

# ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

*On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :*

*Les Éditions Thémis*

*Faculté de droit, Université de Montréal*

*C.P. 6128, Succ. Centre-Ville*

*Montréal, Québec*

*H3C 3J7*

*Téléphone : (514)343-6627*

*Télécopieur : (514)343-6779*

*Courriel : [themis@droit.umontreal.ca](mailto:themis@droit.umontreal.ca)*

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite

disponible à : [www.themis.umontreal.ca](http://www.themis.umontreal.ca)

**La Charte canadienne:  
obstacle postmoderne<sup>[1]</sup> à l'émergence  
d'un Québec moderne et rassembleur?**

Pierre Blache<sup>[2]</sup>

## **INTRODUCTION 335**

### **I. LA NÉCESSAIRE MISE À JOUR DE LA PROBLÉMATIQUE**

#### **CONSTITUTIONNELLE DE LA QUESTION DU QUÉBEC 338**

##### **A. La question du Québec en 1967 338**

1. L'identité des Canadiens français du Québec 338
2. L'attitude face à l'État 339
3. La nature du péril 339
4. La primauté du partage des compétences 340

##### **B. La question du Québec aujourd'hui 340**

1. L'identité des Canadiens français du Québec 340
2. L'attitude face à l'État 341
3. La nature du péril 342
4. Les droits et libertés 344

##### **C. Le reste du Canada aujourd'hui 346**

1. L'identité des autres Canadiens 346
2. L'attitude face à l'État 347
3. La nature du péril 348
4. Les droits et libertés 349

### **II. DROITS ET LIBERTÉS: OBSTACLES POSSIBLES SUR LA VOIE**

#### **D'UN QUÉBEC DISTINCT ET MODERNE? 352**

##### **A. L'affrontement de conceptions diverses des droits et libertés, généralement 353**

1. Les droits individuels face aux droits collectifs 353
2. La part des libertés et des droits 355
3. Entre l'application universelle de la loi et le respect des différences 357

## **B. L'affrontement de conceptions diverses concernant les droits et**

### **libertés sous la Charte canadienne 360**

1. Les droits individuels face aux droits collectifs 360
2. La part des libertés et des droits 363
3. L'application universelle de la loi et le respect des différences 365

## **CONCLUSION 365**

---

Dans un article remarquable<sup>[3]</sup>, Jean Beetz a relaté les attitudes changeantes que les Franco-québécois ont adoptées face à la fédération canadienne. À ses yeux, celles-ci leur avaient souvent permis d'atteindre leurs objectifs, mais il doutait de la compatibilité des visées nouvelles du Canada français québécois et du fédéralisme canadien. Il allait même plus loin. Il paraissait, en effet, attribuer au fédéralisme, en tant que système, une tare congénitale: celle de ne pas comporter de lieux où un arbitrage politique puisse s'exercer entre les exigences relatives à des domaines situés de part et d'autre de la ligne de partage des compétences. Ce trait inhérent au système fédéral n'en faisait-il pas le théâtre d'une lutte incessante entre forces politiques centrifuges et centripètes en vue d'amenuiser sans cesse davantage l'aire que le politique s'était vu interdire par la Constitution, particulièrement dans un contexte de croissance des attentes face à l'État? Si une forme de statut particulier pouvait permettre de réconcilier les aspirations centralisatrices du Canada hors Québec et celles à l'autonomie du Québec, ne fallait-il pas plutôt anticiper l'éclatement du lien fédéral sous la poussée des demandes adressées à «son» État par chacun des peuples fondateurs?

Les progrès du libre échange continental et l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>[4]</sup>, ont, depuis, élargi encore l'espace d'où se voit exclue l'autorité politique canadienne<sup>[5]</sup>. Ces deux phénomènes revêtent toutefois, peut-être, des significations constitutionnelles fort différentes. Les progrès de la libéralisation paraissent bien se faire aux dépens d'une fonction traditionnelle du parlement central dans la protection des entreprises et de l'unité canadiennes. L'avènement de la Charte constitutionnelle de 1982 peut s'interpréter, au contraire, comme une tentative d'unification autour de valeurs communes. L'on peut même souligner que, dans cette perspective, ce ne sont pas tellement les valeurs universelles reprises dans ce document qui ont de l'importance, mais les valeurs propres à l'ordre politique canadien. Les limites imposées au pouvoir de déroger à celles-ci témoignent en ce sens<sup>[6]</sup>. L'émergence progressive d'une interprétation «canadienne» des droits et libertés à prétention universelle qui s'y trouvent manifeste, par ailleurs, la vision nationale à laquelle la Cour suprême puise son inspiration<sup>[7]</sup>.

C'est à l'un des aspects de ces derniers développements que j'ai choisi de m'arrêter. Non pas au phénomène de libéralisation économique ou commerciale, mais à celui de la libéralisation du cadre constitutionnel canadien effectuée par l'enchâssement de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>[8]</sup>. Il s'agit de déterminer si cette évolution n'enclenche pas un phénomène de freinage de la dynamique que Jean Beetz croyait inhérente au fédéralisme et qui risquait, au Canada, de mener à l'éclatement en raison de la vigueur des ambitions contradictoires des nationalistes canadiens et québécois.

À ce propos, il me faut préciser l'hypothèse sous peine de générer un malentendu. Ainsi ne s'agit-il pas de vérifier si le changement constitutionnel en voie de réalisation[9] s'opposerait à l'affrontement des forces centrifuges et centripètes évoqué par Jean Beetz parce qu'il entraînerait l'ordre politique canadien vers un libéralisme néo-conservateur où l'État, provincial ou fédéral, se heurterait de plus en plus aux tribunaux dans ses entreprises normatives ou de justice distributive. On a craint une telle évolution, et des efforts sérieux furent conjugués pour dissuader les tribunaux d'opter pour une telle interprétation. Le conservatisme supposé de ceux-ci, une possible influence délétère de certains courants jurisprudentiels et doctrinaux américains, sans oublier la coïncidence de l'avènement de la Charte avec un fort courant néo-conservateur en Occident, et le poids des ressources immenses des puissants permettaient de craindre de telles retombées. Si la Cour suprême a résisté en partie à cette tentation[10], il est trop tôt pour conclure.

Quoi qu'il en soit, c'est d'un autre point de vue que je m'interroge sur le contrepoids que pourrait générer la Charte canadienne aux forces de rupture issues du système lui-même et des ambitions des acteurs qui s'y affrontent. J'entends en effet borner ma réflexion à l'influence dissolvante que pourraient avoir, sur le pouvoir d'autodéfinition et d'intégration culturelles du Québec, la multiplication de libertés et droits culturels explicites, ou l'interprétation culturelle de libertés et droits fondamentaux protégés par la Charte canadienne. C'est le rapport à la culture des droits et libertés protégés par la Charte canadienne qu'il faut identifier et il faut préciser leur statut face aux Parlements, qu'il découle des textes ou des approches interprétatives selon lesquelles ils sont mis en oeuvre par les tribunaux.

C'est donc une mise à jour de la problématique de la situation du Québec telle qu'esquissée par Jean Beetz que je tente. Celui-ci entrevoyait un renforcement possible du mouvement centrifuge québécois au sein du Canada. Cette vision reposait sur un ensemble de considérations dont on peut rappeler les principales: l'insatisfaction politique générée par un système qui, en principe[11], interdit au pouvoir politique l'arbitrage d'un ensemble de questions majeures, la réconciliation des Québécois avec l'État, et le renforcement vraisemblable d'un nationalisme canadien appelé à revendiquer une centralisation du pouvoir politique dans la fédération canadienne, lequel exacerberait probablement le sentiment national québécois. Il s'agit de voir si la Charte canadienne de 1982 n'introduit pas dans la dialectique canadienne des forces de nature à contrer celles évoquées par Jean Beetz. La fondamentalisation[12] d'une zone importante du domaine culturel ne réduirait-elle pas l'espace où pourrait s'exercer le pouvoir culturel de l'État du Québec? À la réconciliation des Québécois avec l'État ne verrait-on pas succéder un courant de refoulement de l'État hors du culturel? Ultimement, les forces centripètes hors Québec ne paraîtraient-elles pas alors plus susceptibles de réconciliation avec les tendances québécoises puisque les facteurs précédents tendraient à atténuer l'opposition entre étrangers culturels qui nourrit largement la poussée centrifuge au Québec?

J'ai cru bon de traiter de cette question en deux temps. Je m'efforcerai d'abord de démontrer de façon générale la vraisemblance d'un besoin de mise à jour de la problématique de Jean Beetz dont les contours ont été esquissés plus haut. Il s'agira alors seulement de faire voir que les faits et le cadre constitutionnels ont changé d'une manière qui autorise à accorder crédit aux thèses qui ont vu, dans l'apparition de la Charte canadienne, un frein à l'évolution vers la rupture avec le Canada que les limites du système fédéral et les desseins des groupes en présence permettaient d'annoncer.

La seconde partie de l'exercice nous ramènera au droit. Je tenterai d'y repérer les signes que l'ordre constitutionnel canadien donne d'un désarmement de l'État au plan culturel. Cette partie sera dominée par l'hypothèse selon laquelle l'ordre juridique est régi en large partie par une loi de cohérence qui justifie d'anticiper des effets systémiques généraux des évolutions en cours dans des domaines circonscrits de l'ordre juridique.

# I. LA NÉCESSAIRE MISE À JOUR DE LA PROBLÉMATIQUE CONSTITUTIONNELLE DE LA QUESTION DU QUÉBEC

La question du Québec, du point de vue constitutionnel, s'est longtemps posée comme Jean Beetz l'abordait en 1967: principalement, si non exclusivement, comme celle de la suffisance du contrôle des Canadiens français situés dans Québec sur l'État provincial étant donnée leur minorisation dans l'État central. La perspective fédérative la dominait. Elle fut aussi longtemps étudiée sans prise en compte de l'influence des courants plus larges, intellectuels ou culturels, qui parcouraient le monde ou même le continent: la réflexion à son propos était localisée.

Y a-t-il lieu, aujourd'hui, de s'écarter de cette façon de poser la question? Plus particulièrement, si l'on s'interroge sur l'aptitude de l'État du Québec à contrôler la définition de l'identité québécoise et à la doter d'une force d'attraction, comme je le fais ici, cela s'impose-t-il encore plus fortement? Pour le savoir il faut d'abord rappeler les traits dominants du tableau de la situation esquissé par Jean Beetz. Il faut ensuite préciser la nature et l'ampleur des modifications qu'il faut apporter à cette description en s'arrêtant au Québec et au reste du Canada en 1993.

## A. La question du Québec en 1967

À l'époque, Jean Beetz braquait son regard sur quatre composantes de la question du Québec: l'identité des Canadiens français du Québec, leur attitude face à l'État, les motifs de l'importance d'être majoritaires, la primauté des compétences dans l'arsenal défensif ou actif.

### 1. L'identité des Canadiens français du Québec

S'il parlait des Québécois, il ne s'agissait pour lui que d'une partie de la population du Québec. L'expression «Canadiens français» les désignait plus précisément à condition de ne l'utiliser que pour distinguer au sein de la population du Québec. Il y voyait une «minorité culturellement homogène»[\[13\]](#). C'est autour de la religion, la langue, la loi et l'éducation que s'organisait cette identité.

### 2. L'attitude face à l'État

L'attitude de cette minorité face à l'État lui paraissait déterminante. Il rappelait les origines historiques d'une forte méfiance à son égard[\[14\]](#), laquelle s'était longtemps reportée, illogiquement, sur l'État provincial. Mais il percevait, en pleine révolution tranquille, une réconciliation avec l'État comme instrument de développement économique, de justice sociale et d'expression identitaire. Un appétit d'État se développait sous ses yeux et autorisait un pronostic de haut risque d'éclatement de la fédération[\[15\]](#).

### 3. La nature du péril

La justification d'une aire d'autonomie strictement assurée ou de domination majoritaire des Canadiens français était au coeur de son propos. Elle ne reposait pas d'abord sur le souci de se protéger contre une culture étrangère quant au fond, mais sur l'objectif de sauvegarder l'identité en soi ou dans sa structure, serait-on tenté de conclure. En effet, à propos du péril extérieur que la majorité canadienne faisait courir aux «Québécois» il écrivait:

*Il consiste à se voir imposer par la majorité un cadre de pensée dont la forme, le style, la tradition sont étrangers à la minorité et dont il peut même arriver que le fond lui soit contraire.*[\[16\]](#)

Si le motif d'un partage fédératif est, bien sûr, l'identité à sauvegarder, c'est en grande partie la forme, le style et la tradition d'un «cadre de pensée» qu'il s'agit de protéger. Le risque lui paraît moins grand en ce qui concerne le fond.

#### 4. La primauté du partage des compétences

Enfin, l'analyse des tensions du fédéralisme canadien vues de Québec procédait, à l'époque, sans considération de l'impact de libertés et droits fondamentaux. Ainsi Jean Beetz ne faisait-il que mentionner, presque en passant, certains droits collectifs de nature à limiter les pouvoirs provinciaux[\[17\]](#). Vu leur caractère circonscrit, ils ne suscitaient apparemment aucune inquiétude chez lui. Le partage des compétences et «l'exclusion de principe du pouvoir fédéral» qu'il opérait quant à certains secteurs stratégiques, lui apparaissait comme le moyen le plus efficace de protéger les «Québécois». C'est donc dans le contexte d'un droit constitutionnel «des anciens»[\[18\]](#), dominé au Canada par le partage des compétences entre Parlements et peu explicite sur la protection du citoyen face à l'État, que Jean Beetz s'efforçait de poser la question du Québec du point de vue constitutionnel en 1967.

### **B. La question du Québec aujourd'hui**

L'analyse de la situation permet de constater une évolution souvent marquée sur tous les aspects que Jean Beetz avait privilégiés dans sa description de 1967.

#### 1. L'identité des Canadiens français du Québec

En 35 ans, le noyau central de l'identité des Canadiens français a fondu et c'est presque exclusivement la langue qui les unit. De la religion catholique, à laquelle un grand nombre reste officiellement lié, l'influence structurante collective s'est estompée au point qu'on puisse conclure à une sécularisation générale[\[19\]](#). L'éducation, conçue longtemps comme ordonnée largement à la sauvegarde linguistique et religieuse, vise encore à inculquer les rudiments de la langue ou à mener à sa maîtrise, mais de nombreuses autres tâches ont réduit l'importance de celle-ci à cette fin et en font désormais davantage un instrument d'ouverture sur le monde que sur son identité. La religion catholique y est promue d'une façon fort discrète, par respect pour des parents méfiants d'un endoctrinement qui fasse obstacle à l'accession de leur progéniture à la modernité. Le droit civil ne suscitait déjà plus, au moment où Jean Beetz écrivait,

les «affections passionnées»<sup>[20]</sup> du peuple. Seuls quelques juristes professaient-ils, alors comme aujourd'hui, à son égard un culte plus esthétique ou méthodologique que fondé sur son contenu même. La société canadienne-française, dont il a toujours mission de régir les rapports internes, a, depuis, accéléré son insertion dans le siècle et en est venue de plus en plus à adopter les consensus nord-américains ou à se découvrir traversée et déchirée par les mêmes courants contradictoires. Les Canadiens français ont secrété une société pluraliste<sup>[21]</sup> où l'attachement au contenu du droit civil a cédé la place fort souvent à l'indifférence, à une soumission souvent résignée, ou à une volonté de le changer.

Sur le premier point du tableau dressé par Jean Beetz, celui de l'homogénéité culturelle du Canada français, la situation a donc beaucoup changé. L'identité collective se fait beaucoup moins contraignante pour les membres du groupe. La tolérance face à l'autre augmente. En soi, une telle évolution affaiblit la pression centrifuge qu'une identité largement définie exercerait sur la structure fédérale. Mais elle est tout aussi de nature à provoquer une angoisse collective accrue. Et celle-ci est susceptible de se reporter vers la langue comme ultime élément d'une identité menacée, laquelle deviendrait aussi le fondement d'une forte revendication d'autonomie. La prise de conscience du risque de perdre le cadre de vie français par érosion accélérée provoquerait, en quelque sorte, une prise de conscience du rôle fondamental de la langue dans la définition de l'identité collective. La pression centrifuge n'en serait donc pas tellement atténuée.

## 2. L'attitude face à l'État

L'attitude des Canadiens français devant l'État a aussi subi les effets du temps. À l'enthousiasme, qui marqua l'époque de la révolution tranquille, a succédé le scepticisme ou, au moins, une réelle prudence. L'émergence d'une bourgeoisie d'affaire, désireuse de jouir d'une liberté d'entreprise de plus en plus grande, n'est pas étrangère à ce phénomène. Une grande partie de la population a aussi pris conscience de la non-gratuité des services étatiques pour les contemporains et a commencé à subir le report du coût des largesses étatiques passées. Mais cela ne signifie pas que l'on ne tient pas à ce que des pouvoirs plus étendus soient accordés à l'État provincial. Il ne faut pas inférer de la méfiance concernant l'usage des compétences une indifférence quant aux détenteurs de celles-ci. À ce sujet, une importante critique des dépenses inutiles causées par les chevauchements de juridictions révèle que c'est souvent le gaspillage qui est la cible du ressac anti-État. Cette critique, conjuguée à une préférence pour l'État le plus près et le plus représentatif joue en faveur de poussées centrifuges. Aussi faut-il douter que la désaffection à l'égard de l'État tourne à l'avantage de l'État central.

## 3. La nature du péril

Qu'en est-il de la pertinence, aujourd'hui, des justifications identitaires d'une large zone de pouvoirs sous contrôle de la majorité canadienne-française du Québec? On ne peut en contester la validité pour ce qui regarde la langue. Mais j'ai déjà signalé l'effritement des facteurs d'unité des Canadiens français les plus souvent cités: la religion, le droit civil, l'éducation. Il reste donc à voir si, d'une façon plus large une unité culturelle diffuse se grefferait au facteur linguistique. Si c'était le cas, l'insistance sur l'opposition d'un «nous» canadien-français aux «eux et elles» d'autres cultures garderait toute sa validité. Cette question revêt une importance centrale en ce qui regarde l'impact de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En effet, celle-ci est d'autant plus susceptible de brimer que les occasions de heurts de la volonté d'une majorité identifiée comme véritablement «autre» sont nombreux.

Jean Beetz voyait déjà apparaître un vouloir-faire qui prenait le relais, du vouloir-être soi qui avait marqué la période défensive des attitudes des Canadiens français du Québec[22]. L'atténuation des traits identitaires collectifs s'accompagnait d'un dynamisme collectif comportant un fort investissement dans l'État provincial qui était de nature à tendre davantage le lien avec le reste du Canada.

L'urgence d'être majoritaire sur un large domaine politique paraissait donc puiser à d'autres sources que l'instinct de protéger ou promouvoir une ethno-culture dont les traits distinctifs s'estompaient à mesure que le Québécois et la Québécoise modernes émergeaient. Celles-ci pousseraient-elles vers l'intégration ou la rupture? Jean Beetz y voyait un ferment de division. Il semble bien avoir vu juste. Modernité et aspiration à l'autonomie ou à la souveraineté politique font bon ménage chez bien des Canadiens français. Si ceux-ci et celles-ci se découvrent de plus en plus divers culturellement, une forte majorité existe où se distinguent et s'opposent ceux et celles qui promeuvent un projet de souveraineté politique et ceux ou celles qui réclament une large autonomie politique. L'identification linguistique se double donc d'un sentiment territorial. Et cette volonté d'être maître de la loi sur ce territoire, si elle ne procède plus d'une large revendication ethno-culturelle dont la langue ne serait qu'une composante, est bien loin de s'en tenir à une frileuse revendication de sécurité linguistique. La langue elle-même devient le ressort d'une revendication de forte autonomie, sinon de souveraineté politique. C'est de la vitalité d'une société de langue française que l'on veut s'assurer et cela exige, aux yeux de la majorité, un large contrôle étatique sur cette société.

À cet appel de pouvoir politique qui surgit de la langue, noyau dur de l'ethno-culture canadienne-française en voie d'éclatement, certains cherchent à en greffer un autre. Celui-ci trouverait son origine dans un projet de société auquel s'associeraient de nombreux autres Québécois. Les plans d'une telle société demeurent imprécis. Mais il semble qu'on doive y trouver une option claire pour une société où pouvoirs publics, syndicats et employeurs se concerteraient dans un cadre relativement décentralisé pour construire une société où libre entreprise, plein emploi et justice sociale seraient harmonisés, et où le sexisme se verrait extirpé des derniers quartiers où il se serait réfugié. Le droit ne serait pas inutile, loin de là, à l'avènement de cette société et l'interpénétration des domaines imposerait une forte croissance d'autonomie, ou le passage à la souveraineté politique.

Existe-t-il convergence ou divergence entre les deux moteurs d'une exigence d'autonomie territoriale du Canada français québécois et l'évolution que connaît le reste du Canada? Sur le premier point, celui de la revendication canadienne-française d'une société moderne de langue française, des tensions considérables existent. Les répercussions radicales que l'adoption de la loi 178 eurent sur les négociations constitutionnelles[23] et la résistance forcenée suscitée par le projet de reconnaître le Québec comme société distincte en témoignent. L'explication de ces réactions se trouve vraisemblablement dans l'angoisse nationale du reste du Canada. Celui-ci, en particulier parce qu'il ne se distingue pas des États-Unis au plan de la langue, se perçoit comme davantage menacé d'assimilation. Il tend à durcir ses positions et devient plus sensible encore à tout ce qui peut paraître une menace intérieure à l'unité. Le particularisme linguistique et sociétal québécois devient vite insupportable. Par ailleurs, ce nationalisme canadien cherche à définir le Canada en contraste à la société américaine. Sur cette lancée est né un fort engouement pour un pluralisme canadien[24] en opposition au creuset (*melting pot*) américain et à son rattachement à l'universalisme propre à la modernité. Cet engouement exclut toutefois un renforcement des pouvoirs provinciaux puisqu'il vise essentiellement à unifier davantage la société canadienne.

Quant au projet de société que d'aucuns voudraient placer à l'horizon des revendications constitutionnelles du Canada français québécois, je doute qu'il s'éloigne beaucoup de celui que pourrait éventuellement se donner le reste du Canada. Il risque fort, d'ailleurs, d'avoir une allure approximative

pour la simple raison que la société dont il s'agit est de moins en moins unie, comme je l'ai souligné déjà. À ce propos, il faut éviter une polarisation simpliste des projets de société qui se profilent à l'horizon. On a probablement exagéré la signification à moyen et long terme des votes opposés du Québec et du reste du Canada lors de l'élection fédérale de 1988 où le traité de libre échange canado-américain constituait l'enjeu central. Y voir la révélation d'une opposition durable entre un Québec libéral et agressif sur les marchés continentaux et mondiaux et un Canada trop attaché à la sécurité sociale et au protectionnisme économique confine à la caricature. Les personnalités en présence ont probablement joué davantage, de même que l'unanimité entre leaders politiques québécois. On a commencé à revenir de cette cohésion superficielle et conjoncturelle concernant la dimension économique-sociale de cet accord, qu'il ne faut pas confondre avec sa signification culturelle. Ici, donc, la divergence est bien moins grande qu'il paraissait.

#### 4. Les droits et libertés

L'avènement d'une Charte constitutionnelle canadienne est-il sans portée sur la dynamique identifiée par Jean Beetz? Peut-on prétendre qu'il ne concerne pas le lien fédéral, n'entraînant qu'une réduction de pouvoir neutre puisqu'elle affecte également les parlements? Que le peuple serait le seul gagnant de cette évolution? Que chercher à y déceler des visées ou retombées centralisatrices serait le lot de constitutionnalistes victimes d'une forme de fixation intellectuelle et qui mesureraient mal un aspect nouveau et important de la problématique constitutionnelle? Je ne le pense pas. Il me paraît, en effet, qu'on ne saurait, sans s'aveugler beaucoup, assurer que la Charte canadienne soit sans répercussion sur les tensions entre forces centrifuges et centripètes qui pèsent sur le rapport du Québec au reste du Canada. Sans doute, à première vue, les droits et libertés ne favorisent-ils pas l'une des parties à ces tensions puisqu'ils bénéficient aux individus et aux groupes face à l'État en tant que tel, peu importe qu'il s'agisse de l'État central ou provincial. C'est indirectement cependant qu'ils peuvent avoir des retombées centralisatrices. Ainsi, la dynamique proprement fédérative domine d'autant plus que les États, en tant que tels, sont perçus comme les instruments privilégiés de la poursuite de la justice et du bonheur. En retour, cette dynamique favorise le regroupement et la concentration majoritaire sur l'État jugé le plus apte à la poursuite d'un aspect particulier du bien commun. Les forces centrifuges ou centripètes y gagnent selon le cas. L'introduction de droits et libertés face à l'État risque d'affecter cette dynamique agrégative et territorialisatrice. Le droit ou la liberté différentialiste, individuel ou collectif, risque en effet de susciter un fractionnement qui dissipe l'identification majoritaire ou ce qui en reste, en plus de fournir un instrument de résistance à l'ordre juridique majoritaire, provincial ou central<sup>[25]</sup>. Les deux ordres de parlements y perdraient en stature. D'un autre point de vue, cependant, la concentration du débat constitutionnel sur les droits et libertés peut jouer comme révélateur ou générateur d'une unité de culture qui transcende les frontières provinciales. Une jurisprudence canadienne unificatrice, et non pas allocatrice de compétences, pourra en effet concrétiser et étendre une unité déjà considérable à ce propos.

L'issue dépend de l'effet produit sur la société québécoise par l'avènement de la Charte canadienne, et, plus généralement, par le mouvement des droits et libertés. À ce propos, il paraît difficile de conclure. Il n'existe pas chez les Canadiens français québécois un courant différentialiste de la nature de celui qui traverse le reste du Canada. L'explication est évidente si l'on pense en termes culturels traditionnels: il s'agit d'un groupe majoritaire dans le cadre provincial. Mais celui-ci est appelé à subir des revendications de groupes dont le caractère culturel, au sens large, ne doit pas être sous-estimé. Celles-ci peuvent affaiblir l'unité du groupe. Les contestations féministes, celles des jeunes assistés sociaux, des homosexuels, des gens du troisième âge, et d'autres, ne sont pas sans signification à ce sujet. Dans la mesure où elles prendraient la forme de recours contre les actes de l'État, au nom de la Constitution, et non pas de pressions fructueuses sur les parlements, elles constitueraient autant de démarches en rupture

avec le processus démocratique usuel. Celui-ci demande en effet d'obtenir l'adhésion ou la tolérance de la majorité. La multiplication de tels succès générerait une réduction des attentes face aux parlements. Il deviendrait de moins en moins important de déterminer de quel parlement relève les domaines où s'inscrivent ces revendications. La problématique proprement fédérative serait dépassée. Une telle évolution n'est pas à écarter. L'on peut en effet déceler les signes d'une multiplication des appartenances culturelles nouvelles[26] et une augmentation de l'importance de ces rattachements culturels, parallèlement à une désaffection pour la politique devenue, pour le reste, affaire de spécialistes. Il ne semble pas, cependant, que la vitalité de plusieurs de ces communautés «culturelles» dépendent de la protection des tribunaux contre la loi majoritaire dans un État moderne. C'est à travers le processus législatif lui-même que plusieurs des revendications différentielles évoquées ici ont réussi au Québec. Ce fut souvent le cas pour le féminisme, les gens du troisième âge, les homosexuels, par exemple. Une telle évolution, permise par le passage progressif à la modernité du Canada français québécois, a protégé jusqu'ici le parlement québécois contre la désaffection qu'aurait pu lui valoir, autrement, la montée des cultures nouvelles.

On ne saurait donc, à partir des changements intervenus au Québec, conclure trop vite à une diminution de la poussée centrifuge. Mais des facteurs peuvent jouer en faveur d'une convergence des sociétés en cause et une réduction des tensions poussant vers la rupture.

## **C. Le reste du Canada aujourd'hui**

Les développements qui précèdent révèlent l'émergence d'un nouveau Canada français dans Québec et permettent d'entrevoir un effet non négligeable de la Charte canadienne sur les forces centrifuges que Jean Beetz voyait à l'oeuvre au Québec en 1967. L'effet de ces deux mouvements, sociologique et constitutionnel, sur la relation fédérative, demeure difficile à qualifier.

Peut-être l'étude de l'évolution subie par le reste du Canada permet-elle une meilleure vision de l'impact sur les tensions fédératives. Il convient, à ce propos, de nous arrêter aux mêmes composantes que celles retenues pour évaluer la situation au Québec.

### **1. L'identité des autres Canadiens**

En regard des propos de Jean Beetz sur l'homogénéité culturelle des Canadiens français et de l'évolution qu'elle a subie depuis lors, quel sens ont les changements intervenus chez les autres, qu'il s'agisse des autres Québécois ou des autres Canadiens?

Il était implicite chez Jean Beetz que la minorité homogène canadienne-française québécoise se trouvait face à une majorité dont l'unité permettait de lui imposer un cadre de pensée[27]. La perception du reste du Canada sur laquelle reposait son diagnostic était celle d'un Canada anglais assimilant ses immigrants et constituant une puissance relativement homogène dont le droit traduisait un «cadre de pensée» différent.

Il faut, aujourd'hui, modifier profondément cette vision du reste du Canada et de son rapport au droit. Ainsi, saute-t-il aux yeux de la plupart, particulièrement au Québec, que l'unité culturelle du reste du Canada est une chimère. La recomposition démographique, déjà sérieusement avancée au moment où

Jean Beetz écrivait, s'est poursuivie avec vigueur depuis et a contribué à cet éclatement culturel. Les Canadiens anglais ne constituent maintenant qu'une moitié de l'anglophonie hors Québec, à peu près. L'autre moitié se compose de groupes dont la diversité ethno-religieuse est fort grande. Ces changements ont entraîné une modification importante de l'attitude devant l'État. Les réflexes de minoritaires se répandent et remplacent ceux qui caractérisaient une majorité qui se croyait homogène. Ces réflexes engendrent deux mouvements. Un premier, soucieux de non-discrimination, s'inscrit encore dans la perspective d'un libéralisme individualiste. Un autre tend à revendiquer des droits collectifs. Je reviens ci-après sur ces mouvements qui sont l'objet de la deuxième partie de cet essai. Il importe, pour le moment, de saisir que ces préoccupations défensives qui émergent hors Québec déplacent l'axe des tensions constitutionnelles. On tend à se préoccuper moins du contrôle positif que l'on exerce sur l'État, collectivement, quand on est devenu une majorité de minorités. L'on cherche plutôt davantage à se protéger de cet État, et la priorité est alors donnée aux libertés et droits fondamentaux et non à l'octroi de pouvoirs de contraintes. En d'autres mots, ne pouvant imposer ses valeurs, on est réduit à se protéger contre les valeurs des autres. Le droit, conçu comme un ensemble de normes de conduites applicables à tous, est refoulé du domaine des valeurs culturelles vers le territoire neutre de l'ordonnement économique et social. Dans la mesure où une telle évolution s'est produite chez les autres Canadiens, s'est atténuée la menace proprement identitaire que pouvait constituer le droit d'une majorité pour la minorité canadienne-française. Du moins en tant que pouvoir d'imposer un droit qui porte atteinte à l'identité collective au sens où l'entendait Jean Beetz: celui d'un cadre de pensée.

## 2. L'attitude face à l'État

Si l'hétérogénéité croissante du reste du Canada a conduit à une diminution des attentes positives quant au rôle de l'État en matière de culture, qu'en est-il de l'attitude concernant l'État, au-delà de ce domaine que l'on tend à lui interdire?

Jean Beetz avait constaté au Québec un renversement affectif qui conduisait les Canadiens français à compter de plus en plus sur l'État pour favoriser le développement économique et la justice sociale. Depuis, l'enthousiasme a fait place à la circonspection. Si la désaffection n'est pas telle qu'elle tourne à l'attaque de l'État provincial, elle est toutefois suffisante pour engendrer une certaine réduction de la pression centrifuge émanant du Québec.

Si le sentiment des autres avait évolué de la même manière, la tension entre forces centripètes et centrifuges s'en trouverait réduite. Mais la situation ne se présente pas ainsi, semble-t-il. En effet, l'avènement du libre-échange continental suscite dans le reste du Canada une réaction nationale qui se tourne vers l'État. On y voit l'instrument essentiel à la mise en oeuvre de politiques qui permettent aux entreprises et aux travailleurs de s'adapter à ce nouvel environnement et d'assurer une protection efficace aux victimes qu'il est susceptible de faire. Cet appel à l'État est probablement attribuable aussi au fait que l'État central canadien est la principale victime de la libéralisation en cours. Conçu à l'origine comme une force unificatrice dont la vocation était de protéger le marché canadien contre les États-Unis, l'État central voit en effet disparaître une mission qui a justifié son existence durant une bonne partie de l'histoire de la fédération et cette chute annoncée de la puissance centrale suscite anxiété ailleurs au Canada. Deux aspects des derniers affrontements constitutionnels sont révélateurs de cette ferveur retrouvée. Il y a, d'une part, l'insistance pour conserver au parlement fédéral un rôle clé concernant l'emploi, laquelle menée à ses aboutissements, se transforme souvent en demande d'intervention accrue des autorités fédérales dans le domaine de l'éducation. D'autre part, la résistance à laquelle n'a cessé de se heurter l'effort d'encadrement du pouvoir fédéral de dépenser annonce aussi les vocations qu'une grande

partie du reste du Canada entend donner à l'État central jugé essentiel dans le nouveau contexte continental et international. Si l'on s'engage sans crainte excessive sur cette voie c'est que la Charte canadienne fournit désormais un encadrement de l'État auquel on s'apprête à confier ces tâches importantes.

### 3. La nature du péril

Selon Jean Beetz, si la majorité canadienne avait d'abord été perçue comme une menace à la manière d'être canadienne-française, on s'éloignait déjà, au moment où il écrivait, de cette vision axée sur une identité collective à sauvegarder. Depuis, il est devenu plus clair encore que les francophones du Québec se définissent de moins en moins comme une ethno-culture cherchant à se protéger, en tant que telle, de la modernité ou d'autres ethno-cultures, ou prétendant s'imposer à des concurrents sur le territoire où elle serait majoritaire.

Or, il s'est produit, sur ce point, dans le reste du Canada, une évolution en quelque sorte contraire. Le multiculturalisme y connaît une faveur considérable sur le terrain, dans l'intelligentsia et au sein de l'État. Sans doute, faut-il distinguer, au sein de ce large courant, entre diverses variantes dont les revendications diffèrent beaucoup: les uns réclament seulement un ordre anti-discriminatoire lucide[28], d'autres promeuvent plutôt une politisation ethno-culturelle poussée de larges secteurs-clés des institutions publiques et du secteur privé. Nonobstant ces distinctions, il reste que le propre de ce mouvement est de plaider pour une prise en compte accrue du facteur ethno-culturel alors que les Canadiens français du Québec s'engagent de plus en plus dans la modernité et se dépouillent de traits propres à une ethno-culture. Il y a là un développement de nature à susciter un renforcement de forces centrifuges entre le Québec et le Canada dans la mesure où la Charte serait vue comme l'instrument d'un multiculturalisme contraire à l'unité moderne d'un Québec pluraliste où le français serait langue commune. Paradoxalement, celui-ci serait provoqué par les pressions décentralisatrices intra québécoises que susciterait un multiculturalisme perçu comme contraire aux valeurs modernes d'égalité et de démocratie.

### 4. Les droits et libertés

La Charte canadienne, elle-même, a-t-elle généré une évolution du reste du Canada qui suggère ou impose une remise en question des perspectives d'avenir que Jean Beetz dégageait en 1967? Celui-ci, on l'a vu, axait son propos exclusivement sur les tensions proprement fédératives, celles entourant la lutte pour les compétences entre États. La question des limites imposées à l'État au nom de libertés et droits fondamentaux était exclue. J'ai déjà signalé l'effet vraisemblable que la Charte canadienne aurait sur le Canada français québécois[29]. Il faut maintenant se demander si la Charte canadienne a marqué particulièrement et distinctement le reste du Canada, et évaluer l'effet plausible de cette influence sur les tensions fédératives elles-mêmes entre le Québec et le reste du Canada.

À ce sujet, il importe de distinguer deux ordres de phénomènes. Ainsi faut-il voir quel impact a eu la Charte dans la société du reste du Canada. Ensuite on doit s'interroger sur son effet sur le droit lui-même. L'un et l'autre sont pertinents quand il s'agit, ultimement, de mesurer les répercussions de la Charte sur la relation du Québec au reste du Canada. Je m'en tiendrai toutefois, à ce stade, au seul impact de la Charte sur la société. L'impact immédiat de celle-ci sur le droit sera exploré dans la seconde partie.

Il s'est produit, à ce sujet, une sorte de subversion des intentions des promoteurs de la Charte. Celle-ci était conçue comme un instrument d'unification canadienne par Pierre Trudeau[30]. Il voulait par là opposer aux forces centrifuges l'obstacle de valeurs communes qui rassemblent tous les Canadiens. Mais, au-delà des libertés et droits fondamentaux traditionnels, il visait aussi à constitutionnaliser certains droits linguistiques et à susciter une dynamique qui promeuve la vision alors axée sur le bilinguisme et le biculturalisme autour de laquelle s'organisait sa politique. Il ne semble pas qu'il ait mesuré la résistance qu'allait susciter dans le reste du Canada une vision aussi exclusivement dominée par la question québécoise et dont l'effet était de constitutionnaliser une conception de l'histoire canadienne toute imprégnée des tensions propres à la dualité. La décision d'insérer certains droits linguistiques qui satisfassent, à ses yeux, aux attentes du Canada anglais et du Canada français, allait permettre la manifestation d'un tiers-Canada qui ne se reconnaissait pas dans la vision qui inspirait la nouvelle Constitution. Déjà, ce Canada avait obtenu que l'on ajoute à la Charte canadienne une disposition interprétative concernant le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens[31]. Le tiers-Canada, conscient de sa place au Canada, réclamait que l'intégration à la majorité se fasse dans un respect accru de la différence. Cette reconnaissance de la valeur des appartenances communautaires lui paraissait découler du contenu de la Charte. S'il a pu en être ainsi c'est que la Charte canadienne a vu le jour dans un contexte politique et intellectuel qui en favorisait une lecture que Régis Debray qualifierait de «démocratiste» par opposition aux conceptions républicaines dont la Constitution américaine et la *Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen* s'étaient inspirées[32].

Politiquement, on l'a vu, le Canada réel avait beaucoup changé au cours du siècle. Sa composition démographique s'accordait de plus en plus mal avec une vision dualiste du Canada. Des droits linguistiques ou religieux aux dimensions collectives indéniables, dont les seuls sujets soient les membres des communautés européennes fondatrices, heurtaient le tiers-Canada. Leur co-existence constitutionnelle avec les libertés et droits individuels, dans ces conditions, comportait un ferment de dilution de la frontière traditionnelle entre droits individuels et collectifs pour peu que d'autres facteurs minent cette fragile démarcation. Or, il en existait de puissants. Ainsi, aux États-Unis, en particulier, une remise en cause de plus en plus poussée de l'égalité neutre (ou *color blind*) avait mené à l'émergence d'un fort courant de conscientisation culturelle. D'abord soucieux de débusquer les préjugés culturels inconscients derrière les règles neutres, celui-ci revendiquait de plus en plus des espaces propres et un retour, volontaire cette fois, à la ségrégation[33]. Ce mouvement ne pouvait épargner le Canada alors qu'une immigration beaucoup plus diversifiée et urbaine transformait le paysage culturel à un rythme accéléré.

Au plan des idées, le libéralisme traditionnel subissait des assauts multiples. On lui reprochait surtout son individualisme atomiste[34]. Ces critiques appelaient toutes à une reprise en compte si non à une promotion des communautés[35]. Dans cette perspective, l'on dénonçait en réalité l'inégalité cachée derrière les théories libérales. Les majoritaires ne se permettaient-ils pas d'autant mieux d'afficher une neutralité culturelle qu'ils étaient en position d'imposer leur culture sous couvert d'un ordonnancement rationnel de la société, ou de la promouvoir, dans l'espace privé à même leurs ressources supérieures[36]?

Sous l'effet conjugué des remises en cause du républicanisme américain et des critiques du libéralisme et de la modernité, l'instrument d'unification que devait être la Charte canadienne s'est transformé chez plusieurs Canadiens en ferment de différenciation. Ils y ont vu l'occasion d'infléchir l'ordre juridique canadien vers une reconnaissance plus égalitaire des diverses cultures auxquelles ils se rattachaient. L'histoire dira s'ils ont eu raison. Nous verrons dans la seconde partie si ces visions influent sur l'évolution de l'ordre juridique canadien.

Considérée en elle-même, cette attente nouvelle introduit-elle un facteur centrifuge ou centripète dans la dynamique Québec-Canada? La réponse va de soi puisque le Québec a résisté à ce courant et poursuivi jusqu'ici, de manière générale, une modernisation qui le rapproche davantage des modèles républicains traditionnels offerts par la France et les États-Unis. Nous avons vu en effet que le législateur québécois s'est révélé particulièrement ouvert devant les nouveaux mouvements culturels qui auraient pu menacer son autorité. Il a d'autant mieux passé cette épreuve qu'il s'est dégagé d'un ethno-centrisme qui a marqué longtemps le nationalisme défensif qui y fleurissait. On voit mal comment le Canada français pourrait se plier à l'affaiblissement de ses institutions parlementaires par la montée de revendications culturelles ethno-centristes contraires à l'évolution qu'il a connue et intensifiée récemment.

Que conclure au terme de cette exploration? D'une part, il semble que certains changements jouent contre les forces de rupture. C'est le cas de la transformation du Québec francophone en société pluraliste, de l'espoir diminué en l'État, et de l'accord général des groupes en présence sur le respect des libertés et droits fondamentaux. Mais, à ces facteurs, il faut en opposer d'autres qui menacent le lien fédéral. Ainsi, l'angoisse provoquée par l'atténuation des traits distinctifs propres au Québec francophone peut susciter un renforcement des tendances à l'autonomie politique en raison d'une conscience nouvelle du risque d'assimilation. Cela est d'autant plus vraisemblable si le reste du Canada adresse à l'État de nouvelles demandes d'interventions unificatrices comportant une réduction de l'autorité du parlement québécois. Si le multiculturalisme génère par ailleurs des obstacles jugés excessifs aux politiques d'intégration du Québec, la tension en serait accrue.

Dans un tel contexte, l'importance de la Charte canadienne devient cruciale. C'est pourquoi je m'arrête maintenant à en évaluer les retombées possibles sur la capacité d'édicter un ordre juridique de nature à promouvoir efficacement l'intégration au sein de la société québécoise.

## **II. DROITS ET LIBERTÉS: OBSTACLES POSSIBLES SUR LA VOIE D'UN QUÉBEC DISTINCT ET MODERNE?**

Au premier regard, la question paraît insultante. Pourquoi une plus grande autonomie pour le Québec, ou, plus encore, l'émergence d'un Québec souverain créerait-elle un risque sérieux pour les libertés et droits fondamentaux? La terre n'est-elle pas aujourd'hui divisée en une myriade d'États nations souvent respectueux des libertés et droits fondamentaux? Voir une opposition possible entre ces derniers et des démarches d'autodétermination, y compris celles qui visent à la souveraineté, ne procède-t-il donc pas d'un parti pris caché?

L'on serait justifié de conclure ainsi, si l'on pouvait, aujourd'hui, ignorer le caractère souvent répressif des procédés d'émergence des États nations. L'ethnocentrisme, qui a en partie animé la prétention occidentale à fonder sa vision à cet égard sur une nature humaine universellement identique à elle-même a subi une remise en question radicale. Si les excès de ces critiques leur ont sans doute fait perdre beaucoup d'influence, des courants plus nuancés ont suscité l'interrogation sur des traits majeurs de la conception classique des droits de l'homme. En conséquence, le domaine des libertés et droits fondamentaux est aujourd'hui le théâtre d'un rude affrontement entre la conception libérale et divers courants critiques qui en contestent plus ou moins radicalement certains aspects. Ces courants sont susceptibles d'influer sur des dimensions des droits de la personne qui concernent au premier chef le mouvement d'autodétermination du Canada français québécois. Il s'agit en particulier des revendications axées sur les aspects culturels, particulièrement occultés dans la tradition libérale qui a dominé la période d'émergence des droits de l'homme et le constitutionnalisme naissant en Occident. Apparaissant dans le

contexte des processus unificateurs propres à la construction des États nations, il était inévitable que ce premier mouvement ignore ou disqualifie les revendications culturelles, aussi bien dans le cadre d'une conception française qu'allemande de la nation à créer[37]. Mais, on ne saurait ignorer maintenant cette dimension du droit des libertés, particulièrement s'il est question de cerner l'impact de la Charte canadienne sur les attitudes du Québec francophone à l'endroit de la fédération canadienne. À ce sujet, il faut d'abord dresser l'opposition des tendances, puis identifier celles vers lesquelles incline aujourd'hui le droit issu de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

## **A. L'affrontement de conceptions diverses des droits et libertés, généralement**

Il est exclu de tenter ici de rendre un compte exhaustif du débat entourant les droits fondamentaux quant à leur dimension culturelle[38]. Il suffira de repérer les points où se manifeste cette lutte, en précisant, chaque fois, en quoi son issue concerne la capacité d'une majorité de procéder à l'intégration et l'unification culturelle à la moderne.

Trois traits de la conception classique des droits et libertés ont facilité l'occultation de l'ethno-culturel: l'option pour les droits individuels contre les droits collectifs, la priorité accordée aux libertés sur les droits, et l'assimilation de l'égalité à l'application universelle de la loi quand elle n'était pas réduite à l'égalité formelle, c'est-à-dire l'égalité devant le droit. Comme cette conception est remise en cause sur tous ces aspects il importe d'abord de préciser leur pertinence dans le cadre d'une réflexion sur la capacité étatique de favoriser l'intégration.

### 1. Les droits individuels face aux droits collectifs

La tradition libérale classique fait de l'individu, seul acteur moral, l'unique titulaire de droits opposables à l'État. C'est ce sujet solitaire qui a cédé tout, dans la frayeur, au Leviathan, ou consenti, par prudence, à céder quelque chose tout en retenant certains droits inaliénables[39]. Selon la seconde de ces versions du contrat social, fondateur de la cité, des droits fondamentaux individuels subsistent pour le citoyen face à l'État devant lequel il se retrouve, pour le reste, sans protection. Bien plus tard apparut un droit des peuples à disposer d'eux-mêmes à certaines conditions[40] après la mise en place, dans le cadre de la Société des Nations, d'un système de droits des minorités qui devait éventuellement s'enrayer et déboucher sur la Seconde Guerre mondiale. Depuis, l'on mentionne souvent l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[41], quand l'on veut citer trace de droits collectifs intra-étatiques. C'est à tort, semble-t-il, car le texte attribue aux «membres» des minorités des droits qui paraissent davantage être des libertés que de véritables droits comportant obligation financière de l'État[42].

Qu'il en soit ainsi s'explique fort bien historiquement. C'est en effet contre l'emprise de monarques tout puissants et d'Églises tyranniques, qui embarrassaient souvent les premiers[43], que la pensée libérale s'est d'abord dressée. Il s'agissait de libérer le sujet des tentacules des conventions et de soumettre la tradition et tout pouvoir à son jugement. L'individualisme avait alors partie liée inexorablement avec la liberté contre les contraintes que des collectivités organisées faisaient peser sur le sujet. Le système juridique fondé sur ce contractualisme moral, et né dans un tel contexte historique, consentit éventuellement une portion infiniment congrue aux droits collectifs au cours de ce siècle. En effet, en

limitant ceux-ci à un droit à l'autodétermination politique, il forçait aux solutions globales, au point que l'on a souvent confondu ce droit de disposer avec celui de sécession. Les issues vers lesquelles il poussait ceux qui s'aviseraient de l'exercer étaient telles que leur force dissuasive devait en retenir plusieurs. Tout l'esprit du système en était un de dissuasion, ordonné qu'il était à la protection de l'ordre établi qu'il mettait à l'abri des mouvements culturels intérieurs.

Si la conception individualiste des droits fondamentaux intra-étatiques et le droit de libre disposition des peuples favorisaient les ambitions unificatrices des États existants, l'apparition de droits collectifs intra-étatiques circonscrits, dont l'exercice ne confine pas à la sécession, risquerait de leur causer de sérieuses difficultés. Il existe pourtant un fort mouvement contemporain en ce sens, qui s'appuie sur une critique du libéralisme individualiste et trouve appui dans l'évolution accélérée dans laquelle sont aujourd'hui emportés les États sous la poussée de mouvements migratoires de grande envergure. Au sein même du courant libéral[44], certains rappellent en effet que les initiateurs n'avaient pas une conception atomiste comme celle qu'on leur a trop souvent prêtée, et qu'il suffirait de revenir aux sources de la philosophie libérale de l'État pour trouver la justification d'une protection des communautés naturelles ou choisies. De l'extérieur, les communautaristes[45] poussent plus loin la critique, et infèrent de l'enracinement communautaire du sujet une reconnaissance étendue de droits collectifs, alors que les premiers tendent à se contenter de libertés collectives.

Il importe de souligner que la faveur que ces critiques connaissent aujourd'hui s'explique beaucoup par la perte de crédibilité que les États souverains connaissent. L'importance accrue de la dimension économique et l'émergence d'un encadrement quasi continental ou continental des rapports économiques diminuent progressivement les souverainetés. Les populations découvrent peu à peu l'impuissance de leurs gouvernants, ou leur influence limitée sur un échiquier élargi. Le prestige de l'État s'affaiblit à mesure que se révèle l'incapacité de protéger où il se trouve réduit. Certains voient, en conséquence, poindre le temps des régions et des cultures, libérées de la contrainte étatique. Si l'on ajoute à ces considérations la complexité culturelle des sociétés transformées par des mouvements migratoires intenses, on ne peut manquer de s'expliquer le renouveau des pressions en faveur d'un multiculturalisme intra-étatique à notre époque. Si la traduction de celui-ci dans le droit constitutionnel passait par l'octroi de droits collectifs leur apparition contribuerait à l'affaiblissement de l'autorité unificatrice et intégratrice propre à l'État-nation traditionnel. Dans la mesure où l'interprétation de la Charte canadienne subirait l'influence de tels courants, la capacité d'intégration du Québec francophone se trouverait donc diminuée.

## 2. La part des libertés et des droits

Le sort des cultures au sein de l'État est aussi lié à la place que les droits constitutionnels occupent, par opposition aux libertés. Si ces dernières sont seules constitutionnalisées, les cultures s'en trouvent moins respectées que si des droits constitutionnels sont reconnus qui comportent une connotation culturelle. C'est que l'État ne se trouve obligé à prestation que là où des droits sont conférés qui constituent de véritables créances contre lui. Les libertés ne lui imposent qu'un devoir d'abstention, puisqu'elles se définissent comme des zones d'autonomie où la contrainte étatique ne peut s'exercer[46]. Or, il existe à ce propos une opposition marquée entre la conception classique des libertés et droits fondamentaux et certaines critiques qui lui sont adressées. Dans la mesure où la Charte canadienne se prêterait à l'influence de ces dernières la capacité intégratrice du Canada français québécois serait menacée. Il vaut la peine de s'y arrêter.

Traditionnellement, le constitutionnalisme libéral, comme son nom l'annonce, a donné une large priorité

aux libertés. Ses origines bourgeoises et son association idéologique et historique avec le libéralisme économique expliquent largement qu'il en fut ainsi[47]. L'État constituait l'ennemi contre lequel s'élevaient les bourgeois qui réalisèrent le passage, révolutionnaire ou progressif, à l'État de droit. Les puissances privées, sur lesquelles cette classe exerçait son contrôle, ne lui apparaissaient pas comme des menaces. Il suffisait d'assurer la liberté contractuelle et le droit de propriété pour libérer ceux dont on se préoccupait alors. La science économique venait opportunément conforter ces tendances de classe et lui fournir une justification «rationnelle». Au plan philosophique, le sujet rationnel et responsable constituait alors un être libre. Ses conditionnements, que les sciences humaines allaient peu à peu révéler, étaient largement ignorés. Dans un tel contexte, il était difficile de poser la question des droits sociaux face à l'État, et d'en faire les prérequis des libertés. Il a fallu attendre la révolution industrielle, pour qu'apparaisse la contestation de la vision «simplistement» humaniste et rationaliste qui inspira d'abord la transformation des institutions politiques. Quant aux dimensions culturelles, elles pouvaient être oubliées dans une Angleterre unie, ou occultées par le nationalisme des lumières au nom duquel se réalisait alors l'unification française.

Cette conception a connu une critique majeure d'origine marxiste, mais dont une bonne partie a été assimilée par la pensée libérale[48]. Chez les marxistes elle s'est exprimée surtout par l'opposition des libertés formelles et réelles[49], selon laquelle les premières sont un leurre sans les secondes, dans une société inégalitaire. Il faut donc subordonner les libertés dites bourgeoises à une préalable ou concomitante égalisation matérielle sans quoi les libertés, accessibles aux nantis, serviraient surtout à perpétuer l'injustice sociale. Chez les libéraux rawlsiens, ou socio-démocrates, elle conduit à tempérer les inégalités résultant en partie de l'exercice des libertés. Quelle que soit l'inspiration, ces critiques exigent que soient greffés, sur les libertés fondamentales, des droits tout aussi fondamentaux sans lesquels elles demeureraient des privilèges de classe.

Aujourd'hui, par un paradoxal retour des choses, la critique marxiste, profondément ébranlée sur son terrain d'élection, celui des conditions sociales, trouve à se recycler dans le domaine même où elle s'est généralement caractérisée par son insensibilité: celui des cultures. L'argumentation sur laquelle s'appuyait la dénonciation des libertés bourgeoises en tant qu'instruments de perpétuation des inégalités sociales peut fort bien servir dans le domaine culturel au sens entendu ici. Ne peut-on voir dans le refus de droits culturels, qu'ils soient individuels ou collectifs, et l'octroi seulement des libertés culturelles individuelles, selon la conception classique, un régime ordonné au triomphe de l'ethno-culture majoritaire? C'est le propos des communautaristes, pour qui les communautés sont fondées à se voir reconnaître des droits culturels, sous peine de dépérissement dans le cadre de systèmes où seuls les droits individuels et ceux des peuples trouvent reconnaissance[50]. Leurs conceptions sont susceptibles d'influer sur l'interprétation de la Charte canadienne. Plus elles réussiront, plus la capacité d'intégration du Québec se trouvera diminuée.

### 3. Entre l'application universelle de la loi et le respect des différences

Le constitutionnalisme d'inspiration libérale auquel participent beaucoup des constitutions élaborées en Occident depuis le XVIIIe siècle, ne comportait pas, à l'origine, d'interdit contre la discrimination. On y trouvait seulement l'exigence d'égalité formelle ou d'égalité devant la loi[51] et celle d'égalité dans l'application du droit[52]. C'était un progrès considérable sur des systèmes caractérisés par l'octroi généralisé d'immenses pouvoirs discrétionnaires qui ne permettaient à peu près pas de prévoir, sur l'essentiel, les décisions à venir et dont l'exercice échappait presque totalement à quelque exigence d'équité procédurale. Mais sous un tel constitutionnalisme, le législateur demeurait tout à fait libre de

distribuer comme il l'entendait droits et obligations. Il n'était, *a fortiori*, pas question de lui imposer d'adapter ces règles de droit aux situations diverses des justiciables.

L'égalité devait toutefois élargir sensiblement son influence avec l'apparition, relativement récente, de l'interdiction faite à l'État de discriminer pour certains motifs. Parallèlement à ces développements proprement constitutionnels, l'on a assisté à l'adoption de codes antidiscriminatoires dont les prohibitions visaient les particuliers et le pouvoir exécutif. Il s'agissait d'une mutation puisque la substance même de la loi se trouvait affectée et qu'il devenait possible de parler d'une obligation constitutionnelle d'égalité dans la loi.

L'important, pour notre propos, est de ne pas exagérer la signification de cette étape en lui attribuant un sens que l'interdit de discriminer n'acquît qu'ultérieurement. L'on n'entendait pas en effet contraindre l'État à se soucier de l'effet variable de ses normes selon les situations où se trouvaient ceux et celles à qui elles s'appliquaient. L'on exigeait seulement qu'il formule ses normes sans y faire de distinction reposant sur l'un des motifs interdits.

Cette ouverture prudente à l'égalité se fondait, d'une part, sur le postulat sur lequel reposait traditionnellement le refus du droit de prendre en considération les différences de situation des sujets de droit: celui de l'égalité de ceux-ci. Elle était aussi justifiée par le rôle assigné au droit et à ses règles. Celles-ci ne visaient nullement en effet à réaliser une répartition des bénéfices et fardeaux selon quelque exigence de justice matérielle[53]. Elles étaient exclusivement «processuelles» et auxiliaires de la liberté contractuelle. Aussi longtemps que l'ambition du droit conservait cette modestie, le postulat de l'égalité des sujets pouvait jouir de la crédibilité qui était sienne. Et le législateur n'avait pas à faire plus que de s'interdire de discriminer.

Les répercussions d'une telle conception de l'interdit de discriminer dans le domaine ethno-culturel sont évidentes. Plusieurs des motifs prohibés en son nom comportent en effet une forte dimension ethno-culturelle. Ainsi en est-il, en particulier de la race, de l'origine ethnique, de la religion, de la langue. Si l'État est tenu de bannir, des normes qu'il édicte, les classifications fondées sur de tels facteurs, les membres des communautés ethno-culturelles gagnent une protection non négligeable contre l'ostracisme du pouvoir public. Sans doute ils demeurent exposés à la discrimination privée si l'État ne juge pas opportun de l'interdire. Mais ce risque est petit dans l'hypothèse où l'on veut favoriser leur intégration. L'État devra en effet, à cette fin, prohiber la discrimination ethno-culturelle. La situation juridique qui résultera s'harmonisera donc fort bien avec les visées intégratives.

Les exigences découlant de la norme antidiscriminatoire à laquelle l'État est tenu de satisfaire peuvent toutefois excéder celles que je viens de décrire. Il s'ensuivra alors une diminution de la pression intégratrice, sinon assimilatrice, que le rapport démographique générerait sous un cadre juridique dont la force contraignante serait limitée à celle que je viens d'esquisser.

Un premier élargissement de l'impact de l'ordre antidiscriminatoire apparaît là où la discrimination indirecte est prohibée. L'État n'est alors pas seulement empêché de formuler des règles de droit discriminatoires. Il doit se soucier de l'impact des règles d'apparence neutre qu'il édicte, car il y a discrimination si l'une de celles-ci affecte des individus ou des groupes de façon préjudiciable, ces derniers étant, par ailleurs, identifiables en fonction d'un critère de distinction dont l'usage est interdit. Il devra alors accommoder[54], dans la mesure du possible, celles et ceux qui subissent un tel effet d'une norme pourtant non discriminatoire à sa face.

On doit constater ici une véritable mutation de l'ordre constitutionnel. Il y a en effet rupture avec le

postulat de l'égalité préalable des sujets de droit face aux normes, et apparition du devoir de traiter différemment ceux et celles qui ne sont pas situés identiquement en raison de traits qui recoupent les critères dont l'emploi est prohibé en droit. L'idéal des mêmes règles de juste conduite se trouve abandonné et l'État se voit imposer la prise en compte des situations factuelles. Pour l'instant, le droit contemporain offre des illustrations multiples de l'extension du concept de discrimination à la discrimination indirecte, pour ce qui est des rapports entre particuliers. Il hésite toutefois à adopter ce concept au plan constitutionnel. On comprend ces hésitations, même au cas où la règle n'aurait trait qu'à quelques motifs de discrimination bien circonscrits. Dans le contexte d'un État dont les interventions normatives vont bien au-delà de l'édition des règles de juste conduite auxquelles Friedrich A. Hayek voulait le contraindre<sup>[55]</sup>, les obligations qui découleraient d'une telle innovation seraient proprement herculéennes.

La portée de la norme anti-discriminatoire constitutionnelle peut encore s'élargir davantage si obligation est faite à l'État de prohiber certaines discriminations dans les rapports privés. Il y a alors passage du droit constitutionnel hors son aire traditionnelle, dans la régie des rapports privés. Ici encore, dans le domaine culturel, on suscite un désarmement de l'État. Alors que la limitation de la norme antidiscriminatoire à l'État permettait à celui-ci une abstention face aux discriminations perpétrées en société, cet aveuglement n'est plus permis.

La traditionnelle insensibilité de l'État de droit d'origine libérale, en ce qui regarde l'appartenance culturelle, s'exprimait donc de trois façons: l'individualisme, la primauté des libertés, l'emprisonnement des exigences d'égalité dans le seul cadre de l'action étatique et sous la forme d'un interdit de discriminer directement seulement. Sur tout ces plans, le constitutionnalisme dont a hérité le Canada est aujourd'hui susceptible de changer sous l'influence de puissants courants intellectuels qui trouvent de forts appuis chez de nombreux Canadiens. Il importe de voir si le droit constitutionnel issu de la Charte subit l'effet de ces remises en question.

## **B. L'affrontement de conceptions diverses concernant les droits et libertés sous la Charte canadienne**

La Cour suprême canadienne entend, en grande partie, assumer l'héritage libéral dont la Charte canadienne est profondément imprégnée. Mais elle accorde toutefois un rôle important à la tradition canadienne dans laquelle s'inscrit la Charte. Ainsi, quand le juge Dickson a énoncé les critères généraux devant guider la recherche du but d'un droit ou d'une liberté et les déductions à partir de ce but, il a accordé une place de choix à l'histoire<sup>[56]</sup>. De même, lorsqu'il a évoqué des éléments importants constitutifs d'une société libre et démocratique, a-t-il intégré à cette vision des composantes qui soient le reflet du poids accordé à la dimension communautaire dans la tradition canadienne<sup>[57]</sup>. Dans l'interprétation de la Charte, la plus haute Cour a, en conséquence, pris ses distances par rapport au libéralisme classique duquel a généralement procédé l'interprétation de la Cour suprême américaine.

À ce propos le texte même de la Charte, celui de la *Loi constitutionnelle de 1867*<sup>[58]</sup> et l'influence de courants communautaristes et différentialistes dont j'ai fait mention, ne furent sans doute pas étranger à la rhétorique et aux conclusions de la Cour sur quelques sujets plus ou moins reliés à l'aspect culturel. Déjà les articles 23, 25, 27 et 29 de la Charte sur les droits à l'instruction dans la langue de la minorité, les droits et libertés des autochtones, la prise en considération du patrimoine culturel dans l'interprétation, et le maintien des droits relatifs aux écoles séparées et autres écoles confessionnelles, introduisaient non seulement des droits, mais des droits collectifs dans la Constitution canadienne. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* les avait précédés dans cette voie. Mais c'est surtout à travers l'opposition

d'approches interprétatives que l'affrontement entre le libéralisme classique et ses opposants trouve son expression devant les tribunaux canadiens.

## 1. Les droits individuels face aux droits collectifs

L'on s'est beaucoup inquiété du risque que la Cour suprême cède à une lecture abstraite de la Charte en concevant les individus hors de tout contexte social. C'était, croyait-on, fort à prévoir de la part de juges membres de classes bourgeoises et issus d'une profession longtemps réputée pour son conservatisme. Le coût des procès faisait aussi craindre un détournement des valeurs de la Charte au profit des puissants et en particulier des corporations. La lutte à cette menace a permis, en trois étapes, de faire admettre une perspective interprétative qui paraît favoriser au moins une considération effective de l'insertion des individus dans des collectivités.

Ainsi a-t-on, dans un premier temps, pu faire reconnaître que plusieurs des plus importants des droits et libertés en question étaient des droits ou libertés de personnes physiques, sauf indication claire au sens contraire. Sans doute n'a-t-on pas nié aux corporations l'intérêt pour invoquer, en défense, un droit ou une liberté dont elles ne pouvaient être titulaires[59], mais la Cour suprême a refusé de considérer les personnes morales titulaires des droits sous l'article 7[60].

Plus importante fut la réception fort sympathique réservée à la thèse selon laquelle droits et libertés sous la Charte sont *a priori* ceux et celles de désavantagés ou de minoritaires[61]. La justification à ce sujet n'est pas sans poids. Ne peut-on en effet penser que la majorité n'a pas besoin de protection surtout si la protection dont il s'agit doit jouer face à l'État, et même si elle peut servir contre des puissances privées? La majorité contrôle l'État et l'on voit mal comment celui-ci en viendrait à s'en prendre à ses droits et libertés. Cette même majorité est une force sociale dominante qui risque peu de subir des atteintes sérieuses à ses libertés et droits fondamentaux de la part du secteur privé. Cette importance déterminante donnée à l'appartenance à la majorité ou à la minorité entraîne une forte atténuation du caractère purement individuel des droits et libertés en cause. Elle fait de l'appartenance à un groupe la condition, non pas toujours de l'attribution du droit ou de la liberté, mais de l'importance que celui-ci se verra accorder. Or, le rôle déterminant de l'étape de l'analyse des justifications sous l'article 1 de la Charte permet à des considérations de cette nature d'être décisives quant à la conclusion qu'il y a eu violation de la Charte ou non.

Enfin, la Cour s'est montrée particulièrement accueillante aux invitations à circonscrire, dans une perspective collectiviste, les droits à l'égalité sous l'article 15. Ainsi, l'appartenance à une minorité discrète et isolée, est devenue une circonstance particulièrement apte à révéler le caractère discriminatoire d'une distinction fondée sur l'un des motifs énumérés à l'article ou analogue à ceux-ci[62].

Ces traits de la perspective générale adoptée par la Cour suprême témoignent de son souci d'éviter le blâme de s'en tenir à une interprétation individualiste de la Charte qui fasse fi de la dimension sociale de l'être humain et ignore l'inégale répartition du pouvoir politique.

La lutte concernant les droits collectifs s'est cependant faite plus explicite lorsqu'il s'est agi de juger de la constitutionnalité des droits collectifs inscrits dès l'origine dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'article 23 de la Charte. Trois voies s'offraient à ce propos. L'on pouvait reconnaître ces droits aux seules catégories qu'ils visaient expressément: certaines classes de personnes bénéficiaire de droits ou privilèges quant aux écoles séparées et dissidentes, selon ou sous l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et

les titulaires des droits à faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident selon l'article 23 de la Charte. Ces mêmes droits pouvaient, au contraire, être jugés contraires au droit à l'égalité sous la Charte. Enfin, s'offrait une solution de généralisation de ces droits collectifs vers d'autres collectivités, toujours au nom des exigences de l'égalité.

La Cour a retenu la première solution. À ses yeux, la Charte canadienne ne peut avoir pour effet d'annihiler des droits, ceux issus de l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui expriment l'essence du compromis sur lequel repose l'État canadien[63]. De même a-t-elle estimé que l'article 23 de la Charte ne pouvait bénéficier aux parents d'autres langues sous l'influence conjuguée des articles 15 et 27 de la même Charte[64]. À ses yeux, l'article 23 «constitue d'abord et avant tout une exception aux articles 15 et 27 en ce qu'il accorde à ces groupes, anglophones et francophones, un statut spécial par rapport à tous les autres groupes au Canada».

La Charte canadienne est donc interprétée de manière à tenir compte de la dimension culturelle à l'occasion. Mais il faut constater que c'est surtout par le biais d'une sensibilité particulière à l'endroit de groupes vulnérables, et donc, de manière oblique, que la culture est susceptible de profiter de cette perspective collective ou communautaire. Par ailleurs, si les droits collectifs spécifiques furent protégés, ils relèvent d'une interprétation moins libérale[65], et n'ont pas suscité un mouvement de généralisation vers d'autres communautés.

## 2. La part des libertés et des droits

Depuis son adoption, la Charte canadienne a donné lieu à un affrontement entre deux conceptions sur le rapport des droits et des libertés. Ce débat reflète celui entourant l'opposition des libertés réelles et des libertés formelles que la critique marxiste avait suscité et que j'ai rappelé plus haut[66]. Mais il s'est élargi et complexifié. L'élargissement a résulté de son déroulement dans un cadre quelque peu différent de celui dans lequel s'était faite la remise en question marxiste. La complexification est née de la connexité de ce débat et de la question des droits à l'égalité sans discrimination sous l'article 15 de la Charte canadienne.

Il y a, d'une part, poursuite de la dispute entre tenants des libertés réelles et formelles. Pour les uns les libertés et droits garantis obligent l'État à des prestations, sans quoi leur exercice est à ce point inégal qu'ils deviennent un leurre, car il y a trahison de l'exigence implicite d'égalité que comporte l'octroi des libertés et des droits fondamentaux. Ils dénoncent l'interprétation libertaire selon laquelle l'unique souci de l'octroi de libertés et de droits fondamentaux est de protéger contre l'État. Le rejet de cette interprétation se fait donc au nom d'un approfondissement du caractère fondamental des droits et libertés et de l'exigence d'égalité inhérente à ce caractère. De ce point de vue, leur critique s'inscrit dans le prolongement de la critique égalitariste des libertés formelles propres à la tradition marxiste.

Cette critique se heurte évidemment à une lecture de la Charte inspirée du libéralisme traditionnel selon laquelle la Charte n'oblige pas l'État à établir des conditions propres à permettre l'exercice effectif des libertés par l'octroi de droits-créances l'obligeant à plus qu'une abstention. Cette lecture repose en large partie sur la prévision qu'une intervention égalisatrice entraînera l'État vers un contrôle tel de la vie sociale que la liberté que l'on voulait assurer en sera étouffée[67].

Mais le débat s'est élargi par l'introduction d'une exigence de liberté positive, succédant à celle de libertés réelles issue du marxisme. L'apparition d'une telle visée dépasse en ambition la critique marxiste,

parce qu'elle ne s'inscrit plus dans les limites d'une revendication adressée à l'État seulement, de qui sont requises des prestations positives. Elle débouche sur l'imposition d'obligations au secteur privé. Le rôle prépondérant accordé à l'État en contexte marxiste permettait en effet de limiter le débat à celui d'un choix entre degrés variables de l'obligation étatique requise pour assurer une véritable reconnaissance des libertés. En contexte libéral, on ne peut poser ce problème sans tenir compte des rapports privés. Dans cette perspective, la dénonciation du négativisme[68] est alors faite au nom d'un modèle, celui des libertés positives, qui requiert une extension de son emprise à la zone des rapports privés. C'est alors que la complexification annoncée plus haut intervient.

Si les tenants des libertés positives ne sauraient parvenir à leurs fins, dans le cadre des sociétés libérales ou socio-démocrates, sans promouvoir une extension des obligations constitutionnelles vers les rapports privés, encore faut-il qu'ils y parviennent à travers un approfondissement d'obligations propres à l'État. Ils ne peuvent, en effet, abolir sans plus le présupposé de toute réflexion sur la portée des contraintes constitutionnelles, à savoir que leur objet immédiat doit être un acte étatique. De telles contraintes perdraient en effet leur nature constitutionnelle si elles étaient directement imposées dans les rapports privés sans apparaître d'abord comme corollaires d'une obligation de l'État. Or, c'est en explorant les ramifications du devoir fait à l'État de ne pas créer d'inégalité discriminatoire de droit qu'apparaît la voie d'une transformation en obligation privée d'une exigence d'abord imposée à l'État. La présence de lois antidiscriminatoires visant les rapports privés peut offrir l'occasion cherchée de répercuter en domaine privé une obligation imposée à l'État. Ne peut-on pas repérer un manquement à obligation de la part de l'État là où une loi antidiscriminatoire visant le secteur privé ne prohibe pas la discrimination fondée sur l'un des motifs dont l'usage est par ailleurs interdit à l'État? Quelle réponse le droit canadien apporte-t-il à ce sujet? Quelle portée a-t-elle dans le cadre de la problématique des rapports des cultures et du droit des libertés?

La Cour suprême a généralement adopté un point de vue libéral à ce sujet. Ainsi la Charte lui paraît-elle d'abord un instrument de protection de libertés contre l'État[69]. Les libertés n'étant pas conçues positivement il n'est pas question de constitutionnaliser leur protection vis-à-vis les puissances privées. On ne conçoit pas non plus que l'État lui-même soit tenu d'offrir les conditions d'exercice des libertés en greffant des droits-créances contre l'État.

La même Cour n'a toutefois pas écarté la possible constitutionnalisation de la protection antidiscriminatoire contre l'action privée. L'affaire *Schacter*[70] esquisse les critères selon lesquels juger de l'à-propos d'une telle extension, et la Cour d'appel ontarienne, dans l'affaire *Haig*, y a eu recours pour décider qu'il y avait lieu d'ajouter l'orientation sexuelle aux motifs déjà interdits par la loi[71]. Ce qui surprend, dans cette solution, c'est qu'un changement radical dans la portée du droit constitutionnel paraisse justifié au nom de considérations axées sur le souci d'éviter une sanction excessive[72], sans que la question de la conception même du droit constitutionnel se voit accorder l'importance méritée. Quoi qu'il en soit, un tel mouvement est susceptible de retombées non négligeables au plan culturel puisque quelques-uns des motifs de discrimination énumérés à l'article 15 de la Charte ou analogues à ceux-ci revêtent une dimension culturelle indéniable.

### 3. L'application universelle de la loi et le respect des différences

La Cour suprême a jugé devoir introduire le concept objectif de discrimination au plan constitutionnel[73]. L'État discrimine dès qu'il produit un effet discriminatoire, sans que l'intention doive accompagner l'acte, et sans même que ce dernier comporte discrimination à sa face[74].

Sur ce point, nous nous trouvons face à une rupture nette avec la tradition libérale décrite plus haut. Jointe à l'extension possible vers le secteur privé, selon un procédé déjà mentionné<sup>[75]</sup>, une telle évolution crée un régime constitutionnel qui transforme en profondeur les obligations de l'État et lui impose, au plan culturel, un devoir de sensibilité. Il lui devient en effet impossible d'arguer de l'énoncé universel des normes édictées pour se défilier. Une obligation d'accommodement des différences culturelles devient inhérente à l'interdit de discriminer, qu'elle se mesure à l'étape du constat d'une restriction aux droits à l'égalité sans discrimination ou lors de la pesée des prétentions justificatrices de l'État sous l'article 1.

## CONCLUSION

Depuis l'entrée en vigueur de la Charte, le droit constitutionnel canadien s'éloigne donc du modèle constitutionnel libéral qui offrait un cadre particulièrement propice à la conduite de politiques fermement intégrationnistes. Ce modèle n'est pas abandonné, mais il subit des attaques sérieuses sous chacun des aspects que j'ai retenu comme pertinents: la priorité aux libertés et droits individuels, la primauté, sinon l'exclusivité, des libertés, et l'application universelle de la loi. Est-ce un nouveau péril à ajouter à ceux que Jean Beetz signalait sur le front du partage des compétences et qui sont de nature à beaucoup fortifier les poussées centrifuges au Canada?

On ne saurait douter que l'engouement différentialiste qu'a suscité la Charte canadienne provoque un mouvement en ce sens chez certains. Mais il est loin d'être sûr qu'il croisse en importance ou conserve même longtemps sa vigueur.

Il est en effet probable que les tentatives de traduire un multiculturalisme radical en droit se heurteraient à une forte résistance de la part des tribunaux. Le texte constitutionnel contient peu d'éléments légitimant une telle option. Et la retenir menacerait, à terme, l'unité canadienne. Elle a vraisemblablement peu d'avenir.

D'autre part, l'impact limité qu'a subi le modèle libéral traditionnel ici ne résulte pas de forces uniquement canadiennes. Effet d'un phénomène international, il continuerait largement en dehors du cadre fédératif. Et le droit international général et, encore plus, tout ordre juridique régional succédant à la fédération, créeraient vraisemblablement des contraintes similaires pour l'État du Québec.

---

[1] J'entends par postmoderne, ici, ce qui se rattache à la contestation multiculturaliste d'un ordre juridique et consiste à lui reprocher la poursuite de ses visées intégratives par des normes communes uniformes ménageant peu d'espace à la différence culturelle. Cette mise en question propose une prise en considération explicite des différences culturelles et, donc, l'intervention positive de l'État à cette fin. Voir, en ce sens, Joseph Eliot MAGNET, «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27», dans Gérald A. BEAUDOIN et Edward RATUSHNY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, p. 817.

[2] Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

[3] Jean BEETZ, «Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867», dans Paul A. CRÉPEAU et Crawford B. MacPHERSON (dir.), *L'avenir du fédéralisme canadien*, Montréal, Toronto, P.U.M. et University of Toronto Press, 1965, 113-138.

[4] Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)].

[5] Sans doute faut-il nuancer cette affirmation en rappelant l'existence d'un large pouvoir dérogatoire soumis seulement à des conditions de forme. Mais il s'agit d'un pouvoir dont l'exercice n'est pas facile.

[6] Celui-ci ne s'applique pas aux droits politiques, à la liberté de circulation et d'établissement, aux langues officielles et aux droits à l'instruction dans la langue de la minorité, dispositions où s'exprime plutôt une sorte de contrat politique canadien.

[7] L'insistance mise sur l'origine historique des concepts a en effet conduit la Cour à opter à quelques occasions pour des solutions qui s'écartent, par exemple, de celles retenues par la jurisprudence américaine. L'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, sur les droits à l'égalité ([1989] 1 R.C.S. 143), et l'arrêt *Carter c. Attorney-General for Saskatchewan*, ([1991] 2 R.C.S. 158) sur le droit de vote en sont de bons exemples. Ainsi, dans le premier cas, n'a-t-on pas exigé une intention de la part de l'État pour conclure à discrimination, alors que l'on diminuait sensiblement le poids de l'idéal de parité entre électeurs dans le second cas.

[8] Précitée, note 2.

[9] Le changement dont je me préoccupe ici ne saurait en effet consister simplement en l'adoption de la Charte canadienne. Celle-ci est plutôt le point d'origine du changement en cause. Le sens de celui-ci dépendra beaucoup de l'interprétation à laquelle la Charte donnera lieu.

[10] Certains seraient tentés de porter à son crédit les conclusions qu'elle a tirées sur l'égalité et la discrimination (voir, *supra*, note 5). Mais on lui reproche, en particulier, d'avoir défini trop restrictivement le domaine d'application de la Charte dans l'affaire *Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580 c. Dolphin Delivery Ltd.*, ([1986] 2 R.C.S. 573), et de s'être montrée réservée sinon étroite à propos de liberté d'association (*Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313).

[11] L'on sait que, si la loi d'autonomie risque fort de produire cet effet puisqu'elle répartit le pouvoir sur

des domaines distincts entre deux ordres d'États, elle fut, en large partie, contournée par le recours au pouvoir de dépenser, au Canada.

[12] C'est-à-dire l'octroi de droits fondamentaux à dimension culturelle. L'arrêt *Ford c. Procureur général du Québec* ([1988] 2 R.C.S. 712) constitue un bel exemple de cet effet puisque la liberté d'expression et le droit à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice de droits et libertés de la personne firent obstacle à des dispositions instaurant l'unilinguisme français dans l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales.

[13] J. BEETZ, *loc. cit.*, note 1, 113.

[14] *Id.*, 121-123.

[15] Évoquant la vraisemblable nécessité d'une centralisation pour que subsiste le Canada, il soulignait la plus grande possibilité d'une réaction sécessionniste du Québec devant la matérialisation d'une telle option. *Id.*, 137 et 138.

[16] *Id.*, 113.

[17] *Id.*, 114.

[18] Ce droit constitutionnel des anciens est préoccupé essentiellement de la liberté-participation qui permet aux gouvernés d'exercer un contrôle sur les gouvernants. Cette liberté se distingue de la liberté-autonomie qui protège les gouvernés contre les gouvernants en assignant une limite aux actes que ces derniers peuvent poser à l'endroit des premiers. Voir à ce sujet: Jacques ROBERT, *Libertés publiques*, 3e éd., Paris, Éditions Montchrestien, 1982, pp. 21 et 22.

[19] Jean MARTEL, *Foi et Église, le défi de la sécularisation*, Sainte-Foy, Éditions Anne Sigier, 1992.

[20] J. BEETZ, *loc. cit.*, note 1, 126.

[21] Voir à ce sujet l'entrevue du sociologue Guy ROCHER, sous le titre «Bilan de société, Repères pour une société en mutation», *Le Devoir*, 6 février 1993.

[22] J. BEETZ, *loc. cit.*, note 1, 124-130.

[23] On lui attribue généralement la défection du Manitoba, en ce qui concerne le projet d'accord du Lac Meech, bien que l'opposition émanant de l'insatisfaction des Autochtones ait été aussi importante.

[24] Une abondante littérature en témoigne. Je me borne à signaler les quelques études suivantes: Joseph Eliot MAGNET, «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27», dans Gérald A. BEAUDOIN et Edward RATUSHNY (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1989, 817-866; Evelyn KALLEN, «Le multiculturalisme, un rêve moins chimérique qu'on pourrait le penser», dans *Les droits de la personne au Canada*, Ottawa, Centre de recherche et d'enseignement sur les droits de la personne de l'Université d'Ottawa, 1990, 185-203.

[25] Voir sur ce thème: Guy LAFOREST, «La Charte canadienne des droits et libertés au Québec: nationaliste, injuste et illégitime», dans François ROCHER (dir.), *Bilan québécois du fédéralisme canadien*, Montréal, V.L.B., 1992, 124-151.

[26] Il ne s'agit plus de rattachements fondés sur la communauté de religion ou d'ethnie, mais sur les goûts, le mode de vie, la profession.

[27] J. BEETZ, *loc. cit.*, note 1, 113.

[28] Comme celui résultant de l'adoption du concept de discrimination indirecte: *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

[29] Voir, *supra*, pp. 342-344.

[30] Voir G. LAFOREST, *loc. cit.*, note 23, 131-135.

[31] *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 2, art. 27.

[32] Voir, à propos de l'opposition d'un «démocratisme» différentialiste et de la vision républicaine: Régis DEBRAY, *Contretemps*, Paris, Gallimard, 1992, pp. 15-54 (République ou Démocratie).

[33] Voir à ce sujet: Arthur M. SCHLESINGER Jr., *The Disuniting of America, Reflections on a Multicultural Society*, New York, London, W.W. Norton & Company, 1992; Alain FINKIELKRAUT, *La défaite de la pensée*, Paris, Gallimard, 1987.

[34] Joseph PESTIEAU, «Minority Rights: Caught Between Individual Rights and Peoples Rights», (1991) IV *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 361.

[35] Voir un excellent recueil d'essais sur le sujet: David RASUMUSSEN (dir.), *Universalism v. Communitarianism*, Cambridge, The MIT Press, 1990; Allan C. HUTCHISON et Leslie J.M. GREEN, *Law and the Community, The End of Individualism*, Toronto, Carswell, 1988; et Michael NOVAK, *Démocratie et bien commun*, Paris, Éditions du Cerf, 1991.

[36] Dans *Cultures et droits de l'homme* (Paris, Hachette, 1992) Sélim Abou explore les tensions entre universalisme et diversité des cultures et, en particulier, cherche à établir des critères permettant de juger du bien-fondé de l'accusation d'ethnocentrisme souvent portée contre une certaine modernité politique.

[37] Voir à ce sujet Dominique SCHNAPPER, *La France de l'intégration*, Paris, Gallimard, 1991, pp. 33-69 (Deux idées de la nation) et S. ABOU, *op. cit.*, note 34.

[38] Voir *supra*, note 34, pour une étude remarquable à ce propos.

[39] Il s'agit de versions distinctes de l'état de nature selon Thomas Hobbes et John Locke: Jean-Jacques CHEVALIER, *Les grandes politiques*, Paris, Librairie Armand Colin, 1960, pp. 57-70 et 85-99.

[40] Le professeur José Woehrling les rappelle dans une étude récente: *La Constitution canadienne et l'évolution des rapports entre le Québec et le Canada anglais, de 1867, à nos jours*, Edmonton, Centre d'études constitutionnelles, University of Alberta, 1993, pp. 154-162.

[41] (1976) 999 R.T.N.U. 107.

[42] Michel LEBEL, «Les droits linguistiques et la Charte canadienne des droits et libertés», (1983) 18 *Cahiers de l'A.C.F.A.S.* 31, 38 et 39.

[43] Pierre MANENT, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calmann-Levy, 1987, pp. 17-30 (L'Europe et le problème théologico-politique).

[44] Will KYMLICKA, «Liberalism and the Politicization of Ethnicity», (1991) IV *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 239; Michael McDONALD, «Should Communities Have Rights? Reflections on Liberal Individualism», (1991) IV *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 217.

[45] Voir, Allan HUTCHISON et Leslie GREEN, *Law and The Community: The End of Individualism*, Toronto, Carswell, 1989; Michael WALTZER, «The Communitarian Critique of Individualism», (1990) 18 *Political Theory* 6.

[46] Jacques ROBERT, *op. cit.*, note 16, pp. 16-25.

[47] Georges BURDEAU, *Le libéralisme*, Paris, Éditions du Seuil, 1979, pp. 72-85.

[48] John RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971; Serge-Christophe KOLM, *Le contrat social libéral*, Paris, P.U.F., 1985.

[49] Voir à ce sujet l'une des études les plus éclairantes de Raymond ARON: *Essai sur les libertés*, Paris, Calmann-Levy, 1965.

[50] *Supra*, note 43. Voir aussi Léon E. TRAKMAN, *Reasoning with the Charter*, Toronto, Butterworths, 1991, pp. 55-96 (From Liberty to Community).

[51] Au sens où l'ordre juridique était fait de règles générales imposant les mêmes obligations à un groupe de personnes au lieu de reposer sur un pouvoir discrétionnaire qui perpétue le gouvernement «des hommes». Voir, à ce sujet, Marc VANQUICKENBORNE, *La structure de la notion d'égalité en droit*, dans *L'égalité*, vol. 1, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Établissement Émile Bruylant, 1971, pp. 176-189.

[52] Au sens où les autorités chargées d'appliquer la règle de droit ne devaient pas, à ce stade, traiter différemment les personnes soumises à la loi à appliquer. *Id.*, p. 186.

[53] Friedrich A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, vol. 2 „ Le mirage de la justice sociale, Paris, P.U.F., 1976, pp. 96-106.

[54] *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, précité, note 26, 552-560.

[55] F.A. HAYEK, *op.cit.*, note 51.

[56] *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295, 344.

[57] *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 136.

[58] 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

[59] *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précitée, note 54, 313.

[60] *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927.

[61] Ruth COLKER, «Section 1, Contextuality and the Antidisadvantage Principle», (1992) *U. of T.L.J.* 77-112.

[62] *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 5, 183 et 152-153; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, 1332 et 1333.

[63] *Renvoi relatif au projet de loi 30 (Ontario)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, 1197 et 1198.

[64] *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, 368 et 369.

[65] Dans *Société des Acadiens c. Association of parents*, ([1986] 1 R.C.S. 549, 578), le juge Beetz a invoqué leurs fondements différents pour justifier sa retenue dans les termes suivants: «À la différence des droits linguistiques qui sont fondés sur un compromis politique, les garanties juridiques tendent à être de nature plus féconde parce qu'elles se fondent sur des principes.» Le juge en chef Dickson a précisé qu'il ne s'agissait pas cependant de recourir à une interprétation restrictive des droits linguistiques. (*Mahé c. Alberta*, précité, note 62, 344 et 345).

[66] Voir *supra*, pp. 356 et 357.

[67] F.A. HAYEK, *op. cit.*, note 51.

[68] L. E. TRAKMAN, *op. cit.*, note 48, pp. 7-54.

[69] *Hunter c. Southam inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 156.

[70] *Schacter c. Canada*, (1992) 139 N.R. 1.

[71] *Haig c. Canada (Ministre de la Justice)*, (1992) 94 D.L.R. (4th) 1.

[72] Celle d'invalider l'ensemble d'une norme antidiscriminatoire.

[73] *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, note 5, 172-176.

[74] Dans l'arrêt *Andrews (id.)*, la Cour a en effet constitutionnalisé la notion de discrimination à laquelle elle avait donné son aval dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons Sears*, (précité, note 26, 545-551).

[75] *Supra*, p. 364.