

Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada. Une étude du Programme de contestation judiciaire

Linda Cardinal

Volume 19, Number 2-3, 2000

Judiciarisation et pouvoir politique

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/040224ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/040224ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de science politique

ISSN

1203-9438 (print)

1703-8480 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cardinal, L. (2000). Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada. Une étude du Programme de contestation judiciaire. *Politique et Sociétés*, 19(2-3), 43–64. <https://doi.org/10.7202/040224ar>

Article abstract

This article examines the Court challenge programme as a case study of the role of the Executive in the judicialization of politics in Canada. It demonstrates that the programme was part of the Executive's strategy for national unity. The evolution of the programme also shows that the enthusiasm for the judicialization of politics was put to the test when social movements used it to serve their own interests. In questioning frequently heard arguments that the decreasing influence of the legislature tend to favour the judiciary, this article stresses instead the central role of the Executive in the transformation of power in Canada.

LE POUVOIR EXÉCUTIF ET LA JUDICIARISATION DE LA POLITIQUE AU CANADA. UNE ÉTUDE DU PROGRAMME DE CONTESTATION JUDICIAIRE¹

Linda Cardinal
Université d'Ottawa

INTRODUCTION

La judiciarisation de la politique a donné lieu à un débat important au Canada, notamment en ce qui concerne la perte de pouvoir du Parlement au profit des groupes de pression et du système judiciaire. Toutefois, sauf en Australie et en France, le rôle du pouvoir exécutif a été peu abordé². Quel rapport celui-ci entretient-il avec la judiciarisation de la politique canadienne? Dans son remarquable ouvrage, *The Invisible Crown: The First Principle of Canadian Government*, David E. Smith sous-entend que la judiciarisation de la politique a, pour une part du moins, été souhaitée par l'exécutif³. En 1978, en

1. Une version antérieure de ce texte a été présentée au colloque annuel de la Société québécoise de science politique lors du congrès de l'Association canadienne-française pour l'avancement des sciences à l'Université d'Ottawa, du 10 au 14 mai 1999. Cette recherche a été possible grâce à une subvention du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Je remercie Valérie Strasbourg de sa collaboration à ce projet à titre d'assistante de recherche ainsi que Marie-Ève Hudon. Je remercie également Pierre Boyer de ses judicieux commentaires tout au long de la préparation de ce texte ainsi que les évaluateurs externes de la revue de leurs suggestions.
2. Pour plus de détails, voir: Brian Galligan et David R. Slater, « Judicial Intrusion into the Australian Cabinet » dans C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995, p. 81-101; John Power, « The Executive, the Judiciary, and Immigration Appeals in Australia », *Ibid.*, p. 101-115; Jacqueline Lucienne Lafon, « France », *Ibid.*, p. 287-307; Louis Favoreu, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 1986; Louis Favoreu et J. A. Jolowics (dir.), *Le contrôle juridictionnel des lois*, Paris, Economica, 1986.
3. David E. Smith, *The Invisible Crown: The First Principle of Canadian Government*, Toronto, University of Toronto Press, 1995, p.146-149.

N.D.L.R. Ce texte a été accepté pour publication alors que l'auteure n'exerçait pas encore la fonction de directrice adjointe de la Revue.

Linda Cardinal, département de science politique, Université d'Ottawa, 550, rue Cumberland Ottawa (Ontario), Canada, K1N 6N5.

courriel : lcardina@uottawa.ca

réponse aux politiques linguistiques du gouvernement du Québec et aux revendications des groupes de défense des droits des minorités linguistiques, l'exécutif de l'instance fédérale met en place le Programme de contestation judiciaire, dans le but d'aider financièrement des personnes qui souhaitent que les tribunaux statuent sur la protection à laquelle ont droit les minorités linguistiques au pays. Ainsi, le Cabinet fédéral s'inscrit dans le débat linguistique en créant les conditions d'une judiciarisation croissante de la question. De plus, en 1982 et en 1985, à la suite des pressions exercées par les représentants des mouvements sociaux, il élargit le mandat du programme afin qu'il puisse servir à clarifier la portée des nouveaux droits conférés à divers groupes en vertu de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (désormais désignée Charte), portant sur le droit à l'égalité, et des articles 16 à 23 portant sur les droits linguistiques.

Le programme constitue un cas de figure qui permet d'étudier sous un nouvel angle la nature de la judiciarisation de la politique au Canada et notamment le rôle de l'exécutif en ce domaine. Le pouvoir et les prérogatives de l'exécutif sont larges. Il domine le Parlement, dicte les politiques, bénéficie d'un pouvoir de désaveu, sollicite des renvois auprès de la Cour suprême. Dans un ouvrage récent, Donald Savoie l'a surnommé le *court government*⁴.

Dans un premier temps, nous passerons en revue les textes portant sur la nature de la judiciarisation de la politique au Canada. Ceux-ci font état de la perte de pouvoir du législatif au profit du judiciaire et mettent l'accent sur le rôle des mouvements sociaux dans les transformations actuelles de la vie politique. Toutefois, le rôle de l'exécutif n'y est jamais évoqué. Dans un deuxième temps, nous présenterons plus en détail les conditions historiques et politiques de la mise sur pied du programme. Nous verrons qu'à ses débuts, le programme a été souhaité par l'exécutif pour promouvoir sa stratégie relative à l'unité nationale, notamment dans le domaine des droits linguistiques. C'est ce qui expliquerait que, pendant les sept premières années, le programme n'a eu aucune indépendance. Les causes à porter devant les tribunaux sont sélectionnées et financées par l'exécutif. Dans un troisième temps, nous étudierons l'évolution du programme et ses relations avec l'exécutif. Nous verrons qu'en 1985 sous le gouvernement conservateur, il devient indépendant de l'exécutif. Or, l'enthousiasme de ce dernier pour la judiciarisation de la vie politique sera rapidement mis à l'épreuve. Pour leur part, les mouvements sociaux vont s'appropriier le programme et le mettre enfin au service de leurs intérêts. L'évolution des rapports entre le programme et l'exécutif sera donc marquée par l'intensification du mouvement pour les droits et libertés au Canada.

4. Donald Savoie, *Governing From the Centre: The Concentration of Power in Canadian Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.

Résumé. Cette étude présente le Programme de contestation judiciaire comme un cas de figure du rôle de l'exécutif dans la judiciarisation de la politique au Canada. Mis en œuvre par l'exécutif, le programme s'inscrit dans sa stratégie d'unité nationale. L'enthousiasme de l'exécutif pour le programme a toutefois été mis à rude épreuve lorsque les mouvements sociaux ont cherché à se l'approprier pour le mettre au service de leurs intérêts. Ainsi, l'étude du programme permet de nuancer les débats en cours sur la perte du pouvoir législatif au profit du système judiciaire et sert à rappeler le rôle central de l'exécutif dans cette transformation.

Abstract. This article examines the Court challenge programme as a case study of the role of the Executive in the judicialization of politics in Canada. It demonstrates that the programme was part of the Executive's strategy for national unity. The evolution of the programme also shows that the enthusiasm for the judicialization of politics was put to the test when social movements used it to serve their own interests. In questioning frequently heard arguments that the decreasing influence of the legislature tend to favour the judiciary, this article stresses instead the central role of the Executive in the transformation of power in Canada.

Notre étude s'appuie, en partie, sur le dépouillement des archives et sur des entretiens réalisés avec certains anciens directeurs du programme et des acteurs associés de près ou de loin à ses activités. Une part des archives du programme est conservée au Centre d'enseignement et de recherches sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa. Les archives du programme déposées aux Archives nationales du Canada ne sont toujours pas disponibles, ce qui a rendu notre tâche plus difficile dans la mesure où nous n'avons pas eu accès aux documents du Conseil privé, du Secrétariat d'État et du ministère de la Justice. Les données dont nous disposons ont également été tirées de sources secondaires. Notre texte pose des jalons en vue d'une étude plus approfondie des transformations du pouvoir politique à l'ère de la judiciarisation.

LA JUDICIARISATION DE LA POLITIQUE AU CANADA

Depuis l'adoption de la Charte en 1982, le débat sur la judiciarisation de la politique au Canada a fait couler beaucoup d'encre⁵. La Déclaration canadienne des droits (Déclaration) avait

5. Il y a dorénavant beaucoup trop d'études consacrées à la *Charte* pour être en mesure de les énumérer de façon exhaustive. Pour une synthèse récente de la question, voir : Rahdha Jhappan, « Charter Politics and the Judiciary » dans Michael Whittington & Glen Williams (dir.), *Canadian Politics in the 21st Century*, Scarborough, Nelson Thompson Learning, 2000, p. 217-250. Voir également la série de documents publiée par l'Institut de recherche sur les politiques

soulevé un certain engouement pour la question, mais nullement comparable aux réactions et commentaires qu'a suscités la Charte. À l'époque, la Déclaration, bien qu'adoptée dans l'indifférence, rejoignait les préoccupations du milieu juridique à l'égard des droits et libertés. Entre autres, selon Paul Cavaluzzo, pendant les années 1960, plusieurs souhaitaient un plus grand rapprochement entre le Canada et les États-Unis et voyaient dans la Déclaration l'indice d'une certaine parenté⁶. Selon lui, en devenant plus importante, l'influence américaine allait servir à fonder le droit sur des courants réalistes et sociologiques en regard d'une tradition britannique trop empreinte de droit positiviste pour permettre l'évolution des droits et libertés⁷. S'appuyant sur A. V. Dicey, P. Cavaluzzo considère également que le principe de la suprématie parlementaire est difficile à exercer dans un pays fédéral, notamment en raison de la séparation des pouvoirs⁸. Cette proposition rejoint celle de A. V. Dicey, pour qui « le fédéralisme serait nécessairement fondé sur la suprématie de la loi et non sur celle du Parlement⁹ ».

Le ton a certainement changé lorsqu'en 1982 le gouvernement fédéral a adopté la Charte. Elle est dénoncée tant à gauche qu'à droite, tant au Canada anglais qu'au Québec¹⁰, parce qu'elle crée l'impression d'une rupture profonde avec la tradition britannique et l'esprit du droit naturel¹¹. Selon Rainer Knopff, non seulement la Charte fonde-t-elle les droits sur des valeurs dictées par des juges, mais la politique des droits judiciairisés nie la légitimité et la nature

publiques (IRPP), dont Gregory Hein, *Interest Group Litigation and Canadian Democracy*, vol. 6, n° 2, mars 2000, 32 p.; Joseph F. Fletcher et Paul Howe, *Public Opinion and the Courts*, vol. 6, n° 3, mai 2000, 60 p.; Howard Leeson, *Section 33, The Notwithstanding Clause: A Paper Tiger?*, vol. 6, n° 4, juin 2000, 24 p., ainsi que le numéro spécial de *Policy/Politiques*, publié par l'IRPP, « Les juges ont-ils trop de pouvoir? », vol. 20, n° 3, 1999. Pour une perspective internationale, voir: C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, *op. cit.* et Charles Epp, *The Rights Revolution. Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, The University of Chicago Press, 1998.

6. Paul Cavalluzzo, « Judicial Review and the Bill of Rights: Drybones and its Aftermath », *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 9, 1971.

7. *Ibid.*

8. *Ibid.*

9. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, MacMillan Papermac, 1961, 10e édition, p. 138-180, cité par Cavalluzzo, *ibid.*

10. Pour une bonne synthèse de la question, voir: Richard Sigurdson, « Left- and Right-Wing Charterphobia in Canada: A Critique of the Critics », *International Journal of Canadian Studies*, nos 7-8, 1993, p. 95-116. Voir aussi: Guy Laforest, *La fin d'un rêve canadien*, Montréal, Septentrion, 1992.

11. Pour plus de détails, voir: Richard Sigurdson, *op. cit.*; voir également: W. A. Bogart, « Social Progress and Judicial Power in Canada » dans C. Neal Tate & Torbjörn Vallinder, *op. cit.*, p. 117-137.

incontournable de la division politique dans les sociétés modernes¹². Elle conforte la perception selon laquelle les droits sont mieux protégés par les chartes, alors qu'elle sert surtout à créer une hiérarchie qui place le juge dans une position beaucoup plus favorable que le politicien. Selon R. Knopff et F. L. Morton, la Charte donne lieu à la mise en place d'un gouvernement des juges¹³. «[L]a Cour suprême, siégeant au sommet de la hiérarchie des tribunaux, prendra désormais des décisions importantes de politique générale qui étaient antérieurement la prérogative des assemblées législatives¹⁴». De plus, toute décision de la Cour suprême portant sur une loi provinciale qui viole la Charte «établit une norme uniforme minimale que toutes les provinces doivent respecter¹⁵». Étant donné qu'une partie des politiques publiques est formulée au niveau provincial, la Charte peut rompre un équilibre fragile sur le plan de la division des pouvoirs entre le gouvernement fédéral et les provinces. Pour cette raison, R. Knopff et F. L. Morton ont également critiqué la fonction centralisatrice de la Charte et son rôle dans le développement national¹⁶. Ils soutiennent que l'adoption par le gouvernement de Pierre E. Trudeau de la Loi sur les langues officielles et la politique canadienne du multiculturalisme ont eu pour but d'établir les conditions d'une identité nationale devant servir à dépasser les identités régionales et à contenir le nationalisme québécois¹⁷. En 1982, «[l]a décision d'enchaîner constitutionnellement les politiques de bilinguisme et de multiculturalisme dans la Charte des droits et libertés, écrivent-ils, visait nettement à rehausser leur statut symbolique comme attributs fondamentaux de la nationalité canadienne et composants de l'identité canadienne, et à augmenter ainsi leur influence centralisatrice»¹⁸.

-
12. Rainer Knopff, «Populism and the Politics of Rights: The Dual Attack on Representative Democracy», *Revue canadienne de science politique*, vol. 31, n° 4, 1998, p. 698; voir aussi: Thomas J. Bateman, «Rights Application Doctrine and the Clash of Constitutionalisms in Canada», *Revue canadienne de science politique*, vol. 31, n° 1, 1998, p. 20; Janet Ajzenstat, «Reconciling Parliament and Rights: A.V. Dicey Reads the Canadian Charter of Rights and Freedoms», *Revue canadienne de science politique*, vol. 30, 1997, p. 645-662.
 13. Rainer Knopff et F. L. Morton, «Le développement national et la Charte» dans Alan Cairns et Cynthia Williams, *Le constitutionnalisme et la société au Canada*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1986, p. 149-205; des mêmes auteurs, *Charter Politics*, Scarborough, Nelson, 1992.
 14. Rainer Knopff et F. L. Morton, «Le développement national et la Charte», *op. cit.*, p. 165.
 15. *Ibid.*, p. 166.
 16. Rainer Knopff et F. L. Morton, *op. cit.*
 17. Les critiques de la politique de l'époque sont nombreuses. Pour une étude éclairante voir l'ouvrage de Kenneth McRoberts, *Misconceiving Canada*, Toronto, Oxford University Press, 1997.
 18. Rainer Knopff et F. L. Morton, *op. cit.*, p. 161.

Dans son ensemble, la Charte encourage les citoyens à se percevoir comme « les titulaires de droits qui ne connaissent aucune frontière locale¹⁹ ». Pour Alan Cairns, la Charte aurait, au contraire, surtout donné lieu à une fragmentation de l'identité canadienne et rendrait impossible une citoyenneté commune ; elle inciterait les Canadiens à se représenter comme des acteurs constitutionnels en fonction de leur statut juridique de femmes, de minorités de langues officielles, de personnes ayant un handicap, ou encore de néo-Canadiens²⁰. En d'autres mots, la Charte permet à des groupes de revendiquer des droits ; elle leur donne la possibilité d'exiger l'application du principe universaliste et celui de la souveraineté des individus à l'ensemble de la société²¹. Plus encore, et ici l'interprétation de R. Knopff rejoint celle de A. C. Cairns, la judiciarisation a donné lieu à un populisme des droits, dont l'effet a été de concevoir toute référence aux droits comme un droit absolu²². Elle a encouragé les extrémismes au lieu de favoriser la modération²³.

Force est de constater que, dans ce débat, plusieurs tiennent pour acquis qu'avant 1982, le Canada n'est pas encore tout à fait engagé sur la voie de la judiciarisation de la politique. Idéalisant la tradition parlementaire britannique du XIX^e siècle, les commentateurs de la Charte accentuent également les différences entre les Américains et les Canadiens. Entre autres, il est souvent fait mention qu'à l'origine,

19. *Ibid.*, p.162.

20. Alan C. Cairns, « The Fragmentation of Canadian Citizenship », dans William Kaplan (dir.), *Belonging. The Meaning and Future of Citizenship*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1993, p. 208. Voir aussi : Alan C. Cairns, *Citizens Plus. Aboriginal Peoples and the Canadian State*, Vancouver, UBC Press, 2000. Voir également : Leslie Pal, « Advocacy Organizations and Legislative Politics: The Effect of the Charter of Rights and Freedoms on Interest Lobbying of Federal Legislation, 1989-1991 » dans Leslie Seidle (dir.), *Equity and Community*, Montréal, IRPP, 1993, p. 119-157. Charles Taylor insiste également sur cette question dans son livre *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1994.

21. Dans une perspective complémentaire, James Tully et Guy Laforest considèrent que la Charte va également à l'encontre des préoccupations des peuples des Premières Nations et du Québec. Pour plus de détails, voir : James Tully, « Le fédéralisme à voies multiples et la Charte » dans Alain-G. Gagnon (dir.) *Québec : État et société*, Montréal, Québec Amérique, 1994, p. 125-149 ; Guy Laforest, *op. cit.* Au Québec, la critique de la judiciarisation de la politique est menée dès les années 1960. À l'époque, elle porte sur la menace que la Déclaration fait peser sur les revendications traditionnelles du Québec. En 1982, la Charte est critiquée parce qu'elle ne fait aucune place aux droits collectifs que le Québec revendique et qu'elle réduit les pouvoirs de l'Assemblée nationale.

22. Voir également Peter Russell, « Canadian Constraints on Judicialisation From Without », *International Journal of Political Science*, vol. 15, n° 2, 1994, p. 165-175.

23. Rainer Knopff, *op. cit.*, p. 702.

le Canada, dans une plus large mesure que les États-Unis, aurait été fondé sur la participation des citoyens à la vie publique²⁴. De la même façon, selon David Elkins, certaines dispositions de la Charte, l'article 1 en particulier, auraient été impossibles aux États-Unis en raison de l'individualisme des Américains²⁵. Pour ces raisons, la propension accrue des Canadiens au recours aux tribunaux a été comprise, pour une large part, comme la conséquence directe de l'américanisation : d'une culture, à l'origine, plus communautaire, les Canadiens seraient devenus individualistes²⁶. Si l'on peut douter de l'existence d'une si grande différence entre Américains et Canadiens, il est vrai qu'au XIX^e siècle, l'importance de la tradition parlementaire permet de comprendre que le *rights talk* n'a pas la même portée au Canada qu'aux États-Unis²⁷. Toutefois, il est difficile de justifier l'opposition entre le Canada et les États-Unis alors que la réinterprétation de l'histoire américaine, qui a été réalisée par des auteurs comme Bernard Bailyn et Gordon Wood, John Pocock ou Michael Sandel, a réussi à remettre en cause le supposé libéralisme inhérent à la culture américaine. Ces derniers ont permis de renouer avec le fondement républicain de la démocratie américaine²⁸. L'opposition est d'autant moins justifiée que selon Peter Jay Smith, le Canada, à ses débuts, n'est pas indifférent au républicanisme²⁹. P. J. Smith nous invite à

-
24. Charles Taylor insiste sur cette question dans son livre *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1994 ; voir également, *Rapprocher les solitudes*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1992, le chapitre 4 en particulier, « Des avenir possibles : la légitimité, l'identité et l'aliénation au Canada à la fin du XX^e siècle », p. 69-135 ; voir aussi la même thèse soutenue par Ian Angus, *A Border Within*, Vancouver, UBC Press, 1997.
 25. David Elkins J., « Facing Our Destiny: Rights and Canadian Distinctiveness », *Revue canadienne de science politique*, vol. 22, n° 4, 1989, p. 699-716. L'article 1 de la Charte stipule que « [l]a 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. »
 26. Pierre A. Coulombe, *Language Rights in French Canada*, New York, Peter Lang, 1995, p. 5-6.
 27. Pour plus de détails, voir l'excellente étude de Richard Fisk et Robert Vipond, « Rights Talk in Canada in the Late Nineteenth Century: "The Good Sense and Right Feeling of the People" », *Law and History Review*, vol. 14, n° 1, 1996, p. 1-32. Voir aussi : Robert Vipond, *Liberty and Community: Canadian Federalism and the Constitution*, Albany, State University of New York Press, 1991.
 28. Pour plus de détails, voir : Michael Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge (Massachusetts), The Belknap Press of Harvard University Press, 1996.
 29. Pour une analyse complète du débat, voir : Janet Azjenstat et Peter Jay Smith, *Canada's Origins. Tory, Liberal, Republican*, Ottawa, Carleton University Press, 1995.

dépasser l'opposition facile entre le communautarisme des Canadiens et l'individualisme des Américains.

De façon concomitante, d'autres voix suggèrent plutôt de concevoir la Charte comme un nouvel élément de la « structure des opportunités politiques³⁰ ». Les mouvements sociaux peuvent difficilement influencer les programmes des partis politiques en raison de la nature fortement partisane de la politique canadienne³¹. Ainsi, la Charte devient un moyen de transformations sociales plus importantes ; elle devient même, selon John Tait, un outil indispensable à la formulation des politiques publiques³². Autrement dit, les groupes de pression seraient devenus des « démocrates justiciers » (*judicial democrats*) pour reprendre l'expression de Gregory Hein, et le recours aux tribunaux est un de des moyens mis en œuvre pour élargir l'espace démocratique canadien³³. Les assemblées législatives ne sont plus le seul lieu de la vie démocratique, les tribunaux lui aménagerait également une place³⁴.

Par ailleurs, selon Andrée Lajoie, de 1986 à 1990, « le tribunal a commencé à laisser progressivement plus d'espace à l'État néolibéral et, à travers lui, à la société civile³⁵ ». À partir des années 1990, « le pouvoir judiciaire se donne tous les prétextes de ne pas intervenir et de respecter le législateur [...] jusqu'à recréer presque la suprématie parlementaire qui caractérisait notre démocratie constitutionnelle pré-Charte³⁶ ». Dans le même ordre d'idées, selon Miriam Smith, les

30. Miriam Smith, *Lesbian and Gay Rights in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.

31. David E. Smith, *op. cit.*

32. John C. Tait, « Policy Development and the Charter », dans *Rethinking Policy. Perspectives on Public Policy* (sous la dir. de John C. Tait et Mel Cappe), Ottawa, Canadian Centre for Management Development, Ministry of Supply and Services Canada, 1995, p. 1-23 ; du même auteur, voir également « Le droit à une société libre et démocratique : l'article premier de la Charte canadienne et le rôle du procureur général », dans *Droits de la personne : émergence de nouveaux droits. Aspects canadiens et européens. Actes des journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1992*, Cowansville (QC), Les Éditions Yvons Blais Inc 1992, p. 75-93.

33. Gregory Hein, *op. cit.* ; voir également : Charles Epp, *op. cit.*, p. 156-197.

34. Marie-France Bich, « Défense et illustration du droit québécois », *Sociologie et sociétés*, vol. 26, n° 2, 1994, p. 82. Voir également : Jean-François Gaudreault-Desbiens, « Les Chartes des droits et libertés comme louves dans la bergerie du positivisme ? Quelques hypothèses sur l'impact de la culture des droits sur la culture juridique québécoise » dans Bjarne Melkevik (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1998, note 7, p. 85-87.

35. Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, PUF, 1997, p. 63.

36. *Ibid.*, p. 65.

mouvements sociaux n'ont pas tous le même rapport au droit³⁷. Au Québec, la Charte n'incite pas à la contestation judiciaire comme dans le reste du Canada, notamment pour ce qui est du mouvement pour les droits des gais et lesbiennes³⁸. Pour sa part, Linda Trimble constate que le mouvement des femmes ne parle pas avec la même unanimité dans le débat sur la judiciarisation des droits que dans le débat sur la politique³⁹.

À ce jour, force est de constater que le débat sur la judiciarisation de la politique au Canada, malgré les études, les nuances et les mises au point, demeure très politisé et polarisé. Aux yeux de ses critiques, la Charte n'est pas plus crédible presque vingt ans après son adoption qu'elle ne l'était en 1982. Notre texte ne permettra pas de résoudre la quadrature du cercle. Toutefois, nous souhaitons jeter un nouvel éclairage sur la nature de la judiciarisation de la politique au Canada, à partir de la question du pouvoir exécutif. Quel rapport entretient-il avec la judiciarisation? C'est un fait connu qu'à l'époque où le gouvernement fédéral tenait à doter le pays d'une Charte, il a réussi à mobiliser les mouvements sociaux pour donner une légitimité plus grande à son projet. Par contre, la question a été peu traitée dans les études subséquentes. Nous verrons que l'histoire du programme est un cas de figure permettant d'étudier le rôle du pouvoir exécutif dans la transformation du pouvoir au Canada. Notre étude du programme devrait servir à poser des jalons en vue d'une recherche plus exhaustive de la question.

LE PROGRAMME DE CONTESTATION JUDICIAIRE. QUELQUES POINTS DE REPÈRE HISTORIQUE

Le programme est une création du pouvoir exécutif. Toutefois, son histoire s'inscrit également dans le cadre d'un mouvement plus

37. Miriam Smith, « Ghosts of the JCPC: Lessons for the Study of Law and Politics in Canadian Political Science », communication présentée lors de la rencontre conjointe de l'Association canadienne et de la Société québécoise de science politique, Québec, 29 juillet-1^{er} août, 2000, p. 4.

38. Miriam Smith, « Nationalisme et politiques des mouvements sociaux : les droits des gais et lesbiennes et l'incidence de la charte canadienne au Québec », *Politique et Sociétés*, vol. 17, n° 3, 1998, p. 113-140.

39. Linda Trimble, « Good Enough Citizens: Canadian Women and Representation in Constitutional Deliberations », *International Journal of Canadian Studies*, n° 17, 1998, p. 131-156. Selon Ian Brodie, certains groupes féministes auraient réussi à influencer l'interprétation de la Cour suprême, sauf que cela reste à démontrer dans les cas des autres groupes. Ian Brodie, « Interest Groups, Law Review and the Supreme Court », communication présentée dans le cadre de la rencontre annuelle de l'Association canadienne de science politique, 1999, <http://publish.uwo.ca/irbrodie/cpsa99-3.html>.

large pour la défense des droits et libertés au Canada. Ce dernier remonte aux années 1930, à l'époque où la Cour suprême du Canada cherche à formuler une doctrine fondée sur les droits et libertés qui limiterait les pouvoirs des provinces dans le domaine des libertés civiles. Les bases d'une telle approche sont jetées dans les causes *Alberta Bill Press* (1938), portant sur la liberté de la presse en Alberta, et *Saumur c. La ville de Québec* (1953), sur la liberté d'expression des témoins de Jéhovah. En 1957, la Cour intervient également dans le cas de la loi du cadenas visant à restreindre la diffusion de la presse communiste au Québec, mieux connue sous le nom de l'affaire Roncarelli. La notion des droits du citoyen canadien, élaborée par le juge en chef de la Cour suprême, le Juge Rand, vise à donner sens à l'engagement des tribunaux canadiens en faveur des droits et libertés⁴⁰. Enfin, l'adoption en 1960 de la Déclaration consacre le nouvel état d'esprit⁴¹. Il est précisé dans le préambule, que «[l]e Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que le rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres⁴²». Ainsi, la Déclaration énonce les valeurs auxquelles veut souscrire la société canadienne, et il est entendu qu'elle devra donner lieu à une jurisprudence plus libérale que par le passé⁴³. Elle «doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits et libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression⁴⁴». Entre autres le juge en chef de la Cour suprême,

40. Voir Andrew Brewin, «The Canadian Constitution and a Bill of Rights», *Saskatchewan Bar Review*, vol. 31, 1966, p. 251-262; Edward McWhinney, «The New Canadian Bill of Rights», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 10, 1961, p. 87-99; Walter S. Tarnopolsky, «The Canadian Bill of Rights from Diefenbaker to Drybones», *McGill Law Journal*, vol. 17, n° 3, 1971, p. 437-475.

41. Voir: Arthur E. Malloney, «The Bill of Rights and the Courts», *Chitty's Law Journal*, vol. 14, 1966, p. 296-299; John N. Lyon, «A Progress Report on the Canadian Bill of Rights», *Dalhousie Law Journal*, vol. 3, n° 1, 1976, p. 48; Elmer A. Driedger, Elmer A. Driedger, «The Meaning and Effect of the Canadian Bill of Rights: A Draftman's Viewpoint», *Ottawa Law Review*, vol. 9, 1977, p. 303-320; Edward McWhinney, *op. cit.*

42. *Déclaration canadienne des droits* [C-12.3] (1960, ch. 44) le 10 août 1960.

43. Les droits de la personne sont placés sur le même pied que Dieu et la famille, une phraséologie, selon Edward McWhinney, qui a été utilisée à la demande expresse du clergé protestant. Toutefois, il est ironique de constater que la *Déclaration* s'appuie également sur la Constitution de la République d'Irlande, un document dont on ne peut cacher la volonté d'asseoir ses principes sur le catholicisme! Pour plus de détails, voir McWhinney, *op. cit.*, p. 88.

44. *Déclaration canadienne des droits*, *op. cit.*

Bora Laskin, souhaite faire des tribunaux un lieu dynamique plutôt que la dernière instance à laquelle avoir recours et réclame aussi l'enchéassement d'une Charte des droits et libertés dans la constitution.

Pour d'autres, la Déclaration témoigne d'une nouvelle façon de concevoir la vie politique et les politiques gouvernementales. Selon Elmer Driedger, un des architectes de la législation, celle-ci doit jouer un rôle important hors des tribunaux, dans le domaine des politiques. Avant leur adoption, les lois devront être examinées par le ministère de la Justice afin d'assurer qu'elles ne portent pas atteinte à la Déclaration⁴⁵. La portée d'un tel exercice est limitée, puisque la Déclaration ne s'applique pas aux provinces. Pourtant, ce sont d'elles dont on se méfie le plus. Toutefois, les gouvernements provinciaux n'échappent pas à l'air du temps. En témoigne, l'adoption en 1951, par le gouvernement de l'Ontario, d'une première loi canadienne sur l'égalité salariale entre les hommes et les femmes, *The Female Fair Remuneration Act*⁴⁶. En 1962, le gouvernement ontarien est également le premier à adopter un Code des droits de la personne dans le but de protéger les individus contre toute forme de discrimination et d'exiger que tous soient traités également⁴⁷. Ainsi, malgré la méfiance qui règne à leur égard au sein du mouvement pour les droits et libertés, les provinces vont participer de plain-pied à ce dernier.

Cependant, selon D. Smith, plus les champs de compétences des provinces appellent une intervention et une multiplication des législations, plus cela inquiète le gouvernement fédéral qui comprend qu'il ne pourra, comme au XIX^e siècle, se prévaloir de son pouvoir de désaveu à leur égard. De même, le fédéral ne souhaite plus s'en tenir uniquement à demander des avis au judiciaire en ce qui concerne ses altercations avec les gouvernements provinciaux. Au même moment, se prépare un renouvellement important de la dynamique intergouvernementale, que l'élection de Lester B. Pearson et ensuite celle de Pierre E. Trudeau porteront à son apogée⁴⁸. La formulation d'une politique d'unité nationale, fondée sur un fédéralisme centralisateur et unificateur plutôt que sur une approche qui tente de ménager

45. Elmer A. Driedger, *op. cit.*, p. 306.

46. Anne Andrée Denault et Linda Cardinal, « L'équité en matière d'emploi en Ontario et les francophones, de 1986 à 1995 », *Recherches sociographiques*, vol. XL, n° 1, 1999, p. 90.

47. En 1974, le gouvernement ontarien est le premier au Canada à s'engager dans un programme d'action positive en vue d'augmenter le nombre de femmes dans le secteur public. *Ibid.*

48. Pour plus de détails sur les différents moments de l'évolution du fédéralisme au Canada, voir: Réjean Pelletier, « Constitution et fédéralisme » dans Manon Tremblay (dir.), *Le système parlementaire canadien*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1996, p. 17-45.

l'équilibre entre les régions, est au cœur de la stratégie de renouvellement des rapports entre le gouvernement fédéral et les provinces⁴⁹.

En 1969, l'adoption de la Loi sur les langues officielles constitue une étape dans la nouvelle articulation des rapports entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Entre autres, le gouvernement fédéral souhaite que les provinces, l'Ontario en particulier, adoptent, dans l'esprit de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, une loi sur les langues officielles. Or, le gouvernement de l'Ontario refuse d'emprunter cette voie, bien qu'en 1971 il promulgue une politique d'offre de services en français «là où le nombre le justifie et là où c'est pratique⁵⁰». Dans les provinces de l'Atlantique, seul le Nouveau-Brunswick imite le gouvernement fédéral et adopte une loi sur les langues officielles, toutefois moins contraignante que ne l'est la législation fédérale. Par ailleurs, cette dernière est vivement contestée dans les provinces de l'Ouest et au Québec. En 1972, le gouvernement du Québec promulgue la Loi 22 qui fait de la langue française la langue officielle de la province⁵¹. En 1977, il adopte une nouvelle loi linguistique, la Charte de la langue française (Loi 101) confirmant que le français est la langue officielle du Québec en matière législative et judiciaire. Or, plus que jamais, cette loi est perçue comme une mesure injuste parce qu'elle porterait atteinte à la liberté d'expression des Anglo-Québécois, en raison de l'obligation d'afficher en français au Québec. De plus, la Loi 101 va à l'encontre de l'article 133 de la Constitution canadienne qui stipule notamment que l'anglais et le français, donc non seulement le français, sont les langues de l'Assemblée législative du Québec.

Le gouvernement de Pierre E. Trudeau voit alors sa politique d'unité nationale menacée et se sent piégé. Il ne suivra pas les voies plus traditionnelles ou conciliantes ou ne fera pas appel au thème du compromis historique entre les deux peuples fondateurs ni ne proposera d'entente spéciale entre le gouvernement de la province et la minorité anglophone. Ne pouvant utiliser son pouvoir de désaveu,

49. Pour plus de détails, voir : Kenneth McRoberts, *op. cit.* ; voir également : François Houle, «La centralisation du pouvoir au sein de l'exécutif» dans Yves Bélanger, Dorval Brunelle et collaborateurs (dir.), *L'ère des Libéraux. Le pouvoir fédéral de 1963 à 1984*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1988, p. 127-157.

50. Pour un historique de l'intervention du gouvernement ontarien à l'égard de la minorité francophone de l'Ontario, voir : Donald Dennie, «La politique ontarienne et les Franco-Ontariens (1900-1995)» dans Joseph Yvon Thériault (dir.), *Les francophonies minoritaires au Canada*, Moncton, Les Éditions d'Acadie, 1999, p. 361-383.

51. Quelques années plus tard, le gouvernement de l'Alberta adopte également une loi proclamant l'anglais langue officielle de la province.

au risque de provoquer une crise de légitimité encore plus grande au Québec, il avalise la stratégie judiciaire. Il choisit de transférer aux tribunaux le conflit entre le gouvernement du Québec et la minorité anglophone et de créer des conditions favorables à une judiciarisation plus intense du débat linguistique. Il agit dans l'esprit du mouvement en faveur des droits et libertés et poursuit son objectif d'une nation juridique fondée sur l'égalité des individus. Ainsi, au mois de février 1978, la décision du Cabinet fédéral de mettre sur pied le programme de contestation judiciaire rejoint les préoccupations du mouvement pour les droits et libertés. Elle rend possible un approfondissement de la logique des droits dans le domaine de la langue, les droits linguistiques étant dès lors associés à des droits de la personne plutôt qu'à l'expression d'un compromis politique. Le 10 mars, John Roberts, secrétaire d'État, et Ron Basford, ministre de la Justice, annoncent publiquement qu'une aide financière sera offerte aux personnes qui souhaitent que les tribunaux statuent sur la protection à laquelle ont droit les minorités linguistiques au Canada en vertu de l'article 93 relatif à la protection des droits des minorités catholiques et protestantes en matière d'éducation et d'écoles séparées, et de l'article 133 portant sur l'usage de l'anglais et du français au Parlement canadien, devant les tribunaux et à l'Assemblée législative du Québec. Selon Richard Goreham, à l'époque, le programme a un objectif large et a pour tâche de financer des causes portant sur « les droits relatifs aux langues officielles⁵² ».

Le programme est élaboré et géré par le Secrétariat d'État, mais ce sont des fonctionnaires du ministère de la Justice qui évaluent le bien-fondé des causes et le montant de l'aide à accorder. Il n'a, en cette première période, aucune indépendance et fonctionne selon les vœux de l'exécutif. De 1978 à 1982, il appuie six causes dont les plus célèbres sont les suivantes : *Procureur général du Québec c. Blaikie* (1979) et *Procureur général du Manitoba c. Forest* (1979). La première cause avait déjà fait l'objet d'un appel de la Cour supérieure du Québec ; le gouvernement du Québec contestait l'idée selon laquelle la Charte de la langue française aurait transgressé l'article 133 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Selon les responsables du programme, « le Cabinet fédéral avait donc jugé important que les tribunaux puissent préciser, entre autres, la portée exacte au Québec de l'article 133 de la Loi constitutionnelle de 1867 et son effet sur les droits de la minorité anglophone⁵³ ». La deuxième cause visait à

52. Richard Goreham, *Les droits linguistiques et le Programme de contestation judiciaire. Réalisations du Programme et incidence de son abolition*, Ottawa, Commissaire aux langues officielles, 1992, p. 5. Jusqu'à présent Goreham a été le seul à proposer une étude succincte du programme sur le plan des droits linguistiques et des causes qu'il a soutenues depuis 1985.

53. *Guide des droits linguistiques*, op. cit., p. 22.

appuyer celle d'un Franco-Manitobain qui contestait devant la Cour suprême du Canada la constitutionnalité de l'*Official Language Act* adopté en 1890 et faisant de l'anglais la langue officielle de la province. C'était la troisième fois que la cause était portée devant les tribunaux. La loi avait déjà été jugée non constitutionnelle à deux reprises, en 1892 et en 1909.

En 1982, lors de l'entrée en vigueur de la Charte, les autorités fédérales décident d'élargir le mandat du programme. Il est mis à jour afin de rendre admissibles à une aide financière les causes se rapportant aux articles 93 et 133 de la Loi constitutionnelle de 1867, à l'article 23 de la Loi de 1870 sur le Manitoba et aux articles 16 à 23 de la Charte canadienne des droits et libertés⁵⁴. Ces articles portent sur le bilinguisme législatif, les droits judiciaires, le statut des langues officielles, la langue de travail et des services et les droits scolaires. Le programme demeure sous l'emprise de l'exécutif qui continue de choisir les causes à porter devant les tribunaux. De 1982 à 1985, il appuie 12 causes devant les tribunaux, dont l'affaire *Procureur général du Québec c. Québec Association of Protestant School Boards* (1984) dans laquelle on demandait pour la première fois à la Cour suprême d'interpréter l'article 23 de la Charte, portant sur le droit à l'instruction dans la langue de la minorité officielle. La Cour devait déterminer si, tel que stipulée dans la Loi 101, la « clause Québec », limitant le droit à l'instruction en langue anglaise aux niveaux primaire et secondaire, était compatible avec l'article 23 de la Charte. Elle n'hésita pas à statuer que la Loi 101 portait atteinte aux droits constitutionnels de la minorité anglophone du Québec dans le domaine de l'instruction.

Ces quelques exemples montrent que, dès ses débuts, le programme a servi à annuler des mesures gouvernementales empiétant sur la liberté individuelle⁵⁵. Dès lors, la question des libertés négatives prend une importance sans précédent dans le débat sur les droits linguistiques, en conformité avec l'esprit du mouvement pour les droits et libertés. L'exécutif fait avancer l'égalité du français et de l'anglais partout au Canada, incluant au Québec, en inscrivant le débat linguistique sous l'égide du principe de la liberté individuelle et ce, sans avoir à en débattre au Parlement. Certes, comme le suggère R. Goreham, les causes portent sur le respect de droits linguistiques reconnus dans la Constitution ; elles ne portent pas sur « leur signification profonde⁵⁶ ». Toutefois, au même moment, le débat linguistique sert d'appui au renouveau d'un nationalisme canadien-anglais visant à renforcer le principe de l'égalité des langues, notamment

54. Pour plus de détails, voir : Richard Goreham, *op. cit.*

55. Voir : Richard Goreham, *op. cit.*, p. 8.

56. *Ibid.*

l'exigence de services en anglais au Québec. L'anglais est associé à une langue menacée, alors que le français, notamment au Québec, devient une langue qui « opprime ». Enfin, ce nouveau mouvement sert également d'appui à un populisme des droits, dont les exigences vont rapidement dépasser celle pour le respect des droits des minorités des deux langues officielles.

LE POUVOIR EXÉCUTIF À L'ÉPREUVE DE LA JUDICIARISATION DE LA POLITIQUE

En 1985, l'article 15 de la Charte portant sur les droits à l'égalité entre en vigueur. Au même moment, l'exécutif fait face à un important mouvement de pression pour que ce dernier mette sur pied un programme équivalent au programme de contestation judiciaire existant, lequel servira à financer des causes dans le domaine des droits à la diversité. Le gouvernement avait eu trois années pour ajuster ses lois aux exigences de la Charte, mais, selon Kathleen Ruff, l'une des ex-responsables du programme, il n'avait pas l'intention d'apporter de changements à ses lois⁵⁷. Selon elle, malgré certains efforts pour rendre ses lois plus compatibles avec les exigences de la Charte, le gouvernement aurait tout fait pour que les droits à l'égalité demeurent sans signification ou sans contenu. Le recours aux tribunaux apparaissait de plus en plus nécessaire. Les groupes de femmes et les représentants des personnes handicapées, exigeaient un programme de contestation judiciaire comme celui dont bénéficiaient les minorités anglophone et francophone. Toutefois, les groupes voulaient décider des causes qu'ils porteraient devant les tribunaux au lieu de laisser ce choix à l'exécutif ou aux fonctionnaires. Ils revendiquaient l'indépendance complète du programme à l'égard de l'exécutif.

Ainsi, le 25 septembre 1985, après de multiples pressions de la part des groupes luttant contre la discrimination au pays, l'article 15 de l'actuel programme est élargi. C'est Benoît Bouchard, secrétaire d'État, qui était responsable du programme à l'époque. Selon lui, le gouvernement conservateur, nouvellement élu, veut la justice sociale et l'équité pour tous les Canadiens et notamment pour ceux qui ont souffert de discrimination. Il souhaite qu'en plus des droits linguistiques, le programme s'intéresse à la question de la discrimination systémique à l'égard des femmes, des minorités visibles, des peuples autochtones et des personnes handicapées. De plus, il accepte que le programme devienne indépendant de l'exécutif sur le plan administratif. Une entente sur la gestion pour une période de cinq ans est signée avec le Conseil de développement social à Ottawa. Ainsi, le

57. Kathleen Ruff, « Final Appeal », *The Canadian Forum*, juin 1992, p. 14.

gouvernement considère que le programme sera plus impartial quant au choix des causes à subventionner. Une somme de 9 millions de dollars est destinée au programme et au financement des causes.

Dès lors, le programme sera constitué de deux secteurs, celui des droits linguistiques et celui des droits à l'égalité. Chacun devra mettre sur pied un comité composé de personnes connaissant bien l'un des deux domaines d'activité du programme, car les deux secteurs ont dorénavant la responsabilité d'approuver les demandes de financement soumises par les groupes. Or, selon Kathleen Ruff, dès la formation du comité des droits à l'égalité, l'exécutif aurait commencé à mettre des bâtons dans les roues en demandant que la nomination des membres du comité pour les droits à l'égalité soit approuvée par le secrétaire d'État et le ministre de la Justice. Il s'agissait d'une première ingérence dans le fonctionnement du programme. De 1985 à 1986, l'exécutif aurait tellement tardé à appuyer les noms des membres du Comité des droits à l'égalité que le programme aurait été compromis. Le gouvernement souhaitait empêcher la nomination d'un candidat issu du milieu syndical. Toutefois, il ne semble pas s'être immiscé dans le fonctionnement du comité des droits linguistiques.

Malgré ces ingérences, les responsables du programme se lancent dans une vaste consultation des groupes « nationaux » dont les préoccupations sont les droits à l'égalité, les droits de la personne, le développement social et les droits linguistiques. Ces consultations leur ont permis de jeter les bases d'une nouvelle gestion permettant de se rapprocher des groupes visés par la Charte. Les responsables du programme vont aussi fonder leur activisme judiciaire sur une nouvelle lecture de l'histoire canadienne et une interprétation encore plus large des droits et libertés afin de tenir compte de l'ensemble des groupes sociaux. Pour eux, « [l]a démarche judiciaire qu'il favorise constitue un complément essentiel aux démarches politiques et législatives. [Elle] présente un avantage incontestable dans la mesure où le recours aux tribunaux et la solution judiciaire est (*sic*) une voie plus facilement acceptée dans la tradition canadienne⁵⁸ ». Selon ses responsables, il ne faudrait cependant pas croire que le programme veut inciter à la contestation. En pratique, il cherche à exercer une influence sur le plus grand nombre possible de personnes. 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. Plus qu'un simple programme d'ordre administratif géré par des spécialistes du droit, il s'inscrit dans la perspective d'un plus grand accès

58. Programme de contestation judiciaire, *Rapport annuel 1986-1987*, Ottawa, Conseil canadien de développement social, 1987, p. 43-44.

des groupes à la justice. C'est ainsi qu'il semble possible d'interpréter les propos d'Andrée Côté, directrice du programme en 1990, selon lesquels celui-ci aurait contribué à l'avancement des droits des groupes au Canada⁵⁹.

De 1985 à 1992, soit pendant sa période d'activité la plus importante, le programme reçoit plus de mille demandes de financement de causes, dont 951 dans le domaine des droits à l'égalité et 171 dans le domaine des droits linguistiques. De 1985 à 1992, il appuie financièrement 175 causes portant sur les droits à l'égalité (673 986 \$) et 77 causes portant sur les droits linguistiques (940 663 \$). Les causes financées dans le domaine des droits à l'égalité sont nettement plus nombreuses même si le montant octroyé pour la défense des droits linguistiques est plus important (voir le tableau 1).

Tableau 1
Programme de contestation judiciaire, 1985-1992

Droits à l'égalité		Droits linguistiques	
Demandes	951	Demandes	171
Subventions accordées	175	Subventions accordées	77
Causes en 1 ^{re} instance	125	Causes en 1 ^{re} instance	35
Causes en Cour d'appel	26	Causes en Cour d'appel	23
Causes en Cour suprême	24	Causes en Cour suprême	19

Source : Données compilées à partir des rapports annuels du programme de 1985 à 1992.

De 1985 à 1989, les gestionnaires du programme ont consacré une somme de 1 614 649 \$ au financement de causes portées devant les tribunaux (voir le tableau 2). Entre autres, une aide allant jusqu'à 35 000 \$ pourrait être octroyée afin de financer des causes en première instance, en appel et à la Cour suprême du Canada. Les autres montants octroyés varient entre 5 000 \$ et 25 000 \$⁶⁰.

59. Andrée Côté, « Canada Kills the Courts Challenge Programme » dans Joanna Kerr (dir), *Ours by Right: Women's Rights As Human Rights*, London, Zed Books/ Ottawa, North-South Institute, 1993, p. 69.

60. *Guide des droits linguistiques*, op. cit. ; voir également Andrée Côté, op. cit.

Tableau 2
Programme de contestation judiciaire.
Financement des causes, 1985-1989

	1985-1986	1986-1987	1987-1988	1988-1989	Total
Droits à l'égalité	-	37 262 \$	240 060 \$	396 664 \$	673 986 \$
Droits linguistiques	71 247 \$	427 216 \$	175 311 \$	266 889 \$	940 663 \$
Total	71 247 \$	464 478 \$	415 371 \$	663 553 \$	1 614 649 \$

Source: Données compilées à partir des rapports annuels du programme de 1985 à 1992.

Le tableau 3 présente la répartition des causes selon les domaines appuyés par le Programme de contestation judiciaire de 1985 à 1992. En 1992, 85 causes concernant les droits à l'égalité et 20 causes portant sur les droits linguistiques étaient toujours devant les tribunaux. Encore une fois, force est de constater l'importance croissante du domaine des droits à l'égalité comparativement au domaine des droits linguistiques.

Tableau 3
Programme de contestation judiciaire.
Types de causes, 1985-1992

Droits à l'égalité	175	Droits linguistiques	77
Discrimination sexuelle	47	Droits à l'instruction	39
Droits des personnes handicapées	36	Droits au bilinguisme législatif	14
Origine ethnique/race	23	Droits juridiques	13
Droits des autochtones	18		
Autres	51	Autres	11

Source: Données compilées à partir des rapports annuels du programme de 1985 à 1992.

De plus, en 1985, le programme encourage la constitution de groupes pour la défense des droits des groupes visés par la Charte. Il le fait soit directement, en finançant des activités en collaboration avec ces derniers, ou indirectement, en offrant un appui aux intervenants devant les tribunaux. Ainsi, le *Legal Education and Action Fund*, un regroupement féministe reçoit du programme, de façon régulière, de l'aide financière afin d'intervenir dans des causes jugées importantes pour les groupes défavorisés⁶¹. Il appuie également le Conseil canadien des droits des personnes handicapées. EGALÉ, un regroupement militant pour les droits des gais et lesbiennes est aussi créé grâce à un financement direct du programme⁶². Toutefois, ces groupes sont déjà subventionnés par le Secrétariat d'État. Pour sa part, le programme contribue à la création du Centre canadien ethnoculturel dont le but est de sensibiliser les groupes à la stratégie judiciaire. Selon les responsables, très peu d'actions étaient intentées par les membres des minorités raciales et ethniques. Le programme a également financé l'organisation d'un groupe de défense des prisonniers et un autre axé sur les droits des autochtones et sur la question des traités. Les responsables indiquent à plusieurs reprises dans leurs rapports annuels qu'un travail de sensibilisation de leur part a été nécessaire en vue de favoriser au sein des groupes une plus grande conscience de ce qu'est la solution judiciaire⁶³.

Or, selon Kathleen Ruff, l'exécutif a été très hostile à l'initiative prise par le programme de financer des groupes. De fait, Ian Brodie précise que le financement des groupes a donné lieu à des critiques de la part des membres du Parti conservateur, qui considéreraient que le programme utilisait les crédits qui lui avaient été alloués à des fins partisans et à l'appui des causes portées par la gauche libérale⁶⁴. Et même, selon K. Ruff, « depuis ses débuts, le gouvernement n'a cessé de remettre en question l'indépendance du programme, de saboter ses causes et de l'empêcher de faire son travail⁶⁵ ». Il serait allé jusqu'à empêcher l'audience de certaines causes financées par le programme⁶⁶. Elle donne comme exemple une cause de discrimination

61. Pour plus de détails sur la création de LEAF, voir : Sherene Razack, *Canadian Feminism and the Law. The Women's Legal Education and Action Fund and the Pursuit of Equality*, Toronto, Second Story Press, 1991.

62. Pour plus de détails, voir : Miriam Smith, *Lesbian and Gay Rights in Canada*, *op. cit.*

63. « Langue et égalité : un peu plus haut, un peu plus loin », *Justice. La source fiable pour tous*, février 1991, p. 30-32.

64. Ian Brodie, « The Court Challenges Program » dans F.L. Morton, *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, Calgary, University of Calgary Press, 1992, 2^e édition, p. 254.

65. Kathleen Ruff, « Final Appeal », *The Canadian Forum*, juin 1992, p. 14. Traduction de l'auteure.

66. Voir, K. Ruff, *op. cit.*, p. 15.

basée sur l'orientation sexuelle intentée contre la Gendarmerie Royale du Canada (GRC), que le gouvernement aurait réglée à l'amiable afin d'éviter à tout prix que les parties ne se retrouvent devant les tribunaux. De cette façon, la GRC n'a pas eu besoin de modifier sa politique. De plus, étant donné que le programme ne peut financer qu'une cause type par question, il n'a pu appuyer d'autres causes relatives à la discrimination basée sur l'orientation sexuelle. K. Ruff explique que le gouvernement a été très embarrassé lorsque le programme a accepté de financer une cause portée devant les tribunaux par les Innu contre le ministère de la Défense nationale concernant les vols à basse altitude au Labrador⁶⁷. La question des droits des gais et des lesbiennes et celles des droits des Premières Nations sont donc des sujets épineux.

Enfin, selon K. Ruff, l'activisme du programme expliquerait que lorsque vint le temps de renouveler le mandat du programme au mois de mars 1990, le gouvernement ait attendu jusqu'à la dernière minute avant de donner son aval. Ce n'est que lorsque le Comité parlementaire sur les droits à l'égalité a exigé du gouvernement qu'il renouvelle le programme que celui-ci fut reconduit pour une période de cinq ans⁶⁸. Le mandat avait été évalué en comité parlementaire, au sein du Secrétariat d'État par des fonctionnaires, au sein du Comité permanent des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées, ainsi que par le Commissaire aux langues officielles. Le Comité des droits de la personne et de la condition des personnes handicapées a fait valoir « l'importance que la population canadienne attache au principe de l'accès aux tribunaux⁶⁹ ». À l'instar du Commissaire aux langues officielles, il considérait que l'interprétation par les tribunaux en matière de droits à l'égalité et de droits linguistiques n'était qu'à ses débuts. Les groupes ont également exercé une forte pression auprès de ces différentes instances et institutions pour que le mandat du programme soit renouvelé. Au mois de juillet 1990, le programme est transféré du Conseil de développement social au Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa qui obtient un mandat de gestion jusqu'en 1995. Or, au mois de février 1992, l'exécutif l'abolit sans préavis. Malgré les représentations des différents groupes⁷⁰, et les interventions de la juge Bertha Wilson, le gouvernement élimine le programme en invoquant que celui-ci avait permis d'établir une jurisprudence suffisante pour garantir le respect des droits des minorités et des groupes défavorisés. Il recommande de redonner le

67. Voir, K. Ruff, *op. cit.*, p. 16.

68. I. Brodie est du même avis. *op. cit.*, p. 254.

69. *Programme de contestation judiciaire, Rapport annuel 1995-1996*, Winnipeg, p. 8.

70. Ils sont environ 2000 selon Andrée Côté, *op. cit.*, p. 69.

contrôle du financement des causes au ministère de la Justice qui procédera dorénavant au cas par cas. L'argument des restrictions budgétaires est également invoqué. Selon Andrée Côté, l'abolition du programme est plutôt due à un ressac contre la Charte⁷¹.

A. Côté n'a probablement pas tort, mais force est de constater que, derrière la judiciarisation des droits, c'est le pouvoir de l'exécutif qui est en jeu. Les libéraux se sont servis du programme pour provoquer une judiciarisation importante du débat linguistique, alors que les conservateurs donnent plutôt l'impression d'avoir été pris d'assaut par les mouvements sociaux, thèse également admise par plusieurs commentateurs de la question⁷². Or, l'exécutif, probablement conscient que la judiciarisation en cours de la politique lui échappait, devait se donner les moyens de contrôler davantage la situation et d'apporter une nouvelle orientation. En abolissant le programme, il pouvait alors mieux maîtriser la situation. Or, au moment où le programme prend fin, le Parti libéral du Canada, alors l'opposition officielle à la Chambre des communes, promet de le réinstaurer s'il remporte la victoire aux élections fédérales prévues pour 1993. Entre-temps, Kim Campbell, Première ministre, annonce son intention de rétablir le programme sous une forme différente. Celui-ci serait dorénavant conçu comme un programme d'enrichissement du droit de la Charte. La Première ministre Campbell souhaite également qu'il soit pensé comme un partenariat entre associations de juristes, regroupements et universités, principe auquel tous les groupes acquiescraient. En 1993, lorsque le Parti libéral du Canada revient au pouvoir, le nouveau gouvernement désigne le ministre du Patrimoine canadien responsable du rétablissement du programme. En 1994, le ministre embauche la firme Price Waterhouse qui organise des consultations auprès des groupes concernés. À la suite de ces rencontres, le gouvernement reprend le mandat du programme et le rétablit tel qu'il était. De fait, il refuse de l'élargir malgré la revendication des groupes qui souhaitaient le voir s'étendre pour financer des causes au niveau provincial. Quoi qu'il en soit, l'action de l'exécutif permet de constater le lien étroit qu'il a tissé avec le mouvement pour les droits et libertés. Malgré certaines limites à son enthousiasme, le programme sert encore les desseins de l'exécutif.

71. *Ibid.*, p. 70 ; voir aussi : W. A. Bogart, *op. cit.*

72. Pour plus de détails, voir : Leslie A. Pal, *Interest of State*, Toronto, University of Toronto Press, 1993 ; pour une approche complémentaire, voir : Susan D. Phillips et Jane Jenson, « Regime Shifts : New Citizenship Practices in Canada », *International Journal of Canadian Studies*, n° 14, 1996, p. 111-135.

CONCLUSION

Le programme de contestation judiciaire est un cas de figure révélateur de la place de l'exécutif dans l'avènement et même dans l'encadrement de la judiciarisation de la politique. Au lieu de nous arrêter uniquement au rôle des mouvements sociaux dans la transformation de la vie politique, nous avons choisi de resituer le phénomène de la judiciarisation dans son contexte historique et politique, et de dévoiler son lien étroit avec l'exécutif. Entre autres, nous avons vu que le gouvernement fédéral, en cherchant à limiter la position des provinces, du Québec en particulier, sur l'échiquier politique a joué un rôle important dans le basculement de la politique dans le droit. 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. À travers ces causes, il a cherché à promouvoir la politique officielle du bilinguisme. De 1985 à 1992, bien que le choix des causes lui ait échappé, puisque le programme a maintenant une indépendance administrative, l'exécutif n'a cessé de s'immiscer dans ses activités. D'ailleurs, insatisfait de la direction qu'il a pris, il l'a aboli en 1992.

L'étude du programme permet ainsi de nuancer les débats en cours sur la perte de pouvoir du législatif au profit du judiciaire. Elle rappelle le rôle central de l'exécutif dans la transformation du pouvoir au Canada. De fait, elle nous amène à reconnaître que l'organisation du pouvoir a été modifiée par l'exécutif lui-même. Il est donc peu fécond de ne blâmer que les groupes de pression pour les effets de la judiciarisation de la politique, qui, dans une large mesure, ont été souhaités par l'exécutif.