ils poursuivent en mentionnant qu'il sera difficile de reconnaître le vrai du faux, car dans certains cas, et ce pour des raisons monétaires ou idéologiques, les experts peuvent être instrumentalisés. Cet empiètement du judiciaire sur le politique a été résumé

¹²⁵ Christopher P. Manfredi et James B. Kelly, « Six Degrees of Dialogue: A response to Hogg and Bushell », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37, 1999, p. 516, 520-521.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 522-524.

¹²⁷ Frank Iacobucci a été juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1991 à 2004.

¹²⁸ *Vriend c. Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493 aux pages 562 à 567.

¹²⁹ Christopher P. Manfredi et James B. Kelly, *op. cit.*, p. 514.

¹³⁰ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Broadview Press : Peterborough, 2000, p. 142-143.

comme suit par Russell : « L'impact principal d'une charte sur le processus de gouvernement peut être résumé simplement en tendance de judiciariser le politique et de politiser le judiciaire. »¹³¹ Pour Mandel, la démocratie résultante de ce processus a une forme particulière, car « [...] la politique judiciarisée¹³² est par essence *antidémocratique*, que ce soit en théorie ou en pratique. Elle justifie en théorie que l'on ne tienne pas compte du caractère égalitaire de la représentation. Elle légitime à la fois l'inégalité du *statu quo* et une forme inégalitaire de politique. La Charte constitue, sans l'ombre d'un doute, une révolte contre la nature majoritaire du système [...]. »¹³³ Cependant, cette révolte a été nécessaire, toujours selon Mandel, car cette façon de faire est mieux adaptée à la résolution de problèmes du point de vue du pouvoir. Il résume cette situation à une démocratie de spectateurs.¹³⁴ Pour le philosophe du déclin Oswald Spengler, un des éléments qui marque la fin de la démocratie est le contrôle des citoyens en utilisant les médias de masse instrumentalisés qui fabriquent la vérité. « Jadis on n'avait pas le droit de penser librement, aujourd'hui on a ce droit, mais on ne peut l'exercer. On veut seulement penser ce qu'on doit vouloir et c'est cela que l'on considère comme sa liberté. »¹³⁵ Il y a peu de distance entre un spectateur et quelqu'un qui pense selon la commande. Le temps de la démocratie est-il révolu avec l'ère chartiste et cette nouvelle dynamique constitutionnelle de la gouvernance canadienne?

Pour la politologue Linda Cardinal, la *Charte* a aussi contribué à renforcer le pouvoir de l'exécutif dont l'importance ne cesse de grandir encore que, selon Chevrier, il ne soit pas formellement reconnu par la Constitution

¹³¹ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 51-52. Traduction libre de l'auteur.

¹³² « [L]a judiciarisation, [est] ce recours aux tribunaux pour le règlement des différends soustraits au pouvoir législatif des questions pour les confier à une décision judiciaire à la lumière de la constitution. » Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 93.

¹³³ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 109. Les mots en italique sont dans le texte cité.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 127, 131.

¹³⁵ Oswald Spengler, *Le déclin de l'Occident, Deuxième partie : Perspectives de l'histoire universelle* (1922) (traduit par M. Tazerout), Paris : Gallimard, 1948, p. 427. La version complète de son œuvre a été publiée en 1918 et 1922.

canadienne écrite.¹³⁶ Ce n'est pas un hasard, l'accroissement de pouvoir, car lors du déploiement de la *Charte*, l'exécutif a été au centre de la perte de pouvoir du Parlement face aux groupes de pression et au système judiciaire. Le Programme de contestation judiciaire gouvernemental créé en 1978 et dirigé par le gouvernement de Trudeau avait comme objectif initial de promouvoir les contestations contre la *Charte de la langue française* du Québec.¹³⁷ Un exemple de l'utilisation, par l'exécutif, de groupes de pression a eu lieu lors des débats entourant le rapatriement de la Constitution. Le gouvernement de Trudeau a appuyé l'exercice de rhétorique consistant à peindre les femmes comme victimes des premiers ministres provinciaux dans les médias de masse, ces neuf hommes blancs qui ne les soutenaient pas, car ceux-ci ne se pliaient pas aux revendications de Trudeau notamment dans le cas de limites qu'il voulait imposer à la disposition de dérogation dans la *Charte*, l'article 33.¹³⁸ Pour le sociologue Robert Vandycke, cette manœuvre visait à confondre et à fusionner politique et droit. C'est « [...] 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. »¹³⁹ Trudeau visait à évincer la démocratie provinciale au profit d'un mouvement de centralisation avec la future *Charte*, et ce aux dépens des provinces. Pour Cardinal, par la suite, le programme a été étendu pour promouvoir un agenda de contestation judiciaire par des groupes ciblés et dirigés par l'exécutif canadien dont l'objectif était, principalement, d'encadrer le déploiement initial de la jurisprudence entourant la *Charte*¹⁴⁰ : « Le but visé n'était pas d'obtenir des solutions

¹³⁶ Marc Chevrier, *op. cit.*, p. 74. Au Canada, le chef du parti politique ayant « gagné » les élections devient le chef de l'exécutif.

¹³⁷ Graham Fraser, « Canadian Language Rights: Liberties, Claims, and the National Conversation », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 169-186, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 183.

¹³⁸ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 423-425.

¹³⁹ Robert Vandycke, « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la charte constitutionnelle de 1982 », *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, no. 1, avril 1986, p. 140.

¹⁴⁰ Linda Cardinal, « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada : une étude du programme de contestation judiciaire », *Politique et sociétés*, vol. 19/2-3, 2000, p. 44.

individuelles, mais d'apporter des changements d'ordre collectif et de privilégier une démarche communautaire axée sur les besoins des groupes et sur le développement des droits des minorités linguistiques et des groupes défavorisés. »¹⁴¹ La question importante pour Morton et Knopff n'est pas si, mais le choix des groupes qui ont été appuyés.¹⁴² Peu de réponses ont été données à cette question. On n'a pas demandé pourquoi ces groupes en particulier et qu'est-ce que cela signifie de donner à un groupe plutôt qu'un autre. Tant pour Cardinal que pour Morton et Knopff, cette façon de faire a favorisé une *extrémisation*¹⁴³ au lieu de la modération. Dit autrement par Morton et Knopff : « Contrairement à la rhétorique sur le gouvernement par la majorité et les droits des minorités, sur la plupart des questions de droits contemporains, il y a une majorité instable et désorganisée ou opinion pluraliste, encadré par des minorités opposées activistes. »¹⁴⁴ Cette façon de vouloir segmenter la population, minorités et majorités, a d'autres conséquences comme mentionnées dans un mémoire de la Ligue des droits de l'homme, en 1975, avant la mise en place de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec : « L'approfondissement de la notion de minorité nous amène à reconnaître que dans les faits, ce qu'on appelle la majorité silencieuse est la juxtaposition de minorités qui sont dos-à-dos les unes contre les autres, de telle sorte qu'il ne puisse pas se développer de solidarité collective, dynamique et constructive [...] »¹⁴⁵. Devrions-nous remettre en question la pertinence du débat majorité-minorités? Cette segmentation a-t-elle d'autres objectifs?

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 58.

¹⁴² Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 128. Traduction libre de l'auteur.

¹⁴³ *Extrémisation* (néologisme de l'auteur) : Action d'extrémiser, de rendre extrémiste. Nous avons créé ce néologisme pour rendre compte de l'idée que nous voulons développer. Il sera repris dans le texte.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 163. Traduction libre de l'auteur.

¹⁴⁵ Ligue des droits de l'homme, *Mémoire à la commission parlementaire de la Justice de l'Assemblée nationale du Québec sur le projet de loi 50, Loi sur les droits et libertés de la personne*, janvier 1975, p. 12. Note : Cet organisme, entre autres fondé par P. E. Trudeau en 1963, a changé de nom en 1978 pour la Ligue des droits et libertés.

En revenant à la problématique, selon Mandel, de la résolution des problèmes de la société du point de vue du pouvoir et la stratégie de communication de celle-ci, la nouvelle façon de faire avec la *Charte* s'arrime bien à ce besoin. Morton et Knopff soulignent qu'il y a un lien naturel entre les médias de masse et la Cour. Ce lien se situe dans l'intérêt des deux pour la présentation de situations sous une forme manichéenne. Cette approche a pour effet secondaire, avec l'utilisation de la *Charte*, de donner un sentiment de base morale supérieure au gagnant et de rendre la position de l'autre – le perdant – inacceptable, ni maintenant ni plus tard. Cela est différent des conflits gérés dans une assemblée législative où il n'y a ni gagnant ni perdant, seulement un compromis qui est souvent temporaire.¹⁴⁶ Pour Blattberg, la *Charte* contribue à catalyser cette adversité : « C'est parce que la Charte présente les biens qu'elle contient dans un langage axé sur les droits qu'elle possède ce caractère fragmenté. Car ce langage incite à la négociation, forme adversative de dialogue qui ne vise qu'à équilibrer les différents termes d'un conflit plutôt qu'à les intégrer les uns aux autres ou à les concilier. »¹⁴⁷ Cette polarisation des discours sociétaux sous une forme juridique manichéenne s'étend aux acteurs de la société civile et provoque une juridicisation de leurs discours. Le débat entre Morton et Knopff¹⁴⁸, et Smith¹⁴⁹ sur la thèse des premiers associant la création d'un Parti de la Cour avec l'essor de la *Charte* en est une illustration. Celui-ci encadre notre deuxième facteur d'analyse soit les discours d'acteurs de la société, principalement des groupes et des

¹⁴⁶ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 159.

¹⁴⁷ Charles Blattberg, *op. cit.*, p. 122-123.

¹⁴⁸ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, 227 pages. Et la réponse à la critique de Miriam Smith : Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, « Ghosts and Straw men: A Comment on "Ghosts of the Judicial Committee of the Privy Council" », *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 35/1, mars 2002, p. 31-42.

¹⁴⁹ Myriam Smith, « Ghosts of the Judicial Committee of the Privy Council: Group Politics and Charter Litigation in Canadian Political Science », *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 35/1, mars 2002, p. 3-29. Et la réponse au 2^e texte de Frederick Lee Morton et Rainer Knopff : Myriam Smith, « Partisanship as Political Science: A Reply to Rainer Knopff and F.L. Morton », *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 35/1, mars 2002, p. 43-48.

minorités, envers la nouvelle dynamique qui s'installe avec la paire que forme la *Charte* et la Cour suprême. Pour Morton et Knopff, ce Parti de la Cour serait composé des nombreux intervenants qui font partie de l'institution judiciaire ainsi que ceux qui gravitent autour et dont l'objectif est de promouvoir l'instrumentalisation de la *Charte* pour leur clientèle¹⁵⁰, c'est-à-dire les groupes et minorités qu'ils représentent. Smith rejette leur thèse notamment parce qu'elle ne fait qu'analyser les résultats de la Cour et non le déséquilibre existant au niveau du pouvoir social, économique et politique entre les groupes.¹⁵¹ Le juriste Andrew Petter aborde dans le même sens : « Les manifestations majeures des inégalités sociales et économiques dans notre société proviennent non des décrets législatifs, mais des pratiques systémiques sous-jacentes. »¹⁵² Cependant, le débat de Morton, Knopff et Smith se situe beaucoup plus au niveau de l'impact de la dynamique résultante qu'au niveau de la validation de l'existence d'un tel Parti de la Cour. Et cet impact a comme objet les minorités (même si Smith considère que l'utilisation du mot minorités peut délégitimer les groupes¹⁵³) qui ont acquis depuis 1982, selon Brouillet, « [...] de véritables identités constitutionnelles. En leur octroyant un tel statut constitutionnel, il devenait ainsi possible de diminuer leur sentiment d'appartenance territoriale et de promouvoir chez leurs membres une identification sans intermédiaire avec la nation canadienne dans son ensemble. »¹⁵⁴ Elle associe cela à l'expression *minoritarisme constitutionnel* de Cairns. Pour Blattberg, la *Charte* affaiblit non seulement le lien avec les provinces, mais avec le Canada. Les citoyens canadiens ayant des droits de la personne abstraits détachés de tout contexte deviennent des individus ayant des droits de la personne universels applicables à tous et non seulement aux citoyens canadiens. Un des impacts de cette transformation est

¹⁵⁰ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 24.

¹⁵¹ Myriam Smith, *op. cit.*, 2002, p. 14.

¹⁵² Andrew Petter, « The Politics of the Charter », *Supreme Court Law Review*, vol. 8, 1986, p. 503. Traduction libre de l'auteur.

¹⁵³ Myriam Smith, *op. cit.*, 2002, p. 15.

¹⁵⁴ Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p.328.

que la centralisation générée, au lieu d'être centrée à Ottawa, se déplacerait vers l'extérieur du Canada. Il mentionne comme nouveau centre le siège de l'ONU à New York et il fait un lien avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948.¹⁵⁵

L'application du *minoritarisme* crée aussi une certaine souveraineté (créée par et dépendante de la Cour suprême) pour les citoyens de ces groupes, car, selon l'ancienne juge de la Cour suprême Claire L'Heureux-Dubé¹⁵⁶, qui reprend les propos du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Videoflicks*¹⁵⁷, « [...] l'analyse ne doit pas partir de la perspective du concept de religion de la majorité, mais en termes du rôle que les pratiques et les croyances prennent dans la religion de l'individu ou du groupe concerné. »¹⁵⁸ Une inversion est ainsi opérée et elle est importante, car l'impact de cette façon de faire de la Cour porte sur l'individu ou le groupe et non sur son intégration avec les autres dans la société. Morton et Knopff décrivent un des impacts de ce phénomène : « Lorsqu'une moralité basée sur les droits remplace une moralité basée sur le consentement, la politique de coercition remplace la politique de persuasion. Le résultat est de rendre la politique aigrie et de diminuer l'inclination d'opposants à se traiter mutuellement comme citoyens – c'est-à-dire comme membre d'un peuple souverain. »¹⁵⁹ Un effet de distanciation s'installe entre une minorité et les autres citoyens lors d'un jugement chartiste favorable à celle-ci. Pour le juriste Jeremy Waldron : « Invoquer ses droits équivaut à se distancier des personnes à qui on présente une réclamation; cela revient à annoncer, en quelque sorte, l'ouverture des hostilités, et à reconnaître que d'autres liens plus chaleureux

¹⁵⁵ Charles Blattberg, *op. cit.*, p. 125-126.

¹⁵⁶ Juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1987 à 2002.

¹⁵⁷ *Videoflicks Ltd. et al. v. R.* [1984] 9 C.R.R. 193 (C.A. Ont.). Le juge Walter Tarnopolsky a été juge de la Cour d'appel de l'Ontario de 1985 à 1993.

¹⁵⁸ Claire L'Heureux-Dubé, « Les droits des minorités religieuses - Introduction », *Les Cahiers de droit*, vol. 27/1, 1986, p. 54.

¹⁵⁹ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 166.

comme la parenté, l'affection et l'intimité ne tiennent plus. »¹⁶⁰ Cela rejoint les propos du juriste José Woehrling pour qui « [...] la rhétorique des droits et libertés confère un caractère absolu et non débattable à des questions qui sont pourtant traditionnellement considérées comme pouvant faire l'objet de divergences légitimes entre personnes raisonnables. »¹⁶¹ Cet effet de séparation en minorités ne peut qu'avoir un impact négatif sur la communication au sein de la société et ainsi, comme conséquence inévitable, une complexification du fonctionnement de la société.

La juriste Andrée Lajoie divise les minorités en trois groupes dont les minorités culturelles ayant l'ethnicité, la langue et la religion comme principales caractéristiques; les minorités sociales dont les gais, lesbiennes et femmes font partie malgré le fait que ces dernières pourraient être identifiées comme majorité marginalisée; et les minorités politiques qui comprennent les Autochtones et les Québécois.¹⁶² Elle ajoute que « [...] pour qu'un groupe constitue une minorité, il doit aussi, à notre avis, *se percevoir comme faisant partie du tout dont cette minorité est une partie.* »¹⁶³ Quant aux autres, elle les classe sous le thème du groupe ayant les valeurs dominantes soit les « hommes / blancs / hétérosexuels / Canadiens. »¹⁶⁴ Ce groupe aux valeurs dominantes n'est pas aussi monolithique que Lajoie semble l'indiquer et une nuance permettrait d'en identifier les groupes et minorités sous-jacents. Cependant, diviser de nouveau aura l'effet d'accentuer le cloisonnement social et ainsi accroître la complexité de la communication au sein de la société. Cet impact est aussi applicable à la segmentation des minorités.

¹⁶⁰ Traduction de Charles Blattberg, *op. cit.*, p. 123. Jeremy Waldron, « When Justice Replaces Affection: The Need for Rights », In *Jeremy Waldron, Liberal Rights Collected Papers 1987-1991*, Cambridge : Cambridge University Press, 1993, p. 373.

¹⁶¹ José Woehrling, « Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec » dans Pierre Patenaude (dir.), Québec – *Communauté française de Belgique : Autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Actes du Colloque Québec-Communauté française de Belgique (1991 : Université de Sherbrooke), Montréal : Wilson & Lafleur, 1991, p. 157, note 100.

¹⁶² Andrée Lajoie, *op.cit.*, p. 24-25.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 25. Les mots en italique sont dans le texte cité.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 124.

Ce type de fragmentation a un impact sur le tissu social de la société. Il permet à la Cour de classer certains groupes en tant que groupe défavorisé et victime selon l'article 15 de la *Charte* qui traite du droit à l'égalité. Pour le philosophe François Laruelle : « Elle [(la victime)] est le fond le plus exposé des humains, leur capacité à être des *vaincus* au gré des occasions qui relancent aussi cette capacité *comme force faible de résistance*. [...] Il n'y a pas de victime en soi et absolue, elle est prise dans un processus de victimisation continuée, [...] »¹⁶⁵ La victime se situe dans un contexte défini et particulier et nécessite la présence d'un bourreau.¹⁶⁶ Donc, selon Laruelle, après l'identification des victimes, inévitablement la prochaine étape serait d'identifier les bourreaux. Morton et Knopff, en paraphrasant le politologue Anthony Peacock, parlent d'une constitution de victimes au lieu d'une constitution de citoyens.¹⁶⁷ Dans l'arrêt *Andrews*¹⁶⁸ (1989), la Cour suprême a identifié les victimes selon la *Charte* en interprétant son article 15 : « Étant donné que l'art. 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société, la responsabilité qui incombe au gouvernement de justifier le type de discrimination dont sont victimes ces groupes est à juste titre lourde. »¹⁶⁹ Cependant, le premier paragraphe de l'article 15 parle de tous et non de groupes défavorisés. Ces derniers n'apparaissent que dans le 2^e paragraphe qui concerne les Programmes de promotion sociale. Pour Martin, ce genre de segmentation crée une forme d'intégrisme¹⁷⁰ : « Celle-ci, aussi [(les politiques sur l'identité

¹⁶⁵ François Laruelle, *Théorie générale des victimes*, Paris : Mille et une nuits, 2012, p. 29-30. Les mots en italique sont dans le texte cité.

¹⁶⁶ *Ibid.* En faux-titre de son ouvrage, Laruelle nous questionne : « Si le bourreau est la pierre angulaire de la société (Joseph de Maistre), pourquoi la victime ne serait-elle pas la pierre angulaire de l'humanité? »

¹⁶⁷ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 40.

¹⁶⁸ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 146.

¹⁷⁰ Intégrisme : Se dit d'une position de principe, politique, idéologique, qui reste ferme et refuse tout accommodement. (Louis-Marie Morfaux et Jean Lefranc, *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris : Armand Colin, 2005, p. 275).

ainsi que celles pour les groupes d'intérêts)], est extrêmement exclusive, éliminant tous ceux qui ne sont pas des croyants ou qui ne partagent pas l'identité requise. »¹⁷¹ Une dualité qui favorise l'*extrémisation* pour reprendre l'analogie de Cardinal, Morton et Knopff présentée plus tôt.

Ce type d'impact nous intéresse ou plus précisément celui de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur le tissu social et politique de la société. Autrement dit, notre première question est la suivante : quelle est la portée¹⁷² de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant qu'instrument de gouvernement de la société? Cependant, en limitant le rôle de la *Charte* à un instrument, c'est ne pas en comprendre les conséquences, car elle transforme radicalement les rapports entre citoyens, notamment en judiciarisant la vie sociale. Une telle question en soulève une seconde : quel jugement peut-on alors porter sur ces effets dans la société canadienne et plus spécifiquement au Québec?

Avec la thèse défendue que la *Charte* distend le lien social et politique, nous avançons que cela crée un vide comblé par la place prépondérante que prennent maintenant des intermédiaires comme les juges et les avocats, médiateurs devenus nécessaires des nouveaux rapports sociopolitiques. Ce phénomène, distendre le lien social et politique, que nous nommons la virtualisation de la société, augmente ainsi de façon importante la complexité du fonctionnement de la société. Cet ajout d'intermédiaires dans les relations entre citoyens, la juridicisation des discours ainsi que la judiciarisation des différends sont des facteurs qui influencent cette complexification. Selon le philosophe Jean Baudrillard, l'implosion actuelle des institutions occidentales est due, entre autres, à un système de contrôle surdéveloppé qui génère un point de saturation du social.¹⁷³ En sommes-nous là? Nous allons voir.

¹⁷¹ Robert Ivan Martin, *op. cit.*, 2003, p. 50. Traduction libre de l'auteur.

¹⁷² Capacité que présente une chose à produire un effet. Isabelle Jeuge-Maynard (sous la dir.), *Le petit Larousse*, Paris : Éditions Larousse, 2008, p. 805.

¹⁷³ Jean Baudrillard, *Simulacres et simulations*, Paris : Éditions Galilée, 1981, p. 107 et 110.

Avec cette couche intermédiaire qui s'accroît, cela complexifie aussi le processus de régulation. La *Charte* polarise la société en juridicisant les discours et inscrivant ceux-ci dans la dimension manichéenne du processus judiciaire où il ne peut qu'y avoir un gagnant et l'autre ne peut qu'être perdant. Cela réduit du même coup la capacité de la société de réagir et de s'ajuster aux complexités grandissantes du vivre ensemble en trouvant des compromis et ententes plutôt que de se limiter à un choix entre deux opposés (gagnant/perdant). Pour les citoyens, la judiciarisation et la juridicisation les isolent et les déresponsabilisent diminuant ainsi leur capacité à participer au fonctionnement de la société. Cela entraîne une distanciation entre gouvernants et gouvernés. Pour Baudrillard, la coupure entre la minorité dominante et la majorité est déjà une actualité et cette coupure se situe entre le monde virtuel de la première et le monde actuel de la seconde.¹⁷⁴ La *Charte* est-elle l'indice d'une telle situation? Difficile à dire sans un examen approfondi.

Pour faire cet exercice de réflexion et de questionnement sur la *Charte canadienne des droits et libertés* et ses effets sur la société, nous utilisons le concept de virtualisation dans un cadre d'analyse foucaultien. Dans le prochain chapitre, nous présentons ce dernier pour déterminer la dynamique des rapports entre savoir, pouvoir et sujet, le schème d'une période, d'où nous pourrions ensuite analyser les impacts et les effets de la *Charte* sur la société. Par la suite, nous poursuivons la discussion débutée dans l'Introduction sur l'ancrage du discours chartiste. Ensuite, nous identifions le schème qui nous intéresse soit celui entourant l'enchâssement et le déploiement de la *Charte*. Cela nous permet d'explorer, dans un premier temps, la portée de celle-ci en tant que façonneuse de gouvernementalité. Nous pourrions ainsi analyser les impacts de la *Charte* sur la société canadienne et plus spécifiquement au Québec. Les principaux impacts qui seront étudiés, dans le chapitre V, sont la virtualisation de la société ainsi que les enjeux de complexité créés par la

¹⁷⁴ Jean Baudrillard, « L'impuissance du virtuel », *Libération* (Paris), 6 juin 1995, p. 4. Récupéré de http://www.liberation.fr/tribune/1995/06/06/l-impuissance-du-virtuel_135530.

Charte. Tout cela pour conclure sur les conséquences d'une telle structure, notamment sur le vivre ensemble de la société.

CHAPITRE II. GOUVERNANCE : SAVOIR, POUVOIR ET ASSUJETTISSEMENT

Le discours sur la *Charte* et l'espoir de droits et libertés qu'il offre aux citoyens du Canada jouissent d'une légitimité forte à l'heure actuelle. Nous acquiesçons. De plus, sa situation d'idéologie dominante canadienne est entretenue par le gouvernement fédéral, car l'unification d'autant de citoyens de différentes cultures s'avère une tâche considérable surtout si l'objectif est de permettre la conservation de leurs différenciations culturelles. Cependant, comme toute idéologie, de nombreux discours alternatifs ont dû être occultés pour permettre son ascension et son maintien. L'interculturalisme québécois est celui le plus en vue et nous en avons discuté.

Dans un deuxième temps, lors de son discours inaugural au Collège de France, Foucault souligne la présence d'instruments de contrôle de discours :

Il existe, je crois, un troisième groupe de procédures qui permettent le contrôle des discours. Il ne s'agit point cette fois-ci de maîtriser les pouvoirs qu'ils emportent ni de conjurer les hasards de leur apparition; il s'agit de déterminer les conditions de mise en jeu, d'imposer aux individus qui les tiennent un certain nombre de règles et ainsi de ne pas permettre à tout le monde d'avoir accès à eux.¹⁷⁵

Pour nous permettre faire un exercice critique sur la *Charte*, cela représente deux défis de taille, le besoin de ramener à la surface des discours occultés et la nécessité de décroiser le langage des droits de la personne chartiste. D'où le recours à un outil comme le cadre d'analyse foucaultien qui nous aidera à éclairer ce qui est obscurci comme le dit le politologue Guy Laforest : « On comprendra qu'un intellectuel comme Foucault n'oriente pas les résistances; il souhaite toutefois leur fournir des outils de combat en faisant davantage de lumière sur les relations de pouvoir dans lesquelles elles sont impliquées. »¹⁷⁶

¹⁷⁵ Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Paris : Éditions Gallimard, 1971, p. 39.

¹⁷⁶ Guy Laforest, « Droit, pouvoir et sciences humaines dans la pensée de Michel Foucault », *Canadian Journal of Law and Society/Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 3, 1988, p. 95.

Cependant, Foucault oriente sa démarche qui « [...] aurait essentiellement pour fonction le désassujettissement dans le jeu de ce qu'on pourrait appeler, d'un mot, la politique de la vérité. »¹⁷⁷ Elle vise à identifier le schème d'une période qui se compose des rapports entre sujet, vérité et pouvoir. Foucault a brièvement exposé son exercice critique, en 1978, à la Société française de Philosophie, en utilisant le schème de la modernité et propose la réutilisation de son approche à d'autres périodes pour permettre l'identification et la description d'autres schèmes.¹⁷⁸ L'analyse permettant de déterminer le schème entourant l'enchâssement et le déploiement de la *Charte* servira à décrire sa portée et ainsi ouvrir, par la suite, sur l'analyse de l'impact de celle-ci sur la société notamment au niveau de la virtualisation et de la complexification du lien social et politique. Pour nous permettre d'effectuer cette dernière partie de l'analyse au chapitre V, un premier exercice de description en profondeur du schème devra aboutir à une désacralisation de la *Charte* qui facilitera l'observation de l'objet et non celle de son image façonnée par de nombreux discours dominants.

Les éléments de la réflexion foucaultienne utilisés pour décrire un schème incluent, premièrement, l'identification des principaux points d'ancrage des discours pour permettre de positionner le foyer de l'attitude critique dans les rapports qui lient le sujet, la vérité et le pouvoir. Ensuite, il s'agit de déssubjectiver la question de rapports entre structures de rationalité et mécanismes d'assujettissement en se basant sur le contenu historique et en affranchissant ce contenu par l'analyse des effets de pouvoir.¹⁷⁹ Plus précisément, ce deuxième élément de la démarche de Foucault se déploie sous la forme de trois angles d'une même analyse ou trois dimensions à considérer de façon simultanée lors de la réflexion.¹⁸⁰ Pour le premier angle, il

¹⁷⁷ Michel Foucault, « Qu'est-ce que la critique? Compte rendu de la séance du 27 mai 1978 » dans *Bulletin de la Société française de Philosophie*, tome LXXXIV, 1990, p. 39.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 47.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 46.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 48-52.

s'agit de déterminer les connexions entre des mécanismes de coercition et des contenus de connaissance. Ces connexions représentent un entrelacement de savoirs-pouvoirs qui permet de rendre un système acceptable et qui soutient ces connexions. Cependant, cet entrelacement n'est qu'un point de rencontre dans une grille d'analyse et non un élément de l'analyse en soi. Ensuite, il faut faire ressortir les conséquences de l'analyse précédente. Il s'agit « [...] de quelque chose qui essaie de restituer les conditions d'apparition d'une singularité à partir de multiples éléments déterminants, dont elle apparaît non pas comme le produit, mais comme l'effet »¹⁸¹. Finalement, il faut analyser les relations au niveau stratégique. Celles-ci, liées à un effet singulier, sont des relations au niveau des individus ou des groupes. Le « réseau de relations ne doit pas constituer un plan unique. Ce sont des relations qui sont en perpétuel décrochement les uns par rapport aux autres. »¹⁸² Elles n'apparaissent donc ni primaires ni absolument totalisantes : « [...] quelles sont les conditions qui rendent acceptable une singularité [, un ensemble de savoir-pouvoir ou un système,] dont l'intelligibilité s'établit par le repérage des interactions et des stratégies auxquelles elle s'intègre. »¹⁸³ Dans le cas qui nous intéresse, cette singularité est la gouvernementalité particulière déployée avec la *Charte*.

Nous avons divisé l'analyse foucaultienne de la révolution chartiste en trois parties qui nous permettra de converger sur une synthèse du schème de la *Charte*. Pour lier l'analyse foucaultienne avec la *Charte*, nous débuterons dans la prochaine section en situant cette dernière dans le cadre de la gouvernementalité foucaultienne. Ensuite, dans le chapitre III, nous décrirons les principaux discours, notamment par l'approfondissement de ceux décrits au chapitre I, qui permettent à la *Charte* de s'ancrer dans la société. Les trois premiers étudiés concernent la portée de la *Charte* : sa suprématie et son image sacralisée ainsi que celui qui semble promouvoir un laissez-faire quant

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 51.

¹⁸² *Idem.*

¹⁸³ *Ibid.*, p. 52.

au pouvoir économique. Une situation surprenante considérant que le discours économique est hégémonique en Occident. Les deux suivants s'intéressent à la personne, la cible de la *Charte*, et plus précisément l'opposition que représentent l'égalité et le particularisme de l'individualisme chartiste. Les deux derniers nous ramèneront à la base de la *Charte* c'est-à-dire l'opposition entre le nationalisme québécois et le multiculturalisme canadien. Comme deuxième partie de la réflexion, nous étudierons trois rapports entre structures de rationalité et mécanismes d'assujettissement au chapitre IV. Les structures retenues pour notre étude sont la *Charte*, le langage chartiste et l'agenda juridique des droits de la personne canadiens. Les deux principaux mécanismes que nous nouerons avec ces structures de rationalité sont la Cour suprême du Canada et l'exécutif canadien. Cela nous permettra de conclure ce quatrième chapitre avec une présentation du schème chartiste.

Avant de poursuivre avec les différentes étapes de l'analyse foucaultienne dans les deux prochains chapitres, dans la deuxième section ci-dessous nous définirons les concepts de virtualisation et de complexité qui nous permettront d'orienter le discours qui suivra en vue de notre analyse de la virtualisation de la société dans le cinquième chapitre.

2.1 Le gouvernement et la *Charte*

Pour Foucault, l'outil de gouvernement qui prévaut en Occident actuellement est la gouvernementalité, un instrument axé sur l'utilisation de dispositifs de sécurité pour encadrer la gestion d'une population. Elle s'est développée en parallèle avec d'autres modes de gouvernement déjà en place notamment la disciplinarité et le droit ainsi que, mais d'une façon qui est plutôt un laissez-faire, l'économique. Cela a donné lieu à des rapprochements entre ceux-ci ainsi que des points de rupture. L'objectif de cette section est de situer la *Charte* au sein de cette gouvernementalité ainsi qu'auprès de ces trois

autres modes de gouvernement. Comment ils s'intègrent, les rapprochements, et de quelle façon ils se distinguent, notamment en identifiant les points de rupture. En Occident, il y a croisement entre histoire de vérité et histoire de droit et ce couplage a lieu dès l'origine : « [...] un de ces innombrables croisements entre juridiction et vérité qui est sans doute un des phénomènes fondamentaux dans l'histoire de l'Occident moderne. »¹⁸⁴ Pour Foucault, le droit a joué un rôle important dans le développement de la gouvernementalité notamment en tant que véhicule de propagation de la vérité.

Pour le philosophe politique, « [p]ar gouvernement, j'entends l'ensemble des institutions et pratiques à travers lesquelles on guide les hommes depuis l'administration jusqu'à l'éducation. »¹⁸⁵ Le gouvernement représente l'aspect étatique de la gouvernance d'une société et la gouvernementalité représente un instrument spécifique de gouvernement où la dynamique du pouvoir étatique, visant une économie politique, se situe autour d'instruments techniques de sécurité encadrant une population. Cette gouvernance étatique particulière, ancrée par la gouvernementalité, s'exercerait en profondeur en utilisant le potentiel offert par des dispositifs de sécurité. Malgré le niveau de granularité ciblé, elle demeure une conduite de la conduite des personnes, donc avec un certain détachement ou une certaine distance, et ce de façon intrinsèque. Foucault considère que nous sommes pleinement dans cette ère de gouvernementalité (où elle domine, mais n'est pas seule), c'est-à-dire :

[...] la tendance, la ligne de force qui, dans tout l'Occident, n'a pas cessé de conduire, et depuis fort longtemps, vers la prééminence de ce type de pouvoir qu'on peut appeler "le gouvernement" sur tous les autres : souveraineté, discipline; ce qui a amené, d'une part, le développement de toute une série d'appareils spécifiques

¹⁸⁴ Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, Paris : Gallimard-Seuil, 2004, p. 36.

¹⁸⁵ Michel Foucault, « Entretien avec Michel Foucault » dans *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, op. cit., p. 912.

de gouvernement [et d'autre part]*, le développement de toute une série de savoirs.¹⁸⁶

Savoirs qui servent principalement comme tactique dans la pratique de gouvernement et dont les lois en sont un type, c'est-à-dire qu'elles servent pour atteindre une fin. Foucault considère que le pouvoir a une relation indissociable avec le savoir et qu'il faut « [...] le penser toujours de telle manière qu'on le voit associé à un domaine de possibilité et par conséquent de réversibilité, de renversement possible. »¹⁸⁷ Guy Rocher abonde dans le même sens : « La notion de pouvoir n'est probablement pas neutre; on ne peut la définir sans révéler une position idéologique ou politique [...]. »¹⁸⁸ Le lien entre savoir et pouvoir est donc intrinsèque. Cependant, comme la folie ou la sexualité chez Foucault, cette gouvernementalité forme un nœud, et non un élément de l'étude en soi, dans une grille d'analyse permettant d'exposer un « [...] branchement entre pratique de gouvernement et régime de vérité [...] »¹⁸⁹. Un lien entre un savoir enrobant un pouvoir permettant de gouverner un sujet. Ce « [...] régime de véridiction, en effet, n'étant pas une certaine loi de la vérité, [mais] l'ensemble des règles qui permettent, à propos d'un discours donné, de fixer quels sont les énoncés qui pourront y être caractérisés comme vrais ou faux. »¹⁹⁰ Quels sont les discours qui auront le droit de cité, qui seront acceptables et encouragés par ce mode de gouvernement, et lesquels seront occultés, ignorés, et qui pourraient même être sanctionnés. Utilisant la famille au Québec comme exemple, on peut penser au discours des pères qui est sanctionné dans certains cas notamment avec la diabolisation des hommes qui

¹⁸⁶ Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population : Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris : Gallimard-Seuil, 2004, p. 111-112. Les citations internes sont dans le texte cité. De plus, « [et, d'autres part]* » est dans le texte cité et le « * » réfère à « M.F. : le développement aussi ».

¹⁸⁷ Michel Foucault, « Qu'est-ce que la critique? Compte rendu de la séance du 27 mai 1978, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁸ Guy Rocher, *op. cit.*, 1986, p. 34.

¹⁸⁹ Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, *op. cit.*, p.31.

¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 37. La citation interne ([mais]) est dans le texte cité.

manquent à leur « devoir » de pourvoyeur ainsi que les techniques utilisées pour remédier à ce qui est perçu comme ce manquement notamment le retrait du passeport¹⁹¹, un geste déclaré immoral par l'Occident dans le passé. Selon l'article 6 de la *Charte* : « Tout citoyen canadien a le droit de demeurer au Canada, d'y entrer ou d'en sortir. »¹⁹² Ce retrait particulier d'une liberté contraste avec les revendications pour la protection des droits de la personne pour contrer les certificats de sécurité et le manque de transparence au sujet des accusations et arrestations pour terrorisme au Canada. Une comparaison de situations qui permet d'illustrer que démoniser un discours à occulter et à sanctionner, celui des pères dans ce cas-ci, permet de le soustraire aux garde-fous encadrant les dispositifs de sécurité.

La formation de la dominance de cette gouvernementalité, basée sur des mécanismes régulateurs, aurait eu lieu presque conjointement avec le déploiement d'un autre mode de gestion des personnes, un mode basé sur des mécanismes disciplinaires, individualisants :

Donc, après une première prise de pouvoir sur le corps qui s'est fait sur le mode de l'individualisation, on a une seconde prise de pouvoir qui, elle, n'est pas individualisante, mais qui est massifiante, si vous voulez, qui se fait en direction non pas de l'homme-corps, mais de l'homme espèce. Après l'anatomopolitique du corps humain, mise en place au cours du XVIII^e siècle, on voit apparaître, à la fin de ce même siècle, quelque chose qui n'est plus une anatomopolitique du corps humain, mais que j'appellerais une "biopolitique" de l'espèce humaine.¹⁹³

La première technique, disciplinaire, vise directement le corps, l'isolant, le pacifiant de façon à le rendre utile. Tandis que l'autre met en place une forme de carré de sable qui circonscrit un terrain de jeu à l'intérieur duquel une liberté est permise. Pour Foucault : « Gouverner, en ce sens, c'est structurer le champ

¹⁹¹ *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. (1985), c 4 (2e suppl.), articles 66, 67 et 76.

¹⁹² *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, article 6(1).

¹⁹³ Michel Foucault, « *Il faut défendre la société* » : *Cours au Collège de France (1976)*, Paris : Gallimard-Seuil, 1997, p. 216. Les guillemets sont dans le texte cité.

d'action éventuel des autres. »¹⁹⁴ Guy Rocher considère que cette dernière est une approche efficace qui a été négligée par les études empiriques sur le pouvoir. Il emprunte aux politologues Peter Bachrach et Morton S. Baratz l'expression « champ des non-décisions » pour nommer cette façon d'assurer que les décisions prises demeurent à l'intérieur d'un champ qui sauvegarde les intérêts qui sont à protéger¹⁹⁵ (par ceux qui en définissent les frontières). Une liberté qui est donc circonscrite, limitée et utile, mais pour qui?

2.1.1 Le gouvernement par la discipline

Le mode disciplinaire de gouvernance étatique, dont de nombreuses structures sont présentes aujourd'hui, vise à régler ce qui est défendu. La portée de ce mode s'étend jusque dans les détails, en profondeur. Il est similaire au droit. Pour Foucault : « [O]n peut dire qu'à l'intérieur de ce schéma général, le système de légalité, le système de la loi a essentiellement pour fonction de déterminer les choses d'autant plus qu'elles sont interdites. [...] Autrement dit, c'est en prenant le point de vue du désordre que l'on analyse de plus en plus finement, que l'on va établir l'ordre – c'est-à-dire : ce qui reste. »¹⁹⁶ Cependant, il y a une différence importante entre loi et discipline. « Dans le système de loi, ce qui est indéterminé, c'est ce qui est permis; dans le système du règlement disciplinaire, ce qui est déterminé, c'est ce qu'on doit faire, et par conséquent tout le reste, étant indéterminé, se trouve interdit. »¹⁹⁷ Un exemple contemporain de ce mode disciplinaire est le concept de tolérance zéro. Il cible un comportement particulier, une façon d'agir particulière, et toute déviation, tout le reste, se trouve interdite et sanctionnée. Ce concept vise la certitude. En prenant l'exemple, lié à la gestion étatique de la famille, des arrestations

¹⁹⁴ Michel Foucault, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 635-657, Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001, p. 1056.

¹⁹⁵ Guy Rocher, op. cit. 1986, p. 38. Il se réfère à un texte de 1970 des deux politologues.

¹⁹⁶ Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, op. cit., p. 47.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 48.

préventives basées sur une directive administrative (une arrestation ne nécessitant pas d'accusation formelle et n'ayant aucune conséquence à produire une fausse accusation), l'objectif visé de cette mesure est d'éliminer les crimes passionnels contre les mères. Dans le cas d'une situation conjugale problématique, la police arrête l'homme dans toutes les situations et laisse au juge le soin de décider de son sort. Selon l'article 9 de la *Charte* : « Chacun a droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. »¹⁹⁸ La recherche de la certitude permet un renversement que nous pourrions classer comme contraire à ce qui est au cœur de la *Charte* – voire les paramètres décrits dans l'arrêt *Oakes*¹⁹⁹ – pour un groupe particulier, les pères, où ceux-ci sont coupables jusqu'à démonstration du contraire (arrestation dans tous les cas) et ce en ignorant les impacts que cela pourrait avoir dans la vie de personnes faussement accusées. Ces conséquences sont décrites par le juge en chef Dickson dans ce même arrêt *Oakes* :

La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques.²⁰⁰

Ce que nous voulons montrer, c'est qu'il y a toujours un inconfort lorsqu'un discours occulté est ramené à la surface. Il dérange ce qui semble aller de soi, ce qui semble « être normal ». Cela est représentatif de la difficulté qu'un tel discours a à s'articuler à l'intérieur d'un carré de sable où il est occulté. Nous

¹⁹⁸ *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.*, article 9.

¹⁹⁹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 à la page 104 : « La présomption d'innocence est au cœur même du droit criminel; elle est garantie expressément par l'al. 11d) de la *Charte* et implicitement par l'art. 7 qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. [...] Une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11d). Ce n'est pas parce que la norme requise pour réfuter la présomption est la preuve selon la prépondérance des probabilités qu'une disposition portant inversion de la preuve est constitutionnelle. »

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 119.

avons limité l'analyse de cet exemple aux articles 7 et 11 de la *Charte* avec l'arrêt *Oakes*, mais nous pourrions aussi l'étendre aux articles 15 et 28 sur l'égalité. Cependant, la présence de la *Charte* canadienne n'empêche pas cette pratique.

Malgré le niveau de granularité différent visé, le mode disciplinaire tout comme le droit fonctionne à une certaine distance de la réalité. Dans le cas de la loi, elle « [...] travaille dans l'imaginaire, puisque la loi imagine et ne peut se formuler qu'en imaginant toutes les choses qui pourraient être faites et ne doivent pas être faites. Elle imagine le négatif. »²⁰¹ Cela s'applique aussi au mode disciplinaire qui est une technique négative associée au désordre, complémentaire à la réalité. Dans le cas de la tolérance zéro et de l'exemple des arrestations préventives présentées, le raisonnement part de la possibilité de crimes passionnels contre les mères, la situation qui doit absolument être éliminée, un objectif louable, mais qui permet des arrestations arbitraires de pères (notamment avec les conséquences résiduelles non négligeables associées à ce type d'accusation et d'arrestation) pour tenter d'atteindre cet objectif. Pour la juriste Anne Barron, « [...] le gouvernement de cet ordre social différencié implique un processus de réglementation bureaucratique administrative, fonctions qui sont manifestement incompatibles avec un modèle d'administration conçu comme mise en œuvre impartiale de règles formelles et universelles. »²⁰² Ce n'est pas l'impartialité qui guide nécessairement l'application des différentes règles dans la société. Cependant, il ne faut pas tomber dans une « disqualification par le pire »²⁰³, comme le dirait Foucault, de toutes les techniques disciplinaires et légales de conduite des personnes à

²⁰¹ Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, *op. cit.*, p. 260.

²⁰² Anne Barron, « Discours juridique et colonisation du moi dans l'État moderne », *Droit et société*, no. 13, 1989, p. 363.

²⁰³ Michel Foucault *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, *op. cit.*, p. 193.

cause de cas comme ceux-là. Pour certaines situations, il est possible que la réalité dépasse les capacités du mode disciplinaire ainsi que celles du droit.

2.1.2 Le gouvernement par la biopolitique

Dans le cas de la biopolitique, qui est liée à la gouvernementalité, c'est une technologie qui vise le contrôle, principalement par l'État, d'un terrain de jeu encadré par des objectifs. Pour Foucault, elle se concentre sur la définition et la gestion de frontières à l'intérieur de laquelle une marge de manœuvre, une liberté, est accordée par cet État :

[...] c'est une technologie qui regroupe les effets de masse propres à une population, qui cherche à contrôler (éventuellement à en modifier) la probabilité, en tout cas à en compenser les effets. C'est une technologie qui vise donc, non pas un dressage individuel, mais par l'équilibre global, à quelque chose comme une homéostasie : la sécurité de l'ensemble par rapport à ses dangers internes.²⁰⁴

Cette liberté accordée est une condition *sine qua non* du déploiement de cette technologie, car elle sert, entre autres, de monnaie d'échange qui rend acceptables les limitations de frontières du terrain de jeu.²⁰⁵ Cette liberté a été nécessaire pour que se développent, notamment, les structures modernes du capitalisme :

C'est qu'en fait cette liberté, à la fois idéologique et technique de gouvernement, cette liberté doit être comprise à l'intérieur des mutations et transformations des technologies de pouvoir. Et, d'une façon plus précise et particulière, la liberté n'est pas autre chose que le corrélatif de la mise en place des dispositifs de sécurité. Un dispositif de sécurité ne peut bien marcher [...], qu'à condition, justement, que l'on donne quelque chose qui est la liberté, [...].²⁰⁶

²⁰⁴ Michel Foucault, « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 222.

²⁰⁵ Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, *op. cit.*, p. 50.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 50.

Cette technologie agit sur une réalité encadrée, guidée, selon des intérêts visés : « [...] la sécurité, à la différence de la loi qui travaille dans l'imaginaire et de la discipline qui travaille dans le complémentaire de la réalité, va essayer de travailler dans la réalité, en faisant jouer, grâce à et à travers toute une série d'analyses et de dispositions spécifiques, les éléments de la réalité les uns par rapport aux autres. »²⁰⁷ Cette liberté instrumentalisée va entraîner le déploiement d'une réalité particulière qui est le corollaire du positionnement dans le carré de sable. Une réalité qui a une vérité sur un terrain de jeu particulier. La liberté n'est donc pas une valeur absolue en soi ou universelle. Elle est modulée par le positionnement dans le carré de sable. Elle se meut selon le déplacement de celui-ci d'où la façon de faire proposer par Foucault pour entrevoir quelle forme pourrait avoir la liberté à l'extérieur du carré de sable actuel : « L'objectif principal aujourd'hui est de refuser qui nous sommes. Il nous faut imaginer et construire ce que nous pourrions être pour nous débarrasser de cette sorte de "double contrainte" politique que sont l'individualisation et la totalisation simultanées des structures de pouvoir moderne. »²⁰⁸ Reprenons l'exemple de la famille. Les parents, légalement identifiés sous l'expression « titulaire de l'autorité parentale »²⁰⁹ et non comme parents, sont libres concernant la conduite de l'enfant dont ils ont la « titularité ». Cependant, cette liberté est encadrée par de nombreux gardiens de frontières que sont, notamment, le système éducatif (exemples : les enseignants et les éducateurs spécialisés), l'État (exemple : la Direction de la protection de la jeunesse) et le système judiciaire (exemples : les juges de la Chambre de la famille et les acteurs médico-légaux qui gravitent autour). Vouloir s'aventurer à l'extérieur de l'encadrement véhiculé par ceux-ci peut entraîner des conséquences allant jusqu'à la perte de cette « titularité ». Même

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 49.

²⁰⁸ Michel Foucault, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits II, 1976 – 1988, op. cit.*, p. 1051. Les guillemets sont dans le texte cité.

²⁰⁹ Nicole Roy, « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille », *La Revue du Barreau*, vol. 61 (2001), p. 58.

si ces frontières limitent les comportements et les valeurs véhiculées à un « cadre » qui peut sembler comme « allant de soi », ce sont des comportements et des valeurs limités à un terrain de jeu, des vérités dans ce carré de sable. Ils vont de soi dans ce carré de sable. Cela a aussi un impact sur l'analyse du pouvoir à l'intérieur de cette structure, car cette dernière est ancrée dans un réseau social qui s'est construit selon les frontières et les paramètres encadrant le terrain de jeu. Un réseau social qui est structuré et déployé en fonction de ce carré de sable, qui en est non seulement lié et dépendant, mais qui contribue, notamment à travers l'histoire qu'il se construit de sa vérité, à l'enracinement de ce terrain de jeu particulier et de ses frontières.

Ce réseau de liens sociaux inclut non seulement l'encadrement par la gouvernementalité, mais des structures qui précèdent le déploiement de ce mode de gouvernance étatique selon Foucault :

Là encore, d'ailleurs, il suffit de voir l'ensemble législatif, les obligations disciplinaires que les mécanismes de sécurité modernes incluent pour voir qu'il n'y a pas de succession : loi, puis discipline, puis sécurité, mais la sécurité est une certaine manière d'ajouter, de faire fonctionner, en plus des mécanismes proprement de sécurité, les vieilles armatures de la loi et de la discipline.²¹⁰

Même si le déploiement des modes de gouvernement disciplinaire et juridique a précédé celui de la gouvernementalité et qu'ils ont continué à se développer en parallèle et dans certains cas conjointement, des lignes de tension se sont formées entre ceux-ci. Nous pourrions situer un de ces points de rupture au niveau d'un affrontement entre la certitude recherchée par le mode disciplinaire (ainsi que par le droit) et la sécurité associée à la gouvernementalité, une sécurité qui s'évalue sous un cadre dominant qui est à l'heure actuelle, selon

²¹⁰ Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, op. cit., p. 12.

Foucault, la suprématie de la grille d'analyse néolibérale²¹¹. Un cadre dominant où le calcul économique prime. Sur le terrain de jeu, le choix du déploiement des techniques de sécurité est donc basé sur l'identification du niveau de tolérance acceptable d'une situation ou d'un comportement selon les intérêts en jeu, un niveau qui est calculé selon une formule économique, une formule de coût-bénéfice selon Foucault.²¹² C'est très différent de ce qui est exigé par le concept de tolérance zéro. Cependant, ce dernier réussit à tirer son épingle du jeu dans le monde de la gouvernance étatique néolibérale. Le cas du registre des armes à feu au Québec et au Canada est un exemple intéressant. Un registre dont le déploiement devait coûter deux millions de dollars initialement, mais qui a atteint presque deux milliards de dollars (incluant de nombreuses irrégularités inexplicables identifiées notamment par la vérificatrice générale du Canada).²¹³ La tolérance zéro, un facteur important qui a été utilisé pour promouvoir le registre, permet donc de passer outre non seulement la *Charte*, comme mentionnée avec l'exemple plus tôt, mais aussi la grille d'analyse économique dominante de la gouvernementalité. Malgré la situation de la gouvernementalité, comme mode de gouvernement dominant, elle n'est pas seule présente dans le carré de sable. Que cache cette tolérance zéro? Est-ce une forme d'extrémisme (en comparaison avec la modération)? Qu'est-ce qui est disqualifié? C'est la question que propose Foucault pour outrepasser le voile du discours dominant : « Il s'agit en fait, de faire jouer des savoirs locaux, discontinus, disqualifiés, non légitimés, contre l'instance théorique unitaire qui prétendrait les filtrer, les hiérarchiser, les ordonner au nom d'une

²¹¹ Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, op. cit., p. 253.

²¹² *Ibid.*, p. 252-253.

²¹³ Anne Panasuk, « Le contrôle des armes à feu au Canada », *Émission Zone Libre / Radio-Canada* (Montréal), 13 février 2004. Récupéré de http://ici.radio-canada.ca/actualite/zonelibre/04-02/registre_armes.asp. À noter que le coût final du système informatique est évalué à près de 725 millions de dollars, un coût plus qu'exorbitant pour le peu de fonctions de ce système. Pour le rapport de la Vérificatrice générale du Canada, voir « Gouvernement du Canada, Vérificatrice générale du Canada, *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, chapitre 10 Ministère de la justice – Les coûts liés à la mise en œuvre du Programme canadien des armes à feu, décembre 2002. Récupéré de <http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/20021210cf.pdf> ».

connaissance vraie, au nom des droits d'une science qui serait détenue par quelques-uns. »²¹⁴ Désassujettir ce qui est caché, occulté.

2.1.3 Le gouvernement par la doctrine économique

Combiné avec la domination de la grille d'analyse néolibérale, la suprématie de la doctrine économique inclut la non-intervention de l'État dans l'économie. Cela crée un point de rupture au niveau de la suprématie de l'État liée à la gouvernance. D'un côté, ce régime de véridiction, la grille d'analyse néolibérale, prône une suprématie de l'économie sur la suprématie de l'État et, de plus, une décroissance de la taille de l'État.²¹⁵ Cela s'oppose directement au mécanisme inflationniste de l'État qui est alimenté par son vouloir de suprématie sur tous les aspects de son objet cible, la société civile.²¹⁶ Cette décroissance de l'État est prônée par de nombreux sympathisants du néolibéralisme qui considèrent que le mécanisme inflationniste de l'État est source de dérives. Cependant, pour Foucault, il ne faut pas chercher l'origine de telles dérives dans l'État-providence, mais plutôt au sein d'une gouvernance étatique transformée en gouvernement de partis qui a, de plus, menée à une décroissance et une subordination de l'État au profit de cette organisation connue sous le nom de « parti ».²¹⁷ Comme décrit plus tôt par Cardinal, de même que par le politologue Donald Savoie²¹⁸, depuis l'enchâssement de la *Charte*, il y a eu centralisation du gouvernement canadien autour de l'exécutif canadien. Un exécutif dirigé par le chef d'un parti (le « gagnant » des élections).

²¹⁴ Michel Foucault, « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 10.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 251 à 253. Cette partie du texte a été écrite par les philosophes Alessandro Fontana et Nauro Bertani pour décrire la « Situation du cours » de Foucault.

²¹⁶ Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, *op. cit.*, p. 192 à 195.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 196-197.

²¹⁸ Donald J. Savoie, *The Concentration of Power in Canadian Politics – Governing from the Centre*, Toronto : University of Toronto Press, 1999, 440 pages.

Pour ce qui est de ce point de rupture lié à la suprématie de l'État, selon Foucault, un rapprochement entre la non-intervention de l'État néolibéral dans l'économie et cette suprématie que l'État considère comme sacré a eu lieu au niveau de la société civile avec la montée d'une technologie de gouvernance libérale. Ce type de gouvernance utilise l'homme économique, l'*homo oeconomicus*, et la société civile comme moyen de gérer la conduite des personnes tout en respectant la spécificité de l'économie.²¹⁹ Cela se fera par la gestion d'une convergence des intérêts, des intérêts individuels qui ne sont pas, toutefois, limités à des intérêts économiques. Des liens collectifs et politiques, entre personnes, qui ne sont pas nécessairement des liens juridiques. L'aspect économique de ces liens dans la société civile va tendre à vouloir défaire les liens communautaires créés par cette convergence des intérêts individuels.²²⁰ Une circularité qui tente de défaire ce qu'elle construit. « Par conséquent, plus on va vers un état économique, plus paradoxalement le lien constitutif de la société civile se défait et plus l'homme est isolé par le lien économique qu'il a avec tout le monde et n'importe qui. »²²¹ Cette individualisation, cette primauté de l'individu, va se manifester dans tous les aspects de cette société civile comme la famille, le village, la communauté, l'entreprise, ainsi que d'autres types de regroupement. Foucault entrevoit que cela valorisera la différence :

On a au contraire, à l'horizon de cela, l'image ou l'idée ou le thème-programme d'une société dans laquelle il y aurait optimisation des systèmes de différence, dans laquelle le champ serait laissé libre aux processus oscillatoires, dans laquelle il y aurait une tolérance accordée aux individus et aux pratiques minoritaires, dans laquelle il y aurait une action non pas sur les joueurs du jeu, mais sur les règles du jeu, et enfin dans laquelle il y aurait une intervention qui ne serait pas du type de

²¹⁹ Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*, op. cit., p. 296-300.

²²⁰ *Ibid.*, p. 305-307.

²²¹ *Ibid.*, p. 307.

l'assujettissement interne des individus, mais une intervention de type environnemental.²²²

L'inclusion d'une intervention sur le terrain de jeu pour promouvoir les pratiques de minorités. Est-ce que Foucault entrevoit une mutation ou l'utilisation d'un outil comme la *Charte* permettant de promouvoir les pratiques de minorités sur le terrain de jeu? Où est-ce que la *Charte* est un outil de mode disciplinaire forçant un comportement? C'est à analyser. Pour Foucault, la société civile n'est qu'une réalité de transactions dans une grille d'analyse tout comme la sexualité ou la folie. Ce n'est pas un objet en soi, tout comme la gouvernementalité.

Cette dynamique économique représente pour Foucault une technologie de gouvernement, un type de gouvernementalité, basée sur trois composants qui démarque la société civile : « [...] ouverture d'un domaine de relations sociales non juridiques [dans la société civile], articulation de l'histoire [de cette société civile] sur le lien social, sous une forme qui n'est pas celle de la dégénérescence [ou d'une suite juridico-logique], et appartenance organique du gouvernement au lien social et du lien social à la forme d'autorité [...]. »²²³ Cette dynamique pose la question de l'impact de la *Charte* sur ce type de gouvernementalité, notamment celle de la juridicisation et de la judiciarisation du lien social, celle de sa tendance à vouloir structurer la société civile autour d'entités juridiques comme les groupes minoritaires et majoritaires, ainsi que celle de vouloir réarticuler l'histoire, la vérité du lien social et du terrain de jeu au Canada, vers un discours particulier des droits de la personne. Nous y reviendrons au chapitre V sur la virtualisation de la société.

Bien que la *Charte* n'inclue pas explicitement des droits économiques, la Cour suprême du Canada s'est quand même ingérée dans ce domaine

²²² *Ibid.*, p. 265-266.

²²³ *Ibid.*, p. 312.

notamment en soutenant le positionnement de l'*homo oeconomicus*²²⁴ et en accordant des droits de la personne aux entreprises en tant que personnes morales²²⁵. Nous analyserons ces impacts et particularités dans la section 3.5 sur l'occultation de l'économie et la *Charte*. Pour Foucault, le lien entre le libéralisme et le droit a été une question d'économie étatique :

Cette régulation, c'est dans la loi que le libéralisme l'a cherchée, non point par un juridisme qui lui serait naturel, mais parce que la loi définit des formes d'interventions générales exclusives de mesures particulières, individuelles, exceptionnelles, et parce que la participation des gouvernés à l'élaboration de la loi, dans un système parlementaire, constitue le système le plus efficace d'économie gouvernementale.²²⁶

La *Charte* vient modifier cet équilibre que le système parlementaire fournissait avec la participation des gouvernés. Un équilibre qui jadis incluait des droits de la personne, mais une définition libérale des droits de la personne : « À quoi les libéraux opposeront plutôt, selon le schéma anglais, l'idée que les libertés c'est ce qui reste une fois qu'on a délimité l'action du gouvernement, qu'elles n'ont pas à être fixées comme droit, "avant l'entrée en politique", mais à être obtenues, conservées, élargies par des transactions, des garanties, un système électoral, une opinion, etc. »²²⁷ L'analyse part d'une gouvernance étatique circonscrite, qui doit se justifier, qui est encadrée et limitée. La liberté, c'est tout le reste qui ne requiert pas d'être déterminé, qui n'est pas limité. Donc, une liberté située dans la société civile qui est indépendante de l'État.

²²⁴ David Schneiderman, « Constitutionalizing the Culture-Ideology of Consumerism », *Social & Legal Studies*, vol. 7/2 (juin 1998), p. 213-238.

²²⁵ Élizabeth Foster, « La Charte canadienne des droits et libertés : pour la protection des droits de la personne humaine ou instrument d'évolution de la société? », *Les Cahiers de droit*, vol. 30/1 (1989), p. 253 : « Les compagnies multinationales exercent par leurs activités commerciales une influence profonde sur la vie des individus et sur les communautés dont l'existence même peut dépendre de décisions corporatives motivées par des considérations de rentabilité. Cependant, ces compagnies sont hors de la portée de la Charte. »

²²⁶ Michel Foucault, « Naissance de la biopolitique », in *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 635-657, Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001, p. 822.

²²⁷ Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 314 (note). Cette définition est incluse dans le manuscrit de Foucault, mais n'a pas été présenté au cours. Note : Les guillemets sont dans le texte cité.

2.1.4 La gouvernementalité et le droit

Selon Foucault, puisque le droit sert d'outil pour la gouvernementalité²²⁸ et que c'est un instrument qui assujetti, il faudrait l'analyser ainsi : « Le système de droit et le champ judiciaire sont le véhicule permanent de rapports de domination, de techniques d'assujettissement polymorphes. Le droit, il faut le voir, je crois, non du côté d'une légitimité à fixer, mais du côté des procédures d'assujettissement qu'il met en œuvre. »²²⁹ Il propose cinq consignes permettant d'inverser la légitimité du droit. Celles-ci se résument comme suit :

[...] plutôt que d'orienter la recherche sur le pouvoir du côté de l'édifice juridique de la souveraineté, du côté des appareils d'État, du côté des idéologies qui l'accompagnent, je crois qu'il faut orienter l'analyse du pouvoir du côté de la domination (et non pas de la souveraineté), du côté des opérateurs matériels, du côté des formes d'assujettissement, du côté des connexions et utilisations des systèmes locaux de cet assujettissement et du côté, enfin, des dispositifs de savoir.²³⁰

Comment et quand est-ce que ces procédures d'assujettissement sont devenues profitables et utiles, et pour qui?²³¹ De plus, en fonction de la façon dont il est déployé et utilisé, le droit peut se retrouver près de la frontière entre la disciplinarité et l'encadrement du terrain de jeu : « [...] ne pas confondre sa forme (qui est toujours d'interdire ou de contraindre) et sa fonction qui doit être celle de règle du jeu. La loi, c'est ce qui doit favoriser le jeu, [...]. »²³² À l'intérieur de la grille d'analyse dominante, la loi pourrait se faire intégrer à la gouvernementalité, sans pour autant être un principe de rationalisation, en calculant ce que Foucault nomme son potentiel d'*enforcement*, c'est-à-dire : « [...] par le calcul des coûts : L'utilité de la loi; et le coût de son enforcement. Et par le fait que si on veut ne pas sortir de la loi et ne pas détourner sa vraie

²²⁸ Michel Foucault, « "La gouvernementalité" » dans *Dits et écrits II, 1976 – 1988, op. cit.*, p. 646.

²²⁹ Michel Foucault, « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 24.

²³⁰ *Ibid.*, p. 30.

²³¹ *Ibid.*, p. 29.

²³² Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979), op. cit.*, p. 266.

fonction de règle du jeu, la technologie à utiliser, ce n'est pas la discipline-normalisation, c'est l'action sur l'environnement. »²³³ Une action de régularisation sur le terrain de jeu et surtout, ses frontières. Une façon de faire que la *Charte* semble permettre. Selon Barron, la « [...] loi fonctionne toujours davantage comme une norme, et [...] l'institution judiciaire s'intègre de plus en plus à un continuum d'appareils (médicaux, administratifs, etc.) dont les fonctions sont surtout régulatrices [...]. »²³⁴ Ces fonctions régulatrices viendront soutenir cette intégration en lui fournissant un lien avec d'autres rôles qui sont déjà intégrés au terrain de jeu comme la médecine. Pour le philosophe politique : « La médecine, c'est un savoir-pouvoir qui porte à la fois sur le corps et sur la population, sur l'organisme et sur les processus biologiques, et qui va donc avoir des effets disciplinaires et des effets régularisateurs. »²³⁵ Plusieurs exemples récents, notamment l'utilisation du concept « non criminellement responsable de meurtre » (pour un exemple, voir le cas des procès de Guy Turcotte²³⁶), montrent ce lien entre la médecine et le judiciaire. Les dérives dans ce cas (les discours contradictoires des psychiatres et le questionnement sur leur instrumentalisation) rappellent ce que Morton et Knopff avancent quand ils s'interrogeaient sur la capacité des juges à comprendre cet échange d'information entre des fonctions régulatrices (notamment la médecine) et l'institution judiciaire.

Ce rapprochement du droit et de la gouvernementalité nous permet de situer l'analyse de l'objet légal qu'est la *Charte* dans le cadre foucaultien. Quoique le *Charte* puisse sembler plus près d'un instrument de gouvernement de la disciplinarité, il s'intègre, notamment, à la gouvernementalité néolibérale comme tactique permettant à cette dernière d'atteindre ses fins. Il doit

²³³ *Ibid.*, p. 266.

²³⁴ Anne Barron, *op. cit.*, p. 367.

²³⁵ Michel Foucault, « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 225.

²³⁶ Christiane Desjardins, « Dangerosité de Guy Turcotte : les psychiatres sont divisés », La Presse (Montréal), 16 mars 2012. Récupéré de <http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/201203/15/01-4506052-dangerosite-de-guy-turcotte-les-psychiatres-sont-divises.php>.

démontrer sa valeur en fonction du calcul de sa capacité d'*enforcement*. Il sert aussi comme conduit pour la production de la vérité au sein du carré de sable néolibéral. Dans le cas des droits de la personne et de la *Charte*, un rapprochement a déjà été fait au niveau de l'importance de la liberté. La présence occasionnelle de technique disciplinaire que représente la certitude en parallèle avec le droit chartiste est en porte-à-faux avec cette liberté. Nous avons évoqué plus tôt que plusieurs types de mode de gouvernement se disputent l'aire de jeu.

2.2 Virtualisation et complexité

La virtualisation représente le caractère de ce qui est virtuel, c'est-à-dire ce qui n'est qu'en puissance, une possibilité, à l'opposé d'actuel.²³⁷ Georges Vignaux la définit comme suit :

Il est classique d'opposer le virtuel au réel. Le mot « virtuel » s'emploie souvent pour signifier l'absence d'existence, la « réalité » supposant une présence tangible. Ce mot vient du latin médiéval *virtualis*, lui-même issu de *virtus*, « force », « puissance ». Dans la philosophie scolastique est virtuel ce qui existe en puissance et non en acte. L'arbre est virtuellement présent dans la graine. En toute rigueur philosophique, le virtuel ne s'oppose pas au réel, mais à l'actuel : virtualité et actualité sont seulement deux manières d'être différentes.²³⁸

Pour notre analyse, il évoque bien plus qu'un simple étirement du lien entre les citoyens, il montre aussi qu'un détachement s'opère notamment au niveau des rapports sociaux. Une telle virtualisation des liens sociaux et politiques dans une société nécessite qu'il y ait une forme de substitut pour assurer la continuité des interactions ou, du moins, une partie de celles-ci. Cela implique, pour Gérard Dubey, l'avènement de solutions artificielles : « Au fond,

²³⁷ Alain Rey (sous la dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2010, p. 2468.

²³⁸ Georges Vignaux, *Du signe au virtuel*, Paris : Éditions du Seuil, 2003, p. 101.

nous entrons avec la société virtuelle dans une forme de dépendance invisible et quasiment insensible à la technique, ses prothèses et ses mondes artificiels, qui entre en contradiction avec le principe même de liberté. »²³⁹ Par virtualisation chartiste, nous entendons trois choses : 1. il y a une dissipation cruciale entre les citoyens qui est presque de l'ordre d'une coupure. Celle-ci se manifeste principalement au niveau de la communication entre eux et avec la gouvernance étatique; 2. cet isolement des citoyens fige et détache ceux-ci, notamment dans leurs interactions avec les autres, autant de leur passé (expériences acquises au niveau des conséquences des interactions passées) que du futur (évaluation des conséquences futures de leurs gestes); 3. par virtualisation, on comprend que le réel - la socialité - est remplacé par une rationalité qui ne se déploie que dans un espace virtuel. Une rationalité - juridique - fortement teintée par le langage technique chartiste, interprété par la Cour suprême. Deux axes se dessinent, un premier entre virtuel et actuel et le second entre réel et rationalité juridique.

Il y a un prix à cela. La virtualisation de la société retire aux citoyens une partie de leurs capacités interpersonnelles : « Cette dernière [(la virtualisation du monde)] illustre en effet, de manière particulièrement radicale, une façon d'envisager des solutions aux problèmes rencontrés par nos sociétés riches entendant faire oublier la qualité d'être historique et sensible que possède l'homme habitant le monde réel. »²⁴⁰ Baudrillard renforce l'idée : la virtualisation établit un immobilisme temporel au sein de cette société. « [...] le propre du virtuel est de mettre fin non seulement à la réalité, mais à l'imagination du réel, du politique, du social – non seulement à la réalité du temps, mais à l'imagination du passé et du futur (c'est ce qu'on appelle par une sorte d'humour noir le "temps réel"). »²⁴¹ Pour Alain Gras et Baudrillard, le

²³⁹ Gérard Dubey, *Le lien social à l'ère du virtuel*, Paris : Presses Universitaires de France, 2001, p. 132.

²⁴⁰ Alain Gras, « Préface », in Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 5.

²⁴¹ Jean Baudrillard, « La double extermination », *Libération* (Paris), 6 novembre 1995, p. 12. Récupéré de http://www.liberation.fr/tribune/1995/11/06/la-double-extermination_150573.

détachement associé à la virtualisation de la société conduit jusqu'à une forme de coupure qui entraîne un isolement et une étanchéité entre les citoyens, et ce dans une forme de présent perpétuel, une « ère irréférentielle »²⁴². Pour François Rocher et Daniel Salée, cela prend forme dans un individualisme encouragé par la *Charte* :

Le discours des droits que propose implicitement la Charte à l'imaginaire sociopolitique impose un nouveau code d'interaction entre les citoyens eux-mêmes comme entre les citoyens et l'État. Ce code, à tort ou à raison, permet à chacun de croire en la rectitude de ses positions; à terme, il menace d'estomper la frontière imprécise entre la liberté de l'Un et la liberté de l'Autre.²⁴³

En contrepartie, nous pourrions dire que cette façon de faire, un code d'interaction entre les citoyens et entre ces derniers et l'État, a toujours été plus ou moins présent, y compris la présence d'acteurs externes pour gérer les conflits sociétaux comme le faisaient jadis les curés et les textes religieux. C'est la multiplication de ces symboles ou plutôt une expansion sans fin de ce monde virtuel atteignant un niveau de masse critique qui pose problème. Le corollaire est la « [...] désertification sans précédent de l'espace réel et de tout ce qui nous entoure [...] »²⁴⁴ vers un espace de rationalité juridique comme celui du chartisme. Baudrillard ajoute que cette transformation atteint éventuellement un seuil de saturation qui provoque une déflation et un effondrement.²⁴⁵

Pour Arnold J. Toynbee, la dégradation d'une société se compose de trois facteurs : « [...] la défaillance du pouvoir créatif de la minorité dominante, une réponse mimée de retrait de la part de la majorité, et la perte conséquente

²⁴² Jean Baudrillard, *op. cit.*, 1981, p. 71.

²⁴³ François Rocher & Daniel Salée, « Charte et société : vers un nouvel ordre politique canadien? ». *Politique*, n° 20 (1991), p. 57.

²⁴⁴ Jean Baudrillard, « L'impuissance du virtuel », *op. cit.*, p. 4.

²⁴⁵ *Idem.*

de l'unité sociale dans la société entière. »²⁴⁶ Avec l'augmentation du niveau de différenciation et d'éloignement entre l'élite dirigeante et les citoyens, la minorité gouvernante doit utiliser de plus en plus la force pour rester au pouvoir²⁴⁷.

Pour encadrer la discussion sur cet aboutissement possible de la virtualisation de la société, selon le dernier constat de Baudrillard, nous utilisons certaines études du déclin des sociétés. Nos analyses de ce dernier sont centrées autour de l'anthropologue et historien Joseph A. Tainter qui veut unifier les différentes théories du déclin²⁴⁸ autour des concepts de complexité et de diminution des rendements marginaux de l'investissement. Il rejette les théories philosophiques du déclin qui ne sont pas scientifiques. Il reconnaît Toynbee et Spengler comme principaux représentants de cette conception. Il leur reproche leur analogie avec la biologie, d'énoncer des jugements de valeur, et d'utiliser des explications référant à des facteurs intangibles.²⁴⁹ D'autres critiqueront la saveur déterministe de ces deux philosophes. Malgré leur rejet par Tainter, nous retenons certains éléments de Toynbee et de Spengler pour enrichir sa théorie. De Toynbee, on garde son intérêt pour l'impact des religions sur la vie des civilisations²⁵⁰ ainsi que son concept de réponses aux défis sociétaux²⁵¹ qui enrichissent le duo complexité/investissement de Tainter. Ce duo vise à comprendre les effets de la résolution des problématiques d'une société. Plus précisément, la fonction principale de la vie d'une civilisation est de répondre aux défis qui la

²⁴⁶ Arnold J. Toynbee, *A Study of History, Abridgement of Volumes I-VI by D.C. Somervell*, Oxford : Oxford University Press, 1974, p. 246.

²⁴⁷ *Idem*.

²⁴⁸ Il identifie les théories suivantes : l'épuisement des ressources, la découverte de nouvelles ressources, les catastrophes naturelles, des réponses insuffisantes aux circonstances, l'impact d'autres sociétés complexes, des envahisseurs externes, des conflits et contradictions internes, une mauvaise gestion interne, un dysfonctionnement interne, une série malchanceuse d'évènements, une approche philosophique/mystique et des explications économiques. (Joseph A. Tainter, *The Collapse of Complex Societies*, Cambridge : Cambridge University Press, 1988, p. 89-90)

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 83-84.

²⁵⁰ Pour Toynbee, une civilisation est une société dynamique qui dépasse, dans le temps et l'espace, des concepts stationnaires comme le village, la ville et même le pays. Arnold I. Toynbee, *op. cit. Volumes I-IV*, 1946, p. 50-51.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 60-79.

confrontent, d'être dynamique. Lorsqu'elle cesse de le faire et qu'elle devient statique, elle commence sa phase de déclin.²⁵² Son analyse des religions est aussi intéressante :

Une société brisée démontrerait qu'elle a accepté de perdre sa liberté salubre de choix en tombant sous l'esclavage d'une idolâtrie qu'elle s'est construite. Mi-chemin à travers le XX^e siècle de l'ère chrétienne, la société occidentale s'est manifestement donnée au culte d'un certain nombre d'idoles; mais, parmi ceux-ci, un s'est démarqué au-dessus des autres, à savoir l'adulation de l'État national.²⁵³

L'historien britannique croit que ce type de culte est responsable de la disparition de la majorité des civilisations de l'histoire.²⁵⁴

Un aspect de l'œuvre de Spengler - publiée en 1918 et 1922 -, retient notre attention²⁵⁵. Sa critique déterminante du rationalisme instrumentalisé de la civilisation occidentale alimente notre propos sur le déclin²⁵⁶. Celle-ci s'appuie sur une comparaison : « [...] à des millénaires d'histoire dont on démontre qu'ils n'ont pas compris ou pas atteint la mesure exacte, alors qu'en réalité ils voulaient tout simplement autre chose. »²⁵⁷ Un rationalisme qui se voit comme une fin en soi.²⁵⁸ Il a éloigné l'interprétation de la société de ses bases et a permis l'utilisation de concepts abstraits pour la représentation de la réalité et du fonctionnement de la société.²⁵⁹ Cette critique vient

²⁵² *Ibid.*, p. 67 et 73.

²⁵³ Arnold J. Toynbee, *A Study of History, Abridgement of Volumes VII-X by D.C. Somervell*, Oxford : Oxford University Press, 1985, p. 312.

²⁵⁴ *Idem.* Entre 14 et 16 sur 21 civilisations, selon son étude.

²⁵⁵ Oswald Spengler, *Le déclin de l'Occident, Première partie : Forme et réalité* (traduit par M. Tazerout), Paris : Gallimard, 1948, 411 pages et Oswald Spengler, *Le déclin de l'Occident, Deuxième partie : Perspectives de l'histoire universelle* (traduit par M. Tazerout), Paris : Gallimard, 1948, 467 pages.

²⁵⁶ *Ibid.*, *Première partie*, p. 43. De plus : « Qu'est-ce que la civilisation, considérée comme la conséquence organique et logique d'une culture, comme son achèvement et sa fin? »,

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 32.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 31.

²⁵⁹ *Ibid.*, *Deuxième partie*, p. 369-371.

considérablement enrichir notre concept de virtualisation en nous permettant d'illustrer l'éloignement entre le rationalisme juridique et le réel de la société.

Notre intérêt pour l'idée de déclin est lié à l'importance que Tainter donne à l'action de la complexité. Il définit cette dernière ainsi :

La complexité s'entend généralement comme des choses tels que la taille de la société, le nombre et le caractère distinctif de ses parties, la variété des rôles sociaux spécialisés qui en font partie, le nombre de personnalités sociales distinctes présentes, et la variété des mécanismes pour organiser ceux-ci en un ensemble cohérent et fonctionnel. Une augmentation d'une de ces dimensions augmente la complexité de la société.²⁶⁰

La variation de la complexité d'une société est tributaire du niveau d'hétérogénéité et d'inégalité de celle-ci.²⁶¹ Une complexité qui s'étend avec l'augmentation du nombre de revendications qui discriminent les différents groupes politiques et sociaux en lutte pour des droits chartistes. Nous retenons de la définition : « [...] la variété des mécanismes pour organiser ceux-ci en un ensemble cohérent et fonctionnel ». La *Charte* contribue à la création de nouveaux mécanismes en détruisant, peu à peu, cette cohérence fonctionnelle.

²⁶⁰ Joseph A. Tainter, *op. cit.*, p. 23. Traduction libre de l'auteur.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 38 et 93.

CHAPITRE III. L'ANCRAGE DU DISCOURS CHARTISTE

Les prochains chapitres présentent la mise en œuvre de notre modèle théorique au chartisme canadien. Il vise à présenter les points de rupture qui servent au déploiement et au maintien d'une gouvernance chartiste. Avant d'analyser des liens entre structures de rationalité et mécanismes d'assujettissement dans le chapitre IV, nous regardons les principaux points d'ancrage des discours entourant la *Charte*, des discours et leurs assises qui sont à la base de ces structures et mécanismes de la gouvernementalité chartiste. Pour décrire ces points d'ancrage, Foucault propose de tenir une attitude critique, dénotée ainsi « [...] définition de la critique, cette caractérisation générale : l'art de n'être pas tellement gouverné. »²⁶² Ces niveaux d'analyse, permettant de situer notre étude dans les rapports qui lient le sujet, le pouvoir et la vérité, s'inscrivent dans cette démarche visant à décrire un schème, celui de la *Charte*. Les discours portant sur celle-ci, qui seront examinés, sont au sujet de la portée de la *Charte* (sa suprématie, sa sacralisation et l'occultation de l'économie), sa cible qu'est l'individu (l'égalité et l'individualisme) ainsi que sa base (l'opposition au nationalisme québécois et le multiculturalisme canadien). D'autres points d'ancrage pourraient être analysés, comme la suprématie du droit au sein de la gouvernance étatique canadienne ainsi que la primauté de la jurisprudence, le droit non-écrit, face au droit écrit dans la culture juridique canadienne. Ils permettent d'examiner plus particulièrement le poids et la nature de la présence du droit dans la structure de gouvernance étatique canadienne. Nous croyons que ceux que nous analysons offrent un éclairage particulier de la *Charte*. Ils touchent partiellement à ces deux autres assises qui ne seront pas analysées.

La suprématie de la *Charte* semble porter ombrage à la majorité des autres éléments enracinant dont, en revenant à 1982 et au rapatriement

²⁶² Michel Foucault, « Qu'est-ce que la critique? Compte rendu de la séance du 27 mai 1978 », *op. cit.*, p. 38.

constitutionnel, les objectifs initiaux du gouvernement Trudeau de l'époque qui étaient principalement de contrer le nationalisme québécois²⁶³ et, deuxièmement de promouvoir le multiculturalisme canadien. Pour Pierre Noreau, le temps attire l'oubli, du moins les décisions instrumentalisées :

D'ailleurs, la distinction entre ces deux catégories [(rationalité en valeur et rationalité instrumentale)] s'estompe souvent avec le temps, ne serait-ce que du fait des conséquences matérielles des décisions qui, prises en contexte de crise et consacrées par la suite dans le droit, prennent l'allure de dogmes et redeviennent par un curieux retour des choses, l'oubli aidant, l'expression de choix fondés en valeur.²⁶⁴

Les raisons instrumentales liées à l'unité canadienne (et au rejet du nationalisme québécois) semblent être tombées dans l'oubli au profit de la prééminence du multiculturalisme canadien. Cette suprématie de la *Charte* est aussi accompagnée d'une sacralisation de celle-ci comme étant l'incarnation des droits et libertés de la personne. Un objet sacré qui ne doit pas être violé malgré la clause de dérogation (l'article 33 de la *Charte*) qui permet aux assemblées canadiennes provinciales et fédérales de suspendre, pour tous les tribunaux au Canada, l'application de certains articles à l'égard d'une loi ou de plusieurs, indépendamment du fait qu'un tribunal ait statué ou non sur celles-ci. Elle s'applique aux articles 2, les libertés fondamentales, 7 à 14, les garanties juridiques, et 15, les droits à l'égalité, de la *Charte*. Cette suspension est limitée à une durée de cinq ans qui doit ensuite être renouvelée. Nous y reviendrons.

L'autre assise du déploiement de la *Charte* est sa fixation sur l'unité au détriment de l'ensemble social, du moins en apparence. Comme le dit la juge L'Heureux-Dubé, l'évaluation des droits doit partir du point de vue des individus

²⁶³ Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 287-306, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 302.

²⁶⁴ Pierre Noreau, « La politique à l'épreuve du droit : les lendemains juridiques de la gouvernance », in *Être gouverné, études en l'honneur de Jean Léca*, sous la dir. Pierre Favre, Jack Hayward et Yves Schemel, p. 181-200, Paris : Presses de Science politique, 2003, p. 188.

ou des minorités et non de leur cohésion avec la société ou d'une combinaison des deux. Cette primauté des individus et des minorités est trompeuse :

Se dégage ainsi, en marge des décisions, tout un sous-texte où les juges enfouissent, pêle-mêle, les intérêts dominants *incontrariables* qui motivent vraiment leurs décisions et les valeurs encombrantes qui pourraient servir d'assise à l'avenir à d'autres réclamations qu'ils ne sont pas prêts à accueillir : un sous-texte occulté par le texte lisse des bons motifs, des conclusions acceptables et des raisonnements déductifs que les positivistes ont longtemps confondus avec le droit.²⁶⁵

C'est la même chose pour l'égalité qui, dans ce cas, se paie au prix de la liberté. Burnam précise à ce sujet :

[...] ce rétablissement de l'égalité ne peut se réaliser qu'au détriment de la liberté : d'une part, la liberté de celui contre qui la mesure de protection est dirigée, puisqu'il n'est plus maître du contrat, et, d'autre part, de la liberté de celui qu'on entend protéger, puisque toute protection signifie nécessairement restriction de la liberté, en ce sens que celui qui est protégé doit se résigner à tirer, certes, les avantages de la mesure, mais aussi à en subir les inconvénients.²⁶⁶

Si la Cour suprême déclare protéger les libertés, elles demeurent bien définies et encadrées par elle. L'explication est la suivante : « Il faut bien se mettre dans la tête que juger, ce n'est pas appliquer la loi. C'est une certaine "manière de faire" avec la loi. »²⁶⁷ La Cour dicte ce que sont nos libertés et les limites de celles-ci, le carré de sable. Il faut « [...] explorer des façons de surmonter les limites du langage des droits de la personne, qui constituent très souvent les

²⁶⁵ Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 143. Note : Les positivistes représentent des « partisans du positivisme [qui] donnent une valeur supérieur au droit positif, et en fait, considèrent que seule leur théorie est pertinente, qu'elle reflète une réalité ». « Comme théorie du droit, le positivisme consiste alors dans une organisation du droit comme un système de normes, dont la valeur n'est pas établie par un système de références externes au droit, mais au contraire des normes qui répondent à un processus de validité interne au système. » Ces deux citations proviennent de David Gilles, *Introduction aux fondements philosophiques du droit, Thémis et Dikè*, Éditions Yvon Blais : Cowansville, 2012, p. 302.

²⁶⁶ Danielle Burnam, « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité », *La revue juridique Themis*, vol.24, 1990, p. 463

²⁶⁷ Michel Foucault, « Manière de justice » dans *Dits et écrits II, 1976 – 1988, op. cit.*, p. 757.

limites de l'action des droits de la personne. »²⁶⁸ En contrôlant les définitions et le langage, la Cour suprême circonscrit les limites des droits de la personne. Difficile de lire la *Charte* pour tenter de comprendre quels sont nos droits et libertés. Il faut s'en remettre à la jurisprudence de la Cour suprême, à ses directives. Pour Allan C. Hutchinson et Andrew Petter, « [L]a plateforme sur laquelle la *Charte* est construite est rattachée à rien [...] ». ²⁶⁹ C'est une jurisprudence sans fondation et éparpillée dont la cohérence et le suivi sont difficiles à identifier même pour les spécialistes.²⁷⁰

Une autre particularité est l'absence explicite de droits économiques dans la *Charte* même si l'article 6(2)b sur le droit de gagner sa vie dans toutes les provinces²⁷¹ et l'article 2d sur la liberté d'association (lié à la liberté de négociation collective²⁷² et au droit de grève²⁷³) ont des incidences économiques. Compte tenu de l'importance primordiale de cet élément pour l'Occident, son absence est surprenante. Nous devons parler de son occultation et non de son absence, car la Cour suprême n'hésite pas à intervenir, à sa guise, dans ce domaine notamment pour assurer la bonne conduite des politiques néolibérales dominantes. Nous y reviendrons dans la section 3.5.2.

Mandel rapporte que le changement de pouvoir du législatif au profit de la *Charte* est : « [...] "ironique" compte tenu des efforts qu'avait déployés la classe ouvrière pour que le corps législatif corrige les injustices de la *Common Law*, une création du pouvoir judiciaire. »²⁷⁴ Il fait référence aux injustices liées

²⁶⁸ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 111. Traduction libre de l'auteur.

²⁶⁹ Allan C. Hutchinson et Andrew Petter, « Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 38, no. 3 (été 1988), p. 279. Traduction libre de l'auteur.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 278-279.

²⁷¹ Exemple : *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

²⁷² Exemple : *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3.

²⁷³ Exemple : *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245.

²⁷⁴ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 110. Mandel analysait une citation d'Andrew Petter. Traduction libre de l'auteur.

aux politiques économiques libérales sans bornes du XIX^e siècle, soutenues par la *Common Law*, qui laissait faire le pouvoir privé et la concentration des richesses.²⁷⁵ Ce laissez-faire a permis de semer un doute sur le fait que le libre marché et les droits de la personne sont toujours compatibles. Les idéaux sortis des luttes sociales de cette période influenceront les conceptions du droit qui suivront.²⁷⁶ Un de ceux-ci est l'élargissement du droit de vote même si « [...] la diminution du rôle des arguments économiques comme facteur permettant d'avancer la cause du suffrage universel a probablement aidé à encourager le mythe que les luttes pour le droit de vote universel ont une origine libérale – au lieu de socialiste. »²⁷⁷ Le statut hégémonique que prendra le discours des droits de la personne occidentaux par la suite encouragera ce point de vue. Cette perspective n'est que la conception d'un type particulier de droits de la personne, car historiquement, ce type de droits était présent dans des sociétés et cultures non occidentales.²⁷⁸

3.1 La suprématie de la Charte

La première et principale assise de la *Charte* qui sera examinée est celle concernant sa suprématie, une suprématie dont la portée s'étend non seulement à toutes les branches du gouvernement et aux interactions entre ceux-ci et les individus, mais aussi, d'une façon indirecte, aux interactions entre individus dans la société civile²⁷⁹. Nous analysons les facteurs suivants qui viennent encadrer ce discours, dont l'étendue de cette suprématie et la difficulté à modifier cette dernière, le concept de primauté du droit, la légitimité de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution canadienne ainsi que le discours apologétique dominant qui veut expliquer cette suprématie et la

²⁷⁵ *Idem.*

²⁷⁶ Micheline R. Ishay, *op. cit.*, p. 64.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 143. Traduction libre de l'auteur.

²⁷⁸ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 38.

²⁷⁹ Voir notre note 11.

cohérence du déploiement de la jurisprudence de la *Charte*. Plusieurs facteurs s'entrecroisent pour générer une image omniprésente de cette *Charte*.

3.1.1 L'étendue de la suprématie chartiste

Un exemple qui permet d'illustrer l'étendue de la *Charte*, notre premier facteur d'analyse, jusqu'à la société civile, est le cas de la discrimination basée sur l'orientation sexuelle. Dans ce dossier, la Cour suprême a, d'abord, modifié la *Charte* pour interdire la discrimination basée sur l'orientation sexuelle dans l'arrêt *Egan* en 1995²⁸⁰. Elle a étendu l'article 15 de la *Charte*²⁸¹ qui indique que la loi s'applique également à tous, pour inclure l'orientation sexuelle (en s'appuyant sur le terme « notamment » de l'article). Ensuite, dans un litige subséquent, la Cour suprême a statué que l'*Individual's Rights Protection Act* (IRPA)²⁸² de l'Alberta, loi provinciale protégeant les droits de la personne, contrevenait à la *Charte* en n'incluant pas l'interdiction de la discrimination basée sur l'orientation sexuelle, et ce dans le cas d'un litige privé (arrêt *Vriend*²⁸³ en 1998). La Cour suprême s'est défendue d'intervenir dans un litige privé; elle ne faisait que modifier une loi albertaine. Pour la Cour suprême : « Appliquer la *Charte* à l'*IRPA* ce n'est pas appliquer la *Charte* à une activité privée. Comme la présente contestation constitutionnelle porte sur l'*IRPA*, elle porte sur une loi qui régit l'activité privée et non sur les actes d'une entité privée. »²⁸⁴ Sans utiliser directement la *Charte* pour s'immiscer dans les litiges

²⁸⁰ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 aux pages 514 et 515 : « L'orientation sexuelle est une caractéristique profondément personnelle qui est soit immuable, soit susceptible de n'être modifiée qu'à un prix personnel inacceptable et qui, partant, entre dans le champ de protection de l'art. 15 parce qu'elle est analogue aux motifs énumérés. »

²⁸¹ *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, article 15 : « La loi ne fait acception 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 discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. »

²⁸² *Individual Rights Protection Act*, S.A. 1972, c.2 : Devenu le *Alberta Human Rights Act*, RSA 2000, c A-25.5. Récupéré de <http://www.qp.alberta.ca/documents/Acts/A25P5.pdf>.

²⁸³ *Vriend c. Alberta*, [1995] 2 R.C.S. 513.

²⁸⁴ *Vriend c. Alberta*, [1995] 2 R.C.S. 513 à la page 496.

privés, la Cour suprême s'est servie de celle-ci pour modifier une autre loi lui permettant ainsi de s'étendre jusqu'au domaine privé. L'exemple choisi ici n'est pas une critique de la validité de cette modification précise à la *Charte* ni à la loi albertaine, mais il illustre la suprématie de la *Charte* sur tout ce qui peut être associé à des droits et libertés, tant ceux énumérés dans la *Charte* que ceux qui pourraient éventuellement être ajoutés (ou modifiés). Malgré l'objectif louable de vouloir interdire ce type de discrimination avec la *Charte*, que le législateur avait omis d'inclure en connaissance de cause²⁸⁵, qui devrait décider ce qui doit être ajouté (ou modifié) à la *Charte*?

Des droits économiques ne font pas partie explicitement de la *Charte* bien que leur inclusion puisse obtenir fort probablement le soutien de la grande majorité de la population canadienne. Pour Mandel, ce serait aller à l'encontre d'un objectif important de la *Charte* : « [...] une charte des droits et libertés et le renforcement du contrôle judiciaire avaient pour objet d'offrir une compensation matérielle et idéologique au pouvoir privé pour faire équilibre au suffrage universel : ces institutions limitaient le pouvoir des élus à intervenir dans les affaires des détenteurs du pouvoir économique. »²⁸⁶ Le contrôle judiciaire du pouvoir économique ne fait pas partie du discours de la Cour suprême ni celui de la branche exécutive du gouvernement canadien, deux des principaux pôles de pouvoir de la gouvernance canadienne.

Même si la juge en chef McLachlin affirme que la *Charte* leur donne le mandat de prendre une approche plus activiste qu'avant ou que les juges, selon la juge Wilson, ne sont que des victimes qui ont maintenant le devoir de juger les lois des élus²⁸⁷, une critique possible de la thèse de la suprématie particulière de la *Charte* est que cette influence des juges sur la politique canadienne a toujours existé. La *Charte* n'aurait rien changé. Pour Martin, les

²⁸⁵ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 142.

²⁸⁶ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 128. Traduction libre de l'auteur.

²⁸⁷ Bertha Wilson, « We Didn't Volunteer », in *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 73-79, Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001, p. 75.

juges ont plutôt pris une approche passive face au changement survenu : « Ce serait une exagération de suggérer que les juges de la Cour suprême ont *causé* la judiciarisation de la politique. Ils ont simplement fait peu pour résister au processus. »²⁸⁸ Pour Paul Howe et Peter H. Russell, la *Charte* n'a étendu la portée du judiciaire qu'à « [...] des Cours qui sont maintenant responsables de l'interprétation d'une charte de droits codifiés, ce qui les a amenés sur des sujets sensibles de politique publique qui touchent d'importantes et controversées valeurs sociales. »²⁸⁹ Nous pourrions aussi dire que la *Charte* est un outil qui ne fait qu'accroître l'efficacité des Cours. La juge en chef McLachlin abonde dans ce sens.²⁹⁰

Un exemple de cette implication préchartiste de la Cour suprême est l'arrêt *Roncarelli*²⁹¹. Nous l'avons déjà cité à propos des pratiques déplorables touchant les droits et libertés du gouvernement québécois du premier ministre Maurice Duplessis.^{292,293} Même s'ils étaient rarement utilisés, des règles d'intervention pour protéger les droits et les libertés existaient, et ce même avant la *Déclaration canadienne des droits* de 1960. Les juges n'ont jamais été que de simples exécutants impersonnels concernant une loi définie par le Parlement. C'est utopique d'imaginer que les juges sont, et ont été dans le passé, parfaitement rationnels et équitables, même si verbaliser le contraire semble être un blasphème.²⁹⁴ Ce qui a changé avec le déploiement de la *Charte*, c'est qu'elle permet maintenant d'étendre plus facilement un contrôle strict direct (public) ou indirect (privé) de toutes les lois, actions et intentions du

²⁸⁸ Robert Ivan Martin, *op. cit.*, 2003, p. 50. Le mot en *italique* est dans le texte cité. Traduction libre de l'auteur.

²⁸⁹ Paul Howe et Peter H. Russell, « Introduction », in *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. ix-xv, Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001, p. x. Traduction libre de l'auteur.

²⁹⁰ Beverley McLachlin, « Courts, Legislatures and Executives in the post-Charter Era », in *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 63-72, Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001, p. 64 et 67.

²⁹¹ Voir *Roncarelli c. Duplessis* [1959] R.C.S. 121.

²⁹² Peter Russell, 1975, *op. cit.*, p. 591.

²⁹³ Stephen Allan Scott, *op. cit.*, p. 98-99.

²⁹⁴ Robert Ivan Martin, *op. cit.*, p. 817-818.

gouvernement et des citoyens. La limite de cette suprématie est difficile, sinon impossible, à cerner. De plus, les juges peuvent maintenant s'immiscer plus facilement dans la politique sans se dissimuler.

3.1.2 La difficulté de modifier la suprématie de la Charte

Notre second facteur examiné est la difficulté de modifier la suprématie de la *Charte*. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dit que cette dernière, qui inclut la *Charte*, est la loi suprême du Canada. Selon le juge en chef de la Cour suprême Dickson : « Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52 »²⁹⁵. Sa portée atteint tout acte légal canadien et même, selon Morton et Knopff²⁹⁶, toute omission de légiférer de la part d'un gouvernement canadien. Cette *Charte* ne peut être modifiée que par : 1. un amendement constitutionnel (partie V de la Constitution canadienne²⁹⁷) de la part des gouvernements canadiens; 2. 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 [...] »²⁹⁸) dans le cas des garanties des droits et libertés (article 1) dont l'interprétation est entre les mains de la Cour suprême; ou 3. par l'utilisation, de la part d'un gouvernement canadien (fédéral ou provincial), de la clause de dérogation par déclaration expresse, l'article 33 de la *Charte*. Cependant, cette dernière n'est applicable qu'à certains articles (2, 7 à 15) de la *Charte*.

²⁹⁵ *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 à la page 459.

²⁹⁶ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, op. cit., 2000, p. 71.

²⁹⁷ Procédure de modification de la Constitution du Canada.

²⁹⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, op. cit., article 1.

Pour Russell, un amendement constitutionnel, au Canada, est un exercice quasi impossible²⁹⁹ malgré que quelques amendements constitutionnels aient eu lieu (notamment, à la *Charte*, un amendement à l'article 25 sur les droits autochtones et un à l'article 16 pour les droits linguistiques au Nouveau-Brunswick). Cependant, la tentative de modifier la *Constitution* avec l'accord du lac Meech de 1987 et le référendum de 1992 lié à l'accord de Charlottetown ont illustré la problématique des amendements. De plus, ces deux exercices qui se sont soldés, en fin de compte, par des échecs importants ont eu comme impact, entre autres, de ternir la réputation du gouvernement du premier ministre canadien Brian Mulroney et fortement teinté l'activité référendaire de 1995 au Québec. Une autre possibilité s'est développée depuis 1982, soit les microamendements par la Cour suprême à la *Charte*³⁰⁰. Outre l'exemple de l'interdiction de la discrimination basée sur l'orientation sexuelle, il y a celui de l'ajout, selon Troy Riddell, de la fonction de gestion et contrôle à l'article 23 de la *Charte*, pour l'éducation de minorités linguistiques officielles au Canada. Une fonction qui n'avait pas été incluse, en connaissance de cause pour satisfaire à la demande des provinces, lors des négociations pour le rapatriement de la Constitution en 1982.³⁰¹ Pour Kelly et Manfredi, cela représente une « [...] transition de la Cour, d'acteur légal préoccupé par des questions de constitutionnalité vers un rôle d'acteur législatif préoccupé par la conception d'instruments politiques constitutionnels, un changement subtil, mais significatif pour la fonction judiciaire avec la *Charte*. »³⁰² Dans le cas de l'utilisation de la clause dérogatoire, l'article 33 de

²⁹⁹ Peter H. Russell, 1983, *op. cit.*, p. 45.

³⁰⁰ James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, « Should We Cheer? Contested Constitutionalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 3-29, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 8.

³⁰¹ Troy Riddell, « Explaining the Impact of Legal Mobilization and Judicial Decisions: Official Minority Language Education Rights outside Quebec », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 187-208, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 187.

³⁰² James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, *op. cit.*, p. 10. Traduction libre de l'auteur.

la *Charte* n'a été utilisé que par quelques gouvernements provinciaux soient ceux du Québec (18 fois)³⁰³, de l'Alberta (contre le mariage de personnes de même sexe – et elle n'a pas été reconduite) et de la Saskatchewan (dans un cas seulement de façon préventive)³⁰⁴. Pour Janet L. Hiebert, le rejet d'une utilisation plus étendue de cette clause est dû à une myopie canadienne basée sur un discours dominant qui la qualifie comme pragmatique, basée sur un compromis, et qui contredit donc le principe même d'une charte des droits et libertés. Elle stipule en plus que cela est aussi encouragé par une limitation canadienne à l'horizon étatsunien et la suprématie sans borne de sa déclaration des droits. Ce discours permettrait de passer à côté de l'aspect compromis de la clause permettant une coexistence entre des conceptions judiciaire et politique des droits et libertés.³⁰⁵

La clause n'a pas été utilisée par le gouvernement canadien du premier ministre Jean Chrétien lorsque la Cour suprême a rejeté³⁰⁶, au nom des droits et libertés, une loi canadienne qui interdisait la publicité pour les produits du tabac malgré le soutien d'une partie significative de la population canadienne. Pour Howard Leeson : « Cela n'est certainement pas le cas d'une minorité assiégée nécessitant la protection de la Cour pour protéger sa liberté d'expression. Ce sont de riches et puissantes sociétés commerciales utilisant

³⁰³ Guillaume Rousseau, *La disposition dérogatoire des chartes des droits : de la théorie à la pratique, de l'identité au progrès social*, Institut de recherche sur le Québec. Récupéré de <http://irq.quebec/etudes-et-recherches/etudes-politique-quebecoise/disposition-derogatoire/>.

³⁰⁴ Deux exemples (parmi plusieurs) dans le cas du gouvernement du Québec : Pour la protection de la *Charte de la langue française* et le maintien de l'enseignement moral et religieux catholique et protestant. Pour le gouvernement de la Saskatchewan – un seul cas : Elle a été incluse dans une loi antigrevé de façon préventive (comme le gouvernement de René Lévesque au Québec le faisait de façon systématique en guise de protestation à l'exclusion du Québec du rapatriement de la Constitution). Voir Howard Leeson, « The Notwithstanding Clause », in *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 297-327, Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001, p. 313-314. Dans le cas de l'Alberta et de son utilisation de la clause pour limiter le mariage aux personnes de sexes opposés, la validité de son utilisation a été remise en question car le mariage est de compétence fédérale.

³⁰⁵ Janet Hiebert, « Compromise and the Notwithstanding Clause: Why the Dominant Narrative Distorts Our Understanding », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 107-125, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 121-122.

³⁰⁶ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* [1995] 3 R.C.S. 199.

les Cours pour accomplir un objectif commercial qui ne pouvait pas être atteint en utilisant le processus politique. »³⁰⁷ Dans son analyse, Leeson est perplexe, car il ne peut trouver aucune explication valable au refus d'utiliser la clause de dérogation par le gouvernement Chrétien. Nous voyons les deux possibilités suivantes. Premièrement, en utilisant la clause, le gouvernement fédéral aurait créé un précédent, il n'a jamais utilisé l'article 33. Dans le second cas, un des facteurs que Leeson n'a pas analysé est la possibilité qu'il y ait eu de l'influence, du lobbying, auprès de ce gouvernement. Hiebert en formule un troisième, il attribue l'échec du gouvernement dans ce cas précis au fait de ne pas avoir « [...] insisté pour une interprétation différente, c'est-à-dire que ces droits sont réellement des intérêts économiques qui diffèrent des valeurs qui étaient visées par la Charte. »³⁰⁸ A contrario, la clause n'a pas pu être utilisée par le gouvernement québécois du premier ministre Jean Charest lorsque la Cour suprême a décrété³⁰⁹, au nom des droits et libertés de la *Charte québécoise*³¹⁰ (3 juges sur 7 ont aussi dit que la situation contrevenait à la *Charte* canadienne), la fin de l'exclusivité de l'assurance-maladie publique universelle au Québec : « Il y a accord avec la conclusion de la juge [Marie] Deschamps³¹¹ selon laquelle la prohibition de souscrire une assurance-maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte québécoise* et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. La prohibition contrevient également à l'art. 7 de la *Charte canadienne* et n'est pas justifiée au regard de l'article premier de ce texte. »³¹² La décision a été prise malgré le soutien important de la population québécoise (et canadienne) pour son régime universel de santé, un appui qui pourrait être

³⁰⁷ Howard Leeson, « The Notwithstanding Clause », *op. cit.*, p. 320. Traduction libre de l'auteur.

³⁰⁸ Janet L. Hiebert, « Judges, Parliament and the Making of Social Policy », in *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 165-213, Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001, p. 183. Traduction libre de l'auteur.

³⁰⁹ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)* [2005] 1 R.C.S. 791.

³¹⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. (1975), c C-12. Le libellé *Charte québécois* sera utilisé.

³¹¹ Juge puîné de la Cour suprême du Canada de 2002 à 2012.

³¹² *Ibid.*, p. 794.

plus important selon Russell que celui pour la *Charte*³¹³. La Cour suprême a utilisé la *Charte québécoise*. Est-ce une tactique pour éviter la possibilité d'utilisation de la clause de dérogation de la *Charte* canadienne? La *Charte québécoise* prévoit une faculté de dérogation,³¹⁴ mais elle n'a pas été utilisée dans ce cas-ci.³¹⁵ Rien n'a protégé l'exclusivité³¹⁶ du régime public universel d'assurance-maladie cher aux Québécois de la décision judiciaire. Nous pourrions objecter que la Cour est encadrée par le contenu des causes et des lois contestées. Cependant, cela ne l'a pas empêché de demander aux avocats des plaignants d'utiliser aussi la *Déclaration canadienne des droits* (en plus de la *Charte*) dans l'arrêt *Singh et autres c. M.E.I.*³¹⁷. Dans ce litige, trois juges (sur sept) ont soutenu les plaignants en vertu de l'article 7 de la *Charte* et trois juges ont soutenu ceux-ci en vertu de l'article 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans une autre cause, cette Cour a autorisé un changement de plaignant en cours de route « [...] parce que le présent pourvoi a soulevé des questions importantes et nouvelles relativement à la *Charte des droits*, on a permis que la cause se déroule telle qu'elle se présente actuellement. »³¹⁸ Le contenu d'une cause, les plaignants, les lois invoquées ou à utiliser ne sont pas un frein pour la Cour suprême dans l'atteinte de ses objectifs. Il est donc très difficile de contrer la *Charte* ou les jugements qui en découlent, et encore plus

³¹³ Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 293.

³¹⁴ Guillaume Rousseau, *op.cit.* Cette faculté a été utilisée 32 fois selon Rousseau. À noter que « faculté de dérogation » est le libellé de la Commission des droits de la personne et de la jeunesse du Québec. Voir Pierre Bossett (sous la dir.), Commission des droits de la personne et de la jeunesse, *Après 25 ans : la Charte québécoise des droits et libertés*, Volume 1, Bilan et recommandations, Québec : Les publications du Québec, 2003, p. 49.

³¹⁵ *Charte des droits et libertés de la personne*, *op. cit.*, article 52 : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. » De plus, la Cour suprême a rejeté les possibilités d'utiliser l'article 9.1 dans ce cas-ci : « Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. » Voir *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791 à la page 794.

³¹⁶ La fin du régime d'assurance-maladie unique pour tous, du régime à « une seule vitesse » égal pour tous.

³¹⁷ *Singh et autres c. M.E.I.* [1985] 1 R.C.S. 177 à la page 185.

³¹⁸ *Law Society of Upper Canada c. Skapinger* [1984] 1 R.C.S. 357 à la page 361. Les mots en italique sont dans le texte cité.

sa suprématie, et ce même temporairement. Par difficile, nous incluons aussi la possibilité qu'il y ait un manque de volonté ou d'intérêt à suspendre des jugements de la Cour suprême de la part des gouvernements au Canada notamment avec l'utilisation de la clause de dérogation, l'article 33 de la *Charte*.

3.1.3 La primauté du droit et la *Charte*

Tous doivent se soumettre à la loi dans un État de droit, autant les individus que les institutions de l'État. La Cour suprême définit cette primauté du droit comme suit :

En plus de l'inclusion de la primauté du droit dans le préambule des Lois constitutionnelles de 1867 et de 1982, le principe est nettement implicite en raison de la nature même d'une constitution. La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. Les fondateurs de notre pays ont certainement voulu, entre autres principes fondamentaux d'édification nationale, que le Canada soit une société où règne l'ordre juridique et dotée d'une structure normative : une société soumise à la primauté du droit. Même s'il ne fait pas l'objet d'une disposition précise, le principe de la primauté du droit est nettement un principe de notre Constitution.³¹⁹

Le juriste Stéphane Bernatchez ajoute : « Pour être acceptée de ceux à qui elle s'applique, une loi ou une décision doit être justifiée pour des raisons susceptibles d'être admises comme valides. »³²⁰ L'image d'un contrat bidirectionnel entre l'État et l'individu nécessite que la loi soit acceptée par les gouvernés. Foucault dirait que la loi doit être déployable, que son *enforcement* doit être possible. À première vue, l'expression 'la primauté du droit' (notre troisième facteur d'analyse de la suprématie de la Charte), dans un État de

³¹⁹ Renvoi : *Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 750-751.

³²⁰ Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 110. Bernatchez paraphrase le juriste Luc B. Tremblay.

droit, favorise exactement cela. Elle mise sur une image du 'bien', d'être acceptable par les gouvernés, lui permettant de diminuer significativement son coût d'*enforcement*. La primauté du droit est souvent promue, dans les médias de masse occidentaux, pour dénoncer des violations aux droits et libertés de la personne dans des États non occidentaux en associant ainsi l'État de droit occidental, la primauté de son droit, à la façon de faire pour protéger les droits et libertés de la personne.

L'État de droit est une expression qui ne dit rien au sujet du contenu ou des particularités d'application de ces droits et libertés tant en Occident qu'ailleurs. Même si c'est le contenu et les particularités du déploiement du droit qui sont importants pour permettre d'en analyser l'impact, l'image de la primauté du droit demeure, quel que soit son contenu, du moins dans l'imaginaire occidental. Cela est accentué pour les lois directement liées aux droits et libertés, comme la *Charte*, car ils sont aussi associés aux luttes historiques - menées en Occident - pour l'obtention de ces droits et libertés. Cette primauté du droit est énoncée dans le préambule de la *Charte*, après la suprématie de Dieu.³²¹ Il y a très peu d'engouement de la part de la Cour suprême à utiliser, dans ses jugements, la présence de la suprématie de Dieu dans le préambule de la *Charte*. Nous ne formulons pas une invitation à le faire, mais nous constatons que les parties du préambule ne semblent pas avoir le même poids.

Pour ce qui est de la portée du contenu actuel de la *Charte* et de son déploiement en Occident, comme mentionné par Baxi : « Aucune nation majeure euroaméricaine ne se soumettrait à un examen institutionnel et critique, comme pour le tiers-monde, de ses performances sur ses droits de la personne. »³²² L'image de la primauté du droit est donc animée et protégée par un certain romantisme, une expression qui est définie par Baxi comme

³²¹ Préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.* : « Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du Droit : ».

³²² Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 170. Traduction libre de l'auteur.

suit : « Par 'romantisme', je désigne les processus politiques d'espoir et de bonne foi [...] ». ³²³ Ces vertus – espoir et bonne volonté – sont similaires à ceux de nombreuses religions. La remise en question ou l'autoanalyse est donc pour l'autre. Pour Pratte, cette primauté du droit inclut un cycle futur pour l'évolution de l'État :

Qui peut prédire jusqu'où nous entraînera ce concept dynamique de la primauté du droit? Ayant tout d'abord assujéti le roi au profit du Parlement, elle s'attaqua par la suite à ce dernier, se tournant vers les juges qui font aujourd'hui figure de « ministres de la rule of law ». Ces derniers se sont vus confier une place de tout premier ordre dans la recherche d'un équilibre satisfaisant entre la poursuite du bien-être collectif et le respect des droits individuels. ³²⁴

Avec 'satisfaisant', 'bien-être' et 'respect', cela produit un « [...] texte lisse [composé] des bons motifs, des conclusions acceptables et des raisonnements déductifs [...] » pour reprendre l'expression de Lajoie, un texte qui est confondu avec du droit. C'est ironique après les luttes historiques, notamment celles qui ont mené à la production des deux principaux documents légaux des droits de la personne occidentaux modernes soit le *Bill of Rights* aux États-Unis et la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen français*, en 1789³²⁵. Ces efforts visaient à remplacer le pouvoir d'un roi par celui d'un Parlement, une assemblée de représentants des citoyens. Avec la *Charte* en 1982, il y a eu un renversement du pouvoir de ces représentants démocratiques au profit de neuf personnes nommées jusqu'à l'âge de leur retraite, ou 75 ans, par un premier ministre (selon les conseils de son ministre de la Justice – qu'il nomme) dont le rôle n'est même pas défini dans la Constitution écrite canadienne. Selon une étude de David Weiden, ce type de fonctionnement politise la branche

³²³ *Ibid.*, P. 91. Traduction libre de l'auteur.

³²⁴ Sonia Pratte, *op. cit.*, p. 710. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

³²⁵ Micheline R. Ishay, *op. cit.*, p. 88. Le « Bill of Rights » sera adopté en 1789 par la Chambre des représentants du Congrès Étatsunien mais ne prendra effet que le 15 décembre 1791 suite à la ratification de celui-ci par les États individuels des États-Unis.

judiciaire d'un pays : « [...] le judiciaire d'un pays est très politisé si les juges sont choisis par la branche exécutive sur une base partisane, tandis que le judiciaire d'une autre nation est moins politisé si les magistrats sont sélectionnés selon des facteurs non partisans, comme la qualification et le mérite. »³²⁶ Qu'en est-il des citoyens dans ce processus?

3.1.4 La légitimité de la *Charte*

La légitimité de ce renversement en faveur de juges non élus, de cette suprématie de la *Charte* et de son déploiement, pose problème. C'est un des facteurs liés à la suprématie chartiste. Une légitimité qui va de soi pour l'ancien juge en chef (alors juge puîné) de la Cour suprême Antonio Lamer³²⁷ :

Il ne faut pas oublier que la décision historique d'enchâsser la *Charte* dans notre Constitution a été prise non pas par les tribunaux, mais par les représentants élus de la population canadienne. Ce sont des représentants qui ont étendu la portée des décisions constitutionnelles et confié aux tribunaux cette responsabilité à la fois nouvelle et lourde. On doit aborder les décisions en vertu de la *Charte* en se libérant de tout doute qui peut subsister quant à leur légitimité.³²⁸

C'est la décision du Parlement d'accorder le mandat interprétatif de la *Charte* à la Cour suprême comme l'a déclaré le juge Iacobucci dans l'arrêt *Vriend*³²⁹. Le Parlement devient un intermédiaire entre la légitimation des citoyens et les décisions fondées sur la *Charte*. D'un côté, il reçoit les demandes/doléances des citoyens et, de l'autre, il sert de tampon pour les décisions de la Cour suprême basées sur la *Charte*. Baxi souligne que « La "politique" devient une

³²⁶ Davis L. Weiden, « Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia », *Political Research Quarterly*, vol. 64/2 (juin 2011), p. 336. (publié initialement le 23 mars 2010) Traduction libre de l'auteur.

³²⁷ Juge puîné de la Cour suprême du Canada de 1980 à 1990 et juge en chef de 1990 à 2000.

³²⁸ Section du jugement rendu pour la majorité par l'ancien juge en chef de la Cour suprême (alors juge puîné) Antonio Lamer à la page 497 du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

³²⁹ Dans *Vriend c. Alberta*, [1995] 2 R.C.S. 513 à la page 563.

catégorie beaucoup plus compliquée quand la domination est transpercée par des éléments d'hégémonie, c'est-à-dire quand la légitimité des pratiques de pouvoir est postulée, d'une manière ou d'une autre, sous le grand, mais abstrait principe du "consentement des gouvernés". »³³⁰

Est-ce que les citoyens canadiens en 1980, lors de l'élection du dernier gouvernement canadien de Trudeau, ont accepté de transférer la suprématie du Parlement à une suprématie constitutionnelle de la Cour suprême? Pour deux juges (Iacobucci et le juge en chef Dickson), c'est le cas.³³¹ Cependant, le juge en chef Lamer précise les limites de la responsabilité de la Cour envers les citoyens : « L'obligation première du judiciaire n'est pas envers la majorité des électeurs, mais à la loi et la réalisation de cette obligation est intégrale à la préservation de la primauté du droit. »³³² Il ajoute qu'en parlant de la responsabilité des Cours, il y aura toujours une tension entre redevable et indépendance.³³³

C'est le Parlement qui est souverain et celui-ci a voulu l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution. Les débats autour du rapatriement de la Constitution et de l'enchâssement de la *Charte* ont surtout été orientés par un bras de fer sur la division des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces, le Québec surtout. Un affrontement qui s'est soldé par « la nuit des longs couteaux »³³⁴, le rejet du Québec de l'accord pour le rapatriement de la Constitution canadienne.³³⁵ Il est ironique, concernant le « consentement des gouvernés », que le gouvernement Trudeau ait été élu principalement par le

³³⁰ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. xx. Traduction libre de l'auteur. Les guillemets sont dans le texte cité.

³³¹ *Vriend c. Alberta*, [1995] 2 R.C.S. 513 à la page 563.

³³² Antonio Lamer, « The Rule of Law and Judicial Independence: Protecting Core Values in Times of Changes », *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 45 (1996), p. 12.

³³³ *Idem.*

³³⁴ Expression utilisée pour décrire les négociations finales et l'entente (rapatriement et enchâssement de la *Charte* dans celle-ci), le 4 novembre 1981 (dont une partie de ces tractations a eu lieu dans la cuisine d'un hôtel à Ottawa), entre le gouvernement fédéral canadien et 9 gouvernements provinciaux canadiens alors que René Lévesque, le Premier ministre québécois, était dans sa chambre d'hôtel à Hull. Voir Peter H. Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 300 pour une référence anglophone à cette expression.

³³⁵ Voir l'ouvrage de Frédéric Bastien, *op. cit.*, 476 pages.

Québec en 1980³³⁶ (et que son parti ait été rejeté massivement à l'élection suivante de 1984).

Une des critiques formulées contre ceux qui s'indignent de la nature antidémocratique de la *Charte* (qui contestent sa légitimité démocratique) est que : « [l']expérience et la théorie, [à la fin du XX^e siècle], se sont unis pour rendre clair les défaillances, et mêmes les périls, de la démocratie libérale qui se base d'une façon absolue sur des processus majoritaires. »³³⁷ Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : « Par démocratie, on entend communément un système politique soumis à la règle de la majorité. »³³⁸ Cependant, la juge en chef McLachlin en a une définition différente : « Le temps est révolu où démocratie était associée avec populisme brut. »³³⁹ Énoncé étonnant dans la mesure où elle n'en explique pas la signification. Faut-il entendre « populisme brut » comme étant la démocratie basée sur le choix d'une majorité de citoyens. Dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. N.É. (ministre de l'Éducation)* en 2003, la Cour énonce : « Le Canada s'est gagné reconnaissance et admiration en faisant de la primauté du droit une caractéristique majeure de sa démocratie. Toutefois, la primauté du droit non assortie des mécanismes propres à en assurer le respect risque de demeurer un principe superficiel. »³⁴⁰ La *Charte* a permis « d'équilibrer le suffrage universel » (Mandel). En étant incapable de retirer le mot démocratie du discours de la juge, une démocratie qui n'aurait pas réussi à enrayer le déficit des droits de certaines minorités, on a modifié sa définition. Pour

³³⁶ À l'élection fédérale canadienne de 1980, 74 des 75 députés du Québec sont du parti de Trudeau sur le total des 147 députés élus pour celui-ci. De plus, sur les 207 autres élus provenant des autres provinces et territoires (Canada anglais), seulement 73 députés sont du parti de Trudeau. L'élection suivante de 1984 se soldera par un rejet massif du parti de Trudeau. Le parti libéral n'obtiendra que 40 députés sur 282 (dont 17 sur 75 au Québec).

³³⁷ Lorraine Eisenstat Weinrib, « The Activist Constitution », in *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 80-86, Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001, p. 83. Traduction libre de l'auteur.

³³⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 253.

³³⁹ Beverley McLachlin, « Courts, Legislatures and Executives in the post-Charter Era », *op. cit.*, p. 64. Traduction libre de l'auteur. L'expression « naked populism » a été traduite comme « populisme brut ».

³⁴⁰ *Doucet-Boudreau c. N.É. (Ministre de l'éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 à la page 27.

Lorraine Eisenstat Weinrib, avec la *Charte*, nous sommes dans une nouvelle ère démocratique, « [...] un monde où l'on peut vivre nos vies en tant que citoyens possédant des droits, libres et égaux, et non seulement comme électeurs occasionnels. »³⁴¹ Cependant, le juge Paul Martens met en garde contre cette *nouvelle* démocratie : « Doit-on considérer que, grâce à la montée des juges, la démocratie a atteint l'âge adulte et que les libertés qu'ils ont affermi nous mettent à l'abri des tyrannies? Rien n'est moins sûr. »³⁴² Pour Leeson, le choix de droits particuliers dans une charte leur donne priorité sur les autres droits ainsi que sur les autres enjeux.³⁴³ Il est possible que nous ayons été occupés ailleurs pour ne pas avoir aperçu cette mutation, notamment tout ce qui touche la dynamique entourant la *Charte* et sa dissémination graduelle de droits et libertés.

Pour Russell (de même pour Cardinal et Savoie), le danger pour la démocratie est ailleurs. C'est la montée, au cours de la période chartiste, d'une forme présidentielle de gouvernance étatique centrée autour de l'exécutif canadien, principalement le premier ministre et ses conseillers, mais sans sauvegarde comme le Congrès étatsunien.³⁴⁴ C'est l'exécutif qui prend les « [...] principales décisions de gouvernance sur la politique interne et externe [...] » et non les juges³⁴⁵. Russell regrette de ne pas avoir été plus alerte face à ce changement décisif.³⁴⁶ Kelly nous précise que cette centralisation des pouvoirs décisionnels est une réaction à des transformations dans la gouvernance étatique canadienne (comme l'arrivée de la *Charte*), mais que l'amorce de cette tendance précède le chartisme :

³⁴¹ Lorraine Eisenstat Weinrib, « The Activist Constitution », *op. cit.*, p. 85. Traduction libre de l'auteur.

³⁴² Paul Martens, « Le temps de la distance, de l'allégeance et du respect », In *Les juges : décideurs politiques?*, sous la dir. Geoffrey Grandjean et Jonathan Wildemeersh, Bruxelles : Éditions Bruylant, 2016, p. 14.

³⁴³ Howard Leeson, « The Notwithstanding Clause », *op. cit.*, p. 315.

³⁴⁴ Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 299.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 299. Traduction libre de l'auteur.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 299-300.

Bien que la conséquence institutionnelle principale de l'introduction de la Charte soit un affaiblissement accru du Parlement, cela n'est pas le résultat des choix politiques de la Cour suprême, mais de la décision du cabinet de gouverner à partir du centre avec la Charte. Comme les réformes aux agences centrales de l'ère Trudeau, qui avaient pour objectif de contrer le pouvoir bureaucratique, la réponse politique à la Charte a été une tentative de contrer le pouvoir judiciaire par le moyen de réformes similaires à la machinerie de gouvernement. Le résultat de la réaction du cabinet au pouvoir bureaucratique et judiciaire a été le même : un renforcement du cabinet et un affaiblissement du Parlement en tant qu'institution.³⁴⁷

L'impact de ce nœud de connaissance et de contrôle, la montée de ce mode de gouvernement de type exécutif au Canada conjointement avec la gouvernamentalité chartiste, sera analysé plus loin, dans le prochain chapitre.

3.1.5 Le discours apologétique chartiste

Il faut observer le discours apologétique en faveur de la *Charte*, pour montrer, notamment, son ancrage historique ainsi que sa cohérence. C'est une suite logique ayant une cible idéalisée, c'est-à-dire le déploiement des droits et libertés de la *Charte* (l'outil idéal pour nous y conduire). Le concept de dialogue entre la Cour et le Parlement, présenté plus haut par Hogg et Bushell et repris à plusieurs reprises³⁴⁸ par la Cour suprême pour tenter de montrer l'aspect démocratique de cette façon de faire, est un exemple de l'effort mis de l'avant pour ancrer le discours de la *Charte* dans une continuité historique démocratique canadienne. Même si Hogg et Bushell/Allison réitèrent, face aux

³⁴⁷ James Kelly, *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Politics and Framers' Intent*, Vancouver : UBC Press, 2005, p. 3.

³⁴⁸ Notamment *Vriend c. Alberta* [1998] 1 R.C.S. 493, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519.

critiques de leur analyse, qu'un dialogue sain se produit³⁴⁹, la conclusion de cette étude demeure contestable des points de vue empirique et normatif selon Manfredi et Kelly³⁵⁰. Elle n'inclut qu'un examen superficiel de forme et en exclut un en profondeur, notamment l'impact des décisions prises. Le nombre d'échanges entre la Cour et le pouvoir législatif représente un va-et-vient, un mouvement, qui est vu par Hogg et Bushell/Allison comme analogue à un dialogue démocratique entre ces deux branches du gouvernement.³⁵¹ Pour Emmett Macfarlane, même si ce dialogue peut être vu comme une marque de respect de la part de la Cour pour le législatif, il n'en demeure pas moins unidirectionnel. C'est la Cour qui a le dernier mot et, grâce à son image favorable (en comparaison au législatif) dans la société, la clause de dérogation est devenue non pertinente³⁵². Selon Smith et Leeson, les Canadiens voudraient enlever encore plus de pouvoir aux politiciens en faveur des Cours.³⁵³ Pour Macfarlane, dans le cas de dossiers controversés ou complexes, le concept de dialogue ne tiendrait plus.³⁵⁴ Il considère que « [...] les invocations judiciaires de la métaphore du dialogue sont stratégiques. »³⁵⁵ Elles dépendent de l'objectif du judiciaire. Cela s'étend même à la décision judiciaire où, selon l'importance de la perception de la société, « [...] les juges peuvent prendre des décisions stratégiques pour assurer la continuité de la légitimité de la Cour. »³⁵⁶ L'image est donc primordiale pour le pouvoir judiciaire surtout dans les médias de masse pour les cas de décisions controversées.³⁵⁷ Est-ce que le pouvoir judiciaire associé au populisme brut est en porte-à-faux

³⁴⁹ Peter H. Hogg et Allison A. Thornton, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures », in *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 106-110, Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001, p. 106-110.

³⁵⁰ Christopher P. Manfredi et James B. Kelly, *op. cit.*, p. 515-521.

³⁵¹ Peter Hogg et Alison Bushell, *op. cit.*, 1997, p. 75-105.

³⁵² Emmett MacFarlane, *Governing from the Bench*, Vancouver : UBC Press, 2013, p. 170-172.

³⁵³ Myriam Smith, *op. cit.*, 2002, p. 10 et Howard Leeson, *op. cit.*, p. 319.

³⁵⁴ Emmett MacFarlane, *op. cit.*, p. 180.

³⁵⁵ *Idem*. Traduction libre de l'auteur.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 172. Traduction libre de l'auteur.

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 179-180.

avec la fin de la démocratie associée au populisme brut annoncée par la juge en chef McLachlin? Pour le juriste Grant Huscroft, la position élitiste et antidémocratique de la théorie du dialogue « [...] offre une rationalisation de convenance – une façon de minimiser, sinon de nier, le vrai pouvoir judiciaire que les adeptes de ce dialogue préfèrent. »³⁵⁸

Pour Hutchinson et Petter, même s'ils croient que les jugements de la Cour peuvent sembler disparates, ils tendraient vers certains types de conclusions :

En tant que finalité normative imaginée, ces prémisses fermement ancrées permettent à la communauté légale de maintenir sa légitimité institutionnelle en prétendant exercer son pouvoir considérable en accord avec de soi-disant directives formelles et neutres. En agissant ainsi, les avocats et les juges sont capables d'éviter les vraies problématiques difficiles de la justice substantielle qui sous-tendent et sont cachés par leurs engagements professionnels. Le résultat est du pouvoir sans responsabilité ou redevabilité; ce n'est pas l'apothéose de la politique démocratique, mais son ennemi.³⁵⁹

On a ici un exemple de relations savoir-pouvoir qui seront analysées plus loin soit l'intersection entre l'opacité du droit chartiste et le pouvoir d'interpréter celui-ci. Huscroft précise que la difficulté pour le pouvoir judiciaire est que le concept de démocratie occupe une place plus importante que la revue judiciaire dans l'imaginaire canadien.³⁶⁰ McLachlin, de même que la juriste Weinrib, l'a illustré, ce n'est pas le cas pour tous. Comme le rapporte Smith : « La théorie du choix rationnel suggère que les gouvernements vont systématiquement errer quant aux préférences de la majorité des électeurs. »³⁶¹ Ils seraient autant non démocratiques que les Cours. Cette

³⁵⁸ Grant Huscroft, « Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 50-65, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 61. Traduction libre de l'auteur.

³⁵⁹ Allan C. Hutchinson et Andrew Petter, *op. cit.*, p. 279-280. Traduction libre de l'auteur.

³⁶⁰ Grant Huscroft, « Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory », *op. cit.*, p. 61.

³⁶¹ Myriam Smith, *op. cit.*, p. 12-13. Traduction libre de l'auteur.

politologue rejette la mise en opposition de Cours élitistes face aux assemblées démocratiques, car le pouvoir au Canada se situe au niveau des partis politiques et non des assemblées : « Le Canada a un des niveaux les plus élevés de discipline de parti au monde, ce qui mine l'influence indépendante des députés. »³⁶² La centralisation du pouvoir autour d'un chef de parti représente, pour Spengler, un facteur de déclin de la démocratie.³⁶³

Cet affrontement, démocratie face au duo *Charte* et pouvoir judiciaire, représente l'un des débats actuels importants. Il sera repris plus tard lors de l'analyse du nœud liant le savoir associé à la *Charte* avec le pouvoir de la Cour suprême, une combinaison permettant d'exercer une gouvernementalité de type juridique sur les citoyens canadiens. Cette image du lien entre démocratie et pouvoir judiciaire est défendue par de nombreux juges allant même jusqu'à se présenter comme victimes de leur nouveau rôle imposé et ancré dans la démocratie canadienne : « Un refrain constant de la part de juges qui se défendent contre des accusations non fondées "d'activisme" est que ces responsabilités qu'ils assument ont été imposées, particulièrement avec la venue de la Charte. »³⁶⁴ En agissant ainsi, cherchent-ils le soutien et la sympathie de la part des citoyens? Pour Macfarlane, « [t]andis que l'institution a toujours eu le pouvoir d'influencer la politique, comme lorsqu'elle arbitrait les disputes du fédéralisme [canadien], son rôle en tant que générateur de politique est considérablement plus important dans cette période contemporaine. »³⁶⁵ Ce qui rejoint les propos de Lederman présentés plus tôt où la dynamique et les échanges actuels entre parlementaires et juges font partie de la façon de faire depuis longtemps. Le juge en chef Lamer (alors juge puîné) abonde dans le même sens : « L'aspect nouveau de la *Loi*

³⁶² *Ibid.*, p. 14. Traduction libre de l'auteur.

³⁶³ Oswald Spengler, *op. cit.*, *Deuxième partie*, p. 428.

³⁶⁴ Emmett MacFarlane, *op. cit.*, p. 183. Le texte de Macfarlane est basé sur des entretiens avec des juges et anciens juges de la Cour suprême, ainsi que des clerks et employés de cette Cour. La citation interne (guillemets internes) est dans le texte cité.

³⁶⁵ Emmett MacFarlane, *op. cit.*, p. 182. Traduction libre de l'auteur.

constitutionnelle de 1982, n'est cependant pas le fait qu'elle accorde subitement aux tribunaux le pouvoir d'examiner le contenu des lois. Les tribunaux le font depuis un bon nombre d'années quand ils se prononcent sur la constitutionnalité d'une loi. »³⁶⁶ Pour rectifier cette perception, Hiebert propose la création d'un Comité de la *Charte* au Parlement³⁶⁷ pour augmenter la pertinence de ce dernier dans les échanges avec la Cour. Un discours qui nous place dans une ère de démocratie chartiste que plusieurs acteurs veulent ancrer dans une image de continuité, étant une suite logique du passé préchartiste avec l'augmentation du niveau d'intervention judiciaire dans la société, comme une nouvelle étape en continuité directe avec l'ancienne démocratie canadienne, ses valeurs et sa société.

La tâche revient aux universitaires, selon Hutchinson et Petter,³⁶⁸ de construire ce plan immanent de la rationalité juridique, montrer la suite logique dans les façons de faire de la Cour ainsi que dans les jugements utilisant la *Charte* : « Naturellement, il y a désaccord au sujet des contours précis des objets judiciaires et des détails de la conception architecturale. Néanmoins, tous sont en accord qu'une fondation peut être construite. Certains insistent même sur le fait qu'elle a toujours été là; il faut simplement la trouver. »³⁶⁹ Pour Lajoie, cependant, « [...] – la plupart des juristes, même – le prennent [(le droit qui se fabrique)] comme il est et en font ce qu'ils peuvent. D'autres n'ont pas cette sagesse et pourchassent cet objet fuyant dans ses retranchements les plus obscurs [...]. »³⁷⁰ Nous avons déjà évoqué un autre aspect de cette apologie soit les restrictions imposées aux juristes du Québec par leur Code de déontologie, quant à leur devoir de 1. Soutenir l'autorité des tribunaux et 2. De ne pas agir de manière à porter préjudice à l'administration

³⁶⁶ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 à la page 496.

³⁶⁷ Janet L. Hiebert, « Judges, Parliament and the Making of Social Policy », *op. cit.*, p. 200-207.

³⁶⁸ Allan C. Hutchinson et Andrew Petter, *op. cit.*, p. 278.

³⁶⁹ *Idem.* Traduction libre de l'auteur.

³⁷⁰ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs – Le discours judiciaire et le droit*, Paris : Presses Universitaires de France, 1997, p. 1.

de la justice. Étant donné qu'ils seront jugés, en cas de transgression, par ceux qui bénéficient de cet encadrement, une certaine forme d'apologie ou d'abstention est exigée de leur part, surtout en ce qui a trait à l'image de légitimité que l'institution cherche à préserver à n'importe quel prix.

Avec cette suprématie presque sans borne de la *Charte*, ses utilisateurs, des « marchands de mots »³⁷¹ comme le juge en chef Laskin les nomme, peuvent l'étendre à leur guise pour atteindre les objectifs qu'ils se fixent. Un des objectifs de la Cour suprême est le soutien de la légitimité de sa place, celle-ci doit être pensée en continuité avec le droit et leur définition de la démocratie canadienne. Pour Lajoie, cela fonctionne comme suit : « [...] choisir ensuite le raisonnement, la motivation et les valeurs qu'elle confirmera dans sa décision écrite : un choix établi en fonction non seulement des contraintes découlant des intérêts dominants tels que perçus, mais de sa légitimité constitutionnelle, qui passe aussi par un justificatif dont la rationalité apparente, même si ce n'est pas celle qui sous-tend véritablement la décision, la met à l'abri des accusations d'arbitraire. »³⁷² Ils peuvent ainsi conserver une position favorable comme les principaux, sinon les seuls, interprètes de la *Charte*, une connexion de savoir-pouvoir, ce que nous verrons plus loin. Cette quasi-exclusivité leur permet de définir ce que sont les droits et libertés canadiens et lesquels seront permis et lesquels seront occultés. Nous ne prétendons pas être, nécessairement, en présence d'une manœuvre intentionnelle. Nous préférons réutiliser un outil de Foucault voulant que nous soyons en présence d'une stratégie sans stratège.³⁷³ Cela implique, en ne leur reconnaissant pas

³⁷¹ Bora Laskin, *op. cit.*, 1976, p. 137.

³⁷² Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 143.

³⁷³ Michel Foucault, *Histoire de la sexualité, vol. 1 : La volonté de savoir*, Paris : Gallimard, 1976, p. 124-125. « Si, de fait, elles [(les relations de pouvoir)] sont intelligibles, ce n'est pas parce qu'elles seraient l'effet, en terme de causalité, d'une instance autre, qui les « expliquerait », mais, c'est qu'elles sont, de part en part, traversées par un calcul : pas de pouvoir qui s'exerce sans une série de visées et d'objectifs. Mais cela ne veut pas dire qu'il résulte du choix ou de la décision d'un sujet individuel; ne cherchons pas l'état-major qui préside à sa rationalité; ni la caste qui gouverne, ni les groupes qui contrôlent les appareils de l'État, ni ceux qui prennent les décisions économiques les plus importantes ne gèrent l'ensemble du réseau de pouvoir qui fonctionne dans une société (et la fait fonctionner) [...] ».

une part de responsabilité, que nous faisons un peu l'apologie de la situation actuelle avec la *Charte*, une forme de victimisation des acteurs impliqués.

3.2 La sacralisation de la *Charte*

Le discours au sujet de la suprématie de la *Charte* doit son soutien à une sacralisation de celle-ci. Le mot paraît fort. L'usage du terme sacralisation soulève quelques difficultés. Rappelons d'abord qu'il n'est pas nécessairement lié au domaine de la religion. Il désigne surtout une chose, une idée ou même une personne à qui l'on accorde une valeur telle, une valeur au-delà des valeurs, que cette chose est placée, d'une certaine manière, hors des règles sociales de contestation sans que celle-ci n'encoure des conséquences. Elle devient *intouchable*, irréfragable. Dans l'immanence, cette valeur sacrée accordée à une chose doit être constamment réitérée. Tout dans le monde immanent peut faire l'objet d'une contestation, d'une perte de valeur. On peut imaginer que d'enraciner une chose dans une histoire ancienne pensée sur le plan du progrès peut lui donner une valeur sacrée si bien entendu cette société place le progrès au centre de ses valeurs. Ce n'est pas le seul critère, comme nous le verrons dans les prochaines lignes; il faut souligner, et c'est important, le fait de se présenter comme réponse – légitime et unique – à certains problèmes de société. La légitimité a une puissance limitée, mais il faut rappeler qu'elle fait l'objet constant de réaffirmation de sa justesse, de sa *raisonnabilité*. Donner raison, au sens de montrer qu'une chose est raisonnable, est de l'ordre de la raison - politique – (elle s'inscrit dans une rationalité politique donnée), n'est pas toujours simple. Si elle s'appuie sur des valeurs jugées déterminantes pour une société, qu'elle appartient à une même rationalité, manière de gouverner les hommes et les choses, d'organiser la sécurité des gens, sa valeur est forte. Si cette même chose, cette même idée, dans une société de droit par exemple, touche le droit, les probabilités sont fortes que le droit acquiert une valeur sacrée. Il n'y a pas de certitude à ce

sujet, mais les pratiques sociales qui cherchent à instituer une société de droit doivent être regardées attentivement dans tout effort de sacralisation. C'est un fait d'évidence qu'une société de droit lui donne, à celui-ci, une grande valeur. Plus cette valeur est importante, plus on parvient à faire croire que le droit est une valeur essentielle,

Des trois facteurs qui seront analysés ci-dessous, le premier, et la partie principale de cette notoriété, provient de son ancrage historique, notamment l'association avec les conflits passés pour des droits et libertés qui ont mené notamment au *Bill of Rights* étatsunien et à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen français*, déjà évoquée, des luttes pour la réalisation de percées réelles hautement chargées symboliquement. La Cour suprême remonte même jusqu'à la *Magna Carta* de 1215 dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : « L'évolution de notre tradition démocratique remonte à la *Magna Carta* (1215) et même avant, à travers le long combat pour la suprématie parlementaire dont le point culminant a été le *Bill of Rights* anglais de 1689, [...]. »³⁷⁴ Cependant, ces affrontements du passé pour des droits et libertés, et l'interprétation de la Cour suprême d'aujourd'hui, sont deux choses différentes comme l'affirme Micheline Ishay : les « [...] théories morales des droits sont le produit des étapes des sociétés, et en particulier de la classe dominante. Les concepts de liberté et de droits sont futiles s'ils ne sont pas discutés selon des circonstances historiques ou en matière de contingences et de possibilités. »³⁷⁵ Le rappel de ces époques permet de les juger, et potentiellement de les interpréter, selon les valeurs de la société actuelle. Un des outils utilisés par la gouvernance étatique pour établir ce lien est la jurisprudence. Cet outil de chronocentrisme légitime l'association des opposants d'antan aux droits de la personne à des regroupements actuels, un

³⁷⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 253-254.

³⁷⁵ Micheline Ishay, *op. cit.*, p. 133. Provient de Friedrich Engels, *Anti-Dühring (M.E. Dühring bouleverse la science) – 1^{ère} partie (1878)*, (traduit par Emile Bottigelli), Paris : Les Éditions Sociales, 1950, p. 81 : « Nous affirmons, au contraire, que toute théorie morale du passé est, en dernière analyse, le produit de la situation économique de la société de son temps. » Traduction libre de l'auteur.

outil rhétorique de disqualification et de domination. Cet effet de la sacralisation permet ainsi de distendre l'image de son contenu et d'asservir cette dernière à ce qu'elle représente aujourd'hui ou ce qui est voulu qu'elle représente aujourd'hui. Un exemple de ce décrochement, et un facteur qui sera analysé plus bas, est l'efficacité de l'utilisation de la peur (l'image notamment de la peur de la perte des droits et libertés) et la menace d'un retour en arrière à une période distante et différente qui a été utilisée notamment pour diaboliser l'article 33, la clause de dérogation, par Trudeau en 1981. La menace d'un retour vers des temps moins « civilisés » qui se présentent comme des formes de barbarie alimente une peur associée aux dangers que représentent le nationalisme, la perte de l'identité nationale, le niveau de vie, par exemple. D'où certains combats contre des clauses de la *Charte*.

Pour Grant Hoscroft, la formulation de cette clause encourage cette peur : « [...] la clause de dérogation suggère que son but est de permettre aux législatures de se désengager des droits et libertés de la *Charte* plutôt que simplement renverser des interprétations particulières juridiques de ceux-ci. »³⁷⁶ L'utilisation de la clause représente la formulation d'un désaccord d'interprétation entre élus des citoyens et employés de l'État nommés à vie.

Pour la valeur de la *Charte*, cette image ne représente pas seulement des droits et libertés, mais aussi la satisfaction de besoins ou d'intérêts comme l'exprime le juge en chef Laskin : « Les revendications ou les intérêts qui sont étiquetés en tant que 'libertés civiles' diffèrent d'autres revendications ou intérêts qui sont le produit de notre société quant au poids qui leur sont rattachés. En effet, l'association de cette étiquette avec une demande particulière est une technique reconnue pour fixer l'attention sur celle-ci et l'entourer de substance et de respectabilité. »³⁷⁷

³⁷⁶ Grant Hoscroft, « Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory », *op. cit.*, p. 56. Traduction libre de l'auteur.

³⁷⁷ Bora Laskin, « An inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights », *Canadian Bar Review*, vol. 37 (1959), p. 79. Traduction libre de l'auteur.

L'association de revendications sociopolitiques aux droits et libertés, un autre facteur d'analyse, sera examinée plus en détail ci-dessous. Ce faisant, cela permet, avec le bon ficelage, d'étendre ce voile de respectabilité à une multitude de demandes et ainsi leur rattacher une importance qui excède leur vraie valeur comparativement à d'autres. C'est un exemple de pratiques dont nous venons de parler. La générosité et l'image de la *Charte*, et sa sacralisation, en sont ainsi accentuées, mais, à quel prix? L'analyse du discours ancrant socialement la sacralisation de la *Charte* permettra d'approfondir, entre autres, la dynamique entourant l'exploitation de l'image *sacro-sainte* de ce document par le biais des trois facteurs que nous avons identifiés ci-dessus : l'ancrage historique et la jurisprudence; l'utilisation de la peur; et l'association de besoins au libellé des droits et libertés. La distance entre l'image et la réalité ainsi que ses impacts, dans le contexte de la *Charte*, seront analysés plus tard.

3.2.1 L'ancrage historique chartiste

Les deux documents historiques de 1789 cités plus haut, issus des révolutions de la modernité, à la source de la sacralisation de la *Charte*, représentent le premier facteur à examiner, ont montré leurs limites avec l'usage. Les droits n'étaient pas pour tous lorsqu'ils ont été écrits et mis en œuvre. Ils excluaient, notamment, les femmes, les hommes sans propriété, ainsi que les colonies et les esclaves.³⁷⁸ Un autre siècle a été nécessaire pour inclure les hommes sans propriété et libérer partiellement les esclaves. Pour les femmes occidentales, malgré la *Déclaration des droits des femmes* d'Olympe de Gouge de 1790, dont le contenu a été ignoré par les révolutionnaires français, elles ont dû attendre tard au XX^e siècle pour être considérées comme égales aux hommes en Occident. Selon Ishay, le siècle

³⁷⁸ Micheline Ishay, *op. cit.*, p.108.

suivant la création de ces deux documents, les déboires de l'industrialisation occidentale génèreront une série de demandes pour une plus grande justice économique. Ces évènements sèmeront un doute considérable sur la pensée dominante de la période voulant que le libre marché du libéralisme et les droits de la personne soient toujours compatibles. Sommes-nous revenus au même questionnement avec les conséquences de la période chartiste? Les idéaux issus des luttes sociales, à la suite des désillusions de la période révolutionnaire, influenceront les conceptions des droits de la personne qui viendront après.³⁷⁹ Le déploiement, au cours de ces derniers siècles, du discours entourant les droits et libertés exprimés par ces documents, est tributaire du niveau d'encadrement graduel de ceux-ci au cours de cette même période, notamment dans le but de contrer ou de gérer ce désillusionnement. Baxi l'exprime comme suit : « [...] les 'vieux' mouvements sociaux ont généré des luttes historiques pour articuler de nouveaux régimes complets de droits de la personne; cependant, le discours des 'nouveaux' mouvements sociaux profite trop fortement du langage des droits de la personne déjà en place. »³⁸⁰ Le temps aura permis d'instrumentaliser ces vieilles articulations (chartes/démocratie), notamment avec l'élaboration de métadiscours comme les chartes contemporaines. L'interprétation des chartes par les gouvernements qui ne font qu'aiguiller les discours entourant les droits et libertés de la personne vers des procédés de gouvernance étatique et de contrôle.³⁸¹ Un des paramètres utiles à la gouvernementalité est la lourdeur de ces instruments, des articulations instrumentalisées, qui échapperait même à ses concepteurs, selon Baudrillard. Ces outils de gouvernementalité occupent un « [...] espace de dissuasion, articulé sur l'idéologie de visibilité, de transparence, de polyvalence, de consensus et de contact, et sanctionné par le chantage à la sécurité [qui] est aujourd'hui, virtuellement, celui de tous les

³⁷⁹ *Ibid*, p. 64.

³⁸⁰ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 204. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité. Traduction libre de l'auteur.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 156-157.

rapports sociaux. »³⁸² Cette lourdeur va épuiser les citoyens qui devront utiliser toute leur énergie juste pour défendre une solitude qui demeure, cependant, artificielle.³⁸³ Une solitude causée par cet outil de gouvernementalité qui encourage la quête pour des droits et libertés (ainsi que des revendications bien articulées) libérateurs, mais limités à un terrain de jeu et à l'image de ceux-ci. Russell abonde dans ce sens :

L'amour pour la Charte, c'est plus comme agiter le drapeau ou chanter l'hymne national. L'expression *La Charte* a augmenté sa valeur symbolique. Il est difficile de s'imaginer des gens qui deviennent crédules à propos d'une déclaration de droits ou une loi des droits de la personne. La *Charte* sonne une cloche. Et quand cette cloche de la *Charte* sonne, ça ne rappelle pas ses clauses actuelles ni leurs applications par les Cours. Cette révérence pour la *Charte* est détachée de son contenu et de ses bénéficiaires.³⁸⁴

Des droits et libertés sacralisés qui ne sont que des images en puissance sans effet actuel.

Cet ancrage sacré a aussi des points d'appui plus récents (mais presque centenaire) dont l'élargissement de la définition du mot « personne » dans la Constitution canadienne de 1867, *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*³⁸⁵, pour inclure les femmes, ce qui a été fait par le Comité judiciaire du Conseil privé de Londres en 1929³⁸⁶. La Cour suprême du Canada a dit *noui*³⁸⁷ à cette requête c'est-à-dire oui comme personne, mais non, les femmes ne pouvaient pas siéger au Sénat (que le Conseil privé a ensuite renversé). Pour la juge en chef McLachlin, ce jugement du Conseil privé est aussi significatif pour une

³⁸² Jean Baudrillard, *op. cit.*, 1981, p. 95.

³⁸³ *Idem.*

³⁸⁴ Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 301.

³⁸⁵ Rebaptisé *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.) en 1982. Récupéré de <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/const/page-1.html>.

³⁸⁶ *Edwards v. A.G. of Canada*, [1930] A.C. 124.

³⁸⁷ La Cour suprême du Canada a indiqué que le mot personnes incluait les femmes mais que les femmes ne pouvaient pas siéger au Sénat. Donc, elle a dit oui mais non (d'où le néologisme *noui*). *Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North America Act [1928] S.C.R. 276.*

autre raison, car celui-ci a produit l'expression *arbre vivant* qui permettra d'étendre la Constitution aux femmes et d'exprimer que celle-ci ne devrait pas être fixe, que son interprétation et sa transformation sont nécessaires.³⁸⁸ Cette expression, l'arbre vivant, a été utilisée à de nombreuses reprises par la Cour suprême, à des fins de justification, pour lui permettre d'étendre l'interprétation et la portée de la *Charte* notamment dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* :

La société canadienne est une société pluraliste. Du point de vue de l'État, le mariage est une institution civile. Le raisonnement fondé sur l'existence de « concepts figés » va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne.³⁸⁹

Il y a aussi, comme points d'appui, les luttes judiciaires contre le gouvernement québécois de Duplessis, dont celle mentionnée plus tôt, l'arrêt *Roncarelli* en 1959, pour la liberté de religion.³⁹⁰ Cette période, le règne de Duplessis au Québec³⁹¹, est riche en abus contre les droits et libertés notamment la loi du cadenas en 1937³⁹² ainsi que la grève d'Asbestos de 1949³⁹³. À cette occasion,

³⁸⁸ Beverley McLachlin, « Courts, Legislatures and Executives in the post-Charter Era », *op. cit.*, p. 64-66.

³⁸⁹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698 à la page 710.

³⁹⁰ Cet arrêt est plus symbolique qu'autre chose car c'était une poursuite personnelle de Frank Roncarelli, un témoin de Jéhovah, contre Duplessis pour dommage et intérêts dû à la perte d'un permis d'alcool. Au cours de cette période, Duplessis a fait bien pire comme arrêter à répétition (130 fois) pour prosélytisme un futur chef de cette religion (Laurier Saumur) et il a fait voter une loi interdisant les religions non-établies. Voir Conrad Black, *Duplessis – Le pouvoir*, Montréal : Les Éditions de l'Homme ltée, 1977, p. 150-157. Cependant, ce fût l'un des rares arrêts d'une Cour contre un Premier ministre en poste. Comme quoi, personne n'est à l'abri du judiciaire. Voir Stephen Allan Scott, *op. cit.*, p. 99.

³⁹¹ Maurice Duplessis, chef du parti l'Union Nationale, a gouverné le Québec de 1936 à 1939, et de 1944 à 1959. Le juriste Stephen Allan Scott compare son règne à une dictature sud-américaine des années 1970. Voir Stephen Allan Scott, *op. cit.*, p. 99.

³⁹² Cette loi a été déclarée comme excédant le pouvoir provincial (*ultra vires*) dans le jugement *Switzman v. Elbing and A.G. of Quebec*, [1957] SCR 285.

³⁹³ Après plusieurs affrontements entre policiers et grévistes, l'ordre a été rétabli par « la garde d'élite de Duplessis » (expression de Conrad Black), une unité spéciale de la police provinciale. Par la suite, un juge lut un "Acte d'Émeute" : « Notre souverain seigneur le Roi enjoint et ordonne à tous ici présents de se disperser immédiatement et de retourner paisiblement à leurs domiciles ou occupations légitimes sous

un juge a lu un « Acte d'Émeute » en public annonçant un besoin de fidélité au Seigneur le Roi sous peine d'être incarcéré à perpétuité. Nous pourrions aussi nous demander si cette période a pu avoir marqué un jeune Trudeau (qui l'utilisa pour formuler son nouveau fédéralisme) notamment avec son mépris pour la démocratie et le parlementarisme et son admiration pour le judiciaire et éventuellement la suprématie de la *Charte*. Ce même Trudeau, qui a bâti ses idées politiques en s'opposant à un premier ministre québécois centralisateur et abusif de ses pouvoirs, a été l'un des premiers et principaux artisans de la centralisation du pouvoir autour de l'exécutif canadien lors de son passage à ce poste.³⁹⁴ Il a appliqué la *Loi sur les mesures de guerre* au Québec en 1970 où les abus de la loi envers les droits de la personne ont été nombreux.

Un des moyens privilégiés, pour la Cour, pour accéder à cet ancrage historique de protection des droits et libertés est la jurisprudence dont l'utilisation de références à d'anciens jugements canadiens et britanniques liées aux droits et libertés, ce qui va de soi pour un tribunal du Canada. La Cour suprême du Canada cite régulièrement des jugements de celle des États-Unis portant sur les droits et libertés et leur déclaration des droits³⁹⁵ ancrant ainsi la *Charte* dans une continuité nord-américaine. Russell a conseillé aux Canadiens, avant l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution, d'opter pour une approche d'utilisation plus conservatrice selon l'historique canadien et non une pauvre imitation activiste de l'expérience étatsunienne.³⁹⁶

Le choix de la jurisprudence qui sera utilisée pour encadrer et aiguiller un jugement n'est pas balisé. C'est à la discrétion des juges (ultimement ceux

peine d'être reconnus coupables d'une infraction passible de l'emprisonnement à perpétuité. Dieu sauve le Roi. » À noter que Duplessis était aussi procureur général. Voir Conrad Black, *op. cit.*, p. 340.

³⁹⁴ Donald J. Savoie, *op. cit.*, p. 1.

³⁹⁵ Voici quelques exemples : l'évolution et l'interprétation de la Constitution (*Law society of Upper Canada c. Skapinker* [1984] 1 R.C.S. 357), la liberté de religion (*R. c. Big M. Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295), et la présomption d'innocence (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103).

³⁹⁶ Peter H. Russell, *op. cit.*, 1975, p. 593. Traduction libre de l'auteur.

de la Cour suprême). Ceux-ci peuvent changer de direction à leur guise comme l'illustre cet exemple de Lajoie :

On y constate qu'entre 1982 et 1993, la Cour l'a successivement défini [(l'article 1 de la *Charte* qui contient l'expression *société libre et démocratique*)³⁹⁷] d'abord comme relié au courant libéral classique, privilégiant la société civile, les libertés individuelles et une démocratie très bipolaire; puis comme inspirée par le pluralisme communautaire, esquissant une société multiculturelle, des libertés collectives et une démocratie pluraliste et, enfin, à l'étape contemporaine de la régression néolibérale, comme une société menacée, où les libertés sont diminuées et la démocratie est redevenue presque monopolaire.³⁹⁸

Nous analyserons plus finement ce lien entre le pouvoir d'interpréter et la *Charte* dans le prochain chapitre.

3.2.2 Les revendications chartistes de droits et libertés

L'expression *protéger les droits et libertés* concernant la *Charte* est simpliste : « Le problème avec ce langage est qu'il tend à réifier ces droits et libertés fondamentaux, en les traitants comme choses que les personnes peuvent posséder entièrement sinon pas du tout. Mais dans notre expérience civique actuelle, nous ne rencontrons pas ces droits et libertés sous cette forme de somme nulle. Nous en profitons plus ou moins. »³⁹⁹ Du côté de l'État, la *Charte* ne crée pas des droits et libertés qu'elle distribue ensuite. C'est plutôt sous la forme d'un échange, car « [...] une *Charte* donne au citoyen seulement ce qu'elle enlève au gouvernement. »⁴⁰⁰ Depuis l'enchâssement de la *Charte*, le contenu des droits et libertés s'est concrétisé un peu plus et, dans certains

³⁹⁷ *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.* : Article 1 sur la garantie des droits et libertés. « 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. »

³⁹⁸ Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 130.

³⁹⁹ Peter H. Russell, *op. cit.*, 1983, p. 43. Traduction libre de l'auteur.

⁴⁰⁰ Andrew Petter, *op. cit.*, 1986, p. 475. Traduction libre de l'auteur.

cas, il s'est étendu pour inclure des besoins ou requêtes qui ont été formulés en tant que revendications de droits et libertés, second facteur d'analyse.

Tenter de libeller autrement des droits et libertés officiellement reconnus par la Cour suprême comme étant sous la protection de la *Charte* est un sujet délicat. Le conflit québécois qui oppose en 2001 la Commission scolaire Marguerite Bourgeoys à un pratiquant de la religion sikh orthodoxe au sujet du port du kirpan, un couteau cérémonial, dans les établissements scolaires est un exemple. Une situation similaire en 1998⁴⁰¹, à la Polyvalente Lucien-Pagé, avait plutôt mené à un ajustement concerté⁴⁰² (pour reprendre l'expression de la Commission Bouchard – Taylor), le port au cou d'une chaînette à laquelle était attaché un petit kirpan symbolique. Quelques années plus tard, la Cour suprême arrive à une conclusion différente de cette entente locale. Le cas de la Commission scolaire s'est soldé par un jugement au profit du port de cet objet, une arme blanche nonobstant la décision juridique ou son importance symbolique religieuse⁴⁰³. Par la suite, l'interdiction de le porter à l'Assemblée nationale du Québec a créé un incident médiatique en 2011 et une accusation d'intolérance contraire au multiculturalisme canadien, car la Chambre des communes et la Cour suprême le permettent. Il est interdit par l'ONU.⁴⁰⁴ Malgré l'image des Québécois intolérants diffusée par les médias de masse du reste du Canada, une divergence de position, comme c'est le cas avec l'ONU, légitime le questionnement suivant : s'agit-il d'une revendication ou d'une liberté fondamentale devant être protégée par la *Charte*? Nonobstant l'importance du kirpan pour la religion sikh orthodoxe, il y a affrontement entre un symbole religieux important de cette minorité et ce qu'il représente pour l'autre minorité canadienne, les Québécois : une arme.

⁴⁰¹ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 49.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 64-65.

⁴⁰³ *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

⁴⁰⁴ Paul Journet, « Le port du kirpan rejeté à l'unanimité au parlement ». *La Presse* (Montréal), 9 et 10 février 2011, Récupéré de <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201102/09/01-4368677-le-port-du-kirpan-rejete-a-lunanimite-au-parlement.php>.

Les nombreux contenus et discours humanitaires des droits de la personne, malgré leurs bonnes intentions, construisent une hiérarchie morale de souffrance où la question qui se pose est : « Quelles sont les violations et souffrances qui seront mises en évidence et lesquelles seront ignorées dans cette discursivité sans fin sur les droits de la personne? »⁴⁰⁵ Qu'est-ce qui se cache derrière cette sacralisation de certains droits et libertés officiels et leur quantité sans cesse grandissante? Pour Lajoie, une partie de cet aiguillage est entre les mains des médias de masse, une influence institutionnalisée, qui choisissent de discuter de certaines situations et en ignorent d'autres. Elle ajoute qu'une autre partie de cette orientation est fondée sur la nécessité de protéger les intérêts dominants ainsi que la protection de la légitimité des Cours.⁴⁰⁶ C'est fait en occultant ou en choisissant certaines valeurs dans les jugements, ou en utilisant symboliquement des principes sans effets ou applications. Un exemple donné par Lajoie est la reconnaissance identitaire qui est « [...] refusée aux Québécois, mais consentie à des degrés divers aux autres minorités en cause [...] »⁴⁰⁷ comme les femmes, les gais et les lesbiennes. Dans un autre cas, « [l]a Cour suprême n'accorde aux minorités sociales l'égalité économique qu'aux frais (privés) de leurs conjoints, et jamais aux dépens du trésor public. Aux minorités politiques, elle cèdera, au contraire, dans une certaine mesure, des fonds publics et surtout des ressources, mais non le contrôle du territoire ni le pouvoir politique. »⁴⁰⁸ La Cour suprême et l'exécutif n'offrent pas nécessairement le même traitement aux différentes minorités. Ce comportement est variable selon les valeurs prises en compte par ces deux importants pôles de pouvoir.⁴⁰⁹ Nous pourrions ainsi y voir une forme de distribution des charges, car il est toujours plus facile de contrôler en

⁴⁰⁵ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. xxxviii. Baxi paraphrase, dans son texte, le concept de hiérarchie morale de la souffrance humaine de l'anthropologue Veena Das. Traduction libre de l'auteur.

⁴⁰⁶ Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 178.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 119.

⁴⁰⁸ *Idem.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*, p. 59-60.

divisant l'image du pouvoir, ce qui rappelle le proverbe *diviser pour régner*. Une autre forme de fractionnement est d'augmenter le nombre de requêtes concurrentes ou contradictoires, de droits et libertés incluant des besoins et intérêts. Les vainqueurs sont ainsi tributaires de celui qui a accordé la requête comme l'énonce Lajoie : « [...] les minorités ont besoin de l'État et de sa force contraignante sur les tiers pour faire avancer leurs intérêts et inscrire leurs valeurs dans les relations de gouvernance. En tant que minorités ou marginalisés, leur position dominée leur rend l'État indispensable. »⁴¹⁰ Cela permet aussi d'isoler encore plus les citoyens, ou groupes de citoyens, entre eux avec des demandes concurrentes et même opposées. Bastien résume cela comme suit : « Pas plus bêtes que leurs pendants de gauche, celles-ci [(une pléiade de groupuscules de droite)] jugent également que leurs objectifs politiques constituent des droits humains fondamentaux, lesquels doivent s'imposer à toute la société par l'intermédiaire des tribunaux. »⁴¹¹ On accentue ainsi l'importance de la dynamique de groupes opposés. En conséquence, les groupes et minorités restent ainsi isolés dans leur solitude, faisant tout pour en protéger la plus petite parcelle d'acquis qui occupent de plus en plus d'importance face aux énormes pertes dans d'autres secteurs sur lesquelles ils ne peuvent agir, principalement au niveau économique. Ils s'essouffent à protéger le peu qu'ils ont. Un des contrecoups de cette structure où les revendications ont été élevées au niveau des droits et libertés sacrés est la peur de perdre ceux-ci, qui sont devenus sacrés, car elles sont maintenant au même niveau que le reste des droits et libertés protégés par la *Charte*. Il ne faut pas confondre l'analyse de cette dynamique avec l'importance des acquis pour ces groupes. Il est étonnant de constater que ces éléments prennent plus de place et d'importance que le déficit démocratie qu'il engendre, un acquis qui a demandé tant de sacrifices et de luttes depuis de nombreux siècles. C'est paradoxal, car c'est la démocratie qui est à la base de ces droits et libertés et,

⁴¹⁰ *Ibid.*, p. 173.

⁴¹¹ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 426.

par une forme de processus de cannibalisation, ceux-ci viennent par la suite participer à la destruction de leur fondation démocratique. Russell dit la même chose : « [...] le patriotisme lié à la *Charte* a probablement contribué au nivellement par le bas de la démocratie. »⁴¹² Comme mentionné plus tôt, pour certains, ce « nivellement par le bas de la démocratie » n'est pas une grosse perte. Même si une apparence de collusion contre la démocratie pourrait être induite, nous préférons plutôt la formule de Foucault : « Vous avez toutes sortes de mécanismes d'appui qui inventent, modifient, réajustent, selon les circonstances du moment et du lieu : si bien qu'on obtient une stratégie globale, cohérente, rationnelle, mais dont on ne peut plus dire qui l'a conçue. »⁴¹³ Une stratégie de gouvernementalité qui pèse de plus en plus lourdement sur les relations politiques et sociales.

3.2.3 L'efficacité de la peur associée aux droits de la personne chartistes

Notre troisième facteur d'analyse, la peur de perdre ses droits et libertés, ses revendications qui ont été acquises, semble un moyen efficace de contrôle. Il a permis de rétrograder la démocratie majoritaire derrière une forme de gouvernement constitutionnel juridique. Une forme qui a historiquement été associée au mot oligarchie c'est-à-dire un gouvernement dirigé par un petit groupe de personnes. Le discours entourant la clause de dérogation, l'article 33 de la *Charte*, est un exemple intéressant pour analyser cette transformation fondée sur la peur. Pour Hiebert, trois discours concurrents à ce propos déforment le débat. Le premier affirme que c'est un compromis basé sur une nécessité politique due à la négociation. Ensuite, il y a celui sur le compromis de principes, car cette clause ne porte pas sur le rôle légal d'arbitrer les désaccords concernant les principes de droits. Finalement, il y a le compromis

⁴¹² Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 301-302.

⁴¹³ Michel Foucault, « Le jeu de Michel Foucault » in *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 298-329, Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001, p. 306.

au sujet des conceptions de la Constitution, car il permet un équilibre interinstitutionnel.⁴¹⁴ Face à de tels débats, pourquoi a-t-il fallu démoniser cette clause qui, selon ses détracteurs, permettait d'enlever aux citoyens canadiens ses droits et libertés? N'allait-il pas de soi que la clause n'était pas en accord avec un pays attaché à ses droits et libertés comme le Canada? Pour l'ancien premier ministre Brian Mulroney, cette clause était inacceptable et une erreur.⁴¹⁵ Cependant, nous ne croyons pas que les neuf premiers ministres provinciaux qui l'ont négociée, et qui ont insisté pour qu'elle soit incluse sont misogynes comme le gouvernement fédéral et sa clientèle ont tenté de les faire paraître en 1981. Bastien en témoigne :

On peut se demander plutôt en quoi ces manifestations organisées grâce à l'argent des contribuables et orchestrées par l'État fédéral constituent un mouvement du peuple canadien réclamant de son gouvernement qu'il lui donne des droits. Il serait plus juste de parler d'une bureaucratie et de sa clientèle féministe qui se mobilisent pour que le gouvernement et les tribunaux puissent intervenir davantage dans la vie des citoyens, sous le couvert de l'égalité des sexes.⁴¹⁶

L'essor de cette clientèle, comme l'écrit Cardinal, a été orchestré par l'exécutif. Pour le premier ministre saskatchewanais de l'époque Allan Blakeney, avoir restreint la portée de la clause de dérogation a été une perte pour les femmes; cela pourrait mettre en péril la possibilité de créer des programmes de discrimination positive.⁴¹⁷

Pourquoi la peur (comme le sont les accusations de misogynie) a-t-elle été utilisée avec la *Charte* comme outil de contrôle et plus spécifiquement

⁴¹⁴ Janet L. Hiebert, *op. cit.*, p. 107-108.

⁴¹⁵ Howard Leeson, *op. cit.*, p. 314.

⁴¹⁶ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 424.

⁴¹⁷ Idem. *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.* : Cependant, l'article 15(2) (Programmes de promotion sociale) semble les permettre, du moins en partie : « Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques. » Le juriste Daniel Proulx est de cet avis. Daniel Proulx, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême dans l'arrêt Law : un pas en avant ou un pas en arrière? », *Revue du Barreau*, vol. 61, no. 1 (2001), p. 262.

contre l'article 33? Avec Cardinal, Morton et Knopff, nous avons déjà évoqué le fait que la *Charte*, lors de son déploiement initial, faisait partie d'une tentative d'*extrémisation*, à l'opposé d'une pratique plus modérée. L'utilisation d'une approche similaire lors des négociations menant à son enchâssement n'est donc pas surprenante. Sommes-nous surpris de la nature des débats actuels sur la laïcité dans la perspective des droits et libertés? Nous y reviendrons dans le chapitre V. Pour ce qui est de la peur, une partie de celle-ci provient de la stratégie de déploiement de la *Charte*. Pour la juge Wilson, la Cour considère qu'elle doit protéger les minorités contre la majorité :

Les juges, en interprétant et appliquant la Charte, doivent donc se demander quels groupes dans la société sont typiquement exclus du processus politique – les pauvres, les impuissants, les minorités raciales, les criminels accusés. Les Cours doivent s'assurer que les droits de ces groupes ne sont pas sacrifiés lors de la poursuite des objectifs de la majorité.⁴¹⁸

La *Charte* et la Cour suprême associent aussi ces groupes à des victimes.⁴¹⁹ De plus, puisque les jugements en faveur des demandes des minorités n'ont, comme le dit Mandel, qu'à être exécutés par la majorité sans que celle-ci ait un seul mot à dire. Il est certain qu'un sentiment d'hostilité se développe (comme Waldron l'a mentionné plus tôt) même si la Cour suprême tente d'ajuster ses jugements sur le sentiment de la population. En conséquence, ces minorités deviennent dépendantes de ce pouvoir pour conserver ce qu'elles considèrent comme finalement acquis d'où une restriction de liberté, idée défendue par Burnam, soit la peur de perdre cet acquis sans la Cour suprême. C'est la Cour

⁴¹⁸ Bertha Wilson, « We didn't volunteer », *op. cit.*, p. 75.

⁴¹⁹ Comme exemple, voir *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295 à la page 313 : « Le paragraphe 24(1) prévoit un redressement pour les personnes, aussi bien physiques que morales, qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leurs sont garantis par la *Charte*. ». Dans la *Charte*, le concept de victime est explicite. Voir *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, article « 24.(1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. » Dans ce jugement-ci, la victime est une entreprise. et *Doucet-Boudreau c. N.É. (Ministre de l'éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 aux pages 51-52 : « Les appelants sont des parents qui, malgré leurs nombreux efforts, ont constamment été victimes d'une négation des droits que leur garantit la *Charte*. »

qui a consenti à la revendication et non le reste de la société – dont l'expression serait une loi issue de ses élus représentatifs. Cette ancienne stratégie de contrôle à distance n'a que très rarement bénéficié à la paix sociale. Elle a été utilisée à travers les temps, notamment par un pouvoir impérial pour acquérir et contrôler ses colonies. Par exemple, les Romains soutenaient les minorités lors de leurs conquêtes face au groupe majoritaire sachant que pour conserver ses acquis, ces minorités auraient toujours besoin d'eux.⁴²⁰

Même si plusieurs des revendications (et droits et libertés) imposées par la Cour suprême sont louables, pourquoi, par exemple, le pouvoir législatif n'a pas essayé d'assembler une majorité dans le cas du mariage de personnes de même sexe considérant qu'il avait déjà légiféré en 1968? La Cour suprême a attendu 1999⁴²¹ pour faire un premier pas et élargir les unions de fait aux couples de même sexe. C'est tard considérant que les élus, et principalement le ministre de la Justice canadien de l'époque Trudeau, avaient voté en 1968 une loi qui indiquait que « [...] l'État n'a rien à faire dans les chambres à coucher de la nation ». ⁴²² Pourquoi a-t-il fallu attendre presque vingt années chartistes pour rattraper les décisions législatives de 1968? S'appuyant sur les discours de la juge en chef McLachlin, Weinrib et Smith, les Cours

⁴²⁰ Niccolò Machiavelli, *Le Prince* (traduit par Jean-Vincent Périès - 1825), Montréal : Boréal, 1995, p. 18-19. « À cet égard, voici quelle est la marche des choses : aussitôt qu'un étranger puissant est entré dans une contrée, tous les princes moins puissants qui s'y trouvent s'attachent à lui et favorisent son entreprise, excités par l'envie qu'ils nourrissent contre ceux dont la puissance était supérieure à la leur. Il n'a donc point de peine à gagner ces princes moins puissants, qui tous se hâtent de ne faire qu'une seule masse avec l'État qu'il vient de conquérir. Il doit veiller à ce qu'ils ne prennent pas trop de force ou trop d'autorité : avec leur aide et ses propres moyens, il viendra sans peine à bout d'abaisser les plus puissants, et se rendre seul arbitre de la contrée. [...] Les Romains, dans les pays dont ils se rendirent les maîtres, ne négligèrent jamais rien de ce qu'ils avaient à faire. Ils y envoyaient des colonies, ils y protégeaient les plus faibles, sans toutefois accroître leur puissance; ils y abaissaient les grands; ils ne souffraient pas que des étrangers puissants y acquissent le moindre crédit. »

⁴²¹ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁴²² *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38. Ces propos « l'État n'a rien à faire dans les chambres à coucher de la nation » sont de P. E. Trudeau (alors ministre de la Justice canadien) aux journalistes le 21 décembre 1967. Voir les archives de Radio-Canada. Récupéré de [http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://archives.cbc.ca/politics/rights_freedoms/topics/538/&title=D%C3%A9claration%20de%20M.%20Trudeau%20aux%20journalistes%2C%20%C3%A0%20la%20sortie%20de%20la%20Chambre%20des%20Communes%2C%20capt%C3%A9e%20par%20CBC%20\(en%20anglais\).](http://archive.wikiwix.com/cache/?url=http://archives.cbc.ca/politics/rights_freedoms/topics/538/&title=D%C3%A9claration%20de%20M.%20Trudeau%20aux%20journalistes%2C%20%C3%A0%20la%20sortie%20de%20la%20Chambre%20des%20Communes%2C%20capt%C3%A9e%20par%20CBC%20(en%20anglais).)

représenteraient une façon plus rapide de faire avancer certains dossiers, notamment celui-ci. Nous sommes surpris aussi que ce ne soit qu'en 2005, trente-sept années plus tard, que le dossier a finalement été finalisé au Canada avec la *Loi sur le mariage civil*⁴²³, à la suite d'une validation par la Cour suprême⁴²⁴. À l'opposé, pour Matthew Hennigar, c'est remarquable qu'une institution comme le mariage ait été modifiée en moins de vingt-cinq années en utilisant la *Charte*⁴²⁵ même s'il ajoute que l'inclusion de l'orientation sexuelle à l'article 15 de la *Charte* sur l'égalité avait été prévue comme ajout éventuel par le ministre de la Justice canadien, Jean Chrétien, lors de l'enchâssement de celle-ci.⁴²⁶ L'argument que le retard serait dû à la nature controversée du sujet au cours de la période ne tient pas; la Cour suprême n'a pas hésité à légaliser l'avortement en 1988⁴²⁷ alors que la société canadienne est toujours divisée, aujourd'hui, sur ce sujet.

On pourrait aussi se demander si le processus chartiste, en imposant une solution juridique au lieu de permettre à la société d'évoluer vers une solution politique, n'accentuerait pas le positionnement minoritaire et de dépendance des minorités qu'elle cherche à protéger. Les revendications qui sont ainsi imposées comme droits de la personne renversent la dynamique en associant les opposants de ces requêtes à ceux qui transgressent des droits de la personne même si, comme mentionné plus tôt par Woehrling, dans bien des cas, il peut y avoir des « divergences légitimes entre personnes raisonnables » sur ces sujets.

L'ancrage historique résiduel des luttes pour les droits de la personne permet aussi d'associer, avec la bénédiction de la Cour suprême, les

⁴²³ *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c 33.

⁴²⁴ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698.

⁴²⁵ Matthew Hennigar, « *Reference re Same-sex Marriage: Making sense of the Government's Litigation Strategy* », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 209-230, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 209.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 211.

⁴²⁷ *R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30.

opposants présents aux militants du passé qui ont voulu contrer l'obtention de droits et libertés, un moyen efficace de disqualification et de domination. L'exemple de Bastien de 1981 décrit plus tôt au sujet du gouvernement Trudeau qui peint les premiers ministres provinciaux en hommes blancs qui veulent ramener les femmes au XIX^e siècle est représentatif de cette tactique. Faire taire des opposants est une chose, changer leur perception est autre chose surtout quand, pour y parvenir, l'outil est l'humiliation, un moyen peu convaincant qui isole. L'utilisation d'un outil de ce genre, un manichéisme de gagnant et perdant, ne peut qu'avoir un impact négatif sur les liens politiques et sociaux. Vouloir faire avaler une solution par la force procure, possiblement, un bénéfice à court terme, mais à plus long terme ses conséquences sur la cohésion et l'intégration sociale sont moins avantageuses. À moins que la cohésion et l'intégration sociale ne soient pas l'objectif. Laforest écrit que Foucault conçoit une telle dynamique comme une forme de guerre au sein de la société :

L'absence d'extériorité des êtres humains par rapport aux relations de pouvoir, la circulation constante de ces dernières dans le corps social, et la répétition des collisions entre pouvoir et résistance ont entraîné Foucault à souder étroitement les phénomènes de la guerre et de la politique, à songer à l'inversion de la formule clausewitzienne selon laquelle la guerre était la continuation de la politique par d'autres moyens.⁴²⁸

Avec la menace constante d'une peur de perdre un acquis ou de subir les conséquences de son choix de méthode, cela catalyse une accentuation de la position de minorité/victime nécessitant la protection de la Cour. Un processus circulaire entraînant un isolement grandissant que nous commencerons à analyser dans les prochaines sections avec l'égalité et l'individualisme. Est-ce que cette façon de segmenter la société a une influence sur les requêtes à la Cour suprême? Est-ce que cela engendre un sentiment de guerre civile de basse intensité?

⁴²⁸ Guy Laforest, *op. cit.*, 1988, p. 93.

Baxi s'interroge sur la source de ce type de multiculturalisme, justifié par la segmentation, associé aux droits et libertés : « La question n'est pas seulement une question de communication à travers des frontières, mais de discerner, premièrement, les forces qui créent ces frontières. »⁴²⁹ Nous avons déjà dit que les groupes qui ont généré les causes permettant de créer la jurisprudence initiale de la *Charte* ont été financés par l'exécutif canadien; quel impact cette segmentation particulière, approuvée par ce pôle de pouvoir canadien, a-t-elle eu? La réponse à cette question sera maintenant proposée avec l'étude des assises de la *Charte* que sont l'égalité et le particularisme de l'individualisme chartiste. Une autre partie de la réponse sera donnée, dans le chapitre IV, avec la connexion de savoir-pouvoir entre l'exécutif canadien (pouvoir) et l'agenda judiciaire chartiste (savoir).

3.3 L'égalité et la *Charte*

Pour Burnam, l'égalité viendrait aux prix d'une perte de liberté. Cette constatation a une plus lourde conséquence que seulement la perte de liberté; l'égalité sert aussi d'outil de distraction. Expliquons brièvement. La recherche de l'égalité, comme celle entre hommes et femmes ou entre les couples hétérosexuels et ceux de même sexe, est essentielle. Russell considère que les gais et lesbiennes, ainsi que les minorités linguistiques (anglophones)⁴³⁰ et les personnes handicapées, sont les principaux bénéficiaires des clauses sur l'égalité de la *Charte*.⁴³¹ Nous ne remettons pas cela en cause. Pourquoi, suivant la même logique, si peu de gains sur une période aussi importante, plus de trente ans?

⁴²⁹ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 186. Traduction libre de l'auteur.

⁴³⁰ À noter que cela n'inclut pas les minorités francophones canadiennes (au Québec et hors Québec). Brouillet précise sur cela : « Sous le couvert d'une uniformisation des politiques linguistiques au niveau de l'ensemble des provinces, on assiste en fait à un accroissement de l'écart qui existait déjà entre la situation des minorités francophones hors Québec, d'une part, et celle de la minorité anglophone québécoise, d'autre part. » Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p. 332.

⁴³¹ Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 303-304

Qu'en est-il des disparités économiques qui ont pris des proportions considérables au cours de cette période? Russell considère que la *Charte* n'aurait pas pu arrêter les forces néo-conservatives qui ont détruit le filet de l'État-providence au cours de cette période.⁴³² Nous reviendrons à l'occultation de l'économique dans la section 3.5. Comme le regret de Russell de ne pas avoir été attentif à la montée de la centralisation autour de l'exécutif canadien au cours de cette période chartiste, car l'attention était centrée sur la *Charte*, celle-ci a servi à autre chose, notamment, comme nous l'avons déjà évoqué, à faire reculer la démocratie. La lente distribution, ou l'allocation, des gains au niveau de l'égalité incluant les revendications associées à celle-ci, ont servi à encadrer non seulement le terrain de jeu déterminé, mais aussi à éviter « d'autres réclamations qu'ils ne sont pas prêts à accueillir » comme le dit Lajoie. Nous le montrerons avec le cheminement suivant. Premièrement, nous présenterons les définitions judiciaires d'égalité qui semblent avoir changé avec le temps selon le juriste Daniel Proulx et qui ne seraient même pas respectées par celle qui les a produites, la Cour suprême.⁴³³ Ensuite, nous analyserons la conséquence de la segmentation des citoyens déclenchée avec le déploiement des articles de la *Charte* sur l'égalité notamment la polarisation minorités/majorité. Un fractionnement que Brouillet considère comme une déterritorialisation, c'est-à-dire encourageant les citoyens à se rattacher au centre ignorant ainsi les frontières provinciales.⁴³⁴ Elle précise que cela va à l'encontre du principe fédératif canadien original. Cependant, le fractionnement favorise le lien avec le pouvoir central canadien,⁴³⁵ comme prévu. Pour terminer avec l'égalité, nous examinerons l'utilisation de celle-ci pour renforcer le déploiement d'un cadre permettant de limiter le terrain de jeu, un carré de sable favorisant non seulement une centralisation canadienne, mais aussi le

⁴³² *Ibid.*, p. 303.

⁴³³ Daniel Proulx, *op. cit.*, p. 257.

⁴³⁴ Eugénie Brouillet, *op. cit.*, p.328.

⁴³⁵ *Ibid.*, p. 328-329.

contrôle du jeu à l'intérieur des frontières de ce cadre notamment en séparant et isolant les joueurs, les citoyens, entre eux.

3.3.1 Les définitions chartistes de l'égalité

La définition chartiste de l'égalité a varié avec le temps et c'est ce que nous examinerons en premier. Les deux principaux arrêts de la Cour suprême régissant son application, *Andrews*⁴³⁶ en 1989 et *Law*⁴³⁷ en 1999, ont montré cette variation.⁴³⁸ Dans ce dernier jugement, le raisonnement au sujet de l'égalité se développe en trois étapes qui se résument à un questionnement sur la différence de traitement, la base de celle-ci et si cela constitue une discrimination.⁴³⁹ Pour Proulx, même après avoir actualisé sa définition et son processus avec l'arrêt *Law*, la Cour suprême semble utiliser ceux-ci selon son besoin : « [...] il semble bien que la Cour suprême ait "péché", c'est-à-dire qu'elle ait fait complètement fi de son propre schéma analytique, dans au moins quatre arrêts, soit *Delisle*, *Lovelace*, *Little Sisters* et *Therrien*. »⁴⁴⁰ Dans ces cas, la Cour a restreint (dans trois cas) ou élargi (dans un cas) sa définition et sa démarche⁴⁴¹ pour en arriver à son jugement. Si ce ne sont pas les paramètres de l'arrêt *Law* qui servent de balises pour l'égalité, quels sont-ils? Pour le cas d'exception qu'est l'arrêt *Delisle* de 2000, la Cour suprême semble avoir changé d'avis sur ce jugement en 2015 et elle accorde maintenant aux

⁴³⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

⁴³⁷ *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497.

⁴³⁸ Daniel Proulx, *op. cit.*, p. 185.

⁴³⁹ *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497 à la page 499. La démarche plus spécifique est : « La démarche que notre Cour a adoptée et qu'elle applique régulièrement relativement à l'interprétation du par. 15(1) repose sur trois questions primordiales : (A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? (B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? (C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité? »

⁴⁴⁰ Daniel Proulx, *op. cit.*, p. 257. Pour les arrêts : *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, [2007] 1 R.C.S. 38, *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 257-259.

employés de la GRC⁴⁴² le droit de se syndiquer.⁴⁴³ Nous pourrions dire que les deux requêtes ne visaient pas exactement les mêmes objectifs, mais comme l'indique la Cour dans l'arrêt *Law* au sujet du groupe cible de comparaison, le tribunal peut toujours « [...] lorsque la qualification de la comparaison par le demandeur n'est pas suffisante, le tribunal peut, dans le cadre du ou des motifs invoqués, approfondir la comparaison soumise par le demandeur lorsqu'il estime justifier de le faire. »⁴⁴⁴ La Cour peut modifier le groupe de comparaison selon ses besoins. En 2015, pour la Cour suprême, « [l]a GRC est la seule force policière au Canada n'ayant pas de convention collective qui régit les conditions de travail de ses agents. »⁴⁴⁵ Est-ce que c'était différent en 2000? Non, les principaux corps policiers canadiens étaient alors syndiqués depuis de nombreuses décennies. La Cour suprême aurait changé d'idée pour, entre autres, des raisons philosophiques :

Cependant, la décision rendue dans *Delisle* a précédé le changement d'orientation effectué par la Cour vers une interprétation généreuse et téléologique des relations de travail et elle portait sur une question différente de celle dont nous sommes saisis en l'espèce et sur des aspects plus restreints du régime de relations de travail que ceux en cause dans la présente affaire. En conséquence, il y a lieu de revoir la décision rendue dans *Delisle*.⁴⁴⁶

La juge en chef McLachlin évoque que plusieurs Cours occidentales ont modifié leur jurisprudence lorsque celle-ci n'était plus appropriée⁴⁴⁷ comme c'est le cas pour l'égalité. Qui devrait décider de l'orientation philosophique de la jurisprudence et des lois? Pour cette juge, l'égalité ne devrait pas être limitée à contrer la discrimination seulement : « [L]es dispositions d'égalité de l'article

⁴⁴² Gendarmerie royale du Canada.

⁴⁴³ Voir *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3.

⁴⁴⁴ *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497 à la page 500.

⁴⁴⁵ *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3 à la page 14.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 12 et 13.

⁴⁴⁷ Beverley M. McLachlin, op. cit., 1990, p. 59.

15 de la *Charte* peuvent être lues comme n'impliquant pas seulement la protection contre la discrimination, mais aussi le droit de recevoir des droits et privilèges de façon égale. »⁴⁴⁸ Elle ajoute la restriction suivante : cela n'inclura pas une interprétation qui pourrait impliquer une redistribution de richesse.⁴⁴⁹ En reprenant l'expression de Lajoie, les « intérêts dominants *incontrariables* » ne sont pas prêts à accueillir ce type de réclamation. Dans sa définition, la juge en chef, il faut le noter, associe l'expression « bénéfice de la loi » de l'article 15(1) avec « privilèges ». Comme les cas d'exceptions de Proulx le montrent, effectivement, l'égalité est un privilège et non un droit associé à la loi. Le contrôle de l'allocation et de la distribution de l'égalité, dans la société, est donc entre les mains de la Cour suprême qui utilise des paramètres qui demeurent malléables.

Un autre aspect de la définition de l'égalité par la Cour suprême est son sujet, la personne. La base de celle-ci est, selon la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Egan* (et repris dans l'arrêt *Law*), une personne abstraite : « [L]e point de vue pertinent est celui de la personne raisonnable, objective et bien informée des circonstances, dotée d'attributs semblables et se trouvant dans une situation semblable à celle du demandeur. »⁴⁵⁰ Ce genre de modélisation humaine permet de déployer des limites à un terrain de jeu : « Il est souvent soutenu que les bénéficiaires des droits de la personne, quand ils sont identifiés en tant qu'essence de ce qu'est un être humain, finissent dans la construction d'un humain universel anhistorique, donc constituant une vaste prison conceptuelle et critériologique. »⁴⁵¹ Cela va de pair, selon Labelle, avec des revendications de minorités qui sont de nature culturelle essentialisée. Le détachement, entre revendications essentialistes et société, sera discuté dans le chapitre V sur la virtualisation. Cependant, un deuxième élément de ce sujet

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 52. Traduction libre de l'auteur.

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 53.

⁴⁵⁰ *Egan c. Canada* [1995] 2 R.C.S. 513 à la page 553.

⁴⁵¹ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 134-135. Traduction libre de l'auteur.

abstrait, autre que celui de fixer dans une logique détachée du concret les termes qui permettront de gérer et d'encadrer le contenu des revendications, est qu'il définit et limite les termes à utiliser dans le discours chartiste. Il dicte le terrain de jeu que la Cour suprême est prête à considérer et en limite la marge de manœuvre à l'intérieur de celui-ci notamment en identifiant ceux qui pourront l'utiliser et sous quelle condition.

3.3.2 La segmentation chartiste des citoyens

La deuxième partie de notre analyse sur l'égalité porte sur la segmentation de ceux qui pourront, ou pas, présenter des requêtes acceptables pour la Cour suprême et les conséquences de cette façon de faire. Une délimitation qui est dans la nature de l'égalité, car celle-ci ne peut être évaluée qu'en comparaison.⁴⁵² La juge en chef McLachlin la définit ainsi dans l'arrêt *Andrews* : « C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte sociopolitique où la question est soulevée. »⁴⁵³ La *Charte* parle d'égalité pour tous et non seulement pour des groupes. Mais, pour la Cour suprême, « [...] l'art. 15 est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique dans notre société [...]. »⁴⁵⁴ Lorsqu'un citoyen se présente en Cour et qu'il est admissible à la protection selon la *Charte*, il devient ainsi un sujet de droit et n'est plus que le représentant de son groupe. Dans certains cas, il n'est qu'un pion sur un échiquier où sa cause n'est qu'une étape dans la stratégie d'autres groupes concernant d'autres enjeux. C'est le cas avec l'arrêt *Andrews* où la Cour recevait la demande d'un homme, avocat, n'ayant pas sa citoyenneté canadienne et qui voulait pratiquer

⁴⁵² Daniel Proulx, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁵³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 à la page 164.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, page 154.

le droit en Colombie-Britannique.⁴⁵⁵ L'intérêt des groupes qui ont présenté leur point de vue devant la Cour suprême était la définition de l'égalité (ex. de groupes : l'organisation Fonds d'action et d'aide juridique pour les femmes (LEAF) et la Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés). Pour Paul Eid, ce type de situation éloigne la cause, devant la Cour, de la *Charte* :

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 sociopolitique 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.⁴⁵⁶

À la Cour suprême, au cours de la période 1985-1993, les quatorze demandes, liées à la clause 15(1) de la *Charte*, qui ont été rejetées pour inadmissibilité, l'ont été « [...] en affirmant que la caractéristique invoquée soit ne se référait à aucun sentiment d'appartenance identitaire dans la réalité [...], soit ne correspondait pas à une "minorité vulnérable aux stéréotypes" [...]. Il s'ensuit que, dans chacune de ces causes, les juges n'ont même pas examiné si la loi incriminée avait un caractère discriminatoire à l'égard du requérant. »⁴⁵⁷ Par conséquent, l'égalité n'est que pour ceux que la Cour juge comme faisant partie d'un groupe défavorisé nécessitant de l'aide pour « [...] empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux [...] ». ⁴⁵⁸ Pour les autres, la protection de l'égalité par la *Charte* ne s'applique pas. C'est dans l'article 15(2) que la *Charte* évoque les groupes défavorisés et c'est seulement pour les programmes, lois et activités d'amélioration. Cet article n'est pas, comme le prétendent les juges de la Cour

⁴⁵⁵ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 26-27.

⁴⁵⁶ Paul Eid, *op. cit.*, p. 219.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 216-217.

⁴⁵⁸ *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497 à la page 500.

suprême du Canada, un guide permettant de segmenter les privilégiés pouvant se servir de la clause 15(1) « Égalité devant la loi, égalité de bénéfice et protection égale de la loi »⁴⁵⁹. Donald J. Galloway écrit « [...] il est possible d'identifier les intérêts qui déterminent le respect et la dignité. Cependant, le problème avec ce modèle est que les intérêts en question sont principalement déterminés par des conceptions dominantes qui peuvent différer de ceux des individus. »⁴⁶⁰ Celui qui est digne que l'on respecte son droit à être égal aux autres est donc dépendant des « intérêts dominants *incontrariables* ». Cette restriction de droits pour certains implique que les droits de la personne perdent leur justification éthique, une conséquence cachée, mais significative⁴⁶¹.

Un autre mot utilisé par la Cour suprême pour identifier les privilégiés de l'égalité est « victime ». Pour Galloway, l'égalité, et l'article 15(1) de la *Charte* sont pour les victimes passées et persistantes de la société.⁴⁶² Comme mentionnée par Jo-Anne Wemmers, un des contrecoups de cela est que même si une victime est libérée de la gestion du processus légal, elle devient dépendante de celui qui le gère.⁴⁶³ Une perte de contrôle de sa situation ainsi que sur la définition de la situation c'est-à-dire ce qu'est l'égalité pour elle. Elizabeth Foster note :

Même si on peut compter, dans la plupart des cas, sur le gros bon sens des juges des tribunaux inférieurs, on risque toujours que des questions sociales d'une grande envergure se rendent aux plus hautes instances où, semble-t-il, les titulaires se permettent une vision abstraite et individualiste des valeurs dominantes de notre société qui ne s'accorde pas toujours avec les objectifs plus

⁴⁵⁹ Titre de la section 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

⁴⁶⁰ Donald J. Galloway, « Three models of (In)Equality », *McGill Law Journal*, vol. 38 (1993), p. 64.

⁴⁶¹ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁶² Donald J. Galloway, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁶³ Jo-Anne Wemmers, *Introduction à la victimologie*, Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 2003, p. 18-19.

modestes, plus pratiques et plus « collectifs » de nos assemblées délibératives.⁴⁶⁴

Le bénéfice final du processus : on aboutit à une conception de groupes liée aux intérêts dominants, déterminée par la Cour suprême, plutôt qu'à une attention portée à la défense des personnes demandant de l'aide pour les problèmes qu'elles soumettent à la Cour. Une définition du processus pas nécessairement compatible avec la démocratie, mais une segmentation qui peut être modifiée selon le besoin. De plus, non seulement l'exécutif canadien a participé, avec le programme de contestation, à former la base de cette segmentation comme nous l'avons déjà évoqué, mais selon un responsable du programme de contestation (rapporté par Cardinal), le gouvernement en 1985 avait l'intention que les droits à l'égalité demeurent sans signification ou sans contenu lors du déploiement de la *Charte*.⁴⁶⁵ Par la suite, l'indépendance éventuelle de ce programme de l'exécutif canadien lui fixera une cible différente : « Le but visé n'est pas d'obtenir des solutions individuelles, mais d'apporter des changements d'ordre collectif et de privilégier une démarche communautaire axée sur les besoins des groupes et sur le développement des droits des minorités linguistiques et des groupes défavorisés. »⁴⁶⁶ Cette approche de distribution de droits de la personne à l'intérieur des réseaux et arènes nationaux représente une forme de guerre civile : « Les droits de la personne deviennent la poursuite de la politique – et même l'agression et la guerre – par d'autres moyens. »⁴⁶⁷ La *Charte* favorise les comportements extrémistes (en comparaison avec la modération) et cela évoque une certaine forme de conflit civil permanent. Pour Cardinal, « [...] exiger l'application du principe universaliste et celui de la souveraineté des individus à l'ensemble de la société [...] est] une certaine forme de populisme

⁴⁶⁴ Elizabeth Foster, *op. cit.*, p. 254-255.

⁴⁶⁵ Linda Cardinal, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 58.

⁴⁶⁷ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 57. Traduction libre de l'auteur.

des droits. »⁴⁶⁸ La démocratie populiste comme méthode de gouvernement serait révolue, mais pas le populisme des droits⁴⁶⁹. En quoi des droits non-écrits (jurisprudence précisant les détails de la *Charte*) sont-ils immanents et supérieurs à la volonté démocratique de ceux qu'ils encadrent, la population? Comment les Québécois peuvent-ils accepter une telle suprématie d'interprétation quand ils viennent de rejeter les interprètes d'une religion ayant un texte sacré, la Bible, qui était utilisé pour leur dicter la marche à suivre. Est-ce le cas d'un transfert d'une déité à une autre? Baxi exprime la même idée à sa façon : « [...] "l'hégémonie" émergente des discours de droits de la personne présentée de diverses façons comme une nouvelle religion civique [...] ».⁴⁷⁰ Pour le reste du Canada, ils ne viennent pas de vivre une Révolution tranquille qui a rejeté cette forme de domination? C'est autre chose. Certains l'ont qualifié de nouveau lien (ou nouvelle ferveur) entre les citoyens et la création d'une identité canadienne. Nous y reviendrons.

Ces interprètes de la *Charte* disent que c'est la nature de notre société démocratique, elle n'évolue pas assez rapidement à leur goût pour promouvoir l'égalité. Ils savent donc ce qu'est son intérêt fondamental et cette élite intolérante, pour reprendre l'expression de Lasch, va les y conduire de force si nécessaire. Cette société doit être protégée d'elle-même, et ce rapidement. Nonobstant cette attitude outrecuidante, est-ce dans l'intérêt supérieur des bénéficiaires de cette égalité officielle? Pour être admissible à une protection de la *Charte*, un groupe doit s'identifier à une particularité, une différence d'avec « les autres ». Si la différence est assez importante pour le groupe ciblé, le reste de la société devra s'y faire et modifier ses manières. Ce n'est pas une négociation ou une entente, c'est une victoire en Cour et le perdant est identifié à quelqu'un qui minait les droits et libertés de la personne. Le gagnant obtient la position morale supérieure avec le respect de sa requête élevé au niveau

⁴⁶⁸ Linda Cardinal, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁶⁹ Primauté des droits de l'individu sur les droits de la majorité démocratique.

⁴⁷⁰ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. xi. Traduction libre de l'auteur.

d'un droit de la personne et le perdant subit une fin de non-recevoir. Ce type de situation ne peut qu'accentuer les frontières et l'éloignement entre groupes et entre citoyens.

Qu'en est-il de l'importance des décisions judiciaires sur les façons de faire des autres citoyens? C'est peut-être, pour eux, la perte d'un acquis du passé aussi important que celui que la minorité vient d'obtenir. Comme souligné plus tôt par la Ligue des droits et libertés, avec ce type de découpage, nous faisons tous partie d'une minorité et cette façon de segmenter nous isole. L'ironie de la situation, c'est que les revendications de minorités sont exigées pour renforcer l'identification et l'inclusion de leurs membres et leurs particularités. Cependant, en agissant ainsi, ils brisent l'identification et l'inclusion avec les autres membres de leur société. Pour le philosophe Jacques Derrida, cela est représentatif des résultats de la façon de faire d'un gouvernement coercitif : « Les gouvernements d'oppression font tous le même geste : rompre la présence, la coprésence des citoyens, l'unanimité du "peuple assemblé", créer une situation de dispersion, tenir les sujets épars, incapables de se sentir ensemble dans l'espace d'une seule et même parole, d'un seul et même échange persuasif. »⁴⁷¹ Cette façon de faire essentialise la tolérance de l'autre tout en conservant les principaux piliers dominants⁴⁷² notamment l'inégalité économique (ex. pour les femmes). C'est ce qu'Ignatieff, reprenant les propos de Sigmund Freud, identifie comme la protection de différences mineures narcissiques.⁴⁷³ Pour Freud, tant qu'il y a d'autres personnes externes à qui se comparer et se distinguer, l'hostilité peut s'installer en comparaison.⁴⁷⁴ Baxi dit sensiblement la même chose, « [...] les définitions nationales de droits des minorités deviennent des champs de contestations

⁴⁷¹ Jacques Derrida, *De la grammatologie*, Paris : Les Éditions de Minuit, 1967, p. 199.

⁴⁷² Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁷³ Michael Ignatieff, *Blood and Belonging*, London : BBC Books, 1993, p. 21. Cette analyse de Sigmund Freud est aussi reprise par Baxi (Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 189). Pour la définition du concept, voir Sigmund Freud, 1929, *Malaise dans la civilisation* (traduit par Ch. et J. Odier), Paris : Les Presses Universitaires de France, 1971, p. 45.

⁴⁷⁴ Sigmund Freud, *op. cit.*, p. 45.

d'un point de vue universel abstrait et d'un point de vue particulier abstrait. »⁴⁷⁵ Dans cette situation, l'aspect différentiateur, détaché de la réalité, sera perpétué et assurera la continuité du facteur d'exclusion et de la différence. Cette approche encourage la division plutôt que l'intégration.⁴⁷⁶ Ce n'est pas une décision démocratique où l'on poursuit la discussion après une entente, c'est une victoire judiciaire, mais avec l'aide d'une force externe, la Cour suprême. Conserver un acquis obtenu avec l'aide d'une force externe nécessitera la présence permanente de celle-ci. Un des problèmes de cette approche est qu'il est plus difficile d'intégrer ce type d'acquis dans la société. Rien n'est dit par les perdants pour éviter une stigmatisation associant ceux-ci aux gens intolérants qui transgressent les droits de la personne, mais un blocage passif s'installe. Cela maintient une résistance, on peut le déduire, à ce que l'homosexualité puisse devenir tout simplement usuelle comme l'hétérosexualité. En 1968, le politique avait déjà décidé que ce n'était plus l'affaire de l'État. Quarante-sept ans plus tard de décisions principalement chartistes n'ont toujours pas réussi à la rendre usuelle dans la vie de tous les jours.

Pour une communauté ou un groupe, l'acceptation entraîne parfois une perte d'attention, de particularité, d'être différent. Pour l'Occident, vouloir être différent est primordial et c'est souvent une source de déclaration d'existence. Les plus petites différences génèrent des interprétations démesurées de distinction, d'affirmation et de rejet. Nous n'avons qu'à mentionner l'insignifiance de la pigmentation de la peau. L'acceptation peut aussi être un problème pour la gouvernance étatique notamment avec la diminution du besoin d'être protégé par celle-ci. Des coûts d'opportunité possibles associés à l'utilisation de la *Charte* incluent la possibilité que l'adoption, par la société, prenne moins de temps, que la spécificité devienne « normale », et qu'entre temps, la dépendance diminue envers le gouvernement. La certitude formelle

⁴⁷⁵ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 190. Traduction libre de l'auteur.

⁴⁷⁶ Charles Blattberg, *op. cit.*, p. 124.

juridique pourrait avoir un prix. Par exemple, l'égalité formelle au prix de la liberté et de l'égalité de fait. Morton et Knopff ajoutent que cette façon de conceptualiser la liberté implique que « [...] la liberté existe due à la loi et l'État et non parce qu'elle est protégée par ceux-ci. »⁴⁷⁷ Un renversement, car maintenant le droit serait vu comme la nouvelle façon de vivre, la base de la vie et de la sorte le nouveau salut du citoyen.

3.3.3 L'encadrement chartiste par l'égalité

Cet effort d'encadrement de l'égalité par le droit permet le maintien, en reprenant l'expression du philosophe Emmanuel Kant, de l'humanité dans une situation de minorité.⁴⁷⁸ Elle le fait à l'intérieur du terrain de jeu et non seulement en contrôlant les frontières délimitant celui-ci. Cela représente notre troisième facteur d'analyse de l'égalité c'est-à-dire l'encadrement à l'intérieur du carré de sable. Nous avons vu une partie de ce contrôle interne avec la distribution de privilèges et de revendications acceptées par la Cour suprême, le tout permettant de maintenir une séparation et une interaction conflictuelle entre les citoyens ainsi qu'entre leurs regroupements et minorités au sein de la société. Selon l'analyse de Baxi, « [...] la conversion constante de besoins en droits suppose que le régime des droits est le mécanisme principal pour organiser le bien-être des personnes. »⁴⁷⁹ Ce régime peut ainsi distribuer le salut selon ses priorités c'est-à-dire selon les objectifs de la Cour. L'exemple de Lajoie est éclairant : « [...] les objets désirés et les enjeux visés par leur démarche [(les minorités sociales)] sont moindres que ceux qui font l'objet des réclamations des minorités politiques et moins menaçantes pour l'intégrité de

⁴⁷⁷ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 71. Traduction libre de l'auteur.

⁴⁷⁸ Michel Foucault, « Qu'est-ce que la critique? Compte rendu de la séance du 27 mai 1978 », *op. cit.*, p. 40. À noter que Foucault ajoute que la connaissance et la religion sont les deux autres points, avec le droit, qui participent à maintenir les humains dans un état de minorité.

⁴⁷⁹ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 108. Traduction libre de l'auteur.

l'État. »⁴⁸⁰ La distribution se fait de façon asymétrique et sélective permettant la conservation du régime, un des nouveaux rôles de la Cour suprême.

Un autre élément d'encadrement à l'intérieur de la société est celui de soustraire la définition et les balises du débat sur l'égalité de l'actualité (présent). En transférant le sujet et les revendications au niveau essentialiste, où la Cour suprême domine avec ses jugements, c'est un transfert vers le virtuel. La définition de Dubey pour ce processus est la suivante : « Traduction matérielle d'une vision abstraite de la vie, idéalisme qui prend appui sur la réalité solide des techniques pour se donner des allures de vérité [...]. »⁴⁸¹. Le chapitre V se consacrera à cet aspect, la virtualisation des liens sociaux et politiques qui a, notamment, un impact sur le dialogue entre les joueurs dans le terrain de jeu. Et, finalement, le dernier élément de ce contrôle interne du terrain de jeu que nous examinons, pour l'égalité, est son utilité comme outil de camouflage. Non pas que ce type d'outil soit limité à l'égalité, mais cette dernière représente une vitrine intéressante pour montrer son *ustensilité* (*Util*). Par *ustensilité*, nous voulons dire, en reprenant Martin Heidegger, « une délimitation préalable de ce qui fait d'un outil un outil »⁴⁸²; il sert comme porte d'entrée et de déploiement aux valeurs dominantes notamment avec la tactique de l'occultation par les détails. Nous en avons déjà discuté notamment avec les intérêts dominants occultés et enfouis dans un « texte lisse des bons motifs, des conclusions acceptables et des raisonnements déductifs ». Cela a permis de situer le discours des jugements sur l'égalité à l'intérieur de la place prise par les intérêts dominants *incontrariables*. Cela a aussi déplacé le discours des joueurs de la société (les citoyens et les minorités) vers les extrêmes, un déplacement vers un langage spécialisé et ensilé pour experts, vers les petites spécificités narcissiques pour reprendre l'expression de Freud, loin d'une

⁴⁸⁰ André Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 33-34.

⁴⁸¹ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁸² Martin Heidegger, *Être et temps* (traduit par Emmanuel Martineau), éditions numériques hors commerce, 1985, p. 73. Récupéré de <http://www.oocities.org/nythamar/etretemps.pdf>.

analyse permettant de saisir la stratégie globale mise de l'avant pour intégrer les intérêts dominants dans les façons de faire de la société. Un exemple est de permettre de justifier des inégalités sans pour autant les qualifier ainsi. Pour le faire, le juge « [...] ferme les yeux sur un aspect qui existe dans la réalité et c'est là l'abstraction. On ferme les yeux sur les rapports de pouvoir eux-mêmes. Sinon, tout l'édifice s'écroulerait. [...] Ce n'est qu'en faisant abstraction des scandaleux effets de l'inégalité de pouvoir que les juges peuvent faire leur travail. »⁴⁸³ C'est ce que Smith reproche à une analyse limitée au contenu des jugements des Cours, car ceux-ci ignoreraient le déséquilibre du pouvoir au niveau social, économique et politique entre les groupes, mais c'est justement l'effet de ces jugements qui est important. Le raisonnement judiciaire peut ignorer le déséquilibre et juger à partir d'une abstraction enfouie dans des finesses, mais à l'extérieur de la réalité. Il peut donc avoir des effets de pouvoir permettant ainsi de conserver la prédominance désirée. Nous venons de voir, la Cour contrôle la définition de l'égalité et la sélection des privilégiés, des minorités ayant une segmentation particulière approuvée dont les différences accentuées par la *Charte* leur permettent de se distinguer et même d'être dissociés du reste de la société, de l'autre. On ne parle pas d'une segmentation qui pourrait les unir contre, par exemple, la disparité des richesses que nous analysons plus tard avec l'occultation de l'économique. Le tout offre une marge de manœuvre considérable à la Cour pour choisir ses interlocuteurs et comment ils vont s'assembler, mais avec l'aide de la branche exécutive gouvernementale qui subventionne certains regroupements et contrôlent en partie l'agenda. Nous analysons cette connexion de savoir-pouvoir, le lien entre l'exécutif et l'agenda chartiste, dans le prochain chapitre. Cet exercice sur l'égalité ne fait que toucher à la surface de la problématique : « Au mieux, les Cours vont abolir les derniers vestiges de la discrimination ouverte gouvernementale, comme le traitement des femmes dans les Forces

⁴⁸³ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 104-105.

armées, et ainsi servir à dévier l'attention des manifestations plus endémiques de l'injustice sociale. »⁴⁸⁴ Ce type d'inégalités fait partie des sujets qu'elles ne sont pas prêtes à considérer.

3.4 L'individualisme et la *Charte*

Avec ce changement de cible de l'article 15(1) de la *Charte* sur l'égalité de l'individu vers les minorités, qu'en est-il de la personne, car ce n'est pas la *Charte canadienne des droits et libertés* des groupes ou des minorités. Autant la juge Wilson⁴⁸⁵ que la juge en chef McLachlin⁴⁸⁶ parlent d'une *Charte* qui se positionne en rempart entre l'État et l'individu. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, le juge en chef Dickson (alors juge puîné) dit que la *Charte* vise « [...] la protection constante des droits et libertés individuels. »⁴⁸⁷ Dans celle-ci, les mots « chacun » et « citoyen » sont utilisés pour indiquer à qui s'appliquent les différents articles. Clairement ici, c'est une *Charte* pour les individus. Nous examinons cet entremêlement du discours de l'individualisme associé à la *Charte*. Nous considérons pourquoi les libertés sont associées aux individus (et aux personnes morales) et l'égalité est limitée aux minorités. Cette segmentation liberté-égalité permettra aussi de discuter de ce qui semble être un débat ou encore une opposition entre les droits des individus d'un côté, et les droits sociaux et des collectivités de l'autre. Pour la Cour suprême, comme la présente Mandel, ce sont les élus qui ont le pouvoir constituant, les individus ont alors peu d'importance pour elle. C'est en porte à faux avec les déclarations de la juge Wilson et de la juge en chef McLachlin ainsi que pour Ronald Dworkin pour qui : « Un juge, à l'abri des exigences de la majorité politique contre les intérêts de laquelle ce droit va servir d'atout est, par

⁴⁸⁴ Andrew Petter, *op. cit.*, 1986, p. 505. Traduction libre de l'auteur.

⁴⁸⁵ Bertha Wilson, *op. cit.*, 1986, p. 239.

⁴⁸⁶ Beverly McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 51.

⁴⁸⁷ *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la page 155.

conséquent, dans une meilleure position pour évaluer l'argument. »⁴⁸⁸ La Cour serait mieux placée pour interpréter la *Charte* qui protège les individus de l'État. On arrive au deuxième facteur de notre étude de l'individualité où nous analyserons l'incompréhension du droit, selon Foucault, à l'égard des nouvelles luttes politiques des individus :

C'est la vie beaucoup plus que le droit qui est devenue alors l'enjeu des luttes politiques, même si celles-ci se formulent à travers des affirmations de droit. Le « droit » à la vie, au corps, à la santé, au bonheur, à la satisfaction des besoins, le « droit », par-delà toutes les oppressions ou « aliénations », à retrouver ce qu'on est et tout ce qu'on peut être, ce « droit » si incompréhensible pour le système juridique classique, a été la réplique politique à toutes ces procédures nouvelles de pouvoir qui, elles non plus, ne relèvent pas du droit traditionnel de la souveraineté.⁴⁸⁹

Est-ce que la *Charte* fait sienne cette incompréhension ou est-elle une logique visant à relever les défis que posent ces nouveaux enjeux politiques des individus? On pourrait aussi se demander comment vendre aux citoyens l'impression d'une liberté et d'une égalité accrue avec la *Charte* malgré le déséquilibre des rapports de pouvoir qui rendent ces droits relatifs, car les juges doivent fermer les yeux sur ces rapports qui existent dans la réalité pour justifier les inégalités.⁴⁹⁰ Selon Mandel, les juges repositionnent ceux-ci dans le carré de sable en « [...] disant d'eux qu'ils sont "mérités", ou encore qu'ils sont "volontaires", "librement choisis", et ainsi de suite, sans jamais se demander si ces rapports peuvent procurer quelque bien-être à qui que ce soit. »⁴⁹¹ Selon le point de vue des juges, mais qu'en est-il des citoyens? Pour répondre à cette question, notre troisième axe d'analyse s'arrêtera à ce qu'il faut bien appeler la tendance à vouloir rendre acceptable (pratique) ces droits et libertés d'une

⁴⁸⁸ Ronald Dworkin, *Prendre les droits au sérieux* (traduit de l'anglais par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare), Paris : Presses Universitaires de France, 1995 p. 159.

⁴⁸⁹ Michel Foucault, *Histoire de la sexualité, vol. 1 : La volonté de savoir*, Paris : Gallimard, 1976, p. 191.

⁴⁹⁰ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁹¹ *Idem.*

façon à les présenter plus digestibles par les médias de masse et ceux qui forment leur public, les individus. Ainsi nous tenterons de répondre à la question : comment vendre (et emballer) individuellement les droits et libertés pour qu'ils soient plus attrayants pour chacun?

3.4.1 Le chartisme face aux libertés individuelles et à l'égalité des minorités

Sur la dualité liberté/individu et égalité/minorité, nous avons déjà défini le concept de minorité et ce qu'il représente pour la Cour suprême. L'arrêt *Law* identifie ces minorités comme suit : « Les effets d'une loi par rapport à l'objectif important du par. 15(1) pour ce qui est de la protection des personnes et des groupes qui sont vulnérables, défavorisés ou qui sont membres de "minorités distinctes et isolées", doivent toujours constituer une considération majeure. »⁴⁹² Des minorités qui sont retenues par un bourreau quelconque. Un bourreau qui est certainement étatique, car la *Charte*, de l'aveu de la Cour suprême, ne peut pas intervenir dans des litiges privés. En reprenant l'exemple de la discrimination basée sur l'orientation sexuelle, nous avons montré que ce n'est pas le cas si la Cour suprême décide d'intervenir. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, la Cour indique que la *Charte* influencera l'évolution de la *Common Law* applicable dans des litiges privés :

Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *Common Law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *Common Law*.⁴⁹³

Lajoie nous propose, pour le terme minorité, la définition du juriste Francesco Capotorti (ancien avocat général de la Cour de justice de l'Union européenne) :

⁴⁹² *Law c. Canada*, [1999] 1 R.C.S. 497 à la page 501.

⁴⁹³ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 à la page 603.

Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un État, possédant, du point de vue ethnique, religieux ou linguistique, des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestant, de façon même implicite, un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue.⁴⁹⁴

Quand est-il de la définition de l'individu selon la *Charte*, à travers les yeux de la Cour suprême? Dans l'arrêt *Irwin toy ltd. c. Québec (P. G.)*⁴⁹⁵, la Cour suprême a défini la portée du mot « chacun » en utilisant l'article 7 de la *Charte* sur les garanties juridiques que sont la vie, la liberté et la sécurité :

En effet il nous semble que, pris globalement, cet article avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. Une lecture ordinaire, conforme au bon sens, de la phrase "[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne" fait ressortir l'élément humain visé; seul un être humain peut avoir ces droits. Le terme "chacun" doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains.⁴⁹⁶

Pour la Cour, la définition du mot « chacun » est dépendante de son contexte dans la *Charte*. Dans l'arrêt *Singh et al. c. M.E.I.*⁴⁹⁷, le mot « chacun » est étendu pour inclure plus que les citoyens : « Le mot "chacun" employé à l'art. 7 englobe toute personne qui se trouve au Canada et qui, de ce fait, est assujettie à la loi canadienne. »⁴⁹⁸ Les juges de la Cour suprême ajoutent aussi les personnes morales. Voici un exemple qui revête une grande importance pour le Québec, l'arrêt *Ford*⁴⁹⁹, où, au nom de la liberté d'expression commerciale, la Cour suprême a rejeté une partie de la *Charte de la langue*

⁴⁹⁴ Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 23. Citation prise dans Francesco Capotorti, *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, Document des Nations Unies : E/CN.4/Sub.2/384/Rev. 1, New York : Nations Unies, 1979, p. 7 et dans l'Annexe II.

⁴⁹⁵ *Irwin toy ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 1004.

⁴⁹⁷ *Singh et al. c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 179.

⁴⁹⁹ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

française du Québec (la loi 101). Dans ce cas-là, elle a ajouté l'aspect commercial à la liberté d'expression de la *Charte* : « Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. »⁵⁰⁰ La liberté d'expression est une liberté fondamentale pour « chacun » selon l'article 2 de la *Charte*. Pour David Schneiderman : « Les causes liées à l'expression commerciale, en contraste avec l'approche judiciaire envers le piquetage secondaire qui supporte le boycottage de consommateurs, suggèrent une partialité en faveur des relations sociales de production. »⁵⁰¹ L'ironie de la situation est que la définition de piquetage secondaire dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*⁵⁰² (le jugement a confirmé l'interdiction du piquetage secondaire) sera réutilisée par la Cour suprême dans l'arrêt *Ford* pour justifier le rejet de la *Charte de la langue française* en faveur de l'expression commerciale :

En concluant dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, que le piquetage secondaire constituait une forme d'expression au sens de l'al. 2b), la Cour a reconnu que la liberté d'expression garantie par la Constitution englobait une forme d'expression qui ne pouvait être qualifiée d'expression politique au sens traditionnel, mais qui était plutôt de la nature d'une expression ayant un but économique.⁵⁰³

Nous reviendrons sur ce qui constitue une expression commerciale dans la prochaine section, l'occultation de l'économique par la *Charte*.

Russell rappelle qu'initialement, pour de nombreux intervenants dans le débat entourant son enchâssement, l'interprétation de la *Charte* devra progresser avec le temps : « La *Charte* n'était pas envisagée comme un instrument rigide qui ne ferait que simplement protéger la liberté et l'égalité

⁵⁰⁰ *Ibid.*, paragraphe 59.

⁵⁰¹ David Schneiderman, *op. cit.*, p. 230. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁰² *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573.

⁵⁰³ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 au paragraphe 55.

dont les Canadiens jouissent. Non, la *Charte* devait augmenter la liberté et accroître l'égalité, et ainsi, améliorerait la qualité de la démocratie canadienne. »⁵⁰⁴ Pour la liberté, ce politologue statue qu'après toutes ces années, il y a eu peu de progrès au niveau de la liberté d'expression et de la religion, mais que l'expression commerciale et la liberté pornographique sont les grands gagnants.⁵⁰⁵ Au niveau criminel, même si Russell croit que la justice s'est améliorée⁵⁰⁶, le juriste Stéphane Beaulac y voit plutôt une régression : « L'interprétation stricte en droit pénal a été reléguée au second plan, a été diluée dans un sens, en faisant entrer en jeu un raisonnement du type "pondération" des intérêts des individus et de ceux de la société en général. »⁵⁰⁷ Cette approche par pondération n'est pas nouvelle, où « [...] le tribunal doit pondérer les intérêts individuels et ceux de la société [...] »⁵⁰⁸, mais la *Charte* en a accentué l'utilisation.⁵⁰⁹

Pour la liberté, tout comme pour l'égalité, les gains sont plutôt mitigés et limités à certains. Mais qu'en est-il lorsqu'il y a conflit entre ceux-ci? Dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio Canada*, la Cour suprême répond que : « Lorsque deux droits sont en conflit, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux droits. Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique des droits, [...]. »⁵¹⁰ Selon elle, le tout doit se faire en pondérant les valeurs que la *Charte* promet de façon intrinsèque.⁵¹¹ À première vue, il n'y aurait pas de hiérarchisation des droits. Cela implique aussi que tous les droits et libertés ainsi que les revendications se retrouveraient au même niveau, de façon imbriquée : « Notre *Charte*

⁵⁰⁴ Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 302. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁰⁵ *Idem.*

⁵⁰⁶ *Idem.*

⁵⁰⁷ Stéphane Beaulac, « Commentaire : Les dommages collatéraux de la Charte canadienne en interprétation législative », *Les Cahiers de droit*, vol. 48/4 (2007), p. 754.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 754-755.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 756.

⁵¹⁰ *Dagenais c. Société Radio Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 à la page 839.

⁵¹¹ Un exemple parmi tant d'autres : *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 RCS 156 à la page 157.

constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où "chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments." »⁵¹² C'est la Cour suprême qui analyse et décide du sort du conflit qui résulte inévitablement de la primauté d'un droit sur un autre, le tout en respectant les valeurs de la *Charte* selon sa propre interprétation. Un exemple, évoqué plus tôt, concernant l'égalité est que, pour la Cour suprême, l'évaluation des valeurs doit se faire à partir du point de vue de la minorité visée. Selon Mary Ann Glendon, en reprenant le résumé qu'en fait Morton et Knopff, cette approche va favoriser les minorités aux extrêmes de l'échiquier politique : « Sur le plan du processus politique, l'étude comparative de Mary Ann Glendon de la loi sur l'avortement dans vingt démocraties occidentales montre que le processus législatif habituellement tend vers une coalition de minorités modérées nécessaire pour créer une majorité législative tandis que la politique judiciaire tend vers des minorités aux extrêmes du continuum politique. »⁵¹³ Pour Glendon, les mouvements pro-vie et pro-choix représentent des extrêmes et, selon elle, leurs positions ne sont pas appuyées par la majorité de la population étatsunienne comme les sondages semblent le dire.⁵¹⁴ Où est l'équilibre entre les différents groupes de la société? La question que nous avons soulevée plus tôt sur l'absence d'évaluation, de la part de la Cour, de l'importance d'une décision judiciaire sur les façons de faire des autres citoyens de la société (autre que la minorité visée) reste toujours pertinente. Si cela semble montrer une certaine hiérarchisation des droits pour la *Charte* entre des droits individuels et des droits pour les groupes, dans l'arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, la

⁵¹² *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 RCS 350 à la page 365.

⁵¹³ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 163. Traduction libre de l'auteur. Pour l'information dans le texte de Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*, Cambridge : Harvard University Press, 1987, p. 40.

⁵¹⁴ Mary Ann Glendon, *op. cit.*, p. 40-41.

Cour suprême dit qu'en cas de conflit, il faut concilier les droits et libertés des individus avec le bien collectif.⁵¹⁵

On a décrit plus tôt ce nouveau rôle d'arbitre que la *Charte* accorderait à la Cour suprême pour départager « la poursuite du bien-être collectif et le respect des droits individuels ». C'est l'objectif de l'article 1 de la *Charte* de guider cette segmentation, c'est-à-dire que la restriction d'un droit ou d'une liberté de la *Charte* ne peut se faire « [...] 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. »⁵¹⁶ De plus, l'arrêt *Oakes* encadre tout cela en formulant un test pour déterminer l'admissibilité d'une telle limite, un test que la partie voulant restreindre ou limiter un droit doit satisfaire.⁵¹⁷ Voici un résumé des étapes de ce test : « [...] (1) la loi doit visée un objectif important; (2) la loi doit être rationnellement liée avec l'objectif; (3) la loi ne doit pas porter atteinte au droit garanti plus que nécessaire pour satisfaire l'objectif; (4) la loi ne doit pas avoir un effet disproportionnel sévère sur les personnes à qui elle est appliquée. »⁵¹⁸ Ce test sera modifié par la suite notamment dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*⁵¹⁹. Pour Taylor, l'importance accordée à l'individu, qui est placé au même plan que la société, menace le vivre ensemble : « Ainsi, le principal défi qui se pose aux sociétés libérales contemporaines comme la nôtre semble découler de ce qu'elles sont des républiques de citoyens, dont la dimension "communautaire" de la vie moderne, tant familiale qu'étatique, est menacée par des perspectives

⁵¹⁵ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 RCS 156 à la page 194.

⁵¹⁶ *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.*, article 1, Garantie des droits et libertés.

⁵¹⁷ *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103 aux pages 105-106.

⁵¹⁸ Peter Hogg et Alison Bushell, *op. cit.*, 1997, p. 85. Traduction libre de l'auteur.

⁵¹⁹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 à la page 839. « Cette norme reflète l'essence du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*, qui lui-même devrait être reformulé de manière à reconnaître, à la troisième étape du volet proportionnalité, qu'il doit y avoir proportionnalité non seulement entre les effets préjudiciables des mesures restreignant un droit ou une liberté et leur objectif, mais également entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques. »

"atomistiques". »⁵²⁰ Pour la Cour, c'est une *Charte* pour les individus. Elle vise des perspectives individuelles même si plusieurs exemples, notamment sur l'égalité pour les minorités ou encore l'éducation des minorités linguistiques, montrent un exercice de segmentation et de regroupement effectué avec l'approbation de la Cour suprême et occasionnellement avec l'appui de l'exécutif. Pour Foster, « [...] l'interprétation jurisprudentielle des droits de la *Charte* suggère qu'en opposant les "droits individuels" aux "droits collectifs", il ne s'agit pas nécessairement d'une distinction entre l'individu et le groupe [...]. »⁵²¹ C'est plutôt une tendance, encore en développement, de vouloir déployer une nouvelle technique de gestion sociale juridique.⁵²² Un outil qui a pour résultat que « [...] le champ d'application de la *Charte* devient illimité - à un point où de fortes entraves seraient posées au bon fonctionnement des parlements de notre société "libre et démocratique". »⁵²³ Si l'outil, *Charte*, veut supplanter les parlements, la liberté et l'égalité sont donc des instruments utiles. Dans le cas de la liberté, elle est encadrée et malléable, ce qui permet d'éviter des sujets plus délicats (comme l'activité économique). Baudrillard l'expose comme suit : « [...] l'exigence de "liberté" n'est jamais que celle d'aller plus loin que le système, mais dans le même sens. »⁵²⁴ Pour ce qui est de l'égalité, elle a été limitée à certains groupes qui demeurent liés à l'institution qui répond aux revendications et dont l'exercice, le chartisme, les essentialise, les rend plus extrêmes et, en conséquence, les isole encore plus. Nous y reviendrons dans notre étude de la virtualisation de la société. La liberté et l'égalité sont deux moyens qui permettent de s'insérer dans les activités et interactions des individus dans la société.

⁵²⁰ Charles Taylor, « Des avenir possibles : la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XXe siècle », in *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, sous la dir. Alan Cairns et Cynthia Williams, p. 207-257, vol. 33 des annexes du Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, p. 231.

⁵²¹ Élisabeth Foster, *op. cit.*, p. 240.

⁵²² *Ibid.*, p. 255.

⁵²³ *Idem.* Traduction libre de l'auteur.

⁵²⁴ Jean Baudrillard, *op. cit.*, 1981, p. 202 note.

3.4.2 Le chartisme et les luttes individuelles politiques contemporaines

Nous pourrions aussi nous interroger sur cette rationalité juridique, l'encadrement de la liberté et de l'égalité servant à « occulter un sous-texte », en demandant si ce n'est pas plutôt une incompréhension de la vie actuelle ou encore une coupure, volontaire ou non, entre la minorité dominante et la majorité pour reprendre les propos de Baudrillard. Notre deuxième facteur d'analyse vise à prendre position dans ce dilemme touchant l'incompréhension du droit des besoins et aspirations des individus ainsi que de leur vie. Dans le chapitre V, nous étudions la virtualisation du lien politique et social, mais ici, nous cherchons à voir si la *Charte* s'inscrit dans les nouvelles luttes politiques des individus, identifiées par Foucault, ou si elle ne fait que perpétuer le paradigme du droit classique que le philosophe français juge comme détaché de la réalité. On regardera de plus près les principaux éléments identifiés par Foucault concernant les enjeux importants de ces nouvelles luttes politiques et en confrontant ceux-ci à ce que Baudrillard, de son côté, identifie comme une tactique de contrôle des individus qui pousse ceux-ci à « [...] sécréter une solitude artificielle, à refaire leur 'bulle'. Belle tactique de dissuasion là aussi : on les condamne à user toute leur énergie dans cette défensive individuelle. »⁵²⁵ Ces éléments, selon Foucault, incluent les liens entre l'objet de droit, la *Charte* dans notre cas, et la satisfaction des besoins, ceux liés aux aspirations des individus et finalement ceux liés au corps et à la vie de ceux-ci. Il ajoute :

Ce sont des luttes qui mettent en question le statut de l'individu : d'un côté, elles affirment le droit à la différence et soulignent tout ce qui peut rendre les individus véritablement individuels. De l'autre, elles s'attaquent à tout ce qui peut isoler l'individu, le couper des autres, scinder la vie communautaire, contraindre l'individu à se replier sur lui-même et l'attacher à son identité propre. Ces luttes ne sont pas exactement pour ou contre

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 95.

l'"individu", mais elles s'opposent à ce qu'on pourrait appeler le "gouvernement par l'individualisation".⁵²⁶

Est-ce que la *Charte* s'insère comme outil dans cette « gouvernamentalité par individualisation » ou est-elle simplement un nouvel instrument du système juridique classique? Voyons quelle réponse on peut proposer.

On s'intéresse d'abord à ce qui lie la *Charte* à ces luttes : la satisfaction des besoins et la représentation du bonheur. La transformation de la quête de besoins humains en revendications de droits implique que le bien-être humain est maintenant fondé sur un régime de droit.⁵²⁷ Nous avons déjà discuté de l'ajout d'une étiquette de droits et libertés à une revendication pour en accroître son importance. Pourrions-nous dire que face à ces luttes politiques, la *Charte* tenterait non seulement de les contrer, mais aussi de les encadrer?

Prenons un exemple soit l'individu consommateur et la dimension sociale que la Cour lui donne. Dans l'arrêt *Ford* sur la *Charte de la langue française*, la Cour promeut l'importance de la dimension économique pour les individus : « [...] l'expression commerciale, qui protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle. »⁵²⁸ La Cour en fait une source de bonheur et de satisfaction. Schneiderman transpose l'analyse de la culture du consommateur de Mike Featherstone en tant que vecteur central de la vie pour la Cour :

[L]a Cour suprême du Canada a apparemment construite sa doctrine d'expression commerciale autour de la figure mythique d'un consommateur autonome qui recherche l'amélioration personnelle et la liberté d'expression au sein de la culture de consommation. Ce consommateur 'héroïque' organise consciemment sa vie autour de rites

⁵²⁶ Michel Foucault, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits II, 1976 – 1988, op. cit.*, p. 1045-1046. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁵²⁷ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 108.

⁵²⁸ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 à la page 8.

de consommation, liés aux habitudes de tous les jours, qui permettent l'expression de l'identité, de l'appartenance et de l'opposition.⁵²⁹

Cependant, produire une analyse abstraite d'un citoyen essentialisé et ensuite tenter de l'utiliser pour inculquer une façon de vivre ne garantit pas un succès auprès des individus dans leur vie de tous les jours. Mais, ce n'est pas une situation aussi aux extrêmes qu'elle ne le semble. Selon Zygmunt Bauman :

À tous les niveaux, la liberté du consommateur a pris sa place [(du travail)]. Elle prend maintenant le rôle crucial du lien qui attache les mondes de la vie des individus et la rationalité déterminée du système : une force majeure qui coordonne l'action motivée de l'individu, l'intégration sociale et la gestion du système social. [...] l'acquisition des biens et services accessibles seulement via le marché a pris la place jadis occupée par 'l'éthique du travail' [...].⁵³⁰

Ishay voit cette mouvance au niveau international et elle l'identifie comme : « [...] l'homogénéisation mondiale dans un consumérisme universel. »⁵³¹ La jurisprudence de la Cour suprême qui oriente le déploiement de la *Charte* s'insère dans ce mouvement de consommation. Baxi le montre, « [...] plus il y a production de normes et standards de droits de la personne, moins les sources qui violent ceux-ci deviennent visibles [...] et elles] servent les fins stratégiques de la gouvernance et la domination. »⁵³² La Cour s'inscrit dans cette mouvance, mais de manière dissimulée, en multipliant les jugements qui produisent une quantité importante de jurisprudence. La conséquence est évidente : les individus impliqués dans les luttes politiques ont de la difficulté à comprendre d'où vient la résistance de la gouvernance et même quel est le problème. Cela rend les individus plus vulnérables, plus

⁵²⁹ David Schneiderman, *op. cit.*, p. 214. Traduction libre de l'auteur. Pour l'analyse de Featherstone, voir Mike Featherstone, *Consumer culture and postmodernism*, Londres : SAGE Publications Ltd, 1991, p. 84-87.

⁵³⁰ Zygmunt Bauman, *Freedom*, Minneapolis : University of Minnesota, 1988, p. 74-75. Traduction libre de l'auteur.

⁵³¹ Micheline R. Ishay, *op. cit.*, p. 273.

⁵³² Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 103. Traduction libre de l'auteur.

aptes à penser selon ce qui leur est dit, car ils cherchent, sans trouver, les structures de cette prison, les frontières de cette clôture.

Avec la représentation de la satisfaction des besoins et du bonheur des citoyens, nous décelons un effort pour encadrer et guider ceux-ci en insistant sur des comportements qui favorisent les objectifs de la *Charte* et de la gouvernance étatique canadienne. Que ce soit pour un sujet occulté de la *Charte*, avec la promotion d'un comportement économique du consommateur favorisant le côté production des relations économiques et son appétit pour l'achat de ses produits, ou d'un côté plus politique habituellement absent d'un tel document légal, la langue, nous voyons une *Charte* qui est déployée pour s'engager et modeler ces luttes politiques. Ces comportements, notamment celui de la figure mythique d'un consommateur autonome, vont favoriser l'isolement des individus dans une aire de jeu particulière et ne jamais promouvoir un rapprochement avec autrui.

Quant aux aspirations et besoins de réalisation des individus et l'influence qu'aurait la *Charte* sur ceux-ci, voyons maintenant ce qui en est. La cible des nouvelles luttes est autant la recherche de l'individualité que le rejet des processus d'isolement de la gouvernance. Les individus cherchent une libération des formes d'encadrement qui semblent peser de plus en plus lourdement sur eux.

Cette forme de pouvoir s'exerce sur la vie quotidienne immédiate, qui classe les individus en catégories, les désigne par leur individualité propre, les attache à leur identité, leur impose une loi de vérité qu'il leur faut reconnaître et que les autres doivent reconnaître en eux. C'est une forme de pouvoir qui transforme les individus en sujet. Il y a deux sens au mot « sujet » : sujet soumis à l'autre par le contrôle et la dépendance, et sujet attaché à sa propre identité par la conscience ou la connaissance de soi. Dans les deux cas, ce mot suggère une forme de pouvoir qui subjugué et assujettit.⁵³³

⁵³³ Michel Foucault, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits II, 1976 – 1988, op. cit.*, p. 1046.

Est-ce que la *Charte*, dans sa logique, est bien une tentative de s'engager dans ces dynamiques qui aiguillent les vies humaines en les encadrant? Un début de réponse s'esquisse avec Lajoie, le juge « [...] est devenu l'arbitre des valeurs dans la société. Une société qui a fait depuis longtemps le deuil non seulement de l'unanimité, mais des majorités stables en possession tranquille de leur vérité, une société où cohabitent désormais des groupes variés et variables, dont la composition, les idéologies et l'agencement évoluent sans cesse hors des majorités parlementaires qui les hégémonisaient jadis. »⁵³⁴ Cette nouvelle société s'accompagne d'un effritement du fil conducteur de l'ensemble des possibilités d'aspirations et de rêves d'accomplissement des individus qui les guident dans leur existence. Elle ajoute que, malgré cet éclatement, l'État n'a pas abandonné son devoir de donner une direction unitaire à sa collectivité.⁵³⁵ En étant arbitre des valeurs, la Cour tranche et rejette, en même temps, les demandes qui se situent à l'extérieur des « limites qui soient raisonnables [...] dans une société libre et démocratique »⁵³⁶. Elle peut canaliser de cette façon ces valeurs et orienter les modèles d'aspiration et d'accomplissement vers l'espace normatif qu'elle construit et promeut. La Cour, dans son interprétation de la *Charte*, veut montrer que cette dernière sert les aspirations individuelles en soutenant le pluralisme et la flexibilité (tolérance) du collectif Canadien. Il n'y aurait pas d'objectif d'isolement.

Les valeurs fondamentales que la liberté d'expression favorise comprennent notamment l'accomplissement de soi, la participation à la prise de décisions sociales et politiques ainsi que l'échange d'idées dans la collectivité. La liberté de parole protège la dignité humaine et le droit de penser et de réfléchir librement sur sa situation. Elle permet à une personne non seulement de s'exprimer pour le plaisir de s'exprimer, mais encore de plaider en

⁵³⁴ Andrée Lajoie, op. cit., 1997, p. 207.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 208.

⁵³⁶ « Garanties des droits et libertés » de la *Charte canadienne des droits et libertés*, op. cit. : « 1. 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. ».

faveur d'un changement en tentant de persuader autrui dans l'espoir d'améliorer sa vie et peut être le contexte social, politique et économique général.⁵³⁷

La persuasion d'autrui implique un intermédiaire; ici l'approbation ultime de la Cour en tant qu'arbitre et juge. L'amélioration de la vie individuelle, pour la Cour, prime sur le contexte social, politique et économique général comme si ceux-ci n'étaient pas liés et que l'individu est isolé dans sa bulle détachée de l'extérieur.

La Cour va plus loin en reprochant au passé de ne pas avoir tenu compte de ce pluralisme, de cette individualité culturelle, notamment au niveau des langues officielles minoritaires soit l'anglais au Québec et le français ailleurs : « L'article 23 de la Charte vise à réparer des injustices passées non seulement en mettant fin à l'érosion progressive des cultures des minorités de langue officielle au pays, mais aussi en favorisant activement leur épanouissement. »⁵³⁸ L'article 23 se limite aux langues minoritaires que sont le français et l'anglais dans certaines provinces. La Cour présente la *Charte* comme un outil coordonné avec la nouvelle dynamique et les nouvelles valeurs et non les anciennes semées d'injustices.

L'association des droits de la personne avec des valeurs représente un problème :

Certains parlent de 'droits de la personne' en termes de valeurs éthiques qui devraient façonner l'action collective et individuelle. Ces valeurs se situent sur un terrain contesté. Un discours sur les valeurs devrait être distingué d'un discours sur les intérêts. Ce dernier insiste sur le fait que ce que nous nommons 'valeurs' n'est rien d'autre que des formes de rationalisations d'intérêts. Le premier distingue les valeurs des intérêts par le principe suivant : les valeurs représentent ce que les communautés et les individus devraient désirer et c'est différent de ce qu'ils pourraient

⁵³⁷ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 RCS 156 à la page 173.

⁵³⁸ *Doucet-Boudreau c. N.É. (Ministre de l'éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 à la page 5.

réellement désirer. Les sources de ce 'devraient' varient énormément.⁵³⁹

La Cour se définit, au nom de la nécessité d'un arbitre (et il en faut un pour assurer une résolution), comme juge de la validité des valeurs; elle fait de même pour l'association d'intérêts à des valeurs. Pour éviter un débat sur l'unité de la collectivité, qui pourrait différer de ses intérêts, elle limite la reconnaissance des valeurs au niveau individuel. Pour les minorités, elle encourage une pratique d'initiés que Cairns décrit comme suit :

Les initiés sont des membres du groupe étudié ou qui présentent des revendications; les externes, par opposition, ne font pas partie de la culture de liens émotionnels, d'affinités, et d'interprétations qui vient de l'introspection et de l'expérience vécue. L'argument usuel des initiés, que quelqu'un doit "en être un pour le comprendre" et qu'aucun tiers ne peut acquérir la connaissance intime que seul le statut d'initié apporte, reçoit comme réplique des externes – la prétention de l'étranger de voir plus clairement parce que précisément il ou elle n'est pas affecté par les passions du moment, qui viennent avec appartenir, ou par l'influence corrompue des loyautés de groupes sur la compréhension humaine.⁵⁴⁰

La *Charte*, son interprétation, favorise les initiés, les membres internes des groupes, au détriment des autres et du reste de la société. Aller à l'encontre de cette dynamique serait de la tyrannie, selon les propos mêmes de la Cour suprême :

Heureusement, au Canada, il existe une tradition de respect remarquable des décisions judiciaires de la part des parties privées et des institutions gouvernementales. Cette tradition s'est transformée en une précieuse valeur fondamentale de notre démocratie constitutionnelle. Il faut se garder de la tenir pour

⁵³⁹ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 12. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁴⁰ Alan C. Cairns, « Ritual, Taboos, and bias in Constitutional Controversies, or Constitutional Talk Canadian Style » dans *Disruptions : Constitutional Struggles from the Charter to Meech Lake*, Édition établie sous la dir. de Douglas E. Williams, Toronto : McClelland and Stewart, 1991, p. 216. Traduction libre de l'auteur. Pour la thèse de Robert Merton, voir : Robert K. Merton, « Insiders and Outsiders: A Chapter in the Sociology of Knowledge », *American Journal of Sociology*, vol. 78, no. 1 (juillet 1972), p. 9-47.

acquise, et toujours prendre soin d'en honorer et d'en protéger l'importance, afin d'éviter que les germes de la tyrannie s'enracinent.⁵⁴¹

Une déclaration qui ressemble à un conflit d'intérêts pour la Cour suprême, car elle cherche à protéger ses propres décisions et ses interprétations de la *Charte*. Lajoie a exposé cette segmentation d'enfermement et d'évitement plus tôt avec l'encadrement des minorités sociales et politiques et l'occultation de certaines valeurs. « [...] une liste d'omission suivante : pour les femmes, *empowerment*; pour les Québécois : autodétermination politique et maîtrise du territoire, pour les Autochtones, ces deux dernières valeurs également, plus : coopération, partage, paix et liberté de religion; pour les gais et lesbiennes, pluralité et citoyenneté... »⁵⁴² Cela attache aux individus des valeurs non encombrantes limitant ainsi les aspirations et les réalisations individuelles à ce qui est proposé. La *Charte* a été particulièrement importante pour encadrer les nouveaux citoyens : « [...] de nouveaux Canadiens n'ayant ni expérience ni éducation avec les valeurs libérales démocratiques : [...]. »⁵⁴³ Il ne faudrait pas qu'ils prennent le mauvais chemin d'où l'importance de leur fournir des identités particulières *essentialisées* selon les vues de la Cour suprême.

Dans un chapitre de son texte *Les Batards de Voltaire* sur « La vie dans une boîte – spécialisation et l'individu », Saul parle des conséquences de cet abandon, de ce transfert vers la Cour, de notre capacité à nous définir. Il considère que : « La suprême renonciation de l'individualisme est le citoyen qui est sorti s'acheter une BMW alors que quelqu'un d'autre exerce son pouvoir de jugement. Ces droits et privilèges si chers pour le dentiste semblent indiquer un état de béatitude charmante normalement associé aux premières sociétés gouvernées par le biais de mécanismes divinatoires. »⁵⁴⁴ Notre silotage dans la culture de consommation et notre retrait des instances représentant nos

⁵⁴¹ *Doucet-Boudreau c. N.É. (Ministre de l'éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 à la page 27.

⁵⁴² André Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 74.

⁵⁴³ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 33. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁴⁴ John Ralston Saul, *op. cit.*, 1992, p. 469. Traduction libre de l'auteur.

valeurs et nos aspirations (et par retrait nous voulons dire l'acceptation du transfert d'autorité de nos représentants législatifs vers neuf employés de l'État nommés jusqu'à l'âge de leur retraite, ou 75 ans, et ne pouvant pas être démis réalistement de leur fonction⁵⁴⁵) signifient un retour en arrière à une façon de vivre *primitive*, une régression que nous pourrions caractériser comme un indice de dégénérescence de notre société complexe. Nous reviendrons plus tard à cet indice de déclin.

La *Charte* représente un point d'inflexion vers ce « gouvernement par l'individualisation », observé par Foucault. Il prend avantage du désir de posséder nos droits et libertés. En reprenant en partie son analyse du dispositif de la sexualité, nous proposons l'exercice littéraire suivant pour voir la force de l'analogie des deux dispositifs (sexualité et *Charte*) en remplaçant l'expression « le sexe » par « les droits et libertés » ainsi que « sexualité » par « *Charte* » dans le texte de Foucault :

En créant cet élément imaginaire [que sont les droits et libertés], le dispositif de [*Charte*] a suscité un des principes internes de fonctionnement les plus essentiels : le désir [de droits et libertés] – désir de [les] avoir, désir d'y accéder, de [les] découvrir, de [les] libérer, de [les] articuler en discours, de [les] formuler en vérité. Il a constitué [ces droits et libertés] comme désirables. Et [...] c'est cette désirabilité qui nous fait croire que nous affirmons contre tout pouvoir [nos droits et libertés], alors qu'elle nous attache en fait au dispositif de [la *Charte*] qui a fait monter du fond de nous-mêmes comme un mirage où nous croyons nous reconnaître, le noir éclat [des droits et libertés].⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ La *Loi sur la Cour suprême* permet, théoriquement, la destitution d'un juge de la Cour suprême. *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c S-26, paragraphe 9 : « 9. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les juges occupent leur poste à titre inamovible, sauf révocation par le gouverneur général sur adresse du Sénat et de la Chambre des communes. »

⁵⁴⁶ Michel Foucault, *op. cit.*, 1976, p. 207. La citation originale sur le sexe et le dispositif de sexualité est : « En créant cet élément imaginaire qu'est « le sexe », le dispositif de sexualité a suscité un des principes internes de fonctionnement les plus essentiels : le désir du sexe – désir de l'avoir, désir d'y accéder, de le découvrir, de le libérer, de l'articuler en discours, de le formuler en vérité. Il a constitué « le sexe » lui-même comme désirable. Et cette désirabilité du sexe qui fixe chacun de nous à l'injonction de le connaître, d'en mettre au jour la loi et le pouvoir; c'est cette désirabilité qui nous fait croire que

Si l'exercice a ses limites, il possède une certaine valeur heuristique. En liant la *Charte*, ainsi que les droits et libertés transformés en valeurs qu'elle représente, à nos aspirations, nous en devenons esclaves comme les sociétés de jadis étaient dépendantes des dieux et surtout de ceux qui parlaient pour ceux-ci. Autant pour Foucault le sexe sert à instrumentaliser la vie, autant les droits de la personne servent le même objectif. Il ajoute : « Contre le dispositif de sexualité, le point d'appui de la contre-attaque ne doit pas être le sexe-désir, mais les corps et les plaisirs. »⁵⁴⁷ Notre troisième élément d'analyse porte sur cette individualité, soit le droit au corps et à la vie pour les individus.

L'analyse exige d'examiner si la Cour suprême, en utilisant la *Charte*, s'ingère dans ce droit à la vie pour les individus notamment tout ce qui touche son corps. Nous présentons les enjeux l'entourant en utilisant deux exemples qui suscitent encore en ce moment de vifs débats dans notre société. Il s'agit de l'avortement et de l'euthanasie. Quelle est la vision du droit à la vie de la Cour suprême? Dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)* sur l'euthanasie, elle s'exprime ainsi en référence avec la *Charte* :

En résumé, selon la jurisprudence, le droit à la vie entre en jeu lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort. Par contre, on a traditionnellement considéré que les préoccupations relatives à l'autonomie et à la qualité de vie étaient des droits à la liberté et à la sécurité. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette approche en l'espèce.⁵⁴⁸

Le cheminement d'une vie est protégé par la liberté et la sécurité, et son interruption est circonscrite par le droit à la vie. Ce dernier n'est pas absolu, car pour de bonnes raisons, l'État peut y mettre fin : « L'article 7 garantit non pas

nous affirmons contre tout pouvoir les droits de notre sexe, alors qu'elle nous attache en fait au dispositif de sexualité qui a fait monter du fond de nous-même comme un mirage où nous croyons nous reconnaître, le noir éclat du sexe. »

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 208.

⁵⁴⁸ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331 au paragraphe 62.

que l'État ne portera jamais atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne — les lois le font constamment —, mais que l'État ne le fera pas en violation des principes de justice fondamentale. »⁵⁴⁹ Si la définition de justice fondamentale le permet, c'est acceptable selon la Cour et ça devrait l'être pour les individus.

Dans le cas de l'euthanasie, la Cour suprême a statué que c'était acceptable, mais en utilisant un argumentaire inversé :

La prohibition de l'aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. La prohibition n'a pas pour objet, envisagé largement, de préserver la vie, peu importe les circonstances, mais plus précisément d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse.⁵⁵⁰

Si c'est la personne elle-même qui s'enlève la vie, la chose devient problématique. Si quelqu'un d'autre le fait pour elle, au nom de la loi, c'est permis. La Cour a acquiescé à cette requête de fin de vie malgré le désaccord exprimé à maintes reprises par la Chambre des Communes (six fois entre 1991 et 2010. Le gouvernement conservateur n'était pas seulement en cause)⁵⁵¹. La Cour suprême a décidé d'aller de l'avant avec, selon son jugement, le soutien d'une minorité.⁵⁵² Une autre possibilité était de traiter les dossiers au cas par cas⁵⁵³. La Cour a décidé de se prononcer sur une nouvelle

⁵⁴⁹ *Ibid.*, paragraphe 71.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, page 10.

⁵⁵¹ *Ibid.*, paragraphe 6 – « De 1991 à 2010, la Chambre des communes et ses comités ont débattu pas moins de six projets de loi d'initiative parlementaire visant à décriminaliser l'aide au suicide. Aucun n'a été adopté. Bien que les opposants à la légalisation aient souligné le caractère inadéquat des garanties et la possibilité de dévalorisation de la vie humaine, une minorité s'est exprimée énergiquement en faveur d'une réforme, faisant ressortir l'importance de la dignité et de l'autonomie de la personne ainsi que la réduction limitée des souffrances par les soins palliatifs. Le Sénat s'est lui aussi penché sur la question, produisant un rapport sur l'aide au suicide et l'euthanasie en 1995. La majorité de ses membres s'est dite préoccupée par le risque qu'un régime permissif ouvre la porte à des abus et par la nécessité de respecter la vie. Une minorité de ses membres s'est prononcée en faveur d'une exemption de l'application de la prohibition dans certaines circonstances. »

⁵⁵² *Idem.*

⁵⁵³ *Ibid.*, page 11 et paragraphe 115.

politique plus permissive ainsi que sur les conditions qui la rend acceptable⁵⁵⁴. Des médecins mettaient déjà un terme à des vies sous le couvert de « l'administration d'une sédation palliative »⁵⁵⁵ en utilisant notamment des doses élevées de morphine jusqu'à ce que la mort s'ensuive. C'est un geste tout à fait noble et compatissant de leur part dans plusieurs cas, mais cela demeure une forme d'euthanasie.

Pour ce qui est du début de la vie, c'est moins clair. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler* de 1988 (il y en a eu plusieurs), la juge Wilson nous guide :

Quant au point précis du développement du fœtus où l'intérêt qu'a l'État de le protéger devient "supérieur", je laisse le soin de le fixer au jugement éclairé du législateur, qui est en mesure de recevoir des avis à ce sujet de l'ensemble des disciplines pertinentes. Il me semble cependant que ce point pourrait se situer quelque part au cours du second trimestre.⁵⁵⁶

Plus tard en 1989, avec l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, la Cour a dit que le fœtus n'est pas une vie ayant droit à une protection de la loi : « En droit anglo-canadien, le fœtus doit naître vivant pour avoir des droits. Vu le traitement des droits du fœtus en droit civil et de surcroît l'uniformité constatée dans les ressorts de *Common Law*, ce serait une erreur d'interpréter les dispositions vagues de la Charte québécoise comme conférant la personnalité juridique au fœtus. »⁵⁵⁷. Peu après, en 1995, elle a de nouveau clarifié sa position, en ramenant l'argumentaire suivant : « La Cour a toutefois refusé de trancher la question du droit du fœtus à la protection de l'art. 7 de la Charte, [...] »⁵⁵⁸ et elle

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 7-8. « Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'alinéa 241b) et l'art. 14 du *Code criminel* portent atteinte de manière injustifiée à l'art. 7 de la *Charte* et sont inopérants dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. »

⁵⁵⁵ *Ibid.*, paragraphe 23.

⁵⁵⁶ *R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30 à la page 186.

⁵⁵⁷ *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530 à la page 532.

⁵⁵⁸ *Phillips c. Nouvelle Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97 à la page 113-114.

attend les décisions du législateur pour décider si celles-ci sont acceptables ou non. Le droit à l'avortement est toujours à la recherche de balises et l'État (et la Cour) se réserve le droit de le limiter. Comme le rapporte Donald Poirier, l'État au Nouveau-Brunswick est déjà intervenu pour protéger le fœtus dans deux cas.⁵⁵⁹ Le droit à la vie est une liberté protégée, mais encadrée selon la Cour : « Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière. »⁵⁶⁰ Ce droit à la vie fait partie de cet appareil qui nous ramène au terrain de jeu permis où, notamment, le *suicide* est désormais autorisé, à la condition que quelqu'un d'autre en soit l'exécuteur.

L'État, et la Cour, conservent le droit exclusif de faire violence, ou de l'autoriser, incluant celui envers soi-même. Cela s'étend aussi au fœtus, car la Cour s'attend, éventuellement, à des limites au droit à l'avortement de la part du législateur. Puisqu'elle n'hésite pas habituellement à en fixer (elle a indiqué au législatif les balises acceptables), nous ne pouvons que supposer qu'elle veut que le législatif se prononce et peut être, mais ce n'est là que conjecture, en paie le prix politique. En effet, il ne semble pas y avoir de consensus dans la société. Les droits de base comme la vie, le corps et la reproduction demeurent encadrés par la Cour et la *Charte* permet à cette dernière de s'immiscer dans ces nouveaux enjeux des luttes politiques des individus.

3.4.3 Les droits et libertés chartistes en tant que commodités

Nous posons la question suivante pour amorcer cette partie : comment sont devenues acceptables des intrusions de ce genre dans la vie personnelle des individus? Comment la *Charte* est utilisée pour y parvenir? C'est notre

⁵⁵⁹ Donald Poirier, « Du patriarcat individuel au patriarcat d'état », *Canadian Journal of Family Law*, vol. 10, no1, 1991, p. 132

⁵⁶⁰ *R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30 à la page 164.

troisième et dernier facteur d'analyse. Pour y répondre, nous examinons soit le façonnage des droits et libertés de la *Charte* pour lui permettre de les présenter à la société sous la forme qu'elles sont commodes et utiles; 2. Le lien entre ces nouveaux produits, droits et libertés, et la société de consommation; 3. Les droits et libertés soumis à une sorte de déification, en faire des valeurs idéologiques singulières, pour les rendre plus attrayants et désirables. En matière de processus de vente, l'analogie est éloquent, c'est le packaging du produit, le positionnement de celui-ci dans le marché et finalement le marketing pour en augmenter sa valeur.

Pour commencer, la Cour suprême s'efforce de traiter les droits et libertés de la *Charte* individuellement en montrant que son arbitrage est neutre lors de conflits entre les droits ou entre ces derniers et la société : « Lorsque deux droits sont en conflit, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux droits. »⁵⁶¹ De plus, chaque droit et liberté ont un lien avec les autres : « Notre *Charte* constitutionnelle doit s'interpréter comme un système où "chaque élément contribue au sens de l'ensemble et l'ensemble au sens de chacun des éléments" [...]. »⁵⁶² Les droits sont des objets individuels, mais interdépendants envisagés au niveau de la définition de leur signification. La Cour évite d'élargir trop la portée de la démarche qui l'obligerait à devoir tenir compte d'autres facteurs comme les inégalités, économiques ou encore qu'il y ait d'autres entités que l'État qui restreignent les droits et libertés dans la société. Russell nous prévient : « Ce serait dommage si l'adoption d'une charte constitutionnelle de droits atténuait notre capacité de reconnaître que l'État n'est pas le seul centre de pouvoir dans notre société capable de restreindre la liberté ou l'égalité ou d'abuser des droits. »⁵⁶³ La Cour ne tient compte que de certaines violations des droits et

⁵⁶¹ *Dagenais c. Société Radio Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 à la page 839.

⁵⁶² *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350 à la page 365. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁵⁶³ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 50. Traduction libre de l'auteur.

libertés de la *Charte* par l'État comme les exemples plus tôt l'ont montrée. Le tribunal est là pour clarifier, *de façon neutre*, en évitant les revendications qu'elle n'est pas prête à accueillir, notamment les litiges entre parties privées (sauf si elle décide le contraire). Cela a pour effet de construire une hiérarchie morale de « violations et souffrances » associée aux droits de la personne entre celles qui seront ignorées et celles qui auront droit de cité. Cette segmentation et cette mise de côté de certains droits et libertés⁵⁶⁴ surévaluent les demandes acceptées par la Cour pour combler le déficit - démocratique - de celles rejetées :

La reconnaissance de droits polyethniques est, naturellement, instrumentaliste; cela permet à la société dominante et aux cultures subordonnées de coexister dans un mode qui fonctionne. La préservation d'une identité culturelle partielle est importante pour les immigrants et les groupes de réfugiés; et la société dominante en bénéficie à long terme avec une forme de protection contre les 'différences mineures narcissiques'.⁵⁶⁵

La limitation des revendications accordées ne doit pas empêcher ces groupes et individus de s'intégrer économiquement et politiquement dans la société dominante.⁵⁶⁶ Sinon, les différences mineures demandées et rejetées pourraient prendre de l'importance et générer indirectement une pression sur « [...] les problèmes de légitimation auxquels fait face un système économique que sa capacité faiblissante à produire des biens oblige à produire des droits, un substitut bon marché certes, mais peu nutritif. »⁵⁶⁷ Les revendications servent ainsi comme baume aux inégalités économiques dans la société. Mais, l'intégration de ces groupes à la société d'accueil n'est pas un facteur important pour le déploiement de l'égalité.

⁵⁶⁴ En voici un exemple de Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 126 : « Il y a donc un noyau dur que la Cour ne cèdera ni aux femmes, ni aux gais et lesbiennes : les fonds publics et le pouvoir social, [...], et le pouvoir politique, que seules les femmes (et encore, seulement les femmes autochtones) réclament en tant que groupe. »

⁵⁶⁵ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 189. Traduction libre de l'auteur. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 190.

⁵⁶⁷ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 131.

Cette sélection qui limite le nombre de revendications, et droits et libertés, est posée de façon à éviter, entre autres, les principales revendications que la Cour n'est pas prête à accueillir. Cela implique que l'importance du peu qui est accordé sera surévaluée comme l'affirme Ignatieff (empruntant l'analyse de Freud pour qui plus une différence est mineure, plus sa valeur symbolique est grande pour permettre la comparaison).⁵⁶⁸ On augmente l'importance d'associer ces droits et libertés à des choses qu'on peut posséder et acquérir.

Cette façon de faire a convaincu les différentes minorités de traiter leurs revendications de façons isolées et de travailler à les acquérir en évitant les compromis et sans mettre beaucoup d'importance aux conséquences envers le reste de la société (et pour cette dernière face à eux). L'exemple du cas Multani (et sa suite avec l'incident à l'Assemblée nationale) décrit plus tôt illustre cela. Après avoir eu gain de cause sur le port du kirpan dans les écoles, la revendication s'est transportée à l'Assemblée nationale où l'interdiction a été maintenue⁵⁶⁹. Cela a généré, dans les médias de masse du Canada, des accusations de violation des droits de la personne au Québec. Pour Spengler : « Qu'est-ce que la vérité? Pour la foule, c'est ce qu'elle lit et entend constamment. »⁵⁷⁰ Nous pourrions envisager la situation d'un autre point de vue où le Canada semble amblyope lorsqu'il est question du point de la perspective québécois. Elle se résume au refus de laisser entrer une arme, nonobstant sa valeur symbolique et religieuse, dans son assemblée législative, surtout après l'incident de 1984⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Michael Ignatieff, *op. cit.*, 1993, p. 21.

⁵⁶⁹ « Notons qu'en 2011, le geste de la WSOC avait été perçu comme de la provocation dans la mesure où la délégation avait été avertie qu'elle ne pourrait entrer avec des kirpans. » Hélène Buzzetti, « Kirpan interdit – Des sikhs en cour contre l'Assemblée nationale », *Le Devoir* (Montréal), 16 avril 2014, Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/canada/405699/kirpan-interdit-des-sikhs-en-cour-contre-l-assemblee-nationale>.

⁵⁷⁰ Oswald Spengler, *op. cit.*, *Deuxième partie*, p. 426. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁷¹ Denis Lortie est entré dans l'hôtel de l'Assemblée nationale le 8 mai 1984 et a tué et blessé de nombreuses personnes. Il voulait spécifiquement assassiner des membres du gouvernement du Premier ministre du Québec René Lévesque.

Cette dynamique de biens et services des droits de la personne génère un usage (util⁵⁷²) de la souffrance,⁵⁷³ et par conséquent, la réduction des droits et libertés au niveau de sorte de *commodité*. Dans ce contexte, le conditionnement des droits et libertés dans cette forme permet la coordination avec la culture omniprésente du consommateur, de l'acquisition de biens. Nous voyons ce conditionnement envers l'identification et l'acquisition d'un bien, une revendication, dans l'évaluation de Smith à la fin de son analyse critique de l'ouvrage de Morton et Knopff sur le Parti de la Cour :

Le plus grand impact des litiges liés à la *Charte* est probablement l'utilisation des revendications de droits comme ressources symboliques pour les organisations de mouvements sociaux : des ressources symboliques qui jouent un double rôle de, en premier, solidification et renforcement d'une identité politique particulière dans l'intérêt de la cohésion du mouvement social, même s'il est provisoire en pratique, et en second, en effectuant le type de changement culturel que les post-matérialistes décrivent.⁵⁷⁴

C'est une ressource symbolique et stratégique qui est à acquérir via les tribunaux. Ce à quoi répondent Morton et Knopff, en suivant l'analyse de Christina Hoff Sommers, que cette façon de faire cherche à transformer la société et non à la comprendre.⁵⁷⁵ L'objectif est d'encourager des changements dans la société et, selon la juge Wilson, la Cour suprême est en accord avec cette approche notamment en faisant venir, jugeant, devant elle les intérêts concernés. C'est déjà une pratique courante à la Cour suprême comme nous l'avons montré avec les exemples des arrêts *Andrews*⁵⁷⁶ et *Ford*⁵⁷⁷. C'est la Cour suprême qui décide qui pourra se présenter devant elle (autres que les

⁵⁷² Werkzeug, heideggérien. Voir la note 482.

⁵⁷³ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. xix.

⁵⁷⁴ Myriam Smith, *op. cit.*, 2002, p. 27. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁷⁵ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, p. 145.

⁵⁷⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

⁵⁷⁷ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

parties en cause).⁵⁷⁸ Dans un cas, le Procureur général de l'Ontario (tout comme celui du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *Ford* contre la *Charte de la langue française* du Québec) a été identifié comme intervenant. Il n'a pas été qu'un simple spectateur dans une cause liée à une dynamique interne québécoise. La Cour suprême a retenu ses propos qui précisait que l'utilisation de la clause dérogatoire devrait être coûteuse : « [...] il faut qu'il y ait un "prix politique" à payer chaque fois qu'on déroge à un droit ou à une liberté garantis. »⁵⁷⁹ Un prix devrait être exigé pour l'utilisation de ce *service de dérogation*? Pourquoi ces procureurs provinciaux extérieurs au Québec s'immiscent-ils officiellement dans la gestion de la langue française dans l'État québécois?

Quel prix la Cour devrait-elle payer si la démocratie n'est pas en accord avec elle? Le Programme de contestation judiciaire de l'exécutif canadien a financé cette façon de faire, c'est-à-dire la préparation et la présentation de requêtes/revendications – ou de participation à celles-ci – pour mener à bien « des changements d'ordre collectif ». Ce faisant, le Programme de contestation judiciaire détermine comment se feront ces transformations sociales en s'assurant que les organismes appropriés peuvent dorénavant développer leur discours, le faire entendre, effectuer des campagnes de publicité et financer leur démarche judiciaire.

Morton et Knopff présentent aussi d'autres sources de financement importantes qui ont encouragé ce type d'activités notamment les fondations légales provinciales, dont la source de financement inclut, entre autres, les intérêts des comptes en fidéicommiss des avocats de leur province (obtenu grâce à l'argent de leurs clients qui, pour la plupart, ignorent leur participation à

⁵⁷⁸ Voir *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536 à la page 545 où la Cour suprême indique qui elle autorise à présenter devant elle (autres que les litigants).

⁵⁷⁹ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 au paragraphe 30.

ce type d'activités).⁵⁸⁰ Ce n'est pas seulement l'exécutif qui s'y met, mais aussi les *facilitateurs* de ces activités, notamment les avocats et les autres intervenants médico-légaux, pour qui ce segment de leur industrie représente un apport important de ressources financières qui devrait atteindre, avec l'aide juridique, le milliard de dollars annuellement au Canada.⁵⁸¹ L'importance de ce marché, non seulement au niveau financier, mais aussi comme expression de la politique de l'exécutif fédéral, peut être montrée avec le transfert des luttes fédéral-provinciales devant la Cour, une institution centralisée à vocation fédérale. Un exemple, relatif à la politique fédérale canadienne concernant les minorités linguistiques, est l'arrêt *Mahe*⁵⁸², en faveur des francophones albertains, où le gouvernement canadien les finançait, entre autres, par le biais du Programme de contestation, et ce, contre les gouvernements albertains et québécois.⁵⁸³ Comme quoi ces francophones albertains ne représentaient qu'une joute, sur le champ de bataille judiciaire, dans le match Canada-Québec sur la question linguistique. Nous reviendrons au lien savoir-pouvoir, exécutif-agenda chartiste dans le prochain chapitre. Leeson a noté que cette façon de faire s'étend aussi au monde des sociétés commerciales quand celui-ci ne

⁵⁸⁰ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, op. cit., 2000, p. 102-104.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 87-105 (chapitre « The State Connection ») L'aide juridique a atteint 603M\$ au Canada en 1993, les programmes de support aux organisations juridiques ont eu près de 10M\$ en Colombie-Britannique et Alberta seulement en 1994 et le Programme de contestation judiciaire avait un budget de 2.75M\$ en 1995, le tout durant une période d'austérité pour la population canadienne (coupures du ministre des Finances canadien Paul Martin pour équilibrer son budget). À noter que selon Statistiques Canada « Les régimes d'aide juridique du Canada ont déclaré avoir reçu un financement de près de 835 millions de dollars en 2012-2013 (tableau 1). Les sources publiques ont contribué à la majeure partie de ce montant, soit 93 % du total. » Récupéré de Statistique Canada, *Tableau 1 – L'aide juridique au Canada, 2012-2013*. <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2014001/article/11910/tbl/tbl01-fra.htm>.

⁵⁸² *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342

⁵⁸³ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, op. cit., 2000, p. 96. « Cela a été important pour les défenseurs de l'unité nationale que la Cour suprême équilibre la situation avec un jugement similaire en faveur des francophones au Canada anglophone. Aussi, une victoire francophone en Alberta serait, comme précédent, un renforcement des droits d'éducation des anglophones au Québec, ce qui explique pourquoi le gouvernement Québécois est intervenu pour défendre le gouvernement de l'Alberta contre cette contestation constitutionnelle. Ottawa, en plus d'intervenir directement en opposition à l'Alberta et au Québec, a utilisé le Programme de contestation judiciaire pour financer l'Association des commissions scolaires protestantes du Québec pour qu'elle intervienne en faveur des familles francophones à Edmonton. [...] Un jugement unanime de la Cour suprême a joué son rôle à la lettre et a ordonné à l'Alberta d'étendre ses programmes d'éducation aux francophones. » Traduction libre de l'auteur

réussit pas à atteindre ses objectifs par le chemin politique notamment avec l'expression commerciale des compagnies de tabac dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*⁵⁸⁴.

Un autre aspect constitutif des jugements de la Cour qui rend ceux-ci plus facilement comestibles par leurs consommateurs et les médias de masse est la forme manichéenne des jugements du gagnant et du perdant. La juge Wilson l'a soulevé en précisant la nature conflictuelle de la façon de faire des Cours (elle a proposé d'amener les intérêts concernés devant la Cour pour y remédier).⁵⁸⁵ Morton et Knopff ont dit que cette forme manichéenne de faire de la politique facilitait la communication avec les médias de masse, mais que la conséquence était de disqualifier les perdants en les présentant comme oppresseur des droits et libertés. C'est une façon efficace, quoique contestable, d'enrober le produit, soit une décision qui exige des changements pour les perdants, et une étiquette négative socialement (qui est facilement consommable sur le marché sociopolitique de la rationalité politique de la Cour, par les gagnants). Le produit gagnant est ainsi imposé sur le marché. Comme Bauman l'écrit, la dynamique du consommateur s'étend dorénavant à tous les aspects de la vie en société. Augmenter l'attrait de ces biens de consommation (leur désirabilité) que sont les droits et libertés, retient notre attention maintenant.

Au niveau des acteurs de la Cour suprême, l'opinion publique est une contrainte importante dans le processus de décision notamment pour assurer la préservation de la légitimité de la Cour et surtout parce que : « [...] les juges ne voudraient pas qu'une de leurs décisions vienne déclencher une mauvaise réaction du public qui justifierait que le législatif utilise la clause de dérogation. Si jamais la clause en venait à obtenir une viabilité politique, cela réduirait

⁵⁸⁴ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* [1995] 3 R.C.S. 199.

⁵⁸⁵ Bertha Wilson, *op. cit.*, 1986, p. 240-241.

considérablement leur pouvoir d'élaboration de politiques. »⁵⁸⁶ Le processus de décision inclut un certain positionnement, de la part de la Cour, envers la désirabilité des résultats pour les individus même si ceux-ci n'ont pas d'importance pour le tribunal. Considérant que la Cour limite le champ de ses décisions à un champ de jeu précis et limité; elle évite des sujets pour certains groupes. Elle doit augmenter la valeur symbolique de ceux qu'elle promeut en utilisant, notamment, des expressions de nature romantique comme le respect de la dignité humaine⁵⁸⁷ et l'épanouissement⁵⁸⁸. Il est difficile de s'opposer à des revendications approuvées par la Cour suprême au nom de la dignité humaine et de l'épanouissement personnel. Ceux qui le font deviennent des personnes « infâmes » selon le tribunal⁵⁸⁹. Les jugements de la Cour, c'est notre insistance, séparent la société entre des extrêmes, ceux qu'il faut protéger et ceux qui s'y opposaient (dans un de ces cas, les antagonistes aliénateurs sont les partisans de la *Charte de la langue française* du Québec). Cette dynamique manichéenne est une technique de rehaussement émotionnel de la valeur d'une revendication accordée. Un parallèle peut être fait avec le vendeur qui cherche toujours à augmenter la valeur symbolique de son produit pour lui permettre de convaincre son client qu'il en reçoit plus pour son argent que la valeur réelle du produit.

L'autre aspect de la désirabilité, caractère d'une chose qu'on désire, des droits et libertés a pour point de départ la deuxième mise en garde de Baxi (la première étant le romantisme) soit l'évangélisation des droits et libertés. Terme qui signifie : « annoncer la bonne parole » à tous ceux qui l'ignorent. Le parallèle avec les écrits de la Bible tient au caractère obscur des jugements de la Cour sur la *Charte* ainsi que leur rôle d'encadrement social et politique de la société. Seuls certains peuvent les comprendre, neuf en détiennent la clé (qui

⁵⁸⁶ Emmett Macfarlane, *op. cit.*, p. 181. Traduction libre de l'auteur.

⁵⁸⁷ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 à la page 530.

⁵⁸⁸ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 à la page 8.

⁵⁸⁹ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 à la page 497.

a un impact important sur le salut des individus dans leur terrain de jeu terrestre attiré). L'interprétation officielle est limitée à certains (les juristes officiels et reconnus) ayant l'autorisation de le faire, selon un encadrement précis. Cela augmente le caractère sacré du texte. Inévitablement, cette herméneutique protégée donne un attribut sacré à la *Charte* et à son interprétation (dans une société qui se dit laïque, mais où une partie importante de celle-ci est sous l'influence d'une religion civique chartiste). La désirabilité d'une revendication qui marque la plupart du temps une différence minimale avec le reste de la société conduit les membres de ces groupes à en surévaluer l'importance. Malgré le peu qu'ils ont obtenu ailleurs (principalement au niveau économique). Quand c'est tout ce qu'on a (ou qu'on peut obtenir), c'est important et le prix de son acquisition devient notable même s'il reste illusoire. La porte s'ouvre à des possibilités de contrôle qui encadrent et limitent le comportement à des rôles, victimes, que la Cour a essentialisés. En pénétrant dans la bulle des individus et en imposant ces rôles, on épuise ceux-ci, on les isole. C'est une tactique d'isolement et de pacification biopolitique. Ils sont *désirables* ces droits et libertés, mais avons-nous vraiment le choix de les considérer autrement?

La *Charte* n'encourage pas tant l'individualisme que promeuvent des rôles préétablis pour des individus encadrés. Ces derniers le sont par des tactiques envers les groupes et leurs revendications d'égalité tout en limitant leur liberté dans le cadre de la société. La Charte permet à la Cour de s'immiscer dans les enjeux importants pour les individus en utilisant les valeurs que cette dernière formule. Pour Baxi, les individus ne peuvent échapper à ce processus qu'en se donnant la liberté de prendre ou rejeter leurs pratiques d'identification, leurs diverses identités, et ce de façon individuelle.⁵⁹⁰ Un tel rejet est nécessaire; l'identité du *consommateur* est devenue centrale et hégémonique en Occident. Elle permet d'enfermer les droits et libertés

⁵⁹⁰ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 149.

attrayants et consommables pour les individus prisonniers de cette identité omniprésente. Pour l'écrivaine Doris Lessing, une idéologie de groupe n'est pas perçue par les individus, car ceux-ci pensent y voir des différences d'opinions qui ne sont que très mineures (perçues ainsi par des personnes externes à la situation).⁵⁹¹ Pour Saul, ce n'est qu'un non-conformisme superficiel.⁵⁹²

Pour terminer notre étude de l'individualisme chartiste, Foucault précise que les enjeux des luttes politiques pour la vie qui supplantent celles du droit sont intimement liés à l'individu : « Enfin, toutes les luttes actuelles tournent autour de la même question : qui sommes-nous? Elles sont un refus de ces abstractions, un refus de la violence exercée par l'État économique et idéologique qui ignore qui nous sommes individuellement, et aussi un refus de l'inquisition scientifique ou administrative qui détermine notre identité. »⁵⁹³ Il faut refuser qui nous sommes comme le proposait ce philosophe politique.

3.5 L'occultation de l'économie et la *Charte*

Cette difficulté de percevoir ce qui est à l'extérieur à l'aire encadré nous amène à l'occultation de l'économie dans le discours de la Cour suprême. Un sujet qu'elle affirme éviter; il relèverait principalement d'actes entre parties privées. Pourtant l'argument n'en vaut pas toujours dans plusieurs de ses jugements. Cette rhétorique semble assez près de l'idéologie néolibérale qui prône la non-intervention de l'État dans l'économie. Nous essayons de voir si la Cour, avec l'appui de la *Charte* même si elle affirme qu'elle se limite aux interactions avec les institutions publiques, s'insère dans la dynamique économique. Quelles sont ses tactiques d'intervention/occultation pour

⁵⁹¹ Doris Lessing, *Prisons we choose to live inside*, Concord : House of Anansi Press Limited, 1986, p. 51.

⁵⁹² John Ralston Saul, *op. cit.*, 1992, p. 479.

⁵⁹³ Michel Foucault, « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, *op. cit.*, p. 1046.

influencer le déroulement des activités économiques entre parties privées? Notre examen s'amorce par quelques définitions sur les différentes générations de droits de la personne ainsi que la place des droits économiques à l'intérieur de ceux-ci. Nous terminerons l'étude de ce premier facteur avec un exemple associé à la critique des activités économiques canadiennes. Cela permettra de montrer ce que Schneiderman a dit quand il a postulé que la Cour suprême favorise les producteurs au sein de la société. Par la suite, nous analysons la situation des droits économiques de la *Charte des droits et libertés* du Québec quant à la Cour suprême. Ainsi, on comprendra la vision de cette dernière sur ce type de droits, même si la juge en chef McLachlin a déjà déclaré que la Cour n'interviendra pas au niveau des inégalités de richesse. Ce type de déclaration est attendu. La *Charte* est le nouvel outil de l'élite économique face à la démocratie. Quelques thèmes à saveur économique où la Cour est intervenue en utilisant la *Charte* sont présentés notamment la liberté d'association et le syndicalisme, l'expression commerciale, et les droits accordés aux personnes morales, principalement les entreprises. Cela permet d'examiner les façons de faire du pouvoir juridique pour s'immiscer dans les relations entre parties privées tout en respectant les limites de la *Charte* dans ses interactions avec les institutions publiques.

3.5.1 Les générations de droits de la personne

Premièrement, les droits économiques sont considérés, avec les droits sociaux et culturels, comme des droits de seconde génération. Ceux de la première génération, que la *Charte* canadienne cible, couvrent les droits civils et politiques tandis que ceux de la troisième génération représentent des droits collectifs, d'autodétermination et de solidarité au niveau des peuples.⁵⁹⁴ Selon

⁵⁹⁴ Voir la note 18.

les Pactes⁵⁹⁵ de 1966 qui préciseront la *Déclaration universelle des droits de l'homme* des Nations Unies de 1949, seuls les droits politiques et civils, ceux de la première génération, nécessitent un déploiement immédiat tandis que les droits économiques peuvent être remis à plus tard, et ils sont toujours en attente d'une mise en œuvre.⁵⁹⁶ Le silence en Occident au niveau des droits économiques explicites rend perplexe, car l'économie est son thème principal et occupe la nouvelle position centrale de l'éthique des individus (la liberté de consommation). Selon David Robitaille, dont l'analyse ciblait la *Charte québécoise*, l'État considère les droits de deuxième génération comme financièrement prohibitifs :

Les droits économiques et sociaux sont par ailleurs généralement considérés comme des droits positifs dont le respect nécessiterait la mise en place de mesures étatiques coûteuses, contrairement aux libertés fondamentales individuelles dont la conformité n'exigerait qu'une faible, voire aucune, intervention gouvernementale et, conséquemment, peu de frais [...].⁵⁹⁷

La Cour suprême apporte une précision sur la position de l'État dans l'arrêt *Gosselin c. Québec (Procureur général)* à propos de la *Charte québécoise* : « Il serait fort étonnant que le législateur québécois se soit engagé inconditionnellement à assurer un niveau de vie décent à toute personne dans le besoin alors qu'il a limité aux prescriptions de la loi la réalisation de tous les autres droits exigeant de lui un investissement financier direct [...]. »⁵⁹⁸ Un rapport de la Commission des droits de la personne et des droits de la

⁵⁹⁵ Soit le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (conclu en 1966 et approuvé en 1991) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (conclu en 1966 et approuvé en 1976). Nations Unis, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Récupéré de <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>. Nations Unis, *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Récupéré de <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

⁵⁹⁶ Micheline Ishay, *op. cit.*, p. 224. Elle compare l'Article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques à celui du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

⁵⁹⁷ David Robitaille, « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques? », *La Charte Québécoise : Origines, enjeux et perspectives (numéro thématique)*, *La Revue du Barreau*, Alain-Robert Nadeau (sous la dir.), Montréal : Les Éditions Yvon Blais Inc., 2006, p. 467.

⁵⁹⁸ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429 aux pages 655-656.

jeunesse, un organisme créé par la *Charte québécoise*⁵⁹⁹ et « [...] chargée de veiller au respect des principes de la Charte [...] »⁶⁰⁰, analysant le bilan de la *Charte québécoise* après vingt-cinq ans en arrive à la conclusion que les droits économiques ne sont plus nécessairement considérés comme des droits : « Ainsi, l'accès à certains régimes de protection sociale, comme la sécurité du revenu, n'est plus considéré par la loi comme un *droit*, mais comme un "dernier recours". »⁶⁰¹ Au niveau de la *Charte*, les mesures de redistribution de la richesse ne sont pas dans les orientations de la Cour suprême. Celle-ci n'interviendra que pour assurer l'équité et la non-discrimination dans les lois et les institutions publiques. Si des lois sont incomplètes, ou la *Charte*, la Cour suprême n'hésite pas à y faire des ajouts comme dans l'exemple de l'orientation sexuelle, présenté plus tôt.

Ce discours ancrant, l'occultation de l'économique, met en lumière la difficulté d'en discuter en lien avec les droits de la personne au Canada, et surtout au niveau de la protection offerte avec la *Charte* dans ces cas. Nous prendrons comme exemple le cas de la censure du livre *Noir Canada*⁶⁰² au Canada, un exemple qui montre ce que Russell affirme lorsqu'il nous a avertis que la limitation de la *Charte* aux interactions avec les institutions publiques nous empêche de voir que l'État n'est pas le seul pouvoir qui peut empiéter sur nos droits et libertés. Dans ce litige, la présence de quelques livres en Ontario (93 sur 5000)⁶⁰³ a permis à une des entreprises visées par celui-ci de contourner⁶⁰⁴ la loi québécoise empêchant les poursuites-bâillons⁶⁰⁵, une loi permettant de protéger la liberté d'expression – une liberté fondamentale de la

⁵⁹⁹ Partie II de la *Charte des droits et libertés de la personne*, *op. cit.*

⁶⁰⁰ Pierre Bossett (sous la dir.), *op. cit.*, p. 1.

⁶⁰¹ Pierre Bossett (sous la dir.), *op. cit.*, p. 16.

⁶⁰² Alain Deneault et al., *Noir Canada*, Montréal : Les Éditions Écosociété, 2008, 348 pages.

⁶⁰³ *Éditions Écosociété c. Banro Corp.* [2012] 1. S.C.R. 636 à la p. 643.

⁶⁰⁴ *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété* [2011] QCCS 6758.

⁶⁰⁵ *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, L.Q., 2009, c 12.

Charte –, et l'intimidation d'un adversaire qui n'est pas de taille au niveau économique. Une entente conclue avant les deux procès au fond, suite à l'incapacité de la maison d'édition et des auteurs à faible revenu⁶⁰⁶ de poursuivre leur défense dans deux tribunaux, mettant fin aux poursuites individuelles en Ontario et au Québec, s'est soldée par la censure du livre (par l'interdiction de poursuivre la vente de celui-ci).⁶⁰⁷ En Cour supérieure du Québec, la requête et la situation ont été déclarées comme « présente une apparence d'abus »⁶⁰⁸ envers les auteurs et la maison d'édition. Ce qui nous concerne dans cette analyse, c'est le rôle joué par la Cour suprême, gardienne des droits et libertés de la *Charte*, qui permet d'entrevoir son implication dans le champ économique. La Cour suprême, dans l'arrêt *Éditions Écosociété c. Banro Corp.* (issu des tribunaux ontariens) a refusé d'intervenir pour limiter le nombre de poursuites et concentrer celles-ci au Québec où la loi contre les poursuites-bâillons aurait permis une défense équitable. La Cour suprême a refusé de faire le lien entre les deux poursuites et l'impact (incluant la capacité de se défendre) de celles-ci sur la maison d'édition et les auteurs ayant de faibles revenus⁶⁰⁹, comme quoi l'expression *la protection des faibles est au cœur des préoccupations de la Cour* est à revoir. Elle s'est contentée de vouloir protéger le potentiel de diffamation (le procès n'avait pas encore eu lieu et Éditions Écosociété tentait de limiter le nombre de poursuites), car : « En l'espèce, le délit de diffamation allégué a eu lieu en Ontario. Noir Canada a été distribué en Ontario. À cette étape de l'instance, la demanderesse n'a pas à démontrer qu'il y a eu préjudice ou que le livre a été lu. »⁶¹⁰ L'entreprise était dans son droit d'utiliser le tribunal ontarien : « Cela étant, un demandeur peut

⁶⁰⁶ *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété* [2011] QCCS 4232, p. 10 : « [36] La preuve révèle que les auteurs tirent respectivement pour 2007, un revenu d'environ 22 000 \$, 23 500 \$ et 8 000 \$. Devant une société aurifère qui générait en 2008 un revenu de quelque 6,5 milliards \$, et dont la performance financière ne se dément pas, la disproportion des ressources est incontestable. »

⁶⁰⁷ Une des deux corporations avait poursuivi au Québec et l'autre en Ontario.

⁶⁰⁸ *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété* [2011] QCCS 4232.

⁶⁰⁹ *Éditions Écosociété c. Banro Corp.* [2012] 1. S.C.R. 636 à la p. 657.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 654.

faire un choix stratégique et tenter une poursuite dans le ressort où il jouit du plus grand avantage juridique. Il s'agit du problème bien connu de la "recherche du ressort le plus favorable" ou du "tourisme diffamatoire".⁶¹¹ La Cour ne s'est jamais prononcée sur le contenu de la cause pour déterminer si c'était un cas de diffamation ou de liberté d'expression. Elle a refusé d'y voir une attaque contre une liberté fondamentale de la *Charte*, car la situation concernait deux parties privées. Cependant, comme elle l'a déjà faite, sans compter sa façon de faire dans l'arrêt *Vriend* d'utiliser une autre loi provinciale, elle aurait pu y voir un lien où « la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *Common Law* » (comme elle a conclu dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd* sur le piquetage secondaire et que nous avons présenté plus tôt). L'occultation de son parti pris au niveau économique dans ce cas-ci a été de cibler la réponse de la Cour vers des questions de procédures et d'éviter la question d'inégalité de la capacité économique d'engager des poursuites judiciaires comme la juge de la Cour supérieure du Québec a conclu dans son jugement contre la poursuite-bâillon : « Le Tribunal y voit matière à inférer qu'au-delà du rétablissement de sa réputation, Barrick semble chercher à intimider les auteurs. »⁶¹² Dans l'arrêt *Vriend*, la Cour suprême a pris avantage de l'*Individual's Rights Protection Act* de l'Alberta. Dans le cas du livre *Noir Canada*, elle aurait pu tirer avantage de la loi québécoise empêchant les poursuites-bâillons et la Cour aurait déterminé, à armes égales (car l'entreprise a été condamnée⁶¹³ au Québec – en utilisant cette loi – à soutenir financièrement les avocats d'Éditions Écosociété), s'il y avait présence de diffamation ou de liberté d'expression. Nous rappelons l'affirmation de Russell que la *Charte* devait permettre de dépasser les conflits régionaux canadiens. Cela est contraire à la possibilité de faire du « tourisme diffamatoire » légal, à l'intérieur du Canada ayant une

⁶¹¹ *Idem.*

⁶¹² *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété* [2011] QCCS 4232, p. 9.

⁶¹³ *Idem.*

institution judiciaire unifiée, nonobstant toutes les procédures et la ségrégation légales interprovinciales. La Cour suprême n'hésite pas à standardiser quand elle le veut en utilisant, notamment, de façon large et généreuse la *Charte* et si elle a besoin d'une autre loi comme elle l'a fait dans l'arrêt *Singh et autres c. M.E.I. (avec la Déclaration canadienne des droits)*⁶¹⁴, elle invite les parties à lui présenter des arguments selon celle-ci. Comme quoi, ce n'est pas l'analyse des faits et le contenu de la situation qui ont été importants ici. De plus, ce n'est pas seulement deux entreprises dans ce cas-ci qui ont abusé des droits et libertés, mais la Cour suprême qui, en tournant le regard, a participé à cette censure.

Nous ramenons notre question précédente : qui protégera les droits et libertés des citoyens des abus et erreurs de la Cour? Certainement pas la *Charte*, car la Cour suprême l'a clairement indiquée dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.* :

Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. [...] Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tous les litiges privés.⁶¹⁵

La Cour suprême fait ainsi abstraction du fait qu'elle doit utiliser le reste de l'appareil gouvernemental pour faire opérationnaliser ses jugements. Elle fait partie de l'appareil gouvernemental canadien. Ce cas de censure est prévisible selon Petter, car non seulement ceux qui ont les ressources économiques peuvent se permettre l'utilisation de cet appareil coûteux, mais avec le temps, ce sont leurs intérêts qui seront discutés et résolus par la Cour : « Mon objectif

⁶¹⁴ *Singh et autres c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177 à la p. 185.

⁶¹⁵ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 à la p. 600.

ici est limité à démontrer que, outre les limites du droit criminel, l'impact d'avoir choisi les Cours comme mécanisme d'arbitrage pour résoudre les demandes de droits et libertés favorisent ceux qui ont les ressources économiques pour débattre d'un cas en Cour. »⁶¹⁶ Il ajoute que cela va façonner les droits et libertés eux-mêmes avec l'attention portée, notamment avec la quantité de cas amenés devant la Cour par ceux qui peuvent se le permettre, à certains aspects particuliers des droits et libertés.⁶¹⁷ Il le résume ainsi : « En somme, quoi qu'en pensent les juges, le contexte social et la nature politique de la prise de décision judiciaire assurent que les droits de la *Charte* seront façonnés de façon prédominante par les besoins des privilégiés économiques de la société canadienne. »⁶¹⁸

3.5.2 Les droits économiques chartistes

Contrairement à la *Charte* canadienne, la *Charte québécoise* inclut explicitement certains droits économiques pour protéger les individus. Comme deuxième facteur d'analyse, nous examinerons deux réponses possibles à la question : comment ceux-ci sont-ils interprétés par la Cour suprême? Notre intention n'est pas d'étudier la *Charte québécoise*, mais de situer les droits économiques dans l'échiquier légal canadien, et ce principalement du point de vue de la Cour suprême. Puisque la *Charte québécoise* contient des droits économiques, la Cour suprême a dû se prononcer sur ceux-ci à quelques reprises. De façon générale, la Cour suprême voit la *Charte québécoise* en tant qu'extension ou précision de la *Charte* : « Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de

⁶¹⁶ Andrew Petter, *op. cit.*, 1986, p. 483. Traduction libre de l'auteur.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 486-487.

⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 490. Traduction libre de l'auteur.

produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. »⁶¹⁹ Nous restreindrons notre analyse à deux arrêts de la Cour suprême soit les arrêts *Gosselin* et *Chaoulli*. Dans le premier cas, c'est une incursion directe dans les droits économiques de la part de la Cour suprême et celle-ci est restée neutre. Dans le deuxième cas, elle a pu manœuvrer de façon indirecte en utilisant un article n'ayant pas de lien apparent avec des droits économiques et le Québec a perdu l'exclusivité de son Régime d'assurance-maladie universel, une perte importante comme nous l'avons indiqué plus tôt.

Le premier arrêt, *Gosselin*⁶²⁰, représentait, selon Robitaille, une certaine avancée au niveau des droits sociaux économiques :

[...] la reconnaissance expresse d'une obligation juridique en matière sociale, fondée sur la Charte, constitue à mon avis une certaine avancée par rapport à la jurisprudence antérieure qui ne semblait dégager clairement aucune obligation sur la base des droits sociaux. La Cour suprême, cependant, n'a fait que la moitié du chemin quant à la reconnaissance de la pleine normativité – dans le sens où je l'entends – de ces droits.⁶²¹

La Cour suprême devait, pour la première fois, et ce de façon ouverte, interroger un des principaux droits économiques de la *Charte québécoise*, l'article 45 : « Toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent. »⁶²² Elle a reconnu les droits économiques de la *Charte québécoise* : « La Charte québécoise est un document juridique, censé créer des droits sociaux et économiques. Ces droits sont peut-être symboliques en ce qu'ils ne peuvent servir de fondement à l'invalidation d'autres lois ni à une action en dommages-intérêts. »⁶²³ Robitaille

⁶¹⁹ *Singh et autres c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177 à la p. 224. Dans l'arrêt *Gosselin*, la Cour suprême fait le lien avec la *Charte des droits et libertés de la personne*, *op. cit.* (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429 p. 517).

⁶²⁰ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429.

⁶²¹ David Robitaille, *op. cit.*, p. 470.

⁶²² *Idem*.

⁶²³ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429 à la p. 497.

ajoute que cela représente pour ces droits économiques : « [...] de ce fait [ils] imposent à l'État l'obligation de mettre sur pied des mesures appropriées tendant à en assurer la mise en œuvre. »⁶²⁴ L'État doit faire quelque chose, mais la Cour considère qu'elle ne peut pas contraindre celui-ci.⁶²⁵ Elle ne peut que constater la problématique : « En cas de violation de ces droits, un tribunal compétent peut prononcer un jugement déclaratoire constatant cette violation. »⁶²⁶ L'ancien juge en chef de la Cour d'appel du Québec, Michel Robert⁶²⁷, résume la portée d'une telle déclaration dans un jugement : « [...] la seule sanction de l'atteinte causée à ce droit réside dans l'opinion qu'aura le public face à une violation flagrante d'un droit aussi fondamental. Cette sanction, en apparence clémente, peut cependant dans certains cas s'avérer la plus efficace. »⁶²⁸ C'est conséquent avec le refus de la juge en chef de la Cour suprême d'utiliser la *Charte* pour permettre une redistribution des richesses. À moins que la Cour ne franchisse la prochaine étape et fasse respecter ces droits, « [...] il faudra se résigner et reconnaître que la consécration des droits économiques et sociaux dans la Charte en 1975 était "un geste purement symbolique". »⁶²⁹ Assez ouvertement, la Cour refuse de s'aventurer dans le domaine des droits économiques autres que pour en déclarer une violation. Elle l'a fait (et le fera) que très rarement, car cela s'applique seulement à la *Charte québécoise* et, considérant cet échec, il est peu probable qu'une nouvelle requête pour faire respecter des droits économiques vaille l'effort exigé (et les coûts). Dans son arrêt de 233 pages pour justifier une déclaration sans obligation, nous pouvons percevoir un certain inconfort de la part de la Cour suprême.

⁶²⁴ David Robitaille, *op. cit.*, p. 492.

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 470-471.

⁶²⁶ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 RCS 429 à la p. 497.

⁶²⁷ Juge de la Cour d'appel du Québec de 1995 à 2011 et juge en chef de celle-ci à partir de 2002.

⁶²⁸ *Gosselin et al. c. Québec (Procureur général)*, [2002] J.Q. no. 1126 (C.A.) à la p. 323.

⁶²⁹ David Robitaille, *op. cit.*, p. 493.

Dans un autre cas, l'arrêt *Chaoulli*⁶³⁰, la Cour suprême s'est servie de la *Charte québécoise* pour mettre fin à l'exclusivité du Régime d'assurance-maladie du Québec. Nous avons retenu cet exemple, car pour les deux juges dissidents de l'arrêt, il représente un recul économique important pour les moins riches de la société :

La *Charte* ne doit pas devenir un instrument utilisé par les riches pour « écarter » les avantages d'un régime législatif qui vient en aide aux membres les plus pauvres de la société. [...] Il va sans dire que l'on redoute qu'une fois que leurs besoins en matière de santé auront été comblés au « niveau supérieur » les membres plus riches de la société deviennent moins enclins à continuer de faire pression sur le gouvernement pour qu'il améliore l'ensemble du système public.⁶³¹

La Cour suprême n'a pas utilisé les articles des droits économiques de la *Charte québécoise* dans son arrêt, mais plutôt l'article 1 : « Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et la liberté de sa personne. »⁶³² Une façon étrange d'annuler un droit économique sous prétexte de préserver le droit à la vie et à l'intégrité de la personne. Les pauvres de la société pourront-ils s'en prévaloir? Comme le montre l'analyse de Danielle Pinard, puisque les plus riches pouvaient déjà se payer des soins de santé, ce jugement avantage ceux qui peuvent se payer des assurances pour des soins dans le secteur privé.⁶³³ Les grands gagnants de cet arrêt sont les compagnies d'assurances et les établissements privés qui peuvent commercer avec des parties privées. « En réalité, elle [(la *Charte*)] fait partie intégrante d'une redéfinition de la démocratie qui cherche à l'accorder [(le système)] aux

⁶³⁰ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 791

⁶³¹ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 RCS 791 aux p. 909-910. Une partie de la citation provient de l'ancien juge en chef Dickson dans l'arrêt *Edwards Books (R. c. Edwards Books and Art Ltd.)*, [1986] 2 R.C.S. 713 à la p. 779. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁶³² *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., chap. C 12.

⁶³³ Danielle Pinard, « Une malheureuse célébration de la *Charte des droits et libertés de la personne* par la Cour suprême du Canada : l'arrêt *Chaoulli* », *La Charte Québécoise : Origines, enjeux et perspectives (numéro thématique)*, *La Revue du Barreau*, Alain-Robert Nadeau (sous la dir.), Montréal : Les Éditions Yvon Blais Inc., 2006, p. 429-430.

énormes inégalités ancrées dans la société. »⁶³⁴ La réaction du gouvernement Charest⁶³⁵ de l'époque a été d'éventuellement encadrer et limiter le plus possible ce jugement.⁶³⁶ Un retour en arrière semble impossible. La Cour suprême a ouvert la porte pour d'éventuels ajouts à la liste de services possibles permis au secteur privé, notamment lors d'une période d'austérité accrue.

3.5.3 Interventions chartistes dans l'économie

Trois composants permettent l'examen de l'impact indirect de la *Charte* et de la Cour suprême dans les relations commerciales. Le premier est l'extension de la *Charte* aux personnes morales, principalement les entreprises commerciales. Le suivant est l'expression commerciale dont nous avons déjà discuté. Nous n'y reviendrons pas. Pour le troisième, nous examinons la liberté d'association qui inclut le piquetage et le droit de grève. Ces trois composants permettent de montrer comment la Cour s'est mêlée indirectement des activités d'ordre privé de façon à en favoriser les producteurs (les entreprises).

La Cour suprême s'est servie rapidement (dès 1985), après l'enchâssement de la *Charte*, de l'article 52 sur la primauté de la Constitution pour étendre la *Charte* aux personnes morales :

La suprématie de la Constitution énoncée à l'art. 52 prescrit que nul ne puisse être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle. Tout accusé, que ce soit une personne morale ou une personne physique, peut contester une accusation criminelle en faisant valoir que la loi en vertu de laquelle l'accusation est portée est inconstitutionnelle.⁶³⁷

⁶³⁴ Michael Mandel, *op. cit.*, p. 109.

⁶³⁵ *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q., 2006, c 43.

⁶³⁶ Voir Danielle Pinard, *op. cit.*, p. 450-453.

⁶³⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 296.

Hogg explique la signification de ce jugement : « Ce jugement veut dire que des droits qui ne s'appliquent pas à des entreprises directement peuvent malgré tout s'opérationnaliser au bénéfice d'entreprises. »⁶³⁸ Il précise que les articles 2, 7 à 12, 17, 19 et 24 pourraient s'appliquer à ces dernières. Cela couvre une tranche importante de la *Charte*, au profit des entreprises, qui inclut les libertés fondamentales, les garanties juridiques et les droits à l'égalité. De plus, l'article 24 contient les provisions de redressement et comme nous l'avons indiquée plus tôt avec l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, des entreprises qui seraient victimes d'une institution publique, d'atteinte à leurs droits et libertés, pourraient demander réparation en l'utilisant. Petter remet en question cet élargissement de la portée de la *Charte* aux entreprises : « Pourquoi une entité artificielle dont les pouvoirs découlent de l'État et dont les fonctions sont économiques bénéficierait du partage de droits fondés sur le respect de "la personne humaine"? »⁶³⁹ Foster établit que cette portée s'étend à une protection avant même qu'il y ait atteinte aux droits et libertés :

Il paraît donc que la notion des bénéficiaires [de la *Charte*] ait évolué de façon à comprendre des personnes physiques et des personnes morales, de même que des personnes (physiques ou morales) qui n'ont aucun intérêt direct dans l'affaire. De plus, les bénéficiaires de la *Charte* peuvent être des parties qui n'ont pas encore été lésées dans leurs droits, donc des victimes hypothétiques.⁶⁴⁰

Elle cite l'exemple de l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*⁶⁴¹ où la *Charte* a été utilisée bien avant qu'il y ait atteinte à des droits et libertés. Dans ce cas, trois commissions scolaires anglophones du

⁶³⁸ Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2009 Student Ed., Toronto : Thomson Reuters Canada Limited, 2009, p. 777. Traduction libre de l'auteur.

⁶³⁹ Andrew Petter, *op. cit.*, 1986, p. 491. Traduction libre de l'auteur.

⁶⁴⁰ Elizabeth Foster, *op. cit.*, p. 249.

⁶⁴¹ *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*. [1984] 2 R.C.S. 66.

Québec ont demandé à la Cour de rejeter une partie de la *Loi 101 (Charte de la langue française)* en prévision de l'année scolaire suivante.⁶⁴²

L'effet de cet élargissement de la *Charte* aux entreprises représente pour Foster un favoritisme de la part de la Cour : « L'effet est plutôt d'élargir la liberté de certains groupes ou de certains individus aux dépens de la liberté d'autres. »⁶⁴³ Comme la juriste l'écrit en utilisant l'exemple de l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*⁶⁴⁴, la Cour peut protéger une entreprise sans tenir compte de l'objectif d'une loi qui protège la liberté d'autres entités et individus : « Le résultat immédiat de la décision dans l'affaire *Southam* était de favoriser les intérêts d'une corporation soupçonnée de pratiques restrictives de commerce. [...] la Cour n'a pas fait référence aux objectifs de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*⁶⁴⁵ qui visait la préservation de la liberté de marché et la protection des intérêts des petits entrepreneurs et des consommateurs. »⁶⁴⁶ On peut croire, avec prudence, qu'étant donné que les droits individuels priment les droits collectifs, cela implique que les droits et libertés des entreprises sont plus importants que les droits collectifs de la société. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*⁶⁴⁷, nous avons déjà affirmé que l'expression commerciale d'une multinationale a eu préséance sur les droits collectifs au niveau de la santé des individus : « L'interdiction imposée sur la publicité et la promotion des produits du tabac constitue une violation du droit à la liberté d'expression. »⁶⁴⁸ Les gouvernements auront, par la suite, raison des compagnies de tabac en modifiant ou en votant de nouvelles lois⁶⁴⁹, en

⁶⁴² *Ibid.*, p. 71.

⁶⁴³ Elizabeth Foster, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁴⁴ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

⁶⁴⁵ *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, R.S.C. 1970, c C-23.

⁶⁴⁶ Elizabeth Foster, *op. cit.*, p. 251.

⁶⁴⁷ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* [1995] 3 R.C.S. 199.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 204.

⁶⁴⁹ *Canada (P.G.) c. JTI-MacDonald Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 610 à la p. 611 : « À la suite de cet arrêt de la Cour [(arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* de 1995 cité plus haut)], le législateur a adopté la *Loi sur le tabac* et le *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac.* »

retournant à plusieurs reprises devant la Cour suprême⁶⁵⁰, et en rendant ces entreprises responsables des effets du tabac sur la santé (lois et poursuites pour recouvrer les coûts de santé associés aux maladies liées au tabac⁶⁵¹). Malgré des victoires juridiques des gouvernements canadiens (certaines poursuites sont encore devant la Cour notamment le recours collectif contre les compagnies de tabac au Québec⁶⁵²), on voit la complexité (et les coûts exorbitants) des requêtes au nom des droits et libertés, notamment la liberté d'expression commerciale, des personnes morales protégées par la *Charte* et la jurisprudence de la Cour suprême.

Sur la liberté d'association, incluant le droit de piquetage et le droit de grève, la liberté d'expression est, au contraire de l'expression commerciale, plus encadrée et plus limitée. Nous avons vu avec l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*⁶⁵³ que le piquetage secondaire est très encadré (et habituellement interdit).⁶⁵⁴ Le piquetage, selon ce jugement de la Cour, est reconnu comme une forme de liberté d'expression : « Je suis donc d'avis que le piquetage qu'on a voulu empêcher aurait comporté du droit à la liberté d'expression [selon l'alinéa 2b) de la *Charte*]. »⁶⁵⁵ Malgré l'analyse chartiste fournie dans le jugement pour encadrer de futurs litiges possibles de ce type, nous rappelons

⁶⁵⁰ Exemples : *Canada (P.G.) c. JTI-MacDonald Inc*, [2007] 2 R.C.S. 610 (la Cour suprême confirme la légalité de cette loi canadienne – *Loi sur le tabac*, L.C. 1997– limitant l'expression commerciale), *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45 (la Cour suprême confirme la légalité de la loi britanico-colombienne – *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act SBC 2000c. 30* – sur le recouvrement des coûts de santé liés aux effets du tabac).

⁶⁵¹ Exemple du Québec : *Loi sur le recouvrement du coût des soins de santé et de dommages-intérêts liés au tabac*, LRQ c. R-2.2.0.0.1. Voir *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCS 842 au para. [39] : « La *Loi* est la copie quasi conforme d'une loi passée en Colombie-Britannique et intitulée *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act SBC 2000c. 30*. Cette loi de Colombie-Britannique a été attaquée par certaines des Demanderesses et a subi le test de conformité avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et du droit constitutionnel canadien. » Dans cette dernière cause, les compagnies de tabac tentaient d'utiliser la *Charte québécoise* pour faire invalider la loi québécoise.

⁶⁵² Pour les détails de la poursuite et le suivi de celle-ci : Recours collectifs québécois contre JTI-Macdonald, Imperial Tobacco et Rothmans, Benson & Hedges. Récupéré de <http://www.cqts.qc.ca/recours/>.

⁶⁵³ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 591-592.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 588.

que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés lors de conflit similaire à cette situation. Ce sont deux déclarations secondaires de ce jugement qui nous intéressent. La première parle des conséquences d'un tel conflit sur la société : « Sur le plan social, le coût d'un conflit est très élevé; il y a perte d'heures-personnes et de salaires; la production et les services sont perturbés et les tensions générales au sein de la collectivité risquent d'être aggravées. »⁶⁵⁶ Dans ce cas, les effets et les conséquences collectifs sont importants. Dans le cas de la seconde déclaration, c'est plutôt le besoin de limiter le piquetage pour le bien de la société : « Il est en conséquence nécessaire dans l'intérêt général de la société que le piquetage soit règlementé et, parfois limité. Il est raisonnable d'empêcher le piquetage de manière à limiter le conflit aux parties elles-mêmes. »⁶⁵⁷ La liberté fondamentale qu'est l'expression commerciale prime ici aussi l'intérêt général, notamment la santé, comme de nombreux jugements sur l'industrie du tabac l'ont illustré. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act (Alb.)*⁶⁵⁸, la Cour dissocie le droit de grève de la liberté d'association :

Les droits au sujet desquels on réclame la protection de la Constitution, savoir les droits contemporains de négociier collectivement et de faire la grève, qui comportent pour l'employeur des responsabilités et obligations corrélatives, ne sont pas des droits ou libertés fondamentaux. Ce sont des créations de la loi qui mettent en jeu un équilibre entre des intérêts opposés dans un domaine qui, les tribunaux l'ont reconnu, exige une compétence spéciale.⁶⁵⁹

L'analyse de Petter discutée plus tôt présente la même argumentation en s'interrogeant sur l'élargissement de la portée de la *Charte* aux personnes morales, c'est-à-dire à l'étendue de la *Charte* à ces réalités artificielles, des créations étatiques de la loi. Il est difficile de ne pas abonder avec la conclusion

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 591.

⁶⁵⁷ *Idem.*

⁶⁵⁸ *Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 315.

de Schneiderman affirmant que les acteurs du côté des producteurs, dans les relations commerciales avec les institutions publiques de même que dans les relations privées, sont favorisés par la *Charte* et la Cour suprême de façon directe sinon indirecte. Pour Foster, si la Cour veut s'immiscer dans les relations commerciales qu'elle le dise ouvertement au lieu d'occulter sa façon de faire : « Si la société veut en effet protéger, au moyen d'un document constitutionnel, les intérêts économiques commerciaux, qu'on le dise clairement, au lieu de revêtir cet objectif – peut-être valide – de beaux principes qui sont censés servir les intérêts de l'individu. »⁶⁶⁰ La question devient dans ce cas-ci : Est-ce que cela mettrait en danger le monopole d'interprétation de la *Charte* par la Cour suprême, car : « [...] personne ne sait si, ni quand, le balancier amorcera son mouvement de retour vers la forme nouvelle que prendra ce qui tiendra lieu d'État dans un monde qui aurait atteint la limite de ce qu'il peut supporter des inégalités et de l'exploitation dont la globalisation est porteuse, et qu'elle dissimule de moins en moins bien... »⁶⁶¹ L'occultation du rôle économique de la Cour suprême utilisant la *Charte* relève d'une situation stratégique capitale qui préserve d'un questionnement public l'intégrité de la *Charte*, et sa sacralisation, face aux inégalités économiques grandissantes.

3.6 Le multiculturalisme canadien et la *Charte*

Une autre dimension stratégique de la *Charte* est son utilisation actuelle comme outil de déploiement du multiculturalisme canadien tout en occultant son instrumentalisation initiale, de contrer le nationalisme québécois. Plusieurs facteurs de la *Charte* viennent guider le déploiement de ce multiculturalisme notamment l'encadrement des droits et libertés au nom des besoins collectifs comme il est écrit au début de la *Charte* dans la section sous la garantie de

⁶⁶⁰ Elizabeth Foster, *op.cit.*, p. 252.

⁶⁶¹ Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 200.

ceux-ci : « 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. »⁶⁶² Cet article permet de circonscrire la *Charte* selon les besoins sociétaux dominants du temps (Lajoie). Le fondement rhétorique de cette justification, l'arbre vivant qu'est la Constitution, est passé d'une société libérale classique à une société multiculturelle pour ensuite devenir une société menacée où les libertés doivent être restreintes. Cela apparaît contraire à la vision progressiste que veut communiquer la Cour suprême sur l'évolution de la *Charte* soit « [...] "l'arbre" récemment planté qu'est la *Charte* ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, [...] ». ⁶⁶³ Restreindre est contraire à une croissance.

Pour notre premier facteur d'analyse, nous étudions l'encadrement, au nom des besoins collectifs, de la société multiculturelle en approfondissant le rapprochement avec le multiculturalisme canadien. « L'article 27 pose comme règle d'interprétation la concordance entre la Charte d'une part, et d'autre part le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »⁶⁶⁴ Pour un exemple de cette interprétation par la Cour suprême, l'arrêt *R. c. Tran* :

L'article 27, selon lequel toute interprétation de la Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, est particulièrement pertinent. Dans la mesure où le patrimoine culturel est nécessairement multilingue, il s'ensuit qu'une société multiculturelle ne peut être préservée et favorisée que si ceux qui s'expriment en d'autres langues que le français et l'anglais ont un accès véritable et concret au système de justice criminelle. ⁶⁶⁵

⁶⁶² *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.*, article 1, Garantie des droits et libertés.

⁶⁶³ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (CB)*, [1985] 2 RCS 486 à la p. 509. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁶⁶⁴ Henri Brun et al., *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 2008, p. 1005.

⁶⁶⁵ *R. c. Tran*, [1994] 2 RCS 951 à la page

Ensuite, il y a les droits à l'égalité que nous avons déjà analysés. Lors de l'étude de ceux-ci, nous avons expliqué que l'égalité ciblait des minorités particulières dont certaines réussissaient à faire reconnaître leur particularité culturelle devant la Cour suprême grâce à la *Charte*. Ainsi, nous pourrions y voir une forme d'appui au multiculturalisme canadien. Cependant, cette égalité n'est pas pour tous et elle a pour effet de rendre ces groupes « gagnants » dépendants du pouvoir de la Cour pour conserver leurs acquis et, cette façon de faire menace le lien social entre ces gagnants et perdants. Pour Kymlicka, cette égalité devrait être pour tous, c'est-à-dire entre les différentes minorités et pour les majorités. Restreindre ces droits à certains va à l'encontre de cette prémisse de base. Nous n'approfondissons pas ici ce facteur puisque nous l'avons déjà analysé plus tôt sauf pour ajouter qu'il a permis de mettre en lumière que le chartisme donne un caractère essentialiste à certaines de ces particularités multiculturelles. Le troisième facteur est l'importance de la question des deux langues officielles du Canada, l'anglais et le français. Ces droits sont asymétriques selon la province, mais les droits à l'instruction dans la langue de la minorité (francophone ou anglophone) permettent, lorsqu'il y a assez d'enfants, l'éducation dans l'autre langue officielle. Un multiculturalisme canadien qui a pour limite que l'éducation doit se faire absolument dans l'une des deux langues officielles des majorités. La langue est un vecteur important de la culture et celle-ci survit en grande partie par elle. À l'extérieur de certains centres multiculturels comme Vancouver, Toronto ou Montréal (où le bassin de population de certaines minorités permet à leur langue de survivre), cette limitation de la *Charte* aux deux langues des majorités canadiennes ressemble plus à une dynamique d'interculturalisme favorisant un rapprochement entre les cultures encadrées par la langue de la majorité provinciale qu'au multiculturalisme. Cette confusion n'en est pas une pour Taylor, car il n'y aurait pas de différence importante entre ces deux philosophies, le multiculturalisme canadien et l'interculturalisme québécois⁶⁶⁶.

⁶⁶⁶ Charles Taylor, *op. cit.*, 2012, p. 413.

Le quatrième facteur analysé est la quasi-absence des autochtones, dans de nombreux discours et études sur les droits et libertés et la *Charte*. Pour Olive Patricia Dickason, « [...] le Canada compte cinquante-cinq peuples fondateurs au lieu des deux seuls qui ont été officiellement reconnus. »⁶⁶⁷ Même si certains questionnent le titre de peuple fondateur pour les Autochtones, l'absence de cinquante-trois de ces peuples des nombreux discours ancrant de la *Charte* nous rend tout de même perplexe. C'est possiblement liée à la mise en tutelle des autochtones avec la *Loi sur les Indiens*⁶⁶⁸, une situation inacceptable pour ceux-ci selon Renée Dupuis⁶⁶⁹ (et pour un État et ses citoyens qui veulent se présenter comme champions des droits et libertés de tous). Cependant, leurs droits sembleraient « protégés » par l'article 25 de la *Charte*⁶⁷⁰ ainsi que la partie II de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁶⁷¹ sur les droits des peuples autochtones au Canada. Nous analyserons cette protection des droits des Autochtones qui a déclenché le besoin d'un encadrement par la Cour suprême de ces deux nouveaux instruments légaux. Celui-ci s'est manifesté en limitant la majorité de leurs victoires au niveau économique⁶⁷² bien que « l'autodétermination politique et la maîtrise du territoire »⁶⁷³ soient leurs principales revendications. L'application de la *Charte*, dans son entièreté, est limitée par l'article 25 qui vient protéger les particularités des autochtones. Nous examinons le fondement de cette

⁶⁶⁷ Olive Patricia Dickason, *Les premières nations du Canada*, trad. par Jude Des Chênes, Québec : Les éditions du Septentrion, 1996, p. 11. Cet ouvrage (version anglaise) a reçu le prix John A. Macdonald de la société historique du Canada en 1993.

⁶⁶⁸ *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c I-5.

⁶⁶⁹ Renée Dupuis, *La Question indienne au Canada*, Montréal : Les Éditions du Boréal, 1991, p. 69.

⁶⁷⁰ « Maintien des droits et libertés des autochtones 25. Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment :

a) aux droits ou libertés reconnus par la Proclamation royale du 7 octobre 1763;

b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. »

⁶⁷¹ Cette partie contient les sections suivantes : « Confirmation des droits existants des peuples autochtones; Accords sur des revendications territoriales; Égalité de garantie des droits pour les deux sexes; Engagement relatif à la participation à une conférence constitutionnelle »

⁶⁷² André Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 66.

⁶⁷³ *Ibid.*, p. 74.

exemption particulière souvent occultée. Pour terminer, le cinquième et dernier facteur, portant sur le nationalisme québécois, sera examiné séparément dans la prochaine section. Il représente la première raison d'être politique de la *Charte*.

3.6.1 L'encadrement des droits de la personne chartistes au nom de la collectivité

Pour permettre d'encadrer, au nom de la collectivité, la définition des droits et libertés canadiens, selon la Cour, la *Charte* insère ceux-ci dans une dynamique juridique collective canadienne existante : « Le concept de "droit" utilisé dans la *Charte* postule l'existence de relations entre membres de la société, tous titulaires du même droit. L'aphorisme "Un hermite [(sic)] n'a pas besoin de droits" est clair. Le concept de "droit" suppose aussi l'existence de quelqu'un ou d'un groupe vis-à-vis de qui on peut le revendiquer. »⁶⁷⁴ Est-ce que le droit, à la base, implique inévitablement une distanciation entre les personnes? Cependant, ces droits doivent permettre à la société de continuer à fonctionner, selon la Cour suprême :

Même si aucun droit ne saurait être considéré comme absolu, une conséquence naturelle de la reconnaissance d'un droit doit être l'acceptation sociale de l'obligation générale de le respecter et de prendre des mesures raisonnables afin de le protéger. Dans toute société, les droits d'une personne entreront inévitablement en conflit avec les droits d'autrui. Il est alors évident que tous les droits doivent être limités afin de préserver la structure sociale dans laquelle chaque droit peut être protégé sans porter atteinte indûment aux autres.⁶⁷⁵

La nécessité d'un tel encadrement est insérée au début de la *Charte* et souligne, selon la Cour suprême, les limites qui pourraient être imposées à la société :

⁶⁷⁴ *Operation dismantle Inc c La Reine*, [1985] 1 RCS 441 à la p. 488.

⁶⁷⁵ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 à la page 554.

Il importe de souligner dès l'abord que l'article premier remplit deux fonctions : premièrement, il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés. En conséquence, tout examen fondé sur l'article premier doit partir de l'idée que la restriction attaquée porte atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution, des droits et des libertés qui font partie de la loi suprême du Canada.⁶⁷⁶

Pour notre premier facteur d'analyse, qu'en est-il de l'encadrement de la garantie des droits et libertés par les besoins collectifs selon la *Charte* et son déploiement par la Cour? Nous avons déjà décrit plus tôt, dans la section sur l'individualisme et la *Charte*, les paramètres émis par la Cour qui permettent de déterminer si une requête de la partie (l'instance gouvernementale) qui veut restreindre un droit ou une liberté est admissible c'est-à-dire le test de l'arrêt *Oakes* (précisé par la suite dans d'autres arrêts, dont *Dagenais c. Société Radio-Canada*). L'importance d'une telle restriction, basée sur la prépondérance des probabilités⁶⁷⁷, doit être importante : « La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas d'une protection. »⁶⁷⁸ De plus, selon le type de cas devant la Cour, et les restrictions possibles seront des exceptions⁶⁷⁹, la situation pourrait nécessiter la conciliation des droits individuels avec les droits collectifs⁶⁸⁰, ou lorsqu'en présence d'objectifs sociaux importants, ils pourraient être restreints⁶⁸¹. Le tout dépendra des valeurs principales de la société, selon le point de vue de la Cour suprême :

⁶⁷⁶ *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103 à la p.135.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁶⁷⁸ *Idem.*

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p. 136.

⁶⁸⁰ *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.* [2002] 1 RCS 156 à la p. 194.

⁶⁸¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 RCS 103 à la p.135

De l'autre côté, il y a la nécessité de veiller à ce que ces outils juridiques ne sapent pas les valeurs jugées fondamentales par notre société démocratique – liberté, primauté du droit et principes de justice fondamentale – et qui sont au cœur de l'ordre constitutionnel canadien et des instruments internationaux dont le Canada est signataire.⁶⁸²

Foster a déjà dit que les tribunaux de haute instance ont une vision abstraite et individualiste de la société. L'intérêt pour autrui, la société, n'est pas dans cette liste de valeurs de la Cour suprême sauf pour l'aspect judiciaire. Baxi considère que les évangélistes de la sécularité errent quand ils élèvent les droits de la personne au niveau d'une religion, car ils oublient d'autres aspects éthiques « [...] comme la justice, le soin de soi et les responsabilités envers les autres. »⁶⁸³ Blattsberg ajoute que la *Charte* affaiblit la société résultante parce qu'elle est détachée de la réalité sociale : « [...] une autre caractéristique de la *Charte*, un aspect que ses concepteurs lui ont bel et bien conféré, mais qui tend à affaiblir la communauté civique qui se trouve à la base de l'intégrité de notre pays : son caractère abstrait (« thinness »). Car les droits qui y sont inscrits ne sont censés se rapporter à aucun contexte particulier [...]. »⁶⁸⁴ Un détachement qui se produit entre la société et sa gouvernance étatique.

Une partie du contexte du collectif que la *Charte* veut promouvoir, en ligne avec celui de P. E. Trudeau et de son multiculturalisme canadien, est défini dans l'article 27 de la *Charte* (sous la rubrique *Maintien du patrimoine culture*) : « Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »⁶⁸⁵ Ce patrimoine représenterait les bases historiques multiculturelles de la société canadienne et les mots « promouvoir » et « valorisation » sont un appel à utiliser la *Charte*, de façon proactive, pour

⁶⁸² *Suresh c. Canada (MCI)*, [2002] 1 RCS 3 à la.p. 13.

⁶⁸³ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. xi. Traduction libre de l'auteur.

⁶⁸⁴ Charles Blattsberg, *op. cit.*, p. 124-125. Dans le prochain chapitre, nous examinerons précisément cette virtualisation du lien social.

⁶⁸⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, article 27.

étendre ces bases. Nous avons indiqué plus tôt que Foster s'est questionné sur la *Charte* en tant qu'outil de développement social et Lajoie considère déjà que l'évolution sociale sert de base aux décisions de la Cour suprême.⁶⁸⁶ Cependant, le développement social a beaucoup plus de liens avec le politique que le juridique notamment par ses liens plus serrés avec la société. D'un autre côté, ces droits sociaux de type culturel peuvent représenter une forme de déploiement de droits et libertés de seconde génération. Pour Ishay, à la fin du XX^e siècle, les droits culturels « [...] sont devenus reconnus comme une catégorie importante de droits de la personne visant à protéger les diverses conceptions de besoins et valeurs humaines. »⁶⁸⁷ Est-ce une décision politique d'insérer cet article dans la *Charte*? Si c'est le cas, elle n'a pas reçu le même rejet qu'une autre décision politique (la clause dérogatoire de l'article 33) qui, en reprenant l'argumentaire d'Hiebert, par sa nature de compromis politique contredirait (selon les critiques du compromis) le principe même d'une charte des droits et libertés. Pour Bastien, c'est politique : « [...] l'insertion du multiculturalisme dans la Constitution fait partie d'un vaste projet de réingénierie sociale visant à transformer les citoyens du Canada en des êtres bilingues, sans culture de référence. »⁶⁸⁸ Il ajoute que cette tâche sera donnée aux juges, par P. E. Trudeau, au lieu des élus, car la majorité rejeterait une telle transformation.⁶⁸⁹ Pourquoi la possibilité d'un rejet avec une *Charte* pourtant déifiée? La Cour suprême accorde une grande valeur au multiculturalisme en s'en servant pour promouvoir, notamment, les libertés fondamentales : « Le pouvoir d'imposer, pour des motifs religieux, l'observance universelle du jour de repos préféré par une religion ne concorde guère avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens, reconnu à l'art. 27 de la Charte. »⁶⁹⁰ La Cour poursuit en

⁶⁸⁶ André Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 71.

⁶⁸⁷ Micheline R. Ishay, *op. cit.*, p. 273. Traduction libre de l'auteur.

⁶⁸⁸ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁸⁹ *Idem.*

⁶⁹⁰ *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 297.

indiquant que la *Loi sur le dimanche* impose des valeurs religieuses : « Des valeurs religieuses enracinées dans la moralité chrétienne sont transformées en droit positif applicable aux croyants comme aux incroyants. Pour des motifs religieux, on interdit aux non-chrétiens d'exercer des activités par ailleurs légales, morales et normales. »⁶⁹¹ La définition de ces trois derniers paramètres (« légales, morales et normales ») est sous le contrôle de la Cour. Cette déclaration de la Cour semble contraire à la *Charte* qui débute en reconnaissant la suprématie de Dieu (avant la primauté du droit). Mais, pour la Cour suprême : « [...] la mention de la suprématie de Dieu dans le préambule de la Charte canadienne ne saurait entraîner une interprétation de la liberté de conscience et de religion qui autoriserait l'État à professer sciemment une foi théiste. Ce préambule est l'expression de la thèse politique sur laquelle reposent les protections qu'elle renferme. »⁶⁹² Nous ne voulons pas retourner à la primauté de la religion de l'ère Duplessis, mais la primauté du droit, l'autre principe de base de la *Charte* énoncé au début de celle-ci, est considérée comme une valeur fondamentale par la Cour.

En revenant à la suprématie du multiculturalisme et faisant suite à notre discussion plus tôt sur les droits à l'égalité des groupes et les barrières que ceux-ci installent entre les cultures avec la *Charte*, Baxi se demande : « Est-ce que le multiculturalisme est une espèce de racisme postmoderne? »⁶⁹³ Le déploiement de cette philosophie avec la *Charte*, et notamment avec l'article 15 sur les droits à l'égalité, maintient les minorités prétendument égales dans un état de minorité en mettant l'importance sur l'aspect particulier de leur culture ce qui permet, en reprenant la thèse de Freud, à l'hostilité de s'installer en comparaison avec l'autre. Deux extrêmes se sont ainsi déployés, la particularité et le collectif. L'accommodement raisonnable, que nous

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 296.

⁶⁹² *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3 à la p. 11.

⁶⁹³ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 186. Traduction libre de l'auteur.

examinerons dans le chapitre V en tant qu'axe d'analyse pour la virtualisation de la société, se voulait une solution mitoyenne. Mais est-ce le cas?

3.6.2 La *Charte* et la question des deux langues officielles

L'autre facteur examiné de cette société multiculturelle est l'encadrement de celle-ci par une des deux langues officielles protégées par la *Charte*. Selon cette dernière, seules deux langues sont officielles au Canada : « Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada. »⁶⁹⁴ Pour l'ancien journaliste et écrivain Graham Fraser, Commissaire aux langues officielles du Canada, ces deux langues représentent une partie de la fondation du Canada : « [...] la relation critique entre les communautés anglophones et francophones canadiennes qui a défini notre passé, sous-tend notre présent, et continuera à façonner notre futur. »⁶⁹⁵ Selon la Cour suprême, l'article 23 de la *Charte* sur l'éducation protège « [...] le maintien et le développement de la vitalité linguistique et culturelle. »⁶⁹⁶ Elle a reconnu que cette base fondamentale représente une situation discriminatoire envers les autres langues et cultures qui forment le multiculturalisme canadien.⁶⁹⁷ Elle a aussi admis que le positionnement linguistique exprimé par la *Charte* n'est pas usuel pour un document de droits fondamentaux et représente une spécificité canadienne.⁶⁹⁸ Quant à l'élément déclencheur de la formulation spécifique canadienne sur l'aspect linguistique, selon la Cour, l'article 23 de la *Charte* sur les *Droits à l'instruction dans la langue de la minorité* a été écrit principalement pour

⁶⁹⁴ *Charte des droits et libertés de la personne*, *op. cit.*, article 16(1).

⁶⁹⁵ Graham Fraser, *op. cit.*, p. 176. Traduction libre de l'auteur.

⁶⁹⁶ *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 SCR 342 à la p. 350 et *Solski (tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 RCS 201 à la p. 207.

⁶⁹⁷ *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 SCR 342 à la p. 369.

⁶⁹⁸ *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*. [1984] 2 R.C.S. 66 à la p. 79.

encadrer la *Loi 101* québécoise et protéger la situation de la minorité anglophone du Québec même si le sort des minorités francophones canadiennes n'est pas aussi positif que celui des anglophones québécois : « Quoique le sort réservé à la langue anglaise comme langue de l'enseignement ait été généralement plus avantageux au Québec que le sort réservé à la langue française dans les autres provinces, [...] ». ⁶⁹⁹ Nous y reviendrons.

Selon le politologue Troy Riddell, le programme de contestation judiciaire discuté plus tôt a significativement contribué au développement de l'éducation dans la langue de la minorité provinciale au Canada. La formulation de la *Charte* : « [...] suggère que l'usage du pouvoir judiciaire forme le développement politique et en ait le reflet. » ⁷⁰⁰ Nonobstant cet effet ciblé envers les deux langues officielles, la *Charte* offre certaines protections aux langues des autres cultures notamment au nom de l'équité et de la notion fondamentale de justice en garantissant, avec l'article 14, le droit à un interprète. ⁷⁰¹ Cette notion de justice a ses limites, car chacun est libre d'utiliser le français ou l'anglais dans les Cours de justice, mais, il ne peut s'attendre à y être compris : « Toutefois, ni l'art. 133 de *la Loi constitutionnelle de 1867* ni l'art. 19 de la *Charte* ne garantissent que la personne qui parle soit entendue ou comprise dans la langue de son choix ni ne lui confèrent le droit de l'être. » ⁷⁰² Les droits linguistiques chartistes représentent un arrangement particulier

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 81.

⁷⁰⁰ Troy Riddell, « Explaining the Impact of Legal Mobilization and Judicial Decisions », *op. cit.*, p. 204. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁰¹ *R. c. Tran*, [1994] 2 RCS 951 à la p. 952.

⁷⁰² *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549 à la p. 552. Note : Article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (Lois refondues du Canada, 1985, appendices no 5) : « Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des registres, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire. En outre, dans toute plaidoirie ou pièce de procédure devant les tribunaux du Canada établis sous l'autorité de la présente loi, ou émanant de ces tribunaux, et devant les tribunaux de Québec, ou émanant de ces derniers, il pourra être fait usage de l'une ou l'autre de ces langues. Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimés et publiés dans ces deux langues. »

considérant que pour la Cour suprême, la langue est primordiale pour l'individu et la société :

L'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société.⁷⁰³

Elle ajoute : « Le langage n'est pas seulement un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression. C'est pour un peuple un moyen d'exprimer son identité culturelle. »⁷⁰⁴ C'est un multiculturalisme encadré par une des deux langues officielles canadiennes qui permet l'expression de particularités de cultures minoritaires en utilisant le véhicule de l'identité culturelle d'un des deux groupes majoritaires. Cela ressemble plus à la définition de l'interculturalisme de Bouchard et Taylor (que celle du multiculturalisme) qui cherche à accorder les minorités culturelles avec le noyau provincial linguistique (anglophone ou francophone) ou sa minorité linguistique officielle.

L'autre particularité soulevée est que la situation des minorités francophones hors Québec est vue comme comparable à la situation de la minorité anglophone au Québec.⁷⁰⁵ Pour Brouillet, cela ne reflète pas la réalité : « Sous le couvert d'une uniformisation des politiques linguistiques au niveau de l'ensemble des provinces, on assiste en fait à un accroissement de l'écart qui existait déjà entre la situation des minorités francophones hors Québec, d'une part, et celle de la minorité anglophone québécoise, d'autre part. »⁷⁰⁶ Cela n'est pas surprenant, car ces communautés représentent des situations très

⁷⁰³ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 744.

⁷⁰⁴ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712 à la p. 7.

⁷⁰⁵ *Solski (tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 201 à la p. 208-209.

⁷⁰⁶ Eugénie Brouillet, *op. cit.*, 2005, p. 332.

différentes même si Fraser essaie de montrer une similarité : « Il y a presque un million de Canadiens francophones qui vivent dans des communautés minoritaires au Canada, et presque un million d'anglophones canadiens qui vivent dans des communautés minoritaires au Québec. »⁷⁰⁷ Brouillet ajoute que la politique linguistique véhiculée par la *Charte* est abstraite et qu'elle aurait dû suivre une approche asymétrique plus près du réel.⁷⁰⁸ Cependant, notre analyse dévoile plutôt une politique linguistique ciblant particulièrement le Québec (et ensuite adapté au reste du Canada). Dans l'arrêt *Solski* (sur la *Charte de la langue française*) la Cour précise l'importance de la garantie de l'instruction dans la langue de la minorité anglophone québécoise en citant Jean Chrétien, ministre de la Justice du Canada lors de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution canadienne : « Si l'on enlève le droit à l'instruction dans la langue de la minorité, l'on met sérieusement en danger le droit d'avoir un emploi n'importe où au Canada. Les Canadiens de langue anglaise qui viennent s'installer au Québec veulent avoir le droit d'envoyer leurs enfants dans une école où la langue d'instruction est l'anglais. »⁷⁰⁹ La politique canadienne linguistique anglophone au Québec ne ciblerait pas l'épanouissement de cette minorité sur le territoire québécois comme la Cour le dit⁷¹⁰, mais sa circulation dans un Canada où l'anglais prédomine dans le secteur de l'emploi (selon une citation rapportée par cette même Cour). C'est prévisible considérant que le Canada compte vingt millions d'unilingues anglophones.⁷¹¹ Cependant, nous trouvons cette déclaration d'intention particulière, car dans le même arrêt, la Cour fait référence à l'arrêt *Ford* où celui-ci a rappelé les craintes des francophones de la période de la Révolution

⁷⁰⁷ Graham Fraser, *op. cit.*, p. 176. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁰⁸ Eugénie Brouillet, *op. cit.*, 2005, p. 332.

⁷⁰⁹ *Solski (tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 RCS 201 à la p. 222.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 211.

⁷¹¹ Graham Fraser, *op. cit.*, p. 176.

tranquille face à l'anglais qui était vu comme la langue du succès par les jeunes francophones.⁷¹²

Nous arrivons au constat que la politique linguistique canadienne, selon la *Charte*, est asymétrique même si elle veut présenter une image de symétrie. Selon le juriste Sujit Choudry, « Le caractère symétrique des droits linguistiques des minorités cache une absence de symétrie dans les faits. »⁷¹³ De plus, cette asymétrie vise particulièrement le Québec et sa *Charte de la langue française* comme le dit la Cour :

Sans doute est-ce un régime général que le constituant a voulu instaurer au sujet de la langue de l'enseignement par l'art. 23 de la Charte et non pas un régime particulier pour le Québec. Mais, vu l'époque où il a légiféré, et vu surtout la rédaction de l'art. 23 de la Charte lorsqu'on la compare à celle des art. 72 et 73 de la Loi 101, il saute aux yeux que le jeu combiné de ces deux derniers articles est apparu au constituant comme un archétype des régimes à réformer ou que du moins il fallait affecter (sic) et qu'il lui a inspiré en grande partie le remède prescrit pour tout le Canada par l'art. 23 de la Charte.⁷¹⁴

Une *Charte* remède qui cible des objectifs politiques très différents des droits de la personne et, en reprenant les mots du juge en chef Laskin, qui vise des intérêts particuliers se donnant une respectabilité au nom d'une association avec un document énonçant des droits de la personne. La sacralisation de ce document, la *Charte*, est donc douteuse, car elle représente plutôt, du moins en partie, la poursuite d'une politique gouvernementale ayant des intérêts et valeurs particuliers avantageant une conception centralisatrice et particulière du pouvoir. Pouvons-nous, sans une remise en question, considérer que l'autre partie du document vise vraiment les droits et libertés de la personne ou est-ce aussi le prolongement de politiques particulières (les

⁷¹² *Ford c. Quebec*, [1988] 2 R.C.S. 712 au paragraphe 72.

⁷¹³ Sujit Choudry, « Bills of Rights as Instruments of Nation Building », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 233-250, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 246.

⁷¹⁴ *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*. [1984] 2 R.C.S. 66 à la p. 79-80.

mêmes ou d'autres)? Nous avons déjà discuté des effets ségrégationnistes des droits à l'égalité ainsi que de l'asservissement de libertés fondamentales au nom d'une politique particulière économique. Russell prévient que cette *Charte* ne garantirait pas plus de droits ou une meilleure protection, mais une façon différente de les limiter.⁷¹⁵ Il ajoute : « En ce qui concerne le second objectif [(la *Charte* protègerait plus efficacement les droits et libertés)] les Canadiens ont été victimes de déclarations mensongères. »⁷¹⁶ Des déclarations qui associaient la *Charte* à un monde de droits et libertés bien différents de son image sacrée.

3.6.3 L'occultation du discours autochtone dans le chartisme

L'analyse de la sous-section précédente permet de mettre en relief l'expression « les deux solitudes » canadiennes. Qu'en est-il de la troisième solitude canadienne regroupant de nombreux peuples canadiens, les Autochtones⁷¹⁷. C'est le quatrième facteur que nous voulons analyser sur le multiculturalisme canadien et il représente une autre application de la *Charte* pour des raisons politiques c'est-à-dire l'occultation des droits des Autochtones, la « solitude oubliée », et le contrôle des droits et libertés de ceux-ci. Pourquoi le tout est occulté? Nous pouvons aussi nous demander pourquoi et comment s'effectue ce contrôle? Pour notre première interrogation, lors des allées et venues menant à la *Loi constitutionnelle de 1982* et la *Charte*, les politologues Kiera L. Ladner et Michael McCrossan rappellent que Trudeau a dit : « Honnêtement, je ne sais pas ce que veulent les Indiens. Je ne le sais vraiment pas. »⁷¹⁸ Cependant, la réponse à cet exécutif canadien est simple.

⁷¹⁵ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 30.

⁷¹⁶ *Ibid.*, 1983, p. 31. Traduction libre de l'auteur.

⁷¹⁷ Ils étaient 1.4 millions, au Canada, en 2011. Récupéré de Statistiques Canada, *Les peuples autochtones au Canada : Premières Nations, Métis et Inuits*, <http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-fra.cfm>.

⁷¹⁸ Kiera L. Ladner et Michael McCrossan, « The Road Not Taken : Aboriginal Rights », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B.

D'un point de vue centralisateur, la requête autochtone (l'autonomie politique), tout comme la principale demande québécoise, est une requête qui dépasse l'entendement politique centralisateur canadien. La juriste Renée Dupuis l'exprime ainsi : « Faire reconnaître leur droit à l'autonomie politique en dehors de toute interférence des gouvernements fédéraux et provinciaux revient à demander à ces gouvernements de se départir d'une partie de leurs pouvoirs et de leurs territoires. Les gouvernements ont montré clairement qu'ils ne sont pas prêts à le faire. »⁷¹⁹ Satisfaire ces attentes demanderait une décentralisation et non l'exercice inverse entamé avec la *Charte* et 1982. Pour les Autochtones, les articles 25 (*Charte*) et 35 (*Loi constitutionnelle de 1982*) représentaient initialement une affirmation de leur ordre constitutionnel distinct et la protection contre la *Charte*.⁷²⁰ Pour les juristes Henri Brun, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet :

La difficulté que soulève cet article est de savoir quels sont les droits autochtones qui sont ainsi à l'abri des droits de la *Charte*. Même s'il y a lieu d'interpréter une telle disposition d'exception en donnant comme toujours primauté aux droits individuels de la *Charte*, rien dans le libellé de l'article 25 ne pourrait toutefois, à notre avis, justifier de restreindre sa portée aux seuls droits fonciers des autochtones.⁷²¹

Cependant, la Cour préfère l'utilisation de l'article 35 à l'extérieur de la *Charte* que l'article 25 (qui est peu utilisé). De plus, pour les Autochtones, les traités signés au cours des siècles passés constituent une entente de partage du territoire et non une mise sous tutelle pour l'administration fiduciaire des biens autochtones comme la Cour suprême le comprend.⁷²² Pour Ladner et McCrossan : « Les traités n'ont pas seulement été négociés sur une base de

Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 263-283, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 269. Traduction libre de l'auteur.

⁷¹⁹ Renée Dupuis, *op cit.*, p. 98.

⁷²⁰ Kiera L. Ladner et Michael McCrossan, *op. cit.*, p. 268. Traduction libre de l'auteur.

⁷²¹ Henri Brun et al., *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 2008, p. 962

⁷²² *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Page 1079 : « Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. »

nation à nation, mais ils formalisaient un engagement de relation nation à nation. Cet engagement a permis aux nouveaux venus (et leurs progénitures perpétuelles) et aux peuples autochtones de coexister paisiblement en tant que nations autonomes sur le même territoire (autochtone). »⁷²³ Nous pouvons comprendre le pouvoir centralisateur de vouloir occulter ce discours. Le déploiement d'un tel modèle impliquerait le morcèlement territorial de l'État canadien sans compter le potentiel pour un morcèlement accru, par la suite, notamment avec des demandes similaires qui viendraient du Québec. L'inverse est aussi valable c'est-à-dire une déclaration de souveraineté du Québec serait suivi d'une demande de découpage de la part des Autochtones.

Les Autochtones découpent le territoire de la conception de nation ou de peuple. Cela n'est pas présent ou compris dans le discours dominant canadien pour qui l'État et le territoire sont fusionnés et la *Charte* représente l'instrument d'unification par excellence. Nous avons donc trois solitudes isolées sur le même territoire.⁷²⁴ L'impact sur les deux solitudes dominées est exprimé comme suit par l'activiste kahnawakeronon et politologue Taiaiake Alfred : « Comme je le vois aujourd'hui, le détachement est la racine du problème. La colonisation est un processus qui nous détache de nos responsabilités envers autrui et notre respect envers l'autre, nos responsabilités et notre respect pour le territoire, et nos responsabilités et respects pour la culture. »⁷²⁵ Pour Lajoie, les valeurs collectives sont importantes pour les Autochtones tout comme pour les Québécois.⁷²⁶ La *Charte* et sa priorisation de l'individualité ne sont pas accordées avec cela, car elle permet le déploiement d'un processus de colonisation individuelle. Pour le romancier et animateur de télévision autochtone Thomas King, cette

⁷²³ Kiera L. Ladner et Michael McCrossan, *op. cit.*, p. 266. Traduction libre de l'auteur.

⁷²⁴ Renée Dupuis, *op. cit.*, p. 119 : « L'ignorance et l'incompréhension ont fait en sorte que ces deux cultures qui vivent sur le même territoire n'ont pas réussi à établir de véritable dialogue jusqu'ici. »

⁷²⁵ Taiaiake Alfred, *Peace, Power, Righteousness: An Indigenous Manifesto*, Don Mills, Ontario : Oxford University Press, 2009, p. 5. Traduction libre de l'auteur.

⁷²⁶ Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 52.

ségrégation est problématique : « Cela a été la vraie tragédie, la création de catégories légales qui ont fait de nous notre propre ennemi. »⁷²⁷ Il demande aussi pourquoi il y a une *Loi sur les Indiens* quand il n'en a pas pour les autres cultures notamment les Québécois qui, comme les Autochtones, ont une langue et une culture distincte et vivent dans le vaste bassin d'influence anglophone. Il ajoute que des requêtes de reconnaissance sont vues, par le reste du Canada, autant pour les Autochtones que pour les Québécois, comme un avantage qui n'est pas mérité et justifié.⁷²⁸ Dans le cas de la tragédie qu'il déplore, il fait référence à la distinction légale entre qui est un autochtone et qui ne l'est pas ainsi que les paramètres qui encadrent d'une façon rigide et discriminatoire ce processus. Il ajoute que rien n'empêche quelqu'un de se déclarer Québécois sur le territoire du Québec.⁷²⁹ Selon King, à terme, cette façon de faire juridique va générer l'extinction légale des autochtones.⁷³⁰ Cependant, des modifications récentes⁷³¹ à la *Loi sur les Indiens*⁷³² et l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*⁷³³ ont éliminé et restreint une partie de cet encadrement identitaire.

Quant au processus d'encadrement chartiste des Autochtones, dans l'arrêt *R. c. Kapp*, le juge Bastarache dit : « L'article 25 n'est pas une simple norme d'interprétation. Il a pour objectif de protéger les droits des peuples autochtones lorsque l'application des protections établies dans la *Charte* à l'endroit des individus diminuerait l'identité distinctive, collective et culturelle d'un groupe autochtone. »⁷³⁴ Pour la majorité de la Cour dans ce jugement (autre que le juge Bastarache) : « Le libellé de l'art. 25 et les exemples qu'on y

⁷²⁷ Thomas King, *The Truth About Stories*, Coll. CBC Massey Lectures Series, Toronto : House of Anansi Press, 2003, p. 149. Traduction libre de l'auteur.

⁷²⁸ *Ibid.*, p. 148

⁷²⁹ *Ibid.*, p. 148-149.

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 144.

⁷³¹ *Loi sur l'Équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, c 18.

⁷³² *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

⁷³³ *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] CSC 12.

⁷³⁴ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483 à la p. 487.

trouve indiquent que seuls les droits de nature constitutionnelle sont susceptibles de bénéficier de la protection de l'art. 25. »⁷³⁵ L'article 25 de la *Charte* était initialement vu comme une protection contre l'utilisation d'autres articles chartistes allant à l'encontre des droits et libertés des Autochtones.⁷³⁶ À noter que dans un cas récent, l'arrêt *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*⁷³⁷, la Cour suprême a rejeté une situation de violation de l'article 15 (droits à l'égalité) par une nation autochtone sans recourir à l'article 25. Cependant, l'encadrement par l'État et la Cour des droits des Autochtones se fait principalement avec l'article 35 (donc, à l'extérieur de la *Charte*) : « Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. »⁷³⁸ Pour Ladner et McCrossan, cela amène les sociétés autochtones sous la gouverne étatique⁷³⁹ et, par la suite, l'arrêt *Sparrow* et son test a permis l'encadrement et la violation des droits autochtones⁷⁴⁰ notamment pour le bien commun de tous les Canadiens (incluant les Autochtones qui y sont ainsi groupés).⁷⁴¹ Pour la Cour, ce positionnement des peuples autochtones sous l'État canadien a toujours représenté un fait :

Il convient de rappeler que bien que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la *Proclamation royale de 1763*, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres revenaient à Sa Majesté; [...].⁷⁴²

⁷³⁵ *Idem.*

⁷³⁶ Kiera L. Ladner et Michael McCrossan, *op. cit.*, p. 270.

⁷³⁷ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548.

⁷³⁸ *R. c. Van der peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 à la page 539.

⁷³⁹ Kiera L. Ladner et Michael McCrossan, *op. cit.*, p. 272.

⁷⁴⁰ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 aux pages 1078-1080.

⁷⁴¹ Kiera L. Ladner et Michael McCrossan, *op. cit.*, p. 273.

⁷⁴² *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 à la p. 1103.

Comme le montrent les deux arrêts *Marshall*⁷⁴³, si une réponse judiciaire favorable aux autochtones ne fait pas l'affaire des autres Canadiens, la Cour peut toujours émettre une précision additionnelle dans un second jugement sur le même cas pour limiter les droits de ces premiers, si ce n'est pas assez explicite. Dans le cas de ces deux arrêts, la Cour suprême est venue préciser, deux mois après son jugement initial (dans un second jugement sur le même cas), que le premier n'avait qu'une portée restreinte : « Cette interprétation élargie de la notion de "cueillette" n'est pas examinée dans l'opinion majoritaire du 17 septembre 1999, et des négociations touchant des ressources telles que le bois, les substances minérales et les gisements de gaz naturel extracôtiers déborderaient l'objet du présent pourvoi. »⁷⁴⁴ Pour Ladner et McGrossan, cette sortie particulière de la Cour suprême remet en question l'impartialité de la Cour⁷⁴⁵ (pour des raisons économiques dans ce cas-ci). La question des droits et libertés autochtones et son impact économique restera à l'avant-plan des confrontations entre ceux-ci et l'État canadien du moins pour l'instant. Pour Dupuis, s'attendre à ce que quelques mots dans une *Charte* puissent régler une problématique comme la situation des Autochtones au Canada est irréaliste, ou pas dans les objectifs : « [...] les attentes des gouvernements étaient démesurées. Imaginer qu'on puisse régler rapidement et définitivement le contentieux développé depuis cinq cents ans, et cela aux conditions fixées par les gouvernements eux-mêmes, équivalait à sous-estimer la détermination des Indiens à revendiquer des droits qu'ils considèrent légitimes. »⁷⁴⁶ Comme King l'a dit, l'attente est la nouvelle stratégie étatique canadienne qui attendrait la disparition légale des autochtones.⁷⁴⁷ Nous pouvons comprendre le besoin d'occulter une telle stratégie.

⁷⁴³ *R. c. Marshall*, [1999] 3 SCR 456 et *R. c. Marshall*, [1999] 3 SCR 533.

⁷⁴⁴ *R. c. Marshall*, [1999] 3 SCR 533 à la p. 548.

⁷⁴⁵ Kiera L. Ladner et Michael McCrossan, *op. cit.*, p. 275.

⁷⁴⁶ Renée Dupuis, *op. cit.*, p. 98-99.

⁷⁴⁷ Thomas King, *op. cit.*, p. 144.

Il est difficile de dissocier le multiculturalisme canadien de l'aspect instrumentalisant de la *Charte* liée à celui-ci, car le déploiement de la société engendrée par cette dernière en est une ciblant des objectifs, valeurs et intérêts particuliers favorisant une centralisation du pouvoir canadien qui prime tout. Thomas King se questionne sur le résultat de cette version du multiculturalisme : « Alors, est-ce que le droit d'identité est simplement un privilège du pouvoir? »⁷⁴⁸ Le privilège du pouvoir de la nommer, de l'autoriser et de la façonner à sa guise pour mieux la contrôler comme nous l'avons montré plus tôt avec les droits à l'égalité. Pour les Autochtones, l'évitement de leur problématique n'est qu'une question de temps avant que le problème n'en devienne plus un pour l'État canadien.

3.7 Le nationalisme québécois et la *Charte*

Nous avons déjà discuté de plusieurs aspects de cette instrumentalisation de la *Charte* pour contrer le nationalisme québécois notamment, pour la Cour suprême, le rôle d'encadrement de la politique des langues officielles chartistes pour contrer la *Charte de la langue française* québécoise. La poursuite de notre étude de ce discours ancrant cherche à évaluer à quel point la *Charte* aurait été façonnée pour contrer le nationalisme québécois. Nous avons situé ce dernier comme pôle initial et instrumental de l'enchâssement de la *Charte* et comme vecteur du multiculturalisme canadien. Cependant, l'examen de cette question incite à présenter la *Charte* plus intimement en tant que procédure d'assujettissement, l'approche que propose Foucault pour examiner le droit. La poursuite dans cette direction nécessite d'accentuer la désacralisation de la *Charte*, un des objectifs que nous visons depuis le début de cet exercice cherchant à en décrire le schème. Sans désacralisation, il ne peut y avoir d'analyse d'un objet, mais, comme mentionné

⁷⁴⁸ *Ibid.*, p. 149. Traduction libre de l'auteur.

par Loshak, du droit désacralisé ne serait pas du droit. Cette analyse sur le nationalisme québécois et la *Charte* se déploiera en trois parties. Premièrement, nous avons déjà identifié de nombreux indices en faveur de l'importance du nationalisme québécois dans l'exercice d'enchâssement de la *Charte*, mais pouvons-nous dire que c'était la raison principale de sa création? Si c'est le cas, Russell croit que le Canada s'est trompé :

Je soupçonne que si le Canada vient à bout du séparatisme québécois, ce ne sera pas tant dû à sa reconnaissance du bilinguisme dans la « nouvelle » Constitution canadienne comme aspect décisif dans le combat pour les cœurs et l'esprit des Québécois, mais parce que le nationalisme québécois se sera essouffé dû à des impératifs économiques contraignants.⁷⁴⁹

Deuxièmement, est-ce que les droits de la personne occupaient, lors de l'enchâssement de la *Charte* en 1982, une place importante ou étaient-ils seulement un mécanisme de vente aux citoyens? Pour Russell, c'est l'aspect des droits de la personne qui a donné lieu à l'appui des citoyens pour la *Charte*, mais il considère que ces derniers doivent dépasser le langage simpliste utilisé pour sa vente de façon à analyser en profondeur le potentiel de la *Charte*.⁷⁵⁰ De plus, il ajoute que : « [...] le débat public et la discussion entourant les décisions judiciaires ne doivent pas être atténués par la crainte de la fonction judiciaire. »⁷⁵¹ Une distinction est requise entre la *Charte* et son utilisateur (et interprète). Pour terminer l'analyse de ce discours ancrant, nous reviendrons au nationalisme québécois et son impact sur le positionnement particulier adopté par le Canada envers celui-ci. Cela nous permettra de faire un pas important pour lever le voile du sacré de la *Charte* pour la replacer comme un simple instrument politique, important, mais instrumentalisé en faveur d'objectifs politiques précis, et non un document à vénérer.

⁷⁴⁹ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 40. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, p. 30-31.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 53. Traduction libre de l'auteur.

3.7.1 Le nationalisme québécois : vecteur principal de l'enchâssement de la *Charte*?

La *Charte* de 1982 peut être interprétée comme la sortie que s'est offerte le Canada pour dépasser les débats entourant l'essor du Québec et ses demandes de particularités qui devenaient de plus en plus insistantes depuis le début des années soixante et sa Révolution tranquille. Russell le voit ainsi : « Aux yeux des "leaders" politiques qui furent les principaux promoteurs de la *Charte*, la principale raison de leur insistance à la faire figurer parmi les priorités de la réforme constitutionnelle est qu'elle permettrait de catalyser une unité nationale. »⁷⁵² Pour Laforest, c'est un étrange revirement de situation : « Paradoxalement, cette réforme a vu jour, en grande partie, à cause du dynamisme et de la pression exercés par le Québec sur le Canada à la suite de la Révolution tranquille. »⁷⁵³ Nous pouvons affirmer que le nationalisme québécois issu de la Révolution tranquille, et son pendant canadien – la réaction sous la forme du besoin de renforcer l'unité nationale – ont été un facteur important de la création de la *Charte*, mais est-ce le principal? Si c'est le cas, Choudry considère que le temps a montré son inefficacité : « Si la *Charte* avait été efficace à combattre le nationalisme québécois et comme celle pancanadienne pour l'unité nationale, les dernières vingt-cinq années [(1982-2007)] de politique constitutionnelle n'auraient pas eu lieu. »⁷⁵⁴ Il considère que la *Charte* a accentué cette problématique.⁷⁵⁵ En suivant le raisonnement de Woehrling, la *Charte* est un instrument qui permet au Canada de diviser le

⁷⁵² *Ibid.*, p. 30.

⁷⁵³ Guy Laforest, « The Internal Exile of Quebecers in the Canada of the Charter », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 251-262, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 251. Traduction libre de l'auteur. À noter que la *Charte québécoise* a précédé celle canadienne.

⁷⁵⁴ Sujit Choudry, « Bills of Rights as Instruments of Nation Building », *op. cit.*, p. 246. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁵⁵ *Idem.*

Québec au profit de sa minorité anglophone notamment au nom des droits à l'égalité⁷⁵⁶ :

La majorité au niveau nationale peut alors céder à la tentation d'utiliser son pouvoir pour imposer à sa minorité [territoriale] le respect de garanties excessives au profit de « la minorité dans la minorité ». On a l'impression, parfois, que le groupe majoritaire au niveau national défend ses propres intérêts sous le prétexte des droits de la personne et des droits des minorités.⁷⁵⁷

Pour Cardinal, le français serait devenu une langue qui abuse la langue anglaise⁷⁵⁸, une situation qui est un exemple de la virtualisation du lien entre la *Charte* et la société. La politique exprimée par les articles de la *Charte* sur les droits à l'instruction dans la langue de la minorité visait spécifiquement la *Charte de la langue française québécoise*, et ce notamment dans l'arrêt *P.G. (Québec) c. Quebec Association of Protestant School Boards* :

Les restrictions de l'art. 73 [de la *Charte de la langue française*] ne sont pas des restrictions légitimes au sens de l'art. 1 de la *Charte* pour autant que cet article s'applique aux droits conférés par l'art. 23. Vu l'époque où il a légiféré et vu la rédaction de l'art. 23, qui reprend l'ensemble unique des critères de l'art. 73 de la *Loi 101*, il saute aux yeux que le chapitre VIII est apparu au constituant comme un archétype des situations qu'il y a lieu de réformer.⁷⁵⁹

Ce jugement s'appuie sur l'article primordial de la *Charte* soit la *garantie des droits et libertés*. Dans un autre jugement, l'arrêt *Ford*, la Cour suprême ajoute que les libertés fondamentales de la *Charte* canadienne peuvent aussi être

⁷⁵⁶ Voir *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790 à la p. 795. « Étant donné que l'art. 57 de la *Charte de la langue française* porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne, il n'est pas nécessaire de déterminer s'il porte atteinte également à l'art. 15 de la *Charte* canadienne. De toute façon, la conclusion concernant l'application de l'article premier de la *Charte* canadienne relativement à la violation *prima facie* de l'al. 2b) demeure même si à première vue la violation de la *Charte* canadienne dont il est question est une violation de l'art. 15. » Dans ce jugement, la Cour suprême a favorisé l'expression commerciale en anglais au profit de la *Charte de la langue française*.

⁷⁵⁷ José Woehrling, « La *Charte* canadienne des droits et libertés et ses répercussions sur la vie politique », in *Le parlementarisme canadien, 3^e édition revue et augmentée*, sous la dir. Réjean Pelletier et Manon Tremblay, Québec : Presses de l'Université Laval, 2005, p. 115-116. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁷⁵⁸ Linda Cardinal, *op. cit.*, p. 57.

⁷⁵⁹ *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec*. [1984] 2 R.C.S. 66 à la p. 67.

utilisées contre la *Charte de la langue française* québécoise où, dans ce cas-là, la liberté d'expression commerciale a primé. Dans cet arrêt, il faut le souligner, la Cour suprême a utilisé la *Charte québécoise* pour tenter de contourner la clause de dérogation (art. 33 de la *Charte*) utilisée par le Québec :

Dans la mesure où l'art. 214 de la *Charte de la langue française* a cessé d'avoir effet, mais où l'art. 52 de la *Loi modifiant la Charte de la langue française* demeure en vigueur, l'art. 58 de la *Charte de la langue française* est soustrait à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais est inopérant parce qu'il constitue une violation de la liberté d'expression garantie par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et de la garantie contre la discrimination fondée sur la langue, énoncée à l'art. 10 de la *Charte québécoise*.⁷⁶⁰

Laforest élargit ce ciblage et ajoute que l'article 27 de la *Charte* est contraire aux réalités fondamentales du Québec :

Mais j'estime aussi que dans son portrait des droits et obligations qui découlent de son article 27 sur le patrimoine multiculturel des Canadiens, la Charte omet de préciser une réalité fondamentale : ce patrimoine s'incarne au Canada dans les réseaux institutionnels de deux sociétés d'accueil, dont l'une au Québec décline sa vie sociale dans le respect du principe de la prépondérance de la langue française.⁷⁶¹

Avec cet ensemble de moyens dans la *Charte* – notamment des articles importants (1, 2, 15, 23 et 27) sur les libertés fondamentales et la garantie des droits et libertés, l'égalité, la langue et le multiculturalisme – pour contrer la *Charte de la langue française* et les particularités québécoises, cette portée est assez vaste pour nous autoriser à soulever une question plus appropriée : quels sont les articles de la *Charte* qui n'ont pas une portée politique visant le Québec? Cela permet aussi de faire un pas important dans la direction d'une

⁷⁶⁰ *Ford c. Quebec*, [1988] 2 R.C.S. 712 au paragraphe 83.

⁷⁶¹ Guy Laforest, « L'exil intérieur des Québécois dans le Canada de la Charte », *Constitutional Forum constitutionnel*, vol. 16, no. 2 (2007), p. 67.

Charte comme instrument politique particulier même si l'unité nationale est l'expression utilisée par les politiciens.

3.7.2 L'importance des droits de la personne et le contexte chartiste de 1982

Selon Russell, l'unité nationale est clairement ce qui a poussé P. E. Trudeau à prioriser la *Charte* même si ce n'est pas la raison principale de sa popularité auprès des citoyens et des groupes.⁷⁶² Reste-t-il de la place pour les droits de la personne en 1982, notre deuxième facteur d'analyse? L'ancien premier ministre saskatchewanais Roy Romanov nous rapporte le clientélisme des groupes venus présenter leurs demandes de droits et libertés au Parlement dans la période préchartiste : « Ils voulaient tous l'adoption d'une charte, et ils voulaient tous l'adoption d'une charte qui protège les intérêts de leurs membres. »⁷⁶³ Romanov a ajouté que le comité parlementaire conjoint de la Chambre des communes et du Sénat sur la *Charte* n'a entendu qu'un côté du débat entourant les changements à venir soit ceux qui visaient une charte étendue, ce qui est particulier pour une démocratie qui est sur le point de transformer sa gouvernance étatique vers un modèle centré sur les juges de la Cour suprême :

Le Comité n'a pas entendu des arguments contre l'enchâssement tout comme il n'a pas entendu le débat sur des limites appropriées de la constitutionnalisation. [...] Il n'y avait pas de doute que la nature des présentations que le comité a entendues a été orchestrée par le gouvernement pour isoler l'opposition des provinces et créer un mouvement pour une charte plus étendue que celle dans la résolution.⁷⁶⁴

Un exercice de changement constitutionnel prétendument démocratique devant les deux chambres du Parlement canadien et les caméras des médias où le

⁷⁶² Peter Russell, « The Charter and Canadian Democracy », *op. cit.*, p. 302.

⁷⁶³ Roy Romanov, John Whyte, et Howard Leeson, *Canada... Notwithstanding: The Making of the Constitution, 1976-1982*, Toronto : Carswell/Methuen, 1984, p. 248. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁶⁴ *Idem.* Traduction libre de l'auteur.

débat est volontairement partiel et ciblé ainsi que politiquement motivé pour évincer les demandes de la majorité des gouvernements provinciaux élus démocratiquement. Bastien ajoute que la *Charte* a marqué un changement de paradigme important :

L'État n'en est plus garant, au sens où il exerce seulement les droits limités qui lui ont été donnés au départ pour mieux permettre au peuple de jouir de ceux qu'il conserve. Avec la logique de la *Charte*, l'État devient au contraire responsable de l'exercice de tous les droits des citoyens, puisque ces derniers n'existent que s'ils sont reconnus dans le cadre légal.⁷⁶⁵

L'égalité pour tous a été remplacée par des droits asymétriques limités à ceux accordés selon le bon vouloir de la Cour.⁷⁶⁶ Ce changement majeur de type de gouvernance étatique canadienne marque aussi l'accentuation de l'encadrement, par une gouvernementalité chartiste, dans une aire qui se rétrécit jusqu'au niveau de l'individu, l'ultime objectif de la biopolitique. Nous y reviendrons dans le chapitre V. Pour ceux qui se sont présentés devant ce Comité en 1980, leurs demandes en matière de droits de la personne ont été utilisées à des fins politiques pour contrer leurs élus démocratiques. Les intérêts de certains ont triomphé, mais quels intérêts, ceux des « utilisés » ou ceux des « utilisateurs »? Les « utilisateurs », car les droits asymétriques de la personne qui seront accordés par la suite demeureront dépendants d'une branche de l'État (le judiciaire) quoiqu'en dise la Cour. Pour la juge de la Cour suprême Rosalie Abella⁷⁶⁷ (alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario), les siècles entre la révolution anglaise de 1688 et 1982 n'ont été qu'une période d'ignorance avant de découvrir ce que sont vraiment les droits et libertés avec la *Charte* en 1982. Elle ajoute que les droits asymétriques ne sont là que pour corriger les abus de cette période de sommeil.⁷⁶⁸ En réponse à notre question

⁷⁶⁵ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 224-225.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 225.

⁷⁶⁷ Juge puîné de la Cour suprême depuis 2004.

⁷⁶⁸ Morton et Knopff (Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 67-68) font référence à une conférence donnée par la juge (alors juge à la Cour d'appel de l'Ontario) en 1998 à Edmonton

sur la place des droits de la personne dans l'exercice de l'enchâssement de la *Charte*, nous pouvons dire que ce sont certains droits pour certaines personnes. Comme l'a écrit Baxi, une telle asymétrie génère une perte au niveau de l'éthique de ces droits de la personne : « La logique de l'universalité implique une *interdépendance* de droits de la personne : toute personne humaine ou être a droit à une série de droits de la personne parce que toutes les autres personnes y ont aussi droit. Si ce n'était pas le cas, le langage des droits de la personne cesserait de posséder une quelconque justification éthique. »⁷⁶⁹ Une perte de légitimité pour la *Charte*.

3.7.3 Les conséquences de l'acharnement chartiste sur le nationalisme québécois

Cela représente notre troisième facteur d'étude, c'est-à-dire les conséquences de cette focalisation de la *Charte* sur les particularités québécoises, un geste qui désavoue l'altruisme habituellement cherché par une charte des droits de la personne. Pour la visée de l'unité nationale, selon Choudry, c'est une fausse route : « Pourtant, peu importe les raisons pour adopter une charte de droits, constituer une nation par une charte de droits n'en est pas une. »⁷⁷⁰ Plusieurs exemples de cette opposition de la *Charte* contre les particularités du Québec ont été présentés et Laforest réplique qu'un des principaux effets de ceux-ci est d'accentuer les trois solitudes canadiennes et surtout la solitude québécoise :

Un grand esprit de McGill et du Québec, Charles Taylor, soulignait naguère, dans une réflexion sur le nationalisme québécois, qu'il

(Edmonton International Human Rights Conference, 28 novembre 1998). Frédéric Bastien y fait aussi référence (Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 225). « C'est comme si nous venions de nous réveiller d'un sommeil de 300 ans, que nous regardions autour de nous et réalisions comment limitée était devenue notre vision des droits et, avec une énergie étonnante et enthousiasme, nous avons reconnu plus de droits et de remèdes dans une génération qu'au cours de tous les siècles depuis la Révolution Glorieuse en Angleterre en 1688. » Traduction libre de l'auteur.

⁷⁶⁹ Upendra Baxi, *op. cit.*, p. 185. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁷⁰ Sujit Choudry, *op. cit.*, p. 248. Traduction libre de l'auteur.

faut être impitoyable envers nos mythes essentialistes. Le nationalisme majoritaire canadien s'enferme dans un mythe essentialiste semblable lorsqu'il s'imagine que l'on peut en ce pays occulter la profonde aliénation politique, l'exil intérieur des Québécois.⁷⁷¹

Cette attitude impitoyable canadienne, exprimée par la Cour, est facilement visible en étudiant deux jugements ayant un lien indirect, mais significatif avec la *Charte*. Ces jugements sont le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*⁷⁷² et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*⁷⁷³. Dans le premier cas, le litige visait l'opposition du Québec au rapatriement de la Constitution sans son accord et, en conséquence, l'enchâssement de la *Charte* dans celle-ci. Comme mentionné plus tôt par Brouillet, le Québec n'est pas opposé à une charte des droits et libertés (il en a une depuis 1975), mais plutôt à une *Charte* de nature politique centralisatrice. Ce premier jugement représente l'accord de la Cour à la nuit des longs couteaux (expression utilisée par Russell pour décrire les négociations de la dernière nuit pour arriver à l'entente sans les représentants du Québec) en disant que le Québec ne possédait pas de droit de veto lors de changement constitutionnel :

Le Québec ne possède pas de droit de veto conventionnel sur les modifications constitutionnelles qui ont un effet sur le pouvoir législatif de la province. L'appelant n'a pas réussi à faire la preuve que la condition la plus importante pour établir une convention – soit l'acceptation ou la reconnaissance d'une telle convention par les acteurs précédents – a été remplie.⁷⁷⁴

Rainer Knopff et Dennis Baker, et l'ancienne analyste de l'Institut Fraser Sylvia LeRoy, disent qu'avant 1982, tous les amendements constitutionnels ont reçu

⁷⁷¹ Guy Laforest, *op. cit.*, 2007, p. 69.

⁷⁷² *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793.

⁷⁷³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217.

⁷⁷⁴ *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793 à la p. 794.

le consentement du Québec ou, dans le cas contraire, celui-ci ne s'est pas opposé au changement.⁷⁷⁵

Dans le second jugement, la Cour suprême a balisé le droit de sécession du Québec notamment en lui interdisant de faire une sécession unilatérale, même si le rapatriement de la Constitution de 1982 s'est fait de façon unilatérale sans le Québec. La Cour suprême indique dans son arrêt que le non-respect de la *Constitution* canadienne, selon sa définition de celle-ci, par le Québec (qui ne l'a pas signée) mettrait en péril l'acceptation du nouveau pays par la communauté internationale : « Une majorité politique, à l'un ou l'autre niveau, qui n'agirait pas en accord avec les principes sous-jacents de la Constitution mettrait en péril la légitimité de l'exercice de ses droits et ultimement l'acceptation du résultat par la communauté internationale. »⁷⁷⁶ Dans l'arrêt *Opération Dismantle c. La Reine*, la Cour dit que la politique étrangère d'un autre pays n'est pas de son ressort et ne peut pas être prédite : « Comme les décisions en matière de politique étrangère de pays indépendants et souverains ne sauraient être prédites, à partir de la preuve, avec un degré de certitude qui approcherait de la probabilité, la nature de ces réactions ne peut être que conjecturale [...]. »⁷⁷⁷ Effectivement, comme le disent Knopff, Baker et LeRoy, l'arrêt *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : « [...] se lit plus comme un traité de principe politique qu'un document légal. »⁷⁷⁸ Dans ce même jugement, la Cour se prononce au nom de plusieurs principes et valeurs, dont le droit des minorités qu'une sécession violerait selon sa logique :

Depuis la Confédération, les habitants des provinces et territoires ont noué d'étroits liens d'interdépendance (économique, sociale, politique et culturelle) basés sur des valeurs communes qui

⁷⁷⁵ Rainer Knopff, Dennis Baker, Sylvia LeRoy, « Courting Controversy: Strategic Judicial Decision Making », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 66-85, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 71.

⁷⁷⁶ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 à la p. 221.

⁷⁷⁷ *Opération Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 à la p. 452.

⁷⁷⁸ Rainer Knopff, Dennis Baker, Sylvia LeRoy, *op. cit.*, p. 72.

comprennent le fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, ainsi que le respect des minorités. Une décision démocratique des Québécois en faveur de la sécession compromettrait ces liens.⁷⁷⁹

Une accusation à peine voilée et sans fondement qu'un Québec sécessionniste violerait les droits et libertés que la *Charte* protège. Knopff, Baker et LeRoy considèrent que ces deux jugements ne sont que des calculs politiques et de la rhétorique n'ayant pas de base légale. Ils ajoutent qu'une base légale aurait plutôt eu l'effet de soutenir la position du Québec dans ces deux cas.⁷⁸⁰ Nous considérons ces jugements comme représentatifs de la thèse de Choudry qui, contrairement à la déclaration de Russell que la *Charte* rassemblera par ses jugements unificateurs au niveau national, considère qu'elle n'aura pas cet impact : « En effet, il y a un danger qu'au lieu de transcender ces récits nationaux [(en compétition)], une charte des droits sera tirée de nouveau dans ceux-ci. C'est ce qui est arrivé au Canada. »⁷⁸¹ Ce n'est pas un parti pris politique, notamment sur la sécession du Québec, mais nous cherchons plutôt à mettre en lumière que la *Charte* est un instrument politique ayant des conséquences importantes sur la gouvernance étatique canadienne. La *Charte* a été planifiée comme outil permettant à la Cour suprême de prendre un rôle politique au niveau fédéral et les parrains politiques de celle-ci ont gardé cela sous silence.⁷⁸² Malgré leurs vœux, cela n'a pas réglé la question de l'unité nationale canadienne, mais a plutôt accentué la division entre le Québec et le reste du Canada sans compter que toute reconnaissance des particularités du Québec ou toute tentative pour la faire – luttés – est contraire à la *Charte*.⁷⁸³

⁷⁷⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 à la p. 220.

⁷⁸⁰ Rainer Knopff, Dennis Baker, Sylvia LeRoy, *op. cit.*, p. 71-73.

⁷⁸¹ Sujit Choudry, *op. cit.*, p. 247. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁸² Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 30-31.

⁷⁸³ Sujit Choudry, *op. cit.*, p. 247.

3.8 Où mènent ces discours ancrant chartistes?

Malgré l'effort mis de l'avant par la Cour suprême pour maintenir le discours de la *Charte* au niveau d'un document sacré, il est difficile de ne pas entrevoir la dimension principalement politique de cet instrument juridique, notamment le fait qu'une partie importante de sa conception cible le nationalisme québécois. Nous pourrions demander ce qui adviendra de celle-ci éventuellement, car la loi suprême du Canada a été définie pour contrer une menace et non pour construire une identité. Comme le dit Choudry, ce n'est pas une façon de bâtir un pays. L'accentuation des trois solitudes canadienne et le maintien de deux d'entre elles dans un état de minorité complètent le concept d'égalité de la *Charte* qui est utilisé pour maintenir les autres minorités dans le même état. La portée du chartisme ne semble pas avoir de limite. On le voit avec la neutralisation de la clause de dérogation (l'article 33) tant lors de l'exercice de définition et d'enchâssement chartiste que par la suite lors de son déploiement. Sa suprématie permet de l'isoler des pressions qui pourraient venir d'une population qui voudrait changer la dynamique existante, et ce tant au niveau de cette ségrégation canadienne qu'est le *minoritarisme* que celui concernant la disparité de la richesse qui est de plus en plus difficile à occulter ou à justifier. Nous l'avons vu grâce à Mandel, cette situation est similaire à celle qui prévalait lors des luttes syndicales du XIX^e siècle, celles, par exemple contre une institution juridique qui perpétuait les excès du pouvoir économique de cette période d'industrialisation. L'association entre ce pouvoir, la Cour et la primauté du droit de cette période d'antan représentée par la loi suprême qu'était alors la *Common Law*, nous conduit à analyser ce type d'association, mais avec les institutions d'aujourd'hui.

Pour mener à bien ce type d'étude, il faut regarder une première connexion de mécanismes de coercition et de contenus de connaissance en analysant les effets de pouvoir liés à l'association entre le pouvoir que représente la Cour suprême et l'institution judiciaire qui est dépendante d'elle,

et la structure de rationalité qui est propre au savoir de la *Charte*. Nous examinons, entre autres, comment le symbolisme déifié d'une charte des droits de la personne s'est combiné à une institution non démocratique comme la Cour suprême ainsi que les effets de pouvoir que cela engendre. Le second nœud de notre étude permet d'étudier le lien entre la structure de rationalité générée par la *Charte*, son savoir, et le mécanisme d'assujettissement qu'est le pouvoir d'interpréter la signification de celui-ci. Notre intérêt vise, premièrement, le rôle joué par le déploiement d'un langage ensilé du droit – la jurisprudence de la *Charte* – ainsi que, deuxièmement, l'impact de la limitation de son interprétation à une profession éclairée, pour reprendre l'expression de Bastien. Cela met en évidence, entre autres, les effets de pouvoir associés à l'assujettissement venant avec le contrôle, de la part de cette élite, d'un langage technique obscur et, en conséquence, la compréhension populaire restreinte du contenu de la *Charte*, la loi suprême du pays. Ces contrecoups sont amplifiés par la suprématie chartiste qui s'accroît avec son association à l'institution de la Cour suprême qui est devenue hégémonique au sein de la gouvernance étatique canadienne. La déification chartiste est accentuée par le déploiement d'un langage juridique cryptique. Pour Foucault, cela est prévisible : « Le système de droit et le champ judiciaire sont le véhicule permanent de rapports de domination, de techniques d'assujettissement polymorphes. »⁷⁸⁴ Nous examinons cette nouvelle forme de véhicule de rapports de domination avec ces deux premiers nœuds qui peuvent sembler identiques. Ils sont complémentaires; ils permettent d'analyser deux aspects différents de la dynamique d'une gouverne chartiste. Le premier analyse l'association entre l'image déifiée de la *Charte* et la Cour suprême. Le second permet d'illustrer l'impact du lien entre l'interprétation de la *Charte* et la limite de ce pouvoir à des professionnels éclairés qui s'approprient, en conséquence, la responsabilité de la conduite des citoyens dans ce nouveau terrain de jeu, les nouveaux pasteurs chartistes d'une religion civique pour reprendre

⁷⁸⁴ Michel Foucault, « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 24.

l'expression de Baxi liée à l'instrumentalisation religieuse des droits de la personne. Ces deux connexions de savoir-pouvoir permettront de rendre compte comment le jeu d'encadrement du comportement des individus vient s'insérer dans la dynamique du champ restreint des décisions. Cette dynamique est similaire à celle décrite par Foucault concernant le rôle jadis joué par les pasteurs dans l'encadrement des individus : « [...] le pastorat est un type de pouvoir bien spécifique qui se donne pour objet la conduite des hommes – je veux dire par instrument les méthodes qui permettent de les conduire et pour cible la manière dont ils se conduisent, dont ils se comportent [...] ». ⁷⁸⁵ Cela permet ensuite, dans le chapitre V, de partir de la description de ces nœuds pour approfondir la judiciarisation des liens entre citoyens et la juridicisation des discours sociétaux, les deux étant des éléments importants de la virtualisation de la société. De plus, associé à cette dynamique de gouvernance étatique chartiste se retrouve l'autre pôle de pouvoir qu'est l'exécutif canadien dont le chef est le premier ministre du Canada. Ce troisième nœud que nous étudions implique l'encadrement du déploiement du savoir chartiste en utilisant le contrôle de l'agenda judiciaire canadien. Plus précisément, nous considérons comment un mécanisme de pouvoir, la gouvernance exécutive canadienne, encadre le canal judiciaire lié à la *Charte*, et ainsi le développement du savoir qu'est la jurisprudence chartiste, par le biais de l'assujettissement de l'agenda. Nous avons vu comment cela a pris forme avec l'utilisation du programme de contestation judiciaire canadien qui visait le déploiement d'une jurisprudence particulière ciblée par le biais de regroupements et de minorités choisis par l'exécutif canadien ainsi qu'avec l'utilisation de renvois notamment pour contrer le nationalisme québécois. Cela s'inscrit dans l'analyse foucaultienne qui voit que le développement d'un savoir, d'une vérité, est intimement lié à une dynamique politique : « Il ne peut y avoir certains types de sujets de connaissance, certains ordres de vérité, certains

⁷⁸⁵ Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population*, op. cit., p. 198.

domaines de savoir qu'à partir de conditions politiques qui sont le sol où se forment le sujet, les domaines de savoir et les relations avec la vérité. »⁷⁸⁶ Ces nœuds de rationalité – mécanismes d'assujettissement permettent d'entrevoir la dynamique de la gouvernance étatique canadienne spécifiquement chartiste ainsi que l'arrimage aux discours ancrant que nous avons présentés plus tôt. Par la suite, nous aurons les éléments requis pour présenter le schème qui est lié à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

⁷⁸⁶ Michel Foucault, « La vérité et les formes juridiques » in *Dits et écrits 1, 1954 – 1975*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 1406-1514, Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001, p. 1421.

CHAPITRE IV. LES RAPPORTS CHARTISTES : RATIONALITÉ ET MÉCANISMES D'ASSUJETTISSEMENT

Ces points d'ancrage que nous venons d'étudier permettent de soulever trois nœuds où un savoir est associé à un pouvoir permettant de gouverner un sujet. Dans cette deuxième partie de l'analyse, nous décrivons ce qui rend acceptables ces trois connexions de savoir-pouvoir; nous étudions les conséquences de leur déploiement et enfin nous examinons les relations stratégiques qui se forment et se défont autour de ces nœuds.

La première de ces connexions, et la plus significative dans notre cas, est la juxtaposition du symbolisme de la *Charte* avec l'outil de gouvernance étatique canadienne qu'est la Cour suprême du Canada. Cela confère à la Cour suprême l'auréole de la *Charte* et son symbolisme concernant les luttes historiques pour le respect des droits et libertés même si celles-ci sont le produit de circonstances historiques. Pour la juge en chef McLachlin, les tribunaux sont centraux à la nouvelle structure morale des droits : « Elles sont le dernier rempart de l'individu contre l'abus de pouvoir de l'État et donc les Cours sont les gardiens des libertés individuelles. »⁷⁸⁷ Les tribunaux, dont la Cour suprême, font aussi partie de l'appareil d'État. Qui seront les gardiens des abus de pouvoir de cette partie de la gouvernance étatique canadienne? Un second nœud étudié est l'intersection entre l'opacité du droit chartiste, ainsi que son langage ensilé, et le pouvoir d'interpréter ce droit, un pouvoir que s'approprie la Cour suprême (et les acteurs de l'institution judiciaire). Cette Cour a le mandat d'interprétation. Ce nœud semble similaire au précédent, mais dans ce cas-ci, l'analyse se concentre sur la relation entre un langage qui se veut hermétique, un peu comme la Bible lorsqu'elle n'était disponible qu'en latin – et seuls les membres du clergé avaient la connaissance pour la lire –, et le pouvoir de le traduire pour les citoyens. Russell dit, de cet ensilage du langage du droit, que cela soulève un risque important pour la démocratie

⁷⁸⁷ Beverley McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 51. Traduction libre de l'auteur.

canadienne. La troisième connexion examinée semble extérieure à la *Charte*. C'est la jonction entre l'exécutif canadien (le premier ministre et ses structures de soutien), qui connaît le fonctionnement (avec une influence plus ou moins grande) de la gouvernance étatique canadienne, et un des mécanismes d'assujettissement et de coercition étatique canadiens que représente le système judiciaire avec la Cour suprême à son sommet. Ce lien soulève un pivot qui permet, entre autres, de moduler, du moins partiellement, le débit et le contenu (l'agenda formel et informel) de la Cour suprême lorsqu'elle interprète la *Charte*. Cela ajoute un autre éclairage à la déclaration de la juge en chef McLachlin lorsqu'elle mentionnait l'inertie du gouvernement face à certains sujets difficiles. Où n'est-ce pas plutôt son désaccord avec l'agenda présenté par *le reste de la gouvernance étatique canadienne*? La Cour suprême semble se considérer comme une entité séparée de l'appareil d'État canadien. Soulignons que l'exécutif canadien (par l'intermédiaire de son ministre de la Justice) nomme les juges de la Cour suprême ainsi que ceux des autres Cours supérieures canadiennes.

D'autres nœuds critiques de la gouvernance canadienne pourraient être analysés comme les liens entre l'exécutif canadien et le législatif. Une confusion s'établit où l'exécutif ayant un pouvoir direct sur la gouvernance étatique canadienne se présente comme représentant démocratique des besoins et aspirations des citoyens et de la société canadienne. Ce déplacement a un impact important sur le gouvernement canadien, sur le lien qui nous intéresse entre le judiciaire et le législatif. Notre analyse des nœuds de savoir-pouvoir n'approfondit que les trois connexions décrites plus haut qui rendent acceptable la partie du fonctionnement du système de gouvernance étatique canadien basé spécifiquement sur la *Charte*. Ces trois nœuds, et principalement le troisième sur l'agenda judiciaire, couvriront partiellement l'idée du transfert entre le législatif et l'exécutif.

4.1 La connexion entre la *Charte* et la Cour suprême

La connexion entre la *Charte*, un objet que les citoyens canadiens identifient comme une source d'émancipation, avec la Cour suprême, qui représente « [...] l'autorité juridique, forme par excellence de la violence symbolique légitime dont le monopole appartient à l'État et qui peut s'assortir de l'exercice de la force physique [...] »⁷⁸⁸ selon Pierre Bourdieu, n'est pas une agrégation ayant une affinité naturelle. Cela ne va pas de soi. C'est justement les raisons qui ont rendu acceptable cette situation qui nous retient. Reprenant l'expression de Foucault, nous voulons « [...] décrire un nexus de savoir-pouvoir qui permette de saisir ce qui constitue l'acceptabilité d'un système [...] »⁷⁸⁹ Un système dont la formation ne va pas de soi. Comment cela s'est-il produit? Comment ce lien s'est-il transformé pour devenir une situation où les citoyens canadiens considèrent comme normale et même souhaitable cette dynamique particulière même au détriment de la démocratie? Nous avons dit que la *Charte* avait été utilisée comme instrument politique pour contrer une menace. Cela s'inscrit dans le type de savoir à analyser selon Foucault :

[...] rien ne peut figurer comme élément de savoir si, d'une part, il n'est pas conforme à un ensemble de règles et de contraintes caractéristiques, par exemple de tel type de discours à une époque donnée, et si, d'autre part, il n'est pas doté des effets de coercition ou simplement d'incitation propre à ce qui est validé comme scientifique ou simplement rationnel ou simplement communément reçu, etc.⁷⁹⁰

La *Charte* est justement une série de règles et de contraintes permettant d'encadrer les comportements des citoyens dans leur terrain de jeu autorisé, le tout au nom de leur liberté et égalité. Sa position sacralisée lui permet d'être perçu comme « simplement rationnel ou simplement communément reçu ».

⁷⁸⁸ Pierre Bourdieu, « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 3.

⁷⁸⁹ Michel Foucault, « Qu'est-ce que la critique? Compte rendu de la séance du 27 mai 1978 », *op. cit.*, p. 49.

⁷⁹⁰ *Idem.*

Pour l'autre élément de la connexion, le pouvoir, la Cour suprême représente l'élément approprié à étudier. Sa forme majeure de pouvoir fonctionne déjà dans un système de savoir, le monde du droit, un dispositif de connaissance qui tient sa légitimité de la structure constitutionnelle de l'État canadien. Foucault écrit : « [...] rien ne peut fonctionner comme mécanisme de pouvoir s'il ne se déploie selon des procédures, des instruments, des moyens, des objectifs qui puissent être validés dans des systèmes plus ou moins cohérents de savoir. »⁷⁹¹ La combinaison entre la *Charte* et la Cour suprême satisfait au besoin d'amélioration de l'économie politique, selon le point de vue du pouvoir, en accélérant le déploiement d'un discours juridique encadré des droits de la personne •comme l'évoque la juge en chef : « Avant la *Charte*, les juges marquaient les frontières entre droits, changeaient la loi pour refléter les conceptions de droits acceptés et émergents et, occasionnellement, annulaient des lois qui violaient les droits fondamentaux. Toutefois, la *Charte*, en plaçant les droits de la personne à l'avant-plan, a accéléré le processus. »⁷⁹²

Plusieurs facteurs encadrent et rendent possibles ce lien de convenance que la juge en chef McLachlin évoque entre la *Charte* et la Cour suprême. Le premier facteur que nous analysons est la fondation même de ce lien avec la *Charte* que Russell décrit comme ayant l'objectif d'élever la Cour suprême au niveau d'interprète ultime de celle-ci : « Il est plus vraisemblable que les effets d'unification les plus importants de cette *Charte* découleront de la portée de l'enchâssement de droits sur lesquels les promoteurs de la *Charte* ont gardé le silence – à savoir le rôle politique que la Cour suprême du Canada aura à assumer en tant qu'arbitre ultime de ladite *Charte*. »⁷⁹³ La connexion entre ce mécanisme de coercition et ce contenu de connaissance faisait partie du plan original du gouvernement de Trudeau. Deuxièmement, nous étendons l'étude à

⁷⁹¹ *Idem*.

⁷⁹² Beverley McLachlin, « Courts, Legislatures and Executives in the post-Charter Era », *op. cit.*, p. 67. Traduction libre de l'auteur.

⁷⁹³ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 31.

la partie sacralisée du lien qui s'est institué avec des rapprochements faits entre les décisions de la Cour suprême et les luttes du passé pour l'obtention de droits et libertés. Cela s'est fait, entre autres, par l'ajout, dans des jugements ou des discours, de références à des événements historiques de luttes pour les droits de la personne. Nous avons déjà cité plusieurs exemples de cela notamment l'utilisation, par la juge en chef, de l'arrêt *Edwards v. A.G. of Canada* du Conseil privé de Londres en 1929⁷⁹⁴ où les femmes deviennent des personnes. Elle a ajouté que l'utilisation de ce jugement a permis de lier le concept d'arbre vivant avec la *Charte* en utilisant le discours des droits de la personne de l'émancipation des femmes comme intermédiaire. Ce concept ouvre la porte à la Cour suprême pour définir et modifier le discours de la *Charte*, sa jurisprudence, à sa guise comme elle l'a fait dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)* : « Si on veut que "l'arbre" récemment planté qu'est la *Charte* ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps, il faut prendre garde que les documents historiques comme les procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial n'en retardent la croissance. »⁷⁹⁵ Le passé ainsi que les fondements des droits et libertés ne sont acceptables que s'ils sont alignés avec l'arbre vivant qu'est la *Charte*. Une vision de la *Charte* et un discours basés sur la jurisprudence chartiste, dont l'union devient sacrée, car elles sont alignées avec un discours historique sélectif de la Cour sur les droits de la personne. Qu'en est-il des luttes syndicales de l'industrialisation du XIX^e siècle contre les abus d'un libéralisme sauvage protégé par l'institution judiciaire? Qui a soutenu ces luttes contre la Cour et qui le fera aujourd'hui? Au XIX^e siècle, ce sont les luttes syndicales et, suite aux pressions, les élus qui ont renversé les excès. Aujourd'hui, avec la *Charte*, et son langage des droits de la personne instrumentalisé, les élus sont soumis aux décisions du judiciaire. Le troisième facteur porte sur la clarification des démarches effectuées par la Cour pour s'isoler et se protéger de toute intervention externe principalement des

⁷⁹⁴ *Edwards v. A.G. of Canada*, [1930] A.C. 124.

⁷⁹⁵ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 à la page 509.

élus. Plusieurs exemples ont été cités, dont les manœuvres effectuées par la Cour pour éviter l'utilisation de la clause dérogatoire, l'article 33 de la *Charte*, ainsi que l'extension de la portée de la *Charte* à toutes les instances publiques, incluant celles non publiques selon les besoins. Cette dernière, la portée, assujettit le comportement de l'État canadien, et celui des citoyens canadiens, à l'arbitrage de la Cour suprême par le biais de l'utilisation de la *Charte*. Ce retranchement lui permet d'éviter, ou du moins de retarder, la possibilité qu'un acteur externe puisse venir modifier la dynamique qu'elle s'est efforcée de déployer avec la *Charte*. Avec l'examen de ces trois facteurs, nous pourrions illustrer la formation de ce nœud de savoir-pouvoir ainsi que les paramètres qui engendrent sa continuité.

4.1.1 La fondation du lien entre la Cour suprême du Canada et la *Charte*

Autant la nomination d'un juge en chef activiste préchartiste (Bora Laskin) que l'effort mis de l'avant pour isoler la *Charte* de toute influence externe lors des négociations pour le rapatriement de la Constitution en 1982, Trudeau voulait habiliter la branche judiciaire pour l'utilisation de la *Charte*, et ce au détriment du Parlement. L'institution juridique, il faut le rappeler, est la seule dont le pouvoir n'est pas réparti à plusieurs paliers dans la fédération canadienne. Elle se rapporte centralement à la Cour suprême du Canada, ce qui lui permet d'avoir un effet centralisateur : « Les directives des politiques découlant des décisions de la Cour suprême sur la Charte seront transmises en passant par une seule hiérarchie d'appels qui lie toutes les cours du pays [...]. »⁷⁹⁶ Avec le nationalisme québécois comme élément déclencheur de cette transformation chartiste dans la dynamique politique canadienne, la centralisation fédérale demeure la stratégie favorisée même si Trudeau promet

⁷⁹⁶ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 41. Traduction libre de l'auteur.

un renouvellement du fédéralisme lors du référendum québécois de 1980.⁷⁹⁷ Évoqué par Russell et d'autres, la connexion entre la *Charte* et la Cour suprême, même si, à première vue ne semble pas naturelle, se voulait lors de la conception de la *Charte*, notre premier facteur d'étude. Nous nous sommes déjà interrogés sur le manque de confiance de Trudeau envers la structure démocratique canadienne. Est-ce à cause de son historique avec la grande noirceur du règne de Duplessis – et son assemblée législative asservie – ou simplement parce qu'il constate qu'une démocratie, éventuellement, ne tolérerait pas les changements structurels majeurs qu'il s'apprête à effectuer à la société canadienne, notamment un transfert de pouvoir du législatif au judiciaire. Mandel y voit plutôt une manœuvre pour limiter la démocratie au profit d'un *terrain de jeu* qui exclut un contrôle du pouvoir économique. Avec une mondialisation cachant de moins en moins bien ses excès économiques, cette restriction devient porteuse pour le pouvoir économique. Une des conséquences de cette transformation est le déplacement du centre de décisions politiques canadien des représentants des citoyens à des employés de l'État nommés à vie par l'exécutif canadien. Évoqué plus haut, ce dernier est une institution que Trudeau a aussi voulu renforcer, lorsqu'il en était le chef, et ce au détriment du Parlement. Nous reviendrons sur l'exécutif canadien plus tard avec l'analyse d'un autre nœud, celui du savoir chartiste lié au contrôle de l'agenda judiciaire canadien. Cette « tentative de coup d'État », comme le diplomate britannique Ford la nomme, a nécessité le déploiement d'une structure de soutien et de relations pour favoriser son maintien. Celles-ci incluent, entre autres, la structure même du document de la *Charte*, le déploiement d'une jurisprudence favorable au maintien d'une telle dynamique, et l'établissement de liens entre la nouvelle structure politique canadienne et le passé permettant de projeter une image de continuité auprès de la société.

⁷⁹⁷ Archives de Radio-Canada, « Discours de Trudeau le 14 mai 1980 au centre Paul-Sauvé de Montréal », Radio-Canada (Montréal). Récupéré de http://archives.radio-canada.ca/sports/provincial_territorial/clips/7450/.

L'argumentaire lié à la structure écrite essentiellement politique et utilitaire de la *Charte* a été présenté, notamment pour contrer une de ses principales cibles : le nationalisme québécois et la *Charte de la langue française*. Cela a eu pour effet de politiser la *Charte* et de l'instrumentaliser en faveur de l'objectif de centralisation de l'exécutif canadien (avec l'aide obligatoire de la Cour suprême). Pour les principaux points d'entrées externes dans le document qui permettent d'encadrer la *Charte*, où des lignes de rupture peuvent apparaître, autres que l'interprétation par la Cour suprême de la signification des articles (analysés dans le chapitre précédent), ils se situent principalement au niveau des garanties tant des droits et libertés (l'article 1) que celles juridiques (l'article 7) que de la clause de dérogation (l'article 33). Une autre option est possible soit une modification de la *Charte* par le biais d'une modification constitutionnelle (Partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Mais, comme le passé l'a montré, cette dernière option s'avère très difficile dans le contexte politique canadien actuel; une modification aux droits et libertés inclus dans la *Charte* est encore moins probable. Dans le cas de l'encadrement de l'article premier de la *Charte* où les droits et libertés ne peuvent être limités que par une règle de droit raisonnable et acceptable dans une société libre et démocratique, nous avons déjà indiqué que la définition de cette dernière a mué avec le temps, selon le besoin. Cela a permis à la Cour de non seulement associer la définition de « société libre et démocratique » à une nouvelle ère de démocratie non populiste, mais aussi de modifier les paramètres des « limites qui soient raisonnables » au besoin si ceux-ci ne sont plus appropriés. Comme nous l'avons souligné dans le cas de la syndicalisation des employés de la GRC, entre les jugements de 1999⁷⁹⁸ et de 2015⁷⁹⁹, les « limites qui soient raisonnables » de la clause première de la *Charte* ont changé concernant la liberté d'association. Pour ce qui est des

⁷⁹⁸ *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989 aux pages 995-996.

⁷⁹⁹ *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3 à la page 81.

garanties juridiques de l'article 7 spécifiquement liées à la vie, la liberté et la sécurité, « [...] il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »⁸⁰⁰ La Cour suprême l'a déjà déclaré, la justice fondamentale ne garantit pas ces trois droits notamment le droit à la vie. Les circonstances d'une situation, comme l'euthanasie pourraient justifier son retrait, car : « [...] aucun droit et liberté n'est si « fondamental » qu'on puisse en jouir de façon absolue. »⁸⁰¹ À l'exception de la clause de dérogation que la Cour suprême a réussi à neutraliser, la *Charte* est intimement liée à son interprète par des expressions modératrices dans son texte comme « limites qui soient raisonnables », « justification [...] dans une société libre et démocratique », et « en conformité avec des principes » ainsi que par l'interprétation du sens de ses articles par le biais de la jurisprudence chartiste. Pour Huscroft : « L'interprétation de la *Charte* est entre les mains de la Cour, au point que pour plusieurs, il n'y a aucune distinction entre la Cour et la *Charte* – la formulation vague des droits et libertés dans la *Charte* doit être interprétée selon ce qu'en dit la Cour. »⁸⁰² Ce qu'elle dit, la jurisprudence émise dans ses jugements, devient la *Charte*.

Au début du déploiement de celle-ci, le Programme de contestation judiciaire, créé et géré par l'exécutif canadien, a permis d'asseoir les assises de cette jurisprudence. Ce programme fédéral encourageait le déploiement d'une relation stratégique avec des groupes et des minorités précis visant des objectifs spécifiques, et ce dans une aire de jeu ciblé comme le soutient la thèse de Cardinal. L'effet est considérable sur la segmentation résultante de la société civile parce que le soutien financier gouvernemental permet à un sous-ensemble de groupes d'augmenter leur portée notamment avec la reconnaissance – libellée en tant que droit de la personne – de leurs revendications par la Cour suprême. Ce déploiement d'un *minoritarisme*

⁸⁰⁰ *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.*, article 7.

⁸⁰¹ Peter Russell, *op. cit.*, 1983, p. 38. Traduction libre de l'auteur.

⁸⁰² Grant Huscroft, *op. cit.*, p. 50. Traduction libre de l'auteur.

constitutionnel a généré une société dispersée, entre gagnants et perdants, ainsi que l'établissement d'une relation stratégique de dépendance envers la Cour pour assurer précisément la pérennité des revendications chartistes acquises. La Cour peut toujours infirmer sa décision. La juge en chef dit que de nombreuses Cours occidentales, dont celle du Canada, ont commencé à renverser leurs précédents juridiques. Dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart Ltd* en 1985, la Cour rappelle que : « Comme le laisse entendre le juge en chef Laskin dans l'arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, à la p. 951, l'« évolution et la « réévaluation » dues à de nouvelles situations sociales peuvent justifier une nouvelle interprétation de l'étendue du pouvoir législatif. »⁸⁰³ Burnam avertit des conséquences sur la liberté de cette façon d'obtenir une revendication. Les gains obtenus, et leur pérennité sont dépendants de ceux qui les accordent pour assurer une protection continue envers d'autres, notamment les perdants, qui pourraient être récalcitrants. L'accentuation du désir d'obtenir et de posséder des revendications liées aux droits de la personne, pour reprendre le parallèle fait avec Foucault et la sexualité, permet d'attacher les sujets de ce *minoritarisme constitutionnel* au dispositif de la *Charte* et, en conséquence, à son interprète, la Cour suprême. L'approche inverse est aussi valide soit la limitation du type de revendications que la Cour est prête à accorder. C'est le cas de deux des minorités canadiennes ayant des revendications importantes en suspens, les Québécois et les Autochtones. Ceux-ci se retrouvent encapsulés dans une logique de jurisprudence chartiste encadrée et limitée à certains sujets seulement. La Cour menotte ainsi leur capacité à traiter des principaux enjeux qu'ils voudraient soulever, mais que la Cour préfère éviter. Lajoie l'a bien montré :

Cette fois le procédé est différent : il s'agira de taire la principale valeur politique d'importance invoquée par les Autochtones – l'autodétermination – pour lui substituer celles qui sont propres à la Cour : la souveraineté canadienne et la primauté du droit, avec

⁸⁰³ *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 335.

le résultat concret que l'on sait, de ne reconnaître l'identité des Autochtones comme fondement des droits politiques que dans une seule instance, et celle des Québécois que dans le cas où les intérêts de la minorité anglophone du Québec ne sont pas en jeu.⁸⁰⁴

Cette dynamique limitative de contrôle s'applique aussi aux autres groupes et minorités malgré le succès qu'ils ont avec certaines de leurs revendications. Un exemple qui montre comment les sujets sont tenus éparés, pour reprendre l'analyse de Derrida sur les gouvernements coercitifs, est le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, cité plus tôt. Dans celui-ci, la Cour suprême parle de surveiller le potentiel de violation du respect des minorités par un Québec indépendant. N'ayant pas encore lu une Constitution éventuelle d'un Québec sécessionniste, cela demeure de la spéculation, un calcul politique comme Knopff, Baker et LeRoy l'ont dit de ce jugement. Celui-ci se différencie des autres sur la gestion des minorités canadiennes, car contrairement à ceux où les revendications accordées sont présentées comme respect de leur particularité, celui-ci cible une fracture. La Cour vise ouvertement à créer deux groupes, les minorités au Québec et les autres. Le désir de droits et libertés des minorités québécoises est transformé en dépendance et en une peur nécessitant la protection de la Cour suprême du Canada et sa *Charte*. Nous l'avons cité dans ce même jugement, la Cour en profite pour présenter un lien de continuité pour ses valeurs communes chartistes canadiennes qui seraient ancrées dans la société canadienne depuis la Confédération.

Sur l'importance du concept de continuité canadienne pour la Cour suprême, nous avons discuté plus tôt de deux exemples. Le premier est l'activisme de la Cour suprême chartiste qui serait voulu et même « imposé » par le Parlement par le biais de l'enchâssement de la *Charte*. La Cour serait en accord avec la démocratie canadienne et ses représentants, car elle ne fait que

⁸⁰⁴ Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 126-127.

suivre leur directive. Inversement, le second exemple que nous voulons rappeler est le rapprochement entre des comportements non démocratiques de la Cour, comme l'annulation de lois votées par les représentants des citoyens, et le discours chartiste d'une nouvelle forme de démocratie non populiste (démocratie constitutionnelle). Un discours de la continuité qui tente de faire un lien entre ces comportements de la part d'une Cour chartiste et une nouvelle définition de la démocratie qui est plus conciliante en sa faveur. Comme le précisent Weinrib et Smith, dans cette nouvelle dynamique chartiste *démocratique* basée sur les droits et libertés, les élus ne sont plus en lien direct (déconnectés) avec les citoyens, tout comme les juges qui ne le sont pas. Si la définition ne satisfait pas le besoin, il suffit de la modifier. La combinaison d'un document malléable avec une interprétation de celui-ci qui, à la base, établie et protège la suprématie de la Cour ainsi qu'un discours chartiste qui martèle que rien n'a vraiment changé dans le comportement de la Cour au nom de la *Charte*, renforce la conception que le lien « Cour suprême – *Charte* » va de soi, qu'il n'est qu'une évolution normale de la démocratie. Cependant, pour se faire, des définitions de concepts ont été modifiées, des détails ont été déplacés sous couvert d'un langage spécialisé restreint, l'histoire retenue a été sélective ou limitée aux trente-cinq dernières années (depuis 1982). Cela ne va pas de soi. Pour éviter un examen plus approfondi du contenu de la *Charte* et de ses bénéficiaires, une certaine déférence envers celle-ci est requise pour nous rendre crédules.

4.1.2 La sacralisation chartiste et les liens entre la Cour suprême et la *Charte*

Cette déférence passe de la *Charte* à la Cour, notre prochain facteur d'analyse, par le biais de la sacralisation du lien entre celles-ci accomplie par un rapprochement entre les droits et libertés protégés⁸⁰⁵ par la *Charte* et un

⁸⁰⁵ Il est mention de droits et libertés protégés par la *Charte*, mais, est-ce que cela veut dire que les autres sont interdits ou non protégés?

comportement passé de la Cour sur les droits de la personne. C'est illustré par une jurisprudence sélective qui, en étant jumelée à des percées pour les droits de la personne, permet à la Cour de ramener dans le présent des outils utiles du passé (des procédures, analyses et réflexions, des calculs et des pratiques – reprenant une énumération de Foucault), un recyclage d'instruments pour une gouvernementalité chartiste. La juge en chef McLachlin fait la promotion de cette réutilisation : « La doctrine de *Parens patriae* représente un exemple intéressant de comment un vieux concept peut être utilisé pour soutenir le concept moderne des obligations de l'État envers ses membres. »⁸⁰⁶ L'exemple que nous venons de présenter, l'instrument qu'est l'arbre vivant qui s'épanouit permet de guider, selon le besoin de l'horticulteur chartiste, les évolutions requises à la *Charte*, car elle a été utile à l'émancipation des femmes. Tôt dans la jurisprudence chartiste, le lien est fait avec le concept d'arbre vivant permettant de ramener l'utilisation de la procédure d'interprétation large et libérale d'une jurisprudence de jadis.⁸⁰⁷

Dans cet exemple sur l'arbre vivant qu'est la *Charte*, plusieurs éléments ressortent. Premièrement, les droits sacrés issus de la *Charte* sont présentés comme étant en continuité avec les actions émancipatrices du passé de la part de la Cour. Cette image de continuité est requise pour esquiver la critique dont la venue de la *Charte* marque un changement de dynamique et de gouvernance étatique au Canada. Cela donnerait une forte crédibilité aux accusations de coup d'État. Un autre exemple de cette continuité sacrée est l'utilisation de références à des jugements étatsuniens notamment dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart Ltd* sur la discrimination religieuse de la *Loi sur le dimanche* où une référence est faite à « [...] la cause célèbre en matière de

⁸⁰⁶ Beverley McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 55. De plus, elle précise que : « [...] l'ancien concept de *Parens patriae* – l'idée que l'État, avec l'instrumentalité de la Cour, agit comme parent ou protecteur de la personne qui ne peut pas se protéger. » Traduction libre de l'auteur. La juge en chef commentait la décision *E (Mme) c. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388.

⁸⁰⁷ Notamment *Law Society of Upper Canada c. Skapinger*, [1984] 1 R.C.S. 357 à la p. 365 et *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 156.

discrimination *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1970), à la page 432, toute analyse d'une violation des droits civils doit avoir pour point de départ [TRADUCTION] "les conséquences des pratiques d'emploi [discriminatoires], non pas simplement leur motivation". »⁸⁰⁸ Cette cause a marqué les luttes contre la ségrégation basée sur la couleur, sur la pigmentation de la peau, des décennies 1960 et 1970 aux États-Unis. Il y a une certaine distance entre ségrégations raciales et les restrictions imposées à une personne morale – une corporation – par la *Loi sur le dimanche*.

Le deuxième élément est le lien qui permet à la Cour de réutiliser les outils non chartistes du passé au nom de la *Charte*. Avec le parallèle fait avec le jugement de 1929 sur la femme en tant que personne, la croissance de l'arbre chartiste, selon la Cour, sera une action émancipatrice. La Cour réutilise l'expression de l'arbre vivant qu'est la *Charte* à plusieurs reprises notamment dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe* : « Le raisonnement fondé sur l'existence de « concepts figés » va à l'encontre de l'un des principes les plus fondamentaux d'interprétation de la Constitution canadienne : notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne. »⁸⁰⁹ Les expressions « interprétation progressiste » et « réalités de la vie moderne » nécessitent une interprétation de la part de la Cour, selon ses valeurs. L'arbre pousse, mais selon les tuteurs qu'on lui fixe. Dans un autre cas, l'arrêt *Oakes*, les expressions modératrices de la *Charte* permettent de réutiliser la prépondérance des probabilités au lieu de la preuve hors de tout doute :

La norme de preuve applicable aux fins de l'article premier est la preuve selon la prépondérance des probabilités. La preuve hors de tout doute raisonnable imposerait une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter une restriction à un droit, puisque

⁸⁰⁸ *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 359. À noter que « [TRADUCTION] » est dans le texte cité.

⁸⁰⁹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698 à la p. 700.

des concepts comme « le caractère raisonnable », « le caractère justifiable » et « une société libre et démocratique » ne se prêtent pas à l'application d'une telle norme.⁸¹⁰

Rien n'empêche une société démocratique d'utiliser la preuve hors de tout doute à propos des droits de la personne. Cela pourrait restreindre la marge de manœuvre de son utilisateur. Dans ce même arrêt, une association est faite avec la primauté de la présomption d'innocence, et ce, avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948.⁸¹¹ Nous avons déjà évoqué un exemple (les pères) où, au nom de la certitude, il est autorisé d'outrepasser cette primauté que représente la présomption d'innocence. Comme quoi aucun droit n'est absolu s'il est basé sur un bon argumentaire de vente.

Troisièmement, la construction de ce lien entre nos deux entités suppose que l'action jumelée des deux, la *Charte* et la Cour, va produire des résultats sacrés et ainsi la sacralisation de la parole de la Cour suprême en lien avec les droits de la personne. Cela a pour conséquence, entre autres, d'isoler la Cour des critiques et des contestations qui pourraient survenir, car même si un différend entre la Cour et le Parlement n'est qu'une divergence de point de vue, elle concerne l'image sacrée des droits et libertés et indirectement, celle de la Cour suprême. Le partage d'un pouvoir sacré génère inévitablement une diminution de son cachet sacré. De plus, Macfarlane l'évoque, les juges s'efforcent de ne pas trop s'éloigner du discours entendu comme populaire, car ils ne voudraient pas que la clause de dérogation, l'article 33 de la *Charte*, devienne un instrument politiquement acceptable pour les représentants des citoyens. Cela leur ferait perdre, entre autres, leur pouvoir d'élaboration de politiques.

⁸¹⁰ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 à la p. 105. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁸¹¹ *Ibid*, p. 120-121.

4.1.3 L'ascension de l'hégémonie de la Cour suprême chartiste

Nous avons déjà évoqué de nombreux exemples de cette recherche, de la part de la Cour, de remparts contre les pouvoirs externes comme les élus notamment pour préserver la légitimité de l'indépendance judiciaire ou pour éviter de perdre sa position privilégiée d'arbitre final des politiques étatiques grâce à la *Charte*. Cela représente notre troisième facteur d'analyse c'est-à-dire les moyens utilisés par la Cour pour se mettre à l'abri de l'influence des autres pôles de la gouvernance étatique canadienne. La recherche d'une suprématie de la *Charte* face aux autres entités gouvernementales ainsi que la poursuite du maintien d'une image favorable dans ses jugements pour éviter que le recours à la clause de dérogation (article 33) soit politiquement acceptable sont deux manifestations présentées plus tôt. La juge en chef McLachlin a exprimé l'importance, de la part des autres branches du gouvernement, de respecter cette nouvelle dynamique lorsqu'elle a affirmé : « L'alternative de permettre aux édits des tribunaux d'être ignorés et contournés ne dénigrerait pas seulement les droits des citoyens, mais serait une moquerie de la justice et saperait la fondation de la loi et l'ordre sur lesquels la démocratie est ultimement assise. »⁸¹² Cela représente un autre moyen d'assurer qu'un affrontement entre la Cour et, par exemple, les élus, lui serait favorable. Un des exemples les plus clairs de cette mouvance pour s'isoler est le *Renvoi : Juges de la Cour provinciale* de 1997 où la Cour suprême a construit, dans un jugement volumineux de 209 pages, un rempart contre les législatures : la création de commissions indépendantes sur la rémunération des juges, pour éviter que les élus ne puissent diminuer les salaires des juges : « La confiance du public dans l'indépendance de la magistrature serait sapée si les traitements versés aux juges étaient si bas que ces derniers risqueraient d'être perçus comme étant vulnérables aux pressions

⁸¹² Beverley McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 61.

politiques exercées par le biais de la manipulation financière. »⁸¹³ La Cour suprême s'est appuyée en partie sur l'article 11 de la *Charte* : « 11. Tout inculpé a le droit : [...] d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable; [...]. »⁸¹⁴ Pour Leeson, ce jugement est douteux au niveau éthique : « Premièrement, il n'y a pas de reconnaissance apparente, par la Cour, qu'elle est en conflit d'intérêts. »⁸¹⁵ Au cours de cette période, les gouvernements provinciaux légiféraient pour une réduction de salaire de leurs employés.

En s'isolant ainsi, inévitablement, cela représente un facteur de décrochage entre les juges et les citoyens qu'ils jugent. Nous y reviendrons dans le prochain chapitre. Dans le cas des décrochages qui ont mené aux affrontements comme ceux du XIX^e siècle; la Cour doit éventuellement se plier aux réalités de la société qu'elle juge sinon, comme la juge en chef le dit en citant le juriste britannique Lord Denning : « Qu'importe qui c'est, aussi puissant qu'il puisse être, la loi doit fournir un remède contre l'abus et l'utilisation inappropriée du pouvoir, sinon les opprimés atteindront le point où ils ne l'endureront plus. Ils trouveront leur propre remède. Ce sera l'anarchie. »⁸¹⁶ Le cas des excès économiques du XIX^e siècle n'est pas unique. Il y a eu l'affrontement entre le Président étatsunien Franklin Delano Roosevelt et la Cour suprême des États-Unis qui voulait retarder le déploiement de son « New Deal » qu'il avait créé pour désespérément endiguer une grave crise économique.

Le lien entre la Cour et les droits de la personne de la *Charte* ne va pas de soi. Un effort important, de la part de la Cour, a été requis et continue de l'être pour que ce lien de convenance demeure acceptable pour les citoyens.

⁸¹³ *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3 à la p. 14.

⁸¹⁴ *Charte canadienne des droits et libertés*, *op. cit.*, article 11.

⁸¹⁵ Howard Leeson, « The Notwithstanding Clause », *op. cit.*, p. 322.

⁸¹⁶ Beverly McLachlin, *op. cit.*, 1990, p. 58.

Malgré sa structure accommodante et le déploiement contrôlé des assises de son discours, sa jurisprudence initiale, il n'en demeure pas moins que c'est un outil politique au service de l'entité de contrainte et de contrôle de la violence de l'État canadien. Les préférences de la Cour face aux minorités viennent renforcer l'affirmation de Choudry et de plusieurs autres que la Charte *divise* au lieu d'unir, une façon bien singulière de bâtir un pays. Tant que l'image sacrée de la *Charte* fusionnée à la Cour demeurera solide, les citoyens et même les analystes seront distraits et éviteront d'étudier en détail les conséquences de cette connexion.

4.2 La connexion jurisprudence chartiste et la nouvelle élite « éclairée »

L'idée de cette élite « éclairée » a fait partie du dessin original de la *Charte* en commençant par le choix du juge en chef dans la période qui a précédé son enchâssement comme Bastien l'a décrit. Le plan était que la sagesse de l'interprétation de la *Charte* soit limitée aux tribunaux ayant la Cour suprême comme arbitre final. Russell affirme que cela a été le principal résultat recherché, mais il est caché. La nature abstraite et floue des droits et libertés inscrits dans la *Charte*, une situation intentionnelle pour ce genre de document comme l'a affirmé le juge Bastarache, oblige le passage par un interprète pour en déterminer son contenu de façon à adapter ces droits aux situations locales. La conséquence de cette imprécision de la *Charte* tend à renforcer la position de l'interprète selon Jacques Chevallier : « Ce pouvoir d'interprétation du juge sera d'autant plus étendu que le filet des textes sera plus lâche : le juge tend alors, non seulement à asseoir son pouvoir sous couvert d'interprétation, mais aussi à polariser vers lui le champ de l'interprétation légitime. »⁸¹⁷ À l'inverse, il ajoute que la position des juristes comme interprètes rend ces droits et libertés

⁸¹⁷ Jacques Chevallier, « Les interprètes du droit », dans *La doctrine juridique*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), Paris : Presses Universitaires de France, 1993, p. 267.

confus : « Le statut de l'interprète du droit est éminemment problématique. 1. Il présuppose d'abord que soit reconnue la nécessité d'une interprétation pour faire fonctionner la dogmatique juridique, que soit acceptée l'idée que les textes juridiques sont par essence même polysémiques, que les significations qu'ils recèlent peuvent être multiples, confuses, voire contradictoires. »⁸¹⁸ La présence d'une jurisprudence cause, de manière inhérente, de la confusion au sein de la *Charte* et un renforcement mutuel avec le besoin d'interprètes. Pour Noreau, la mise en forme juridique d'une décision politique implique inévitablement une perte de contrôle du contenu par le politique en faveur du pouvoir juridique.⁸¹⁹

Pour l'interprétation, comme Lajoie et plusieurs autres l'ont déjà dit, la cohérence de la jurisprudence de la *Charte* demeure obscure. Cela ne fait qu'ajouter au besoin perçu d'interprètes pour non seulement comprendre et expliquer le texte de la *Charte*, mais aussi pour la jurisprudence. Malgré certaines tendances soulevées auparavant comme le cas de la partialité de la Cour envers les relations économiques de production, d'autres situations indiquent que les tendances ou les assises mêmes de la jurisprudence n'empêchent pas la Cour de changer de direction. Nous avons présenté l'exemple du cas de l'égalité et de la discrimination avec les paramètres énoncés dans l'arrêt *Law* et leur renversement dans les arrêts *Delisle*, *Lovelace*, *Little Sisters* et *Therrien*. Selon Lajoie, cette confusion est le résultat d'un autre besoin soit d'enfourer, pêle-mêle, les intentions et valeurs des intérêts dominants, notamment celles du pouvoir économique. Chevallier ajoute que l'apparence de confusion est une question de contrôle : « [...] s'arrogeant le monopole du savoir juridique, les professionnels vont s'attacher à le renforcer par l'ésotérisme du langage, la subtilité des concepts, la complexité des

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 259.

⁸¹⁹ Pierre Noreau, *op. cit.*, p. 182.

procédures, l'hermétisme des rituels [...]. »⁸²⁰ Le déploiement actuel du savoir de la *Charte* et sa complexité créent la perception de la nécessité d'interprètes pour déterminer la signification de son langage. Cela peut sembler une situation qui va de soi, mais ce n'est pas le cas. Cela ne va pas de soi si nous considérons les efforts faits pour se libérer, au XVIIIe siècle entre autres, de l'obscurantisme de la religion et de son contrôle sur l'interprétation de la parole sacrée que représentait alors le contenu de la Bible. Dans un cas plus près de nous, nous avons déjà évoqué les Québécois qui viennent de se libérer de chaînes similaires lors de la Révolution tranquille.

La formation de ce nœud a nécessité un effort particulier pour son déploiement et son maintien. On s'intéresse à ce qui rend acceptable cette connexion qui ne va pas de soi, les relations particulières qui ont dû être formées pour le soutenir ainsi que les conséquences de cela. Nous étudions quatre facteurs d'analyse, car ils nous permettront d'étudier autant les sujets de la *Charte*, les citoyens, que l'État et son idéologie dominante, le néolibéralisme.

Le premier a été décrit par Saul comme le désintéressement de l'individu face à ceux qui prennent les décisions pour lui comme la Cour suprême le fait par le biais de la *Charte* en s'immisçant dans la gestion à l'intérieur du terrain de jeu de la société. Dans ce cas, nous pourrions aussi classer ce désintéressement comme imposé, car les citoyens n'ont rien à dire au sujet des décisions de la Cour. Ce facteur permet d'illustrer, entre autres, la difficulté de vouloir s'insérer dans le débat en tant que profane, en reprenant l'expression de Chevallier, ce qui nous permettra de montrer l'ensilage du discours juridique et, en conséquence, celui de la connexion⁸²¹. Le second que nous étudions est lié au besoin de certitude et de résolution, un reflet de la peur de l'inconnu. Une partie de l'analyse de ce concept de certitude relatif à la

⁸²⁰ Jacques Chevallier, « Changement politique et droit administratif », dans *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), Paris : Presses Universitaires de France, 1989, p. 308.

⁸²¹ Jacques Chevallier, *op. cit.*, 1993, p. 260.

Charte vise à montrer la coordination de l'aspect manichéen des décisions judiciaires et du besoin d'experts pour assurer l'impression de certitude dans les efforts mis de l'avant pour obtenir l'aval de la Cour pour leurs revendications. Cela est soutenu par l'utilisation du bon langage, un aspect de la juridicisation de la société que nous analyserons dans le prochain chapitre. Le troisième facteur à étudier est le soutien de l'État encourageant la dépendance envers cette élite en la subventionnant généreusement. Quelques chiffres ont été donnés plus tôt qui montrent que le financement atteint presque le milliard de dollars annuellement au Canada. Plusieurs diront que cette somme d'argent est requise pour aider les plus démunis de la société, mais l'idée soulève quelques difficultés. La première est la création d'un système juridique à deux vitesses soit celui pour ceux qui ont les moyens de se permettre de l'utiliser ou qui sont admissibles aux fonds d'aide comme l'aide juridique, et les autres qui ne sont ni admissibles ou qui ne peuvent se permettre d'en défrayer les coûts. Cela accentue, comme seconde conséquence, la hauteur de la barrière d'entrée pour accéder aux tribunaux pour soumettre des revendications pour ceux qui ne bénéficient pas d'aide, car ils ne satisfont pas aux critères d'éligibilité de l'État. Le quatrième et dernier facteur à explorer est l'alignement de la Cour avec l'idéologie dominante étatique, le néolibéralisme et la suprématie du pouvoir économique. Selon Mandel, la *Charte* est une compensation pour ce pôle de pouvoir donc il est attendu que son utilisation le favorisera. Pour Chevallier, « [...] l'investissement des grandes entreprises dans le droit savant et le développement de grandes firmes juridiques intégrant de nouveaux savoirs et de nouveaux clercs ont pour effet de brouiller les frontières traditionnelles. »⁸²² Par frontières traditionnelles, il fait référence à la suprématie de la doctrine sur la pratique. Nous avons donné des exemples de ce brouillement et de ce nouvel alignement avec le cas du livre *Noir Canada* où le tout s'est joué sur la capacité économique et non sur le contenu de la situation qui n'a jamais été validé ou rejeté par le juridique

⁸²² *Ibid.*, p. 264.

(sauf qu'il y avait la présence d'une situation d'intimidation). Ce facteur, combiné au précédent sur le financement de cette industrie par l'État, change la dynamique de la Cour et la pousse vers une arène où l'argent est un critère important, et même primordial, dans l'obtention d'un jugement favorable (ou d'une entente hors cour avantageuse), si ce n'est le plus décisif comme le cas *Noir Canada* le montre.

Il y a un droit de la personne de la *Charte* qui assure la présence de cette « élite éclairée » dans certaines situations. L'article 10, une garantie juridique au niveau des arrestations ou des détentions, assure l'intervention d'un interprète : « Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention : b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit; »⁸²³. Comme l'indique l'arrêt *Singh et autres c. M.E.I.* sur la *Loi sur l'immigration de 1976*⁸²⁴, pour la Cour, c'est un geste automatique qui s'étend même à l'extérieur du droit criminel : « Six des appelants n'étaient pas représentés par un avocat lorsqu'ils ont présenté leur demande d'autorisation de pourvoi et on leur a nommé un avocat pour qu'ils soient représentés à l'audition du pourvoi proprement dit. »⁸²⁵ Malgré l'image humanitaire associée à cette garantie, elle implique la reconnaissance de l'hermétisme du langage du système ainsi que la nécessité d'un interprète, un gardien du lien entre deux mondes séparés, celui juridique et la société.

4.2.1 Le désintéressement de l'individu face aux décisions chartistes

Le premier facteur que nous analysons est le désintéressement de l'individu et de sa société face au juridique. Selon Saul, ceux qui sont à l'intérieur de ce système considèrent que les citoyens profanes ne pourront comprendre le droit et ces derniers devraient rester à l'extérieur : « Les

⁸²³ *Charte canadienne des droits et libertés, op. cit.*, article 10(b).

⁸²⁴ *Loi sur l'immigration de 1976, 1976-1977* (Can.).

⁸²⁵ *Singh et autres c. M.E.I.* [1985] 1 R.C.S. 177 à la page 184.

administrateurs de nos systèmes légaux travaillent depuis un certain temps à limiter le rôle du public dans l'acte de rendre la justice. Ils croient que le droit est devenu trop compliqué à comprendre pour les juristes non qualifiés. »⁸²⁶ Pour Chevallier, c'est accentué lorsqu'on est en présence d'une institution juridique plus autonome comme c'est le cas avec la *Charte* et la Cour suprême: « La disqualification des profanes sera d'autant plus marquée que sera plus forte l'autonomie du champ juridique concerné; les processus vont en réalité de pair : un champ juridique s'autonomise dans/par la coupure avec l'univers des profanes, mais cette autonomie même contribue à renforcer en permanence cette coupure. »⁸²⁷ Le désintéressement est encouragé au nom de l'efficacité. C'est plutôt par manque de confiance envers la société que cet éloignement s'est fait, comme le montre Saul, en utilisant l'exemple des jurés :

Présentées d'une autre façon, nos élites ne font pas confiance à notre jugement. Les experts qui ont de l'influence sur la réforme du droit – que ce soit à l'intérieur de la bureaucratie, des organismes comme le Barreau, des Cours ou des cabinets juridiques influents – ne le présenteront jamais au public de cette façon. Au lieu, ils argumenteront que le système actuel est arriéré et dépassé. L'argument rationnel, comme toujours, est pour l'efficacité.⁸²⁸

Le législatif n'est pas assez rapide et la *Charte* est un accélérateur pour la dispensation de droits et libertés, comme la juge en chef McLachlin l'a dit. Une mise de côté est plus facilement justifiable au nom d'une nouvelle démocratie non populiste, en reprenant les propos de Weinrib et de la juge en chef McLachlin, lorsque la majorité de la société ne sait pas faire le *bon* choix, mais qu'une élite d'interprètes le sait mieux. Peut-être aurions-nous besoin d'un psychiatre collectif, comme le propose Russell, mais cela ne fait que permettre l'intervention d'un autre expert. Pour Bourdieu, cette segmentation et cette

⁸²⁶ John Ralston Saul, *op. cit.*, 1992, p. 329. Traduction libre de l'auteur. Par juristes non qualifiés, il cible, dans ce cas-ci, les jurés.

⁸²⁷ Jacques Chevallier, *op. cit.*, 1993, p. 262.

⁸²⁸ John Ralston Saul, *op. cit.*, 1992, p. 330.

incompréhension entre profanes et experts n'est que le reflet d'un détachement entre les deux mondes :

Le principe de l'écart entre les deux signifiés, que l'on cherche d'ordinaire dans un effet de contexte, n'est autre chose que la dualité des espaces mentaux, solidaires d'espaces sociaux différents, qui les soutiennent. Cette *discordance posturale* est le fondement *structural* de tous les malentendus qui peuvent se produire entre les utilisateurs d'un code savant (médecins, juges, etc.) et les simples profanes, tant au niveau syntaxique qu'au niveau lexicologique, les plus significatifs étant ceux qui surviennent lorsque les mots du langage ordinaire détournés de leur sens commun par l'usage savant fonctionnent pour le profane comme de « faux amis ». ⁸²⁹

Nous pourrions inclure les droits de la personne de la *Charte* dans cette dernière catégorie de similitudes.

Pour Saul, une partie de la problématique vient du côté du citoyen principalement, en reprenant l'expression de Baudrillard, parce que celui-ci est devenu un individu isolé dans sa bulle et enrégimenté dans une éthique de consumérisme. Il devient aveugle aux autres enjeux autour de lui. Pendant ce temps, la *Charte* permet à la Cour de s'immiscer dans les nouveaux enjeux de la vie et les nouvelles luttes politiques décrits par Foucault, mais de manière occulte. Le résultat, déjà évoqué plus tôt, est que l'individu ne sait pas d'où viennent les barrières du terrain de jeu qu'il ressent comme une prison à l'intérieur de laquelle il vit, en reprenant l'analogie du titre de l'ouvrage de Lessing ⁸³⁰. Une société qui est devenue dépendante de droits et libertés exprimés comme des divinations des sociétés plus primitives, selon Saul. Pour les droits et libertés, l'individu n'identifie plus son expression à celui de ses représentants, car, comme l'ont déjà dit la juge Wilson ainsi que la juge en chef McLachlin, la Cour se positionne entre l'État et l'individu. Cette présence dominante de la Cour dans l'aire de jeu combinée au détachement de la Cour

⁸²⁹ Pierre Bourdieu, *op. cit.*, p. 9. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

⁸³⁰ Doris Lessing, *Prisons we choose to live inside*, *op. cit.*, 76 pages.

et du système juridique des citoyens fait que l'énergie des individus est consacrée à survivre dans leur isolement ne laissant pas de place à la contestation, en tant que profane externe, des barrières érigées par la Cour au nom de ces mêmes droits et libertés. Un profane qui se présente seul en Cour est souvent rabroué par celle-ci. En ne connaissant pas « l'ésotérisme du langage, la subtilité des concepts, la complexité des procédures, l'hermétisme des rituels » comme le dit Chevallier, la Cour a toute la latitude pour décourager ce genre de comportement et ainsi encourager, comme conséquence, le désintéressement. Il faut laisser ce jeu juridique aux experts « éclairés ». Saul ajoute que l'impact de cet abandon déclenche une perte de confiance, et même une résignation, envers le juridique : « Quelle autre explication peut-il y avoir pour une telle indifférence que les citoyens ne croyant plus que le système juridique peut fonctionner? Et ce que les citoyens peuvent endurer devient rarement une situation urgente pour les politiciens et la presse. »⁸³¹ La sacralisation de la *Charte* et la fusion entre celle-ci et la Cour suprême semblent masquer l'instrumentalisation des droits de la personne chartistes. Les citoyens sont trop occupés par autre chose, par exemple, leur isolement et l'énergie que ceux-ci accaparent.

4.2.2 Le besoin de certitude et les décisions chartistes

Le second facteur que nous souhaitons analyser est l'inverse de ce laissez-faire, ce que les citoyens ont plus de difficulté à endurer, notamment l'incertitude. Le besoin pressant d'une résolution de l'incertitude a un effet déshabillant sur les citoyens et leur jugement, les poussant à soutenir une remise en question de leurs droits et libertés, comme nous l'avons présenté plus tôt avec l'exemple de la tolérance zéro. La peur du terrorisme représente une autre manifestation de ce besoin de certitude (un besoin de sécurité

⁸³¹ John Ralston Saul, *op. cit.*, 1992, p. 331-332. Traduction libre de l'auteur.

poussé à l'extrême) notamment avec l'acceptation, principalement suite aux évènements du 11 septembre 2001, du déploiement d'un appareil de surveillance étatique d'une ampleur et d'une profondeur qui mine significativement les droits et libertés des sociétés occidentales. La Cour, avec son processus manichéen, crée un environnement propice à l'exploitation de cette peur associée à la recherche de la certitude, un objectif qui demeure une cible sociale et juridique inatteignable. La forme manichéenne du processus de décision enlève la possibilité du compromis temporaire normalement issu des coalitions éphémères typiques des assemblées législatives, et ce, malgré la présence habituelle de gouvernements majoritaires au Canada. Un changement de gouvernement entraîne habituellement une possibilité de renversement de certaines décisions d'où la génération d'incertitudes. Pour Chevallier, ce type d'insécurité pèse sur la dynamique de la Cour : « [...] les groupes sociaux et les individus ont un certain nombre d'*attentes* par rapport à l'interprète, attentes structurées par le jeu de la socialisation; et ces attentes pèsent comme contrainte dans la définition du rôle. »⁸³² Cette recherche de certitude et le besoin d'une résolution rapide créent une pression sur l'État et la Cour pour agir et assurer la sécurité de sa population. La juge en chef a exprimé ce besoin d'agir notamment en reprochant au législatif de ne pas être assez rapide pour éviter que les citoyens ne croient que leurs droits et libertés sont brimés et que la Cour ne fait rien. Cela augmente aussi la pression sur la Cour pour qu'elle agisse. En s'affichant comme défenseur des droits et libertés face à l'État, la Cour suprême et ses interprètes veulent donner cette image de certitude, de gardien des droits et libertés exprimés dans la *Charte*. Comme le déduit Chevallier, les citoyens doivent croire que la *Charte* ainsi défiée les protégera pour qu'elle conserve son pouvoir d'attrait et de sécurité : « Cependant, la systématisation du droit n'a pas une fonction seulement instrumentale, visant à un bon usage et à une meilleure efficacité de la norme juridique, mais aussi symbolique : elle est en fait inséparable du jeu de

⁸³² Jacques Chevallier, *op. cit.*, 1993, p. 274.

croyances sans lequel le droit n'est rien. »⁸³³ Les interprètes renforcent ainsi leur monopole, en tant que seuls à en comprendre officiellement – pour ceux ayant la bénédiction réglementaire de l'institution judiciaire et de l'État – non seulement le contenu, mais aussi le processus complexe associé à son interprétation. Le détachement des citoyens ainsi opéré favorise l'ensilement du discours dans l'institution. Nous pourrions demander si les cas devant la Cour, et les citoyens impliqués ne sont pas plutôt un prétexte pour poursuivre la discussion sur ces sujets. Dans le cas de l'arrêt *Andrews*, le sort des personnes directement concernées (deux avocats dans ce cas-ci) était accessoire pour les intervenants externes invités par la Cour. Ces derniers s'intéressaient à la définition chartiste à venir sur l'égalité. Pour Bourdieu, l'image de confrontation entre les divers intervenants juridiques en Cour sert plutôt l'institution juridique : « L'antagonisme entre les détenteurs d'espèces différentes de capital juridique, [...] sert en fait de base à une forme subtile de *division du travail de domination symbolique* dans laquelle les adversaires objectivement complices se servent mutuellement. »⁸³⁴ Ils accaparent le débat et le façonnent en termes juridiques, ce qui a pour résultat de diriger la résolution vers l'intérieur des frontières du carré de sable autorisé par l'institution. Ils évitent les sujets, et les points de vue, que la Cour n'est pas prête à traiter et assure une forme de certitude. Il est prévisible que la résolution se fera à l'intérieur des règles de jeu permises. Nous y reviendrons dans le prochain chapitre.

4.2.3 Le soutien étatique envers l'élite chartiste

Le troisième facteur que nous voulons approfondir est l'impact des subventions à cette industrie notamment avec l'aide juridique et les subventions aux divers organismes. Au milliard de dollars annuel déjà

⁸³³ *Ibid*, p. 276.

⁸³⁴ Pierre Bourdieu, *op. cit.*, p. 6.

mentionné pour l'aide juridique, nous devons ajouter les subventions aux divers organismes sociaux et culturels de la part des différents paliers gouvernementaux canadiens. Plusieurs de ces regroupements contribuent et participent non seulement à la promotion de certaines orientations sur des litiges en cours, mais dans plusieurs cas, ils y contribuent financièrement.⁸³⁵ Par exemple, Morton et Knopff mentionnent les subventions du Secrétariat d'État canadien et les bourses de recherche du ministère de la Justice canadien qui ont financé, en partie, et soutenu LEAF, un organisme qui est intervenu dans onze dossiers liés à la *Charte* durant la période 1982-1993.⁸³⁶ Morton et Knopff ont déjà déclaré que ce n'est pas tant la subvention qui doit être étudiée, mais ceux qui la reçoivent. Cardinal poursuit dans le même sens : « De 1978 à 1985, grâce au programme, l'exécutif a fait porter devant les tribunaux les causes de son choix et il s'est ainsi donné les moyens de mettre en œuvre sa stratégie d'unité nationale. »⁸³⁷ La sélection en tant que bénéficiaire d'une subvention est une première étape qui légitime la requête, avant de passer à la suivante soit la sacralisation de celle-ci, par la Cour, en tant que droit de la personne. Par la suite, la remise en question de la revendication vient au prix d'une association avec ceux qui briment et abusent les droits de la personne. Nous avons présenté plus tôt un exemple avec le refus de permettre le port du kirpan à l'Assemblée nationale et l'impact médiatique canadien résultant créé par la remise en question d'une revendication ayant reçu l'attestation officielle de droit de la personne de la part de la Cour suprême. Cette barrière de légitimation représente une des façons disponibles à l'exécutif pour contrôler l'agenda judiciaire et nous y reviendrons avec l'analyse du prochain nœud de savoir-pouvoir. Nous n'interrogeons pas la validité des nombreuses revendications, mais plutôt l'instrumentalisation du processus au profit d'une judiciarisation des relations sociales augmentant

⁸³⁵ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 92-94, 100.

⁸³⁶ *Idem.*

⁸³⁷ Linda Cardinal, *op. cit.*, p. 64.

ainsi la nécessité de ceux qui en bénéficient, les maîtres de ce discours ensilé. Si un groupe ou minorité est occulté par l'État (n'est pas reconnu comme légitime), il n'obtiendra pas d'appui financier pour préparer et présenter sa requête de manière à influencer le gouvernement et ainsi se faire légitimer pour avoir, au minimum, le droit de cité auprès de la Cour. Si c'est un discours que la Cour n'est pas prête à entendre, alors la *Charte*, et ses droits de la personne, n'est pas pour eux.

Avec les coûts juridiques importants associés à la demande de reconnaissance d'une revendication, à part les plus riches de la société, les multinationales incidemment, une première reconnaissance par l'État est primordiale, car la barrière d'entrée dans le jeu des revendications et des droits de la personne est élevée. Nous reviendrons sur l'importance de préparer son discours avec le bon langage dans le prochain chapitre avec l'étude de la juridicisation des discours. En contrepartie, certains groupes partiellement occultés ont les ressources financières pour tenter de faire valoir leurs revendications, les Autochtones principalement. Cela représente une autre forme de financement pour l'industrie des litiges chartistes. Pour Morton et Knopff, les litiges liés aux droits des Autochtones sont devenus une industrie lucrative au Canada. De nombreux cabinets d'avocats ont ajouté des spécialistes en droit autochtone à leur personnel.⁸³⁸ La Cour est prête à accueillir seulement une partie des revendications autochtones. Pour la partie occultée du discours autochtone, dont leur survie en tant qu'autochtone reconnu par l'État, la Cour n'est pas encore disposée à les entendre. La lutte se poursuit pour eux, mais seuls les intermédiaires en profitent.

⁸³⁸ Frederick Lee Morton et Rainer Knopff, *op. cit.*, 2000, p. 99.

4.2.4 L'alignement chartiste sur l'idéologie dominante économique

Le dernier facteur analysé pour cette connexion porte sur des propos de Mandel et Petter, soit le rôle principal occulté de la *Charte*, celui d'assurer que le terrain de jeu démocratique ne s'aventure pas dans les privilèges du pouvoir économique. Nous avons déjà discuté, avec le discours ancrant économique, du favoritisme de la jurisprudence de la *Charte* pour ce pouvoir économique. Une situation ironique, selon Mandel, car ces mêmes acteurs, les Cours du XIX^e siècle qui appuyaient les abus d'un capitalisme sauvage au nom des droits de propriété, sont maintenant aux commandes d'une *Charte* qui est censée protéger les citoyens d'abus similaires. Cette position de la Cour suprême, de même que celle d'autres acteurs de l'institution, n'est pas surprenante pour Petter :

La majeure partie des juges, des avocats [...] et des moralistes sont issus [d'une classe d'individus qui] voient dans les pouvoirs de régulation et de redistribution de l'État moderne la plus grande menace pour leurs statuts social et économique. Il n'est dès lors pas surprenant qu'ils qualifient de « fondamentales » ces valeurs qui leur permettent de se protéger contre de tels pouvoirs de l'État [...].⁸³⁹

En reprenant l'analogie de Lasch, ce sont des moralistes de la classe moyenne supérieure qui oublient leur vertu libérale. La formation de grandes firmes juridiques au service de ce pouvoir économique – car il est le seul qui puisse se les permettre – enclenche le culbutage du pouvoir juridique de l'État vers ceux-ci. Saul l'exprime ainsi :

Lorsque la sagesse légale contemporaine parle de la loi comme étant un contrat, on est tenté de répondre que le pouvoir de l'argent – légal et illégal – considère que les contrats sont une farce; autant les contrats de l'individu avec la société que ceux des codes légaux. Ce sont des jouets à manipuler par les

⁸³⁹ Andrew Petter, « Immaculate Deception: The Charter's Hidden Agenda », *The Advocate – Vancouver Bar Association*, vol. 45, 1987, p. 857-858. Traduction d'Hervé Juste dans Michael Mandel, *op. cit.*, p. 110. Les parenthèses sont dans le texte.

professionnels comme les avocats, qui sont entraînés pour le faire. Ces personnes utilisent – ou abusent – du bon sens et font paraître les gouvernements du monde comme des enfants.⁸⁴⁰

Pour Petter, le pouvoir juridique a déjà basculé dans l'éthique économique du citoyen consommateur en tant que fournisseur de services juridiques auprès du côté producteur de l'équation économique.

Revenons à ce que nous avons soulevé plus tôt : qui protégera les citoyens de la Cour et de ses porte-paroles, de leurs abus et manquements? Au cours des derniers siècles, c'est principalement la pression sociale qui a protégé la société des abus des droits de la personne (même si dans d'autres cas, cette pression a généré des abus). L'aide ne viendra pas du pouvoir économique ou du pouvoir judiciaire. Les tribunaux, perdus dans leur discours ensilé, n'ont pas l'autorité morale pour le faire :

De plusieurs façons, avec sa complexité inefficace, la loi est devenue comme les règles d'étiquette d'une Cour de la fin du dix-huitième siècle. Tous les hommes donnent leur assentiment machinalement. Ceux avec quelconque pouvoir vont ailleurs et font quelque chose de complètement différent. Et les juges qui président ces formalités comme des princes rationnels n'ont ni l'autorité paternaliste des monarques absolus ni l'autorité populiste des élus pour assurer que le contrat social soit respecté.⁸⁴¹

Cette connexion jurisprudence chartiste – élite « éclairée » perdue, car premièrement, l'un renforce l'autre notamment avec l'appui de l'État à la dynamique en utilisant sa Constitution. Les citoyens rejetés et désorientés, face à la complexité du discours de leurs droits et libertés ainsi qu'au coût d'accès à une interprétation de ce langage, deviennent tributaire de ceux qui peuvent faire fonctionner ce système soient, principalement, ceux qui peuvent se payer ces interprètes « éclairés ». Un exemple! À l'extérieur du pouvoir économique, c'est la dynamique liant l'institution juridique au pouvoir exécutif, notre prochaine connexion qui sera analysée. S'insérer dans celle-ci permet,

⁸⁴⁰ John Ralston Saul, *op. cit.*, 1992, p 335.

⁸⁴¹ *Idem.*

outre que l'accès aux fonds pour utiliser le système, d'obtenir une légitimité symbolique – tant interne qu'externe à un regroupement – qui sera d'autant plus renforcée par l'obtention de la sacralisation d'une revendication en tant que droit de la personne approuvé par la Cour. Face à ce monde juridique enfermé avec son langage énigmatique, l'image de certitude qui en est associée, du moins de se faire comprendre par le biais de l'intermédiaire, permet de satisfaire, en partie, l'insécurité face à l'inconnu, car au moins une décision sera prise. C'est une idéologie visant une forme de fin. En privilégiant le judiciaire manichéen ancré dans ses extrêmes, cela se fait au prix de la perte de la capacité citoyenne de faire des compromis sociaux tempérés, l'outil des modérés, pour reprendre l'analogie de Morton et Knopff. Le système de contrôle et de coercition de l'État, il faut le préciser à nouveau, ne pourra jamais rivaliser en efficacité avec l'utilisation de la capacité citoyenne individuelle d'effectuer des compromis sociaux sur-le-champ. Nous y revenons lors de notre discussion sur la complexification de la société et ses conséquences plus loin.

4.3 La connexion entre l'agenda chartiste et l'exécutif canadien

Pour la juge en chef McLachlin, l'agenda chartiste est critique; c'est un facteur important qui entretient la légitimité du rôle d'interprétation des droits et libertés de la *Charte* que possède la Cour suprême. Le maintien du contenu de cet agenda mène à une approche interventionniste de la part de celle-ci si la branche exécutive ne satisfait pas aux besoins, premièrement, de légiférer, et deuxièmement, si cette dernière ne le fait pas de façon appropriée dans un dossier de l'heure pour la société, selon l'évaluation de la Cour, et ce dans les deux cas. Du côté de l'exécutif canadien, comme le Programme de contestation judiciaire l'a montré, il veut prioriser son agenda à travers le déploiement de la jurisprudence de la *Charte*. Il s'efforce de financer les groupes qui favorisent son déploiement. Les deux se rejoignent dans leur

objectif de déployer une mouvance en faveur d'une centralisation fédérale. Cependant, il y a aussi des divergences qui parviennent à la place publique. Le cas d'Omar Ahmed Khadr en 2010 représente une situation d'affrontement où la Cour suprême a demandé aux membres de l'exécutif d'agir :

K a droit à une réparation en vertu du par. 24(1) de la Charte. La réparation demandée par K — une ordonnance intimant au Canada de demander son rapatriement — est suffisamment liée à la violation de la Charte survenue en 2003 et 2004 [...]. Bien que le gouvernement doive disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'il décide de quelle manière il doit s'acquitter des obligations relevant de sa prérogative en matière de relations étrangères, l'exécutif n'est pas à l'abri du contrôle constitutionnel.⁸⁴²

Il n'a été transféré au Canada qu'en 2012 et libéré en 2015. Dans l'arrêt *Opération Dismantle c. La Reine*, la Cour dit : « L'article 7 n'aurait pu imposer au pouvoir exécutif l'obligation de s'abstenir d'autoriser les essais que si l'on avait pu dire qu'il était possible de prouver qu'une atteinte à la vie ou à la sécurité de la personne pouvait résulter de l'action gouvernementale attaquée. »⁸⁴³ La présence d'un citoyen canadien, mineur au début de son incarcération, à la prison de Guantanamo tout en n'ayant pas eu droit à un avocat ou à un procès pendant une longue période peut facilement être liée à une atteinte à la sécurité de la personne de l'article 7 et à d'autres garanties juridiques de la *Charte*. La Cour a exigé coopération de l'exécutif et, dans ce cas-ci, elle ne l'a pas eue. Une démonstration que l'exécutif tenait à sa position dans ce dossier et qu'un avis contraire de la Cour aurait, possiblement, pu générer un affrontement plus direct. La Cour doit faire une appréciation de la réception de son jugement en fonction de la possibilité que l'exécutif canadien utilise la clause de dérogation (ce qu'il n'a jamais fait), et ainsi créé un précédent qui lui enlèverait sa position privilégiée d'interprétratrice suprême de la *Charte* et maîtresse de tout ce qu'elle peut rattacher à celle-ci. L'enjeu est

⁸⁴² *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 RCS 44 à la p. 47.

⁸⁴³ *Opération Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441 à la p. 443.

important et Macfarlane ajoute que la Cour doit utiliser des stratégies lorsqu'elle émet ses jugements. Qu'en est-il de la justice pour les parties en cause?

Un autre cas est la nomination du juge Nadon à la Cour suprême en 2013. L'invalidation de sa nomination repose sur un refus, de la part de la Cour suprême, d'une modification que le gouvernement fédéral a apportée à la *Loi sur la Cour suprême* en 2013.⁸⁴⁴ La Cour suprême a rejeté cette modification au nom de la suprématie de la Constitution et de son pouvoir d'interprétation de celle-ci :

La *Loi constitutionnelle de 1982* a accentué l'importance du rôle attribué à la Cour par la Constitution et a confirmé son statut d'institution protégée par la Constitution. [89] La *Charte canadienne des droits et libertés* a été adoptée lors du rapatriement de la Constitution. Les tribunaux ont alors dû assumer la responsabilité d'interpréter la *Charte* et d'accorder des réparations en cas de violation de ses dispositions. Le rapatriement a également permis de reconnaître expressément que la Constitution est la "loi suprême du Canada" [...].⁸⁴⁵

Nous avons déjà indiqué qu'il n'y a pas de borne à cette suprématie de la Cour suprême, selon sa propre interprétation (malgré une clause de dérogation limitée qui a été neutralisée). Dans ce deuxième cas, celui du juge Nadon, des explications publiques, de la part de la juge en chef McLachlin et du premier ministre du Canada Stephen Harper⁸⁴⁶, ont mis en lumière un différend. La Cour a considéré que ce dernier (Harper) s'était aventuré sur son territoire exclusif et que l'opinion publique l'appuierait dans ses démarches pour contrer sa loi constitutive. Même si la juge en chef a déjà affirmé que c'est de la tyrannie de ne pas respecter les jugements de la Cour, cet affrontement met en relief que ce sont les deux principaux pôles de pouvoir au Canada et que

⁸⁴⁴ Modifications aux articles 5(1) et 6(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c S-26 avec les articles 471 et 472 du projet de loi intitulé *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013*.

⁸⁴⁵ *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, [2014] 1 R.C.S. 433 à la p. 471.

⁸⁴⁶ Manon Cornéliier, « Bataille suprême », *Le Devoir* (Montréal), 3 mai 2014. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/canada/407259/bataille-supreme>.

l'agenda législatif passe par eux alors que c'est le Parlement qui a théoriquement voté les modifications à la *Loi sur la Cour suprême*. Cela est représentatif de l'importance du déploiement de ce canal principal chartiste ainsi que son assujettissement à ces deux pôles de pouvoir, nos deux premiers facteurs d'analyse de cette connexion. Le Canada n'est officiellement ni une république présidentielle ni une *krytocratie* même si, selon la Cour suprême : « Lorsque la *Charte* a été introduite, le Canada est passé du système de la suprématie parlementaire à celui de la suprématie constitutionnelle [...]. »⁸⁴⁷ Une déclaration qui soulève un conflit d'intérêts, car la Cour auto proclame un transfert de pouvoir en sa faveur. En terminant la discussion sur cette connexion, le troisième facteur que nous voulons analyser est l'identification des principaux mécanismes de contrôle de cette façon de faire ainsi que les conséquences de ceux-ci sur la dynamique résultante : comment ce nœud s'est perpétué?

4.3.1 Le déploiement de l'agenda et du canal de communication chartiste

Nous avons déjà indiqué que Russell regrettait son inattention face à la montée d'une forme présidentielle de pouvoir exécutif au Canada, et ce aux dépens du pouvoir législatif. L'accentuation de cette tendance qui remonte au règne de Trudeau peut aussi être décelée dans les négociations entourant les préparatifs pour le rapatriement de la Constitution en 1982 et son enchâssement de la *Charte*. Le Comité du Parlement mandaté pour entendre la population au sujet d'une éventuelle charte a été limité à des discours choisis par la gouvernance étatique canadienne, c'est-à-dire l'entité en faveur d'une charte élargie. Relativement à l'appui de Trudeau pour une Cour suprême maîtresse, le gouvernement central n'a pas hésité à fidéliser financièrement des groupes clientélistes, en reprenant l'expression de

⁸⁴⁷ *Vriend c. Alberta*, [1995] 2 R.C.S. 513 à la page 563.

Bastien⁸⁴⁸, pour faire pression sur les gouvernements provinciaux qui voulaient limiter la suprématie de la Cour suprême, et de la *Charte*, grâce à l'article 33, la clause de dérogation. Cette clause est aussi accessible pour le gouvernement fédéral. En focalisant sur le potentiel encadrant de cette clause comme compensation au politique, cela occulte le fait que la Cour suprême est maîtresse de la Constitution parce que cette clause ne couvre qu'une partie de la *Charte*. Avec l'article 52 de la Constitution, la Cour demeure suprême sur « tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit » comme l'a affirmé le juge en chef Dickson. Autant un premier ministre centralisateur comme Trudeau que des juges de la Cour suprême se sont soulevés contre toutes tentatives de décentralisation ou d'encadrement des pouvoirs centralisateurs de cette institution juridique.⁸⁴⁹ À cela s'ajoute que c'est le premier ministre canadien qui domine, à l'exception de la Cour suprême, les autres institutions du gouvernement fédéral : « C'est sous les auspices de ce droit non écrit que le parlementarisme canadien a permis la concentration progressive des pouvoirs dans la personne du premier ministre fédéral qui domine et son parti, et le parlement, et l'administration publique. »⁸⁵⁰ Foucault prévient des dérives possibles de la montée d'une gouvernance étatique de partis politiques et la subordination de l'État à ce type de centralisation de pouvoir. Dans le cas canadien, c'est autour de ces deux pôles que sont la Cour suprême et le premier ministre fédéral que le pouvoir de l'État canadien a été concentré avec l'avènement de la *Charte*. Le lien entre les deux et le contrôle de l'agenda sont donc primordiaux, autant pour la compréhension de la dynamique étatique de pouvoir au Canada que pour celle du soutien à la continuité de ce régime. La formation de ce canal de communication est notre premier facteur d'analyse.

⁸⁴⁸ Frédéric Bastien, *op. cit.*, p. 424.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, p. 446.

⁸⁵⁰ Marc Chevrier, *op. cit.*, p. 75. Il fait un lien avec le texte de Donald J. Savoie, *op. cit.*

La Cour suprême le déclare, la suprématie parlementaire est chose du passé. Dorénavant, avec la *Charte*, la suprématie sur la gouvernance étatique canadienne est passée à l'exécutif et au judiciaire et le canal entre ceux-ci représente non seulement une partie importante de l'agenda judiciaire, mais aussi le reflet, entre autres, de l'orientation gouvernementale pour disposer d'une problématique selon l'opportunité qui se présente ou qui est généré. François Rocher et Daniel Salée l'expriment comme suit : « La Charte offre une justification commode au recours systématique à la justice, chaque fois qu'un objectif politique est trop complexe ou trop difficile à atteindre par les voies représentatives et démocratiques normales. »⁸⁵¹ La *Charte* offre un contournement à une démocratie encombrante, mais pour qui? Vandycke ajoute : « 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 considérable de l'espace public à l'intérieur duquel s'exerce le débat démocratique entre les citoyens? »⁸⁵² Ces deux politologues et ce sociologue se demandent si les droits de la personne, tels que déployés, le sont au prix du lien de communication sociale entre citoyens ainsi qu'avec leur gouvernance étatique? Leur constat ne veut pas dire que la dynamique judiciaire – exécutif était inexistante avant 1982. Le Conseil privé de Londres, avec sa tendance provincialiste, est demeuré la Cour de dernière instance du Canada, pour les causes civiles, jusqu'en 1949. Par la suite, et ce au moins jusqu'en 1975, la Cour suprême n'a jamais débouté une loi fédérale. À partir des négociations pré-*Charte* de 1981, le jeu centralisateur entre ces deux pôles s'est accentué notamment avec une prise de position plus active en faveur du gouvernement fédéral, par la Cour suprême, dans deux renvois provinciaux cherchant à encadrer les pouvoirs centralisateurs et unilatéraux du gouvernement fédéral au sujet du rapatriement de la Constitution soit le *Renvoi : Résolution pour*

⁸⁵¹ François Rocher & Daniel Salée, *op. cit.*, p. 46.

⁸⁵² Robert Vandycke, *op. cit.*, p. 139.

*modifier la Constitution*⁸⁵³ de 1981 et le *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*⁸⁵⁴ de 1982. Knopff, Baker et LeRoy considèrent que ces deux jugements sont contestables au niveau jurisprudentiel et représentent plutôt des dissertations politiques à caractère stratégique qui visaient des réactions politiques souhaitables.⁸⁵⁵ Nous l'avons déjà souligné, pour l'ancien juge de la Cour suprême étatsunienne Stanley Reed, une visée souhaitable de résolution d'un jugement est le reflet d'une *krytocratie*, un gouvernement de juges, et non d'une démocratie.

Deux autres exemples illustrent le déploiement de cette complicité malgré la présence occasionnelle de tensions. Le premier exemple est le refus du gouvernement fédéral d'utiliser la clause de dérogation malgré les nombreux rejets par la Cour suprême de ses efforts pour encadrer l'industrie du tabac. Un comportement que Leeson n'arrive pas à comprendre. Dans une autre situation, le gouvernement du premier ministre Stephen Harper⁸⁵⁶ n'a jamais utilisé cette clause malgré son bilan de confrontations dans de nombreux dossiers avec la Cour suprême. Le second exemple est l'utilisation répétée de la Cour suprême par les gouvernements fédéraux canadiens depuis 1982 pour traiter de dossiers controversés. Cette façon de faire permet, entre autres, de présenter cette Cour comme une institution qui a la capacité et la volonté de protéger les droits de la personne, au nom de la *Charte*, et de faire des choix difficiles pour la société en faveur de ces mêmes droits sacralisés. Pour Henri Brun et Denis Lemieux, cette utilisation de la Cour pour trancher un dossier controversé précède l'arrivée de la *Charte*. Elle permet de redorer l'image du gouvernement : « Les gouvernements cherchent à associer le

⁸⁵³ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

⁸⁵⁴ *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 RCS 793.

⁸⁵⁵ Rainer Knopff, Dennis Baker, Sylvia LeRoy, *op. cit.*, p. 70-72.

⁸⁵⁶ En tant que chef du Parti conservateur, Stephen Harper a été Premier ministre du Canada de 2006 à 2015.

judiciaire à la réalisation de leurs œuvres sociales et économiques, justement dans le but d'afficher leur impartialité. »⁸⁵⁷

L'élargissement de la portée du mariage, au Canada, aux couples de même sexe illustre cette dynamique. Dans ce cas, malgré un vote des députés du Parti conservateur et du Parti libéral en 1999⁸⁵⁸ réservant le mariage pour les couples hétérosexuels, le gouvernement du Parti libéral du premier ministre Paul Martin a utilisé le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*⁸⁵⁹ de 2004 pour préparer le terrain pour sa *Loi sur le mariage civil* de 2005⁸⁶⁰ : « Le portrait qui ressort est celui d'une direction du Parti libéral qui cherche à la fois à tirer profit d'un changement de politique au sujet du mariage de même sexe tout en utilisant simultanément la Cour suprême du Canada pour augmenter la légitimité, tout en retardant la décision, de ce changement. »⁸⁶¹ Cette complicité promeut l'image d'activisme juridique notamment en associant celle-ci aux processus démocratiques du pouvoir législatif et aux percées en faveur des droits de la personne. Quand la juge en chef McLachlin dit qu'elle doit agir si l'institution législative ne le fait pas, est-ce possible que ce soit par complicité avec l'exécutif? Pour François Rocher et Daniel Salée : « En judiciarisant le politique, les autorités politiques ont abdiqué en partie leur responsabilité et laissent la société civile à elle-même. Les intérêts divergeant restent sur leur position, irréconciliable. Le Canada est peut-être en train de s'engager dans une voie où il serait impossible de gouverner. »⁸⁶² Nous y reviendrons lors de l'analyse des impacts de ces intérêts divergents dans le prochain chapitre.

⁸⁵⁷ Henri Brun et Denis Lemieux, « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu? », *Les Cahiers de droit*, vol. 18, no. 2-3 (1977), p. 312.

⁸⁵⁸ Matthew Hennigar, *op. cit.*, p. 218.

⁸⁵⁹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 RCS 698.

⁸⁶⁰ Matthew Hennigar, *op. cit.*, p. 222-225. *Loi sur le mariage civil* (L.C. 2005, ch. 33).

⁸⁶¹ *Ibid.*, p. 224. Traduction libre de l'auteur.

⁸⁶² François Rocher & Daniel Salée, *op. cit.*, p. 57.

4.3.2 L'assujettissement chartiste à la dynamique entre la Cour suprême et l'exécutif

Un des principaux outils qui a permis le déploiement de cette dynamique où le lien entre l'exécutif et la Cour suprême s'est retrouvé renforcé est l'apport économique des gouvernements et des institutions juridiques à ce lien. Petter affirme que cela a permis de concentrer l'agenda chartiste, son contenu, entre les mains de ceux qui peuvent se permettre d'utiliser ce canal et de favoriser l'utilisation de facilitateurs que représentent les juristes, les acteurs principaux dans ce jeu chartiste. Cette technique d'assujettissement, notre deuxième facteur d'analyse, était présente lors de l'enchâssement de la *Charte* notamment avec le Programme de contestation judiciaire. Celui-ci avait justement pour objectif de cibler des cas types favorisant des discours et des groupes particuliers, le déploiement d'un *minoritarisme* canadien. Cela s'effectuait tout en encourageant financièrement l'utilisation du juridique pour déployer une jurisprudence initiale favorable à la conception centralisatrice du nouveau fédéralisme que l'exécutif cherchait à déployer ainsi que d'un multiculturalisme canadien en porte-à-faux avec le nationalisme québécois. De plus, cela a permis d'associer l'acquisition de revendications liées aux droits de la personne à ce canal juridique. Le résultat a été une judiciarisation des droits de la personne et des revendications pour ceux qui peuvent se permettre de présenter leur demande dans le langage du tribunal : « En réalité, la judiciarisation de la gestion des droits à caractère sociopolitique implique un déni de justice aux personnes qui n'ont pas les ressources financières suffisantes pour porter devant les tribunaux des causes de nature non criminelle. »⁸⁶³ En parallèle avec ce type de subvention que l'exécutif canadien a déployé lors de l'enchâssement de la jurisprudence initiale de la *Charte*, il y a le montant important de soutien juridique, près du milliard de dollars annuellement au Canada, qui subventionne, entre autres, la judiciarisation des conflits sociaux comme illustrés par Knopff et Morton. Inévitablement, une

⁸⁶³ François Rocher & Daniel Salée, *op. cit.*, p. 50.

partie de ce financement et les autres sources de financement tout aussi importantes, sinon plus, attribuées aux groupes communautaires et minorités par les divers ministères des gouvernements canadiens vont non seulement remplir le conduit du canal juridique chartiste, mais aussi causer une affluence dans les médias de masse pour influencer non seulement ce canal juridique, mais aussi les deux pôles du pouvoir étatique canadien. Le canal juridique n'est qu'une façon d'influencer les gouvernements en matière de droits de la personne : « [L]'analyse de mouvements sociaux suggère qu'influencer les Cours fait partie d'une stratégie politique plus large qui inclut des partisans qui influencent les gouvernements. »⁸⁶⁴ Macfarlane a dit que pour les juges de la Cour suprême, la perception de leur rôle et de leurs jugements, dans les médias de masse, est un facteur important.

Cette façon de faire, le financement de l'agenda de l'exécutif, va assujettir la dynamique chartiste autour des deux pôles de pouvoir (exécutif canadien – Cour suprême) aux dépens des autres. Inversement, pour François Rocher et Daniel Salée, cela accentuera la responsabilisation de l'État canadien envers des promesses qu'il ne pourra tenir : « Tant que le système politique continuera de repousser les sans-voix à la marge alors qu'il leur promet la tribune, il faudra inévitablement s'attendre à une crise de confiance face au système lui-même et, éventuellement, à une remise en question de la légitimité des fondements de l'État. »⁸⁶⁵ Avec l'assujettissement de l'agenda juridique viennent des conséquences exigeant le déploiement de moyens de contrôle et d'atténuation accentués pour maintenir cette dynamique qui ne va pas de soi, notre troisième facteur d'analyse.

⁸⁶⁴ Myriam Smith, *op. cit.*, p. 24. Traduction libre de l'auteur.

⁸⁶⁵ François Rocher & Daniel Salée, *op. cit.*, p. 59.

4.3.3 Le contrôle de l'agenda chartiste

François Rocher et Daniel Salée le rappellent, la *Charte* est un moyen d'avant-plan de contrôle et d'atténuation des réactions aux disparités sociales : « Le discours des droits apaise le mécontentement populaire en créant l'impression d'un élargissement de la démocratie, en créant la perception d'une citoyenneté plus générale, plus englobante. En réalité, il limite l'exercice de cette citoyenneté puisqu'il en confine la pratique au juridique. »⁸⁶⁶ En arrière-plan et ce de façon intrinsèque, la mainmise sur les budgets étatiques offre un pouvoir significatif, dans cette dynamique, aux bailleurs de fonds gouvernementaux, sous le contrôle des branches exécutives canadiennes (principalement celle du gouvernement fédéral). D'autres méthodes d'atténuation ont été déployées et nous discuterons de certaines qui, pour la plupart, ont déjà été soulignées plus tôt. Elles permettent d'illustrer l'accentuation de la concentration des droits de la personne sur cette dualité chartiste. Le concept de dialogue est l'une de celles-ci qui, à première vue, donnent une image de démocratie à ce paradigme chartiste de pouvoir canadien. Les juges martèlent qu'ils ne font qu'exécuter la volonté du législateur et qu'un dialogue démocratique a lieu avec celui-ci parce que le législateur peut toujours exercer sa prérogative d'utiliser la clause de dérogation. L'article 33 est limité à certaines parties de la *Charte* et c'est plutôt l'article 52 (et son interprétation par le tribunal) qui offre une suprématie à la Cour suprême sur la gouvernance étatique canadienne. À part l'exécutif canadien, aucune institution ne peut tenter de rivaliser avec la Cour suprême. Un autre élément de cette concentration de pouvoir est que malgré les déclarations et gestes de distanciation (comme celui de la juge en chef qui se responsabilise d'agir si la branche exécutive ne le fait pas ou le marquage de territoire avec le rejet de modifications à la *Loi sur la Cour suprême*), il demeure que ces comportements ne font que montrer que le débat chartiste, ainsi que le

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 55.

pouvoir sur la gouvernance étatique canadienne, se situe à ces deux pôles de l'État. Avec le pouvoir de nomination des juges des cours supérieures canadiennes, incluant ceux de la Cour suprême, que possède l'exécutif canadien, cette dualité fonctionne plus en synchronisation que désynchronisée et, à part quelques exceptions, il est rare que les différends se rendent sur la place publique. Ces différends portent sur la forme plus que sur le fond, car les inégalités sociales et économiques des groupes et minorités habituellement ignorés ne font pas partie des sujets que la Cour ou l'exécutif sont prêts à aborder. Cette inaction conjointe mènera à des enjeux sociaux importants comme le déduisent François Rocher et Daniel Salée :

Premièrement, la multiplicité des intérêts divergents et contradictoires laisse entrevoir l'exacerbation des tensions entre les groupes dans la lutte pour l'affirmation des principes d'égalité, de justice sociale et de respect des particularismes identitaires. La tendance au retrait volontaire du pouvoir politique augure mal. Impuissant ou non disposé à mobiliser la sphère publique pour résoudre ces tensions, l'État pourrait être appelé à déployer ses appareils répressifs et coercitifs.⁸⁶⁷

La régulation sociale ne peut pas seulement se limiter à la judiciarisation et nous l'étudierons plus loin. Une telle concentration et ainsi une complexification de la gestion de la société dépasseraient la capacité d'une gouvernance étatique. Ces deux pouvoirs de contrôle et de coercition, l'exécutif en tant que descendant du pouvoir royal ainsi que le judiciaire en tant que porteur du maintien d'inégalités structurelles et historiques lors de la période de l'industrialisation, sont maintenant en ascension au détriment du législatif. Il est ironique que ce soit ce dernier qui avait permis de les mettre en échec dans le passé. Nous assistons au retour de ce dualisme dans une période d'inégalités accentuées.

Un accès à l'agenda chartiste n'aurait que peu de conséquences; la Cour suprême demeure maîtresse de la Constitution et de l'interprétation de la

⁸⁶⁷ *Ibid.*, p. 58.

Charte. Sans oublier qu'elle peut toujours refuser d'entendre une cause. Un exécutif ayant la population derrière lui, comme Roosevelt a réussi à le faire, pourrait tenter de fléchir la Cour, mais il lui faudrait désacraliser la *Charte* auprès des citoyens. Avec les moyens déployés par la Cour pour protéger cette déification qui est dorénavant associée à sa légitimité ainsi que la possession des médias de masse par le pouvoir économique qui bénéficie du maintien par la Cour des inégalités économiques existantes, les limites d'acceptabilité des conséquences de cette sacralisation ne semblent pas encore atteintes à moins qu'une autre possibilité ne se présente à l'horizon comme elle l'a fait en 1995 au Québec. Le nœud entre l'agenda chartiste et l'exécutif canadien peut donc continuer à centrer l'attention sur lui, car sa dynamique limite les possibilités de contestation au carré de jeu permis.

4.4 Le maintien d'une dynamique

Bien que nous puissions analyser ces trois connexions de façon indépendante, elles demeurent malgré tout liées autour des deux pôles de pouvoir issus de la nouvelle dynamique gouvernementale canadienne. Il y a le contrôle judiciaire du langage des droits de la personne ainsi que celui des acteurs officiels de ce discours sacralisé chartiste que les citoyens canadiens vénèrent au point de refuser de voir que son interprétation est faite par une institution de nature coercitive. Ce lien entre la *Charte*, la Cour suprême, et le canal de communication avec l'exécutif canadien génère une dynamique de contrôle du pouvoir étatique canadien qui est presque autonome du reste de la société. Les représentants des citoyens, les élus, deviennent des conseillers du pouvoir, un retour en arrière de plusieurs siècles au temps de la suprématie de la royauté. L'autre nœud est le lien entre la *Charte*, son discours complexe réservé aux acteurs qui ont la permission de l'interpréter selon les lignes directrices de la Cour suprême, et les citoyens attendant la bonne parole pour savoir comment s'y conformer. Un rôle similaire pour ces acteurs juridiques à

celui du pasteur d'antan décrit par Foucault. Cette situation permet de maintenir, d'une autre façon, ces citoyens profanes dans un état de minorité aux dépens de ceux qui peuvent, moyennant une *taxe juridique*, communiquer avec le pouvoir pour clarifier leurs droits et libertés. Cette dynamique résultante est similaire à celle du XVIII^e siècle décrit par Foucault (qui nous interprète Kant) : « [...] Kant donne pour exemples du maintien en minorité de l'humanité, et par conséquent comme exemples des points sur lesquels l'*Aufklärung* doit lever cet état de minorité et majoriser [(sic)] en quelque sorte les hommes, précisément la religion, le droit et la connaissance. »⁸⁶⁸ Sommes-nous en présence d'une telle situation? La base et le cadre structurel semblent y être.

L'objectif de l'exercice du présent chapitre était de présenter les bases menant à la description de la portée de la politique de la vérité chartiste canadienne soit le schème de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un but tout aussi important recherché par l'analyse des sept discours ancrant et des trois connexions entre des mécanismes de coercition et des contenus de connaissance était de désacraliser la *Charte* permettant ainsi de faciliter l'observation de ce schème et non l'image façonnée par de nombreux discours dominants.

4.5 Le schème chartiste canadien

L'objectif formulé pour l'exercice d'identification du schème chartiste était de permettre de décrire la portée de la *Charte* au sein de la gouvernementalisation canadienne. Cet exercice incluait l'interrogation critique foucaultienne de son discours :

Et si la gouvernementalisation, c'est bien ce mouvement par lequel il s'agissait dans la réalité même d'une pratique sociale d'assujettir les individus par des mécanismes de pouvoir qui se

⁸⁶⁸ Michel Foucault, « Qu'est-ce que la critique? Compte rendu de la séance du 27 mai 1978 », *op. cit.*, p. 40.

réclament d'une vérité, eh bien! je dirai que la critique, c'est le mouvement par lequel le sujet se donne le droit d'interroger la vérité sur ses effets de pouvoir et le pouvoir sur ses discours de vérité; [...].⁸⁶⁹

Dans le cas de notre critique, c'est l'interrogation des effets de pouvoir du déploiement des droits de la personne de la *Charte* ainsi que ceux de la Cour suprême et de ses discours chartistes.

Autant le XVIII^e siècle faisait face à des outils qui maintenaient les personnes dans un état de minorité, son schème basé sur la religion, le droit et la connaissance autant nous soulevons une question similaire pour la période chartiste : sommes-nous en présence d'une nouvelle religion chartiste dépendante de la connaissance obscure, mais sacralisée d'une *Charte* contrôlée par le pouvoir qu'est le droit? Une connaissance obscure qu'est cette jurisprudence de la Cour, selon Lajoie, sans compter que le tribunal a, de plus, la main mise sur le droit canadien. Nous avons trouvé de nombreuses similarités qui pointent vers la vénération de la *Charte* au niveau d'une religion, dont la révérence et la crédulité face à celle-ci. Sa sacralisation et sa suprématie quasi illimitée, incluant sa fusion avec les paroles de la Cour suprême du Canada, en font un document déifié dont le récit de vérité est réservé à l'interprétation d'une élite « éclairée » qui n'a qu'un lointain lien de dépendance envers la majorité des Canadiens.

Le droit a toujours eu un certain niveau de sacralisation. Mais, avec la *Charte*, il atteint le niveau de culte où les bases mêmes de l'État moderne sont facilement remises en question en son nom, notamment la démocratie, la source même de ce document déifié. Son enchâssement a transformé l'équilibre du pouvoir canadien qui est passé entre les mains de ces nouveaux pasteurs chartistes nommés à vie par l'exécutif canadien. Les décisions politiques majeures au Canada se prennent principalement par ces deux entités, l'exécutif et la Cour suprême, et le canal de communication entre eux

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 39.

sert de fil conducteur pour la gestion de l'agenda chartiste et la synchronisation des différends. La finalité des décisions chartistes demeure entre les mains de la Cour suprême due au refus de l'exécutif canadien d'utiliser la clause de dérogation de la *Charte*, l'article 33 (qui ne couvre, cependant, qu'une partie de cette dernière). Un comportement voulu qui accentue la déification des jugements basés sur la *Charte* en favorisant seulement l'interprétation de la Cour, mais qui réclame en même temps un prix politique de plus en plus élevé pour son utilisation par d'autres (les exécutifs provinciaux).

Le déplacement des décisions politiques vers une institution détachée des citoyens génère une concentration et un isolement de la gouvernance étatique canadienne (sans compter les manœuvres effectuées par la Cour suprême pour s'isoler du reste du gouvernement et ainsi accentuer la séparation). Elle se détache de la majorité des citoyens canadiens par le procédé de déification, valeur idéologique, chartiste qui crée une distance et une barrière entre l'élite « éclairée » qui sait et les autres, profanes. Cette majorité n'a qu'à exécuter les jugements, souvent de nature politique, qui ne doivent pas être remis en question. La critique n'est pas considérée comme légitime sauf si un jugement semble trop permissif envers une minorité dérangeante et nécessite ainsi un encadrement accru comme dans le cas des deux arrêts *Marshall* et les Autochtones. Il est intéressant de noter que cette élite isolée s'est placée entre les citoyens et l'État canadien, selon ses dires. Elle veut insérer sa vérité et son pouvoir jusqu'entre les citoyens mêmes. C'est ce que nous analysons dans le prochain chapitre.

Ce qui a animé le déploiement de cette façon de faire a été de prioriser une centralisation du pouvoir au niveau du gouvernement fédéral canadien, et ce au détriment de tout et tous pour satisfaire le besoin de contrer, principalement, le nationalisme québécois et tout ce qui pourrait y être rattaché. Un acharnement sur le rejet des particularités québécoises qui dépasse son nationalisme. Les jugements de la Cour en viennent même à ressembler à des

traités de principes politiques, pour reprendre les mots de Knopff, Baker et LeRoy, quand il est question des particularités collectives québécoises et, notamment, de son interculturalisme fondé sur la langue française. La solution canadienne à ce dernier (ayant le soutien de la *Charte*), pour faire naître une cohésion sociale, a été de créer la doctrine du multiculturalisme canadien prônant l'individualisme sous la forme d'un *minoritarisme constitutionnel* égalitaire en faveur de groupes qu'elle choisit d'officialiser ou non. La conséquence pour ceux qui n'ont pas le soutien chartiste est qu'ils n'auront pas accès à l'approbation de « revendications de la personne » pour leur minorité ou pour eux. S'ils n'ont pas une identité rattachée à une minorité officielle, ils ne seront même pas considérés. Cela assure le rejet de ceux qui ne satisfont pas les critères chartistes notamment deux minorités qui pourraient remettre en question cette façon de faire, les Québécois et les Autochtones. Dans le cas des Québécois, c'est un affrontement entre la religion chartiste où tous sont des minorités encadrées sans distinction et le résultat de la Révolution tranquille qui favorise plutôt une collectivité interculturelle francophone. Pour les Autochtones, les politiques canadiennes tendent vers leur disparition légale, selon King.

Cette façon de faire, la segmentation étatique officielle des citoyens canadiens, avec l'appui financier de l'exécutif qui nécessite l'approbation légale de la Cour, pousse la majorité de ceux-ci à s'identifier, ou à être identifiés, à des identités de minorités activistes (judicialisées et juridicisées) aux pôles extrêmes des enjeux politiques et sociaux ayant obtenu le droit de cité, comme le concluent Morton et Knopff. Cela simplifie l'encadrement de la gouvernance en assurant qu'il y aura des interlocuteurs clairs et malléables pour répondre positivement en faveur des choix politiques de la gouvernance étatique canadienne. Le besoin manichéen du processus juridique est satisfait, car les enjeux seront présentés sous une forme binaire. Pour les enjeux que la Cour ne désire pas entendre, ils seront tout simplement occultés. Cette essentialisation légale de distinctions permettant de segmenter en

comparaison avec les autres accentue l'importance des petites différences et une réduction de la communication politique et sociale au niveau de la société. C'est sans compter que la montée de l'individualisme, une autre forme de segmentation encouragée par la *Charte* qui permet à une dynamique similaire de comparaison – individuelle – de s'installer (face aux autres), va approfondir de nouveau cette distanciation. Cela s'applique autant à ceux qui veulent se distinguer des autres que ceux qui veulent ségréguer les autres. La *Charte* fait non seulement partie de cette mouvance, elle l'encourage. Elle promeut l'hétérogénéité et la comparaison.

Cette conception qui se veut hégémonique en s'assurant une portée chartiste quasi totale sur la vérité pour la gouvernance canadienne et permettant de conserver les individus épars et sous contrôle dans un terrain de jeu encadré et malléable vient avec un prix à payer. Il y a l'isolement de l'élite dominante, comme l'a prédit Baudrillard, ainsi que le maintien des citoyens dans une solitude individualiste qui les isolent non seulement entre eux, mais aussi face à cette même élite. Ce sont des comportements qui s'apparentent à une société en déclin, selon Toynbee. Il y a l'*extrémisation* de la société en limitant le débat des défis sociétaux à deux pôles extrêmes d'un paradigme ou d'un enjeu qui encourage facilement la comparaison et le dogmatisme de deux positions campés. Inévitablement, non seulement l'encouragement des extrêmes, mais aussi la distanciation du lien social et politique a généré une virtualisation de la société chartiste canadienne qui pourrait devenir non gérable, comme l'ont diagnostiqué François Rocher et Daniel Salée, même si elle semble présenter l'image d'une société moins conflictuelle que de nombreuses autres. Cela représente le deuxième objectif de notre exercice critique soit l'analyse de l'impact de cette virtualisation des sociétés canadienne et québécoise. Dans le prochain chapitre, nous effectuons cette étude en explorant les impacts de la judiciarisation des interactions sociales et politiques dans la société et la juridicisation des discours sociétaux en utilisant l'accommodement raisonnable comme vecteur. Combiné avec la place que

prennent dorénavant les intermédiaires juridiques qui se sont insérés dans la régulation de ce lien social et politique au niveau de la société, quelle complexité est-ce que cela engendre? Quel est l'impact du maintien dans une situation de minorité les citoyens canadien et québécois en utilisant une religion chartiste, la connaissance des droits de la personne canadiens et le droit sous le contrôle de la Cour suprême? Explorer ces interrogations est l'objectif du prochain chapitre.

CHAPITRE V. LA VIRTUALISATION DE LA SOCIÉTÉ

L'image de la *Charte canadienne des droits et libertés* associée à la libération des opprimés, des minorités défavorisées ayant été victimes de discrimination comme la Cour suprême l'a énoncé dans l'arrêt *Andrews*, obtient le statut de sacré de la part de nombreux citoyens au Canada. Ces quelques avancées pour certains heureux choisis, pas aussi nombreuses qu'on s'y serait attendus, ont été obtenues, mais à quel prix, et ce tant pour les citoyens que pour le gouvernement canadien? Le déploiement d'une nouvelle religion chartiste, *religere*, ce qui ressemble à, semble-t-il, un prix acceptable, et même espéré par les citoyens canadiens, pour tenter de se donner un symbole unifiant, quelles qu'en soient les conséquences (surtout si cela permet de contrer le nationalisme québécois). Même si pour certains, ce dernier objectif n'a pas atteint le résultat espéré. En suivant Toynbee un moment, un outil comme le chartisme ne représente pas un changement, mais une continuité, le déploiement d'un nouvel instrument étatique sacré permettant le maintien des individus *en extase* devant l'État. C'est comparable à l'analogie de Saul pour qui l'euphorie de l'individualisme excessif, comme celui promu de la *Charte*, de notre société s'apparente à un mécanisme divinatoire habituellement présent, dans des sociétés primitives, c'est-à-dire une pratique visant à découvrir l'inconnue, le sens caché des choses. Pour ce faire, on utilise des arts divinatoires, codifiés, populaires ou traditionnels. En quoi peut-on parler à propos de la *Charte* de religion, sans avoir à rappeler qu'elle vise à rassembler? Évidemment, on pourrait dire que la Charte comme la religion cherche à donner des réponses à des questions fondamentales si on accepte que, dans un monde immanent, les questions fondamentales relèvent des manières que l'on choisit de se gouverner et de gouverner les autres. C'est encore trop peu. L'analogie prend sa force et puissance d'évocation, l'*analogia entis* d'Aristote renvoie à la participation des étants à l'être, lorsqu'elle consiste

à produire un effet de sens par rapport analogique⁸⁷⁰. L'effet de sens est ici que la religion permet de mesurer un lien hiérarchique de la *Charte* à l'être. On le sait bien, la *Charte* n'est pas une religion, ne relève de l'être de la religion, mais elle s'y approche par certaines identités de rapports. En faisant l'analogie, il ne s'agit pas et ne peut s'agir de poser une identité, mais de dégager un effet de sens qui a permis l'évaluation politique.

Une nouvelle religion chartiste où règne l'espoir d'une utopie de droits de la personne illimités éventuellement atteinte rend acceptable le potentiel miroité d'un chemin plus ou moins cahoteux de l'égalité et un temps indéterminé pour s'y rendre. Pour Lajoie et Mandel, un substitut – peu nutritif – comme la régulation par les droits de la personne est requis pour rendre acceptables des inégalités grandissantes, principalement économiques, qui sont de plus en plus difficiles à ignorer. Une *Charte* qui se prétend un baume à certaines minorités et inégalités précises avec une portée bien encadrée et limitée, mais qui ne change pas le maintien des individus dans un état de minorité.

Du côté du gouvernement, est-ce que cette gouvernementalité chartiste est une amélioration de l'efficacité de la gestion étatique canadienne, l'argument habituellement utilisé par ceux qui encouragent une telle structure juridique autonome? Certains diront que ce type de gouvernementalité est une façon plus efficace de gouverner permettant, entre autres, une réduction de la taille de l'État, qui est aussi l'ultime objectif étatique de l'idéologie dominante économique. Foucault dit que cela est le cas : « [...] dans la recherche d'une technologie libérale de gouvernement, il est apparu que la régulation par la forme juridique constituait un instrument autrement efficace que la sagesse ou la modération des gouvernants. »⁸⁷¹ La juge en chef de la Cour suprême considère que le chartisme est une façon accélérée d'assurer le respect des

⁸⁷⁰ Cette définition est tirée de Michel Blay (sous la dir.) (c2012), *Grand Dictionnaire de la philosophie*, Paris : Larousse – CNRS Éditions, p. 32.

⁸⁷¹ Michel Foucault, « Naissance de la biopolitique » dans *Dits et écrits II, 1976-1988, op. cit.*, p. 822.

droits de la personne. Côté de cette période chartiste de 1983 à 2015, Russell observe qu'il y a eu une montée des forces néoconservatrices qui auraient démantelé les structures de l'État-providence et que le chartisme n'aurait pu rien y faire. Comme nous l'avons montré avec le discours ancrant de la *Charte* sur l'occultation de son implication dans l'économie, la Cour suprême a utilisé cet outil pour participer, activement même, à ce démantèlement, mais d'une façon furtive. Il est intéressant de souligner que ces trente-trois dernières années de chartisme et de régression néoconservatrice ont été accompagnées de politiques d'austérité sans relâche au Canada où les différents partis au pouvoir, côté exécutif, ont continuellement ciblé (mais pas nécessairement atteint) une diminution de la structure étatique. Au cours de cette période, un gouvernement du Parti libéral du Canada a effectué une cure d'amaigrissement réelle des coûts de fonctionnement de l'État canadien (et réduit la taille de son déficit) flanqué par deux gouvernements s'affichant comme « conservateur »⁸⁷², prônant des politiques étatiques néolibérales (notamment la réduction de la taille de l'État et de ses coûts de fonctionnement), et qui ont eu des résultats mitigés. Au cours de cette même période de 1983 à 2015, la dette publique accumulée du gouvernement fédéral canadien, avec ses intentions de réduction des services publics, est passée de 136 à 612 milliards de dollars⁸⁷³. Cette augmentation importante du niveau d'endettement, sur une si courte période de trente-deux années (1983 à 2015), au nom de la diminution de la structure étatique combinée avec une stagnation des salaires et un enrichissement sans précédent de l'élite économique⁸⁷⁴ permet de situer la gouvernementalité de l'ère chartiste dans la mouvance de ce que Mandel

⁸⁷² Ces gouvernements sont : celui du parti Progressiste-conservateur de Brian Mulroney (1984 à 1993) et de Kim Campbell (en 1993); celui du parti Libéral de Jean Chrétien (1993-2003) et de Paul Martin (2003-2006); et celui du parti Conservateur de Stephen Harper (2006-2015).

⁸⁷³ Gouvernement du Canada, Ministère des finances, Tableaux de référence financiers - 2015 : partie 3 de 9. Récupéré de <http://www.fin.gc.ca/frt-trf/2015/frt-trf-1503-fra.asp>.

⁸⁷⁴ Tamara Alteresco, « Élections Canada 2015 - Comment partage-t-on la richesse au Canada? », *Radio-Canada*, 15 septembre 2015. Récupéré de <http://ici.radio-canada.ca/sujet/elections-canada-2015/2015/09/15/006-etat-du-canada-partage-richeesse-emploi-economie.shtml>. Voir la note 924 pour un rapport de l'OCDE sur ce thème.

qualifie comme résultat d'une compensation à cette élite. Au cours de cette période, les revenus annuels de ce même gouvernement fédéral n'ont cessé d'augmenter, et ce bien au-delà du taux d'inflation avec des recettes annuelles passant de 65 à 282 milliards de dollars.⁸⁷⁵ Pendant cette période, la population canadienne n'a augmenté que de 40%⁸⁷⁶. La période de l'ère chartiste n'aura donc pas été une période de gouvernance étatique efficace, du moins face à l'objectif de réduire les coûts de fonctionnement du gouvernement canadien. Ironiquement, nous pourrions même dire que les politiques d'austérité canadiennes ont plutôt endetté ses citoyens. Pour l'anthropologue et économiste David Graeber, la dette est un excellent moyen de contrôle⁸⁷⁷, un outil qui s'insère aisément dans le maintien des individus dans un état de minorité. Bien qu'une analyse plus approfondie de cette corrélation soit hors de la portée de notre exercice, la période chartiste, qui projette l'image d'accroissement des droits et libertés des Canadiens, semble plutôt parsemée d'outils de domination en expansion. Nous n'analysons pas l'accentuation du déploiement d'appareils de surveillance étatique dont la nouvelle portée est sans précédent. Nous résumons cet intervalle de temps chartiste, en empruntant à François Rocher et Daniel Salée, à l'avènement d'une période de distanciation entre la gouvernance étatique et les gouvernés : « [...] le libéralisme canadien est attiré dans le vortex irrésistible d'une symbolique débridée où le contraire du vrai est le vrai, où les sous-entendus et les non-dits

⁸⁷⁵ Pour les revenus : Bob Neale, Ernst & Young Global Limited, *Revenus du gouvernement canadien de 1984 à 2014*, Décembre 2014, récupéré de <http://www.ey.com/CA/fr/Services/Tax/Questionsfiscales-Decembre2014-Revenus-du-gouvernement-canadien-de-1984-a-2014> et *Rapport financier annuel du gouvernement du Canada - Exercice 2014-2015*, récupéré de <http://www.fin.gc.ca/afr-rfa/2015/report-rapport-fra.asp#toc2>. Pour le taux d'inflation : Inflation.eu – Worldwide Inflation Data, *Inflation historique Canada – Inflation IPC historique Canada*. Récupéré de <http://fr.inflation.eu/taux-de-inflation/canada/inflation-historique/ipc-inflation-canada.aspx>.

⁸⁷⁶ Gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador, Department of Finance, Newfoundland & Labrador Statistics Agency, *Annual Estimates of Population for Canada, Provinces and Territories, from July 1, 1971 to July 1, 2016*. Récupéré de http://www.stats.gov.nl.ca/statistics/population/PDF/Annual_Pop_Prov.PDF.

⁸⁷⁷ David Graeber, *Dette – 5000 ans d'histoire* (trad. par Françoise et Paul Chemla), Paris : Éditions Les Liens qui Libèrent, 2013, p. 9-11.

font loi, où les perceptions, fondées ou non, façonnent le réel. »⁸⁷⁸ Baudrillard a déjà parlé de cette coupure entre le monde virtuel de la minorité dominante et la réalité des autres. Un tel éloignement rend difficile la tâche d'organiser et de gérer dans un tout cohérent la société canadienne.

Un autre facteur étudié plus tôt, ayant un impact tant pour les citoyens que la gouvernance étatique canadienne est le déficit démocratique associé à la montée de ce gouvernement chartiste. Les tenants de l'idéologie néolibérale ajoutent qu'en réduisant la taille de l'État, cela diminue le déploiement de structures pouvant être utilisées de façon abusive, ce qui devrait théoriquement permettre l'amélioration de la démocratie et des droits de la personne incluant une liberté accentuée. À l'inverse, Foucault affirme que c'est plutôt un gouvernement basé sur la domination d'une structure de partis qui serait responsable de ce type de dérive. Pour Smith, le Canada est un chef de file de cette façon de faire, la domination des chefs de partis politiques et, selon Savoie, cela est nommément le cas de l'exécutif canadien. L'ère chartiste a vu l'ascension au Canada de ce mode de gouvernement centralisée autour de l'exécutif fédéral, conjointement avec l'autre pôle de pouvoir canadien que représentent la paire Cour suprême et *Charte*. Le tout s'est fait au détriment du législatif et des représentants élus par les citoyens canadiens, l'élément central habituel d'une démocratie représentative.

Du côté de la Cour suprême et de la *Charte*, ce tribunal définit maintenant l'expression chartiste *société libre et démocratique* comme étant dans une phase de recul démocratique et de régression néolibérale. Que ce soit au niveau de la démocratie dont la définition a été modifiée et réduite par la mouvance chartiste de façon à éviter de mettre la *Charte* en porte-à-faux avec elle, des droits de la personne qui ont été distribués sporadiquement selon un but et un encadrement précis dans un terrain de jeu limité et voulu, de l'efficacité trompeuse d'une diminution de la structure étatique qui endette au

⁸⁷⁸ François Rocher & Daniel Salée, *op. cit.*, p. 55.

lieu de limiter les dépenses, ces déficits démocratique et économique au Canada, que le déploiement de la *Charte* par la Cour suprême a participé activement à établir, s'avèrent des déconnexions : une désynchronisation et distanciation entre la gouvernance étatique canadienne et la société. François Rocher et Daniel Salée précisent cette participation de la *Charte* à une telle mouvance :

Un univers de simulation, de simulacres où les symboles de la réalité prennent en quelque sorte le pas sur la réalité elle-même. La *Charte* est le surgeon d'un libéralisme arrivé à son point de non-retour, d'un libéralisme qui table sur son image de liberté et d'idéaux démocratico-humanitaires, mais qui, dans sa pratique, renvoie l'inverse de l'image qu'il projette – [...].⁸⁷⁹

Notre thèse est que cette virtualisation des liens sociaux et politiques entre citoyens et avec le gouvernement représente une complexification importante de la gouvernance canadienne qui, entre autres, engendre non seulement une réduction de l'efficacité de la régulation de la société, mais plus spécifiquement une diminution significative de son autorégulation. Dans les prochaines sections, nous approfondirons trois aspects de cette situation soient la judiciarisation des conflits au sein de la société et de la gouvernance étatique, la juridicisation des liens sociaux et politiques ainsi que l'impact de l'ajout d'intermédiaires, principalement juridiques, qui se sont insérés dans cette dynamique. L'accentuation de ces trois facteurs est le résultat direct du déploiement de la *Charte*. Avant de poursuivre, revenons sur la virtualisation et sur la définition de l'accommodement raisonnable permettant de focaliser les différents éléments de cette partie de notre analyse.

Avec la virtualisation du discours des droits de la personne, principalement par le biais de son encadrement par la Cour suprême, l'adulation de la parole chartiste génère au sein de la gouvernance de la société le remplacement du réel par le rationnel et ainsi une perte de référence

⁸⁷⁹ François Rocher & Daniel Salée, *op. cit.*, p. 54.

comme le formule Dubey : « Un autre point de passage mérite encore d'être signalé, c'est celui de la menace de déréalisation que fait peser sur la société contemporaine l'identification du réel au rationnel, l'avènement d'un hyperréel sans référent où vérité et mensonge n'ont plus qu'une signification opératoire. »⁸⁸⁰ Ce filtre des liens sociaux et politiques se concrétise par l'encadrement de la dynamique sociale et politique avec la *chartisation* de la gouvernance canadienne incluant l'ascension de son langage technique juridique comme nouveau véhicule de communication critique des relations dans la société. Cet artifice retire les interactions conflictuelles du terrain de jeu, ainsi que le contrôle de leur résolution et les redirige vers l'institution judiciaire où celles-ci sont modulées par son langage technique. Cela ne s'applique pas seulement pour les liens avec l'État, mais aussi entre les citoyens mêmes (ou leurs intermédiaires attirés : les minorités et les groupes officiellement reconnus par l'État). Pour aider au fonctionnement de cet appareil, l'insertion d'acteurs-facilitateurs est nécessaire notamment pour assurer la navigation à l'intérieur de celui-ci (incluant l'utilisation de la bonne codification du langage technique). En contrepartie, cela assure de garder les sujets épars comme dit Derrida. Pour Baudrillard, avec cet « Impérialisme de la raison [vient le] néo-impérialisme de la différence. »⁸⁸¹ Un des principaux symboles de cette différenciation égalitaire de la *Charte* est l'accommodement raisonnable.

Selon la Commission Bouchard-Taylor, l'accommodement raisonnable représente « [...] l'égalité dans la différence⁸⁸². En effet, le propre de l'accommodement est de remédier, au moyen de certains aménagements, à des formes de discrimination qui surviennent parfois dans l'application d'une norme ou d'une loi par ailleurs légitime. »⁸⁸³ Celui-ci est une création juridique

⁸⁸⁰ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 122.

⁸⁸¹ Jean Baudrillard, *op. cit.*, 1981, p. 198.

⁸⁸² Les mots *égalité* et *différence* sont antonymes dans les dictionnaires.

⁸⁸³ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 63.

basée non seulement sur la *Charte*, mais aussi sur l'adoption des différentes lois provinciales sur les droits de la personne qui l'ont précédée. L'accommodement raisonnable a été créé pour encadrer l'identification des différences acceptables, par la Cour, qui pourraient diverger de ce qui est habituellement géré de façon uniforme par la gouvernance étatique. Le juriste Pierre Bosset définit l'accommodement raisonnable comme : « [...] une *obligation juridique*, applicable dans une situation de *discrimination*, et consistante à aménager une norme ou une pratique à portée universelle dans les limites du *raisonnable*, en accordant un traitement différentiel à une personne qui, autrement, serait pénalisée par l'application d'une telle norme. »⁸⁸⁴ La Commission Bouchard-Taylor a classé cette construction juridique dans un groupe de dispositifs permettant d'harmoniser les différends dans la société. Les deux autres principaux dispositifs qu'ils ont identifiés sont, premièrement, les ajustements concertés qui « [s]imilaire à l'accommodement raisonnable, sauf que le traitement de la demande relève de la sphère citoyenne alors que le premier relève de la sphère judiciaire. Il est consenti le plus souvent par un gestionnaire d'institution publique ou privée au terme d'une entente à l'amiable ou d'une négociation conduite avec des usagers (patients, élèves, clients...) ou avec des employés. »⁸⁸⁵ Il y a ensuite les « [...] accords informels. Ce sont des ententes conclues entre des personnes en dehors du cadre des institutions et des organismes publics et privés. »⁸⁸⁶ Celui qui a préséance, pour la gouvernance étatique, est l'accommodement raisonnable. Pour qu'il puisse être accordé par les tribunaux dans le cadre d'un litige face à une loi ou un règlement, il doit y avoir discrimination. Dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, où le concept d'accommodement raisonnable est apparu dans la

⁸⁸⁴ Pierre Bosset, « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable » dans *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?* (M. Jézéquel, dir), Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2007, p. 10. Les mots en italique sont dans le texte.

⁸⁸⁵ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport*, *op. cit.*, p. 285.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 65.

jurisprudence canadienne⁸⁸⁷ en utilisant le *Code ontarien des droits de la personne*⁸⁸⁸, la discrimination a été définie comme une situation qui : « [...] touche une personne ou des personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes visées. »⁸⁸⁹ Ici, c'est la finalité qui importe : « L'intention d'établir une distinction n'est pas un facteur déterminant dans l'interprétation d'une loi sur les droits de la personne visant à éliminer la discrimination. C'est plutôt le résultat, l'effet de la prétendue mesure discriminatoire qui importe. »⁸⁹⁰ Une loi ou un règlement peut être discriminatoire et être acceptable par la Cour s'il satisfait aux restrictions de l'article 1 de la *Charte* dont les particularités ont été définies dans l'arrêt *Oakes*⁸⁹¹ et résumées récemment dans un autre jugement : « Le gouvernement peut justifier la mesure législative, non pas en démontrant qu'il l'a adaptée aux besoins du plaignant, mais en établissant qu'elle a un lien rationnel avec un objectif urgent et réel, qu'elle porte le moins possible atteinte au droit et que son effet est proportionné. »⁸⁹²

Plusieurs jugements depuis 1985 sont venus approfondir des particularités de cet article primordial de la *Charte*, comme la définition de l'accommodement raisonnable. Ils ne modifient pas le fondement de ceux-ci et ne font que montrer les effets des contingences de l'histoire sur un document légal. Si des intermédiaires spécialisés, comme les avocats et les juges, n'en connaissent qu'une partie de « cet objet fuyant dans ses retranchements les plus obscurs », ayant des dizaines, voire des centaines de milliers de pages de jurisprudence, quel en est l'impact pour les citoyens? Comment peuvent-ils comprendre et gérer leur fonctionnement dans la société? La complexité associée à la densité de ces normes obscures ne peut qu'avoir un impact sur la régulation de la société. Notre objectif sera d'analyser cette complexification

⁸⁸⁷ Pierre Bosset, *op. cit.*, p. 8.

⁸⁸⁸ *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. 1980, c 340.

⁸⁸⁹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536 à la page 537.

⁸⁹⁰ *Idem*.

⁸⁹¹ *R. v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

⁸⁹² *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567 à la page 570.

en commençant par la judiciarisation des interactions et différends entre citoyens incluant leurs représentants autorisés, les minorités officialisées.

5.1 Judiciarisation : la virtualisation des liens entre citoyens

Pour Martine Kaluszynski, la judiciarisation représente :

Ce terme désigne à la fois la multiplication des recours à l'arbitrage judiciaire par les acteurs sociaux, les sollicitations croissantes dont la justice ferait l'objet pour traiter de problèmes-clefs de la société, et le déplacement de plus en plus fréquent du traitement d'affaires de l'arène politique vers l'arène judiciaire.⁸⁹³

Précisément, pour les droits de la personne chartiste (la *Charte* étant la loi suprême du Canada), la résolution de différends liés à ces droits tant entre les citoyens et les minorités qu'entre ces deux et la gouvernance étatique canadienne, utilise le chemin des tribunaux ou la possibilité de le prendre, est vu comme la stratégie optimale pour assurer une résolution définitive favorable à leurs contentieux. Cela « [...] équivaut à une constitutionnalisation du système politique [canadien] : une fois traduites dans le langage des droits et érigées au statut de droits inaliénables, les revendications ne sont plus négociables, ce qui abolit toute possibilité de compromis au niveau des institutions politiques traditionnelles. »⁸⁹⁴ L'objectif est ici de montrer les effets et les contrecoups de cette transformation chartiste sur les relations entre citoyens et minorités face à une gouvernance canadienne basées sur la *Charte*. Ces conséquences dépassent la simple augmentation du nombre de requêtes via les tribunaux ou l'utilisation des Cours pour obtenir gain de cause de leurs revendications associées aux droits de la personne. Nous avons

⁸⁹³ Martine Kaluszynski, « La judiciarisation de la société et du politique », *Face à la judiciarisation de la société, les réponses de la Protection Juridique*, 21-22 septembre 2006, Paris, France. 2006. Récupéré de <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00134738/document>.

⁸⁹⁴ Stéphane Bernatchez, *op. cit.*, p. 93.

présenté plus tôt l'ampleur des subventions étatiques à l'industrie légale canadienne.

Du côté des citoyens, ces outils de la gouvernementalité chartiste permettent non seulement d'encadrer le comportement de ceux qui bénéficient de la *Charte*, mais ceux qui pourraient s'y opposer, et ce, en ségréguant tant les personnes et les minorités que les discours. Pour la gouvernance étatique, l'économie politique et juridique avec le chartisme ainsi que la compensation pour l'élite économique pourraient indiquer que l'exercice en vaut la peine. La gouvernance étatique canadienne n'est pas immunisée de l'effet d'isolement chartiste. En reprenant les propos de Dubey, la virtualisation imposée par le chartisme isole la gouvernance étatique et la minorité dominante de la société et influence les décisions prises envers elle, l'évaluation de l'impact de ces dernières : « C'est ce déni qui nous paraît caractéristique dans le cas du virtuel, la manière dont celui-ci masque et rend invisibles les réalités sociale et institutionnelle sur lesquelles il s'appuie. »⁸⁹⁵ Pour François Rocher et Daniel Salée, une de ces réalités est l'aveuglement face aux dislocations de la fondation du Canada : « Paradoxalement, la Charte incarne la faillite du libéralisme démocratique au Canada. L'avenir politique du pays s'articule autour de cette réalité et en dépend. »⁸⁹⁶ Ce sont ces trois éléments d'isolement que nous analysons ici, c'est-à-dire ceux des bénéficiaires et des antagonistes de la *Charte* ainsi que ceux de la gouvernance étatique.

5.1.1 L'isolement chartiste des bénéficiaires de la *Charte*

D'autres options sont disponibles pour tenter de régler des désaccords ou des problématiques entre les individus et groupes au sein de la société, comme les ajustements concertés, les accords informels, l'utilisation de lois existantes ou le compromis de nouvelles lois. Cependant, ces dernières

⁸⁹⁵ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 171.

⁸⁹⁶ François Rocher et Daniel Salée, *op. cit.*, p. 54.

demeurent, avec une *Charte* déployée entre l'État et ses citoyens, de second ordre face aux décisions finales de la Cour, et ce même si le nombre d'accommodements raisonnables décidés par la Cour est peu nombreux.⁸⁹⁷ Si cette façon de faire peut être considérée par certains comme nécessaire pour protéger des groupes ou minorités des « exigences forcenées de la majorité », comme le dit ironiquement Russell, elle a non seulement l'effet d'essentialiser dans « [...] un raisonnement positiviste déductif classique [...] »⁸⁹⁸ l'expression de ces revendications, les requêtes ainsi traduites dans le langage chartiste, mais aussi de retirer ces situations du temps, passé ou futur selon la déduction de Baudrillard. Cela les oblige à sortir de la réalité sociale où se situe le problème en les forçant à utiliser un langage hermétique juridique, dont la maîtrise est limitée à une élite particulière et encore, comme l'affirme Lajoie. La Cour suprême a énoncé, dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*⁸⁹⁹, que la langue est primordiale pour le lien entre l'individu et la collectivité. Dans le cas des droits de la personne chartistes (et du droit en général), l'individu a besoin d'un interprète pour assurer que sa revendication se formule adéquatement dans le langage technique reconnu. Les leçons du passé et l'évaluation de l'impact d'une façon de faire dans le futur se retrouvent ainsi évacuées en faveur d'une résolution « irréférentielle » et de rationalité juridique notamment parce que la liberté de discussion entre les parties leur est retirée ou fortement teintée par le chemin chartiste ou la possibilité de l'emprunter. Ultimement, tout changement ou modification à une décision chartiste nécessite un retour devant la Cour pour espérer modifier les paramètres d'une première entente. Celle-ci est donc figée dans le temps par sa promulgation au tribunal. Le cas des deux arrêts *Marshall* est représentatif; la Cour suprême a mis son impartialité de côté pour prévenir

⁸⁹⁷ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport*, *op. cit.*, p. 64.

⁸⁹⁸ Andrée Lajoie, *op. cit.*, 2002, p. 143.

⁸⁹⁹ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 à la p. 744.

une interprétation trop large, selon elle, de son premier jugement et éviter que la portée de celui-ci ne soit étendue plus loin qu'elle le voudrait :

Ces questions, ainsi que la requête en sursis à l'exécution présentée par la Coalition, témoignent d'une incompréhension fondamentale de la portée des motifs de jugement exposés par la majorité de notre Cour le 17 septembre 1999. [...] L'opinion majoritaire du 17 septembre 1999 se limitait aux questions nécessaires pour statuer sur la culpabilité ou l'innocence de l'appelant.⁹⁰⁰

Elle appréhendait une mauvaise interprétation et, plus spécifiquement, la conséquence future de celle-ci en faveur de la minorité occultée que sont les Autochtones. Mais, n'est-ce pas cela le rôle de la Cour suprême, celui d'émettre des jugements d'importance publique, comme l'a énoncé le juge en chef Dickson, qui serviront de jurisprudence pour encadrer de futurs jugements. Limiter la portée d'un jugement de la Cour suprême à une seule cause semble hors-norme pour ce tribunal suprême de supervision.

Pour Dubey, qui reprend la thèse de la philosophe Hannah Arendt, la conséquence de retirer aux citoyens leurs moyens d'autorégulation que représentent la discussion et l'apprentissage est une inféodation de la société :

Or l'habitude de penser, de réfléchir aux conséquences de ses actes, qui représente notre seul rempart contre la banalité du mal, demeure tributaire de l'existence d'un espace où les hommes s'expliquent les uns les autres comment le monde leur apparaît. Les humains ne se reconnaissent entre eux qu'à l'intérieur de cet horizon de significations et de valeurs communes, et c'est toujours par la destruction d'un tel espace que s'amorce la dynamique totalitaire.⁹⁰¹

L'isolation dans un chartisme sans référence est nécessaire, entre autres, car la situation doit être gérée seulement du point de vue de la minorité et même, plus spécifiquement, de l'interprétation particulière de l'individu comme la Cour

⁹⁰⁰ *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533 à la page 542.

⁹⁰¹ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 121-122.

suprême l'a décrit pour la religion : « [...] l'intéressé exerce ou manifeste sincèrement, selon le cas, dans le but de communiquer avec une entité divine ou dans le cadre de sa foi spirituelle, indépendamment de la question de savoir si la pratique ou la croyance est prescrite par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux. »⁹⁰² C'est l'interprétation individuelle du moment qui prime et non la représentation symbolique d'un geste ou d'un acte associé à une minorité et à son histoire. Le cours du temps de la minorité est donc retiré de l'évaluation et le symbole devient ainsi encore plus « irréférentiel ». Pour Toynbee, ce transfert vers une approche statique (en comparaison avec dynamique) de résolution de problèmes et de décisions, de la part de la minorité dominante, est signe d'une dégénérescence ou d'une atrophie de sa capacité de gérer la société : « Ce type de minorités dominantes est statique par définition; car dire que la minorité créative d'une civilisation en phase d'expansion a dégénéré ou s'est atrophiée en minorité dominante d'une civilisation en phase de désintégration est une autre façon de dire que cette société a chuté d'une structure dynamique vers un état statique. »⁹⁰³ L'inverse, une approche dynamique, cautionne une solution plus intégrée au reste de la société qui est toujours en mouvement. La résultante est le déplacement de l'individu, ou de sa minorité, vers le monde virtuel de la minorité dominante, pour reprendre l'expression de Baudrillard, un terrain de jeu encadré où le soutien de cette dernière est requis pour y demeurer et conserver ses acquis. Une forme de maintien dans un état de minorité des victimes officielles, mais avec certains privilèges et restrictions, car c'est cette segmentation officialisée qui a permis le transfert dans l'aire chartiste. Une victime est dépendante de celui qui s'exprime en son nom et son comportement doit se conformer aux paramètres identifiés par celui-ci.

Un outil juridique se doit d'œuvrer dans l'imaginaire et énoncer seulement ce qui est interdit à l'intérieur de frontières définies. Le chartisme est

⁹⁰² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 à la page 553.

⁹⁰³ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, Volumes I-IV, p. 50.

d'une autre nature, car il s'aventure sur le terrain de la discipline en voulant encadrer les comportements acceptables à l'intérieur du terrain de jeu, les droits de la personne de la *Charte* autorisés à l'intérieur du carré de sable de la société. Les liens sociaux et politiques des citoyens de cette société deviennent ainsi féodalés aux vœux de leurs maîtres.

5.1.2 L'isolement chartiste des antagonistes par la *Charte*

La portée de cette forme chartiste de gestion des droits de la personne ne s'arrête pas à l'encadrement des individus, elle permet aussi de séparer et d'ostraciser, à l'intérieur du terrain de jeu, ceux qui pourraient être en désaccord avec les revendications sacralisées. Le projet de loi no. 59 du Québec, *Loi édictant la Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*⁹⁰⁴, en est un exemple. Celui-ci a été significativement réduit dans sa version sanctionnée (*Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*⁹⁰⁵), mais il permet d'illustrer certaines façons de faire.

Dans le projet de loi initial, l'État a voulu s'autoriser la censure et les *listes noires*⁹⁰⁶, des outils usuellement associés aux abus des droits de la personne qui deviennent acceptables, lorsqu'associés à une charte des droits

⁹⁰⁴ Assemblée nationale, Projet de loi no. 59 (41^e législature, 1^{re} session), *Loi édictant la Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*, Éditeur officiel du Québec, 2015. Récupéré de <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-59-41-1.html>. Nous utilisons le libellé « liste noire » pour identifier la « liste tenue par la Commission » du projet de loi initial : « Lorsque le Tribunal conclura qu'une personne a enfreint ces interdictions, le nom de cette dernière sera inscrit, pour une durée déterminée par le Tribunal, sur une liste tenue par la Commission et accessible sur Internet. »

⁹⁰⁵ *Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*, L.Q. (2012), c 12.

⁹⁰⁶ La Presse Canadienne, « Projet de loi contre les discours haineux : Québec va refaire ses devoirs », *Radio-Canada* (Montréal), 23 septembre 2015. Récupéré de <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/740534/projet-loi-59-discours-haineux-nouvelle-mouture>.

de la personne, pour interdire « [...] de tenir ou de diffuser publiquement des discours haineux ou des discours incitant à la violence qui visent un groupe de personnes qui présentent une caractéristique commune identifiée comme un motif de discrimination interdit à l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne. »⁹⁰⁷ Nonobstant que cette initiative utilise la *Charte québécoise* ou qu'elle ne soit pas devenue une loi (le concept de *liste noire* a été retiré par le gouvernement⁹⁰⁸), le *Code criminel*⁹⁰⁹ protégeait déjà contre le discours haineux et l'incitation à la violence, avec la condition de devoir démontrer une situation hors de tout doute contrairement à l'utilisation de la *Charte* qui favorise la prépondérance des probabilités. La *Charte* a modifié cette protection « hors de tout doute » du droit criminel en la poussant vers une approche plus probabiliste. Ce projet de loi voulait étendre la protection de ces outils répressifs, avec la *Charte québécoise*, à tous ceux qui ont obtenu la sacralisation de leur revendication. Être en désaccord avec une revendication rendue sacrée par la Cour pourrait ainsi être interprété comme un discours haineux permettant de censurer la personne, la mettre à l'amende, l'inscrire sur une *liste noire*, et même lui faire perdre son emploi (ce dernier cas visait les enseignants et le milieu de l'éducation)⁹¹⁰.

Les *listes noires*⁹¹¹ permettent de cataloguer des individus en fonction de certains comportements, ou de leur possibilité, et ainsi d'accroître la surveillance de ces individus en fonction d'autres actes potentiellement déviants. C'est comme créer une nouvelle classe d'anormaux chartistes qui se retrouvent libellés comme déviants contre les droits de la personne. Par anormaux juridiques, nous reprenons la définition d'une connexion de savoir-

⁹⁰⁷ Projet de loi no. 59, Assemblée nationale du Québec, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁰⁸ La Presse Canadienne, « Projet de loi contre les discours haineux : Québec va refaire ses devoirs », *op. cit.*.

⁹⁰⁹ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c C-46, 25 janvier 2016. Les articles suivants en particulier : Libelle blasphématoire : article 296; Libelle diffamatoire : articles 297 à 316.

⁹¹⁰ Projet de loi no. 59, Assemblée nationale du Québec, *op. cit.*, p. 3.

⁹¹¹ Même si le gouvernement du Premier ministre Philippe Couillard a retiré cette mesure, il a pu la considérer formellement en toute impunité malgré sa nature digne des abus des droits de la personne.

pouvoir décrit par Foucault : « [...] cette notion d'état, qui est à la fois en référence à la non-santé, mais qui peut accueillir dans son champ n'importe quelle conduite à partir du moment où elle est physiologiquement, psychologiquement, sociologiquement, moralement, et même juridiquement, déviante. »⁹¹² Il ajoute que poussé à l'extrême, un néoracisme s'installe dans une société comme réaction contre ceux à rejeter : « Le racisme nouveau, le néoracisme, celui qui est propre au XX^e siècle comme moyen de défense interne d'une société contre ses anormaux, est né de la psychiatrie, [...] ». ⁹¹³ Est-ce que le rapprochement effectué par Baxi entre le multiculturalisme et le racisme postmoderne est dans la même lignée? Ce type d'outil de ségrégation, les *listes noires*, a comme base la comparaison, ceux qui sont déviants par rapport aux normaux. Selon le chartisme, il ne peut y avoir de discrimination sans différenciation. Freud l'a théorisé plus tôt, l'hostilité envers l'autre peut ainsi s'installer avec la comparaison. Ajoutons que la *Charte*, en favorisant la ségrégation dans la société ainsi que la sacralisation des revendications, encourage le déploiement d'outils de gouvernement qui viennent protéger et supporter une distanciation entre les individus. Ces outils, par leur association à l'auréole chartiste, deviennent souhaitables et, ce même, s'ils sont de nature répressive et répréhensible. Spengler a fait un constat contigu au tournant du XX^e siècle :

Aujourd'hui, nous subissons tellement sans résistance l'influence de cette artillerie spirituelle [(la parole imprimée, fabriquée en masse)] que presque aucun d'entre nous ne conquiert la distance intérieure, qui permet de voir clairement le caractère formidable de ce phénomène. La volonté de puissance, sous un manteau démocratique, a achevé son chef d'œuvre en flattant, même encore aujourd'hui, le sentiment de la liberté des objets par le servage (sic) le plus complet qui ait jamais existé. ⁹¹⁴

⁹¹² Michel Foucault, *Les anormaux : Cours au Collège de France (1974-1975)*, Paris : Gallimard-Seuil, 1999, p. 295.

⁹¹³ *Ibid.*, p. 299.

⁹¹⁴ Oswald Spengler, *op. cit.*, *Deuxième partie*, p. 425-426. Traduction libre de l'auteur.

La crédulité chartiste prend le dessus.

Un autre exemple du potentiel et de l'impact des *listes noires* sur la société a été montré lors du *printemps érable*, la grève généralisée des étudiants québécois en 2012. Cet évènement rappelle, premièrement, la *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*⁹¹⁵, qui a été mis en application pour contrer cette grève notamment avec des arrestations massives, qui ont soulevé des préoccupations à l'ONU⁹¹⁶ de violation des droits de la personne. La tactique ciblée par cette action du gouvernement québécois en est une à retardement. Avant que les questions d'abus des droits de la personne ne soient rendues en Cour suprême pour obtenir une résolution finale, plusieurs années plus tard, la situation serait chose du passé et l'impact de la censure et du harcèlement juridique, instauré par cette loi, aurait eu les effets désirés à court terme (du moins, c'est ce qui semble avoir été calculé).

Cette particularité montre que « l'irréférentialité » chartiste peut aussi être instrumentalisée en utilisant le temps pour abuser des droits de la personne temporairement. Cependant, ce qui nous intéresse de cet évènement de 2012, c'est le cas de Gabriel Nadeau-Dubois, un dirigeant étudiant qui a été poursuivi pour outrage au tribunal pour avoir supposément incité des comportements à l'encontre de jugements de la Cour sur l'encadrement les piquets de grève : « Le 13 mai 2012, en entrevue sur les ondes du Réseau de l'information (RDI), [il] avait déclaré qu'il trouvait "tout à fait légitime que les gens prennent les moyens nécessaires pour faire respecter le vote de grève",

⁹¹⁵ *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, LQ (2012), c 12.

⁹¹⁶ Nations Unies, *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte*, Observations finales du Comité des droits de l'homme, N.U. CCPR/C/CAN/CO/5 (26 avril 2006), par. 20. Récupéré de http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/CCPR.C.CAN.CO.5_Fr.pdf?OpenDocument.

en donnant l'exemple des lignes de piquetage. »⁹¹⁷ La Cour suprême a ainsi eu l'occasion d'émettre ses directives permettant d'encadrer et de justifier cette forme de censure. Dans le jugement de la Cour suprême rendu récemment,⁹¹⁸ il n'a pas été question de liberté d'expression, mais de procédure et de portée de celle-ci : « Le fait que M n'ait pas prouvé que N D avait connaissance, réellement ou par inférence, de l'ordonnance est déterminant pour trancher la question au regard du deuxième volet. »⁹¹⁹ Cependant, la portée de la liberté d'expression a été clarifiée et celle-ci est subordonnée à une ordonnance de la Cour (selon les juges dissidents) : « L'importance de la liberté d'expression et de sa protection dans une société démocratique ne saurait jamais être exagérée. Or, on ne peut, sous prétexte d'exercer sa liberté d'expression, inciter des citoyens à violer une ordonnance de la cour. »⁹²⁰ De plus, dans ce jugement, la Cour a aussi statué sur les limites autorisées de la critique de l'appareil judiciaire: « La *mens rea* de cette forme d'outrage est l'intention de dénigrer l'administration de la justice, de miner la confiance du public à son égard, ou d'inciter à la désaffection à son endroit. La critique de bonne foi des institutions judiciaires et de leurs décisions n'atteint pas ce seuil. »⁹²¹ Ce seuil et la bonne foi demeurent une interprétation de l'institution qui est en cause. Quel est le seuil de désaffection des décisions chartistes, de la Cour suprême et de la *Charte*?

Nonobstant la décision de cette Cour, Nadeau-Dubois a dû s'autocensurer dans l'intérim en tant que personne sur une pseudo-*liste noire* juridique, car il ne peut risquer une mauvaise publicité – ses détracteurs ne manquaient pas – avant la résolution de son cas. Cette forme de censure juridique s'applique aussi à la préparation, et au maintien, de toute

⁹¹⁷ « Gabriel Nadeau-Dubois se défendra en Cour suprême », *Radio-Canada* (Montréal), 22 octobre 2015. <http://ici.radio-canada.ca/regions/quebec/2015/10/22/002-gabriel-nadeau-dubois-cour-supreme.shtml>.

⁹¹⁸ *Morasse c. Nadeau-Dubois*, [2016] CSC 44.

⁹¹⁹ *Ibid.*, p. 7.

⁹²⁰ *Ibid.*, p. 11.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 6-7.

revendication chartiste pour assurer une image favorable devant les tribunaux. Les *listes noires* permettent de préjuger des personnes et d'accroître la surveillance de ceux-ci en tant que déviants potentiels. C'est un outil disciplinaire qui permet de s'immiscer dans le terrain de jeu pour encadrer les comportements à réprimer et le potentiel de ceux-ci, notamment via la censure et une surveillance accrue. C'est aussi de la préjudiciarisation, une pratique récurrente au Canada comme nous l'avons présenté plus tôt avec le cas des arrestations systématiques des pères. Cette forme de jugement *a priori* est aussi une sorte de virtualisation envers autrui, car elle nécessite la formation et l'utilisation d'un objet virtuel, une *liste noire*, ciblée sur une catégorie de personnes. Dubey définit ce type d'appareil comme suit : « Cette capacité de médium à légitimer et à authentifier *a priori* est peut-être ce qui définit le mieux la société dite virtuelle et le type de lien qu'elle tisse entre les individus. »⁹²² La tolérance de ces outils et même leur déploiement au nom des droits de la personne visent le maintien de toute résistance, et même le potentiel de cette dernière, dans un état de minorité.

5.1.3 L'isolement chartiste de la gouvernance étatique canadienne

Certains diront que nous faisons fi des bienfaits de la *Charte* et des droits de la personne. Se voir accorder une revendication est associé au déploiement d'une société plus égalitaire surtout considérant que le bien-être est souvent lié à l'acquisition de ce bien peu nutritif, mais haut en valeur symbolique pour une société canadienne si friande de ses droits de la personne. Pour François Rocher et Daniel Salée, cela n'est que le reflet du besoin d'un leurre pour cacher la situation d'une minorité dominante qui est aux prises avec un borbier qu'elle peine à gérer :

⁹²² Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 67.

La Charte démontre combien les classes dominantes sont coincées entre la dégénérescence de l'hégémonie du projet socio-économique historique qu'elles défendent et l'impérative nécessité de résister aux assauts multiples montés contre elles. En tablant sur le discours des droits, on banalise les conflits qui traversent la société, on les sort de l'ordre du politique pour les intégrer à l'ordre du juridique. On calme la grogne.⁹²³

Cela représente un échange entre des valeurs symboliques peu coûteuses, pour une civilisation occidentale où l'argent est la valeur primordiale sinon la seule pour plusieurs, et écarter dans le futur une confrontation sur les inégalités (principalement économiques) en croissance constante⁹²⁴. Une solution à cette problématique ne semble pas dans l'espace de l'aire de jeu fermement dominé par la minorité dominante ni même dans ses considérations.

Les tribunaux sont conscients de cette inaction économique comme le juge en chef Robert l'a exprimé dans un jugement de la Cour d'appel du Québec. En s'exprimant comme il l'a fait, donner un avertissement sans conséquence, la Cour ne fait qu'acquiescer au cul-de-sac. Si la *Charte* demeure un baume temporaire, qu'en est-il de son impact pour la gouvernance chartiste qui en résulte? Autant elle distend le lien social et politique entre les citoyens, autant elle procède de même avec la gouvernance étatique canadienne. Cette virtualisation chartiste lui cache la réalité politique, sociale et économique sur laquelle elle s'appuie en lui renvoyant que certains de ses effets comme l'*extrémisation* croissante ne sont que des facteurs à gérer dans l'équation pour protéger les acquis et non une problématique qui est produite par la solution même, la *Charte*. La minorité dominante ne voit plus que son instrument est une source de son propre enclavement. Deux exemples chartistes illustrent ce processus circulaire qui emprisonne l'État canadien. Une

⁹²³ François Rocher et Daniel Salée, *op. cit.*, p. 55.

⁹²⁴ Selon le rapport de l'OCDE, pour le Canada, au cours de la période 1981-2012, le 1% ayant les revenus les plus élevés s'est accaparé 37% de la croissance. Voir OCDE, *FOCUS on Top Incomes and Taxation in OECD Countries: Was the crisis a game changer?*, mai 2014. Récupéré de <http://www.oecd.org/social/OECD2014-FocusOnTopIncomes.pdf>.

circularité dont le baume chartiste n'a fait que retarder et amplifier les effets. Comme le dit Tainter : « Chaque fois que l'histoire se répète, le prix augmente. »⁹²⁵ En ignorant l'effet de la *Charte* sur la régularisation des liens sociaux et politiques, l'État ne fait qu'acquiescer à l'augmentation de la complexité résultante qu'est, notamment, la redirection de la dynamique des différends culturels de la société vers une institution externe à cette dernière, l'ajout d'un appareil de gouvernement détaché de la réalité de la société. Le premier exemple est l'impact du port du niqab lors de l'élection fédérale de 2015 et le second concerne le port du kirpan à l'Assemblée nationale en 2011. Ce sont deux exemples permettent de faire ressortir l'*extrémisation* et la distanciation des liens sociaux et politiques encouragés par le chartisme. Certains diront que ce sont des dossiers mineurs et qu'ils sont peu nombreux. Effectivement, ils sont mineurs, mais leurs effets politiques et sociaux dépassent significativement leur poids qui, virtuellement, a été déterminant. Il est possible qu'en voulant augmenter la valeur de compensation des revendications, l'État en soit conscient. Cependant, l'insertion d'un tel déséquilibre complexifie encore plus la dynamique de la gouvernance de la société. Cette façon de faire encourage la confrontation et l'intransigeance dans la société, des habitudes médiatisées (coûteuses au niveau de la régulation étatique) qui peuvent facilement dégénérées dans l'intolérance systémique et des actes répréhensibles. La société mimique ce qui lui est encouragé de faire par sa gouvernance étatique et sa minorité dominante.

Dans le cas du niqab, le port d'un voile couvrant la tête et la majeure partie du visage de certaines femmes de religion musulmane, il a pris une place importante dans la campagne électorale fédérale de l'automne 2015 et aurait même influencé négativement le résultat électoral de celui qui s'est prononcé ouvertement en sa faveur, Thomas Mulcair, le chef du Nouveau Parti

⁹²⁵ Joseph A. Tainter, *op. cit.*, p. 193. Traduction libre de l'auteur.

Démocratique⁹²⁶. Les autres chefs ont été soit contre ou instigateur dans le cas du premier ministre canadien sortant, Stephen Harper, soit un peu plus discret comme cela a été le cas de Justin Trudeau, actuel premier ministre canadien. Ce symbole religieux doit être mis en contexte, car il y aurait à peine cinquante femmes au Québec (sur approximativement quatre millions de femmes)⁹²⁷ qui porte ce voile qui est considéré comme un symbole de soumission, pour la femme, lorsque les dogmes de cette religion sont appliqués de façon intégriste. Si l'on extrapole, cela représente deux cents femmes au Canada sur plus de seize millions de citoyennes et près de dix millions de kilomètres carrés, une situation pour le moins insignifiante d'un point de vue statistique. Pour la *Charte*, l'autorisation de son port est une question de circonstance comme la Cour suprême l'a dit dans l'arrêt *R. c. N.S.*⁹²⁸ et, dans le cas du litige lors de la dernière campagne électorale en 2015, la Cour d'appel fédérale a confirmé, en pleine campagne électorale, la permission de le porter lors des cérémonies d'assermentation de citoyenneté canadienne et du vote lors d'élections.⁹²⁹ En faisant abstraction de tout le bruit causé par cette situation, celle-ci nous permet d'entrevoir une société ayant de la difficulté à vivre avec la différence, car elle est dépendante de la judiciarisation chartiste pour le règlement de différends sociaux aussi mineurs statistiquement que le port d'une pièce vestimentaire, le niqab, par quelques personnes, nonobstant son symbolisme. Il est vrai que la situation a possiblement servi de distraction lors de l'élection fédérale de 2015 évitant des sujets plus délicats comme l'état de l'économie canadienne. Mais, malgré l'impression d'efficacité de ce leurre, le niqab, il montre une société canadienne et sa gouvernance ayant de la difficulté avec

⁹²⁶ Kristy Kirkup, « Tom Mulcair says niqab position was a defining moment of his political career », Presse canadienne, CBC News, 26 octobre 2015. Récupéré de <http://www.cbc.ca/news/politics/tom-mulcair-post-election-niqab-1.3289816>.

⁹²⁷ Améli Pineda, « Port du niqab : un "faux débat" alimenté », *Le Journal de Montréal*, 23 septembre 2015. Récupéré de <http://www.journaldemontreal.com/2015/09/23/port-du-niqab-un-faux-debat-alimente>

⁹²⁸ *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.

⁹²⁹ *Canada (ministère de la citoyenneté et de l'immigration) c. Ishaq*, [2015] CAF 194, 15 septembre 2015.

l'intégration sociale et la *Charte* ne fait qu'accentuer cette problématique en imposant des solutions juridiques artificielles et en censurant les dysfonctionnements sans en résoudre les sources. Ils ne font que revenir à la surface plus tard, mais plus accentués, plus extrêmes. Le prix de la résolution d'une prochaine éruption de la même problématique devient plus élevé, car celle-ci ne disparaît pas simplement en stigmatisant l'opposition ou en intimidant ceux qui sont en désaccord.

Pour le second exemple, l'interdiction du port du kirpan à l'Assemblée nationale du Québec, il illustre ce retour à la surface d'un différend, car le chemin chartiste encourage sa propre réutilisation. Le retour de ce différend a été contesté sans succès en Cour supérieure. Cette dernière a répondu que la requête était irrecevable, car la *Charte* ne s'appliquerait pas à l'Assemblée nationale :

Le fait que les demandeurs invoquent que le refus de les laisser accéder à l'Assemblée nationale et que la motion sont contraires aux principes de la liberté de religion enchâssée dans la Charte canadienne des droits et libertés, n'a pas pour conséquence de permettre à une Cour de justice d'intervenir pour infirmer une décision prise en vertu des privilèges parlementaires de l'Assemblée puisque ces privilèges ne sont pas assujettis aux Chartes.⁹³⁰

Cependant, cela va à l'encontre de l'article 52(1) de la Constitution, car la Cour suprême a déclaré dans l'arrêt *Operation Dismantle* que sa portée, qui inclut la *Charte*, atteint tous les actes gouvernementaux. Cette situation du kirpan et de l'Assemblée nationale montre l'accentuation de l'*extrémisation* et de l'intransigeance tant des personnes, de leurs regroupements que de la gouvernance étatique canadienne dans le terrain de jeu chartiste. Dans ce cas en particulier, comme nous avons déjà expliqué, un premier ajustement concerté entre le système éducatif québécois et cette minorité religieuse a été renversé par l'utilisation du chemin de la *Charte* et de la Cour suprême

⁹³⁰ *Singh c. Québec (Procureur général)*, 2015 QCCS 4798, paragraphe 21.

quelques années plus tard avec l'arrêt *Multani*⁹³¹. Avec ce jugement chartiste, le port du kirpan, un poignard cérémonial, devenait autorisé, via la *Charte*, dans les écoles québécoises et, depuis, dans les édifices fédéraux, dont le Parlement et la Cour suprême. En 2014, le ministre d'État au multiculturalisme canadien a annoncé que le port du kirpan serait autorisé dans les ambassades canadiennes si les cinq symboles principaux de cette religion étaient portés conjointement pour indiquer une croyance sincère.⁹³² Nous précisons que ce ne sont pas les dogmes de cette religion ni la clarté des symboles de celle-ci que nous voulons questionner, c'est que l'encadrement dogmatique ne devrait pas être du ressort étatique selon la neutralité religieuse canadienne et le chartisme comme la Cour l'indique dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem* (dont le World Sikh Organization of Canada était intervenant officiel) : « C'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle. L'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. »⁹³³ Selon la Cour, le symbole doit être important du point de vue de l'individu et non de sa religion. Nous reconnaissons que le ministre canadien en question, adepte de la religion sikh orthodoxe, voulait montrer la sincérité et l'importance de ce symbole. Nous ne mettons pas cela en question. Pour la *Charte*, c'est l'individu qui est important et non sa religion comme la Cour suprême l'a affirmé à de nombreuses reprises. Il est ironique que dans l'arrêt *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, la Cour suprême ait rejeté l'expression d'un dogme catholique québécois pour les mêmes raisons que l'encadrement du port du kirpan dans les ambassades : « Si, sous le couvert d'une réalité culturelle, historique ou patrimoniale, l'État adhère à une forme

⁹³¹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

⁹³² Hélène Buzzetti, « Ottawa accueille le kirpan dans ses ambassades », *Le Devoir* (Montréal), 15 avril 2014. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/canada/405577/ottawa-accueille-le-kirpan-dans-ses-ambassades>.

⁹³³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551 à la page 553.

d'expression religieuse, il ne respecte pas son obligation de neutralité. »⁹³⁴ La prière du maire de Saguenay est un dogme sincère pour l'individu et pour sa religion. Est-ce que le gouvernement canadien exprime une distinction d'importance entre le verbal et le visuel? Nous y voyons une contradiction qui est le reflet d'un instrument politique construit (la *Charte*) et, dans une moindre mesure, l'expression de l'idéologie asymétrique multiculturelle canadienne.

En revenant au cas de l'interdiction du port du kirpan à l'Assemblée nationale du Québec, certains diront que depuis les événements de 1984⁹³⁵ où une personne est entrée dans l'Assemblée nationale avec une arme automatique et a tué et blessé plusieurs personnes, il y a une sensibilité en lien avec la présence d'une arme, même cérémoniale, dans ce lieu symbolique du Québec nonobstant l'importance religieuse de l'objet en question. À noter qu'en 2010, un chef religieux sikh orthodoxe a été autorisé à porter le plus petit de deux kirpans dans l'Assemblée nationale, mais ses vingt accompagnateurs n'en portaient pas.⁹³⁶ Des ajustements concertés non juridiques sont possibles et ce chef religieux l'a montré. Nous voulons souligner l'option intransigeante qu'offre la *Charte*, car elle encourage le conflit judiciaire au lieu, notamment, d'ententes concertées permettant de respecter non seulement les minorités, mais aussi les particularités d'une des solitudes canadiennes. La *Charte* encourage l'*extrémisation* et le conflit dans les interactions de la société en y insérant un chemin contournant de la confrontation. Le chartisme complexifie ainsi la gouvernementalité canadienne non seulement en encourageant les affrontements, mais aussi en renforçant l'hétérogénéité.

Le principe *diviser pour régner* a un coût, l'augmentation continue du besoin et du nombre de mesures coercitives. Tainter ajoute que cela va aussi

⁹³⁴ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3 à la p. 7.

⁹³⁵ Archives de Radio-Canada, « Attentat au Parlement de Québec », *Société Radio-Canada*, 8 mai 1984. Récupéré de http://archives.radio-canada.ca/sante/criminalite_justice/clips/3725/.

⁹³⁶ Tommy Chouinard et Paul Journet, « Non au kirpan à l'Assemblée nationale », *La Presse* (Montréal), 18 janvier 2011. Récupéré de <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201101/18/01-4361207-non-au-kirpan-a-lassemblee-nationale.php>.

distraire (notamment en monopolisant des ressources) de solutions ayant des possibilités à long terme.⁹³⁷ Une importante énergie, dans la société, est ainsi utilisée pour maintenir cette discorde. Nous abordons cette situation dans la prochaine section sur le juridicisation de la société.

5.2 Juridicisation : la virtualisation des discours sociétaux

Pour Jérôme Pélisse, un processus de juridicisation représente : « [...] une formalisation juridique accrue des relations sociales, une extension du droit comme modèle et référence pratique pour les actions, ou, pour utiliser la métaphore de Bruno Latour, un resserrement des mailles du filet qu'est le droit? »⁹³⁸ Pour nous, autant la monopolisation, par la *Charte*, du processus de gestion des différends liés aux revendications des droits de la personne dans la société cause une complexification accrue de la gouvernance de celle-ci, il en est de même pour la juridicisation chartiste entre les personnes et minorités dans la société. L'individualisme extrême promu par la *Charte* l'envisage favorablement, car il permet l'expression individuelle des besoins par l'intervention d'un premier groupe d'intermédiaires, les organismes activistes, faisant la promotion, pour leur clientèle, des pôles des débats liés aux revendications des droits de la personne. Une façon qui pourrait sembler efficace, pour la gouvernance étatique, de gérer ces groupes grâce aux regroupements clairement segmentés. La possibilité de camper chaque cas entre deux groupes opposés dégage une image simpliste qui, de plus, s'inscrit directement aux idées manichéennes tant des tribunaux que des médias de masse. Pour Dubey, cela représente la promotion d'un particularisme réducteur qui génère un repli pour la société : « On évoque l'émergence d'un nouveau

⁹³⁷ *Ibid.*, p215.

⁹³⁸ Jérôme Pélisse, « Judiciarisation ou juridicisation? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, vol. 2 (no. 86), 2009, p. 73-96. Pour le lien au sociologue Bruno Latour, voir : Bruno Latour, *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*, Paris : La Découverte, 2004, 320 pages.

type de lien social qui ne serait plus fondé sur l'appartenance à un territoire ou à une institution [...]. On parle de relations communautaires, et même de communautés virtuelles, là où il serait sans doute plus juste de parler de repli communautaire autour d'intérêts conscients et restreints. »⁹³⁹ Les individus se retrouvent ainsi de plus en plus isolés dans leur bulle et ne peuvent interagir ou se comprendre qu'à travers des filtres comme le sont les groupes intermédiaires ou encore les intervenants juridiques, une seconde couche de filtrage que nous analysons dans la prochaine section. Dubey en présente les conséquences chez les individus : « Les réactions des individus séparés et artificiellement reliés sont d'autant plus promptes, imprévisibles et arbitraires que la vitesse de propagation des informations rend celles-ci invérifiables et sujettes à toutes les interprétations. »⁹⁴⁰ La conséquence de cet isolement dans les interactions sociales est une perte au niveau de la capacité d'autodirection pour la société et, en conséquence, une complexification de la gouvernance de la société dont les coûts du changement devront être pris en charge par la gouvernance étatique. Cette perte d'influence des individus dans la société au profit de la minorité dominante représente, pour Toynbee, un effritement important de sa capacité à gouverner.⁹⁴¹

Nous n'abordons pas dans notre analyse d'autres filtres, ou intermédiaires, qui se sont insérés dans les liens de communication entre les individus, principalement ceux ayant une base technique logicielle comme les outils sociaux d'Internet et ceux des téléphones mobiles, pour ne nommer que ceux-là. Nous voulons seulement préciser que la virtualisation chartiste de la société s'inscrit dans un ensemble plus large d'instruments d'isolement qui monopolisent de plus en plus l'espace social et la dynamique à l'intérieur de ce dernier. Pour Baudrillard, la conséquence est un égarement dans un terrain de jeu où les individus ne comprennent même plus où en sont les frontières, les

⁹³⁹ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 62-63.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 72.

⁹⁴¹ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, Volumes I-IV, p. 245.

balises qu'une minorité dominante dynamique lui fournirait. Ils s'épuisent à s'y situer, car ils sont sans référence face à l'autre que face à la gouvernance étatique : « Aujourd'hui, nous ne pensons pas le virtuel, c'est le virtuel qui nous pense. Et cette transparence insaisissable qui nous sépare définitivement du réel nous est aussi inintelligible que peut l'être à la mouche la vitre contre laquelle elle se cogne sans comprendre ce qui la sépare du monde extérieur. Elle ne peut pas imaginer ce qui met fin à son espace. »⁹⁴² Dans la société virtualisée, les principaux chemins pour communiquer ses besoins et ses revendications – ce qui importe pour l'individualisme chartiste – sont ainsi filtrés et, en conséquence, demeurent incomplets. Dubey ajoute que cette société virtualisée, où un tel détachement est au menu risque de faire basculer celle-ci vers un état de désordre : « D'aucuns s'inquiètent déjà des risques de déréalisation qu'une telle orientation [, les communautés virtuelles,] fait encourir au monde. »⁹⁴³ Une société où l'autre n'est qu'une barrière impersonnelle entravant le chemin vers l'objet du désir, sa revendication de droit de la personne chartiste.

Deux facteurs, qui nous intéressent, viennent encadrer cette poussée vers une déréalisation sociale chartiste. Le premier est l'influence du discours des droits de la personne de la *Charte* dans les interactions au sein de la société, ainsi que l'importance d'utilisation du processus de résolution juridique chartiste, dans les communications au niveau de la société, entre individus, par le biais de leur porte-parole officialisé. Pour Blattberg, tout cela encourage une situation de confrontation : « Ainsi, affirmer ses droits revient à adopter une attitude d'affrontement, et aucune conversation n'est possible avec un adversaire. »⁹⁴⁴ Cette façon de s'exprimer, pour les minorités quasi constitutionnelles, est nécessaire, car si le chemin de la *Charte* est

⁹⁴² Jean Baudrillard, « La double extermination », *op. cit.*, p. 12.

⁹⁴³ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 16. À noter que les parenthèses « [...] » et le contenu à l'intérieur de celles-ci sont de l'auteur (comme c'est le cas pour l'utilisation de ce type de parenthèses dans d'autres citations).

⁹⁴⁴ Charles Blattberg, *op. cit.*, p. 123.

éventuellement utilisé, l'expression d'une revendication dans le langage chartiste est requise pour espérer obtenir gain de cause et même pouvoir emprunter le chemin chartiste. Cela représente une première étape permettant l'accès aux fonds de la gouvernance étatique canadienne, une aide presque essentielle pour s'introduire dans le processus de reconnaissance des revendications de la personne. Pour ceux qui ne font pas partie de ce groupe de privilégiés, notre second facteur d'analyse est justement l'étude de cette exclusion du jeu chartiste, tout en respectant les paramètres d'encadrement. C'est le cas pour le Québec. Les prémisses de base profondes de la *Charte*, son rejet du nationalisme québécois ressortent. Elle ne peut nier sa nature avec le temps. Vouloir contrer le nationalisme québécois et ce qu'elle interprète comme étant des manifestations de celui-ci, conduit à encourager l'accentuation de la solitude québécoise au Canada et ce jusqu'au niveau des interactions dans la société. Cette manière de gouverner, pour la gouvernance étatique canadienne, inclut le coût associé aux efforts pour garder les gens dispersés en utilisant le conflit comme moyen. Ces deux facteurs d'analyse, l'influence du discours chartiste dans les interactions sociales ainsi que la ségrégation encouragée au sein de la société de ceux qui en sont exclus, permettent d'illustrer une société sous l'emprise d'un encadrement chartiste qui l'entraîne vers une déréalisation sociétale encouragée par sa propre gouvernance étatique.

5.2.1 Dérealisation sociale : l'influence du discours chartiste

Notre premier facteur d'intérêt sur les conséquences de la transformation des discours sociétaux vers le langage des droits de la personne chartiste, nous utilisons pour en parler la religion comme vecteur. Celle-ci représente, au Québec, la majorité des demandes d'accommodement

dans les secteurs de l'éducation et de la santé.⁹⁴⁵ Notre étude permettra de comprendre l'effet social généré par la juridicisation chartiste des revendications de la personne au sein de la société avant même que ces requêtes ne prennent le chemin juridique.

Avec la liberté de religion de la *Charte*, nous pourrions en déduire que l'État ne devrait pas s'immiscer dans les pratiques religieuses. Comme la Cour suprême l'a exprimé dans l'arrêt *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*, la possibilité d'un traitement différent pour certaines religions implique nécessairement un parti pris de sa part même si nous croyons que le tribunal tente de se donner une marge de manœuvre pour traiter les spécificités : « L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment. »⁹⁴⁶ Cette promotion, justement, de certaines particularités distinctives, amène les individus et plus spécifiquement leurs représentants à mettre l'accent et à soutenir ces différences. Le processus chartiste et même la possibilité de l'utiliser servent aussi d'outil de fidélisation interne pour les minorités. Ces particularités ciblées permettent de ségréguer ces minorités et de cibler certains éléments phares choisis par leurs représentants qui distinguent ainsi leurs adhérents des autres. Le choix de certaines particularités qui désignent les conditions officielles d'adhésion à un groupe crée un encadrement où le refus de respecter ceux-ci constitue un rejet d'appartenance, un moyen en même temps d'identification de dissidents. À l'inverse, cela a aussi un effet d'encouragement à se conformer pour montrer un lien d'appartenance au groupe. Avec cette adhésion vient, entre autres, l'accès aux revendications de la personne de la minorité, officialisées par la *Charte*, ainsi que celles qui pourraient venir par la suite. Dans le cas du port du kirpan, le gouvernement canadien autorise celui-ci dans ses ambassades si certaines conditions religieuses sont respectées. Des conditions d'adhésion à

⁹⁴⁵ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 80 et 87.

⁹⁴⁶ *R. c. Big M. Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la p. 347.

une religion particulière sont ainsi fixées par l'exécutif du gouvernement canadien. Émettre ainsi des conditions pour encadrer l'expression religieuse d'une minorité particulière ne contrevient-il pas aux prohibitions du multiculturalisme canadien exprimées par Kymlicka, soit celles interdisant les pratiques limitant la dissidence au sein d'une minorité? Selon la Commission Bouchard-Taylor, cette dissidence n'empêche pas d'être associé à la minorité : « S'agissant des accommodements ou ajustements, il importe de souligner qu'au sein des minorités ethnoculturelles, plusieurs personnes sont en désaccord avec les demandes formulées par les membres de leur groupe. [...] Néanmoins, la puissance des stéréotypes est telle que ces personnes sont elles aussi montrées et suscitent la méfiance. »⁹⁴⁷ Smith poursuit en disant que cette dynamique, générée par les effets du charisme dans la société, permet à ces groupes d'influencer les attitudes sociales beaucoup plus que le chemin juridique.⁹⁴⁸ Nous n'affirmons pas que la *Charte* ait engendré le déploiement d'un processus qui permet de contrôler la manière dont les individus se distinguent des autres, mais elle a promu cette façon de faire.

La Commission Bouchard-Taylor, dans son rapport, a soulevé de nombreux cas d'accommodement, ou de respect de l'égalité dans la différence, qu'elle s'est empressée de clarifier pour départager les faits des perceptions.⁹⁴⁹ C'est pour cela qu'elle considère que la crise des accommodements au Québec est une perception basée sur une incompréhension. La possibilité d'accommodements et de revendications est considérable, car l'arrivée massive d'immigrants au Canada depuis 1982, près de sept millions de personnes entre 1982 et 2014⁹⁵⁰ soit 20 pour cent⁹⁵¹ de la population,

⁹⁴⁷ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *op. cit.*, p. 187.

⁹⁴⁸ Miriam Smith, *op. cit.*, p. 27. Traduction libre de l'auteur.

⁹⁴⁹ Gérard Bouchard et Charles Taylor, « Chapitre III – Perceptions et réalité des accommodements », In *Rapport, op. cit.*, p. 61-76.

⁹⁵⁰ « Faits et chiffres 2014 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents », Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, Gouvernement du Canada. Récupéré de <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2014/permanents/index.asp#figure1>.

représente un défi d'intégration de taille. Cela signifie beaucoup de particularités à gérer, des différences qui doivent se rejoindre dans l'égalité, ainsi que possiblement un nombre plus important de revendications de droits. Notre intérêt est tout autre, nous voulons comprendre comment les membres de la société civile ont accordé leurs discours en fonction du chartisme et de l'égalité dans la différence.

Du rapport de la Commission Bouchard-Taylor de 2008, nous avons retenu deux éléments que nous approfondissons. Nous pourrions observer les discours de droits chartistes et la distanciation corollaire des liens sociaux tant entre individus et groupes qu'avec la gouvernance étatique. Le premier est l'impact de l'absence de repères à propos de l'accommodement, ou le refus du gouvernement de les identifier. L'absence de certitude crée des situations de confrontation comme Blattberg le craint. La Commission l'a soulignée : « On nous a rapporté également une certaine exaspération parmi le personnel soignant, la crainte de perdre la maîtrise de la situation et aussi le sentiment que les ajustements se font à sens unique, qu'ils contribuent à marginaliser, à durcir des solitudes. »⁹⁵² Plusieurs gestionnaires du secteur public préfèrent céder plutôt que subir une poursuite judiciaire ou être accusé de xénophobie.⁹⁵³ Malgré que les données de la Commission ne permettent pas de déceler l'importance de la présence de ce type de situations, ce sont des commentaires issus autant des secteurs de la santé que de l'éducation, soit les principaux qui ont été analysés par la Commission Bouchard-Taylor. Certains intervenants craignent aussi la marginalisation d'une minorité suite à un refus de les accommoder comme si ces particularités étaient leur seule source d'identité : « Les gestionnaires insistent beaucoup sur la recherche mutuelle de

⁹⁵¹ « Estimations de la population du Canada : âge et sexe, 2014 », Statistique Canada, Gouvernement du Canada. Récupéré de <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/140926/dq140926b-fra.htm>. En date du 1^{er} juillet 2014, la population canadienne était de 35 540 400.

⁹⁵² Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 90.

⁹⁵³ *Ibid.* Voir la page 83 pour le secteur de l'éducation et les pages 90-91 pour le secteur de la santé.

compromis, la conception de formules qui, tout en respectant les normes scolaires, évitent de rejeter carrément la demande et de marginaliser le requérant. »⁹⁵⁴ Même si la Commission n'a pas cessé de répéter dans son rapport qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter, nous décelons que cette dynamique mène facilement à un retranchement dans les particularités. Ce qui compte, c'est obtenir la reconnaissance de sa revendication, quelle qu'en soit la conséquence pour autrui, et ce en utilisant toutes les options que le déploiement chartiste met à la disposition des parties, comme les poursuites ou les accusations ayant une charge importante sur la place publique (même si elles devaient s'avérer erronées). L'autre doit s'ajuster et répondre positivement à la demande. Pour Morton et Knopff, ce n'est pas le genre de relations saines à entretenir et encourager entre citoyens d'un même État. Nous y voyons plutôt l'expression d'interactions qui tendent vers une déréalisation de cette société.

Nous sommes d'accord avec la Commission que de nombreuses particularités ont des impacts individuels minimes sur la société si nous les prenons individuellement. Avec la présence d'un État où les services sont en décroissance, qui perdra dans cette situation où la nécessité de satisfaire de nouvelles revendications (des particularités ayant des impacts mineurs dans bien des cas, mais qui, additionnés, pourraient devenir considérables) ajoute une charge de travail supplémentaire à des personnes dont on ne cesse déjà d'augmenter les tâches à cause des coupes récurrentes de ressources. Habituellement, les laissés pour compte dans cette dynamique chartiste sont ceux qui sont exclus de l'aire de jeu permise ou qui n'ont pas les ressources financières pour s'y joindre. On encourage les individus à se regrouper pour devenir une minorité quasi constitutionnelle qui bénéficie des avantages que cela rapporte. Bastien a parlé des groupes autant de droite que de gauche qui se forment en fonction de revendications chartistes. Le prix d'une telle

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 82.

dynamique devient celui de devoir fonctionner dans une aire de jeu encadré par une gouvernementalité chartiste, c'est-à-dire une perte de liberté.

Le rapport de la Commission Bouchard-Taylor présente des cas types où des accommodements sont obtenus notamment parce que des minorités peuvent couvrir les coûts de ceux-ci.⁹⁵⁵ Même si les conséquences de ces ententes n'ont qu'un impact négligeable sur autrui, ceux qui ne peuvent pas se permettre de participer à la nouvelle dynamique du processus chartiste en subiront les conséquences. Est-ce que le fait de payer pour un accommodement rend celui-ci plus légitime? De plus, avec le nombre sans cesse croissant de juxtapositions requises pour satisfaire les différentes particularités, avec le temps, les terrains d'entente vont devenir de plus en plus difficiles et complexes à résoudre. C'est le cas pour l'exemple suivant rapporté par la Commission Bouchard-Taylor : « Mais on nous a rapporté le cas d'un établissement où les enfants sont privés de toute célébration [de grandes fêtes religieuses] en raison de divisions au sein du personnel soignant et entre les patients. »⁹⁵⁶ Qu'en est-il de la responsabilité des minorités d'intégrer leurs particularités à la société? Nous voulons dire ici que l'expression religieuse de particularités pourrait requérir un déploiement asymétrique nécessitant différentes expressions selon les diverses situations. Le port d'un pendentif symbolique au lieu de l'objet comme dans le cas du kirpan à l'Assemblée nationale. La Commission a présenté aussi un exemple sur le retrait de grandes fêtes religieuses : « Les témoins de Jéhovah, par exemple, voient dans les décorations et l'imagerie de Noël des évocations sataniques. »⁹⁵⁷ Pour d'autres participants, comme les catholiques, Noël est plutôt la célébration d'une naissance divine. Une situation de plus en plus complexe où tous s'attendent au respect de leurs revendications sans considérer que celles-ci devront être vécues dans un monde composé d'autres personnes ayant,

⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 88.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, p. 89.

⁹⁵⁷ *Idem.*

possiblement, des visions divergentes. Comme François Rocher et Daniel Salée l'ont rappelé, est-ce que cela mènera à une situation où le Canada ne sera plus gouvernable? Avec l'empreinte chartiste grandissante, sommes-nous en présence d'une société déréalisée ou en devenir de l'être?

Pour notre deuxième élément d'analyse, nous revenons au clivage identifié par la Commission Bouchard-Taylor soit celui d'une déconnexion au niveau de l'importance donnée aux valeurs du groupe majoritaire (au Québec) qu'elle identifie comme les *Québécois canadiens-français*: « Comme l'indiquent de très nombreux témoignages, un autre clivage semble s'être installé sous la forme d'un bris de confiance entre, d'une part, la population (particulièrement, semble-t-il, les classes moyennes) et, d'autre part, la classe dirigeante et les gestionnaires des établissements publics de même que les intellectuels. »⁹⁵⁸ Nous y voyons plutôt une explication différente où ce clivage deviendrait une coupure qui s'installe entre le monde virtuel des élites dirigeantes et la réalité de la société civile, les dirigés. La déconnexion avec les valeurs de la majorité du Québec, nous y reviendrons sous peu. Dans le même rapport, les auteurs présentent l'importance de cette désunion entre ces deux groupes :

De remarquables convergences se dégagent du présent chapitre. En éducation comme en santé, on relève la même disparité des situations, le même type de démarche préconisée et le même genre de difficultés. Les évaluations qu'on y fait de la situation générale accusent le même optimisme chez les gestionnaires et les mêmes craintes ou ambivalences chez les acteurs de première ligne.⁹⁵⁹

On a une coupure entre une minorité dominante qui n'attend que des solutions de ses gestionnaires, leurs exécutants, et la réalité plus confuse et surchargée du terrain, et de ses intervenants qui sont représentés dans ce cas-ci par leurs

⁹⁵⁸ *Ibid.*, p. 206.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, p. 98.

intermédiaires, des syndicats.⁹⁶⁰ Une déréalisation s'installe non seulement entre les individus et les minorités dans la société, mais aussi entre la société et sa gouvernance étatique.

5.2.2 Dérealisation sociale : la ségrégation des exclus chartistes

Notre deuxième facteur d'analyse de cette juridicisation, nous utilisons les effets de l'acharnement chartiste sur la solitude québécoise, et ce au niveau de la société, pour étudier les conséquences de la segmentation entre ceux qui peuvent bénéficier de la *Charte* et ceux qui en sont exclus. Avec le premier facteur d'analyse plus haut, nous avons observé une asymétrie de pouvoir créée par le chartisme dans les discussions entourant la validation et le déploiement d'accommodements. Nous avons retenu, entre autres de la Commission Bouchard-Taylor, que dans les secteurs de la santé et de l'éducation, l'utilisation de la peur du processus chartiste ainsi que la stigmatisation sont des moyens d'affrontement. Le type de situation que Blattberg avait prévu, apparemment acceptable et sans conséquence pour obtenir les résultats souhaités pour les demandes de revendications de la personne. Des méthodes coercitives, usuelles quand une moralité de droits domine dans une société fixée dans le « temps réel », maintenant, sans considération pour les leçons du passé et les conséquences éventuelles du futur. Le besoin de certitude face au bien sacralisé que représentent ces revendications de la personne permet de faire fi des garde-fous habituellement en place pour contrer ce genre d'abus, l'utilisation de la peur.

Face à la solitude québécoise, l'outil de gouvernementalité que représente la *Charte* a été construit spécifiquement pour contrer le nationalisme québécois et tout ce qui peut être interprété comme tel. Cela est non seulement visible dans les articles sur les langues officielles de la *Charte*

⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 83.

(articles 16 à 23), mais surtout dans l'interprétation de cette loi suprême, sa jurisprudence. Il a été évoqué qu'en présence de situations de nature religieuse et économique, comme les relations employeur-employé (arrêt *Simpsons-Sears*⁹⁶¹) ou les ententes commerciales (arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*⁹⁶²), le détenteur du pouvoir économique doit démontrer qu'il a pris les mesures raisonnables pour s'entendre avec le demandeur en prenant en considération que l'importance de la demande sera évaluée par la Cour, le cas échéant, du point de vue du demandeur de l'accommodement. Quand il est question des spécificités de la minorité québécoise à propos des litiges ayant une nature économique, comme la langue française (arrêt *Ford*⁹⁶³) ou son régime universel d'assurance-maladie (arrêt *Chaoulli*⁹⁶⁴), c'est du point de vue inverse qu'il faut le considérer, celui de la liberté commerciale. C'est au nom de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle dans le premier cas et au nom du droit à la vie de pouvoir souscrire à une assurance-maladie privée dans le deuxième cas qu'il y a renversement contre la solitude québécoise. L'analyse de cet effet nous intéresse, car elle est représentative de la dynamique chartiste face à ceux qui en sont exclus. Nous retenons deux exemples pour l'illustrer.

Le premier est le discours sous-jacent de la Commission Bouchard-Taylor où elle avance, en exprimant son exaspération, que face aux accommodements, les *Québécois canadiens-français* ne sont qu'insécurisés : « Dans cet esprit, il nous faut maintenant aborder de nouveau, avec l'esprit de les apaiser, les inquiétudes qui agitent de nombreux Québécois. »⁹⁶⁵ La crise des accommodements ne serait qu'un problème de perception. Ils ajoutent que fournir de l'information serait bénéfique pour les amener sur le chemin inévitable de la pluralité : « Le manque d'information, qui est à l'origine de

⁹⁶¹ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 RCS 536.

⁹⁶² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁹⁶³ *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁹⁶⁴ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)* [2005] 1 R.C.S. 791.

⁹⁶⁵ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 208.

fausses perceptions, constitue l'un des principaux obstacles aux interactions positives qu'encourage l'interculturalisme. »⁹⁶⁶ Si nous adoptons l'angle de la *Charte*, nous voyons plutôt la présence d'une contradiction dans ce discours sur la pluralité. Ce n'est pas seulement la peur de l'autre pour la solitude québécoise, mais plutôt une méfiance face à l'expression d'un chartisme canadien qui marginalise l'une de ses minorités en tenant le discours qu'elle est majoritaire au Québec et que sa survie est ainsi assurée. La Commission Bouchard-Taylor a identifié une conséquence de cette dynamique, mais l'a classé comme inquiétude dont les *Québécois canadiens-français* devront s'accommoder : « En fait, ce qui vient de se passer au Québec donne parfois l'impression d'un face-à-face entre deux formations minoritaires dont chacune demande à l'autre de s'accommoder. »⁹⁶⁷ Nous avons déjà présenté plusieurs exemples de cette dynamique minorisante, dont les efforts de refoulement de la *Charte de la langue française*. Cette loi québécoise représente une des structures importantes de l'interculturalisme de la majorité francophone au Québec; elle mène, on le sait bien, à une fin de non-recevoir du Canada si celle-ci ne suit pas parfaitement les décisions chartistes. Une stratégie intransigeante s'apparentant plutôt à un intégrisme religieux, celui de la religion chartiste. Pour Toynbee, ce type de dynamique s'associe à un dogmatisme intolérant :

L'explication est, naturellement, que l'idée d'unité appliquée à la religion impressionne les pionniers spirituels qui l'ont embrassé au point qu'elle devient si transcendentale importante qu'ils sont aptes à plonger dans n'importe lequel raccourci qui promet d'accélérer la traduction de leur idée en réalité. Cette énormité d'intolérance et de persécution a montré son visage hideux, à coup sûr, dans tous les lieux à travers le temps où une grande religion a été prêchée.⁹⁶⁸

⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 214.

⁹⁶⁷ *Ibid.*, p. 187.

⁹⁶⁸ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, Volumes I-IV, p. 299-300. Traduction libre de l'auteur.

Cette approche intolérante du Canada envers le Québec s'est souvent exprimée ailleurs, par exemple, avec le rejet de l'accord du lac Meech. Le Québec aurait pu signer son adhésion à la *Loi constitutionnelle de 1982*. C'est aussi le cas de jugements de la Cour suprême dont le contenu s'apparente à des textes politiques lorsqu'il est question de l'expression d'un désaccord structurel important de la part du Québec. La *Charte* n'a pas créé cette attitude sévère envers le Québec, mais elle l'a soutenue et même amplifiée. Elle était déjà fortement présente depuis longtemps. Rappelons les violences associées à l'invocation de la *Loi des mesures de guerre* en 1970 au Québec où des centaines de personnes ont été arbitrairement emprisonnées, menacées et malmenées. Cette stratégie canadienne de rejet, dont la *Charte* permet d'envelopper les conséquences dans l'expression sacralisée des droits de la personne chartiste, a plutôt comme conséquence de maintenir toute occurrence de la solitude québécoise dans un état de minorité. Une réaction qui est moins une peur de la part de la solitude québécoise face au pluralisme qu'une appréhension face à la minorité dominante canadienne qui instrumentalise le voile sacralisé chartiste. Cet examen serait tout aussi pertinent pour l'autre solitude occultée, les Autochtones et leur maintien dans un état de minorité.

Le deuxième phénomène que nous étudions est le dénigrement du Québec au nom d'une moralité supérieure chartiste. Celui-ci représente un exemple d'expression de la haine *venimeuse* et de l'attitude arrogante que Lasch attribue à une élite dominante qui oublie ses vertus libérales. De nombreux exemples sont mobilisables, notre discussion se concentre sur le défunt projet de loi no. 60 - *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*⁹⁶⁹ de 2013,

⁹⁶⁹ Assemblée nationale, Projet de loi no. 60 (40e législature, 1re session), *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et*

notamment le discours de l'actuel premier ministre du Canada Justin Trudeau (alors chef de parti et député canadien) qui l'avait comparé aux comportements ségrégationnistes lors des luttes de la décennie 1960 aux États-Unis.⁹⁷⁰ Ce type d'association abusif, pour ne pas dire délirant, est représentatif de « [...] "dérives ethnicisantes", voire même racisantes, à l'égard du Québec [...] »⁹⁷¹ (reprenant l'expression de Maryse Potvin), l'utilisation d'une comparaison exagérée pour diminuer une tentative d'expression d'interculturalisme (sophisme de la caricature). Une attitude représentative de « [...] "l'obsession" de l'identité nationale qui, d'un côté, s'articule autour du renforcement de l'État fédéral, de la Charte et d'une vision mythifiée du projet multiculturel canadien [...] »⁹⁷² et qui génère des dérapages. Même si le projet a eu des ratés et n'a pas abouti, il a mis en valeur la difficulté de répondre au besoin de balises exprimé par la Commission Bouchard-Taylor. Il a aussi montré la complexité de conjuguer laïcité et pluralité.

La problématique de l'instrumentalisation chartiste n'est pas dans les discours polémiques arrogants du premier ministre de l'État canadien, elle se trouve dans la dynamique polarisée qu'elle engendre et qui passe souvent inaperçue. Le dénigrement du Québec n'est que l'expression d'une attitude de supériorité qui se cherche une infériorité (son objet), qui veut en générer une (une infériorisation⁹⁷³). Il permet d'illustrer que la position de la minorité quasi constitutionnelle n'est qu'une autre forme d'intransigeance refusant de s'adapter à autrui tout comme un laïcisme extrême qui refuserait toutes singularités. Une attitude de confrontation et c'est la forme d'intransigeance

encadrant les demandes d'accommodement, Éditeur officiel du Québec, 2013. Récupéré de <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-60-40-1.html>.

⁹⁷⁰ Jane Taber et Kim Mackrael, « Trudeau defends remarks on Quebec charter plan, Harper emphasizes 'inclusion' », *The Globe and Mail* (Ottawa), 29 août 2013. Récupéré de <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/trudeaus-mlk-reference-over-proposed-quebec-charter-angers-pq/article14019782/>.

⁹⁷¹ Maryse Potvin, « Les dérapages racistes à l'égard du Québec au Canada anglais depuis 1995 », *Politique et Sociétés*, vol. 18, no.2 (1999), p. 104.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 132.

⁹⁷³ Maryse Potvin, « Discours sociaux et médiatiques dans le débat sur les accommodements raisonnables », *Nos diverses cités*, no. 7 (printemps 2010), p. 84.

usuelle dans une société privilégiant une moralité basée sur les droits. Cette forme de dénigrement s'installe aussitôt que la position de moralité supérieure chartiste est déclarée, car la solitude québécoise devient ainsi l'autre pôle, quel que soit son discours. Cela est représentatif du déploiement d'une situation manichéenne que la *Charte* encourage. Aussitôt que la position chartiste est déclarée, l'autre devient un extrême extérieur, quelle que soient sa position et son ouverture à la discussion ou sa souplesse. Toute résistance est associée à un abus inacceptable des droits de la personne chartistes, justifiant l'intolérance. L'intransigeance engendre ainsi une dynamique d'inflexibilité où la minorité quasi constitutionnelle dépendante de l'État peut se permettre de l'être, car sa revendication est soutenue par l'État canadien. Cette minorité a accès à l'instrument politique et coercitif que représentent la *Charte* et son pouvoir, la Cour suprême du Canada, ainsi que l'État canadien et ses ressources. Cette dynamique illustre l'expression de l'intolérance canadienne envers la solitude québécoise et son interculturelisme, une situation visant à la maintenir dans un état de minorité, à générer une infériorité. Nous pourrions analyser d'autres cas comme ceux de l'interdiction du port du hidjab et du turban lors de matchs de soccer en 2007 et 2013 qui ont causé la suspension de la Fédération de soccer du Québec par celle du Canada.⁹⁷⁴ La justification tant de la part de la Fédération de soccer du Québec que celle du Canada ne ferait que renchérir la présence d'une dynamique polarisée intransigente et la minorisation de la solitude québécoise par celle l'appareil fédéral canadien. Les fondations de la *Charte* se sont perpétuées dans les relations tant dans la société qu'avec la gouvernance étatique.

La juridicisation virtualise les discours de ces relations au niveau de la société en imposant une base légale chartiste aux échanges entre personnes et minorités. Cet instrument de gouvernementalité qu'est la *Charte* semble échapper à ses maîtres, car en combinant l'attitude de supériorité morale

⁹⁷⁴ Antoine Robitaille, « Turbans au soccer - Neutralité justifiée », *Le Devoir* (Montréal), 12 juin 2013. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/380492/neutralite-justifiee>. On croit rêver.

qu'elle confère à la minorité gagnante et la méfiance résultante des rejetés, elle crée une dynamique qui calque celle de la dégradation d'une société qu'a analysée Toynbee. Tous s'attendent à un résultat en leur faveur, car comment pourraient-ils faire des compromis au niveau de leurs revendications s'ils s'associent à des droits de la personne? Les relations résultantes au niveau de la société deviennent ainsi de plus en plus déréalisées. Cette façon de faire chartiste crée inévitablement un espace grandissant entre les entités éparses de la société, les personnes. L'hétérogénéité est accentuée. Un vide qui rend nécessaire des intermédiaires comme les organismes de polarisation des revendications pour gérer l'expression des requêtes et les intervenants juridiques facilitants leur relation avec le gouvernement chartiste. La résolution des défis sociétaux devient ainsi non seulement plus complexe, mais l'augmentation des étapes, des intervenants, cause une augmentation des coûts de la gouvernance. Dans la prochaine section, nous étudions l'impact des intermédiaires.

5.3 L'enracinement des intermédiaires chartistes

Plusieurs facteurs associés à la *Charte* favorisent l'accentuation du déploiement d'une structure d'intermédiaires dans la gouvernance canadienne à commencer par la migration chartiste des tribunaux qui se placent dorénavant entre l'État et la société. Cette décision, prise en connaissance de cause lors de l'enchâssement et du déploiement de la *Charte*, avait pour but notamment de favoriser une migration de pouvoir vers une élite « éclairée » qui se réserverait l'interprétation des droits de la personne au Canada. Un pouvoir qui s'appuie sur une *Charte* sacralisée d'où les décisions, sous la forme de jurisprudence, sont associées à l'expression sacrée des droits de la personne. La juge Wilson de la Cour suprême l'avait clairement indiqué, ce positionnement comme intermédiaire est le mandat chartiste. Si ce rôle, avec une saveur législative accentuée le nécessite, les organismes représentants

les intérêts en cause dans les différents cas peuvent être appelés devant la Cour comme intervenants. Leur présence concorde avec la thèse de Morton et Knopff voulant que les parties devant le tribunal chartiste ne soient que secondaires aux enjeux entre minorités intéressées. La Cour suprême s'adjoit ainsi le rôle de gestionnaire des intérêts liés aux droits de la personne comme la juge en chef McLachlin l'a déclaré, le tout par le biais de personnes interposées autorisées par le tribunal, principalement des avocats et des organismes intermédiaires représentant leur clientèle en tant qu'intervenant. La marge de manœuvre quasi illimitée de la Cour suprême face à une cause, lui permet de débattre de n'importe quel sujet et donner une direction chartiste à la société et à la gouvernance étatique canadienne. D'où l'importance de l'agenda juridique, lié aux droits de la personne dans cette dynamique. Inversement, avec l'ajout d'intermédiaires entre la société et le gouvernement, ce dernier s'isole des citoyens, car les enjeux des droits de la personne seront débattus à travers des filtres que représentent ces mandataires chartistes. S'ajoute à ces filtres le langage ésotérique des droits de la personne qui est non seulement la chasse gardée que l'élite professionnelle juridique protège jalousement, mais il transforme aussi la compréhension des enjeux, pour la gouvernance étatique, d'une façon qui les détache de la réalité de la société. Dubey associe ce type d'instrument, dans notre cas le langage technique juridique chartiste, à un outil de dépersonnalisation de la société :

Des relations plus intransigeantes se mettent en place qui portent la marque de la mécanisation de la vie sociale. [...] Nous l'avons dit, ces phénomènes ne constituent qu'une facette de la nouvelle réalité qui est celle d'une dépersonnalisation du social au profit d'une vision techniciste des rapports humains. Ce qui semble être affecté plus profondément ce sont les modalités de notre rapport à autrui, au réel. Là gît peut-être un réservoir de violence encore insoupçonné.⁹⁷⁵

⁹⁷⁵ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 111.

Ces intermédiaires chartistes ne se limitent pas aux juristes, mais incluent aussi la structure de gestion des groupes et minorités qui se forment pour représenter des clientèles regroupées autour d'intérêts particuliers. Cela permet de segmenter les citoyens selon un schéma guidé principalement par l'exécutif canadien et d'accentuer la disjonction d'avec la société. Ces groupes et minorités ne se forment pas nécessairement selon le besoin et les circonstances des enjeux sociétaux; ils sont profondément influencés par l'encadrement arbitraire et encouragé, principalement financièrement, par la gouvernance étatique selon ses besoins. Cet appui est primordial tant pour les intermédiaires que pour le gouvernement. Smith, qui reprend la thèse de Charles Epp, considère l'accès aux ressources pour les minorités et les organismes comme étant crucial au chartisme : « Comme Epp l'a démontré, les ressources de soutien dont les parties bénéficient (tel que le soutien financier, organisationnel et légal) sont un facteur clé qui habilite une charte enchâssée dans une Constitution à avoir un effet légal. »⁹⁷⁶ Ce filtrage a l'avantage, pour la gouvernance étatique, de rejeter certains enjeux et d'en limiter d'autres selon ce que, notamment, la Cour suprême est prête à accueillir. Cette situation a, selon Dubey, un effet sociétal qui transforme la façon dont les groupes et minorités interagissent face au reste de la société : « La figure de l'Autre, autrefois médiatisé par l'image et le récit, glisse dans l'objet technique, épouse non seulement ses formes, mais surtout ses contraintes et ses prédéterminations. »⁹⁷⁷ L'objet technique qu'est la *Charte*, et ses particularités inhérentes décrites plus tôt, s'imposent comme vecteur de cette transformation.

Nous approfondissons deux facteurs qui permettront d'illustrer l'impact de cette connexion technique de filtrage sur la dynamique dans la société. Premièrement, nous analysons la force de pérennisation de ces intermédiaires qui s'exprime notamment par leur capacité d'attirer vers eux les revendications/requêtes en tant que passage obligé pour la société et ainsi

⁹⁷⁶ Myriam Smith, *op. cit.*, 2002, p. 23. Traduction libre de l'auteur.

⁹⁷⁷ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 98.

servir de vecteur entre les besoins manichéens de la Cour, la direction souhaitée par l'exécutif canadien et l'expression du particularisme de leur clientèle. Ensuite, nous étudions la tendance des minorités à se positionner aux pôles extrêmes des enjeux et comment ils exploitent l'effet de ségrégation. Cela contribue au maintien non seulement de la structure manichéenne, il assure que les porte-paroles n'obtiennent pas de majorité qui pourrait mettre en péril les choix de la minorité dominante et de sa gouvernance étatique.

5.3.1 La force de perpétuation des intermédiaires chartistes

Le premier facteur examiné est l'effet centripète du processus qui focalise l'encadrement des droits de la personne chartistes et le déploiement des revendications de la personne. Non seulement cette force a un effet de polarisation sur ces acteurs lors de la sacralisation d'une revendication; son élan assure aussi la reproduction du monopole de ces intermédiaires sur l'encadrement et le déploiement de demandes par la suite. Nous retenons le cas de deux intermédiaires qui occupent des positions clés : les juristes sur le discours chartiste sacralisé soutenu par l'institution étatique qui protège leur chasse gardée, et les organisations intermédiaires ayant obtenu leur reconnaissance officielle et qui renforcent ainsi leur rôle dans la dynamique entourant leurs revendications (et d'autres pouvant y être rattachées). Cairns l'exprime comme suit : « À mesure que la constitution, par le biais de la *Charte* ([...]), s'exprime expressément sur le statut relatif et la reconnaissance publique de groupes qu'elle mentionne différenciellement, ces groupes se sont impliqués dans des changements constitutionnels pour protéger ou améliorer leur place dans la constitution. »⁹⁷⁸

Dans le cas des juristes, nous avons déjà montré que cette élite s'appuie, notamment, sur la *Charte* pour conserver son contrôle sur la

⁹⁷⁸ Alan C. Cairns, *Disruptions – Constitutional Struggles, from the Charter to Meech Lake* (éditeur – Douglas E. Williams), Toronto : McClelland & Stewart Inc., 1991, p. 216.

préséance de son interprétation. Cette approche semble avoir été couronnée de succès, car l'élite aurait obtenu l'aval des citoyens canadiens qui voulaient donner encore plus de pouvoir aux juges et au chartisme. Nous pouvons affirmer que cela s'explique par le déploiement de la *Charte* comme appareil gouvernemental juridique sacralisé. Ce processus génère une structure qui va chercher non seulement à se perpétuer, mais aussi à occulter, à envahir d'autres approches possibles de gestion des différends dans la société, comme les ajustements concertés. Pour ces derniers, une validation par des juristes sera favorisée pour prévenir, toute déviation ayant un risque de violer un droit de la personne chartiste. Il faudrait ajouter aussi pour éviter la possibilité d'une couverture médiatique négative. Cette peur se traduit par un besoin d'être rassuré sur l'état d'incertitude créé par les droits de la personne chartistes. Petter explique que le recours aux acteurs juridiques est inhérent à des droits de la personne chartistes obscurs : « C'est aussi parce que le discours légal et les forums, où les problématiques chartistes sont discutées, les rendent moins compréhensibles et accessibles au public et parce que ceux-ci leur retirent leur sens politique. »⁹⁷⁹ Cette incompréhension va engendrer un sentiment d'intimidation pour les profanes devant ces discours de droits chartistes des juristes.⁹⁸⁰ Une mainmise sur le discours des droits de la personne chartistes même en l'absence de litige.⁹⁸¹

Du côté de l'impact d'une couverture médiatique négative, la Commission Bouchard-Taylor a reconnu que ceux-ci avaient contribué à générer la crise des accommodements.⁹⁸² Même si les Commissaires ajoutent que la situation s'est apaisée, il demeure que la peur du risque médiatique des

⁹⁷⁹ Andrew Petter, « Legalise this: The *Chartering* of Canadian Politics », in *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 33-49, Vancouver : UBC Press, 2009, p. 40. Traduction libre de l'auteur.

⁹⁸⁰ *Ibid.*, p. 35. « Considérant leur manque de familiarité avec la loi et le système légal, les non-avocats dans le gouvernement sont fréquemment intimidé par les opinions légales, particulièrement celles qui parlent de violations possibles de droits constitutionnels. » Traduction libre de l'auteur.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁸² Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 18.

demandes d'ajustements concertés a amené des gestionnaires du système public québécois à céder face aux revendications. D'où, face à la difficulté de discernement chartiste, le recours à des spécialistes officiellement sanctionnés pour l'interpréter. Les acteurs juridiques gouvernementaux sont réticents au risque et cela influencera les résultats de leur analyse en faveur du potentiel de violation d'un droit ou d'une liberté de la *Charte*.⁹⁸³ En conséquence, cela aura un impact sur les conseils qu'ils donneront à leurs clients. L'accès à ces spécialistes juridiques ne fera qu'amplifier l'incertitude chartiste.

Pour les organismes intermédiaires, une situation similaire s'est produite. « La conséquence inévitable du déplacement vers le litige comme mécanisme de lobbying politique est l'augmentation de l'influence de la loi et des avocats à l'intérieur de ces groupes organisés. »⁹⁸⁴ Petter ajoute que cette approche a démobilisé l'action politique entre autres parce les coûts des litiges chartistes ont monopolisé les fonds des organismes intermédiaires.⁹⁸⁵ En conséquence, cela a encouragé le déplacement des revendications vers le langage chartiste et accru le fossé entre juristes et les autres dans l'expression de ces demandes. Un processus circulaire où la position des acteurs légaux ne cesse d'augmenter à mesure que les organismes intermédiaires s'enfoncent dans le chartisme. Leslie Pal exprime cette circularité d'une autre façon. Le déploiement de groupes d'intérêts représente, à sa base, une expansion de l'appareil d'État, de sa gouvernementalité. Le financement de ces groupes, qui ciblent certains intérêts plus que d'autres, porte avec lui le déploiement d'une masse critique qui viendra, par la suite, assurer que le gouvernement garde le cap sur ces intérêts.⁹⁸⁶

Une dynamique similaire s'opère dans l'appareil gouvernemental canadien, l'ascension des acteurs chartistes, où le ministère de la Justice

⁹⁸³ Andrew Petter, « Legalise this: The *Chartering* of Canadian Politics », *op. cit.*, p. 34.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 39. Traduction libre de l'auteur.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, p. 40.

⁹⁸⁶ Leslie Pal, *Interests of State: The Politics of Language, Multiculturalism, and Feminism in Canada*, Montréal : McGill-Queen's University Press, 2014, p. 279.

occupe une place de plus en plus hégémonique quand il est question de sujets pouvant être associés aux droits de la personne chartistes. Celui-ci occupe dans ces cas une position incontournable, similaire à détenir un droit de veto. Il est un passage obligé pour tout projet de loi ayant, de proche ou de loin, une saveur chartiste.⁹⁸⁷

5.3.2 L'*extrémisation* des positions chartistes

Pour le deuxième facteur à analyser, nous étudions la façon dont se déploie l'*extrémisation* des intermédiaires chartistes ainsi que les conséquences de ce positionnement. Nous analysons trois exemples qui illustrent cette dynamique. Pour ce faire, débutons en utilisant le cas de l'avortement. Comme Glendon l'a décrit, les principaux mouvements ayant occupé l'espace public dans ce débat sont ceux liés aux organisations pro-vie et pro-choix, deux pôles opposés sur cet enjeu, même s'ils ne représentent idéologiquement qu'une minorité de citoyens. Smith confirme les propos de Glendon parce que selon lui seule une minorité de la minorité participe activement à leur mouvement :

Dans des réseaux majeurs de mouvements sociaux activistes, seule une minorité de militants sont membres d'organisations formels comme LEAF et ÉGALE, les organismes représentant les femmes et les lesbiennes et homosexuels, respectivement, qui sont typiquement mentionnés par la littérature dominante sur la Charte et qui sont inclus dans les catalogues de politique de groupes.⁹⁸⁸

Le déploiement manichéen du débat sur l'avortement donne l'impression que ces deux pôles sont représentatifs du positionnement général des citoyens pour cet enjeu. La Cour suprême, par la voix d'un juge dissident dans son jugement phare de 1988 sur l'avortement, essentialise le débat à ces deux

⁹⁸⁷ *Ibid.*, p. 34.

⁹⁸⁸ Myriam Smith, *op. cit.*, 2002, p. 25. Traduction libre de l'auteur.

positions : « Il est essentiel de maintenir ce principe dans une démocratie constitutionnelle. Il ne faut pas que la décision de la Cour sur une question comme celle de l'avortement soit fonction du nombre de juges qui peuvent faire partie du camp "prochoix" ou "provie", [...]. »⁹⁸⁹ Cependant, cette segmentation n'est pas le reflet de la situation réelle dans la société même si elle satisfait le besoin manichéen requis pour que la décision juridique puisse être prise. Certains diront qu'on ne peut éviter avec certains enjeux sociaux une polarisation. D'autres, comme Saul, disent plutôt que le choix entre certitudes, entre extrêmes, est une action artificielle qui déstabilise une société :

Comment avons-nous pu tomber sur de tels choix artificiels entre certitudes – des certitudes qui sont dissociées d'une vue équilibrée de la société? Nous pourrions dire que cela représente un existentialisme qui a erré – une quantité sans fin de choix inévitables qui mènent à une action sans contexte. Mais, un choix sans contexte n'est pas un choix.⁹⁹⁰

Cette façon de faire du juridique a comme effet de projeter vers les deux pôles extrêmes une partie de sa légitimité étatique chartiste qui renforce ainsi les deux intermédiaires spécifiques dans leurs positions - leurs particularités identitaires spécifiques - devant leurs militants et les citoyens canadiens. Cela a pour conséquence d'associer des dissidents potentiels à ces positions extrêmes comme la Commission Bouchard-Taylor l'a observé. Par exemple, cette dernière rapporte la situation des Québécois de confession musulmane qui, dû à des actes terroristes perpétrés au nom de cette religion, subissent les stéréotypes de l'intégrisme religieux violent. La Commission précise que cette association est contraire au comportement actuel de ce groupe de citoyens :

En ce qui concerne la ferveur religieuse, une enquête récente de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse a montré que les immigrants musulmans du Québec comptaient parmi les groupes les moins dévots, l'explication la

⁹⁸⁹ *R. c. Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30 à la page 139. À noter que cette citation est du juge William Rogers McIntyre (juge puîné de la Cour suprême de 1979 à 1989) qui est dissident dans ce jugement.

⁹⁹⁰ John Ralston Saul, *op. cit.*, 2001, p. 9.

plus probable étant qu'un grand nombre d'entre eux ont justement quitté leur pays pour fuir l'emprise de la religion.⁹⁹¹

À inverse, le renforcement des stéréotypes sera vu comme une stratégie de stigmatisation permettant d'amener des groupes cibles à embrasser des positions extrêmes. L'extrémisme encouragé par le chartisme aide au positionnement d'enjeux sous la forme de pôles extrêmes venant ainsi, indirectement, encourager l'exploitation d'une dynamique d'extrémistes.

Une autre variante de cette *extrémisation* du chartisme est l'utilisation, par la Cour, de l'exception. Le déploiement de la dynamique chartiste entourant le kirpan permet d'illustrer comment la définition de la liberté religieuse de la Cour suprême (celle-ci doit être considérée du point de vue de la minorité) s'apparente à ce processus d'exception qui fait la règle (une forme d'*extrémisation*) et qui, en conséquence, promeut des réactions conflictuelles au sein de la société. Le kirpan est important pour un mouvement religieux et l'utilisation de cet exemple ne vise pas à l'associer à une expression intégriste. La dynamique de la Cour illustre l'*extrémisation* qu'engendre la *Charte* auprès des minorités qu'elle protège. Nous avons discuté à plusieurs reprises de ce cas chartiste, nous limitons dans la description de cette situation au résumé de la Commission Bouchard-Taylor :

Dans le cas du kirpan, rappelons que, finalement, après deux appels, la Cour suprême a tranché en faveur d'une formule sur laquelle la famille du jeune sikh et la direction de l'école s'étaient entendues dès le départ. En fait, l'accommodement raisonnable procède davantage de la philosophie générale du pluralisme que du multiculturalisme comme tel.⁹⁹²

La Commission scolaire, l'autre partie dans cette cause, avait plutôt offert le port d'un pendentif comme le cas de l'ajustement concerté de 1998 dans une autre école. Deux autres demandes similaires ont été rejetées depuis dans des

⁹⁹¹ Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport, op. cit.*, p. 207.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 281.

écoles à Montréal après le jugement de la Cour suprême.⁹⁹³ Cet ajustement concerté de 1998 aurait permis d'éviter l'incident à l'Assemblée nationale de 2011 (considérant aussi la visite du chef religieux en 2010 où un ajustement concerté ponctuel a été autorisé). Les ajustements concertés de cette situation au niveau de la société ont permis de prendre en compte le besoin d'expression de la minorité religieuse et les sensibilités de la solitude québécoise que la Commission Bouchard-Taylor a exprimées, entre autres, comme suit : « La société québécoise est remarquablement peu violente, et elle avait été profondément troublée par les tueries de l'Assemblée nationale (1984) et de l'École polytechnique (1989). »⁹⁹⁴ Au niveau de la société, le cas du kirpan a généré une situation conflictuelle pour les deux groupes et le jugement de la Cour suprême n'a fait que renchérir, comme la Commission Bouchard-Taylor l'a dit : « On peut affirmer que cette décision [de la Cour suprême] a contaminé tout le débat sur les accommodements, en plus de discréditer les tribunaux. »⁹⁹⁵

Ces trois exemples (l'avortement, les Québécois de confession musulmane, et le kirpan) permettent d'illustrer que le processus chartiste manichéen s'est transposé au niveau de la société pour s'aligner avec les pratiques de la Cour. Les groupes tentent de maximiser leurs intérêts dans leurs discussions avec autrui mêmes au prix de générer des conflits avec le reste de la société. S'ils n'en sortent pas victorieux, c'est la Cour qui tranchera. Elle le fait habituellement du point de vue de l'importance de l'enjeu pour la minorité. Du point de vue de la gouvernance étatique, il y a un bienfait, pour l'économie politique et juridique, de restreindre les discours à deux oppositions. Cela peut sembler simpliste de limiter le nombre d'acteurs impliqués dans un enjeu. Cependant, cela virtualise la situation qui se détache ainsi de la réalité sociale. En encourageant les stéréotypes ainsi qu'en isolant les personnes

⁹⁹³ *Ibid.*, p. 180.

⁹⁹⁴ *Idem.*

⁹⁹⁵ *Idem.*

avec la génération de situations conflictuelles, on contribue à conserver les personnes et groupes divisés dans la société. Une façon de faire qui s'apparente à un style de gouvernement qui dérive (s'écarte de sa direction). Une gouvernance étatique qui aura des difficultés à gérer la société comme un tout cohérent fonctionnel.

Dans le cas du kirpan, pour la Commission Bouchard-Taylor, même si elle a eu de la difficulté avec la position de la Cour suprême, le jugement de la Cour est demeuré sacré et elle s'est attachée à le justifier.⁹⁹⁶ Pour Petter, ce comportement déifiant envers les paroles chartistes est endémique à la *Charte* et sa jurisprudence :

Cette position [(le manque de critique ou la critique tempérée)] est peu surprenante, car les juges sont considérés comme l'autorité ultime sur l'interprétation constitutionnelle. Même les avocats et les groupes qui perdent leur cause chartiste vont généralement trouver un moyen de dire quelque chose de positif au sujet du jugement de la Cour, même si c'est seulement pour justifier leurs efforts à leurs clients, sympathisants ou eux-mêmes.⁹⁹⁷

Comme le montre le cas du kirpan, l'absence de critique des jugements à saveur politique de la Cour suprême ne fait qu'occulter la réalité d'une situation où, entre autres, des stéréotypes s'installent. Cette sacralisation empêche d'entrevoir un autre type d'extrémisme chartiste soit sa difficulté à comprendre que de nombreux immigrants arrivent de pays qui n'ont pas des valeurs similaires à celles du Québec, comme l'égalité homme-femme. Ce n'est pas qu'ils ne respectent pas cette valeur québécoise, mais le manque de considération de valeurs québécoises dans les décisions étatiques représente plutôt une sorte d'arrogance canadienne, d'ethnocentrisme, de croire qu'en traversant la frontière, tous vont embrasser les valeurs chartistes. En croyant que ces dernières sont moralement supérieures et qu'elles priment sur tout,

⁹⁹⁶ *Idem.*

⁹⁹⁷ Andrew Petter, « Legalise this: The *Chartering* of Canadian Politics », *op. cit.*, p. 40. Traduction libre de l'auteur.

que leur acceptation va de soi, la religion chartiste s'enferme dans une forme d'idolâtrie. Toynbee l'explique : « Une église est en danger de tomber dans cette idolâtrie lorsqu'elle fait l'erreur de croire qu'elle est, non seulement le dépositaire de la vérité, mais le seul dépositaire de toute la vérité dans sa révélation complète et définitive; [...]. »⁹⁹⁸ La *Charte* est, de façon intrinsèque, un outil façonné contre les particularités québécoises, des citoyens qui ont fait peur aux élites canadiennes en menaçant de fractionner leur pays, et ce, à deux reprises⁹⁹⁹. Autant l'intransigeance chartiste encourage des comportements extrémistes, autant elle est aveugle à déceler les siennes.

Cette insistance chartiste sur les particularités extrémistes et les conséquences de garder les citoyens dans un état de conflit presque permanent génère des effets sur une gouvernamentalité en augmentant la complexification de sa gestion et la dépense d'énergie sur des débats peu nutritifs et peu enrichissants (économiquement) pour la société. Cependant, l'analogie suivante est révélatrice : l'entretien d'une dynamique de guerre civile dans un pays (de confrontations constantes) ne satisfait, habituellement, que les fournisseurs d'armes (les intermédiaires) et non la gouvernance étatique, les citoyens ou la société. C'est ce que nous étudions dans la prochaine section, la complexification de la gouvernamentalité chartiste et de sa société cible ainsi que l'impact de cette dynamique sur la santé des deux.

5.4 Virtualisation chartiste et complexification

Nous venons d'analyser plusieurs conséquences du déploiement de la *Charte* qui illustrent la dilatation du lien social et politique dans la société canadienne. Cette transformation chartiste des relations sociales et politiques

⁹⁹⁸ Arnold J. Toynbee, *op. cit.*, *Volumes VII-X*, p. 116. Traduction libre de l'auteur.

⁹⁹⁹ Bernard Descôteaux, « Les larmes de Jean Chrétien », *Le Devoir*, 12 avril 2005. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/non-classe/79175/les-larmes-de-jean-chretien>.

dans la société a eu des effets importants sur la gouvernementalité canadienne. Voyons lesquelles.

La virtualisation, nous entendons la définir en trois segments. Le premier est une coupure dans les liens sociaux et politiques entre citoyens devant s'identifier à des extrêmes dans des enjeux de droits de la personne. Une situation manichéenne favorisée par l'institution juridique et les médias de masse qui assurent qu'un rapprochement entre ces pôles soit difficile à obtenir. Ce fractionnement en deux pôles est associé au niveau du groupe, la minorité; la ségrégation individuelle est aussi accentuée par l'évaluation, de la part de la Cour, de la demande selon le point de vue de l'individu, et ce même au détriment de l'importance et du symbolisme des singularités et du dogme de son groupe. Paradoxalement, la Cour ne reconnaît que les citoyens qui s'identifient à un groupe ou minorité lorsque ces revendications/requêtes sont faites. Cette *politique* d'isolement est aussi applicable dans les relations entre l'individu et l'État. La raison est simple. L'institution juridique s'y insère en intermédiaire et la sacralisation chartiste assure qu'une distance s'installe entre la Cour qui propage la parole déifiée des droits de la personne (avec laquelle elle paraît fusionner) et les citoyens profanes. Cette image est accentuée par l'hégémonie de la Cour suprême qui s'est élevée au-dessus de tout recours. De l'autre côté de cette *politique*, l'individu, monopolisé par sa poursuite de survie économique et impuissante, dans sa bulle individuelle isolée, à comprendre ou à changer cette conjoncture, ne peut, en tant que profane, qui ignore un art, une pratique, du droit dont la méconnaissance est encouragée, que constater la situation et se rapprocher de ceux qui pourraient lui communiquer la bonne parole. Il ne reste à l'individu qu'à penser selon les bons préceptes vers la prochaine cible qu'on lui indique : « La ruée est le seul acte que la masse puisse produire en tant que telle [...]. »¹⁰⁰⁰ Un exemple de

¹⁰⁰⁰ Jean Baudrillard, op. cit., 1981, p. 105.

ce type de comportement, de la ruée vers la bonne parole, est l'élection récente de Donald Trump à la présidence étatsunienne.

Ce détachement entre le monde virtuel de la gouvernance étatique chartiste et la réalité de la masse est un isolement qui est encouragé et maintenu par la minorité dominante utilisant une religion chartiste qui règne ne maître suprême. Cette fracture est apparente dans les analyses de situations associées aux accommodements raisonnables que nous avons présentées, et dans la perpétuation de la dynamique des trois solitudes canadiennes. La sauvegarde d'une telle dilatation du lien social génère une perte de confiance entre la société et la gouvernance étatique. Elle maintient les intérêts *incontrariables* d'une minorité dominante assujettie à son idéologie qui s'effondre, tout en continuant de s'obstiner à se perpétuer auprès des individus. Parallèlement, ces derniers s'entredéchirent face à la faillite du libéralisme démocratique au Canada qui promet la continuité d'un passé révolu; il ne livre que l'austérité économique et une discipline chartiste intransigeante. L'occultation par ce chartisme de sa participation active dans ce système hégémonique défaillant ne fait qu'accentuer la perte de repères de la société qui n'arrive pas à identifier les frontières de l'aire de jeu. Elle s'y cogne continuellement comme dans une vitre sans en comprendre la présence. Cette *extrémisation* économique est vue par les minorités comme un rejet, un refus de leur permettre de se joindre à l'abondance économique occidentale dont la « majorité » semble jouir. La minorité dominante économique ne partage pas plus avec les trois solitudes qu'avec les autres minorités. Toutes ces luttes sur des revendications peu nutritives ne font que distraire et garder séparés les citoyens pour éviter qu'il puisse constater qu'on les maintient dans cet état de minorité et de disparité économique grandissante. Puisque le chartisme veut redresser les torts dont les minorités ont été victimes, la société doit maintenant s'adapter à leurs particularités, et ce au détriment de devoir conjuguer celles-ci avec les autres. Là où la particularité atteint des sommets, c'est l'extension de l'individualisme à son extrême, une apostasie où la société doit maintenant

s'adapter à ses individus. Une antithèse, car, comme le dit Toynbee, la société n'existe qu'en tant qu'ensemble d'individus : « La société est un 'champ d'action', mais la source de toute action est dans les individus qui la composent. »¹⁰⁰¹ En présence d'une telle dynamique fragmentée, Salée et Rocher se demandent si celle-ci ne rendra pas le Canada ingouvernable.

Le second segment de la définition de virtualisation est qu'elle fige dans un état « irréférentiel » la relation entre citoyens et minorités ainsi qu'avec la gouvernance étatique. Cela retire l'intérêt qu'un examen, d'un retour aux expériences de jadis, les leçons de l'histoire, pourrait enseigner sur l'évaluation des conséquences futures d'une approche intransigeante pour résoudre des enjeux sociaux. Cette absence du temps dans la gestion des interactions sociales et politiques au niveau de la société, le « temps réel » de Baudrillard, encourage plutôt la poursuite de revendications sans tenir compte des autres, car, à terme, la Cour et l'État canadien chercheront à obtenir l'acquiescement de la société et de la maintenir.

Cette perte de repères, au prix de la liberté, est le reflet d'une approche statique de résolution d'enjeux sociaux et politiques, immobilisée dans le temps. Le jugement étant figé à une date fixe, il requiert un retour devant la Cour pour espérer en modifier les paramètres. En convertissant les enjeux dans le langage technique chartiste et sa jurisprudence, les descriptions de ces problématiques vont s'y mouler avec l'égaré naturel du droit appliqué dans un temps indéfini. La réutilisation du concept d'arbre vivant ainsi que les nombreux rapprochements avec des luttes symboliques de jadis pour l'obtention de droits et libertés, sont représentatifs du recyclage de nombreux artifices de la jurisprudence. Engel nous rappelle qu'ils sont le produit de circonstances historiques. Pour Dubey, un objet technique comme le système

¹⁰⁰¹ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, *Volumes I-IV*, p. 211. Traduction libre de l'auteur. Les citations internes (guillemets internes) sont dans le texte cité.

chartiste qui s'élève au niveau hégémonique s'éloigne de la dynamique temporelle de la société :

Le surcroît d'efficacité que confère la technique en paraissant anhistorique s'avère en même temps être son talon d'Achille ou son *revers salient* pour reprendre une image utilisée par A. Gras. Il entame à terme le pouvoir qu'à toute société de se maintenir dans l'ouverture et l'inachèvement du monde de la vie. Le léger jeu qui permet en temps normal aux formes objectives de la société de rester en phase avec la société réelle ou vivante est rompu.¹⁰⁰²

L'amorce de cette déréalisation ne fait qu'amplifier la distance entre le monde virtuel de la minorité dominante et la réalité des autres. À la base, puisqu'elle est structurée comme réaction au nationalisme québécois, la *Charte* est figée dans la dynamique de 1982. Comment peut-elle entrevoir un futur différent de la dynamique de cette période passée? En étant plutôt un outil de contrainte que de libération comme les déclarations de droits et libertés de jadis le prétendaient, elle ne peut pas construire. Et, par peur, elle s'acharne à isoler et à éliminer les actions qu'elle avait perçues comme problématique en 1982. À nu, elle n'est qu'un outil instrumentalisé qui réagit au nationalisme québécois et qui demeure figé dans le temps.

Le troisième et dernier segment de notre définition de la virtualisation est le transfert de la dynamique sociale et politique vers un espace de rationalité chartiste éloigné de la réalité de la société. La première manifestation de ce déplacement est l'insertion de la Cour suprême, en tant qu'interprète de la *Charte*, entre les citoyens et l'État et la judiciarisation chartiste de la manifestation des droits de la personne canadiens. Inévitablement, la conclusion a été d'exiger que la communication étatique des droits de la personne soit traduite dans un langage chartiste qui est représentatif de « [...] l'extrême technicité du système juridique sur lequel reposent les États

¹⁰⁰² Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 140.

modernes [...]. »¹⁰⁰³ Ce langage étant hermétique et obscur; son interprétation a été réservée à une élite professionnelle qui ne répond qu'à une Cour suprême hégémonique face au reste de la gouvernance canadienne. Puisque la portée de ce tribunal est quasi illimitée, selon l'interprétation de Cour de la Constitution, quand il est question des droits de la personne, le pouvoir de l'État canadien n'a d'autres choix que de s'exprimer dans le langage de la rationalité chartiste. Cela conduit les citoyens et les minorités désirant faire des requêtes, sur la question des droits de la personne, à utiliser le même langage ainsi que les services de cette profession « éclairée ». C'est un passage obligé qui s'est installé jusqu'à dans le fonctionnement de la société.

Tant Blattberg, Mandel que Baxi parlent de l'abstraction régnante au sein d'une telle structure qui a essentialisé les droits de la personne pour les détacher des « objectifs plus modestes, plus pratiques et plus "collectifs" de nos assemblées délibératives » comme l'a dit Foster. Avec le camouflage des réalités sociales à travers la traduction de celles-ci dans un langage abstrait et concis, interprété par une couche d'intermédiaires qui assure pouvoir traduire l'essence de ces enjeux, ils en comprennent le langage technique, on voit toute l'absurdité d'une telle logique.

Quelle que soit l'aptitude humaine ou le domaine de sa pratique, la présomption que, puisque cette faculté a permis la réalisation d'une tâche limitée dans son propre domaine, l'on puisse compter sur celle-ci pour produire un effet démesuré dans des circonstances différentes, n'est autre qu'une aberration intellectuelle et morale qui ne mène à rien sauf à un désastre certain.¹⁰⁰⁴

Les probabilités de pertes significatives dans la traduction sont fortes et cela est représentatif du décrochement entre la gouvernance étatique chartiste isolée dans son espace de rationalité juridique face à sa société vivant dans un

¹⁰⁰³ *Ibid.*, p. 136, note 1.

¹⁰⁰⁴ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, *Volumes I-IV*, p. 349. Traduction libre de l'auteur.

espace différent et devant, de plus, retraduire dans la réalité ces directives obscures pour lui permettre de les appliquer.

Cette gouvernance étatique chartiste fracturée et détachée de sa société, même si elle semble maintenir dans un état de minorité ses citoyens pour le compte de son élite dominante immobilisée, génère une augmentation importante de la complexité de sa gouvernamentalité en préservant notamment l'accentuation des inégalités économiques et l'hétérogénéité entre les individus. Cela a des conséquences importantes sur son fonctionnement dans un tout cohérent et sur sa capacité d'en assurer la continuité. L'espoir d'une résolution éventuelle dans l'accomplissement grandissant et perpétuel de l'État est une utopie comme Toynbee le croit : « L'illusion du progrès comme étant quelque chose qui avance en ligne droite est un exemple de cette tendance de simplification excessive de l'esprit humain dans toutes ses activités. »¹⁰⁰⁵ Cela mène à une paralysie sociale et politique :

Partout où l'on tente de substituer à la réalité sociale un lien technique, on ne fait que dévaloriser et déréaliser un peu plus l'un et l'autre. Sous l'apparente linéarité des évolutions technologiques et l'image rassurante d'un progrès illimité se multiplient en fait les abcès de fixation, les situations ambiguës, les *statu quo* qui témoignent d'une impuissance latente à régler les problèmes politiques et sociaux.¹⁰⁰⁶

Nous l'analysons dans la prochaine sous-section : la complexification de la gouvernance canadienne et ses conséquences.

5.4.1 La complexification résultante de la société canadienne

Notre étude a permis de constater que plusieurs discours décrivent la portée et l'ancrage du chartisme en tant qu'appareil complexifiant de gouvernement ciblant la conduite de la conduite des citoyens canadiens. Ces

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 38. Traduction libre de l'auteur.

¹⁰⁰⁶ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 75.

discours incluent sa suprématie absolue au Canada et sa sacralisation en tant que telle, la dynamique entre la liberté et l'égalité permettant d'assujettir l'un à l'autre selon le besoin, son rôle caché en tant que gardien de l'acquis de la minorité dominante économique ainsi que les efforts mis de l'avant pour le déploiement de son multiculturalisme. En parallèle et avec l'aide de ces discours, la dynamique du pouvoir des droits de la personne au Canada a mué autour de deux pôles soit la Cour suprême et l'exécutif étatique canadien où la première domine la relation. Pour ce faire, la Cour suprême et les membres de l'exécutif canadien ont retiré la Cour suprême de la dynamique démocratique en la fusionnant avec l'objet déifié qu'est la *Charte*, lui permettant ainsi de gouverner sans opposition. Une forme de gouvernance étatique oligarchique, c'est-à-dire en reprenant l'expression du juge Stanley Reed de la Cour suprême Étatsunienne, une *krytocratie*. Pour renforcer cette dynamique, le contrôle du discours chartiste des droits de la personne a été retiré de la société en le limitant au langage obscur juridique, et l'agenda de ce discours juridique a été monopolisé par ces deux principales branches du pouvoir étatique canadien.

Nous avons évoqué plusieurs conséquences de la virtualisation chartiste qui permettent de constater la complexification qu'elle induit dans la société canadienne, et ce principalement dans sa gouvernamentalité. Ce changement inclut, notamment, le retrait de la communication sociale et politique de la réalité de la société avec la judiciarisation et la juridicisation de cette dernière. Pour combler le vide créé, le langage chartiste et ses traducteurs se sont imposés. L'intérêt pour l'évaluation du niveau de la complexification de la société canadienne que le chartisme ajoute tient au fait que lorsque « [l']investissement dans la complexité sociopolitique en tant que réponse pour résoudre les problèmes atteints [...] un point de réduction du retour marginal sur l'investissement »¹⁰⁰⁷, cette société entre dans une phase de

¹⁰⁰⁷ Joseph A. Tainter, *op. cit.*, p. 118.

déclin. Elle ne peut plus se permettre de régler ses problèmes critiques, notamment parce que le coût de leurs résolutions est plus élevé que celui des problématiques. Pour Tainter, il est difficile de dire si la société occidentale a atteint ce point, mais il est certain que dans certains secteurs, comme l'énergie, c'est le cas.¹⁰⁰⁸

Nous voulons terminer notre discussion sur la virtualisation chartiste avec la question suivante : est-ce que la complexification créée par la *Charte* génère une dégradation de la société canadienne et de sa gouvernance? François Rocher et Daniel Salée affirment que le chartisme perpétue la voie dysfonctionnelle suivie par l'élite dominante qui ne semble pas pouvoir se sortir de cette impasse. Cela indique qu'elle a perdu sa capacité à diriger efficacement la société et Toynbee ajoute¹⁰⁰⁹, tout comme Baudrillard, que son égarement est dû à sa déconnexion de cette société. François Rocher et Daniel Salée ajoutent à leur tour que leur idéologie, le libéralisme démocratique canadien, est en faillite. Et la *Charte*, en servant de baume permettant de repousser le besoin de solutions à la problématique des inégalités économiques qui sont issues de cet échec, immobilise la société canadienne et sa gouvernance étatique.

La Cour suprême participe activement au maintien de cette situation en s'immiscuant dans le secteur économique de façon occulte pour protéger les acquis de cette élite. Cette complexité va plus loin, car non seulement elle maintient ce dysfonctionnement, mais elle emprisonne aussi les acteurs dans un processus circulaire. Autant l'un ne voit pas ce qui le retient dans un état de minorité qui s'accroît, autant l'autre ne perçoit pas que l'outil qu'est la *Charte* est une source importante qui accroît son détachement de la réalité sociale en maintenant la gouvernance étatique chartiste dans un espace virtuel comme Baudrillard le décrit. Certains diront que ce n'est que le discours qui reflète

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, p. 215.

¹⁰⁰⁹ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, Volumes I-IV, p. 249. Traduction libre de l'auteur.

l'espace virtuel de rationalité chartiste, car avec l'occultation de son implication en faveur de l'élite économique avec l'enterrement des intérêts de ceux-ci dans le sous-texte en marge des décisions, la Cour est consciente de ses actions et la cible est connue. Cette façon de faire du chartisme n'est qu'une illusion qui distrait tous les acteurs. Cette logique maintient l'élite dominante dans sa confusion et sa virtualité. À l'inverse, si le coût de résolution d'un problème critique est prohibitif, la gouvernance étatique peut toujours laisser la société à elle-même. Mais, à terme, cette manière de procéder ne fera qu'aggraver et le coût du laissez-faire ne cessera d'augmenter pour finalement miner la société elle-même en la fragmentant, car elle ne peut pas répondre de manière satisfaisante à son problème critique¹⁰¹⁰. François Rocher et Daniel Salée considèrent que le Canada est sur la voie de ce point d'abandon de la société avec le chartisme.

Nous allons aussi revenir sur deux autres facteurs analysés déjà qui permettront de préciser d'autres coûts importants de l'impact du chartisme sur la société canadienne. Le premier est la structure qu'impose la *Charte* à la société, c'est-à-dire le besoin de se regrouper en tant que minorité pour permettre à certains de bénéficier du baume chartiste avec la reconnaissance de leurs revendications de droits de la personne. Elle encourage les citoyens à se segmenter et à associer leur caractère à des groupes prédéfinis. Le chartisme est principalement pour les groupes et les minorités, mais les revendications de droits de la personne sont là pour les singularités. Il sert à élever au niveau de droit de la personne des différences qui permettent à des citoyens de se distinguer des autres de la société. En favorisant ce qui divise au sein de la société au détriment de la cohésion sociale, la *Charte* encourage non seulement les particularités, mais elle maintient l'hostilité dans l'inévitable comparaison avec l'autre. La problématique ne se situe pas au niveau des singularités, mais dans la suprématie qu'on leur donne. Le coût pour maintenir

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, p. 548.

et gérer cette forme de guerre civile permanente de basse intensité aura un effet non négligeable sur l'accentuation du nombre d'appareils de surveillance au sein de la gouvernamentalité canadienne. À mesure que des ressources étatiques seront requises pour soutenir de tels outils de surveillance (et les instruments coercitifs qui s'y rattachent), tout cela se fera au détriment des ressources devant servir au bénéfice des citoyens. Un processus circulaire est ainsi déployé, car cette réduction nécessite de nouvelles mesures coercitives pour contrer la réaction citoyenne à la régression de services qui étaient tenus pour acquis.¹⁰¹¹ Nous ne professons pas que l'*extrémisation* chartiste est la seule cause de l'augmentation des appareils de surveillance de la gouvernamentalité canadienne, mais elle y participe activement. Rappelons que les gouvernances étatiques de nature répressive qui œuvrent à maintenir leurs citoyens divisés, comme le dit Derrida, ont toujours eu des coûts sans cesse grandissants, car ils ne peuvent pas obtenir la légitimité suffisante de leur gouvernance et les bénéfices qui s'y rattachent, c'est-à-dire l'autorégulation.

Deuxièmement, avec le déplacement de l'interprétation obligatoire du langage chartiste vers des intermédiaires juridiques à la recherche de profit, cela rend la logique de guerre civile de basse intensité captive de ces derniers, une forme de taxation de la part du secteur privé des relations sociales et politiques de la société. Avec l'augmentation du nombre de traducteurs intermédiaires chartistes disponibles pour satisfaire le besoin¹⁰¹², sans compter qu'ils ont une situation de monopole, le nombre de conflits devra s'accroître pour satisfaire économiquement tous ceux-ci. On accentuera le processus circulaire de la complexification de la gouvernance canadienne et ainsi le coût

¹⁰¹¹ Joseph A. Tainter, *op. cit.*, p. 115 à 123.

¹⁰¹² Exemple : 79654 membres des barreaux canadiens en 1998 à 125150 en 2014. Voir (Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, *Membership (2014 Statistical Report)*). Récupéré de <http://docs.flsc.ca/2014-Statistics.pdf> et (Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, *1998 – Statistiques des Ordres professionnels de juristes*). Récupéré de <http://flsc.ca/wp-content/uploads/2015/03/1998-statistical-report.pdf>).

de son administration augmentera comme Tainter l'affirme : « La raison pour laquelle les organisations complexes doivent allouer des portions de plus en plus grandes de leur personnel et d'autres ressources à l'administration est parce qu'une [...] augmentation de la complexité requiert une capacité accrue de gestion d'information et d'intégration des parties disparates. »¹⁰¹³ Il ajoute que cette complexification est cumulative et se développe de façon disproportionnée.¹⁰¹⁴ Le besoin de manipuler l'information chartiste et d'œuvrer à garder ensemble et à intégrer une société de plus en plus éparse redirige les efforts créatifs qui pourraient être utilisés pour régler d'autres problématiques (au lieu de devoir gérer la dynamique des particularités). L'étonnant dans tout cela; ce rôle des intermédiaires chartistes dans la dynamique sociale et politique de la société engendre des coûts additionnels administratifs pour la gouvernamentalité canadienne et ils viennent remplacer les efforts précédents déjà faits par l'autorégulation de la société. Cette dernière s'effectuait jadis avec l'interaction entre les citoyens à travers les structures démocratiques. La gouvernance étatique démocratique de jadis n'a pas été remplacée, elle n'a été que rendue secondaire et maintenue d'une certaine manière pour conserver l'illusion de la continuité de cette institution. La problématique n'est pas la pluralité, il y a seulement un coût supérieur avec l'approche utilisée par le chartisme.

Ainsi, avec une complexification importante et coûteuse de la gouvernamentalité canadienne que génère le chartisme, nous arrivons au constat que cette dernière est un facteur important qui a mené l'État canadien vers une phase d'immobilisme. La religion chartiste maintient l'espoir d'un monde meilleur au détriment d'un examen de la réalité. En reprenant la formule de Toynbee, le dysfonctionnement au sein de la minorité dominante canadienne qui l'abandonne à elle-même a été accompagné par une dynamique où la *Charte*, en engendrant l'accentuation des écarts sociaux et

¹⁰¹³ Joseph A. Tainter, *op. cit.*, p. 107. Traduction libre de l'auteur.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 116.

politiques avec l'insertion de la Cour entre la société et la gouvernance étatique, a généré un retrait de la confiance des citoyens face à leur État. En conséquence, nous pouvons dire que la virtualisation chartiste a fracturé la cohésion de la société et encouragé un déclin de celle-ci. Dans la conclusion qui suit, nous tentons de voir ce qui peut survenir maintenant.

CONCLUSION : LES ENJEUX DE LA VIE ... ENSEMBLE

Avoir atteint près de sept milliards et demi d'êtres humains et le niveau de proximité auquel nous sommes arrivés n'auraient pas pu s'accomplir si on devait se plier aux spécificités de chaque individu et groupe. L'isolationnisme et l'individualisme à l'excès représentent notre défi principal, à court terme.¹⁰¹⁵

Pour le Canada, le chemin suivi par la *Charte* et son multiculturalisme, la pluralité en fonction de nous juxtaposés, n'est pas représentatif de ce qu'est vivre ensemble. Un outil de ségrégation inscrit dans des discours déifiés d'une sorte de religion civique n'est pas conçu pour rassembler. Surtout s'il est piégé dans le vortex de la peur du nationalisme québécois. Les grandes religions qui survivent au passage du temps ont habituellement l'objectif inverse, de la *Charte*, elles veulent rassembler et non faire la promotion de la distinction avec l'autre au sein de leur communauté. Les guerres sanglantes de religion et d'autres idéologies des derniers siècles ont montré que l'inverse, inclure, de force, tout le monde dans un même moule, n'est pas plus valable. La tentative actuelle pour y arriver avec une gouvernance basée sur le sacro-saint libre marché néolibéral en remplacement de celle de l'État, c'est-à-dire la liberté de quelques-uns d'accumuler une domination virtuelle sur les richesses des autres, arrive aussi à son terme et n'attend que les effets du retour du balancier. Cette *extrémisation* constante des divers types de gouvernements qui ont été essayés pour vivre ensemble exemplifie un manque de retenue et de modération de notre part. Ces diverses structures ne font que suivre les aléas du temps et les pulsions des forces extrêmes de leur société qui sont ensuite conservées et protégées, par des appareils de gouvernementalité comme le charisme, jusqu'à leur échec emportant avec elle leur collectivité. Les *Panama papers*, entre autres, mettent en perspectives cette absence de

¹⁰¹⁵ Stephen Hawkins, *Our attitude towards wealth played a crucial role in Brexit. We need a rethink*, The Guardian, 29 juillet 2016. Récupéré de <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jul/29/stephen-hawking-brexite-wealth-resources>

modération et de retenue¹⁰¹⁶. L'évitement fiscal est l'expression élégante juridique utilisée pour présenter une façon d'éviter de contribuer comme les autres citoyens. Cette tactique, appelons-la ainsi, équivaut à une perte d'impôts pour le Canada de plus de dix milliards, peut-être plus, de dollars par année.¹⁰¹⁷ Comme le dit Saul, les lois étatiques, comme la *Charte*, ne s'appliquent qu'à ceux qui n'ont pas les moyens de faire autre chose. Les enjeux sont différents cette fois-ci comme on peut le penser avec Tainter : « L'effondrement, si et quand il viendra, sera global cette fois. Fini est le temps où une nation individuelle peut s'effondrer. L'effondrement mondial sera global. Des compétiteurs qui évoluent en tant que pairs vont s'effondrer de la même façon. »¹⁰¹⁸ La façon de faire actuelle pourra se poursuivre encore un certain temps avec des retours sur l'investissement déficitaire pour la résolution de problématiques sociales et politiques.¹⁰¹⁹ Nous dépensons notre capital.

Nous terminons notre réflexion avec trois discussions. Premièrement, nous situons le chartisme dans un processus de virtualisation sociale et politique qui dépasse le domaine des droits de la personne canadiens. Les dynamiques observables avec le déploiement de la *Charte* sont le reflet d'une atomisation accrue de la société canadienne qui, encouragée entre autres par le chartisme, s'effrite et devient de moins en moins gouvernable. C'est aussi dire que le vivre ensemble au Canada devient de moins en moins possible ou, plutôt, de plus en plus difficile. Les images et le symbolisme d'un retour en arrière vers un passé « plus glorieux » qu'offre le premier ministre canadien Justin Trudeau ne changent rien au mouvement. Une vision qui s'acharne sur l'image restreinte d'un chartisme libérateur qui évite, cependant, des enjeux cruciaux comme le partage de la richesse économique. Pour Toynbee, des

¹⁰¹⁶ Denis-Martin Chabot, « Panama Papers : évasion ou évitement fiscaux, comment s'y retrouver? », *Radio-Canada*, 4 avril 2016. Récupéré de <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/economie/2016/04/04/002-panama-papers-evitement-fiscal-evasion-fiscale.shtml>.

¹⁰¹⁷ *Idem.*

¹⁰¹⁸ Joseph A. Tainter, *op. cit.*, p. 214. Traduction libre de l'auteur.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 214-215.

tentatives de retour en arrière, qu'il nomme l'archaïsme, ne mènent qu'à des exercices futiles ou des échecs : « L'archaïste est condamné, par la nature même de son projet, à continuellement réconcilier le passé et le présent, et l'incompatibilité des revendications opposées est la faiblesse de l'archaïsme comme façon de vivre. »¹⁰²⁰ Un chartisme prisonnier du passé génère déjà un premier niveau de conflits et toute autre tentative de retour en arrière ne ferait qu'accentuer le déphasage de la société canadienne. Deuxièmement, la dynamique produite par ce maintien de la société et de sa gouvernance étatique dans une situation d'inertie, leur enlève la possibilité (et la capacité) de régler leurs défis actuels et futurs tant sociaux que politiques. Qu'est-ce qui s'offre dans ce contexte? Enfin, troisièmement, nous croyons qu'en approfondissant l'analyse du côté des tactiques et appareils de gouvernementalité canadiens déployés pour se rassurer face à cette peur du nationalisme québécois, et qui maintiennent le Québec dans un état de minorité, nous permettrait de déceler ce qui a été relégué à l'arrière-plan. On pourrait offrir des pistes de solution, ou du moins générer de l'intérêt pour en examiner, non seulement au Québec, mais aussi au Canada face à la faillite de sa gouvernance libérale démocratique et son chartisme qui maintient celle-ci en place.

C.1 Le chartisme : une dynamique transposable

Cette virtualisation sociale et politique canadienne, dont nous venons de désigner la manifestation avec le chartisme, transparait d'autres manières. La *Charte* n'est pas le seul instrument générateur de cette dilatation du lien social de la société canadienne dont l'individualisme excessif est une des conséquences. Les dynamiques stratégiques étudiées plus tôt, avec les trois connexions chartistes, entre un instrument de rationalité juridique et un

¹⁰²⁰ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, Volumes I-IV, p. 515. Traduction libre de l'auteur.

mécanisme d'assujettissement offrent des pistes pour en déceler d'autres. Celles-ci semblent toutes connectées, que ce soit directement ou indirectement. Cette courte conclusion se limite à observer deux de ces dynamiques qui en émergent. La première est le lien qui s'installe entre un intermédiaire assujettissant un objet de rationalité. Dans ce cas, la dynamique qui en résulte rend la société plus extrême lui permettant de s'insérer et de se maintenir au centre de la segmentation générée au sein de la collectivité. Nous avons établi que la Cour suprême, en fusionnant avec l'objet sacralisé qu'est la *Charte*, a rendu au niveau politique et social la société canadienne plus extrême, tant entre les personnes (physiques et morales) qu'entre l'État et ses citoyens.

Juxtaposée à cette dynamique, une deuxième se déploie où le langage de la communication entre l'objet de la rationalité et la société (ou une partie importante de celle-ci) est piégé par la présence d'intermédiaires et ces derniers se l'approprient en le rendant obscur par la technicisation du discours. Pour la communication des droits de la personne de la *Charte*, l'institution juridique se l'est accaparée non seulement en technicisant le discours des droits de la personne canadien, en utilisant aussi son pouvoir étatique pour limiter l'utilisation officielle de celui-ci à ceux qu'elle choisit, c'est-à-dire ceux faisant partie du groupe « éclairé ». Les deux, la technicisation et le pouvoir étatique se voient ainsi mutuellement renforcés. Pour illustrer ces corrélations, nous donnons un exemple de chacune de ces deux dynamiques.

Pour la dynamique chartiste où un enjeu sert à espacer le tissu social pour permettre à un intermédiaire de s'y infiltrer, nous avons montré qu'un instrument d'affaiblissement du lien social et politique comme la *Charte* encourage l'extrémisme de manière intrinsèque. La dynamique qui segmente est décelable notamment en présence de l'intermédiaire qu'est l'élite « éclairée » juridique chartiste. Non seulement elle s'insère dans toutes les composantes du tissu social, mais la dynamique a forgé une structure qui

renforce sa position d'intermédiaire. Ainsi, la Cour suprême a pu s'isoler des autres sources du pouvoir étatique et s'assurer de sa suprématie sur le reste de la gouvernance canadienne.

Nous voulons brièvement explorer la connexion générée par l'instrument virtuel qu'est l'argent. Un objet qui occupe une place prépondérante dans la société canadienne tout comme dans l'ensemble des sociétés occidentales. Comme la *Charte*, l'argent représente un objet, une rationalité. Pour Graeber, « [...] l'argent n'est qu'une marchandise choisie pour faciliter les échanges et nous permettre de mesurer la valeur d'autres marchandises. »¹⁰²¹ Elle remplit plusieurs fonctions; elle permet de comparer les devises de différents pays, la valeur des titres boursiers ou encore celle entre deux types de produits. Sa suprématie sociale et politique vient de ce qu'elle facilite l'exercice de la consommation. D'un côté, l'argent a atteint un niveau extrême en devenant la principale (sinon la seule) valeur de la société. D'un autre côté, un groupe d'intermédiaires, le système financier du Canada chapeauté par les banques à charte canadienne, maintient son hégémonie sur une partie importante du fonctionnement de la société, grâce, notamment, à son positionnement entre les personnes (physiques et morales) dans l'échange monétaire. L'activité qui forme « un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle » au Canada comme la Cour suprême l'a énoncée dans l'arrêt *Ford*. La *forme de taxation* des échanges qu'exerce cet intermédiaire entre les personnes par le biais, entre autres, d'intérêt et de frais de service lui permet de construire une imposante structure facilitant non seulement la préservation de sa position centrale, mais aussi d'asservir cette dynamique. Cela lui permet, entre autres, d'avoir une influence déterminante sur la gouvernance canadienne. Le maintien de ce type de structure requiert habituellement un encadrement légal par l'État. C'est le cas au Canada. La *Charte*, par sa définition de la liberté, en constitue un maillon important.

¹⁰²¹ David Graeber, *op. cit.*, p. 57.

Cet intermédiaire est en mesure d'accumuler des réserves. Ce qui lui permet de contrôler le flux d'argent dans la société et de devenir indispensable à l'économie de l'État canadien. Il est devenu indispensable pour les activités de consommation majeures comme l'achat d'une maison ou d'une automobile, car sauf pour la minorité dominante, une hypothèque ou un prêt est nécessaire pour ces achats. Dans le cas de la minorité dominante, les banques sont aussi indispensables pour le financement des échanges de propriétés comme les fusions et acquisitions de sociétés ou le transfert d'argent pour l'évitement fiscal. Comme la *Charte*, les pratiques hypothécaires et fiscales servent un intermédiaire qui non seulement s'accapare le contrôle d'une dynamique importante de la société, il en profite en même temps pour occuper une position dominante.

L'ancienne ségrégation entre l'aristocratie, avec son lien de sang, et les autres s'est transformée en segmentation selon la quantité d'argent que quelqu'un a en sa possession ou en avoirs. D'autres exemples pourraient être soulevés comme celui des notaires et leur mainmise sur les actes juridiques civils comme les échanges de titres de propriété ainsi que les ingénieurs avec leur monopole de certains rôles notamment la certification de certaines activités techniques. Tous représentent une barrière presque obligatoire, avec le soutien de l'État, dans l'ensemble des échanges au sein de la société. En retour, ils imposent un coût d'utilisation qui est proportionnel au niveau de monopole qu'ils détiennent.

La deuxième dynamique, corollaire à la première, est la présence d'un langage obscur et technicisé dans le cas d'un asservissement par un intermédiaire. Il s'agit d'une connexion entre un savoir instrumentalisé et un pouvoir qui se l'approprie pour assurer une domination ciblée. Comme l'affirme Dubey, l'exercice d'obscurcissement et de technicisation d'un langage éloigne ses utilisateurs de la réalité sociale : « Par l'oubli de ses propres origines sociales qu'elle secrète, la technique interviendrait donc plutôt comme un frein

à la prise de conscience de la réalité de la société. »¹⁰²² Un exemple analogue est le langage de l'économie que se sont approprié les représentants de la minorité dominante économique, les économistes et les autres spécialistes du domaine financier. La *Charte*, par le discours des décisions de la Cour suprême, s'est assuré que l'État et les représentants des citoyens ne s'immiscent pas dans ces domaines qui sont la chasse gardée de cette minorité dominante. L'évitement fiscal et son ampleur sont un exemple probant de la manipulation du langage économique, utilisé conjointement avec le discours juridique, pour satisfaire une liberté privilégiée accordée à quelques-uns.

Plusieurs tactiques sont utilisées par ces intermédiaires pour soustraire des revenus (de personnes morales et physiques) du système d'imposition de l'État canadien, le transfert de quantités importantes d'argent vers des lieux où les règles sont presque inexistantes. L'utilisation de la complexité et la confusion des lois fiscales de l'État en sont deux exemples. Ils ont recourt à des détails obscurs de la loi que fournit la technicité d'un tel langage pour éviter que la raison et le bon sens ne soient utilisés pour dénoncer de telles aberrations : servir de leurre pour distraire quant à l'évasion fiscale réelle institutionnalisée par l'État. Saul a dénoncé ce type de confusion créé par un tel langage : « Une société raisonnable doit faire très attention en présence d'une vogue du marché qui se parade en vérité intellectuelle. Et elle ne laisse jamais un domaine perpétuellement vierge comme l'économie prendre le contrôle de l'agenda public. Cependant, il n'y a rien de mal avec de l'enthousiasme juvénile dans le marché. »¹⁰²³ Plusieurs autres exemples de l'instrumentalisation du langage obscur et technicisé économique pourraient être présentés comme la différence entre le taux de chômage officiel annoncé par le gouvernement canadien et la réalité. Même les spécialistes attirés en viennent à croire la vérité de leurs leurres comme cela a été le cas avant la

¹⁰²² Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 190.

¹⁰²³ John Ralston Saul, *op. cit.*, 2001, p. 55. Traduction libre de l'auteur.

bulle économique de 2008¹⁰²⁴. Il n'est pas surprenant de constater la faillite du libéralisme démocratique canadien comme l'ont noté François Rocher et Daniel Salée. Les similarités entre la dynamique actuelle et celle de l'hégémonie de l'élite dominante économique au XIX^e siècle sont frappantes. Une première piste de solution pourrait être décelée à l'aide d'un exercice de comparaison entre ces deux périodes pour déterminer l'ampleur et les composantes du fonctionnement de cet appareil qui maintient les individus, moins privilégiés, dans un état de minorité. On pourrait regarder les discours qui ont jadis proposé des voies de sortie.

Le chemin habituel, consistant à suivre les aléas des contingences qu'offre l'histoire, ne fait qu'isoler les groupes, personnes physiques et morales de la société; elles les empêchent de se tourner vers des problématiques actuelles et futures comme l'environnement, le réchauffement climatique. Et même vers certaines problématiques de nature économique comme le décrit Graeber : « Nous en sommes au point où le FMI lui-même, qui tente aujourd'hui de se repositionner en se présentant comme la conscience du capitalisme mondial, multiplie les mises en garde : si nous maintenons le cap, il n'y aura probablement pas de renflouement la prochaine fois, la population ne l'acceptera pas, donc tout va s'écrouler. »¹⁰²⁵ La dynamique actuelle, celles des droits, immobilise les acteurs dans un temps réel où ce qui compte, c'est le présent. Avec le chartisme qui asservit l'État et la société canadienne dans une situation *irréférentielle* en créant un niveau artificiel de crédulité, la gouvernance du Canada aura de la difficulté à affronter ses problèmes.

C.2 L'inertie de la société chartiste : et puis?

L'inertie qu'engendre la *Charte* en maintenant en place cette structure sociale et politique virtuelle soulève deux questions : Que faudrait-il pour que

¹⁰²⁴ Pour quelques exemples, voir David Graeber, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰²⁵ David Graeber, *op. cit.*, p. 27. Note : FMI = Fonds Monétaire International.

cette minorité dominante se transforme de telle manière qu'un nouveau dynamisme s'installe? Quels moyens disposent la majorité pour encourager une telle transformation en se montrant ouverte à une alternative plus modérée? Nous ne discutons pas d'une troisième possibilité qui est d'attendre l'accomplissement de l'extrémisme actuel et espérer qu'il en reste quelque chose à la sortie. Cette dernière alternative représente le chemin déterministe habituel du laissez-faire et de l'asservissement humain. En transposant ces deux questions au Québec, que pouvons-nous conclure?

Du point de vue de la minorité dominante et de son horizon *irréféréntiel*, puisque la *Charte* lui permet d'accentuer son accaparement des richesses, ce qui accroît le fossé avec les autres, le maintien de ce monde virtuel semble combler les objectifs. Les outils du passé, comme les assemblées législatives ou les déclarations de droits des personnes, qui ont jadis permis de renverser des situations extrêmes similaires, ont été neutralisées et instrumentalisées. L'image d'une démocratie canadienne avec sa *Charte* sacralisée des droits et libertés de la personne joue bien son rôle de distraction. La croyance que cette dynamique - en faillite - va continuer à s'accentuer sans ressac relève plutôt de l'utopie d'un monde virtuel qui se croit éternel. Cette déconnexion ne fera qu'accentuer de plus en plus le détachement de la minorité dominante du reste de la société : « Être connecté sans être lié ou obligé, être ensemble sans se toucher renvoie à une image des relations sociales entièrement conçues sous l'angle d'un pur rapport de force stratégique, l'ultime finalité de ce rapport résidant dans le principe d'autoconservation et dans le rapport de méfiance systématique qu'il induit. »¹⁰²⁶ Il n'est pas réaliste de croire que des appareils de surveillance et de coercition de plus en plus répandus, sophistiqués et intrusifs, encouragés notamment par la nouvelle loi canadienne contre le terrorisme¹⁰²⁷ autorisant le déploiement secret de tels instruments, vont réussir à maintenir le *statu quo*. Ces instruments ne font qu'accentuer la peur et

¹⁰²⁶ Gérard Dubey, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰²⁷ *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, c 41.

l'isolement et cela génère une violence qui n'attend qu'à s'exprimer. Une entente négociée, pour cette minorité dominante cherchant une issue à son borbier, vaut peut-être plus que l'espoir de conserver le *statu quo* de la dynamique actuelle en continuant d'accentuer les moyens de surveillance, de contrôle et de coercition. Pour Tainter, cette dernière façon de faire a une limite : « Le déclin du soutien [(la légitimité)] ne mènera pas nécessairement à la chute d'un régime, car jusqu'à un certain point la coercition peut remplacer l'engagement pour assurer la docilité. La coercition est une stratégie coûteuse et inefficace qui ne peut jamais réussir complètement ou de façon permanente. »¹⁰²⁸ Pendant cette période d'inertie, les défis négligés, comme l'environnement et le réchauffement climatique, ne feront que revenir à l'avant-scène de manière plus accentuée à chaque nouvelle crise. Toynbee affirme que, lors des périodes de transition vers une accentuation d'un déclin, les problématiques que la société semble incapable de résoudre, qui ne peuvent être ignorées, reviendront tant qu'ils ne seront pas résolus ou que la société ne se saura pas désintégrée.¹⁰²⁹ La minorité dominante semble incapable de prendre la gouverne pour y remédier tout comme elle est incapable de se sortir de la peur du nationalisme québécois sauf en utilisant la coercition.

Les pistes de solutions possibles ont plus de probabilité de se trouver dans le registre de la modération et de la retenue que dans les formes extrêmes *actuelles*. Ironiquement, une solution reposant sur la fracture et la transformation de cet État en régression est probablement plus modérée que la poursuite de la dynamique présente, sans issue. La création (au lieu d'une fracture forcée) d'un projet commun de société (pour transformer une dynamique stagnante) comme une union asymétrique d'États (au lieu d'une centralisation fédérée) aurait l'effet, entre autres, de défaire la dynamique existante aux prises avec une inertie sans en modifier tous les paramètres de base. L'idée de découpler la gouvernance étatique, du moins en partie, du

¹⁰²⁸ Joseph A. Tainter, *op. cit.*, p. 27. Traduction libre de l'auteur.

¹⁰²⁹ Arnold I. Toynbee, *op. cit.*, *Volumes I-IV*, p. 363.

territoire pourrait aussi offrir une autre piste. Une réflexion sur le monde à léguer à nos enfants pourrait être aussi un bon point de départ pour la minorité dominante. Peu traitent aussi durement de la situation canadienne que François Rocher et Daniel Salée. Ils parlent de la faillite du libéralisme démocratique canadien, car pour les autres, ce serait admettre une part de la responsabilité.

Du côté de la majorité, ou des autres minorités selon la segmentation du chartisme, l'acceptation d'une lente régression semble plus acceptable que d'affronter l'inconnu d'un changement de dynamique. Le maintien d'un semblant de démocratie canadienne et l'épandage de revendications symboliquement valorisées, mais peu nutritives projettent l'image d'une situation qui n'est que le choix de ces minorités minorisées (et majorités minorisées). Ils ont voté pour cette dynamique, ils ont choisi l'état présent de la société. Pour les nouveaux venus, la situation du pays d'accueil représente souvent une amélioration de leur sort. Se satisfaire de la situation est une stratégie de nivellement par le bas comme si la seule référence est le pays d'origine et non la situation en déclin au Canada. Pour la solitude québécoise, une dynamique différente s'est déployée, car cette guerre civile à basse intensité entretenue par le chartisme a été accentuée dans son cas. En reprenant l'analogie de Lasch sur la classe moyenne supérieure, la peur de ce nationalisme québécois semble faire perdre la vertu libérale du Canada. Nous pouvons en voir l'expression avec le parti fédéraliste canadien au pouvoir à Québec depuis le début du XXI^e siècle. Sa principale stratégie électorale est la peur du nationalisme québécois. Le résultat a été d'orienter le gouvernement québécois vers un état de précarité et d'endettement considérable où la dette étatique du Québec a presque doublé pendant ce court règne de 13 ans du nouveau millénaire. Cette dette est passée de 133,2 milliards de dollars en

2003¹⁰³⁰ à 207,7 milliards de dollars en 2016¹⁰³¹.. Un gouvernement d'orientation néolibérale, qui avait promis de faire le ménage dans les finances publiques du Québec en 2003, a plutôt presque doublé la dette du gouvernement québécois, et ce avec des revenus¹⁰³² qui ont presque doublé au cours de la même période. Les politiques d'austérité déployées récemment, au nom de cet endettement de l'État québécois, ne font que saccager les principaux atouts dont s'enorgueillit le Canada : son système de santé universel, l'éducation de ses citoyens et l'aide aux plus pauvres notamment par le biais de l'aide sociale. Dans le cas de la santé, entre autres, le chartisme a contribué à montrer que le Québec représente une sorte de dysfonctionnement au sein de la fédération canadienne (l'arrêt *Chaoulli* en 2005). Un appauvrissement et la perception d'une dépendance accrue envers le Canada atténuent peut-être les craintes envers le nationalisme québécois. Selon Russell, ce sera probablement l'essoufflement économique qui aura raison du nationalisme québécois et non le chartisme. D'un autre point de vue, avec un Canada apeuré dont la démocratie libérale est en difficulté, ces reculs au niveau des principaux éléments de l'État providence canadien offrent aux citoyens québécois une opportunité pour mieux constater le cul-de-sac dans lequel le Québec se trouve et ainsi encourager un examen d'options.

Une des options est la forme actuelle du nationalisme québécois fondée sur la création d'un pays pour assurer la survie de sa langue, sa culture et ses valeurs. Les appareils de la gouvernementalité canadienne ont aussi eu le

¹⁰³⁰ Vincent Brosseau-Pouliot, « Années Charest : un Québec plus endetté », La Presse, 2 août 2012. Récupéré de <http://affaires.lapresse.ca/economie/quebec/201208/02/01-4561560-annees-charest-un-quebec-plus-endette.php>.

¹⁰³¹ Gouvernement du Québec, *La dette du Québec*, Finances Québec. Récupéré de <http://www.finances.gouv.qc.ca/fr/page.asp?sectn=36>.

¹⁰³² Revenus de 55 milliards de dollars en 2003-2004 à 101.1 milliards de dollars en 2015-2016. (Gouvernement du Québec, *Comptes publics 2003-2004, volume 1, États financiers consolidés du gouvernement du Québec - Année financière terminée le 31 mars 2004*, p. XIII. Récupéré de <http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Comptespublics/fr/vol1-2003-2004.pdf>) et (Gouvernement du Québec, Finances Québec. *Budget 2015-2016 – Extrait Tableau et graphiques*, mars 2015, p. 5. Récupéré de http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2015-2016/fr/documents/Graphiques_tableauFR.pdf).

temps de montrer que non seulement ils ne répondent pas au besoin de protection de la langue française au Québec, mais ils rejettent l'interculturalisme québécois. Face aux difficultés grandissantes du système étatique canadien chartiste, ce nationalisme québécois devra s'interroger sur l'encadrement et les limites qu'il déploierait face aux excès d'inégalités qui refont surface dans un Canada où la démocratie libérale est en difficulté. Il devra aussi répondre du déploiement de structures démocratiques éventuelles capable de répondre à la dynamique de pénétration et de limitations imposées par l'encadrement actuel de la gouvernance étatique chartiste canadienne et ses droits de la personne instrumentalisés. Qu'est-ce qui devra être différent pour éviter un retour vers ce type d'État chartiste?

Le Canada ne pourra retourner en arrière, il est trop emprisonné dans sa religion chartiste et ses discours de démocratie juridique constitutionnelle. Il s'y plait, car, pour l'instant, les revendications de la personne et sa *Charte* sacralisée offrent un baume aux inégalités économiques grandissantes. Les nouveaux Canadiens comparent encore ces baumes aux inégalités de leur pays d'origine et non au résultat négatif social et économique dans leur pays d'adoption. Pour restaurer la démocratie au Canada, il faudra le changer. Les Québécois pourraient offrir un leadership au reste du Canada dans cette direction même si cela vise à transformer significativement la structure étatique canadienne. Les actions de la gouvernance étatique québécoise actuelle devraient aussi servir d'avertissement au reste du Canada. Un exercice de démantèlement accéléré des structures de l'État providence est en cours au Québec, par un parti fédéraliste avec la privatisation de son système de santé universel. Le potentiel d'une situation similaire se déploie en ce moment en Colombie-Britannique devant la Cour suprême de cette province.¹⁰³³ Le reste du Canada suivra.

¹⁰³³ *Cambie Surgical Centre et al. v. Medical Services Commission et al.* Documents disponible sur le site du BC Health Coalition : <http://www.bchealthcoalition.ca/what-you-can-do/save-medicare/court-documents>.

C.3 D'autres types de solutions

Notre analyse a permis d'identifier et de décrire un des principaux appareils de la gouvernamentalité canadienne qui maintient ses citoyens dans un état de minorité, la *Charte*. Avec le nationalisme québécois comme cible principale, les Québécois et leurs particularités sont spécifiquement visés par cet outil de minorisation qu'est le chartisme. Une des problématiques principales de ce type d'outil qui maintient les individus dans un état de minorité est l'effet pérenne qu'il produit chez ceux-ci dans leur société, en encourageant un comportement de soumission envers l'intimidateur. Nous l'avons déjà proposé, une suite potentielle de notre étude serait l'analyse de ces effets par le biais d'une comparaison de la situation actuelle avec celle qui prévalait au XIX^e siècle lors de l'industrialisation massive de l'Occident, et même celle avant la Révolution française. Ce sont des périodes de disparités considérables qui ont provoqué des bouleversements tout aussi significatifs. Cela permettrait d'étudier et de comparer la dynamique actuelle de disparités entre une minorité dominante à la recherche de direction, détachée du reste des citoyens qui, eux, subissent les contrecoups de cette situation de faillite du libéralisme canadien. L'objectif recherché dans ce cas-ci est d'identifier les appareils de gouvernement, et leurs effets, qui créent et perpétuent la soumission dans une société maintenue dans un état d'intimidation. Les solutions de jadis pourraient permettre de trouver des champs d'analyse pertinents.

Autre que le chartisme que nous venons d'étudier en détail, plusieurs appareils de gouvernamentalité minorisant ont été brièvement examinés et nécessiteraient une analyse plus approfondie pour permettre d'y déceler les impacts qu'ils ont sur le maintien des individus dans un état de minorité. La technicisation des discours et ses effets représentent aussi une piste importante. Les barrières qu'elle crée et protège sont similaires dans plusieurs domaines. L'envahissement par la technique, et ses dérivés, du social et du

politique de la société génère une régression dans la communication au sein de celle-ci ainsi que pour sa gouvernance.¹⁰³⁴ L'examen transversal d'une telle dynamique minorisant offrirait un potentiel de synergie pour un changement.

Un tel examen s'articule autour d'une virtualisation sociale et politique de la société par des intermédiaires qui monopolisent des secteurs névralgiques de l'État. C'est le cas notamment pour l'économie (avec les économistes et l'argent), la santé (avec les médecins et leurs actes réservés), et la construction (avec les ingénieurs et leurs actes réservés). Nous avons déjà analysé le domaine du droit (avec les juristes et l'interprétation réservée des lois comme la *Charte*). Ceux-ci génèrent une forme extrême de société à partir de leur domaine par un contrôle du flux et du contenu des discours par le biais de leur langage technicisé obscur. Cela génère un besoin d'abstraction pour communiquer à l'extérieur de leur domaine. Cette traduction, ou simplification, engendre une perte importante d'information ainsi qu'un enfermement accru. Les autres à l'extérieur deviennent ainsi profanes créant une situation de soumission, de virtualisation du domaine et de l'accroissement du monopole de ces experts. La conséquence d'un tel discours clos dans un domaine emprisonne ses pratiquants dans les méandres de celui-ci et favorise leur déclin graduel par manque de communication avec la réalité externe. Cela encourage les excès, comme la corruption, par la fausse sécurité que leur monopole et leur langage obscur induisent.

Autre que l'acceptation du recul graduel de la richesse de notre société, l'identification des structures et processus qui maintiennent cette dynamique en place, comme le chartisme, est probablement la piste la plus propice à renverser la tendance. Cela est valable tant pour la majorité que pour la minorité dominante. L'occasionnel communicateur qui promet la résolution de toutes les problématiques individuelles locales produit un espoir enivrant utopique comme l'élection de Donald Trump aux États-Unis le démontre. Ce

¹⁰³⁴ Gérard Dubey, *op. cit.*, 259 pages.

n'est qu'un baume temporaire qui, habituellement, accentue le recul. Il faut refuser qui nous sommes en premier. Ensuite, nous pourrons construire ce que nous pourrions être...graduellement.

BIBLIOGRAPHIE

SOURCE

Source – Législations

- *Alberta Human Rights Act*, RSA (2000), c A-25.5.
- *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.
- *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. (1975), c C-12
- *Code criminel*, L.R.C. (1985), c C-46
- *Code de déontologie des avocats*, L.Q., c B-1, r. 3
- *Code de déontologie des avocats*, L.Q., c B-1, r. 3.1
- *Code ontarien des droits de la personne*, L.R.O. (1980), c 340
- *Déclaration canadienne des droits*, S.C. (1960), ch. 44
- *Individual Rights Protection Act*, S.A. (1972), c.2
- *Loi antiterroriste*, L.C. (2001), c 41
- *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6
- *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.U.)
- *Loi constitutionnelle de 1982*, L.R.C. (1985), app. II, no. 44, annexe B, partie I, *Charte canadienne des droits et libertés*
- *Loi d'aide à l'exécution des ordonnances et des ententes familiales*, L.R.C. (1985), c 4 (2e suppl.)
- *Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. (1968-69), c 38
- *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. (2006), c 43
- *Loi apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*, L.Q. (2016), c 12
- *Loi modifiant le Code de procédure civile pour prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et favoriser le respect de la liberté d'expression et la participation des citoyens aux débats publics*, L.Q. (2009), c 12
- *Loi no 2 sur le plan d'action économique de 2013*, L.C. (2013), c 40
- *Loi permettant aux étudiants de recevoir l'enseignement dispensé par les établissements de niveau postsecondaire qu'ils fréquentent*, L.Q. (2012), c 12.

- *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, R.S.C. (1970), c C-23
- *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), c S-26
- *Loi sur le mariage civil*, L.C. (2005), c 33
- *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C. (1985), c 24 (4e suppl.)
- *Loi sur l'Équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. (2010), c 18
- *Lois sur le recouvrement des soins de santé et de dommages-intérêts liés au tabac*, L.R.Q. c R-2.2.0.0.1
- *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c I-5
- *Loi sur le tabac*, L.C. (1997), c 13
- *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985), ch. 31 (4e suppl.)
- *Loi sur l'immigration de 1976, 1976-77*, (Can.), c 52
- *Règlement sur l'information relative aux produits du tabac* (DORS/2000-272)
- *Tobacco Damages and Health Care Costs Recovery Act*, SBC (2000) c 30

Source – Jugements

- *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567
- *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143
- *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3
- *Barrick Gold Corporation c. Éditions Écosociété*, [2011] QCCS 6758
- *Bhinder c. C.N.*, [1985] 2 R.C.S. 561
- *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591
- *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (USSC+)
- *Canada (ministère de la citoyenneté et de l'immigration) c. Ishaq*, [2015] CAF 194.
- *Canada (P.G.) c. JTI-MacDonald Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 610
- *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, [2010] 1 R.C.S. 44
- *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331

- *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta Human Rights Commission*, [1990] 2 R.C.S. 489
- *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791
- *Colombie-Britannique (Public Service Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3
- *Commission ontarienne des droits de la personne (O'Malley) c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536
- *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203
- *Dagenais c. Société Radio Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835
- *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2016] CSC 12
- *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989
- *Devine c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 790
- *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3
- *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350
- *Éditions Écosociété c. Banro Corp.*, [2012] 1. R.C.S. 636
- *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326
- *Edwards v. A.G. of Canada*, [1930] A.C. 124.
- *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513
- *E (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388
- *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712
- *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429
- *Gosselin et al. c. Québec (Procureur général)*, [2002] J.Q. no. 1126 (C.A.)
- *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145
- *Imperial Tobacco Canada Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 2014 QCCS 842
- *Irwin toy ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927
- *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497
- *Law Society of Upper Canada c. Skapinger*, [1984] 1 R.C.S. 357

- *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, [2007] 1 R.C.S. 38
- *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950
- *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342
- *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3
- *Morasse c. Nadeau-Dubois*, [2016] CSC 44
- *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3
- *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256
- *Opération Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441
- *Phillips c. Nouvelle Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97
- *Quebec Association of Protestant School Boards c. P.G. Québec.*, [1984] 2 R.C.S. 66
- *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548
- *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295
- *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713
- *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45
- *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483
- *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456
- *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533
- *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668
- *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30
- *R. c. N.S.*, [2012] 3 R.C.S. 726
- *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103
- *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075
- *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951
- *R. c. Van der peet*, [1996] 2 R.C.S. 507
- *Reference re meaning of the word "Persons" in s. 24 of British North America Act*, [1928] R.C.S. 276
- *Renvoi : Juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3

- *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486
- *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, [2014] 1 R.C.S. 433
- *Renvoi relatif à la Public Service Employees Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313
- *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217
- *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698
- *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721
- *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753
- *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793
- *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.
- *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121
- *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245
- *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, [2002] 3 R.C.S. 519
- *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573
- *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156
- *Singh c. Québec (Procureur général)*, 2015 QCCS 4798
- *Singh et autres c. M.E.I.*, [1985] 1 R.C.S. 177
- *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549
- *Solski (tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 201
- *Suresh c. Canada (MCI)*, [2002] 1 R.C.S. 3
- *Switzman v. Elbing and A.G. of Quebec*, [1957] R.C.S. 285
- *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551
- *Therrien (Re)*, [2001] 2 R.C.S. 3
- *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530
- *Videoflicks Ltd. et al. v. R.*, (1984) 9 C.R.R. 193 (C.A. Ont.)
- *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493

Source – Autres

- Assemblée nationale. Projet de loi no. 60 (40^e législature, 1^{re} session). *Charte affirmant les valeurs de laïcité et de neutralité religieuse de l'État ainsi que d'égalité entre les femmes et les hommes et encadrant les demandes d'accommodement*, Éditeur officiel du Québec, 2013. Récupéré de <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-60-40-1.html>.
- Assemblée nationale. Projet de loi no. 59 (41^e législature, 1^{re} session). *Loi édictant la Loi concernant la prévention et la lutte contre les discours haineux et les discours incitant à la violence et apportant diverses modifications législatives pour renforcer la protection des personnes*. Éditeur officiel du Québec, 2015. Récupéré de <http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-59-41-1.html>.
- Bossett, Pierre (sous la dir.). Commission des droits de la personne et de la jeunesse. *Après 25 ans: la Charte québécoise des droits et libertés*. Volume 1, Bilan et recommandations, Québec : Les publications du Québec, 2003, 135 p. Récupéré de http://www.cdpedj.qc.ca/Publications/bilan_charte.pdf.
- Bouchard, Gérard et Taylor, Charles. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation, Rapport abrégé*. Gouvernement du Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, 99 p. Récupéré de <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/publications.htm>.
- Bouchard, Gérard et Taylor, Charles. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation, Rapport*. Gouvernement du Québec, Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2008, 307 p. Récupéré de <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/publications.htm>.
- Capotorti, Francesco. *Étude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*. Document des Nations Unies : E/CN.4/Sub.2/384/Rev. 1, New York : Nations Unies, 1979.
- Cour suprême du Canada. *À propos des juges*. Récupéré de <http://www.scc-csc.ca/court-cour/judges-juges/about-apropos-fra.aspx>.
- Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Membership (2014 Statistical Report)*. Récupéré de <http://docs.flsc.ca/2014-Statistics.pdf>.

- Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. 1998 – *Statistiques des Ordres professionnels de juristes*. Récupéré de <http://flsc.ca/wp-content/uploads/2015/03/1998-statistical-report.pdf>.
- Gilbert, Marcel. *Autant de façons d'être Québécois, Plan d'action à l'intention des communautés culturelles*. Gouvernement du Québec, Ministère des communautés culturelles et de l'immigration, Québec : Direction générale des publications gouvernementales, 78 pages. 1981.
- Gouvernement de Terre-Neuve et du Labrador, Department of Finance, Newfoundland & Labrador Statistics Agency. Annual Estimates of Population for Canada, Provinces and Territories, from July 1, 1971 to July 1, 2016. Récupéré de http://www.stats.gov.nl.ca/statistics/population/PDF/Annual_Pop_Prov.PDF.
- Gouvernement du Canada, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, vol 4, « L'apport culturel des autres groupes ethniques », Ottawa : Imprimeur de la Reine pour le Canada, 23 octobre 1969, 94 pages. Récupéré de http://publications.gc.ca/collections/collection_2014/bcp-pco/Z1-1963-1-5-4-1-fra.pdf.
- Gouvernement du Canada. Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada. *Faits et chiffres 2014 – Aperçu de l'immigration : Résidents permanents*. Récupéré de <http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/statistiques/faits2014/permanents/index.asp#figure1>.
- Gouvernement du Canada. Ministère des finances. *Rapport financier annuel du gouvernement du Canada - Exercice 2014-2015*. Récupéré de <http://www.fin.gc.ca/afr-rfa/2015/report-rapport-fra.asp#toc2>.
- Gouvernement du Canada. Ministère des finances. *Tableaux de référence financiers - 2015 : partie 3 de 9*. Récupéré de <http://www.fin.gc.ca/frt-trf/2015/frt-trf-1503-fra.asp>.
- Gouvernement du Canada. Statistique Canada. *Estimations de la population du Canada : âge et sexe, 2014*. Récupéré de <http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/140926/dq140926b-fra.htm>.
- Gouvernement du Canada. Statistiques Canada. *Les peuples autochtones au Canada : Premières Nations, Métis et Inuits*. Récupéré de <http://www12.statcan.gc.ca/nhs-enm/2011/as-sa/99-011-x/99-011-x2011001-fra.cfm>.
- Gouvernement du Canada. Statistique Canada. *Tableau 1 – L'aide juridique au Canada, 2012-2013*. Récupéré de <http://www.statcan.gc.ca/pub/85-002-x/2014001/article/11910/tbl/tbl01-fra.htm>.

- Gouvernement du Canada. Vérificatrice générale du Canada. *Rapport de la vérificatrice générale du Canada à la Chambre des communes*, chapitre 10 Ministère de la justice – Les coûts liés à la mise en œuvre du Programme canadien des armes à feu, décembre 2002. Récupéré de <http://www.oag-bvg.gc.ca/internet/docs/20021210cf.pdf>.
- Gouvernement du Québec. *Comptes publics 2003-2004, volume 1, États financiers consolidés du gouvernement du Québec - Année financière terminée le 31 mars 2004*. Récupéré de <http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/Comptespublics/fr/vol1-2003-2004.pdf>
- Gouvernement du Québec, Finances Québec. *Budget 2015-2016 - Extrait Tableau et graphiques, mars 2015*. Récupéré de [http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2015-2016/fr/documents/Graphiques_tableau FR.pdf](http://www.budget.finances.gouv.qc.ca/budget/2015-2016/fr/documents/Graphiques_tableau_FR.pdf).
- Gouvernement du Québec. *La politique québécoise du développement culturel*. Québec : Éditeur officiel du Québec, 1978, 146 pages. Récupéré de collections.banq.qc.ca/bitstream/52327/2096618/1/184803_1.pdf.
- Gouvernement du Québec. Ministère des finances. *La dette du Québec*. Récupéré de <http://www.finances.gouv.qc.ca/fr/page.asp?sectn=36>.
- Inflation.eu – Worldwide Inflation Data. *Inflation historique Canada – Inflation IPC historique Canada*. Récupéré de <http://fr.inflation.eu/taux-de-inflation/canada/inflation-historique/ipc-inflation-canada.aspx>
- Labelle, Micheline et Dionne, Xavier, *Les fondements théoriques de l'interculturalisme, Rapport présenté au Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles*. Centre de recherche en immigration, ethnicité et citoyenneté, Montréal : UQAM, septembre 2011, 55 pages. Récupéré de <https://criec.uqam.ca/upload/files/Rapport%20Inter%20final%2029%20sept%202011.pdf>.
- Lemay, Marc. *Le multiculturalisme canadien, Rapport 93-6F*. Division des affaires politiques et sociales, Direction de la recherche parlementaire de la Bibliothèque du Parlement, Ottawa : Bibliothèque du Parlement, 15 février 1999, 20 pages. Récupéré de <http://publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/CIR-f/936-f.pdf>.
- Ligue des droits de l'homme, *Mémoire à la commission parlementaire de la Justice de l'Assemblée nationale du Québec sur le projet de loi 50, Loi sur les droits et libertés de la personne*, janvier 1975, 40 pages. Récupéré de http://www.cubiq.ribg.gouv.qc.ca/in/faces/details.xhtml?id=p%3A%3Ausmarcdef_0000320145&.

- Nations Unies. *Examen des rapports présentés par les États parties en vertu de l'article 40 du Pacte, Observations finales du Comité des droits de l'homme*. N.U. CCPR/C/CAN/CO/5 (26 avril 2006). Récupéré de http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/AdvanceDocs/CCPR.C.CAN.CO.5_Fr.pdf?OpenDocument.
- Nations Unies. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Récupéré de <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.
- Nations Unies. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Récupéré de <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.
- Neale Bob. Ernst & Young Global Limited, *Revenus du gouvernement canadien de 1984 à 2014, Décembre 2014*, récupéré de <http://www.ey.com/CA/fr/Services/Tax/Questionsfiscales-Decembre2014-Revenus-du-gouvernement-canadien-de-1984-a-2014>.
- Nowak, Manfred et al. *Droits de l'homme : Guide à l'usage des parlementaires*. Union interparlementaire et Haut-commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, SADAG : Bellegarde-sur-Valserine, France, no. 8, 2005, 189 pages. Récupéré de http://www.ipu.org/pdf/publications/hr_guide_fr.pdf.
- OCDE. *FOCUS on Top Incomes and Taxation in OECD Countries: Was the crisis a game changer?* mai 2014. Récupéré de <http://www.oecd.org/social/OECD2014-FocusOnTopIncomes.pdf>.
- Parent, Alphonse-Marie, Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'enseignement dans la province de Québec*, Vol 3, Chapitre XII « La langue maternelle ». Gouvernement du Québec, 1963, 432 pages. Récupéré de https://www.bibliotheque.assnat.qc.ca/DepotNumerique_v2/AffichageNotice.aspx?idn=2710.
- Rousseau, Guillaume. *La disposition dérogatoire des chartes des droits : de la théorie à la pratique, de l'identité au progrès social*. Institut de recherche sur le Québec. Récupéré de <http://irq.quebec/etudes-et-recherches/etudes-politique-quebecoise/disposition-derogatoire/>.
- Taylor, Charles. « Des avenir possibles : la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XXe siècle ». In *Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada*, sous la dir. Alan Cairns et Cynthia Williams, p. 207-257, vol. 33 des annexes du Rapport de la Commission

royale d'enquête sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, 1986.

TEXTES

Textes – Monographies

- Alfred, Taiaiake. *Peace, Power, Righteousness - An Indigenous Manifesto*. Oxford : Oxford University Press, 2009, 202 p.
- Bastien, Frédéric. *La bataille de Londres – Dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*. Montréal : Les éditions du Boréal, 2013, 476 p.
- Baudrillard, Jean. *Simulacres et simulations*. Paris : Éditions Galilée, 1981 235 pages.
- Bauman, Zygmunt. *Freedom*, Minneapolis : University of Minnesota, 1988, 106 p.
- Baxi, Upendra. *The Future of Human Rights*. New Delhi : Oxford University Press, 2006, 340 p.
- Benhabib, Seyla. *The Claims of cultures: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton : Princeton University Press, 2002, 280 p.
- Black, Conrad. *Duplessis – Le pouvoir*. Montréal : Les Éditions de l'Homme ltée, 1977, 622 p.
- Blattberg, Charles. *Et si nous dansions? Pour une politique du bien commun au Canada*. Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 2004, 215 p.
- Bouchard, Gérard. *L'interculturalisme, Un point de vue québécois*. Montréal : Les Éditions du Boréal, 2012, 286 p.
- Brouillet, Eugénie. *La négation de la nation*. Québec : Éditions du Septentrion, 2005, 478 p.
- Brun, Henri et al. *Droit constitutionnel, 5e éd.* Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 2008, 1548 p.
- Brun, Henri et al. *Droit constitutionnel, 6e éd.* Cowansville : Les Éditions Yvon Blais, 2014, 1666 p.
- Cairns, Alan C. *Disruptions – Constitutional Struggles, from the Charter to Meech Lake* (éditeur – Douglas E. Williams). Toronto : McClelland & Stewart Inc., 1991, 307 p.

- Cairns, Alan C. *The Dilemmas of Constitutional Reform*. Montréal et Kingston : McGill-Queen's University Press, 1992, 160 p.
- Corten, Olivier et Schaus, Annemie. *Le droit comme idéologie : introduction critique au droit belge* (2^e éd. revue). Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles, 2009, 424 p.
- Deneault, Alain et al. *Noir Canada*. Montréal : Les Éditions Écosociété, 2008, 348 p.
- Derrida, Jacques. *De la grammatologie*. Paris : Les Éditions de Minuit, 1967, 445 p.
- Dickason, Olive Patricia. *Les premières nations du Canada* (traduit par Jude Des Chênes). Québec : Les éditions du Septentrion, 1996, 510 p.
- Dubey, Gérard. *Le lien social à l'ère du virtuel*. Paris : Presses Universitaires de France, 2001, 259 p.
- Dupuis, Renée. *La Question indienne au Canada*. Montréal : Les Éditions du Boréal, 1991, 124 p.
- Dworkin, Ronald. *Prendre les droits au sérieux* (traduit par Marie-Jeanne Rossignol et Frédéric Limare), Paris : Presses Universitaires de France, 1995, 515 p.
- Engels, Friedrich. *Anti-Dühring (M.E. Dühring bouleverse la science) – 1^{ère} partie* (1878), (traduit par Emile Bottigelli), Paris : Les Éditions Sociales, 1950, 277 p.
- Featherstone, Mike. *Consumer culture and postmodernism*, Londres : SAGE Publications Ltd, 1991, 203 p.
- Foucault, Michel. *L'ordre du discours*. Paris : Éditions Gallimard, 1971, 82 pages.
- Foucault, Michel. *Histoire de la sexualité, vol. 1 : La volonté de savoir*. Paris : Gallimard, 1976, 224 p.
- Foucault, Michel, « *Il faut défendre la société* » : *Cours au Collège de France (1976)*. Paris : Gallimard-Seuil, 1997, 283 p.
- Foucault, Michel. *Les anormaux : Cours au Collège de France (1974-1975)*. Paris : Gallimard-Seuil, 1999, 351 p.
- Foucault, Michel. *Sécurité, territoire, population : Cours au Collège de France (1977-1978)*. Paris : Gallimard-Seuil, 2004, 435 p.
- Foucault, Michel. *Naissance de la biopolitique : Cours au Collège de France (1978-1979)*. Paris : Gallimard-Seuil, 2004, 355 p.

- Freud, Sigmund. *Malaise dans la civilisation*, (traduit par Ch. et J. Odier) (1929). Paris : Les Presses Universitaires de France, 1971, 62 p.
- Gilles, David. *Introduction aux fondements philosophiques du droit*. Thémis et Dikè. Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2012, 585 pages.
- Glendon, Mary Ann. *Abortion and Divorce in Western Law*. Cambridge : Harvard University Press, 1987, 224 p.
- Graeber, David. *Dettes – 5000 ans d'histoire* (traduit par Françoise et Paul Chemla). Paris : Éditions Les Liens qui Libèrent, 2013, 622 p.
- Heidegger, Martin. *Être et temps* (traduit par Emmanuel Martineau). éditions numériques hors commerce, 1985, 356 p. Récupéré de <http://www.oocities.org/nythamar/etretemps.pdf>.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada, 2009 Student Ed.* Toronto : Thomson Reuters Canada Limited, 2009, 1490 p.
- Ignatieff, Michael. *Blood and Belonging*. London : BBC Books, 1993, 263 p.
- Ignatieff, Michael. *The Rights Revolution*. Toronto : House of Anansi Press Ltd, 2000, 170 p.
- Ishay, Micheline. *The history of human rights: from ancient times to the globalization era*. Berkeley: University of California Press, 2004, 450 p.
- Kelly, James. *Governing with the Charter: Legislative and Judicial Politics and Framers' Intent*. Vancouver : UBC Press, 2005, 336 p.
- King, Thomas. *The Truth About Stories*. Coll. CBC Massey Lectures Series. Toronto : House of Anansi Press, 2003, 172 p.
- Kymlicka, Will. *La citoyenneté multiculturelle : Une théorie libérale du droit des minorités* (trad. de l'anglais par Patrick Savidan). Montréal : Les éditions du Boréal, 2001, 359 p.
- Lajoie, Andrée. *Jugements de valeurs*. Paris : Presses universitaires de France, 1997, 217 p.
- Lajoie, Andrée. *Quand les minorités font la loi*. Paris : Presses universitaires de France, 2002, 217 p.
- Laruelle, François. *Théorie générale des victimes*. Paris : Mille et une nuits, 2012, 210 p.
- Lasch, Christopher. *The Revolt of the Elites and the Betrayal of Democracy*. New York : W. W. Norton & Company inc., 1996, 276 p.

- Latour, Bruno. *La fabrique du droit, une ethnographie du Conseil d'État*. Paris : La Découverte, 2004, 320 pages.
- Lessing, Doris. *Prisons we choose to live inside*. Concord : House of Anansi Press Limited, 1986, 76 p.
- Machiavelli, Niccolò. *Le Prince* (traduit par Jean-Vincent Périès - 1825). Montréal : Boréal, 1995, 124 p.
- Mandel, Michael. *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada* (traduit par Hervé Juste). Montréal : Les éditions du Boréal, 1996, 384 p.
- Martin, Robert Ivan. *The Most dangerous branch*. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2003, 285 p.
- MacFarlane, Emmett. *Governing from the Bench*. Vancouver : UBC Press, 2013, 241 p.
- Morton, F.L., et Knopff, Rainer. *The Charter Revolution and the Court Party*. Peterborough : Broadview Press, 2000, 227 p.
- Pal, Leslie. *Interests of State: The Politics of Language, Multiculturalism, and Feminism in Canada*. Montréal : McGill-Queen's University Press, 2014, 345 p.
- Romanov, Roy, Whyte, John et Leeson, Howard. *Canada... Notwithstanding: The Making of the Constitution, 1976-1982*. Toronto : Carswell/Methuen, 1984, 286 p.
- Savoie, Donald J. *The Concentration of Power in Canadian Politics – Governing from the Centre*. Toronto : University of Toronto Press, 1999, 440 p.
- Saul, John Ralston. *Voltaire's Bastards: The Dictatorship of Reason in the West*. Toronto : Penguin Books, 1992, 640 p.
- Saul, John Ralston. *On Equilibrium*. Toronto : Penguin Canada Ltd, 2001, 370 p.
- Saywell, John T. *The Lawmakers: Judicial Power and the Shaping of Canadian Federalism*. Toronto : University of Toronto Press, 2014, 476 pages.
- Sharpe, Robert J., et Roach, Kent. *Brian Dickson: A Judge's Journey*. Toronto : University of Toronto Press, 2003, 524 p.
- Spengler, Oswald. *Le déclin de l'Occident, Première partie : Forme et réalité* (traduit par M. Tazerout). Paris : Gallimard, 1948, 411 pages

- Spengler, Oswald. *Le déclin de l'Occident, Deuxième partie : Perspectives de l'histoire universelle* (traduit par M. Tazerout). Paris : Gallimard, 1948, 467 pages.
- Spengler, Oswald. *The Decline of the West – An abridged Edition* (traduit par Helmut Werner). New York : Vintage Books, 2006, 415 p.
- Tainter, Joseph A. *The Collapse of Complex Societies*. Cambridge : Cambridge University Press, 1988, 250 p.
- Théry, Irène. *Le démariage*. Paris : Éditions Odile Jacob, 1993, 469 p.
- Toynbee, Arnold J. *A Study of History – Abridgement of Volumes I-VI* (par D.C. Somervell). Oxford : Oxford University Press, 1946, 617 p.
- Toynbee, Arnold J. *A Study of History – Abridgement of Volumes VII-X* (par D.C. Somervell). Oxford : Oxford University Press, 1957, 414 p.
- Vignaux, Georges. *Du signe au virtuel*. Paris : Éditions du Seuil, 2003, 217 pages.
- Waldron, Jeremy. *Liberal Rights Collected Papers 1987-1991*. Cambridge : Cambridge University Press, 1993, 496 p.
- Wemmers, Jo-Anne. *Introduction à la victimologie*. Montréal : Les Presses de l'Université de Montréal, 2003, 224 p.

Textes – Chapitres

- Bosset, Pierre. « Les fondements juridiques et l'évolution de l'obligation d'accommodement raisonnable ». In *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où?*, sous la dir. M. Jézéquel. p. 3-28. Cowansville : Éditions Yvon Blais, 2007.
- Cairns, Alan C. « Ritual, Taboos, and bias in Constitutional Controversies, or Constitutional Talk Canadian Style ». In *Disruptions: Constitutional Struggles from the Charter to Meech Lake*, sous la dir. Douglas E. Williams, p. 199-222. Toronto : McClelland and Stewart, 1991.
- Chevallier, Jacques. « Changement politique et droit administratif ». In *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.). p. 293-326. Paris : Presses Universitaires de France, 1989.
- Chevallier, Jacques. « Les interprètes du droit ». In *La doctrine juridique*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.). p. 259-282. Paris : Presses Universitaires de France, 1993.

- Choudry, Sujit. « Bills of Rights as Instruments of Nation Building ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 233-250. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Foucault, Michel. « La vérité et les formes juridiques ». In *Dits et écrits I, 1954 – 1975*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 1406-1514. Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001.
- Foucault, Michel. « Entretien avec Michel Foucault ». In *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 860-914. Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001.
- Foucault, Michel. « Le jeu de Michel Foucault ». In *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 298-329. Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001.
- Foucault, Michel. « La gouvernementalité ». In *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 635-657. Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001.
- Foucault, Michel. « Naissance de la biopolitique ». In *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 818-825. Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001.
- Foucault, Michel. « Le sujet et le pouvoir ». In *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 1041-1062. Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001.
- Foucault, Michel. « Manière de justice ». In *Dits et écrits II, 1976 – 1988*, sous la dir. de Daniel Defert et François Ewald, p. 755-759. Paris : Éditions Quarto-Gallimard, 2001.
- Foucault, Michel. « "Omnes et singulatim" : vers une critique de la raison politique» (traduit par P.E. Dauzat) Conférence faite à l'université de Stanford (The Tanner Lectures on Human Values, 10 et 16 octobre 1979). In *Dits et écrits IV, 1980-1988*, sous la dir. de Daniel Defers et François Ewald, p. 134-161, Paris : Éditions Gallimard, 1994.
- Fraser, Graham. « Canadian Language Rights: Liberties, Claims, and the National Conversation ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 169-186. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Gras, Alain. « Préface ». In *Le lien social à l'ère du virtuel*, Gérard Dubey. Paris : Presses Universitaires de France, 2001, p. 5-11.

- Hennigar, Matthew. « Reference re Same-sex Marriage: Making sense of the Government's Litigation Strategy ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 209-230. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Hiebert, Janet L. « Judges, Parliament and the Making of Social Policy ». In *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 165-213. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001
- Hiebert, Janet. « Compromise and the Notwithstanding Clause: Why the Dominant Narrative Distorts Our Understanding ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 107-125. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Hogg, Peter H. et Thornton, Allison A. « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures ». In *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 106-110. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001.
- Howe, Paul et Russell Peter H. « Introduction ». In *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. ix-xv. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001.
- Huscroft, Grant. « Rationalizing Judicial Power: The Mischief of Dialogue Theory ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 50-65. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Kelly, James B. et Manfredi, Christopher P. « Should We Cheer? Contested Constitutionalism and the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 3-29. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Knopff, Rainer, Baker, Dennis et LeRoy Sylvia. « Courting Controversy: Strategic Judicial Decision Making ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 66-85. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Ladner, Kiera L. et McCrossan, Michael. « The Road Not Taken: Aboriginal Rights ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian*

Charter of Rights and Freedoms, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 263-283. Vancouver : UBC Press, 2009.

- Laforest, Guy. « The Internal Exile of Quebecers in the Canada of the Charter ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 251-262. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Leeson, Howard. « The Notwithstanding Clause ». In *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 297-327. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001.
- McLachlin, Beverly. « Courts, Legislatures and Executives in the post-Charter Era ». In *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 63-72. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001.
- Martens, Paul. « Le temps de la distance, de l'allégeance et du respect », In *Les juges : décideurs politiques?*, sous la dir. Geoffrey Grandjean et Jonathan Wildemeersh, p. 9-15. Bruxelles : Éditions Bruylant, 2016.
- Noreau, Pierre. « La politique à l'épreuve du droit : les lendemains juridiques de la gouvernance ». In *Être gouverné, études en l'honneur de Jean Leca*, sous la dir. Pierre Favre, Jack Hayward et Yves Schemeil. p. 181-200. Paris : Presses de Science politique, 2003.
- Petter, Andrew. « Legalise this: The Chartering of Canadian Politics ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 33-49. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Riddell, Troy. « Explaining the Impact of Legal Mobilization and Judicial Decisions: Official Minority Language Education Rights outside Quebec ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 187-208. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Russell, Peter. « The Charter and Canadian Democracy ». In *Contested Constitutionalism: Reflections on the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, sous la dir. James B. Kelly et Christopher P. Manfredi, p. 287-306. Vancouver : UBC Press, 2009.
- Weinrib, Lorraine Eisenstat. « The Activist Constitution ». In *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 80-86. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001.

- Woehrling, José. « La Charte canadienne des droits et libertés et ses répercussions sur la vie politique ». In *Le parlementarisme canadien, 3e édition revue et augmentée*, sous la dir. Réjean Pelletier et Manon Tremblay, p 81-118. Québec : Presses de l'Université Laval, 2005.
- Wilson, Bertha. « We didn't volunteer ». In *Judicial Power and Canadian Democracy*, sous la dir. Paul Howe et Peter H. Russell, p. 73-79. Montreal et Kingston : Mc-Gill-Queen's University Press, 2001.

Textes – Articles

- Barron, Anne. « Discours juridique et colonisation du moi dans l'État moderne ». *Droit et société*, no. 13 (1989), p.359-373.
- Bastarache, Michel. « La Charte canadienne des droits et libertés, reflet d'un phénomène mondial? ». *Les Cahiers de droit*, vol. 48, no. 4 (2007), p. 735-745.
- Beaulac, Stéphane. « Commentaire : Les dommages collatéraux de la Charte canadienne en interprétation législative ». *Les Cahiers de droit*, vol. 48, no. 4 (2007), p. 751-756.
- Bernatchez, Stéphane. « La controverse doctrinale sur la légitimité du juge constitutionnel canadien ». *Politique et Sociétés*, vol. 19, no. 2-3 (2000), p. 89-113.
- Bourdieu, Pierre. « La force du droit : éléments pour une sociologie du champ juridique ». *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64 (1986), p. 3-19.
- de Briey, Laurent. « Multiculturalisme libéral vs. Interculturalisme républicain », *The Tocqueville Review/La revue Tocqueville*, vol. 34, no.1 (2013), p. 89-199.
- Brun, Henri et Lemieux, Denis. « Politisation du pouvoir judiciaire et judiciarisation du pouvoir politique : la séparation traditionnelle des pouvoirs a-t-elle vécu? ». *Les Cahiers de droit*, vol. 18, no. 2-3 (1977), p. 265-313.
- Burnam, Danielle. « Le déclin de la liberté au nom de l'égalité ». *La revue juridique Themis*, vol.24 (1990), p. 462-470.
- Cardinal, Linda. « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada : une étude du programme de contestation judiciaire ». *Politique et sociétés*, vol. 19, no. 2-3 (2000), p. 43-64.
- Chevrier, Marc. « Le juge et la conservation du régime politique au Canada ». *Politique et sociétés*, vol. 19, no. 2-3 (2000), p. 65-86.

- Dickson, Brian. « The Role of the Supreme Court of Canada ». *Advocates' Society Journal*, vol. 3, no. 4 (1984), p. 3-5.
- Eid, Paul. « 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*, Vol. XXXIII, no. 1 (2001), p. 205-229.
- Fassett, John B. « Mr. Justice Reed and *Brown v. The Board of Education* ». *Yearbook of the Supreme Court Historical Society*, 1986. p. 48-63.
- Foster, Élizabeth. « La Charte canadienne des droits et libertés : pour la protection des droits de la personne humaine ou instrument d'évolution de la société? ». *Les Cahiers de droit*, vol. 30, no. 1 (1989), p. 237-255.
- Foucault, Michel. « Qu'est-ce que la critique? Compte rendu de la séance du 27 mai 1978 », *Bulletin de la Société française de Philosophie*, tome LXXXIV (1990), p. 35-63.
- Galloway, J. Donald C. « Three models of (In)Equality ». *McGill Law Journal*, vol. 38 (1993), p. 64-90.
- Hamilton, Alexander. « Federalist no. 84 », dans *The Federalist Papers 1787-1788*. Récupéré de <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/fed84.htm>.
- Herman, Michael J. « The Founding of the Supreme Court of Canada and the Abolition of the Appeal to the Privy Council ». *Ottawa Law Review*, vol. 8, no. 1 (1976), p. 7-31.
- Hogg, Peter, et Bushell, Alison A. « The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 35 (1997), p. 75-105.
- Hogg, Peter, et Thornton, Alison A. « Reply to 'Six Degrees of dialogue' ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37 (1999), p. 529-536.
- Hutchinson, Allan C. et Petter, Andrew. « Private Rights/Public Wrongs: The Liberal Lie of the Charter ». *The University of Toronto Law Journal*, vol. 38, no. 3 (été 1988), p. 278-298.
- Kaluszynski, Martine. « La judiciarisation de la société et du politique ». *Face à la judiciarisation de la société, les réponses de la Protection Juridique*, 21-22 septembre 2006, Paris, France. 2006. Récupéré de <https://hal.archives-ouvertes.fr/halshs-00134738/document>.

- Kymlicka, Will. « Testing the Liberal Multiculturalist Hypothesis: Normative Theories and Social Science Evidence ». *Revue canadienne de science politique*, vol. 43, no. 2 (juin 2010), p. 257–271.
- Laforest, Guy. « Droit, pouvoir et sciences humaines dans la pensée de Michel Foucault ». *Canadian Journal of Law and Society/Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 3, 1988, p. 87-108.
- Laforest, Guy. « L'exil intérieur des Québécois dans le Canada de la Charte ». *Constitutional Forum constitutionnel*, vol. 16, no. 2 (2007), p. 61-70.
- Lamer, Antonio. « The Rule of Law and Judicial Independence: Protecting Core Values in Times of Changes ». *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 45 (1996), p. 3-18.
- Laskin, Bora. « An inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights ». *Canadian Bar Review*, vol. 37 (1959), p. 77-134.
- Laskin, Bora. « The Supreme Court and the Protection of Civil Liberties: Commentary ». *Alberta Law Review*, vol. 14 (1976), p. 135-137.
- Lederman, W.R. « The Power of the Judges and the New Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *U.B.C. Law Review Charter Edition*, 1982, p. 1-10.
- L'Heureux-Dubé, Claire. « Les droits des minorités religieuses – Introduction ». *Les Cahiers de droit*, vol. 27, no. 1 (1986), p. 53-55.
- Manfredi, Christopher P. et Kelly, James B. « Six Degrees of Dialogue: A response to Hogg and Bushell ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 37 (1999), p. 513-525.
- Martin, Robert Ivan. « Ideology and Judging in the Supreme Court of Canada ». *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 26, no. 4 (hiver 1988), p. 797-832.
- McLachlin, Beverly. « The Role of the Courts in the Post-Charter Era: Policy-Maker or Adjudicator? ». *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 39 (1990), p. 43-64.
- Merton, Robert K. « Insiders and Outsiders: A Chapter in the Sociology of Knowledge ». *American Journal of Sociology*, vol. 78, no. 1 (juillet 1972), p. 9-47.
- Morton, F.L., et Knopff, Rainer. « Ghosts and Straw men: A Comment on "Ghosts of the Judicial Committee of the Privy Council" ». *Canadian Journal*

of *Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 35, no. 1 (mars 2002), p. 31-42.

- Nemni, Max. « La Charte canadienne des droits et libertés ; reflet d'un humanisme chrétien ». *Options politiques*, février 2007, p. 60-64.
- Pélisse, Jérôme. « Judicialisation ou juridicisation? Usages et réappropriations du droit dans les conflits du travail », *Politix*, vol. 2 (no. 86), 2009, p. 73-96.
- Petter, Andrew. «The Politics of the Charter », *Supreme Court Law Review*, vol. 8 (1986), p. 473-505.
- Petter, Andrew. « Immaculate Deception: The Charter's Hidden Agenda ». *The Advocate – Vancouver Bar Association*, vol. 45 (1987), p. 857-867.
- Pinard, Danielle. « Une malheureuse célébration de la Charte des droits et libertés de la personne par la Cour suprême du Canada : l'arrêt Chaoulli ». In *La Charte Québécoise : Origines, enjeux et perspectives (numéro thématique)*, *La Revue du Barreau*, sous la dir. Alain-Robert Nadeau, Montréal : Les Éditions Yvon Blais Inc., 2006, p. 4221-453.
- Poirier, Donald. « Du patriarcat individuel au patriarcat d'état ». *Canadian Journal of Family Law*, vol. 10, no1 (1991), p. 115-135.
- Potvin, Maryse. « Les dérapages racistes à l'égard du Québec au Canada anglais depuis 1995 ». *Politique et Sociétés*, vol. 18, no.2 (1999), p. 101-132.
- Potvin, Maryse. « Discours sociaux et médiatiques dans le débat sur les accommodements raisonnables ». *Nos diverses cités*, no. 7 (printemps 2010), p. 83-89.
- Pratte, Sonia. « La primauté du droit. L'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés ». *Les Cahiers de droit*, vol. 27, no. 3 (1986), p. 685-710.
- Proulx, Daniel. « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême dans l'arrêt Law : un pas en avant ou un pas en arrière? ». *Revue du Barreau*, vol. 61, no. 1 (2001), p. 185-279.
- Robitaille, David. « Les droits économiques et sociaux dans les relations État-particuliers après trente ans d'interprétation : normes juridiques ou énoncés juridiques symboliques? ». In *La Charte Québécoise : Origines, enjeux et perspectives (numéro thématique)*, *La Revue du Barreau*, sous la dir. Alain-Robert Nadeau, Montréal : Les Éditions Yvon Blais Inc., 2006, p. 455-493.

- Rocher, François, et Salée, Daniel. « Charte et société : vers un nouvel ordre politique canadien? ». *Politique*, no. 20 (1991), p. 35-64.
- Rocher, Guy. « Droit, pouvoir et domination ». *Revue Sociologie et sociétés*, vol. 18, no. 1 (avril 1986), p. 33-46.
- Roy, Nicole. « L'autorité parentale et l'obligation alimentaire des parents envers leur enfant : deux institutions proposant une conception de l'intérêt de l'enfant et de la famille ». *La Revue du Barreau*, vol. 61 (2001), p. 51-183.
- Russell, Peter H. « A Democratic Approach to Civil Liberties ». *University of Toronto Law Journal*. Vol. 19 (1969), p.109-131.
- Russell, Peter H. « The Political Role of the Supreme Court of Canada in its First Century ». *Canadian Bar Review*, vol. 53 no. 3 (1975), p. 576-596.
- Russell, Peter H. « The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms ». *Canadian Bar Review*, vol. 61 (1983), p. 30-54.
- Schneiderman, David. « Constitutionalizing the Culture-Ideology of Consumerism ». *Social & Legal Studies*, vol. 7, no. 2 (juin 1998), p. 213-238.
- Scott, Stephen Allan. « The Supreme Court and Civil Liberties ». *Alberta Law Review*, vol. 14 (1976), p. 97-134
- Smith, Myriam. « Ghosts of the Judicial Committee of the Privy Council: Group Politics and Charter Litigation in Canadian Political Science ». *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 35, no. 1 (mars 2002), p. 3-29.
- Smith, Myriam. « Partisanship as Political Science: A Reply to Rainer Knopff and F.L. Morton ». *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, vol. 35, no. 1 (mars 2002), p. 43-48.
- Tarnopolsky, Walter S. « The Supreme Court and the Canadian *Bill of Rights* ». *Canadian Bar Review*, vol. 53, no. 4 (1975), p. 649-674.
- Taylor, Charles. « Interculturalism or multiculturalism ». *Philosophy and Social Criticism*, vol. 38, no. 4-5, 2012, p. 413-423.
- Vandycke, Robert. « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi : à propos de la charte constitutionnelle de 1982 ». *Sociologie et sociétés*, vol. XVIII, no. 1 (avril 1986), p. 139-151.
- Weiden, David L. « Judicial Politicization, Ideology, and Activism at the High Courts of the United States, Canada, and Australia ». *Political Research*

Quarterly, vol. 64, no. 2 (juin 2011), p. 335-347. (publié initialement le 23 mars 2010)

- Wilson, Bertha. « Decision-Making in the Supreme Court ». *University of Toronto Law Journal*, vol. 36 (1986), p. 227-248.

Textes – Articles de journaux

- Alteresco, Tamara. « Élections Canada 2015 - Comment partage-t-on la richesse au Canada? ». *Radio-Canada*, 15 septembre 2015. Récupéré de <http://ici.radio-canada.ca/sujet/elections-canada-2015/2015/09/15/006-etat-du-canada-partage-richeesse-emploi-economie.shtml>
- Archives de Radio-Canada. « Attentat au Parlement de Québec ». *Radio-Canada*, 8 mai 1984. Récupéré de http://archives.radio-canada.ca/sante/criminalite_justice/clips/3725/.
- Archives de Radio-Canada. « Discours de Trudeau le 14 mai 1980 au centre Paul-Sauvé de Montréal ». *Radio-Canada* (Montréal). Récupéré de http://archives.radio-canada.ca/sports/provincial_territorial/clips/7450/.
- Baudrillard, Jean. « L'impuissance du virtuel ». *Libération* (Paris), 6 juin 1995, p. 4. Récupéré de http://www.liberation.fr/tribune/1995/06/06/l-impuissance-du-virtuel_135530.
- Baudrillard, Jean. « La double extermination ». *Libération* (Paris), 6 novembre 1995, p. 12. Récupéré de http://www.liberation.fr/tribune/1995/11/06/la-double-extermination_150573.
- Brosseau-Pouliot, Vincent. « Années Charest : un Québec plus endetté ». *La Presse*, 2 août 2012. Récupéré de <http://affaires.lapresse.ca/economie/quebec/201208/02/01-4561560-annees-charest-un-quebec-plus-endette.php>.
- Buzzetti, Hélène. « Ottawa accueille le kirpan dans ses ambassades », *Le Devoir* (Montréal), 15 avril 2014. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/canada/405577/ottawa-accueille-le-kirpan-dans-ses-ambassades>.
- Buzzetti, Hélène. « Kirpan interdit – Des sikhs en cour contre l'Assemblée nationale ». *Le Devoir* (Montréal), 16 avril 2014, Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/canada/405699/kirpan-interdit-des-sikhs-en-cour-contre-l-assemblee-nationale>.
- Chabot, Denis-Martin. « Panama Papers : évasion ou évitement fiscaux, comment s'y retrouver? ». *Le Devoir*, 4 avril 2016. Récupéré de

<http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/economie/2016/04/04/002-panama-papiers-evitement-fiscal-evasion-fiscale.shtml>.

- Chouinard, Tommy et Journet, Paul. « Non au kirpan à l'Assemblée nationale ». *La Presse* (Montréal), 18 janvier 2011. Récupéré de <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201101/18/01-4361207-non-au-kirpan-a-lassemblee-nationale.php>.
- Cornellier, Manon. « Bataille suprême ». *Le Devoir* (Montréal), 3 mai 2014. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/canada/407259/bataille-supreme>.
- Descôteaux, Bernard. « Les larmes de Jean Chrétien ». *Le Devoir*, 12 avril 2005. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/non-classe/79175/les-larmes-de-jean-chretien>.
- Desjardins, Christiane. « Dangerosité de Guy Turcotte : les psychiatres sont divisés ». *La Presse* (Montréal), 16 mars 2012. Récupéré de <http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/201203/15/01-4506052-dangerosite-de-guy-turcotte-les-psychiatres-sont-divises.php>.
- Graveland, Bill, *La Presse canadienne* à Calgary. « Les juges sont redevables envers le public, dit McLachlin ». *Le Devoir* (Montréal), 14 août 2015. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/societe/justice/447607/cour-supreme-les-juges-sont-redevables-envers-le-public-dit-mclachlin>.
- Hawkins, Stephen. *Our attitude towards wealth played a crucial role in Brexit. We need a rethink*. *The Guardian*, 29 juillet 2016. Récupéré de <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/jul/29/stephen-hawking-brexit-wealth-resources>.
- Kirkup, Kristy. « Tom Mulcair says niqab position was a defining moment of his political career ». *Presse canadienne*, CBC News, 26 octobre 2015. Récupéré de <http://www.cbc.ca/news/politics/tom-mulcair-post-election-niqab-1.3289816>.
- Journet, Paul. « Le port du kirpan rejeté à l'unanimité au parlement ». *La Presse* (Montréal), 9 et 10 février 2011, Récupéré de <http://www.lapresse.ca/actualites/politique/politique-quebecoise/201102/09/01-4368677-le-port-du-kirpan-rejete-a-lunanimite-au-parlement.php>.
- *La Presse Canadienne*. « Projet de loi contre les discours haineux : Québec va refaire ses devoirs ». *Radio-Canada* (Montréal), 23 septembre 2015. Récupéré de <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/politique/2015/09/23/004-projet-loi-59-discours-haineux-nouvelle-mouture.shtml>.

- Panasuk, Anne. « Le contrôle des armes à feu au Canada ». *Radio-Canada* (Montréal), 13 février 2004. Récupéré de http://ici.radio-canada.ca/actualite/zonelibre/04-02/registre_armes.asp.
- Pineda, Améli. « Port du niqab: un "faux débat" alimenté ». *Le Journal de Montréal*, 23 septembre 2015. Récupéré de <http://www.journaldemontreal.com/2015/09/23/port-du-niqab-un-faux-debat-alimente>
- Radio-Canada. « Gabriel Nadeau-Dubois se défendra en Cour suprême ». *Radio-Canada* (Montréal), 22 octobre 2015. Récupéré de <http://ici.radio-canada.ca/regions/quebec/2015/10/22/002-gabriel-nadeau-dubois-cour-supreme.shtml>.
- Robitaille, Antoine. « Turbans au soccer - Neutralité justifiée ». *Le Devoir* (Montréal), 12 juin 2013. Récupéré de <http://www.ledevoir.com/politique/quebec/380492/neutralite-justifiee>.
- Taber, Jane et Mackrael, Kim. « Trudeau defends remarks on Quebec charter plan, Harper emphasizes 'inclusion' ». *The Globe and Mail* (Ottawa), 29 août 2013. Récupéré de <http://www.theglobeandmail.com/news/politics/trudeaus-mlk-reference-over-proposed-quebec-charter-angers-pq/article14019782/>.

Textes – Autres

- Blay, Michel (sous la dir.) (c2012). *Grand Dictionnaire de la philosophie*. Paris : Larousse – CNRS Éditions.
- *Cambie Surgical Centre et al. v. Medical Services Commission et al.* Documents disponible sur le site du BC Health Coalition : <http://www.bchealthcoalition.ca/what-you-can-do/save-medicare/court-documents>
- Jeuge-Maynard, Isabelle (sous la dir.). (c2008). *Le petit Larousse*, Paris : Éditions Larousse.
- Hawkins, Stephen. *This is the most dangerous time for our planet*. Unlimited, 2 décembre 2016. Récupéré de <https://www.unlimited.world/unlimited/this-is-the-most-dangerous-time-for-our-planet>.
- Lemonde, Lucie. *Droits et libertés de la personne – volume II : notes de cours*, JUR4521. Université du Québec à Montréal, Département des sciences juridiques, 2010.
- Morfaux, Louis-Marie et Lefranc, Jean. (c2005). *Nouveau vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*. Paris : Armand Colin.

- Recours collectifs québécois contre JTI-Macdonald, Imperial Tobacco et Rothmans, Benson & Hedges. Récupéré de <http://www.cqts.qc.ca/recours/>.
- Rey, Alain (sous la dir.). (c2010). *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert.
- Woehrling, José. « Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec ». In *Québec – Communauté française de Belgique : Autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral, Actes du Colloque Québec-Communauté française de Belgique* (1991 : Université de Sherbrooke), sous la dir. Pierre Patenaude, Montréal : Wilson & Lafleur, 1991, p. 119-168.