

L'activisme judiciaire et les droits de la personne: émergence d'un nouveau savoir-pouvoir ?

Robert Vandycke

Volume 30, numéro 4, 1989

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042987ar>
DOI : <https://doi.org/10.7202/042987ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)
1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Vandycke, R. (1989). L'activisme judiciaire et les droits de la personne: émergence d'un nouveau savoir-pouvoir ? *Les Cahiers de droit*, 30(4), 927–951. <https://doi.org/10.7202/042987ar>

Résumé de l'article

Dans ce texte, on tente d'abord de dégager l'esprit et les principales orientations qui sous-tendent la Charte constitutionnelle de 1982. On relève que la garantie accordée aux grandes libertés classiques (droits-limites) a pour effet de discriminer les droits exclus de cette protection, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels. Cependant, plus encore que le texte constitutionnel lui-même, l'activisme judiciaire conduit en fait à privilégier une conception essentiellement individualiste des droits, et à restreindre les pouvoirs du parlement élu. C'est la nature de ce pouvoir du judiciaire, et les stratégies mises en oeuvre pour l'étendre au maximum, qui sont analysées ici.

L'activisme judiciaire et les droits de la personne : émergence d'un nouveau savoir-pouvoir ?

Robert VANDYCKE *

Dans ce texte, on tente d'abord de dégager l'esprit et les principales orientations qui sous-tendent la Charte constitutionnelle de 1982. On relève que la garantie accordée aux grandes libertés classiques (droits-limites) a pour effet de discriminer les droits exclus de cette protection, en particulier les droits économiques, sociaux et culturels. Cependant, plus encore que le texte constitutionnel lui-même, l'activisme judiciaire conduit en fait à privilégier une conception essentiellement individualiste des droits, et à restreindre les pouvoirs du parlement élu. C'est la nature de ce pouvoir du judiciaire, et les stratégies mises en œuvre pour l'étendre au maximum, qui sont analysées ici.

In this text, the author first attempts to circumscribe the spirit and primary orientations underlying the 1982 Constitutional Charter. It is shown that the guarantee granted to classical freedoms (rights-limits) inferiorizes rights excluded from this protection, namely economic, social and cultural rights. However, even more than the constitutional text itself, judiciary activism leads in fact to privilege an essentially individualistic conception of rights and to restrict the powers of the elected Parliament. It is the nature of this judiciary power and the strategies implemented for extending it to its maximum that are analyzed here.

	<i>Pages</i>
1. Quelques considérations préliminaires sur les droits de l'homme	929
2. La Charte et les droits	931
2.1. Les marques de naissance de la Charte de 1982	931
2.2. La primauté des droits-limites	933

* Professeur, Département de sociologie, Université de Montréal.

	<i>Pages</i>
2.2.1. La reconnaissance de certains droits collectifs	933
2.2.2. Les droits à l'égalité	934
2.2.3. Les droits économiques et sociaux	936
3. Le pouvoir des juges dans la mise en œuvre de la Charte	938
3.1. Le pouvoir judiciaire : nature et étendue	939
3.2. Une stratégie de pouvoir et sa légitimation	941
3.3. La rhétorique de la cohérence	944
4. L'idéologie de la Cour suprême	946
4.1. La conception des droits linguistiques	946
4.2. La conception des droits sociaux	949
Conclusion	950

Il y a environ cinq ans que la Charte constitutionnelle des droits a commencé à produire ses effets à travers l'interprétation de la Cour suprême du Canada. C'est aussi le moment où la majorité interne de la Cour est en train de basculer, si du moins le fait que les juges aient été nommés par des gouvernements libéraux ou conservateurs comporte des implications en ce qui concerne les grandes orientations qui sous-tendent leurs jugements. On peut dès lors tenter un premier bilan, à la fois sommaire et bien entendu provisoire, des effets produits par cet élément essentiel de la modification constitutionnelle de 1982 : la constitutionnalisation d'une Charte des droits.

Dans cette communication, on cherchera d'abord à extraire de la conception foncièrement individualiste du texte constitutionnel quelques ouvertures sur une vision moins spontanéiste de l'ordre social. On s'attachera ensuite à l'attitude activiste et à l'idéologie des juges de la Cour suprême dans la mesure où ceux-ci sont, bien plus que de simples interprètes, les véritables artisans du contenu concret donné aux dispositions de la Charte. On verra qu'ils n'ont certainement pas édulcoré l'orientation individualiste de ce texte.

Nous partons du postulat selon lequel les droits de l'homme puisent leur force et leur légitimité dans le très large consensus, à la fois national et universel, dont ils font l'objet. Plus on s'écarte de ce consensus pour promouvoir en leur nom des solutions particulières, plus on entre dans l'arène politique et la controverse. Plus on privilégie une catégorie de droits et libertés au détriment d'une autre, ou un droit considéré comme un absolu à l'encontre d'un autre, plus on fait œuvre d'idéologue : des visions partielles sont considérées comme des vérités globales sans qu'il soit envisageable d'en

débattre ou de les remettre en question ¹. Nous pensons que tant la Charte que sa traduction par le judiciaire prêtent le flanc à cette critique. En particulier, l'activisme judiciaire dans le domaine des droits de la personne a transformé ces idéaux les plus élevés en ce que Foucault appellerait sans doute un savoir-pouvoir, aux mains de quelques professionnels du droit, nommés discrétionnairement par le gouvernement central.

Cette thèse, avec toutes ses implications au plan du fonctionnement de nos institutions démocratiques, nous allons essayer de la défendre en nous appuyant sur le texte de la Charte et quelques décisions significatives de la Cour suprême. Nous sommes conscients que nous nous aventurons de la sorte sur un terrain semé d'embûches, dans lequel des juristes éminents et hautement spécialisés ont acquis une expérience que nous n'avons pas. Nous demandons donc l'indulgence tout en espérant que l'incursion d'un sociologue du droit apportera parfois un éclairage un peu nouveau sur la question.

1. Quelques considérations préliminaires sur les droits de l'homme

Nous ne référons pas ici l'historique de ces droits, non plus que des différentes «générations» de droits qui sont venues enrichir et donner un contenu plus concret aux premières déclarations. Nous évoquerons, par contre, quelques caractéristiques importantes de ces droits et libertés, pertinentes pour notre recherche et qui obtiennent un accord plus ou moins large, selon le cas.

Tout d'abord, ces droits et libertés ne sont et ne pourraient être considérés comme des absolus. Le maintien de l'ordre relève des pouvoirs de l'État, même pour les tenants de l'État minimal, et cela suppose que des restrictions puissent être apportées aux libertés, aux droits-autonomie. C'est dans ce sens que, dans la Charte, les articles 8 et 9 condamnent les fouilles *abusives* ou la détention *arbitraire*. Par ailleurs, on admet généralement que, en situation de crise en particulier, des dérogations sont permises, sauf en ce qui concerne les droits les plus fondamentaux, comme le droit à la vie. Si l'on revient à la Charte, on remarquera que ce même droit à la vie y comporte sa part de relativité : «... il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale».

Mais la raison générale pour laquelle ces droits et libertés ne peuvent être des absolus, c'est qu'ils entrent en concurrence entre eux, en tension contradictoire. L'exemple historique le plus classique en est l'interdiction de

1. Notre définition de l'idéologie est directement inspirée de celle de Roger COTTERRELL dans «Feasible Regulation for Democracy and Social Justice», (1988) 15 *Journal of Law and Society*, p. 7.

s'associer faite aux travailleurs français à partir de 1791, au nom de la liberté et de la Déclaration des droits de l'homme. La gestion des droits consiste donc à établir des équilibres et des compromis entre eux, qu'ils soient ou non inclus dans une charte constitutionnelle; il en découle un large pouvoir d'appréciation pour ceux qui accomplissent cette tâche. Dans la Constitution, l'article premier de la Charte fixe, de façon très générale, les conditions auxquelles doit répondre toute restriction apportée aux droits garantis: ces restrictions doivent émaner d'une règle de droit et demeurer « dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

En plus de ce caractère non absolu des droits de la personne et de leur interdépendance, on reconnaît assez souvent leur indivisibilité. Les droits de l'homme forment un tout, formé à la fois des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels, pour ne citer que ceux-ci²; les premiers perdent de leur substance s'ils ne s'appuient sur les seconds, qui en conditionnent le plein exercice; les droits sociaux, de leur côté, perdent beaucoup de leur sens s'ils ne s'accompagnent pas de la liberté de déterminer individuellement et collectivement le contenu de ces droits, la nature du bien-être visé³. C'est donc l'ensemble de cette construction historique qu'il convient de considérer. De la même façon qu'il relève de la propagande de revendiquer un droit dans l'absolu, sans le mettre en relation avec les droits et libertés concurrents, c'est le propre de l'idéologie que de s'appuyer sur une catégorie de droits en excluant un autre type de droit, et de jouer ainsi les droits-limites *contre* les droits-créances ou inversement.

On estime également souvent qu'il existe une certaine hiérarchie à l'intérieur de cet ensemble indivisible⁴. L'accord est cependant moins facile à obtenir quand on cherche à cerner ce « noyau dur ». Le droit à la vie et à l'intégrité physique (qui vise la torture notamment) sont certainement de ceux-là, ainsi peut-être que l'interdiction de la discrimination fondée sur l'appartenance raciale. De façon similaire, il peut exister des dimensions plus

2. À cette liste, on pourrait ajouter le droit des peuples, ou encore les droits de la troisième génération: paix, développement, environnement sain, etc. Sur le droit des peuples, voir la *Déclaration universelle des droits des peuples*, proclamée à Alger le 4 juillet 1976, dans *Actes*, juin 1988, n° 64. Le droit des peuples est énoncé de façon identique à l'article premier de chacun des deux Pactes internationaux sur les droits: « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel ».

3. Dans ce sens, voir Julio LABASTIDA, M. DEL CAMPO, « Le développement de l'idée des droits de l'homme: les tensions contradictoires et les compromis concevables », (1987) 28 C. de D. 501.

4. Voir à ce propos la Table ronde « Globalité-Individualité-Historicité des droits de l'homme » animé par Roland WEYL, (1987) 2 *Revue internationale de droit contemporain*.

ou moins fondamentales à l'intérieur de chaque droit : en République fédérale d'Allemagne, la loi peut restreindre les droits fondamentaux, mais en aucun cas dans leur contenu essentiel⁵. Un peu dans le même sens, la Cour suprême des États-Unis a accordé assez récemment une protection à la liberté d'expression commerciale, tout en évitant, dans certaines de ses décisions, de placer celle-ci sur un pied d'égalité avec les formes d'expression politiques ou culturelles⁶. Ici encore, l'idéologie consiste sans doute à placer une catégorie entière de droits au-dessus d'une autre, sous prétexte par exemple que la première sert de fondement à la seconde ; en réalité, il semblerait que cette hiérarchisation doive s'opérer en distinguant des droits essentiels et d'autres moins fondamentaux à la fois parmi les droits civils et politiques *et* parmi les droits sociaux. Sinon, on aboutit à des absurdités : la liberté d'expression commerciale vaudrait autant, voir plus si l'on se réfère à la Charte constitutionnelle, que le droit à la santé.

Enfin, les chartes et déclarations sont rédigées en termes abstraits et universels. Cependant, les droits de la personne et leurs ajustements réciproques s'enracinent et prennent leur contenu concret dans des peuples divers. Ceux-ci ont leur histoire, leurs institutions et leurs traditions, leur culture, leur niveau de développement et d'autonomie. Certaines démocraties parmi les plus anciennes, comme l'Angleterre, ont évité jusqu'à présent de constitutionaliser les droits et libertés, et le Parlement y conserve toute sa suprématie. Ailleurs en Europe, la retenue judiciaire a caractérisé les décisions de la Commission et de la Cour européenne de justice, laissant aux États membres une large marge d'appréciation dans l'établissement de limites aux droits⁷ ; les discours des droits de l'homme s'appliquent dès lors à ce qui fait l'objet d'un véritable consensus et il respecte les particularismes liés à l'histoire, à la culture et aux institutions du pays. On verra que cette prudence n'a pas été la marque dominante de l'action de la Cour suprême du Canada.

2. La Charte et les droits

2.1. Les marques de naissance de la Charte de 1982

La Charte est le fruit d'une volonté politique à un moment donné de l'histoire du Québec et du Canada. On ne reviendra pas ici sur les événements

5. Article 19 de la *Loi fondamentale de Bonn*, cité dans Thomas FLEINER-GERSTER, *Théorie générale de l'État*, Paris, P.U.F., 1986, p. 136. Notons que la Charte québécoise des droits use d'une formulation pas très éloignée de celle-ci, à propos de l'interdiction de la discrimination (art. 10).

6. André BINETTE, « La liberté d'expression commerciale », (1987) 28 *C. de D.* p. 341.

7. Sur ce point, voir Guy TREMBLAY et Sylvain BELLAVANCE, « La suprématie législative et l'édition d'une charte des droits britanniques », (1988) 29 *C. de D.* 637, spéc. p. 654.

qui ont précédé la modification constitutionnelle, en particulier l'échec du référendum québécois sur la souveraineté-association. On ne s'attardera pas non plus sur la façon cavalière dont le Gouvernement central a cherché à imposer sa réforme aux provinces, ni sur l'exclusion qui a frappé le Québec lors des ultimes négociations et marchandages⁸. Dans une certaine mesure, la Charte porte en elle les stigmates des circonstances particulières qui ont entouré sa naissance, peut-être moins par ce qui y est énoncé que par ses omissions.

Ce qui frappe tout d'abord dans le texte, c'est le niveau extrêmement différent de certaines dispositions par rapport à d'autres. À côté de certains articles renvoyant à des droits et libertés classiques (grandes libertés, garanties juridiques...), voire au principe de l'égalité des langues officielles, on trouve des droits extrêmement précis, largement inspirés par la conjoncture, et destinés par exemple, comme l'a bien vu la Cour à propos de l'article 23 alinéa 2, à faire échec à une disposition de la *Charte de la langue française* du Québec, restreignant l'accès à l'école publique anglaise. La Charte constitutionnelle présente donc une double caractéristique : d'abord, elle place sur un pied d'égalité des droits et libertés fondamentaux et universellement reconnus et d'autres beaucoup plus particuliers, liés à une conjoncture politique donnée et à la volonté de l'Ex-Gouvernement libéral de construire, autour de l'État central, une nation d'un océan à l'autre. Faute de hiérarchisation explicite, la légitimité que certains droits tirent de leur universalité rejaillit sur les autres : la Charte apparaît comme un tout formé de droits fondamentaux.

Mieux encore, et c'est la deuxième caractéristique, la protection constitutionnelle s'applique aux droits les moins reconnus d'une façon beaucoup plus rigide qu'aux droits fondamentaux, puisque la clause de dérogation (article 33, dite clause nonobstant) ne s'applique qu'à ces derniers. Ce qui peut se comprendre si l'on considère le contenu largement indéterminé de ces droits et libertés ; cependant, on aboutit ainsi au paradoxe de laisser aux juges le pouvoir ultime de décision en ce qui concerne des droits, certes plus précis, mais qui se prêtent particulièrement à la contestation politique.

À sa paternité, la Charte doit encore l'absence de préambule ou de toute disposition reconnaissant, d'une manière ou d'une autre, la place particulière du Québec dans la « confédération », tandis qu'à défaut de droits nouveaux les peuples autochtones obtiennent au moins le bénéfice d'une mention (art. 95) : il semble, en effet, que l'égalité juridique des provinces soit un des postulats implicites essentiels de la modification constitutionnelle de 1982.

8. À ce propos, on consultera Gil RÉMILLARD, *Le fédéralisme canadien*, tome 2, Montréal, Québec-Amérique, 1985, et surtout Claude MORIN, *Les lendemains piégés*, Montréal, Boréal, 1988.

D'autres omissions confirment l'impression que, dans l'esprit de ses promoteurs, la Charte ne devait pas entraver la liberté de manœuvre de l'État central : absence de mention explicite du respect de la vie privée à l'article 8, inexistence de mécanismes spécifiques de contrôle face aux larges pouvoirs dont dispose le Gouvernement central en cas de crise, étant entendu que la protection générale des droits offerte par la Charte ne présente pas de véritable garantie à cet égard.

2.2. La primauté des droits-limites

Dans l'ensemble, ce qui est garanti dans la Charte, ce sont les droits civils et politiques, les droits et libertés des individus par rapport à l'État, comme l'a exprimé, entre autres, le juge Dickson⁹. Il s'agit donc de ménager une sphère d'autonomie pour la personne humaine, de poser des limites à l'intervention de l'État et aux menaces que celui-ci pourrait faire planer sur sa liberté, sa sécurité ou son intégrité physique. Prenant ce point pour acquis, on tentera de voir jusqu'à quel point la Charte s'écarte à l'occasion de cette perspective.

2.2.1. La reconnaissance de certains droits collectifs

À côté des libertés générales de réunion pacifique et d'association (art. 2), la Charte fait état d'un certain nombre de collectivités. Parmi celles-ci figurent les provinces et les territoires, dont les droits et obligations ne sont pas modifiés directement, si l'on excepte le cas particulier du Nouveau-Brunswick ; les autochtones, dont les droits sont reconnus et confirmés, mais non spécifiés (art. 95) ; des groupes de langue officielle (art. 16 s. et art. 23) ; des communautés culturelles, qui n'obtiennent pas de droits spécifiques, mais la lecture de la Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le patrimoine multiculturel du Canada (art. 27) ; des minorités formées d'individus présentant des caractéristiques personnelles identifiables (art. 15). C'est de ces derniers que nous traiterons, ainsi que des groupes linguistiques, après avoir brièvement évoqué l'importance historique du droit d'association.

Bien qu'établis en faveur d'individus, les droits de réunion et d'association sont collectifs en ce sens qu'ils ne peuvent être exercés que par un ensemble de personnes agissant de concert. On sait qu'ils sont parfois appelés droits-participation et qu'ils sont à la charnière des droits-limites et des droits économiques et sociaux. Après s'être imposés malgré une résistance parfois

9. « Je tiens à ajouter que la *Charte* a été conçue principalement pour reconnaître les droits et libertés individuels face à l'État », dans *Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 565.

opiniâtre, ils ont en effet, puissamment contribué à l'essor des mouvements sociaux et à l'émergence de l'État-providence. Ils font maintenant partie des grandes libertés classiques, au côté desquelles ils figurent d'ailleurs, dans l'article 2.

Un certain nombre de dispositions linguistiques de la Charte relèvent de ce que Pierre Carignan appelle des droits attribués à une collectivité à travers ses membres¹⁰. Tel est sans doute le cas de l'article 23 qui confère aux membres des minorités de langue officielle le droit de faire instruire leurs enfants dans leur langue. Ici encore, les individus sont visés, mais leur droit n'existe que dans la mesure où ils appartiennent à un groupe linguistique donné; par ailleurs, la mise en œuvre de leur droit est subordonnée à une condition de nombre: il faut que ce dernier soit suffisant pour justifier l'instruction à charge de l'État. En plus de sa dimension collective, l'article 23 attribue donc un droit de créance contre l'État, impliquant, comme pour les droits économiques et sociaux, une intervention active de celui-ci, sous forme de financement.

L'article 23 nous paraît significatif parce qu'il montre l'angle sous lequel sont envisagés les droits linguistiques. Le principe de l'égalité de statut est reconnu aux langues officielles tant au Parlement qu'au Gouvernement; des droits linguistiques sont attribués aux francophones et aux anglophones dans ces deux organes, dans leurs rapports avec l'administration centrale et devant les tribunaux ou en matière d'instruction. On ne contestera pas l'importance de ces droits. Cependant, ils passent toujours par le libre choix individuel, par la volonté ou la capacité des uns et des autres de les exercer, dans un environnement économique, social et politique qui ne s'y prête pas nécessairement. Pour le constituant, les collectivités linguistiques sont des collections d'individus autonomes et, faute d'existence propre, les groupes linguistiques ne sauraient être titulaires de droits spécifiques. La problématique de la Charte en matière de droits linguistiques postule donc que les individus de langue minoritaire auront intérêt à se prévaloir de leurs droits et que, le faisant, ils auront le pouvoir politique et judiciaire de forcer les autorités compétentes à leur fournir les bâtiments, équipements et services sans lesquels leur «droit» reste lettre morte. À moins que ces établissements n'existent déjà, comme au Québec...

2.2.2. Les droits à l'égalité

Comme le laisse entendre le titre de l'article 15, il s'agit bien *des* droits à l'égalité, non *du* droit; car le concept a changé de sens au cours de l'histoire et

10. Pierre CARIGNAN, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec », (1984) 18 *R.J.T.* 1.

ce sont ces différentes acceptions que l'on retrouve dans le même article de la Charte¹¹ : de l'égalité devant la loi (qui vise à écarter tout privilège dans l'administration de la loi), on est passé à l'égalité dans la loi (le contenu de la loi doit respecter le principe de l'égalité de tous en droits, sauf distinction fondée sur l'intérêt général ; telle est la conception sur laquelle repose le Code Napoléon) ; enfin, l'apparition de l'État-providence, si bien analysé par Ewald, correspond à la poursuite de l'égalité par la loi (la loi est faite de distinctions, afin de réaliser une plus grande égalité de fait).

Dans cette dernière acception de l'égalité, c'est, à la limite, la non-distinction qui est discriminatoire. C'est dans ce sens que la Cour suprême a jugé récemment que l'obligation d'affichage commercial unilingue, bien que s'appliquant à tous, produisait des effets différents pour les francophones et les autres Québécois¹². La Charte ouvre par cet article un champ énorme d'intervention au judiciaire. Il reste que le constituant a voulu accorder une protection spéciale à des catégories de personnes en raison de leur plus grande vulnérabilité dans nos sociétés : gens de couleur, handicapés, gens âgés, etc. Non seulement la discrimination sous toutes ses formes est interdite, mais aussi la Charte précise bien, au paragraphe 15(2), qu'elle n'exclut pas d'éventuels programmes de redressement, ou action positive pour ces groupes défavorisés¹³.

-
11. Voir Daniel PROULX, « L'objet des droits constitutionnels à l'égalité », (1988) 29 *C. de D.* 567.
 12. *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Rappelons que la Cour s'est appuyée sur la Charte québécoise des droits, en l'occurrence. Plusieurs autres arrêts concernent ce type de discrimination (dite indirecte, ou par suite d'un effet préjudiciable). Notons, avant la Charte constitutionnelle : *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536 ; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561. Il s'agit de deux affaires concernant la discrimination religieuse.
 13. On sait qu'aux États-Unis, des programmes d'action positive ont été établis en faveur de certaines minorités, comme les Noirs ou les Hispaniques, en particulier dans les domaines de l'habitation, de l'éducation et de l'emploi : Différentes mesures ont été prises dès 1961, à l'instigation des pouvoirs publics, allant de l'information et la conscientisation à l'instauration de quotas en faveur de ces minorités, en passant par la fixation d'objectifs à atteindre. Placées devant l'obligation de prouver le caractère non discriminatoire de leur politique d'embauche, et la difficulté de démontrer la chose, plusieurs grosses entreprises ont choisi de recourir aux quotas envers ces minorités. Cependant, la réaction des Américains plus privilégiés ne s'est pas fait attendre, comme en témoigne notamment la célèbre affaire *Bakke*, en Cour suprême (1978), et un courant de pensée s'est formé contre cette « discrimination à rebours ». Pour un point de vue critique, voir notamment Nathan GLAZER, « Affirmative Discrimination : Where is it going ? », (1979) *Internat. Journal of Sociology*, p. 14 à 30 ; ou, du même auteur *Affirmative Discrimination*, New York, Basic Books, 1975. Des arguments favorables sont présentés dans Myrl L. DUNCAN, « The Future of Affirmative Action : A Jurisprudential/Legal Critique », (1982) 2 *Harvard Civil Rights — Civil Liberties Law Review*, 503.

Dans ce cas-ci, il est clair que le texte s'écarte de la problématique centrée sur l'individu et la méfiance envers l'État, pour prêter un rôle actif au législateur dans la poursuite de l'égalité. L'interdiction de la discrimination indirecte va dans le même sens : l'État doit avoir une politique active d'égalité et établir les distinctions légales nécessaires à cette fin.

Malgré la clause d'interprétation favorable au multi-culturalisme, déjà citée, il est assez douteux que la disposition interdisant la discrimination indirecte entraîne de nombreuses décisions judiciaires. De façon générale, le pouvoir quasi-discrétionnaire conféré aux juges par l'article 15 et tellement étendu qu'ils hésiteront sans doute, comme aux États-Unis, à s'en prévaloir trop souvent contre le législateur. Il reste que l'interdiction de la discrimination pourrait avoir une incidence profonde, sur l'inégalité salariale entre hommes et femmes notamment, même si celle-ci ressortit le plus aux rapports collectifs dans le secteur privé de l'économie.

Comment situer l'article 15 dans l'économie générale de la Charte. Les catégories visées¹⁴ sont composées d'individus exclus du pouvoir et qui présentent une caractéristique personnelle *repérable* qui en fait des cibles faciles pour la discrimination. La condition sociale n'est pas envisagée comme telle. Aucun droit spécifique (droit au travail, à un niveau de vie décent, etc.) n'est attribué en dehors de celui de recevoir un traitement égal de la part des législateurs et des Gouvernements. On s'assure, par l'article 15, que ces individus jouiront d'une certaine égalité des chances par rapport aux autres membres de la société. À la limite, on va jusqu'à examiner si les *effets* des mesures législatives et gouvernementales respectent bien ce principe d'égalité. À l'extrême, des programmes d'accès à l'égalité ne sont pas exclus pour les catégories qui ont subi la discrimination dans le passé et qui en subissent encore les conséquences. Ces deux dernières acceptions de l'égalité tendent à compenser l'insuffisance de mécanismes généraux destinés à assurer l'égalité des droits pour tous. Ils renvoient donc au *contenu* même de ces droits, en dernière analyse, et aux garanties dont ils jouissent dans la constitution.

2.2.3. Les droits économiques et sociaux

La Charte n'accorde guère de mention aux droits économiques et sociaux, si l'on excepte l'engagement général à « favoriser le développement économique pour réduire l'inégalité des chances », ou celui de « promouvoir

14. L'interdiction vise la discrimination fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. La liste de l'article 15 n'est pas limitative.

l'égalité des chances de tous les Canadiens dans la recherche de leur bien-être» (al. 36(1)a, b). Par ailleurs, les Gouvernements promettent aussi de fournir «à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels» (al. 36(1)c). Cette dernière disposition, de même que le «principe» de paiements de péréquation (par. 36(2)) (qui ont pour objet une certaine égalité entre les provinces au point de vue des services publics), ont une incidence sur certains droits économiques et sociaux, comme l'instruction ou la santé.

Ceci dit, il est significatif que les droits économiques et sociaux ne soient pas évoqués plus directement. Il semble bien que, pour le constituant de 1982, il en va de ces «droits» comme de la *recherche* du bien-être et que c'est sous l'angle de l'égalité des chances qu'il faut les envisager : plutôt que de droits au sens précis du terme, il s'agirait en quelque sorte d'objectifs légitimes non directement protégés, du moins au plan constitutionnel. C'est en tout cas ce que l'alinéa 36(1)b, mentionné plus haut, paraît indiquer.

Si l'égalité des chances est bien la problématique du constituant en la matière, encore faut-il la cerner. Celle-ci est censée résulter de la jouissance par tous des droits-limites et des droits-participation, d'un certain nombre de droits linguistiques et de quelques engagements en matière de développement économique et de prestation de services publics. Typiquement, quand elle s'éloigne de l'individualisme pour protéger des collectivités défavorisées, la Charte définit ces dernières par leur nature biologique (âge, sexe, race, etc.) ou quasi-biologique (ethnie ou religion minoritaire). Les autres individus ou catégories sociales sont présumés exercer leurs droits en toute égalité, peu importe les résultats. Il incombe aux législateurs de leur venir en aide et de contribuer par des mesures concrètes à l'égalité des chances et au progrès des droits sociaux. Mais quelle est, dès lors, la place de ces droits dans notre système juridique ?

On peut difficilement nier que de porter une catégorie de droits au niveau constitutionnel et d'en omettre une autre ait une incidence sur la légitimité et l'importance attribuée à ces droits, que ce soit au niveau du citoyen, de l'homme politique ou du magistrat. Plus concrètement, en cas de conflit entre des droits, dont l'un jouit de la garantie constitutionnelle, tandis que l'autre en est privé, comment s'établiront les rapports de force et le compromis ? Poser cette question, c'est aborder les restrictions permises aux droits constitutionnels et leurs conditions, telles qu'énoncées en l'article premier de la Charte¹⁵. Dans la mesure où ils portent atteinte aux droits et libertés de la

15. Les droits énoncés sont garantis et «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Charte, les droits économiques et sociaux devront passer le double test de leur légitimité (ce qui sera souvent facile) et de leur raisonnable par rapport aux restrictions qu'ils impliquent pour les « vrais » droits. Bref, les droits sociaux sont, en pratique, ravalés au rang d'objectifs légitimes poursuivis par un gouvernement, soit un statut juridique nettement inférieur.

Pour être plus précis en ce domaine, il faudrait envisager la manière dont la Cour suprême a interprété les textes. Contentons-nous de deux brèves remarques. Tout d'abord, plus les tribunaux étendent la portée des droits garantis par la Charte (ladite « interprétation large et libérale »), plus les droits résiduels et les législateurs auront à se soumettre à l'examen de passage de nos savants juges : l'affichage commercial en est un exemple, parmi d'autres. Ensuite, plus le test de la raisonnable sera rendu sévère par la Cour — et de fait il est devenu très rigoureux — plus les juges interféreront avec le travail du législateur, notamment au plan social et économique.

Telle est la portée pratique de la Charte : d'un côté, comme on l'a vu précédemment, elle place à un même niveau fondamental des droits de valeur distincte ; d'un autre côté, elle privilégie certains droits et, par le fait même, discrimine les autres, ceux qui ne sont pas garantis. Dans un tel contexte, les idéologues et les propagandistes ont la partie facile : il n'est pas de jour où tel droit protégé n'est pas invoqué comme un absolu, indépendamment et contre tout autre, afin de légitimer les prétentions particulières de tel ou tel groupe. Et le message envoyé par la Charte apparaît d'autant plus évident pour l'opinion publique que ni les médias, ni les politiciens ne semblent disposés à jeter un regard critique, sinon sur la Charte, du moins sur l'usage abusif qui en est fait. La Charte mine le débat sur les droits, et pas seulement parce que celui-ci est évacué vers le judiciaire. La relative absence de réactions à cette situation nous incline à penser que la Charte et son utilisation correspondent somme toute assez bien aux orientations idéologiques d'une bonne partie des élites canadiennes et québécoises.

3. Le pouvoir des juges dans la mise en œuvre de la Charte

L'analyse de la Charte menée jusqu'ici vise à dégager un esprit et les principales orientations qui sous-tendent ce texte constitutionnel. Le message envoyé de façon plus ou moins ouverte et explicite aux juristes et politiciens, mais aussi au grand public à travers les médias de masse et au fur et à mesure des grandes décisions judiciaires, devient alors plus clair et un débat peut s'engager sur le fond. Cependant, l'étude de la Charte nous renseigne plus sur l'idéologie du Gouvernement qui l'a parrainée et sur celui des acteurs politiques qui en ont négocié les termes que sur la portée politique, économique, sociale et culturelle qu'a eu et qu'aura désormais l'enclassement de certains

droits dans la Constitution. Pour saisir cet aspect plus pratique des choses, il convient de considérer l'appareil judiciaire, qui détient en définitive le monopole de l'interprétation de la Charte.

Une telle démarche est évidemment conforme aux exigences mêmes du travail sociologique¹⁶, mais elle trouve aussi des appuis dans plusieurs courants de pensée juridiques, parmi les adversaires du positivisme. Avant de nous interroger sur l'idéologie des juges de la Cour suprême, nous ferons donc un détour par la nature et l'étendue du pouvoir de cette dernière et la manière dont elle conçoit son rôle face aux autres pouvoirs : retenue ou activisme judiciaire.

3.1. Le pouvoir judiciaire : nature et étendue

Au Canada, les tribunaux se reconnaissent plus volontiers un pouvoir créateur en matière constitutionnelle que dans l'interprétation des lois, et leurs décisions sont influencées par les idées politiques de l'époque, selon Pierre Carignan¹⁷. En fait, dès la fin du XIX^e siècle, quelques juges de la Cour suprême des États-Unis étaient allés beaucoup plus loin dans ce sens et avaient tendu à distendre les liens entre la décision judiciaire et la règle de droit ; ils insistaient sur la première et les choix politiques qui la fondent en réalité, quelles qu'en soient les justifications juridiques explicites. L'école de la *Sociological Jurisprudence* allait naître. Plus près de nous, le courant de pensée incarné par les *Critical Legal Studies* remettait en question la distinction traditionnelle entre interprétation et création du droit et insistait sur les luttes d'intérêts et les rapports de pouvoir, seuls aptes à départager la « bonne » de la « mauvaise » lecture d'un Droit évanescent¹⁸. Dans ses derniers travaux, *Surveiller et punir* ou *Histoire de la sexualité*, Michel Foucault ne s'écarte pas beaucoup de cette direction en traquant, derrière les discours scientifiques, le pouvoir embusqué¹⁹. Cette méfiance envers le culte du texte et de savoir objectif trouve son aboutissant naturel dans l'étude des stratégies rhétoriques par lesquelles la Cour suprême cherche à légitimer ses décisions aux yeux de

16. Sur ce point, voir Jean-Guy BELLEY, « Les sociologues, les juristes et la sociologie du droit », (1983) 24 *Recherches sociographiques*, 263.

17. Pierre CARIGNAN, « De l'exégèse et de la création dans l'interprétation judiciaire des lois constitutionnelles », (1986) 20 *R.J.T.* 27.

18. On trouvera d'excellents articles de synthèse sur ces courants de pensée dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, réalisé sous la direction de André-Jean ARNAUD, Paris, L.G.D.J. et Bruxelles, Story-Scientia, 1988.

19. Voir en particulier le volume 1 de *Histoire de la sexualité : La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

ses publics, telles que finement analysées par Marc Gold dans un article récent²⁰.

De telles conceptions du droit et du travail judiciaire soulèvent bien des oppositions dans le milieu, et le nihilisme dont elles seraient porteuses est parfois sévèrement condamné²¹. Quoi qu'il en soit, on pourrait difficilement trouver un meilleur terrain pour une application de ces théories que la Charte et son interprétation par les tribunaux²². Le pouvoir discrétionnaire des juges y découle directement de la gestion qu'ils doivent réaliser entre des droits concurrents. De façon plus péremptoire, il est possible de considérer, comme Michel Villey, que les droits de l'homme ne relèvent en réalité pas du droit : « le droit est *rapport* entre *des* hommes [...]. Comment pourrait-on inférer une *relation* couvrant plusieurs termes, d'un terme unique : l'Homme »²³. Sans entrer dans une polémique sur l'opposition entre ce qui est Droit et ce qui ne serait qu'un langage flou, générateur de revendications impossibles à satisfaire, aux dires de ce même auteur, on retiendra l'énorme marge de liberté — du moins en termes juridiques — des juges en la matière.

C'est pourquoi les arrêts de la Cour suprême nous renseignent probablement moins sur le contenu de la Charte, voire sur le contenu des droits de la personne reconnus internationalement, que sur les préférences idéologiques des membres de cette institution, sur les rapports de force existant au sein du système politique canadien et sur la place que le judiciaire entend occuper à côté des autres pouvoirs, législatifs et exécutifs : n'est-ce pas la Cour elle-même qui détermine si, et dans quelle mesure, elle adoptera une attitude de retenue face aux lois des représentants élus du peuple²⁴ ? Bref, les décisions rendues doivent être analysées comme le serait n'importe quelle autre décision politique ; en confirmant la validité de certaines normes, en en rejetant d'autres, le judiciaire modifie les rapports de pouvoir entre les différents

20. Marc GOLD, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T.* 2.

21. Dans ce sens, récemment : Michel KRAUSS, « Nihilisme et interprétation des lois », (1986) 20 *R.J.T.* 125. Dans son opposition, l'auteur en vient à se demander, après une critique de ce courant, si « la place honnête de tels nihilistes n'est(-elle) pas dans les départements de Philosophie et de Lettres... » (p. 134).

22. Voir Robert VANDYCKE, « Les droits de l'homme et leurs modes d'emploi. À propos de la Charte constitutionnelle de 1982 ». Dans *Droit et pouvoir, pouvoirs du droit*, n° de *Sociologie et sociétés*, avril 1986, n° 1, 139.

23. Michel VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 1983, p. 154.

24. Le Tribunal n'agit cependant pas dans le vacuum social. Les attentes allaient, et vont sans doute encore, dans le sens d'un certain activisme. Comme le suggère Marc Gold, les publics et les groupes concernés souhaitent une interprétation large et généreuse de la Charte, tout en désirant que le processus décisionnel conserve les caractéristiques d'une procédure judiciaire (non politique) traditionnelle. Cette double attente aurait orienté les stratégies rhétoriques adoptées par la Cour (*supra*, note 20, p. 8 et 9).

groupes et institutions d'une société, en particulier pour tout ce qui touche aux droits linguistiques et sociaux.

Le mode de nomination des juges est donc primordial. Au niveau de la Cour suprême, le Gouvernement central a décidé de conserver son pouvoir pratiquement discrétionnaire en la matière, et il serait surprenant que les orientations idéologiques générales (centralisation-décentralisation, etc.) n'aient pas une incidence sur les choix opérés. L'Association du Barreau canadien, ou du moins un de ses comités, avait naguère critiqué le système de sélection et de nomination au niveau fédéral, en tant qu'« à plusieurs égards, ouvertement dominé par des considérations politiques »²⁵. Bien que le comité en question n'ait rien retenu à cet égard contre la Cour suprême, il reste que c'est quand même dans ce bassin que sont généralement recrutés les juges du plus haut tribunal.

3.2. Une stratégie de pouvoir et sa légitimation

Disposant d'un pouvoir étendu, surtout depuis 1982, la Cour suprême s'est plus souvent attaché à élargir le champ de son intervention qu'à le circonscrire. Pour ce faire elle a tout d'abord considéré comme allant de soi qu'il lui fallait privilégier une interprétation large des intérêts et objets que les droits en question visent à protéger. Dans une deuxième étape, la Cour a utilisé l'article premier qui fixe de façon générale les conditions auxquelles sont acceptables des restrictions aux droits de la Charte; les juges se sont montrés rigoureux dans le test qu'ils faisaient passer à la loi au double point de vue de la légitimité de l'objectif poursuivi et de la raisonnable et de la proportionnalité de la restriction apportée à un droit garanti: c'est ce qu'on peut essayer de saisir à partir de l'arrêt *Ford*²⁶, non parce qu'il serait représentatif de l'ensemble, mais au contraire parce qu'il constitue un cas assez extrême, particulièrement significatif des stratégies de pouvoir utilisées, et de leur légitimation.

Était en cause, dans cet arrêt, la liberté d'expression commerciale qui, ne l'oublions pas, ne subissait de limitation que linguistique et partielle dans la Loi 101. Argumentation de la Cour: « Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la Charte

25. Ce rapport a été publié en partie dans *Le Devoir* des 17 et 18 septembre 1985, p. 9 et 11. Voir spécialement le numéro du 18 septembre, p. 11. On notera qu'Ottawa a annoncé, depuis un an environ, un mode de nomination plus rationnel pour les juges, à l'exception de ceux de la Cour suprême, qui seront touchés par le problème de l'Accord du Lac Meech. Voir *Le journal du Barreau*, 15 mai 1988, n° 10, p. 3.

26. *Ford c. Québec (Procureur général)*, *supra*, note 12.

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. 2.b) de la Charte »²⁷. L'expression commerciale permet en effet de faire des choix économiques éclairés et représente un aspect important de l'épanouissement individuel. « La Cour rejette donc l'opinion selon laquelle l'expression commerciale ne sert aucune valeur individuelle ou sociale dans une société libre et démocratique et, pour cette raison, ne mérite aucune protection constitutionnelle »²⁸.

Voilà : « La Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises... » et, dans cette perspective, « il n'y a aucune raison valable d'exclure l'expression commerciale » ; il faut donc rejeter l'opinion selon laquelle elle ne sert *aucune* valeur et ne mérite donc *aucune* protection constitutionnelle. Faisons ici deux brefs commentaires. D'abord, nous pensons débattre du champ des droits fondamentaux. N'insistons pas, et examinons comment on passera de la proposition rédigée en termes négatifs — on réfute que cette liberté ne mérite aucune protection constitutionnelle puisqu'elle ne sert pas « aucune valeur » — à l'ampleur de la protection offerte, bref à l'article premier. L'argument semble indiquer que la Cour penche en faveur d'une garantie réduite²⁹.

L'idée d'une protection étant admise de cette façon, comment revenir à la garantie maximale ? Il va falloir tout d'abord écarter la comparaison avec les États-Unis, où l'on n'accorde qu'une protection restreinte au discours commercial. Or, soutient la Cour, « les mots "expression commerciale" [...] n'ont aucune signification ni aucun sens particulier en droit constitutionnel canadien »³⁰, au contraire des États-Unis. Bref, si l'on comprend bien, la liberté d'expression forme constitutionnellement un tout indissociable. Tout est donc en place pour le deuxième acte où l'on exigera du Gouvernement une preuve très difficile à fournir. En l'occurrence, il lui faudra démontrer que les restrictions sont *nécessaires* et proportionnées à l'objectif poursuivi par le législateur québécois.

L'extension du pouvoir de contrôle judiciaire atteint ici un sommet. Car la Cour fait bien plus qu'appliquer simplement le critère de la raisonnabilité défini dans un arrêt précédent³¹, et dans lequel il était aussi affirmé que « ... la

27. *Id.*, p. 766.

28. *Id.*, p. 767.

29. Protection réduite qui aurait signifié pour le législateur québécois une plus grande latitude dans le choix des *moyens* à prendre pour atteindre un objectif reconnu légitime. Dans ce sens, *Ford c. Québec*, *supra*, note 12, p. 778.

30. *Id.*, n° 26.

31. Arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 768-769, cité dans *Ford c. Québec*, *supra*, note 12, p. 769.

nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de la proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter des normes strictes et rigides »³². Sans doute les circonstances justifiaient-elles une attitude de rigueur, aux yeux des juges, qui par ailleurs ont tiré habilement parti des ambiguïtés du Gouvernement libéral qui « ... n'a pas tenté de justifier l'exigence de l'emploi exclusif du français »³³.

La stratégie de pouvoir vise à occuper le maximum de place par rapport aux autres organes politiques ; elle a également pour objet de conserver une marge de manœuvre maximale dans l'exercice des compétences de la Cour. C'est ainsi que les juges vont lire le préambule de la Loi 101 en n'en retenant que ce qui leur apparaît légitime, et en omettant le reste. L'objectif de la Loi serait, pour eux, « d'assurer la qualité et le rayonnement de la langue française »³⁴. Ce qui n'est pas faux, et permet d'insister sur le fait que l'affichage doit refléter la *réalité* de la société québécoise³⁵. Cependant cette lecture est très incomplète : le préambule de la Loi 101 adopte une perspective beaucoup moins statique et vise explicitement à faire du français la langue normale et habituelle dans tous les secteurs d'activité. Bref, le juge a cessé de contrôler ; il prête maintenant au législateur les intentions qu'il veut bien lui reconnaître. Nouveau pouvoir, qui rejaillit directement sur la preuve de raisonnabilité et le lien rationnel qu'elle implique entre les moyens (les restrictions) et les fins.

Le pouvoir consiste aussi à donner le maximum de portée à sa décision. À cet égard, la Cour n'a pas jugé utile d'opérer de distinction entre les personnes morales et physiques en ce qui concerne leur droit d'invoquer les garanties d'égalité. La chose était superflue, selon les juges, puisqu'« ... une des appelantes est un individu et non une personne morale... »³⁶...

Enfin, ce pouvoir que la Cour s'octroie, elle peut aussi juger bon de n'en point user. Et ce balancier entre l'activisme et la retenue est une autre manière d'élargir sa marge de liberté. C'est la retenue que les juges observeront, à la

32. *Id.*

33. *Ford c. Québec, supra*, note 12, p. 779. Le Procureur général du Québec a montré cependant que des assouplissements à cet emploi exclusif du français étaient prévus aux articles 59 à 62 de la Loi 101. La Cour a écarté cet argument, car l'interdiction des autres langues demeure dans les articles visés (*id.*, p. 729). Typiquement, le Tribunal considère ici une fraction de l'expression commerciale, qu'elle isole de ses autres éléments. Il est interdit d'exclure, même partiellement.

34. *Id.*, p. 778.

35. *Id.*, p. 780.

36. *Id.*, p. 787.

majorité, à propos du droit des Acadiens d'être entendu dans leur langue par un tribunal de leur province bilingue : cela ne comprend pas le droit d'être compris, du moins en vertu du paragraphe 19(2) de la Charte, soutiennent les juges de la Cour suprême ; il faut distinguer, parmi les droits fondamentaux, les droits linguistiques et les garanties juridiques. Les premiers sont fondés sur un compromis politique et doivent être abordés avec plus de retenue par les tribunaux, tandis que les secondes « tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes. Certaines [...] sont formulées de manière si large que les tribunaux seront souvent appelés à les interpréter »³⁷.

On le voit, l'activisme de la Cour semble avoir été plus fluctuant lorsque des droits linguistiques — ou sociaux, comme on le verra plus loin — étaient en jeu. Pour le reste, l'interprétation large et libérale est la règle. Il faut cependant rendre à César ce qui est à César. Contrairement à la Cour d'appel du Québec, le plus haut tribunal n'a pas cherché à restreindre ou à rendre compliquée l'utilisation de la clause de dérogation (dite nonobstant) : il estime au contraire que l'article 33 établit « ... des exigences de forme seulement et [qu']il n'y a aucune raison d'y voir la justification d'un examen de fond de la politique législative qui a donné lieu à l'exercice du pouvoir dérogatoire dans un cas donné »³⁸. Du point de vue juridique, la souveraineté des Législatures est sauvegardée à cet égard, même s'il est souvent politiquement difficile d'avoir recours à la clause de dérogation. Plusieurs juristes ou politiques n'ont d'ailleurs pas observé la même prudence sur le sujet.

3.3. La rhétorique de la cohérence

Les diverses stratégies de pouvoir et le jeu de balancier entre l'activisme et la retenue suscitent des contradictions d'un jugement à l'autre. La ligne de démarcation n'est pas immuable entre les droits fondamentaux, qui bénéficient de la garantie de la Charte, et ceux qui sont plus progressifs, mettent en jeu un équilibre entre des intérêts opposés et requièrent souvent une compétence spéciale (droit du travail, par ex.), selon la distinction opérée par la Cour. Comment celle-ci procède-t-elle pour camoufler ses incohérences ? On procédera en la matière par la comparaison entre l'arrêt sur l'affichage commercial, déjà cité, et celui sur le droit à la négociation collective et à la grève³⁹. On sait que le premier droit fut jugé fondamental ; le second ne le fut pas.

37. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, supra, note 9, p. 578. On aura noté que si les droits linguistiques n'ont aucun rapport avec les exigences naturelles et le droit à un procès juste et équitable, il en va tout autrement pour la liberté d'expression (commerciale), qui comprend la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix. Voir *Ford c. Québec*, supra, note 12, p. 755.

38. *Ford c. Québec*, id., p. 740.

39. *Re Public Service Relation Act*, [1987] 1 R.C.S. 313. Des syndicats d'Alberta (policiers,

Dans leur arrêt sur la liberté d'expression commerciale, les juges cherchent à prévenir les objections de ceux qui estimaient que les droits économiques et sociaux n'étaient pas protégés par la Charte, comme l'avait soutenue elle-même la Cour en 1987. Le Tribunal recourt donc à la citation pour bien montrer qu'il n'en est rien. Après avoir rappelé que le piquetage secondaire avait déjà été considéré comme une forme d'expression garantie par la Charte, même si celui-ci avait un but économique⁴⁰, et admis que «... la doctrine et la jurisprudence examinées tendent à mettre l'accent sur l'expression politique»⁴¹, le haut Tribunal reprend à son compte une affirmation du juge McIntyre dans l'affaire *Dolphin Delivery*: «Elle (la liberté d'expression) constitue un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale»⁴². Sans aucun doute, mais il est question ici de l'expression *commerciale*; or, on oublie de dire que le juge McIntyre avait continué son exposé par des considérations portant exclusivement sur la liberté d'expression comme «caractéristique nécessaire de la démocratie moderne»⁴³.

Mieux encore, en 1987, le même juge McIntyre dira, à l'encontre de la garantie de la Charte pour le droit de grève: «On constatera aussi que la Charte, sauf peut-être l'al. 6(2)b) (le droit de gagner sa vie dans toute province) et le par. 6(4), ne s'intéresse pas aux droits économiques»⁴⁴. Un peu avant, il avait affirmé: «... la Charte ne confère pas de protection constitutionnelle à toutes les activités exercées par des individus. Par exemple, aucune protection n'est accordée par la Charte au droit de propriété, aux activités commerciales en général, ni à une foule d'autres activités licites»⁴⁵.

En l'espèce, l'art de convaincre semble l'avoir emporté de loin sur le souci de l'exactitude. On en retirera que la rhétorique est d'autant plus capitale qu'elle s'applique à conférer un minimum de cohérence à des

pompier, employés d'hôpitaux et de la fonction publique) fondaient leur demande sur le lien, qu'ils estimaient essentiel, entre d'une part le droit à la négociation collective et à la grève et d'autre part la liberté d'association garantie par la Charte: ils espéraient ainsi étendre la garantie constitutionnelle à des droits sans lesquels les associations n'auraient pas d'existence significative, selon eux. Cette prétention fut rejetée à la majorité.

40. Voir *Ford c. Québec*, *supra*, note 12, p. 764 et *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588. À noter que, malgré cette protection constitutionnelle, le pourvoi des syndicats fut rejeté, car la Charte ne s'applique pas aux litiges privés et que l'injonction d'un tribunal ne peut être assimilée à un acte de gouvernement.

41. *Ford c. Québec*, *id.*, p. 764.

42. *Id.*

43. *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, note 40, p. 583-586, spéc. 583-584.

44. *Re Public Service Relation Act*, *supra*, note 39, p. 412.

45. *Id.*, p. 405.

décisions dépourvues de fondement juridique véritable, et d'autant plus sujettes à contradiction que prises à la pièce.

4. L'idéologie de la Cour suprême

Le pouvoir du judiciaire, celui qu'il a obtenu expressément et celui qu'il s'est forgé lui-même sur cette base, soulève la question de son utilisation et de l'idéologie dont il est porteur. On tentera donc de dégager quelques valeurs et orientations qui transparaissent de l'action du Tribunal. Pour ce faire, on retiendra quelques arrêts qui touchent aux droits linguistiques et aux droits économiques et sociaux, et qui reposent sur une interprétation de la Charte. On sera alors mieux en mesure d'établir si les préférences des juges accentuent ou tempèrent le penchant de la Charte pour l'individualisme. Il sera également possible de déterminer si les tribunaux paraissent prêts, et jusqu'à quel point, à tenir compte de la situation particulière de la société québécoise, dans leur interprétation de l'article premier en particulier. Reposant sur l'examen de quelques arrêts pertinents, nos conclusions seront forcément provisoires et partielles, d'autant plus que nous considérons la Cour comme une entité et que nous privilégierons nettement le point de vue de la majorité, lorsqu'il y aura des dissidences parmi les juges.

4.1. La conception des droits linguistiques

La position générale de la Cour en matière de législation linguistique peut être résumée assez facilement, semble-t-il : il est interdit d'exclure. L'interdiction d'une langue usuelle (euphémisme pour désigner l'anglais au Québec), même dans un domaine restreint, ne passe pas le test de la raisonnable. On sait que, pour en arriver à ce rejet de tout unilinguisme, même partiel, dans les domaines de l'affichage commercial et des raisons sociales, les juges ont accepté de relier ceux-ci à la liberté d'expression ; la théorie qui veut que cette dernière permet de faire des choix éclairés et celle qui en fait un fondement indispensable au développement et à l'épanouissement personnels ont servi de justification à cette acception « large et libérale » de la liberté d'expression.

Interprétant la Charte québécoise des droits, la Cour suprême a estimé, de façon surprenante, qu'elle reconnaissait la liberté de s'exprimer dans la langue de son choix en son article 3⁴⁶, et que l'imposition de l'unilinguisme en matière d'affichage et de publicité commerciale imposait à ce droit une

46. Les juges n'ont pas fait référence à la volonté du législateur, dans cette interprétation de la Charte québécoise.

restriction non justifiable⁴⁷. Même si l'article 58 de la Loi 101 formule une règle qui s'applique également à tous les Québécois, il établit une discrimination indirecte en ce « qu'il touche et affecte différemment les personnes suivant leur langue usuelle »⁴⁸.

Enfin, comme on l'a vu, les juges n'ont pas estimé nécessaire de préciser s'il fallait exclure ou non les personnes morales de la garantie d'égalité de la Charte québécoise des droits, ce qui aurait pu restreindre la portée de leur décision. On est à cent lieues de la retenue dont les Acadiens se sont entendu dire qu'elle devait régir le champ des droits linguistiques et leur droit d'être compris par le tribunal. Loin aussi de cette retenue évoquée par le juge Laforest, dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*⁴⁹, relativement à l'utilisation, aux États-Unis, de la disposition sur l'égalité de protection⁵⁰. Tout indique que les dispositions imposant un certain unilinguisme au Québec heurtent une conception à laquelle les juges — tous les juges de la Cour — attachent une valeur primordiale⁵¹.

Quelles sont alors les restrictions raisonnables à la liberté linguistique, compte tenu des menaces jugées réelles qui pèsent sur la langue française au Québec ? Le législateur peut imposer la présence du français, il peut même exiger qu'on lui accorde une place prépondérante dans l'affichage, etc., afin que soit reflétée la réalité de la société québécoise⁵². Dans le même esprit, l'entrée dans une corporation professionnelle peut être subordonnée à la réussite d'un test linguistique pour ceux qui n'ont pas suivi au moins trois années d'enseignement en français à partir du niveau secondaire : l'exigence d'une connaissance appropriée du français est admise et « ... on traite de la même façon les personnes dont les attributs pertinents sont semblables »⁵³ ; il n'y a donc pas contravention au droit à l'égalité.

De ceci, il ne faudrait pas conclure que *l'obligation* d'employer une langue soit conforme à la liberté d'expression ou à la garantie d'égalité : « il y a violation de cette liberté non seulement par l'interdiction d'utiliser la langue de son choix mais également par l'obligation faite par la loi d'utiliser une langue en particulier »⁵⁴. C'est donc par les tests de la raisonnable ou de l'atteinte minimale au droit à l'égalité que les dispositions sur les factures,

47. *Ford c. Québec, supra*, note 12, p. 787.

48. *Id.*

49. Arrêt du 2 février 1989.

50. Cette disposition a déjà été qualifiée « d'argument constitutionnel de dernier ressort » dit-il, et les tribunaux hésitent énormément à intervenir dans les décisions législatives.

51. Inutile de rappeler la liste déjà longue des arrêts précédents, défavorables à la Loi 101.

52. *Ford c. Québec, supra*, note 12, p. 780.

53. *Forget c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 102.

54. *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 790, p. 816 et 820.

reçus, bons de commande, etc., qui n'excluent pas les autres langues, reçoivent la bénédiction de la Cour⁵⁵.

Les considérations sur la retenue, qui devait guider les décisions judiciaires en matière linguistique, ont donc été contournées par le biais de l'interprétation large de la Charte. Si l'on s'en tient aux résultats, on voit que les Acadiens se sont vu opposer la retenue judiciaire et une analyse formelle de la Charte ; le législateur québécois a été désavoué, quant à lui, au nom d'une Charte interprétée généreusement. Est-il possible de rationaliser cette différence de traitement dans l'argumentation ? On peut penser que, dans le cas des Acadiens, la Cour aurait véritablement servi de levier. C'est du reste un des points soulevés par les juges majoritaires :

... si on devait conclure que le droit d'être compris dans la langue officielle employée devant un tribunal constitue un droit linguistique régi par la disposition en matière d'égalité de l'art. 16, on ferait un grand pas vers l'adoption d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être satisfait que par des tribunaux bilingues. Pareille exigence aurait des conséquences d'une portée incalculable et constituerait en outre un moyen étonnamment détourné et implicite de modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives à la magistratures⁵⁶.

Le prix de l'interdiction d'une discrimination indirecte semble être trop élevé, en l'espèce.

Par contre, placée devant un droit linguistique qui n'a pas besoin du renfort de la loi pour subsister au Québec, voire pour y menacer l'existence de la langue concurrente, la Cour suprême n'hésite pas à intervenir contre une loi votée démocratiquement. Or, on peut discuter du point de savoir si les juges protègent ainsi une minorité. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, les juges majoritaires indiquent que l'article 15 de la Charte, qui interdit la discrimination, est conçu pour protéger les groupes défavorisés sur les plans social, politique et juridique. Ils définissent par là une minorité. À plusieurs de ces égards, et principalement dans la société civile, les Anglo-Québécois ne forment pas une minorité. Ce concept, pour avoir un sens, doit être défini en termes de pouvoirs et d'exclusion. N'y aurait-il pas dans ces deux décisions de la Cour une sorte de détournement du droit à l'égalité ?

Quoi qu'il en soit, les limitations apportées à la libre concurrence linguistique — exigence du français, voire prépondérance — tolérées par la Cour rétablissent-ils un rapport de force équilibré entre les groupes ? Nous pensons que l'accent mis sur le libre choix et la langue usuelle ne le permet

55. Ces dispositions constituent des exceptions à la règle de l'unilinguisme, prévu en l'art. 58. Celui-ci n'existant plus, les exceptions sont elles-mêmes déclarées inopérantes. *Id.*, p. 814.

56. *Société des Acadiens c. Association of Parents*, *supra*, note 9, p. 580.

pas. L'idéologie individualisante de la Cour heurte de plein fouet le caractère collectif des droits linguistiques : droits tellement relationnels qu'ils sont généralement établis sur une base territoriale. La Cour suprême prend en considération des droits abstraits, sans trop envisager les conditions de l'exercice concret de ces droits. Dans cette problématique, le Québec, minorité nationale disposant d'un territoire propre, se voit interdire les mesures jugées nécessaires à sa survie et à son développement culturels, et qui ne font pas obstacle à l'exercice concret de droits encore étendus par les anglophones.

4.2. La conception des droits sociaux

Les conclusions que l'on formulera en la matière reposent sur deux arrêts seulement ; il serait donc téméraire de généraliser, même si l'orientation individualiste du judiciaire transparaît cette fois encore. Dans les deux cas envisagés, le pourvoi des syndicats a été rejeté, mais pour des motifs de nature différente.

Dans *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, la Cour estime que « le piquetage [...] comporte toujours un élément d'expression », même s'il a pour objet d'exercer une pression économique sur une entreprise⁵⁷ ; il relève donc du droit à la liberté d'expression. Cependant, il n'est pas protégé par la Charte contre l'injonction d'un tribunal : il s'agit d'un litige entre parties privées, d'autant que, selon la Cour, une injonction ne peut être considérée comme un acte de gouvernement, requis pour que la Charte puisse être invoquée⁵⁸.

Dans *Re Public Service Employee Relation Act*, les préférences idéologiques s'expriment au grand jour. Dans cet arrêt, les syndicats échouent dans leur tentative d'arrimer le droit à la négociation collective et à la grève à la liberté d'association et à la garantie constitutionnelle qui s'y rattache. Parmi les juges de la majorité, on a considéré que ces droits n'étaient pas fondamentaux, qu'ils étaient « des créations de la loi qui mettent en jeu un équilibre entre des intérêts opposés dans un domaine qui [...] exige une compétence spéciale »⁵⁹. Bref, il ne faut pas que la Cour remplisse « une fonction de contrôle de politiques législatives qu'elle n'est vraiment pas faite pour assumer »⁶⁰. Et le juge McIntyre d'invoquer des arguments de fond : « ... bien qu'elle assure la

57. [1986] 2 R.C.S. 588.

58. *Id.*, 598-600. Les juges sont des « arbitres neutres » (p. 600) et l'article 32 exclut, selon la Cour, le pouvoir judiciaire du champ d'application de la Charte, en entendant le mot gouvernement dans le sens de pouvoir exécutif.

59. *Supra*, note 39, p. 391.

60. *Id.*, p. 392.

promotion de nombreux intérêts collectifs [...] il s'agit néanmoins d'une liberté qui appartient à l'individu... ». « La liberté d'association ne saurait donc conférer de droits indépendants au groupe »⁶¹.

On aboutit de la sorte à une situation où le droit au piquetage participe d'un droit fondamental — sans être toutefois protégé contre les injonctions — tandis que la grève et la négociation collective, sans lesquelles il n'y aurait sans doute pas beaucoup de piquetage, sont abandonnées au législateur. Par ailleurs, la grève ne comporterait-elle pas aussi un « élément d'expression » ?

Conclusion

Changement majeur dans l'équilibre des pouvoirs au sein de la fédération, la modification constitutionnelle de 1982 peut apparaître comme une réponse aux blocages du processus politique, par suite de la crise de la représentation, et à l'incapacité d'apporter une solution acceptable à la question du Québec. Le tout, dans un contexte international caractérisé par la mondialisation de l'économie et une intégration continentale de plus en plus profonde. Dans cette optique, la constitutionnalisation de la Charte ressort comme la clé d'un processus de centralisation et d'harmonisation normative, d'une côte à l'autre. Quelques magistrats, désignés par le pouvoir central, disposent du pouvoir d'arbitrer entre les différents droits, parmi lesquels certains sont énoncés de façon abstraite et « ahistorique » dans une Charte.

Que des arbitrages soient nécessaires en dernière instance dans une société, nous n'en disconvierons pas. Nous avons cependant cru observer ces dernières années, un activisme judiciaire exacerbé et peu commun. Or, nous pensons que cet encadrement rigide du législateur par un organe centralisé et non responsable érode les institutions démocratiques et atomise davantage encore le corps social; il tend aussi à accréditer l'idée que la définition des droits et libertés concrets, à un moment donné et dans une société donnée, est avant tout l'affaire de spécialistes et de juristes. Plus encore, le pouvoir mobilisateur et stimulant des grandes déclarations de droits ne s'estompe-t-il pas lorsque, de façon presque systématique, il est tourné contre les évaluations qu'un peuple de la fédération fait de sa situation et de l'équilibre spécifique à instaurer entre les différents droits et libertés ? Par leur pratique, les juges ne tendent-ils pas à transformer les Québécois et leurs organes représentatifs en « bêtes d'aveu », pour reprendre l'expression de Foucault⁶² ?

61. *Id.*, p. 397. Notons que les deux juges dissidents ont un point de vue opposé à celui du juge McIntyre.

62. *La volonté de savoir*, *supra*, note 19, p. 80.

Centralisation et individualisme atomiste ont partie liée, comme l'avait bien vu Tocqueville. La Charte privilégie les libertés individuelles ; par le fait même, elle discrimine les droits dont l'histoire a enrichi ces premières conquêtes. L'État apparaît comme une menace, sans que l'on distingue bien la bureaucratie (honnée) du pouvoir législatif ou de l'exécutif. Une fois l'État neutralisé, il n'y a plus de pouvoir semble-t-il, et les individus peuvent s'épanouir et se développer librement, sous la protection bienveillante des juges. À cette vision il faut opposer selon nous, le rôle positif de nos institutions représentatives dans l'approfondissement de nos libertés et de nos droits ; il faut souligner les multiples pouvoirs, pas toujours ouvertement répressifs, qui menacent nos libertés dans la société civile elle-même. Il faut se demander, toujours avec Foucault : « Pourquoi rabattre les dispositifs de la domination sur la seule procédure de la loi d'interdiction ? »⁶³.

63. *Id.*, p. 113.