

CYCLE SCIENTIFIQUE 2024-2027

La Charte canadienne
des droits et libertés :
**Un nouvel ordre
constitutionnel
et modèle pour
le monde**

Peter L. Biro



 FONDATION
PIERRE ELLIOTT
TRUDEAU
FOUNDATION



Table des matières

Introduction	5
01. « Une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : suprématie parlementaire et litige juridictionnel	8
02. Droits et libertés au premier plan : la charte, l'individu et le nouveau contrôle judiciaire	14
03. Qui a le dernier mot : disposition de dérogation et suprématie constitutionnelle	23
04. La Charte et les droits des autochtones : « réconciliation » et le paradoxe de la constitution « coloniale »	30
05. La Charte dans le monde : un modèle fort contre les forces du recul de la démocratie?	38
Conclusion	42

Document cadre pour le cycle scientifique 2024-2027 (février 2024)
La Fondation Pierre Elliott Trudeau – The Pierre Elliott Trudeau Foundation

« Célébrons le retour en terre canadienne de notre Constitution rajeunie, mais plaçons avant tout notre foi dans ceux et celles qui seront appelés à la faire vivre¹. »

— Pierre Elliott Trudeau, 17 avril 1982

Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles de l’auteur et ne reflètent pas la position officielle de la Fondation Pierre Elliott Trudeau. Ce document a été préparé pour susciter des questions à des fins de recherche universitaire et ne doit pas être considéré comme représentant les points de vue et les opinions de la Fondation Pierre Elliott Trudeau ni que celle-ci endosse les points de vue exprimés.

Par Peter L. Biro*

* Peter L. Biro est fondateur et président du groupe de réflexion sur la démocratie Section 1, agrégé supérieur de recherche du collège Massey et collaborateur du Centre de droit constitutionnel et d’études juridiques de l’Université de Colombie-Britannique. Il est membre du conseil consultatif du Conseil international du Canada et directeur d’édition pour *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter : Rights, Reforms, and Controversies*. (McGill-Queen’s University Press, 2024).

Introduction



À l'occasion du 40^e anniversaire de la Charte, Mary Simon, gouverneure générale, a qualifié celle-ci de « l'une des grandes avancées de notre nation². » Si l'on excepte la Confédération elle-même, il ne serait pas exagéré de qualifier la Charte de plus grand témoignage d'édification nationale comme la plus grande réussite de ce pays.

« Le symbole national le plus important du Canada. » C'est ce que 93 % des personnes interrogées dans le cadre d'un sondage d'opinion ont déclaré à propos de la Charte canadienne des droits et libertés (la « Charte³ »). Plus importante que le hockey, la feuille d'érable, l'hymne national et le castor !

Pourtant, de nombreuses personnes au Canada n'étaient pas aussi enthousiastes à l'idée de célébrer les 40 ans de la Charte.

Le Québec, sous la direction de René Lévesque, a refusé le texte de rapatriement de la constitution après avoir été manipulé par le premier ministre du Canada et trahi par les premiers ministres des autres provinces, qui ont accepté

l'entente sans faire les concessions qu'aurait exigées Lévesque⁴. Certaines personnes, principalement dans l'Ouest, considéraient la Charte comme une usurpation constitutionnelle du pouvoir démocratique qui enlevait aux provinces et aux citoyen·ne·s le pouvoir de décider des questions de droits et attribuait ce pouvoir au système judiciaire, non élu et non tenu de rendre des comptes⁵.

Les conservateurs s'indignaient du militantisme judiciaire des tribunaux et estimaient que les juges étaient allés trop loin en élargissant la définition et en étendant l'application et la portée des droits et libertés énumérés dans la Constitution bien au-delà de ce qui avait été prévu à l'origine par les auteurs, transformant ainsi les juges et les tribunaux en législateurs n'ayant pas de comptes à rendre⁶.

Et, comme on pouvait s'y attendre, des voix se sont élevées pour reprocher aux tribunaux d'avoir fait preuve de trop de retenue et de trop peu de courage et d'initiative dans la défense et la promotion de la cause des droits, des libertés

et de la justice – plus particulièrement dans le domaine « social » – et d'avoir, par conséquent, omis d'utiliser la Charte comme elle aurait dû l'être, voire même comme elle avait été conçue pour être appliquée et interprétée⁷.

Des constitutionnalistes libéraux ont déploré l'utilisation de plus en plus « normale » de l'article 33 de la Charte – la fameuse disposition de dérogation, ou clause nonobstant – comme étant contraire aux valeurs de la démocratie constitutionnelle libérale⁸.

Enfin, certaines personnes ont avancé, entre autres à la veille de l'adoption de la Charte, que cette dernière marquait la fin de ce que beaucoup considéraient comme un régime supérieur de droit constitutionnel et de politique, ou « fédéralisme juridique », et contestaient la compétence d'attribution établie par la répartition des pouvoirs énumérés et attribués par la Constitution respectivement au Parlement et aux provinces⁹. Sous un fédéralisme juridique, les droits et libertés individuels ne sont pas expressément attribués à un niveau de gouvernement, et ne sont protégés qu'indirectement par le recours à l'argument qui veut qu'une loi contestée soit *ultra vires* du niveau de gouvernement (Parlement ou législature) par lequel elle a été promulguée, plutôt qu'en se référant à un droit ou à une liberté qui aurait été violé par cette loi¹⁰.

Et si la grande majorité des Canadien·ne·s semble croire que la Charte est le symbole national le plus remarquable et le plus important du pays, il n'est pas du tout évident qu'il y ait consensus sur la raison de son importance, qu'elle soit d'ordre

culturel, juridique ou, surtout, politique, plutôt que purement d'ordre symbolique. À mesure que nous progressons dans le XXI^e siècle et que nous nous tournons vers l'avenir, riches de quatre décennies de pratique et de jurisprudence fondées sur la Charte, et au moment où le recul démocratique est un fléau qui gagne les démocraties libérales du monde entier, voici une occasion de considérer la Charte dans une perspective historique et architecturale du cadre constitutionnel canadien, et de réfléchir à ce qu'elle signifie pour la démocratie constitutionnelle canadienne et, d'une manière générale, pour la culture citoyenne au Canada.

Si la Charte reflète l'orientation morale libérale et individualiste de son principal architecte, Pierre Elliott Trudeau, elle n'est pas, comme nous le verrons, simplement issue des passions et des préjugés personnels de M. Trudeau. Elle constitue plutôt une réponse mûrement réfléchie aux conséquences délétères de l'histoire politique du Québec, marquée par le nationalisme, le collectivisme et l'antilibéralisme populiste et clérical, ainsi que le résultat de son intérêt soutenu pour l'unité de la fédération. En conséquence, et à l'exception notable et conséquente des droits des Autochtones et des minorités linguistiques et confessionnelles, la Charte ne traite pas explicitement des droits des groupes et des communautés, sauf dans la mesure où la liberté d'association et de réunion est considérée comme un droit communautaire. De même, contrairement à de nombreuses chartes et conventions internationales et nationales relatives aux droits de la personne, la Charte ne protège

pas expressément les droits sociaux, économiques et environnementaux. Quant aux « droits » et aux intérêts de la faune non humaine, la Charte est totalement silencieuse à ce sujet. Peut-être qu'un jour, ces intérêts trouveront une reconnaissance et une protection par procuration grâce à l'exercice et à l'élaboration de droits autochtones reconnus par la Constitution.

La constitution du Canada (la « Constitution ») repose sur quatre valeurs fondamentales : la démocratie constitutionnelle libérale, le fédéralisme fonctionnel – mais pas forcément « coopératif » –, l'unité nationale et la « réconciliation ».

Dans ce texte destiné aux boursier·e·s de la Fondation Trudeau, je replacerai la Charte dans son contexte historique qui, à mon avis, représente l'histoire du constitutionnalisme libéral canadien, et m'efforcerai de démontrer que la Charte a tout changé dans la logique et la dynamique du discours constitutionnel au Canada en modifiant radicalement la relation entre les pouvoirs législatif et judiciaire du gouvernement, en atténuant la suprématie parlementaire et en plaçant le·la citoyen·ne au cœur de l'action aux côtés du gouvernement, tout cela dans le but de donner une pleine expression à la promesse initiale d'une Constitution qui, tel un « arbre vivant », serait nourrie et animée par les idéaux de la démocratie libérale.

J'ai structuré le document en cinq parties :

1. « Une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : suprématie parlementaire et litige juridictionnel
2. Droits et libertés au premier plan : la charte, l'individu et le nouveau contrôle judiciaire
 - Premier article : un cadre pour le constitutionnalisme libéral
 - La charte « activiste » : l'« arbre vivant » revisité
3. Qui a le « dernier mot » : disposition de dérogation et suprématie constitutionnelle
4. La charte et les droits des autochtones : « réconciliation » et le paradoxe de la constitution « coloniale »
5. La charte dans le monde : un modèle fort contre les forces du recul de la démocratie ?

01. « Une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » : suprématie parlementaire et litige juridictionnel

Pendant les cent vingt premières années de la Confédération, il n'y a pas eu de loi canadienne codifiée et inscrite dans la Constitution concernant les droits de la personne. La seule exception notable concernait les droits relatifs à la langue et à aux écoles confessionnelles¹¹, et même ces droits n'étaient pas considérés sous l'angle des droits individuels. L'entente constitutionnelle initiale portait principalement sur une gouvernance ordonnée et, dans une certaine mesure, coordonnée entre les quatre premières provinces (le Canada – divisé, lors de la Confédération, en deux pour former l'Ontario et le Québec – ainsi que la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) sur le territoire de l'Amérique du Nord britannique. Depuis les années 1960, des lois sur les droits de la personne ont été adoptées aux niveaux fédéral et provinciaux, mais aucune n'avait de valeur constitutionnelle¹².

Les litiges constitutionnels antérieurs à la Charte se sont inscrits dans le cadre d'une qualification contestée de l'exercice

de divers pouvoirs par le Parlement et les provinces. Tous les griefs constitutionnels contre l'exercice des pouvoirs fédéraux et provinciaux étaient formulés sous forme de contestations de la compétence du gouvernement en question à promulguer des lois ou à prendre des mesures concernant un sujet particulier¹³. Les litiges portaient sur la question de savoir si la compétence – le « caractère véritable¹⁴ » – d'attribution de la législation contestée relevait bien de la catégorie des pouvoirs énumérés attribués au Parlement ou aux provinces dans la constitution originale du Canada, l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, de 1867 (AANB¹⁵). La préoccupation première des législateurs n'était pas les intérêts particuliers des citoyen·ne·s comme « individus », qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales, mais la gestion et le gouvernement efficaces de la nouvelle fédération, en tenant compte de sa diversité régionale, de sa politique et de son commerce locaux, ainsi que de son histoire contestée. Cette préoccupation fondamentale est peut-être mieux reflétée dans les termes du

préambule de l'article 91 de l'AANB qui autorise la Reine, sur l'avis du Parlement, à « faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada¹⁶ ».

Néanmoins, des intérêts individuels sont toujours en jeu, même s'ils ne sont pas formellement en litige. Les lois adoptées et mises en œuvre affectent la vie et le bien-être des citoyen·ne·s; il ne s'agit pas de simples exercices de flexion de muscles législatifs destinés à tester les définitions des pouvoirs énumérés dans la Constitution et les divisions juridictionnelles qui en découlent. Les effets des actions du gouvernement sur la vie des gens ordinaires ont toujours été une préoccupation des parties qui ont saisi les tribunaux pour obtenir une protection et une réparation pour les restrictions de leurs libertés religieuses, politiques, juridiques et culturelles. Mais pour ce qui est des motifs de contestation constitutionnelle, les droits et libertés individuels n'avaient aucun statut constitutionnel et, dans la mesure où ils étaient pris en compte par les tribunaux, ils devaient entrer par la porte arrière du fédéralisme juridique ou, très occasionnellement – et jamais en tant que *ratio decidendi* – par la porte de côté de l'analyse d'une déclaration implicite des droits¹⁷.

Or, le Canada a été une démocratie dès ses débuts. Une démocratie qui, avant 1930, ne reconnaissait pas les femmes comme des « personnes » juridiques¹⁸ et ne considérait pas les peuples autochtones comme des peuples fondateurs du pays – pour ne pas dire son peuple originel –, mais cela restait une démocratie. En tant que telle, elle était accompagnée

de certaines normes et conventions qui, bien que non codifiées dans un document constitutionnel, reflétaient néanmoins les valeurs politiques d'une démocratie occidentale moderne de l'époque.

L'AANB décrit le Canada comme une nation de provinces qui « ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni¹⁹ ». C'est ainsi que le modèle d'une démocratie occidentale moderne de l'époque prend la forme d'une monarchie constitutionnelle fonctionnant comme une démocratie parlementaire, avec le monarque en tant que souverain constitutionnel et le Parlement en tant que gouvernement efficace et redevable.

Comme nous le savons, le Royaume-Uni n'a pas de constitution écrite complète. Pourtant, elle a une pratique constitutionnelle riche et une longue histoire constitutionnelle. La Constitution britannique est un amalgame de lois, de conventions et de pratiques qui, bien qu'elles ne soient pas codifiées dans un document unique, comprennent les normes, les principes et les règles de premier ordre qui sont considérés comme fondamentaux et impératifs pour la gouvernance de ce que nous considérons aujourd'hui comme une « société libre et démocratique²⁰ ». Ceux-ci comprennent, entre autres, la primauté du droit, l'indépendance de la justice et de la poursuite, la suprématie parlementaire (terme utilisé de manière interchangeable avec souveraineté parlementaire et suprématie législative), un gouvernement

responsable et la démocratie proprement dite. Ils incluent également les libertés civiles fondamentales telles que la liberté d'expression et la liberté de la presse.

On y trouve également des brefs de prérogative, tels que l'*habeas corpus*, élaborés et délivrés par la cour pour garantir une certaine équité procédurale et pour donner un statut à la liberté de chaque personne. Une grande partie de ce que nous considérons aujourd'hui comme les valeurs fondamentales de la démocratie libérale émane de siècles de common law et du travail de juges sur les implications et l'extrapolation de la signification et de l'application dans le monde réel de la *Magna Carta Libertatum* (la grande Charte des libertés²¹).

La Cour suprême du Canada, en examinant le fait que les lois et les conventions sont « étroitement liées », a noté dans le Renvoi relatif à une résolution pour modifier la Constitution que l'objectif des conventions est de garantir « que le cadre juridique de la Constitution sera appliqué conformément aux valeurs ou principes constitutionnels en vigueur²². »

Une convention constitutionnelle sert généralement à prescrire la manière dont les pouvoirs juridiques existants doivent être exercés – on peut penser aux conventions non codifiées qui régissent la manière dont le gouverneur général en conseil s'acquitte de ses fonctions telles qu'elles sont définies dans la constitution écrite. Cependant, l'écrit ne précède pas toujours la convention. On pourrait difficilement trouver un exemple plus éloquent que la convention sur laquelle repose toute la démocratie

constitutionnelle canadienne, à savoir celle du gouvernement responsable. C'est Lord Durham qui, chargé de découvrir les causes sous-jacentes des rébellions de 1837 et de leurs conséquences, a déterminé que les véritables coupables étaient les diverses sources de conflit entre les assemblées et les conseils exécutifs pour lesquelles le remède structurel devait être l'instauration d'un gouvernement responsable²³. Lord Durham a ainsi cerné ce que nous pourrions définir aujourd'hui comme le déficit démocratique du système de gouvernance politique de l'époque, c'est-à-dire qu'en l'absence d'un gouvernement responsable, les conflits politiques et la dysharmonie sociale seraient endémiques parce que les conseils exécutifs n'étaient pas composés de personnes jouissant de la confiance d'une majorité au sein de l'assemblée.

C'est ainsi que la convention constitutionnelle canadienne la plus fondamentale a été adoptée avant même que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique ne soit conçu et rédigé. Comme tant d'autres éléments du droit constitutionnel canadien, la convention de gouvernement responsable – qui est, en réalité, une super convention qui comprend plusieurs conventions distinctes – n'est pas, bien entendu, une invention de Lord Durham, mais plutôt un système qui avait évolué précédemment au Royaume-Uni, faisant partie du tissu de la démocratie constitutionnelle britannique, et conçu pour régler ou plutôt résoudre et harmoniser les pouvoirs respectifs de la Couronne et du Parlement représentatif. Par conséquent, au moment de la Confédération, lorsque l'AANB a été

adopté, « une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni » n'avait pas seulement un sens pour les nouveaux politiciens canadiens de l'époque; elle avait déjà fait son chemin dans la gouvernance de l'Amérique du Nord britannique d'avant la Confédération.

En 1885, le constitutionnaliste britannique A.V. Dicey a publié une analyse complète de la constitution britannique, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, dans laquelle il affirme que la suprématie parlementaire est « la caractéristique dominante des institutions politiques [britanniques²⁴] ». Cela signifie qu'au Royaume-Uni, un État unitaire avec décentralisation asymétrique de certains pouvoirs aux gouvernements régionaux, le Parlement est suprême par rapport à toutes les autres institutions gouvernementales, y compris les organes exécutifs et judiciaires. Le point de vue de Dicey sur la souveraineté parlementaire a été accepté au Canada, à la fois en vertu du préambule de l'AANB et par convention. L'application, ou l'adaptation, canadienne du principe à un système fédéral nécessiterait l'intervention du système judiciaire sur des enjeux de juridiction, mais préserverait par ailleurs la suprématie du Parlement sur toutes les autres institutions et entités.

Au cours des 100 ans qui ont suivi la Confédération, un certain nombre d'affaires importantes relatives aux libertés civiles ont été portées devant les tribunaux, par nécessité, sous la forme de contestations constitutionnelles de la compétence du gouvernement, qu'il s'agisse du Parlement ou des

provinces, conformément à la répartition des pouvoirs établie aux articles 91 et 92 de l'AANB. Dans chacun de ces cas, que ce soit la Cour suprême du Canada ou le Comité judiciaire du Conseil privé qui se soit prononcé, l'affaire sera portée, jugée et appliquée dans le cadre constitutionnel de la suprématie parlementaire.

En août 1937, le gouvernement fédéral a rejeté trois lois adoptées par la législature albertaine. Une fois que l'utilisation par le Parlement de son pouvoir de désaveu a été validée dans ces cas, la législature de l'Alberta a adopté trois autres lois en vue de contourner les motifs pour lesquels le Parlement avait annulé les versions précédentes²⁵. Une de ces lois, l'*Accurate News and Information Act*, oblige les journaux à publier des « clarifications » sur les articles considérés comme inexacts par le Social Credit Board, et à révéler leurs sources sur demande. Elle autorise également le gouvernement provincial à interdire la publication d'un journal, d'un article d'un auteur donné ou d'un article utilisant une source donnée²⁶. Le gouvernement fédéral a saisi la Cour suprême du Canada, lui demandant si la législation était *intra vires* (relevant de la compétence de la province).²⁷ La Cour a déclaré la législation *ultra vires* (ne relevant pas de la province) au motif que le caractère véritable de la question concernait des sujets énumérés à l'article 91 de l'AANB (de la compétence exclusive du Parlement).

Mais le juge en chef Lyman Duff est allé plus loin et a déclaré que :

le principe selon lequel les pouvoirs nécessaires à la protection de la constitution elle-même découlent par déduction nécessaire de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique dans son ensemble; et puisque l'objet sur lequel le pouvoir est exercé n'est pas exclusivement de nature provinciale, il est nécessairement dévolu au Parlement.

La Constitution, poursuit-il :

prévoit un parlement agissant sous l'influence de l'opinion publique et de la discussion publique [...] Il est évident que l'exercice de ce droit de libre discussion des affaires publiques, en dépit de ses inconvénients accessoires, est le souffle de vie des institutions parlementaires²⁸.

Le juge Cannon a précisé dans son opinion concordante :

La démocratie ne peut être maintenue sans ses fondements : la libre opinion publique et la libre discussion dans toute la nation de toutes les questions concernant l'État dans les limites fixées par le Code pénal et la common law. Chaque habitant de l'Alberta est également citoyen du Dominion. La province peut s'occuper de ses biens et de ses droits civils de nature locale et privée à l'intérieur de ses frontières, mais elle ne peut interférer avec son statut de citoyen canadien et son droit fondamental d'exprimer librement son opinion sur

les politiques du gouvernement et de discuter d'enjeux d'intérêt public²⁹.

Pris ensemble, les motifs des juges Duff et Cannon sont connus sous le nom de Doctrine Duff, également décrite comme la première version de la doctrine de la « Déclaration implicite des droits³⁰ ».

Le raisonnement des juges Duff et Cannon a été étoffé par la suite, bien que sous forme d'opinion incidente, dans des affaires ultérieures, notamment dans une trilogie de cas québécois (Saumer c. Ville de Québec, Switzman c. Elbling, Roncarelli c. Duplessis³¹). Il a été invoqué, avec l'approbation d'une minorité de la Cour, au motif que la législation provinciale³² et les mesures administratives³³ portaient atteinte à la liberté de religion et d'expression, et que le premier ministre de la province avait agi de manière arbitraire et sans autorité et avait violé la primauté du droit³⁴. La majorité de la Cour a toutefois refusé de trancher ces affaires sur la base de la doctrine Duff et a plutôt choisi d'annuler la législation contestée en se fondant sur le fédéralisme juridique.

On peut soutenir que, si la Doctrine de la déclaration implicite des droits avait trouvé un écho auprès de la majorité de la Cour suprême et était devenue la base de comparaison dans certaines affaires importantes concernant les libertés civiles, le désir et la nécessité de codifier les droits et les libertés dans la Constitution auraient été moins forts.

Avant l'adoption de la Charte, un effort notable a été fait pour inscrire les droits de la personne et les libertés civiles dans une loi fédérale. En 1960,

le gouvernement du premier ministre John Diefenbaker a promulgué la Déclaration canadienne des droits, « Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». ³⁵ Cette loi présentait, selon Diefenbaker, deux grands objectifs pour le Canada : d'une part, elle constituerait une sorte de rempart contre le fléau de la discrimination raciale – qu'il abhorrait – et, d'autre part, elle servirait la cause de l'unité nationale, en transcendant les différences régionales et en ralliant le pays autour d'un ensemble de valeurs fondamentales communes ³⁶.

Inspiré en partie par la *Déclaration des droits de la Saskatchewan* ³⁷ du parti CCF, première loi canadienne sur les droits de la personne promulguée en 1947 à l'initiative de Tommy Douglas, premier ministre saskatchewanais, Diefenbaker était déterminé à doter le Canada d'une déclaration des droits qui ait du mordant. La loi de la Saskatchewan ne contenait aucun mécanisme d'application explicite et, bien entendu, elle ne concernait que la Saskatchewan. Diefenbaker souhaitait une loi pour l'ensemble du Canada, et qui serait exécutoire. La loi fédérale posait toutefois deux problèmes manifestes. Premièrement, en tant que loi du Parlement, elle ne s'appliquerait qu'aux questions de compétence fédérale, et non à celles qui relèvent de la compétence exclusive des provinces. Deuxièmement, elle n'aurait pas de statut constitutionnel, et des doutes subsistaient – validés par la suite par la Cour suprême du Canada ³⁸ sous réserve d'une exception notable ³⁹ – quant à savoir si une loi du Parlement pouvait être

utilisée par des plaideurs pour annuler ou invalider d'autres lois. Le contraire porterait atteinte à la tradition de la suprématie parlementaire. Le juge Gerald Le Dain a reconnu cet obstacle à la pleine efficacité de la Charte canadienne des droits dans les motifs qu'il a avancés dans un cas relevant de la Charte en 1985 ⁴⁰ :

[U]n tribunal ne peut qu'avoir présent à l'esprit une réalité indéniable et implacable de l'histoire judiciaire du Canada, savoir que, dans l'ensemble, à l'exception de quelques cas notables, les tribunaux ont ressenti une certaine incertitude ou ambivalence dans l'application de la *Déclaration canadienne des droits*, du fait que celle-ci ne traduit pas un mandat constitutionnel clair de rendre des décisions judiciaires ayant pour effet de limiter ou de restreindre la souveraineté traditionnelle du Parlement.

Et avec ces arguments publiés trois ans après l'adoption de la Charte, le juge Le Dain a validé *ex post facto* la nécessité d'une charte des droits enchâssée dans la Constitution.

02. Droits et libertés au premier plan : la Charte, l'individu et le nouveau contrôle judiciaire

Le 17 avril 1982, la Reine se trouve à Ottawa pour signer et donner la sanction royale aux mesures pour le rapatriement que le premier ministre Pierre Trudeau a longtemps espérées et qu'il a appelées « mesures populaires ». ⁴¹ Il s'agissait de la nouvelle Loi de 1982 sur le Canada, qui comprenait des amendements à l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, notamment sa nouvelle appellation de Loi constitutionnelle de 1867, et, plus particulièrement, l'annexe B, c'est-à-dire la Loi constitutionnelle de 1982, dont la première partie est la *Charte canadienne des droits et des libertés* ⁴². (On notera également la partie II, les droits des peuples autochtones du Canada, la partie V, la formule d'amendement, et la partie VII, qui comprend l'article 52, la primauté de la Constitution.)

L'avènement de la Charte en 1982 a provoqué deux changements radicaux dans le paysage et la culture constitutionnels du Canada. Le premier est la codification des droits et libertés individuels – et collectifs – dans la Constitution, faisant ainsi de la protection des libertés civiles

et des droits et libertés de la personne une composante essentielle de l'objectif et de la mission de la Constitution et donnant au citoyen la possibilité de tenir le gouvernement pour responsable de ses lois et de ses actions, non seulement pour des raisons juridictionnelles, mais aussi pour la substance des lois.

Le deuxième changement radical concerne le rôle du pouvoir judiciaire et ses relations avec le pouvoir législatif. La Charte a été assortie d'un tribunal chargé d'évaluer et de superviser les lois quant à leur contenu et à leurs effets, et non pas seulement quant à leur fondement juridictionnel. Le pouvoir judiciaire allait assumer la responsabilité non seulement de statuer sur la validité des lois et la légitimité des actions gouvernementales, mais aussi de déclarer, au vu et au su de tous, si les assemblées législatives et leurs délégués respectaient ou non les droits et libertés des citoyens enchâssés dans la Constitution. ⁴³

La première chose que l'on remarque à la lecture de la Charte, c'est le libellé du préambule : « Attendu que le Canada est

fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit. » À première vue, le contraste est frappant avec le préambule de l'AANB, qui fait référence à une « Constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni ». Cela n'est pas surprenant, étant donné que la formule de rapatriement de 1982 constitue un symbole de l'indépendance constitutionnelle du Canada par rapport à la puissance coloniale britannique. Elle témoigne toutefois aussi d'une continuité en renforçant les valeurs fondamentales sur lequel l'AANB se fonde et en rendant explicite la primauté du droit, qui était, somme toute, le principe fondamental de la constitution du Royaume-Uni. Cependant, on ne peut manquer d'apprécier l'effet radical de l'inscription de la primauté du droit dans les premiers mots de la Charte, présentant celle-ci comme une matérialisation et une extrapolation formelle du contenu substantiel de la « primauté du droit » qui, comme l'ont reconnu les rédacteurs, est destiné à la protection et au bénéfice des citoyen·ne·s, des êtres humains réels, plutôt que des gouvernements et des institutions.

Au lendemain du règne de Duplessis, marqué par une politique conservatrice, nationaliste, anticommuniste, antisyndicale et profondément catholique (le Québec de 1936 à 1939 et de 1944 à 1959), et avec les désirs de modernisation de la Révolution tranquille du premier ministre Jean Lesage, qui redéfinit la culture citoyenne du Québec au début des années 1960, suivie de la provocation constitutionnelle⁴⁴ de Daniel Johnson, sur le point de devenir premier ministre – avec « Égalité ou indépendance »

comme slogan pour sa campagne électorale –, la sensibilité politique de Pierre Elliott Trudeau s'affine et ses valeurs et sa vision du Canada se précisent⁴⁵. En l'espace d'une vingtaine d'années, Trudeau est passé du statut de jeune nationaliste québécois et éloquent défenseur d'une fédération décentralisée⁴⁶ à celui d'anti-nationaliste affiché, de fédéraliste convaincu de l'impératif d'un gouvernement central fort à Ottawa et, surtout, de fervent partisan des droits individuels qui défend la nécessité concomitante d'une charte canadienne des droits de la personne⁴⁷.

L'incapacité de la doctrine de la « déclaration implicite des droits » à inspirer et à susciter l'adhésion d'une majorité à la Cour suprême, la retenue judiciaire de la Cour, sa déférence de longue date à l'égard de la suprématie parlementaire, les limites évidentes – les déficiences inhérentes – d'une déclaration des droits officielle et, bien entendu, la soif insatiable des gouvernements provinciaux de maximiser, voire d'élargir, l'étendue de leurs compétences et pouvoirs au sein de la fédération ont convaincu Trudeau que le Canada avait besoin d'une réforme constitutionnelle.

Pour la cause des libertés civiles, mais aussi pour celle de l'unité nationale, le Canada avait besoin d'une Cour suprême⁴⁸ activiste mandatée par une Constitution activiste. La doctrine de l'« arbre vivant⁴⁹ » de lord Sankey devait être formulée et validée dans le monde réel, faute de quoi elle serait reléguée au titre de simple parenthèse de l'histoire constitutionnelle du Canada. Et Trudeau, qui est « un progressiste, ainsi qu'un moderniste juridique », comme le propose John English

dans sa biographie de l'homme politique, « croyait que le droit pouvait jouer un rôle de premier plan dans l'établissement d'une justice sociale et économique⁵⁰. »

Commence alors le projet, qui s'étendra sur une décennie et demie, visant à doter le Canada d'une charte des droits et libertés enchâssée dans la Constitution. Après plusieurs tentatives courageuses, et avec une entente quasi conclue en 1971⁵¹, et après avoir sérieusement envisagé de passer outre la volonté des premiers ministres pour atteindre son objectif – avec une décision relative au renvoi à la Cour suprême indiquant que, même si elle était légale, cette voie violerait la convention constitutionnelle⁵², et une remontée électorale des plus imprévisibles⁵³ – la formule de rapatriement, comprenant la Charte, son joyau de la couronne, est finalement signée, scellée et livrée le 17 avril 1982, et c'est ainsi que prennent fin les deux décennies d'« obsession magnifique⁵⁴ » de Trudeau pour la réforme constitutionnelle.

Premier article : un cadre pour le constitutionnalisme libéral

Après son préambule, la Charte s'ouvre sur ce qui est sans doute le passage le plus encensé de l'histoire de la rédaction d'une constitution démocratique libérale⁵⁵ :

Article 1. La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se

démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique⁵⁶.

Souvent appelé le passage des « limites raisonnables », parce qu'il énonce les principes applicables pour déterminer comment, quand et si les droits et libertés garantis par la Charte peuvent être limités ou restreints, il convient tout d'abord de reconnaître son point de départ, qui n'est pas la limitation des droits et libertés, mais plutôt la garantie de ceux-ci ! Il ne s'agit pas là de simples paroles creuses, mais d'un élément essentiel de l'ensemble du projet de la Charte. En effet, cela permet d'énoncer que la protection des droits est la règle générale et que la restriction de ceux-ci n'est pas seulement l'exception, mais une exception régie par des conditions strictes qui ne sont pas conçues ou imposées arbitrairement, mais qui, par-dessus tout, honorent la règle. En d'autres termes, à la différence de l'article 33 (la disposition de dérogation) que nous examinerons plus loin dans ce document, toute restriction ou limitation des droits et libertés ne peut être justifiée en vertu de l'article 1 que si le fondement de l'exception est, dans chaque cas spécifique, compatible avec le respect de la règle.

Ainsi, l'article 1 contient, de manière ultracondensée, l'essence même de la démocratie constitutionnelle libérale. Il incombe alors à la Cour de décortiquer et d'élucider cette essence et, comme on peut s'y attendre, il ne suffit pas d'ajouter de l'eau et de remuer ! Car il ne s'agit pas simplement d'analyser des lois distinctes sur fond de droits spécifiques, mais de découvrir et de mettre en évidence la nature et la manifestation concrète d'une « société

libre et démocratique ». Plus de quarante ans de jurisprudence ont permis d'éclairer son paysage, avec ses replis, ses cavernes, ses coins les plus sombres et ses sommets les plus élevés, comme si le regard de la justice se déplaçait des ombres sur les murs de la caverne à la matière qui les crée.

Toutefois, aussi complexe et éternellement inachevé que soit cet exercice, il n'est pas dépourvu d'un mode d'emploi. La Cour suprême a défini le cadre – en extrapolant à partir du libellé précis de l'article 1 – dans lequel l'exercice doit être entrepris et a minutieusement développé les éléments de l'examen qui doit être entrepris dans chaque cas où une loi ou une action gouvernementale est contestée au motif qu'elle porterait atteinte ou restreindrait l'exercice d'un droit ou d'une liberté. Ce « test de l'article 1 » est désormais connu sous le nom de « test Oakes », en référence à l'affaire de la Cour suprême⁵⁷ dans laquelle David Oakes a contesté la validité des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* qui prévoyaient qu'une personne trouvée en possession d'un stupéfiant, en l'absence de preuve du contraire, est présumée vouloir en faire le trafic. Oakes a fait valoir que la présomption de trafic violait la présomption d'innocence garantie par l'article 11(d) de la Charte.

Si l'article 32 de la Charte ne rend la Charte applicable qu'aux actions du gouvernement⁵⁸, l'article 1 fait reposer le fardeau de la preuve – que la justification des limites de tout droit ou liberté « puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » – sur la partie qui cherche à justifier la limite, c'est-à-dire, en général, un gouvernement.

En conséquence, la Cour a dû considérer l'application d'un test ou d'une analyse pour établir si le gouvernement du Canada a su justifier le renversement du fardeau de la preuve imposé à Oakes en vertu des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*.

Le test Oakes, tel que modifié dans deux décisions ultérieures⁵⁹, comporte deux éléments principaux :

Premièrement, l'objectif poursuivi par les mesures limitant un droit garanti par la Charte doit être suffisamment important [« urgent et réel »] pour justifier qu'on restreigne une liberté ou un droit protégé par la Charte.

Deuxièmement, la partie qui invoque l'article 1 doit démontrer que les moyens sont raisonnables et qu'on puisse en démontrer la justification. Cela nécessite une forme de test de proportionnalité comprenant trois éléments importants [« proportionnalité »].

D'abord, les mesures doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif [« lien rationnel »].

De plus, la restriction doit porter atteinte aussi peu que cela est raisonnablement possible au droit [« atteinte minimale »].

Enfin, il doit y avoir une pondération entre les effets de la mesure limitative et l'objectif de celle-ci – plus les effets délétères d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important [« pondération finale⁶⁰ »].

Le nouveau rôle de la Cour en vertu de l'article 1 est ici mis en évidence. La Cour ne se contente plus d'évaluer une loi dans le cadre du régime de la répartition des compétences établi aux articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de décider si la matière relève de la compétence du législateur. Désormais, la Cour demande également au législateur de rendre des comptes sur des questions de fond⁶¹.

L'objectif de la loi est-il suffisamment important pour justifier une limitation des droits? Les limites aux droits sont-elles « raisonnables »? Les limites sont-elles équitables et ont-elles un lien rationnel avec l'objectif de la loi? Le gouvernement aurait-il pu choisir des mesures moins nocives pour atteindre son objectif? L'importance de l'objectif est-elle proportionnée à l'étendue et aux effets de l'atteinte?

L'examen judiciaire prend une toute nouvelle dimension dans le cadre de la Charte, en particulier si l'on considère que, en plus de responsabiliser le gouvernement – c'est-à-dire de l'obliger à justifier une législation contestée –, la Cour est également appelée à examiner et, en fin de compte, à définir le contenu des droits et libertés concernés.

Les droits et libertés substantiels énumérés dans la Charte comprennent, dans leur ensemble, les valeurs fondamentales de la démocratie libérale proprement dite. Voici comment Cass Sunstein résume ces valeurs fondamentales : « Les libéraux croient en six principes : la liberté, les droits de la personne, le pluralisme, la sécurité, la primauté du droit et la démocratie⁶². »

La liste des droits et libertés énumérés dans la Charte n'est pas exhaustive,

et certaines catégories de droits en ont été exclues, comme le droit de propriété, des droits économiques tels que le droit au travail, le droit à des services sociaux tels que les soins de santé⁶³, le droit à la culture, le droit de profiter des progrès scientifiques, etc. Mais, tout compte fait, la Charte prévoit toutes les libertés civiles, les droits démocratiques, la liberté de circulation, les droits judiciaires et les droits à l'égalité qui définissent et caractérisent une démocratie constitutionnelle libérale solide et pluraliste et qui expriment les « six choses » de Sunstein⁶⁴. Elle comprend également des protections et des reconnaissances de droits liés à l'histoire, à la démographie et à la culture du Canada : langues officielles, droits à l'éducation dans la langue de la minorité, reconnaissance de l'héritage multiculturel du Canada et droits des peuples autochtones.⁶⁵

La Charte « activiste » : l'« arbre vivant » revisité

La Charte – ou plutôt la jurisprudence de la Charte – a entraîné des changements importants dans la société canadienne au cours des quatre premières décennies de son existence. Comme dans toutes les discussions qui concernent l'évolution du droit, on peut toujours se demander si c'est le droit qui produit des réformes ou si le droit reconnaît et reflète les réformes déjà en cours dans la société. Les normes et les valeurs de la société sont rarement, voire jamais, statiques; elles sont en constante évolution. Une troisième façon de concevoir le rôle, la valeur et l'effet du droit a été formulée par l'architecte en chef de la Charte près d'un quart de siècle avant sa promulgation :

Le véritable objectif des lois est donc d'éduquer le citoyen au bien commun et de le persuader de se comporter dans l'intérêt public, plutôt que d'ordonner et de restreindre⁶⁶.

On peut assurément voir un côté militant chez l'auteur de cette déclaration. Mais son « militantisme » n'a pas comme cause un programme politique et une mission de justice sociale en soi, mais vise plutôt l'éveil, le raffinement et repose sur une grande préoccupation pour l'avancement de l'intérêt général au sein d'une conception du bien public ou du bien commun. Dans cette optique, le droit est perçu comme l'éducateur et le façonneur de la culture citoyenne en tant que fonction d'une certaine moralité publique, aussi évolutive soit-elle. Les grandes lignes de cette moralité sont codifiées dans la Charte; les tribunaux donnent une définition au contenu de cette moralité publique, mais, comme l'a déclaré Pierre Trudeau le 17 avril 1982, ce sont les citoyen·ne·s du Canada qui, en fin de compte, insufflent la vie à la Charte⁶⁷. Cela se produit essentiellement de deux façons. Premièrement, en vivant d'une manière qui reflète les valeurs de la Charte, ce qui donne lieu à une danse désordonnée et sans fin dans laquelle la société expérimente en testant certaines limites, en attaquant dans le monde réel des concepts codifiés abstraits. Deuxièmement, les citoyen·ne·s le font en demandant l'intervention de la justice, en contestant le sens, l'application et la validité des lois et des institutions qui les mettent en œuvre et les exécutent chaque fois que l'exercice et la protection des droits et libertés de la Charte peuvent être en jeu.

Au cours des quarante années de l'existence de la Charte, la jurisprudence a illustré des aspects de chacune des trois manifestations, rôles et effets du droit : le droit en tant qu'instrument de réforme, le droit en tant que reconnaissance et reflet de l'évolution des valeurs de la société, et le droit en tant qu'instrument d'éveil et d'éducation publique. On peut le constater dans des domaines où des changements sont survenus de concert avec l'existence de la Charte ou en conséquence de son application.

Ces changements comprennent l'importance accrue de l'application régulière de la loi (par exemple, le droit d'être protégé contre les perquisitions et saisies abusives), le droit pénal et la manière dont se déroulent les poursuites⁶⁸; le rôle de la Charte dans la limitation des pouvoirs policiers⁶⁹; la reconnaissance et la protection provisoire des droits reproductifs des femmes⁷⁰; la pleine reconnaissance de la communauté LGBTQ+⁷¹; la protection des libertés fondamentales, non par la porte arrière du fédéralisme juridique ou par la porte de côté d'une déclaration implicite des droits, mais par la porte avant des droits codifiés et consacrés par la Constitution⁷²; la définition et la protection des droits démocratiques, y compris pour les personnes détenues⁷³; le droit à « la vie, la liberté et la sécurité de la personne »... « sauf » si « les principes de justice fondamentale » le recommandent ou l'exigent autrement⁷⁴; le droit à l'égalité et son extension à des « motifs analogues⁷⁵ »; l'« égalité véritable⁷⁶ »; des droits linguistiques véritables pour les francophones à l'extérieur du Québec et les anglophones au Québec (et aussi les non-

francophones/non-détenteurs de droits à l'extérieur du Québec⁷⁷); la reconnaissance constitutionnelle, assurément délicate, des droits des Autochtones;⁷⁸ un pouvoir judiciaire beaucoup plus militant ainsi qu'un nouveau rôle élargi des tribunaux qui a eu un impact imprévu, mais immense, sur le fardeau du système judiciaire et le rôle d'audience des tribunaux.⁷⁹

À ce jour, la jurisprudence sert à valider une des thèses fondamentales de Pierre Trudeau sur la nature particulière, l'objectif et les effets concrets de la Charte canadienne et, ce faisant, à donner une nouvelle vie et un nouveau sens aux paroles souvent contestées de Lord Sankey dans l'« affaire personne⁸⁰ ». Ce sont en effet les citoyen·ne·s du Canada qui donnent un sens à la Charte, et non le texte ou les juges qui l'interprètent. Les citoyen·ne·s lui donnent un sens en testant sa portée et ses définitions et en remettant en question ses limites de protection. Ils et elles le font en menant leur vie conformément à leurs valeurs, puis en faisant appel à la Charte pour donner à ces valeurs et à ces choix une garantie et une validation lorsque des lois visent à les restreindre et à les circonscrire ou ont pour effet de le faire. En répondant à ces appels, les juges n'ont d'autre choix que de garder à l'esprit la métaphore de la « Constitution comme un arbre vivant ». Les normes de la société sont en constante évolution – ou, parfois, en régression. Les citoyen·ne·s d'un monde post-rapatriement s'attendent à ce que leur constitution soit en mesure d'en tenir compte, de s'y adapter, de les valider et de protéger les droits et libertés de manière à les harmoniser avec les valeurs sociétales d'aujourd'hui.

Deux principes d'interprétation fondamentaux (j'hésite à les appeler doctrines) ont été établis par les tribunaux lorsqu'ils ont entendu des demandes fondées sur la Charte, à la lumière de la compréhension du pouvoir judiciaire de sa nouvelle responsabilité de donner pleinement effet aux principes et aux objectifs de la Charte. On pourrait penser qu'il s'agit là de l'expression d'un nouvel activisme judiciaire, mais cela ne rendrait pas compte de l'ensemble de la situation. En fait, il s'agit de tentatives de s'acquitter du mandat constitutionnel implicite de lire la Charte dans le contexte d'une société qui s'engage également dans la Charte et qui se tourne vers les tribunaux pour légaliser l'expérience citoyenne, c'est-à-dire pour donner une expression juridique à la volonté générale conformément à un nouveau livre de règles qui serait totalement stérile et déconnecté de la réalité s'il ne reflétait pas les aspirations de la société et l'image qu'elle se fait d'elle-même.

Le premier principe d'interprétation consiste à donner une signification concrète et « fondée sur l'objet » à la définition des droits et libertés énumérés dans la Charte, plutôt que de définir les droits d'une manière très formaliste, exagérément modeste et statique d'un point de vue historique. Pour ce faire, les tribunaux doivent comprendre non seulement l'intention de la législation contestée sur laquelle ils sont appelés à statuer, mais aussi l'objectif des droits et libertés. Cela exige des tribunaux qu'ils tiennent compte du type de société que cette liberté ou ce droit est censé servir, décrire ou définir. Plus encore, il s'agit de s'interroger sur le

type de société que la Charte vise, le cas échéant, à promouvoir et à contribuer à faire naître⁸¹. L'analyse fondée sur l'objet, pierre angulaire de l'interprétation de la Charte, nécessite que les droits garantis par la Charte bénéficient d'une interprétation généreuse et libérale visant à atteindre l'objectif du droit en question et de la Charte dans son ensemble⁸².

Le deuxième principe d'interprétation consiste à considérer non seulement l'objet d'une loi contestée et le droit ou la liberté que la Charte garantit et qui pourrait être remis en cause ou violé par l'adoption et l'application de la loi, mais aussi l'effet de la loi contestée sur la partie lésée, sur la société en général et, plus encore, sur le statut et la matérialisation des valeurs de la Charte dans son ensemble⁸³. Nous avons déjà souligné que l'examen de l'effet d'une loi contestée est un élément essentiel de l'analyse, en vertu de l'article 1 de la Charte, qui vise à vérifier si une limitation des droits est « raisonnable » et si sa justification peut « se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Mais l'étude des effets d'une loi, tant en ce qui concerne l'étendue de son atteinte à un droit que pour ses effets sur les citoyen·ne·s et la société, ne se limite pas à l'analyse de l'article 1. Au final, il s'agit de comprendre l'essence d'un droit, défini non seulement à l'intérieur des limites du texte qui le formule, mais aussi à partir des contours de la législation ou de l'action gouvernementale qui influence non seulement l'exercice du droit, mais aussi la qualité de vie des membres concernés. En d'autres termes, pour comprendre la signification d'un droit ou d'une liberté, il est nécessaire

de comprendre comment les lois et les actions contestées affectent son exercice, en particulier, ainsi que la vie et la culture citoyennes, de manière plus générale. Cet aspect n'a jamais été aussi important que dans la jurisprudence relative à l'article 15 – droits à l'égalité – de la Charte⁸⁴.

Cette vision a eu d'importantes répercussions sur la société, notamment dans notre discours sur les droits de la personne et, bien sûr, dans l'application des lois relatives aux droits de la personne – et des politiques de ressources humaines – qui ont de plus en plus tendance à évaluer le caractère moral et juridique d'un comportement par le prisme de l'expérience subjective de la partie lésée plutôt que par référence à une intention ou à un but objectif démontrable de la part de la partie fautive ou qui outrepassé ses droits (qu'il s'agisse d'un individu, d'une entreprise ou d'un gouvernement⁸⁵).

La préoccupation explicite de la Cour suprême concernant les « effets » d'une loi contestée sur l'exercice des droits et libertés et sur la promotion concrète des valeurs de la Charte est profonde et fait ressortir l'importance et l'incidence de la Charte, non seulement en tant qu'outil de délimitation codifiée des actions gouvernementales autorisées, mais aussi en tant qu'agent constitutionnalisés, bien que passifs, de l'édification de la nation.

La Constitution en tant qu'« arbre vivant » acquiert un nouveau pouvoir d'action, en particulier si on l'interprète à la lumière de l'article 27 (l'interprétation de la Charte « doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation

du patrimoine multiculturel des Canadiens » [c'est moi qui souligne⁸⁶]), et qui, bien qu'il ne confère ni n'énumère de nouveaux droits ou de nouvelles catégories de droits, recommande à tous – tribunaux et législations – de tenir compte de la composition culturelle particulière du Canada⁸⁷. Il ne s'agit pas, loin s'en faut, d'un impératif codifié de justice sociale, mais c'est bien plus qu'une simple préservation constitutionnalisée du statu quo.

Cependant, en vertu de la Charte, le pouvoir judiciaire a compris qu'il se devait de s'éloigner de la suprématie parlementaire – en ce qui concerne les litiges sur les droits et libertés – à l'exception toutefois d'une réserve importante qui tempère considérablement toute tendance à une suprématie judiciaire sans entraves : l'article 33, la disposition de dérogation.

03. Qui a le dernier mot : disposition de dérogation et suprématie constitutionnelle⁸⁸

L'article 33 de la Charte (la disposition de dérogation, ou « clause nonobstant ») prévoit que :

(1) *Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.*

Effet de la dérogation

(2) *La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.*

Durée de validité

(3) *La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.*

Nouvelle adoption

(4) *Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).*

Durée de validité

(5) *Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4).*

Cette disposition donne à première vue au Parlement et aux provinces le pouvoir de déroger à certaines dispositions de la Charte pour une période de cinq ans dans le cadre de leur propre législation. Mais dire cela, c'est ne rien dire, ou pire, c'est affirmer des choses qui, si elles sont interprétées de certaines manières, sont tout simplement inexactes. Le but, l'application et l'effet de cette clause, ainsi que les conditions préalables nécessaires à son invocation, ont fait l'objet d'intenses délibérations et débats, mais pas, jusqu'ici, d'une analyse judiciaire approfondie. Cela est appelé à changer bientôt puisque diverses procédures dans lesquelles la disposition de dérogation occupe une place importante

(au Québec, en Ontario et en Saskatchewan) sont actuellement devant les tribunaux.

Au cours des quarante-deux années qui se sont écoulées depuis l'adoption de la Charte, les gouvernements des provinces et des territoires ont invoqué la disposition de dérogation à vingt-six reprises dans la législation, bien qu'ils aient apparemment tiré à blanc à huit reprises, puisque l'invocation de la disposition n'a été promulguée et rendue effective que dans dix-huit des vingt-six cas⁸⁹.

S'adressant à la Chambre des communes, en novembre 1981, pour annoncer que les premiers ministres en étaient arrivés à un accord sur l'inclusion dans la Charte de la disposition de dérogation, appelée également « clause nonobstant », Jean Chrétien, ministre de la Justice de l'époque, a déclaré au sujet de sa fonction :

Ce sur quoi les premiers ministres des provinces et le premier ministre se sont entendus, c'est une soupape de sécurité qui ne sera probablement pas utilisée, sauf dans des situations non controversées par le Parlement pour passer outre certains articles de la Charte. Le but d'une clause nonobstant est d'offrir de la souplesse afin que ce soient les législatures et non pas les juges qui aient le dernier mot sur des sujets importants relatifs aux politiques publiques⁹⁰. »

On n'y ferait appel, a-t-il dit, qu'en dernier recours pour « corriger des situations absurdes⁹¹ ».

En réfléchissant à l'objectif de la disposition de dérogation quelque trente ans après

l'adoption de la Charte – dans laquelle il avait joué un rôle déterminant –, l'ancien premier ministre de la Saskatchewan, Allan Blakeney, a expliqué que l'article 33 était destiné à servir d'instrument « pour arbitrer le conflit entre les droits garantis par la Charte et ceux qui ne le sont pas », qui sont tous, selon lui, d'égale importance pour les intérêts moraux et juridiques en jeu dans la société et la politique canadiennes. Blakeney a insisté sur le fait que la Charte n'a jamais eu pour but d'établir une hiérarchie qui privilégierait les droits et libertés énumérés dans la Constitution (liberté d'expression, de religion, de réunion, par exemple) par rapport à divers droits moraux non mentionnés qui, selon lui, sont principalement d'ordre social et économique, tels que le droit à l'alimentation, au logement et aux soins de santé. Au contraire, a-t-il précisé, la disposition de dérogation a pour objectif de réserver aux pouvoirs législatif, exécutif et administratif du gouvernement la responsabilité et l'autorité de promouvoir et de protéger les droits non énumérés « lorsque la violation probable d'un droit humain découle du fonctionnement des systèmes économiques et sociaux⁹² ».

L'ancien premier ministre de l'Alberta, Peter Lougheed, un autre des principaux architectes de la Charte et qui a joué un rôle particulièrement important dans l'inclusion de la disposition de dérogation, a défendu celle-ci au motif qu'elle préservait et donnait un effet continu à la tradition de suprématie parlementaire du Canada⁹³. Bien que Lougheed n'ait pas approuvé l'invocation préventive de l'article 33 (il a subséquemment proposé un amendement

constitutionnel interdisant cette pratique en la qualifiant « d'antidémocratique » puisqu'elle aurait l'effet non intentionnel d'empêcher le pouvoir judiciaire de remplir son rôle d'interprétation des dispositions de la Charte), il était intransigeant dans sa position selon laquelle le Parlement élu doit avoir la primauté par rapport au pouvoir judiciaire nommé.

Thomas Axworthy a écrit sur le « compromis historique canadien » de 1981 auquel ont adhéré Lougheed, Blakeney et les autres premiers ministres, à l'exception du premier ministre du Québec René Lévesque, compromis représenté et incarné par l'accord visant, entre autres, à inclure la disposition de dérogation dans la Charte.⁹⁴ Mais, comme pour la plupart des compromis sur des questions épineuses de principe, d'objectif et de priorité, le résultat n'est pas toujours déterminant pour le sens, l'interprétation et l'effet.

De nombreux témoignages ont fait état de ce qui, dans les phases embryonnaires de la Charte, a pu être souhaité, attendu et aussi découragé en ce qui a trait à l'invocation et à l'utilisation de l'article 33⁹⁵.

Bien que l'on ait supposé dès le départ que la disposition de dérogation serait invoquée uniquement de manière réactive – c'est-à-dire à la suite d'une déclaration judiciaire d'invalidité constitutionnelle – plutôt qu'à titre préventif, rien dans le texte de l'article 33 n'exige qu'elle soit utilisée uniquement ainsi. Par conséquent, il n'a pas fallu attendre longtemps pour que la seule province qui n'avait pas signé l'accord sur le rapatriement, soit le Québec, invoque la disposition de dérogation non

seulement à titre préventif – et peut-être aussi rétroactif – et avec une application générale à toutes les dispositions de la Charte visées à l'article 33, mais aussi en se référant à l'ensemble de son recueil de lois plutôt qu'à un texte de loi en particulier⁹⁶.

Certains ont proposé une théorie québécoise distincte de la disposition de dérogation, c'est-à-dire une approche de l'article 33 différente au Québec par rapport aux autres membres de la fédération et qui postule que « des dérogations législatives peuvent être légitimes, même si préventives, afin de promouvoir la justice sociale ou l'identité nationale⁹⁷ ». Invoquer la disposition de dérogation serait ainsi une manifestation de la fierté nationale blessée du Québec, qui s'affirme après la trahison des autres premiers ministres dans ce qu'on a appelé « la nuit des longs couteaux⁹⁸ », mais aussi une preuve de l'attachement des Québécois·e·s à la Charte. Dans cette optique, l'article 33 est une disposition intégrante – bien que controversée – de la Charte; son invocation pour affirmer l'identité québécoise et sa vocation culturelle au sein du Canada constitue un mécanisme qui renforce la viabilité du fédéralisme canadien et promeut la cause de l'unité nationale. Selon cette théorie, sans la disposition de dérogation, la séparation du Québec serait inévitable⁹⁹.

La question de savoir si l'utilisation distincte de l'article 33 au Québec (ou ailleurs) est compatible avec le fédéralisme et peut même le renforcer, ou si elle risque de produire l'effet contraire, demeure un sujet de controverse et alimente la question de savoir si, à la lumière de la diversité des théories sur la disposition

de dérogation et son utilisation, nous avons besoin d'un mode d'emploi amélioré pour cet extraordinaire « outil » du « coffre à outils » constitutionnel, comme le premier ministre Ford et sa procureure générale de l'époque, Caroline Mulroney, l'avaient cavalièrement surnommée¹⁰⁰.

Les changements à ce mode d'emploi qui ont été proposés à ce jour comprennent la fin de l'invocation préventive de la disposition de dérogation¹⁰¹, la fin de l'invocation générale ou par loi omnibus¹⁰², l'exigence d'une majorité législative qualifiée pour la promulgation d'une invocation de la disposition de dérogation, l'exigence d'un réexamen et d'une invocation supplémentaires à la suite d'une élection générale¹⁰³, l'exigence d'un référendum public pour ratifier ou annuler l'invocation de la disposition de dérogation¹⁰⁴, et la restriction de l'invocation aux décisions de la Cour Suprême du Canada¹⁰⁵.

Christopher Manfredi, qui a proposé certains de ces changements, défend la disposition de dérogation en affirmant qu'elle reflète la conception paradigmatique de politologues selon laquelle les juges et les tribunaux sont essentiellement des acteurs politiques et des décideurs judiciaires, soit de simples arbitres pas plus légitimes ou habilités à trancher que les législatures en matière de droits concurrents et autres intérêts politiques. De même, Manfredi est particulièrement troublé par l'invocation préventive de la disposition de dérogation parce qu'elle prive la société du bénéfice d'une déclaration judiciaire sur la signification d'un droit constitutionnel et, en ce sens, elle va à l'encontre de la notion – expliquée en détail

par Dwight Newman¹⁰⁶ – de construction ou d'interprétation « coordonnée », selon laquelle les tribunaux et les législatures ont un rôle légitime et important à jouer en matière d'interprétation et d'analyse des droits. La disposition de dérogation, considérée dans ce cadre, sert à retirer au pouvoir judiciaire la compétence exclusive pour ce qui est des déclarations sur la manière dont ces exercices de pondération devraient être résolus.

Il nous reste à nous demander si les législatures devraient adopter des règles distinctes régissant l'utilisation de la disposition de dérogation ou si ces modes d'emploi devraient recevoir un statut constitutionnel en étant enchâssés officiellement dans la Charte. Ou si, comme cela a été proposé¹⁰⁷, la disposition de dérogation serait totalement incompatible avec ce qu'une démocratie constitutionnelle libérale requiert dans sa loi fondamentale – d'autant plus que nous avons déjà l'article 1 de la Charte, la clause « des limites raisonnables », qui établit une procédure pour la justification des infractions qui ne sont ni incohérentes ni incompatibles avec ce que la liberté et la démocratie exigent – ne pourrions-nous pas tout simplement abroger la disposition de dérogation ? Plus facile à dire qu'à faire, bien sûr, surtout après *Charlottetown*¹⁰⁸, où le mode de révision a été enrichi par une nouvelle convention, soit l'exigence éventuelle d'un référendum consultatif national. Il est également entendu, surtout à la lumière des arguments de plusieurs, que l'abrogation de la disposition de dérogation constituerait un obstacle à toute négociation constitutionnelle¹⁰⁹.

Pour contrer ces fabulations, il existe les arguments plus sérieux et plus convaincants en appui de la contribution de l'article 33 à un cadre constitutionnel typiquement canadien, un cadre que Stephen Gardbaum a appelé le « modèle du Commonwealth¹¹⁰ », une sorte de troisième voie entre le « constitutionnalisme fort » (la suprématie judiciaire) et le « constitutionnalisme faible » (la suprématie parlementaire). Dans les faits, il s'agit d'un constitutionnalisme dans lequel la *Constitution* prévoit qui, des pouvoirs judiciaire ou législatif, a le dernier mot en matière de droits.

Dans cette optique, la Constitution elle-même est suprême. En vertu de ce modèle, un certain scepticisme sain à l'égard de la légitimité politique du contrôle judiciaire est intégré à la « pâte constitutionnelle » et recommande non seulement le maintien de la disposition de dérogation, mais, en fait, son utilisation plus fréquente.

Comme nous l'avons noté, la disposition de dérogation est souvent considérée comme exemptant une loi fédérale, provinciale ou territoriale de l'application de certains articles de la Charte et des protections qu'ils offrent, et comme isolant une loi contestée de tout examen fondé sur la Charte¹¹¹. Mais, comme le soutiennent Robert Leckey et d'autres¹¹², cela peut être incorrect sur le plan conceptuel, car le fait d'invoquer une disposition de recours de la Charte n'est pas nécessairement éliminé par la disposition de dérogation, même si le recours ultime consistant à annuler une loi – en vertu de l'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (la « clause de suprématie¹¹³ ») – n'est pas nécessairement exclu – et, en outre, que le pouvoir et

la compétence du tribunal, en fait sa responsabilité, de déclarer les violations de la Charte non sauvegardées par l'article 1, ne sont pas annulés ou éteints par l'invocation de la disposition de dérogation. En conséquence, bien qu'une loi qui limite ou viole un droit ou une liberté garantis par la Charte et pour laquelle la disposition de dérogation a été invoquée ne soit pas « inconstitutionnelle » parce qu'elle a été rendue conforme à la Charte par le recours à l'article 33¹¹⁴ et ne sera donc pas déclarée inopérante en vertu de l'article 52(1), le tribunal conserve un rôle d'information et d'éducation auprès des citoyen·ne·s.

Cette position a, comme on pouvait s'y attendre, suscité une certaine controverse. Des universitaires soutiennent que l'invocation de la disposition de dérogation élimine effectivement tout examen judiciaire ultérieur. Une fois qu'une loi a été isolée par un recours statuaire afin qu'elle puisse s'appliquer nonobstant l'un des droits et libertés de la Charte mentionnés à l'article 33(1), les tribunaux n'ont plus, selon eux, « rien à déclarer¹¹⁵ ».

Il y a quelques décennies à peine, Peter Hogg et Allison Bushell ont avancé l'argument selon lequel il existe un véritable « dialogue » entre les législatures et les tribunaux dans le contexte des contestations constitutionnelles des lois, y compris lorsque l'article 33 est invoqué¹¹⁶. Une fois qu'un tribunal s'est prononcé sur la validité constitutionnelle d'une loi, les législatures peuvent, en réponse, reconsidérer la loi, la modifier d'une manière ou d'une autre, en tenant compte de l'interprétation par le tribunal de la ligne de démarcation entre compatibilité et incompatibilité avec

la *Constitution*. La pratique de l'invocation préventive de la Charte a, contrairement à l'esprit de la théorie du dialogue, permis de contourner une moitié du dialogue, à moins que la compétence du tribunal ne soit jamais entièrement écartée, laissant au tribunal la responsabilité permanente d'informer et d'éduquer les citoyen·ne·s de manière générale. En fin de compte, il est de notre responsabilité collective, en tant que citoyen·ne·s, d'examiner comment les retombées de ces remises en question cadrent avec le type de démocratie constitutionnelle que nous pensons avoir et celle que nous souhaitons avoir. Dans un échange privé que j'ai eu à l'été 2021 avec la regrettée Erna Paris, historienne et spécialiste des droits de la personne, celle-ci déplorait que le projet de loi 96 du Québec (dans sa mouture d'alors) ainsi que le dispositif qui vise à le soustraire à l'examen de la Charte soulèvent la question de savoir si le Canada est, dans les faits, toujours une démocratie libérale¹¹⁷.

Au sujet de l'article 33, Peter Russell a écrit que « une démocratie qui fait confiance autant au dynamisme politique de ses citoyens qu'à ses juges pour protéger la liberté est plus forte qu'une démocratie qui s'efforcerait de confier la responsabilité ultime de la liberté et des droits fondamentaux exclusivement à son pouvoir judiciaire¹¹⁸. » Russell répondait en partie à l'essai critique de John Whyte sur l'article 33, dans lequel celui-ci affirmait que « l'autorité politique sera, à un moment donné, exercée de manière oppressive; c'est-à-dire qu'elle sera exercée pour imposer de lourds fardeaux à des groupes de personnes, sans justification rationnelle préalable¹¹⁹. »

Dans la même veine, le plus estimé de nos parlementaires, Eugene Forsey, a décrit la disposition de dérogation en ces termes :

[la disposition de dérogation] est un glaive pointé sur le cœur de nos libertés fondamentales, et elle devrait être abolie. [...] Il est possible qu'aucune de nos législatures ne l'invoque plus jamais. Mais le glaive est là. Et si le glaive s'enfonce, les tribunaux seront aussi impuissants à protéger nos droits qu'ils l'étaient avant l'existence de la Charte des droits¹²⁰. »

Malgré les garde-fous des dispositions de temporisation, l'application limitée et provisoire de la dérogation et le fait que nous tenons toujours des élections générales périodiques, l'idée selon laquelle l'article 33 établit une formule d'« interprétation coordonnée » est une nouvelle déconcertante dans certains milieux, en particulier au sein de minorités isolées et parmi les défenseurs du pluralisme politique qui ne comprennent que trop bien le préjudice que les majorités (ou plutôt les législatures censées refléter les normes et les aspirations des majorités) peuvent parfois causer aux intérêts des minorités en traduisant la soi-disant « volonté du peuple » dans les lois.

Cela peut sembler quelque peu paradoxal étant donné que les premières chartes et déclarations des droits et libertés, du moins en Occident, visaient à se prémunir contre l'exercice arbitraire et abusif du pouvoir par un petit nombre au détriment des intérêts du plus grand nombre. De la *Magna Carta*¹²¹ à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹²², ni les intérêts

des minorités ni le pluralisme politique n'étaient des préoccupations distinctes, bien que les principes extraits des textes originaux aient inspiré la rédaction des chartes des droits ultérieures et fondé l'avancement des revendications en faveur de la protection des droits des minorités, notamment la liberté d'expression, de conscience et de religion¹²³, contre la tyrannie d'un majoritarisme débridé.

En fin de compte, que la disposition de dérogation ait une influence salutaire ou délétère sur la qualité de la culture citoyenne du Canada et sur l'état de notre démocratie, son importance dans la modification et la modération du constitutionnalisme canadien est indéniable. Avant l'adoption de la Charte, le pays fonctionnait comme une démocratie parlementaire selon la doctrine de la suprématie parlementaire. La Charte a radicalement changé cette situation.

Peter Russell et Ted Morton ont fourni cette explication :

Le Canada avait déjà modifié la suprématie parlementaire de Westminster en la teintant de fédéralisme et en y ajoutant un contrôle judiciaire. Néanmoins, « la théorie de l'épuisement » soutient que les deux niveaux de gouvernement sont souverains dans leurs juridictions respectives. La Charte semble avoir ébranlé cette souveraineté et peut-être la structure même du fédéralisme¹²⁴.

L'apport de la disposition de dérogation est une sorte de médiation codifiée entre la souveraineté du Parlement, d'une part, et la souveraineté judiciaire, d'autre part,

ce qui nous laisse avec la souveraineté de la *Constitution* elle-même. Cette « troisième voie » est ce que Gardbaum a qualifié de « modèle du Commonwealth ». Je préfère qualifier ce modèle de « souveraineté constitutionnelle », qui laisse au pouvoir judiciaire et au pouvoir législatif des rôles essentiels, quoique contestés, dans la reconnaissance, l'interprétation et l'application des droits et des libertés. Il s'agit avant tout d'un appel constitutionnel lancé à la population canadienne pour qu'elle assume une responsabilité citoyenne collective afin d'examiner la nature et l'étendue des restrictions aux droits et libertés que la société est prête à justifier et à tolérer.

04. La Charte et les droits des autochtones : « réconciliation » et le paradoxe de la Constitution « coloniale »

On peut soutenir qu'aucune question n'a occupé une place plus importante dans le débat national, qu'aucun enjeu n'a pesé plus lourdement sur la conscience collective de la nation, qu'aucun projet n'a été inscrit de façon plus urgente à l'ordre du jour du pays en ce début de siècle que ceux qui ont trait aux relations du Canada avec ses peuples autochtones. Nous parlons aujourd'hui de vérité et de réconciliation¹²⁵, de la nécessité d'une prise de conscience nationale, de reconnaissance et de responsabilisation. Nous parlons également en termes d'aspirations. Nous sommes appelé·e·s à un nouveau projet national de construction de la nation et à de nouveaux rapports de nation à nation. Nous voyons dans cette mission la plus haute expression et la matérialisation la plus complète de l'engagement du Canada envers les droits de la personne¹²⁶.

Mais aucune description de la question, aucune métaphore ni aucun paradigme n'est devenu plus dominant, en fait, aucun programme n'est plus omniprésent – en politique, dans les universités, au travail,

dans la culture populaire, à la fois au Canada et dans le récit politique mondial – que celui de la « décolonisation ». Toute l'histoire du Canada, semble-t-il, est refondue dans le cadre du colonialisme et de l'impératif moral de ne pas seulement aller de l'avant sur la base d'un nouvel ensemble de règles de base et d'arrangements sociétaux, mais aussi de remonter le temps, pour ainsi dire, afin de défaire tout ce que le colonialisme a engendré. À ce récit s'oppose l'approche moins subversive implicite dans le projet de « réconciliation » qui, tout en reconnaissant les péchés du passé, repose néanmoins sur une base établie par les puissances coloniales et tributaire du maintien de la légitimité d'une doctrine tout à fait contraire à une véritable réconciliation, soit la « doctrine de la découverte¹²⁷ ».

Le projet de réconciliation a également introduit un autre élément complexe dans le discours sur les droits émergeant à l'ère de la Charte, à savoir une nouvelle tension entre les droits et libertés énumérés des individus, d'une part, et les droits

communautaires ou collectifs moins précisément définis, mais tout aussi légitimes et importants, des peuples autochtones, y compris le droit à l'autonomie gouvernementale, reconnu à la fois dans l'article 25 de la Charte¹²⁸ et dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹²⁹.

La nouvelle *Constitution* du Canada devance et reflète à la fois la préoccupation nationale pour les droits des peuples autochtones et le nouvel alignement des valeurs constitutionnelles canadiennes sur les griefs et les aspirations des Premières Nations. Dans l'article 25 de la Charte et dans l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les rédacteur·trice·s ne tentent pas tant de définir les droits ancestraux que de tracer des lignes sur une toile dont le contenu et la couleur seront découverts et précisés au cours d'enquêtes et de commissions nationales, de protestations publiques et d'impasses, de négociations entre les Premières Nations et les gouvernements fédéral et provinciaux sur le contrôle et l'exploitation des ressources naturelles, de différends et de négociations entre et parmi les Premières Nations et, bien sûr, de litiges devant les tribunaux.

Le projet de « réconciliation » nationale du Canada, dans sa forme actuelle, a pris de l'ampleur à l'époque de la Charte. Il ne s'agit pas d'une entreprise ponctuelle; elle ne se limite pas aux travaux et au rapport final de la *Commission de vérité et de réconciliation du Canada*, qui a lancé 94 appels à l'action en rapport avec le système des pensionnats et ses répercussions¹³⁰, ni à ceux de l'*Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées*¹³¹,

ni à une procédure ou à un processus distinct. Il s'agit d'un exercice national continu et multidimensionnel. Mais il commence avec l'arme à double tranchant qu'est l'article 25 de la Charte, qui, avec certaines réserves, a été considéré comme un bouclier contre l'abrogation des « droits ou libertés – ancestraux, issus de traités ou autres – des peuples autochtones du Canada » ou la dérogation à ceux-ci¹³² et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui protège explicitement les droits et l'autodétermination des Autochtones¹³³. Ensemble, ces deux dispositions codifient le statu quo et ouvrent la voie à l'évolution d'une nouvelle relation entre le Canada et les gouvernements et les peuples des Premières Nations. Comme on peut s'y attendre, c'est compliqué !

Les arrêts de la Cour suprême ont établi l'obligation pour la Couronne – tant au niveau fédéral que provincial – de consulter les Premières Nations au sujet d'un large éventail de questions lorsque les terres, les ressources, les droits traditionnels et les pratiques autochtones sont en jeu ou lorsqu'ils entrent en conflit avec les conceptions des législatures. L'étendue et le contenu de cette consultation sont très controversés et ont porté sur des questions difficiles du titre autochtone, à la fois pour ce qui est de savoir si les revendications de terres et de droits étaient inhérentes, antérieures ou indépendantes des droits issus des traités, et sur la question du consentement des Autochtones à être lié·e·s par un accord avec les colons et les puissances coloniales. La Cour suprême a déterminé que l'obligation de consultation est due à une Première Nation

dans son ensemble, et non à un membre individuel¹³⁴. L'obligation de consulter et, éventuellement, de tenir compte du titre autochtone lorsque le titre est revendiqué, mais avant qu'il ne soit prouvé devant un tribunal¹³⁵. Une fois le titre prouvé, cette obligation va plus loin, et tout projet ou plan gouvernemental nécessite le consentement de la ou des Premières Nations concernées ou, si ce consentement n'est pas obtenu, une justification de l'atteinte aux droits du titre¹³⁶.

Ce qui est clair, c'est qu'à l'ère de la Charte, le gouvernement du Canada a reconnu, même si parfois à contrecœur, son obligation de prendre au sérieux les revendications et les droits des Autochtones. Et, bien que les défenseurs des droits et d'autres personnes puissent être en désaccord, les déclarations officielles du gouvernement, ainsi que les déclarations et conclusions de la Cour suprême en faveur de la reconnaissance des titres ancestraux sur des terres et de l'autodétermination dans divers domaines, indiquent que le processus de réconciliation est bel et bien en marche et promet de vraies réformes, même si leur forme et substance reste à connaître et à définir.

La position officielle du Canada sur ses engagements en matière de « réconciliation » est énoncée en dix points ambitieux sur le site web du Gouvernement du Canada :

Le Gouvernement du Canada reconnaît que :

1. toutes les relations avec les peuples autochtones doivent être fondées sur la reconnaissance et la mise en œuvre de leur droit à l'autodétermination, y compris le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale;
2. la réconciliation est le but fondamental de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*;
3. l'honneur de la Couronne oriente le comportement de la Couronne dans tous ses rapports avec les peuples autochtones;
4. l'autonomie gouvernementale des Autochtones fait partie du système en évolution du Canada de fédéralisme coopératif et d'ordres de gouvernement distincts;
5. les traités, les accords et les autres ententes constructifs conclus entre les peuples autochtones et la Couronne ont été et sont des actes de réconciliation fondés sur la reconnaissance et le respect mutuels;
6. un engagement significatif avec les peuples autochtones vise à obtenir leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, lorsque le Canada propose de prendre des mesures ayant une incidence sur les peuples autochtones et leurs droits sur leurs terres, leurs territoires et leurs ressources;
7. il est essentiel de respecter et de mettre en œuvre les droits et que chaque atteinte aux droits visés par l'article 35 doit, selon la loi, comporter des justifications de très haute importance, qui tiennent compte des perspectives autochtones et satisfont aux obligations fiduciaires de la Couronne;
8. la réconciliation et l'autonomie gouvernementale exigent une nouvelle relation financière avec les nations

autochtones, établie dans un esprit de collaboration avec celles-ci, laquelle favorise un climat propice à la création de partenariats économiques et au développement des ressources;

9. la réconciliation est un processus continu qui s'inscrit dans le contexte de l'évolution des relations entre les Autochtones et la Couronne;
10. il est nécessaire d'avoir une approche qui tient compte de la particularité des collectivités détenant des droits pour s'assurer que les droits, les intérêts et la situation propres des Premières Nations, de la Nation Métisse et des Inuits sont reconnus, confirmés et mis en œuvre¹³⁷.

Bien sûr, le diable est dans les détails, ou plutôt dans la façon dont les questions sont résolues devant les tribunaux et dans les motifs de la Cour suprême du Canada.

Contrairement à la position optimiste (que certains qualifieraient de cynique) du Canada, les principaux défenseurs des droits des Autochtones ont une vision moins rose de la bonne foi du gouvernement et des chances de réussite d'une véritable réconciliation entre le Canada et ses peuples autochtones. Le fait que les droits des Autochtones soient expressément reconnus dans la Constitution semble, à première vue, une bonne chose, en particulier pour les Premières Nations. Mais on peut se demander à qui appartient cette « Constitution ». La place contestée de la doctrine de la découverte dans le droit canadien passé, présent et futur sous-tend et ordonne les arrangements sociétaux qui, aujourd'hui, semblent être en grande partie à (re)négocier. En fait,

la question de savoir si et dans quelle mesure ils ont été réellement négociés et acceptés est à la base du problème et fait toujours partie de l'examen en cours.

La *Proclamation royale* de 1763¹³⁸, parfois appelée « *Magna Carta indienne* » et mentionnée à l'article 25 de la Charte, reconnaît que le titre autochtone a existé et continue d'exister, et que toutes les terres sont considérées comme autochtones jusqu'à ce qu'elles soient cédées par traité. La *Proclamation royale* reconnaît le droit inhérent des peuples autochtones à l'autodétermination et à la terre. Mais le côté sombre de la Proclamation réside dans son objectif général de légaliser la juridiction du roi sur tous les territoires de ce qui est aujourd'hui l'Amérique du Nord et de considérer ceux-ci comme inhabités, non possédés et ne faisant l'objet d'aucune revendication de titre antérieur, hormis le titre autochtone. Mais c'est là que le bât blesse. Par la suite, le titre autochtone a été considéré comme ayant été cédé par traité ou par la pratique, ou comme ne s'appliquant tout simplement pas à de grandes parties des territoires en question.

La doctrine de la découverte (mise de l'avant par l'Église sous forme de bulles papales) ou de la *terra nullius*¹³⁹ place la *Proclamation royale de 1763* sous un jour un peu moins favorable si l'on considère que le roi n'aurait pas fait preuve de la moindre conciliation ou magnanimité à l'égard des peuples autochtones s'il n'avait pas d'abord compris qu'il était le souverain et, de ce fait, le propriétaire de toutes les terres sur lesquelles d'autres revendiquaient des droits, et qu'il détenait ainsi tous les atouts dans son jeu dès le départ.

Naturellement, la Couronne n'était pas seule dans l'entreprise de dépossession des terres et de la vie des peuples autochtones. L'Église catholique a poursuivi ses efforts en ce sens, sans lesquels elle n'aurait pas aussi facilement exercé son pouvoir – sans entraves et sans rendre de compte – sur les corps et les esprits d'un nombre incalculable d'enfants autochtones enfermés dans l'enfer des pensionnats¹⁴⁰. Notons que le 30 mars 2023, le pape François a renoncé à la doctrine de la découverte, vieille de 530 ans¹⁴¹.

Cependant, une importante partie du droit canadien est, en un sens, à la fois enracinée dans la doctrine de la découverte et confirmée par elle¹⁴². Sans le pouvoir légitimant de celle-ci, le roi et ses mandataires n'auraient pas pu affirmer leur compétence et leur contrôle sur les affaires de l'Amérique du Nord britannique. Les terres de la Couronne n'existeraient pas et les droits de propriété privée, tels qu'ils ont évolué et ont été affirmés, contestés et transmis au fil des générations depuis la Confédération, n'auraient aucune reconnaissance publique ni validité.

Même dans les cas où le droit inhérent des Autochtones à l'autodétermination a été affirmé par la Cour suprême et où les effets pratiques ont été salutaires du point de vue de l'autonomie gouvernementale des Autochtones et de la réconciliation préconisée par l'engagement du Canada à mettre pleinement en œuvre la *DNUDPA*¹⁴³, le colonialisme parvient à se réaffirmer – ou, du moins, à se faufiler et à trouver une validation – dans les institutions mêmes qui sont appelées à faire avancer la cause de la décolonisation¹⁴⁴. Dans une décision

récente, la Cour suprême du Canada affirme que les nations autochtones ont compétence sur les services à l'enfance et à la famille et définit des normes nationales minimales en matière de soins. Bien que la Cour ait laissé ouverte la possibilité que les peuples autochtones disposent de droits à l'autonomie gouvernementale protégés par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elle n'a pas réellement décidé que les lois autochtones sur la protection de l'enfance s'appliquaient sur la base de l'autorité législative inhérente des peuples autochtones. Elle a plutôt fondé sa décision sur le droit du Parlement à légiférer sur « les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » en vertu de l'article 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*¹⁴⁵.

« La réconciliation demeure un échec, écrit Bruce McIvor, avocat spécialisé dans les droits des Autochtones, puisqu'elle s'appuie sur le racisme systémique. Elle repose sur la négation des droits inhérents des peuples autochtones et sur la volonté de l'État canadien de recourir à la violence pour supprimer les droits des Autochtones¹⁴⁶. »

La réconciliation demeure un échec parce qu'elle tente l'impossible : réconcilier un droit avec un mensonge. Le droit est l'intérêt préexistant que les peuples autochtones avaient et continuent d'avoir pour leurs terres et le droit de prendre des décisions concernant leurs terres avant et après l'arrivée des colonisateurs. Cela inclut le droit de bénéficier de leurs terres et de décider de la manière dont on doit les utiliser ou ne pas les utiliser. Le mensonge est qu'il suffit que les nations

européennes se présentent et plantent un drapeau pour avoir un droit sur les terres des Premiers peuples et remplacer les lois autochtones¹⁴⁷.

McIvor conclut en dressant un bilan sombre du Canada et en lançant un défi au pays, à ses citoyen·ne·s comme à ses législatures :

La première étape est l'acceptation. Accepter que le Canada est fondamentalement un État raciste. Qu'il s'est construit sur le déni des droits et de l'humanité des peuples autochtones. Que ce déni est un fait honteux qui imprègne et lie le droit canadien¹⁴⁸.

Les tribunaux canadiens ne sont pas restés indifférents à cette critique dévastatrice de notre histoire. Comme Jeremy Patzer et Kiera Ladner l'ont affirmé, le pouvoir judiciaire s'est attaqué à ce problème.

Au cours des cinq à six dernières décennies – et en particulier au cours des quarante années qui ont suivi l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982* –, les tribunaux supérieurs du Canada, sous la direction de la Cour suprême du Canada, ont travaillé avec diligence pour tisser une tapisserie élaborée de doctrines juridiques dans l'espoir d'offrir une solution moderne aux différends découlant de la dépossession coloniale. Cependant, ils l'ont fait avec le métier à tisser de l'article 35 bien plus qu'avec celui de la *Charte des droits et libertés*¹⁴⁹.

Il est absolument normal que certain·e·s historien·ne·s et observateur·rice·s de la société civile canadienne contestent

la déclaration de McIvor et y apportent des nuances. Il y a plus d'une façon de comprendre l'histoire du Canada et, en particulier, le projet colonial. Mais il est aussi impensable qu'elle soit rejetée d'emblée ou qu'elle ne soit pas reconnue. Le Parlement a largement adhéré au contenu de cette déclaration¹⁵⁰ et cette charge essentielle façonne désormais l'enseignement de l'histoire canadienne dans nos écoles publiques¹⁵¹.

Comment pouvons-nous utiliser une constitution, dont la conception et l'adoption n'ont jamais été approuvées par les peuples autochtones et les chefs des Premières Nations, pour donner une pleine expression aux droits des Autochtones? L'article 32 stipule que la Charte ne s'applique qu'aux gouvernements (c'est-à-dire aux gouvernements reconnus par la *Constitution*¹⁵²). Nous devons donc nous demander si certains gouvernements autochtones n'échappent pas à cette définition et, conséquemment, si les droits et libertés de la Charte peuvent être utilisés pour contester les lois et les actions de ces gouvernements.

La question suivante illustre bien cette situation difficile : La Charte s'applique-t-elle à tous les gouvernements autochtones, que leur autorité soit inhérente ou qu'elle découle d'un traité (consentement)? La question est compliquée – ou clarifiée – par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui se situe en dehors de la Charte et dont l'objectif, selon la Cour suprême, est de « reconnaître l'occupation antérieure du Canada par les sociétés autochtones, ainsi [que de] concilier leur existence contemporaine avec la souveraineté de la Couronne¹⁵³. »

L'application de la Charte à des gouvernements antérieurs non seulement à la Charte, mais aussi à la *Constitution*, et qui n'y ont pas consenti – et n'auraient pas pu le faire – est difficile à concilier avec l'idée que la réconciliation est fondée sur le respect du droit des peuples autochtones à l'autodétermination. D'autre part, il semble incontestable que la Charte devrait s'appliquer lorsque les droits à l'autonomie gouvernementale ont été reconnus par un traité. Mais dans de tels cas, les tribunaux devront faire s'en remettre à l'article 25 et reconnaître que, si les Autochtones peuvent faire valoir leurs droits en vertu de la Charte contre leurs gouvernements autochtones, ces derniers conservent leur intégrité et leur autonomie relative à l'égard du Canada et des provinces.

Devons-nous, comme McIvor semble le préconiser, céder à une mission de décolonisation totale au point que la *Constitution* elle-même doive être décolonisée pour que la réconciliation ait lieu ? Et quels seraient le rôle de la Charte et sa place dans une telle mission ? La Charte constitue-t-elle un obstacle à la réconciliation ou peut-elle être un outil – combiné avec l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* – permettant cette entreprise ?

Il convient de rappeler que la discussion portant sur la réconciliation et ses éléments connexes ne se déroulent pas dans le vide. Elle s'inscrit dans le contexte d'une longue histoire d'évolution du constitutionnalisme libéral, incluant le nouveau chapitre, écrit en 1982, de la suprématie constitutionnelle, qui est encore en train de développer son assurance. Nous devons nous

demander dans quelle mesure le projet de réconciliation est compatible avec cette tradition politique et, par ailleurs, quels types d'accommodements les peuples autochtones et la population canadienne non autochtone sont-ils prêts à accepter pour que la réconciliation devienne une réalité satisfaisante pour les deux parties.

Au-delà du défi immédiat de la réconciliation, il y a aussi la question de savoir si un nouveau fédéralisme coopératif qui intègre les Premières Nations et les gouvernements autochtones dans le projet fédéraliste en tant que parties égales – de nation à nation – permettra à terme d'intégrer les droits et les coutumes autochtones dans le champ d'application et d'interprétation de la Charte. Aurons-nous une jurisprudence sur la Charte qui incorpore les notions autochtones de communauté et d'identité de groupe dans la compréhension de la Charte de l'égalité des personnes et de « la vie, la liberté et la sécurité de la personne¹⁵⁴ » ?

Le Canada devra préalablement démontrer son engagement envers la réconciliation en acceptant et en s'acquittant de ses obligations morales, voire juridiques, en vertu de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*¹⁵⁵. Il ne fait aucun doute que cette entreprise provoquera de nouveaux conflits entre les revendications de droits individuels – des Canadien·ne·s autochtones et non autochtones – en vertu de la Charte et les revendications des Premières Nations en vue de gouverner sans restrictions à leur souveraineté et à leur pouvoir discrétionnaire résultant de l'application de la Charte.

Pour conclure, comme Thomas Axworthy l'a dit avec tant de justesse et d'élégance lors d'un récent échange en privé : « être justes, c'est l'objectif qui devrait être poursuivi à notre époque¹⁵⁶ ». Nous devons trouver un équilibre entre notre reconnaissance des injustices passées et les leçons tirées de l'Histoire qui en résultent, et l'appréciation et le renforcement des grandes institutions et traditions qui ont fait du Canada l'un des pays les plus admirés de la planète. Cet exercice d'équilibre devrait inspirer le projet de réconciliation du Canada.

05. La Charte dans le monde : un modèle fort contre les forces du recul de la démocratie ?

Il est indéniable que c'est la Cour Suprême du Canada, et non la Cour suprême des États-Unis, qui est devenue un modèle pour les tribunaux constitutionnels du monde entier. Notre jurisprudence, notre audace, notre créativité visionnaire constituent la voie à suivre pour la plupart des cours constitutionnelles post-modernes démocratiques¹⁵⁷.

*Propos de Rosalie Abella,
ancienne juge à la retraite
de la Cour Suprême du Canada*

Il est désolant de constater que l'influence du Canada dans le monde a énormément diminué au cours des vingt dernières années, alors qu'il était autrefois « une puissance moyenne » respectée à l'étranger pour son rôle dans le développement, le maintien de la paix, le domaine du renseignement et de la sécurité et la promotion des accords commerciaux régionaux et mondiaux. Le Canada avait su imposer le respect par sa fidélité à ses alliés tout en mettant en œuvre ses programmes indépendants

dans le domaine de l'environnement, en Afrique du Sud et lors de la guerre en Irak¹⁵⁸. En 2005, lorsqu'on lui a demandé dans quels domaines le Canada avait eu une incidence notable dans le monde, un fonctionnaire européen a répondu :

« Il ne me vient rien à l'esprit¹⁵⁹. »

L'on peut voir toutefois une exception notable et bienvenue à cette tendance, et c'est dans le domaine du droit constitutionnel et, plus précisément, celui de la jurisprudence sur la Charte. Cela est dû en grande partie aux qualités de la Charte, c'est-à-dire à l'intelligence de son élaboration et de sa rédaction, à son expression éloquente et complète des valeurs du constitutionnalisme libéral et au manuel d'instruction pour la mise en œuvre, le fonctionnement et la défense de ces valeurs, méticuleusement exposé dans ses trente-quatre articles. Mais l'intérêt mondial pour la Charte doit être attribué en grande partie à la Cour suprême du Canada, à la fois pour sa jurisprudence avant-gardiste relative à la Charte et pour sa « diplomatie judiciaire », moins reconnue¹⁶⁰.

Les juges participent de plus en plus à un dialogue direct et à des activités d'échange avec des juges et des juristes d'autres pays, à l'occasion de conférences publiques et de communications privées, partageant des réflexions, des expériences et des opinions sur des questions telles que le droit substantiel, les précédents et les pratiques exemplaires¹⁶¹.

Cependant, ce qui distingue le Canada en matière de jurisprudence constitutionnelle, c'est la Charte elle-même. La Charte a influencé le développement de constitutions dans le monde entier. « La Charte a remplacé la *Déclaration des droits* américaine en tant que document constitutionnel le plus imité par d'autres nations, a écrit John Ibbitson à l'occasion du trentième anniversaire de la signature de la Charte¹⁶². Le Canada a surpassé ou même supplanté les États-Unis comme exportateur mondial de droit constitutionnel¹⁶³. » Plusieurs pays, en particulier d'autres anciennes colonies britanniques, mais aussi des pays comme Israël, Hong-Kong et des pays de l'Europe de l'Est, se tournent vers la Charte et la jurisprudence de la Cour suprême du Canada parce que ces pays « se targuent de partager les mêmes objectifs et les mêmes valeurs que la société canadienne¹⁶⁴. »

La Charte, avec son enchâssement des droits démocratiques (art. 3 à 5), a été qualifiée de « modèle pour les autres démocraties¹⁶⁵ ». L'expérience du Canada avec la Charte a été prise en compte lorsque le Royaume-Uni a introduit, pour la première fois dans le droit constitutionnel britannique moderne, un cadre fondé sur les droits sous la forme

de la *Loi sur les droits de la personne de 1998*¹⁶⁶. Les constitutionnalistes britanniques se sont particulièrement intéressés au modèle unique du Canada qui régit les relations entre les tribunaux, le Parlement et la population¹⁶⁷.

La Charte a engendré de la fascination, de l'inspiration et, à l'occasion, une utilisation impropre et abusive, sélective et opportuniste, pour l'avancement de programmes nationaux étrangers, notamment certains dont les objectifs étaient résolument antagonistes aux valeurs du constitutionnalisme libéral et à la place importante dévolue au contrôle judiciaire¹⁶⁸.

La question importante de la pertinence de la Charte pour la cause de la démocratie libérale à l'extérieur des frontières du Canada peut sans doute être mieux évaluée, non pas en fonction de son influence sur l'élaboration de constitutions étrangères ou la jurisprudence des tribunaux constitutionnels étrangers, mais en fonction de l'état de la démocratie libérale dans le monde. Si l'on s'en tient à ce critère, les nouvelles ne sont pas encourageantes.

La démocratie libérale est menacée par des forces qui cherchent, voire vantent, les vertus d'un ordre « antilibéral¹⁶⁹ » et promettent de démanteler ou de déconstruire l'État administratif¹⁷⁰.

Dans tout l'Occident, les partis populistes font d'importantes percées électorales et, dans de nombreux cas, forment des gouvernements. Bien qu'ayant chacun leur spécificité historique et culturelle, ils ont en commun un antagonisme marqué envers les caractéristiques distinctives de la

démocratie libérale : la protection des droits et libertés individuels, en particulier ceux des minorités distinctes et isolées face à un majoritarisme par ailleurs sans entrave, le respect d'un pouvoir judiciaire indépendant chargé d'assurer le contrôle constitutionnel des lois adoptées par le peuple, un contrepoids au pouvoir exécutif et une déférence à l'égard d'un fondement épistémique commun; chacun de ces éléments ayant été représenté comme une sorte de répudiation de la volonté populaire.

Ce n'est pas faire preuve de catastrophisme que de déclarer qu'une ère sombre d'antilibéralisme est à nos portes. Malgré les récentes perspectives optimistes de certain·e·s observateur·rice·s de la condition humaine¹⁷¹, nous assistons, à grande échelle, à un recul indubitable de l'allégeance aux principes démocratiques libéraux dans tout l'Occident¹⁷². La démocratie libérale perd rapidement du terrain face à des gouvernements antilibéraux, même s'ils tentent de passer sous l'étiquette et la nomenclature de « démocratique¹⁷³ ».

Nous vivons à une époque où la raison, la science et la recherche de la vérité ne sont plus des buts universellement prisés. Elles ne sont même pas considérées comme des moyens fiables d'atteindre nos objectifs les plus élevés et de mener à bien nos projets collectifs les plus importants. Le caractère démocratique et la qualité des « démocraties » partout dans le monde se détériorent à un rythme rapide. Le rapport 2019 de Freedom House sur l'état de la liberté et de la démocratie dans le monde fait état d'un déclin de la liberté pour une treizième année consécutive et déclare que cette « tendance est constante et

inquiétante. La démocratie est en recul », y compris dans des pays traditionnellement considérés comme des démocraties libérales. La conclusion la plus troublante de Freedom House est qu'il existe une crise de confiance dans les systèmes politiques des démocraties établies, entraînant une baisse constante au cours des quinze dernières années du score de liberté de ces pays¹⁷⁴.

Il est courant de voir des dirigeant·e·s élu·e·s et des gouvernements populaires se passer des subtilités de l'indépendance judiciaire, des limitations juridictionnelles du pouvoir exécutif, des fonctions de reddition de comptes du quatrième pouvoir (une presse libre), de la représentation de l'opposition et des minorités, des organismes de surveillance et de régulation indépendants. La diabolisation, la diffamation et la délégitimation par les dirigeant·e·s autocratiques de leurs opposant·e·s et adversaires politiques perçu·e·s, voire de toutes les personnes qui expriment un désaccord, sont devenues le mode de discours dominant dans de nombreux milieux. Tout cela, aggravé par la tendance de la société de masse à se diviser selon des lignes idéologiques et religieuses, et facilité par la technologie moderne de communication sociale et politique, a produit un niveau de toxicité sans précédent dans les discours politiques et une paralysie des législatures.

Ces conditions remettent gravement en question notre capacité à nous gouverner de manière efficace et démocratique et nous rendent particulièrement vulnérables à la séduction et à la domination d'aspirant·e·s démagogues populistes qui utilisent le jargon et les symboles de la politique

démocratique pour se conférer
l'imprimatur de la légitimité politique.

C'est en tenant compte de cette sombre
tendance et de cette réalité indéniable que
nous devrions évaluer le rôle du Canada
dans le monde et sa capacité à devenir
un véritable moteur de résistance et
de renversement du recul démocratique,
qui a pris un caractère d'inévitabilité et
a assombri notre espoir en une nouvelle
ère de constitutionnalisme libéral.

Notre Charte et la jurisprudence qui
en découle sont à juste titre des sources
de fierté pour le Canada. Mais pour
exercer une influence à l'échelle mondiale,
le Canada et ses amis et partenaires
internationaux devront faire preuve
de détermination politique. Cela ne peut
s'effectuer sans une réhabilitation de
notre position dans le monde dans divers
domaines : le développement, la défense
nationale et la sécurité mondiale,
un secteur manufacturier et d'exportation
plus robuste et une amélioration de la
politique et des pratiques commerciales
du Canada. Et, comme le montre clairement
l'étude d'Alex Neve, nous ne pouvons
pas être des phares moraux sur la scène
mondiale si nous ne faisons pas notre
part du travail et si nous ne joignons
pas le geste à la parole chez nous¹⁷⁵.

Conclusion



Nous devons considérer la Charte non seulement comme un document de codification constitutionnelle des droits de la personne et des libertés civiles, mais aussi comme une réorganisation de l'ensemble du régime constitutionnel. En effet, la Charte ne se contente pas d'enclôser les droits et libertés dans la Constitution, donnant ainsi aux individus, pour la première fois, la possibilité de contester la validité et l'applicabilité des lois au motif que leurs droits et intérêts personnels sont compromis; elle modifie aussi radicalement la relation entre les pouvoirs législatif et judiciaire. Avec la Charte, nous passons de la suprématie parlementaire à quelque chose de différent, quelque chose d'uniquement canadien : une suprématie constitutionnelle qui, sans l'inclusion de l'article 33 de la Charte, aurait équivalu à une variante de la suprématie judiciaire en ce qui concerne les contestations fondées sur la Charte. Au lieu de cela, nous avons une forme hybride de constitutionnalisme qui implique un dialogue compliqué entre les législatures et les tribunaux, une sorte de

pas de deux avec des rebondissements occasionnels, dans lequel ce sont les législatures ou les tribunaux qui ont le dernier mot, selon que la disposition de dérogation a été invoquée ou non.

Que nous considérons la Charte comme un moyen de faire progresser les programmes politiques, environnementaux et de justice sociale – c'est-à-dire comme un facilitateur du renouvellement et de la redéfinition continus de nos arrangements sociétaux et de nos conceptions toujours changeantes de la justice distributive – ou que nous préférions qu'elle demeure un instrument de responsabilisation, servant de rempart contre les restrictions étatiques des droits et libertés individuels et un mécanisme permettant d'ordonner correctement les relations entre l'État et ses citoyen·ne·s, cela reste une question ouverte.

Au moment où nous nous penchons sur les défis auxquels notre pays est confronté et sur les aspirations de la population canadienne, il est bon de se rappeler qu'on ne peut pas demander à la Charte de faire ce qu'elle n'a pas été conçue pour faire.

Après tout, il s'agit essentiellement d'une déclaration de principes en matière de droits de la personne et de libertés civiles, étendue, sous certains aspects, aux droits communautaires et même aux prérogatives politiques. Les problèmes ou défis auxquels le Canada fait face ne relèvent pas tous d'un enjeu sur lequel la Charte peut s'exprimer. Il est vrai que le discours sur les *droits de la personne* a été le principal paradigme de justice citoyenne, politique et sociale de l'après-guerre en Occident. Ainsi, nous avons eu tendance à considérer chaque problème sous l'angle des droits de la personne. Pourtant, il existe des phénomènes sociaux qui ne peuvent être expliqués ou traités dans ce cadre ou en termes de droits.

Ne nous montrons pas non plus modestes dans nos attentes à l'égard de la Charte. Même si notre Constitution a été critiquée avec éloquence comme portant l'ADN du colonialisme dans son essence, notre société trouve des moyens, par la protestation, les discours politiques et, bien sûr, le contentieux et le dialogue judiciaire avec les Canadien·ne·s – en particulier

avec les peuples autochtones – de faire en sorte que la Charte exprime ce que l'arc de la justice et la marche de l'Histoire et du progrès requièrent de sa part.

Nous avons hérité d'une nouvelle constitution plus exhaustive en 1982. Et bien qu'il soit impossible de résoudre les questions et les conflits sociaux les plus épineux uniquement en ayant recours à un document ou à une institution, nous devons, en tant que citoyens et citoyennes d'une démocratie libérale soutenir la Constitution, lui donner vie, arroser « cet arbre vivant » et réaffirmer sa pertinence en la mettant au service de notre but citoyen le plus noble : la garantie que nous continuerons à vivre dans une société libre et démocratique.

NOTES

1. John English, *Just Watch Me: The Life of Pierre Elliott Trudeau, Vol 2: 1968-2000*, (Toronto: Vintage Canada, 2009), p. 527. [En français : *Trudeau : Regardez-moi bien aller!*, tome 2 : 1968-2000, Les Éditions de l'homme, novembre 2009.] Extrait du discours prononcé par le premier ministre Pierre Trudeau à l'occasion de la signature par la Reine de la proclamation mettant en vigueur la loi constitutionnelle de 1982 pour le Canada.
2. *Message de la Gouverneure générale à l'occasion du 40^e anniversaire de la Charte canadienne des droits et libertés*, communiqué de presse de Rideau Hall, 17 avril 2022. <https://www.gg.ca/fr/media/nouvelles/2022/40e-anniversaire-de-la-charte-canadienne-des-droits>.
3. Comité éditorial du Star, « After four decades, we still must build on gains by Charter of Rights ». *Toronto Star*, 23 avril 2022 https://www.thestar.com/opinion/editorials/after-four-decades-we-still-must-build-on-gains-made-by-charter-of-rights/article_b385a0ea-d334-585b-880c-e4665c1b2bcc.html ; voir aussi Greg Quinn, « Survey finds we like the Charter of Rights more than hockey », *Calgary Herald*, 1^{er} octobre 2015. <https://calgaryherald.com/news/national/canadians-like-hockey-they-love-the-constitutional-bill-of-rights>; voir aussi Statistique Canada, *Identité canadienne 2013* : <https://www150.statcan.gc.ca/n1/pub/89-652-x/89-652-x2015005-fra.htm>
4. Pierre Elliott Trudeau, *Memoirs* (Toronto : McClelland & Stewart, 1993), [En français : *Mémoires politiques* (Montréal : Le Jour, 1993) p. 312-329. Les « mesures de rapatriement », que Trudeau appelait « les mesures populaires », comprenait le rapatriement de la Constitution, une Charte des droits et libertés et une formule d'amendement. Il existe un autre point de vue sur la question, selon lequel c'est Lévesque qui aurait trahi ses homologues des autres provinces.
5. Le principal représentant de ce groupe était le premier ministre de l'Alberta, Peter Lougheed, qui croyait fermement en une fédération décentralisée avec une interprétation généreuse des pouvoirs provinciaux en vertu de l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, tel qu'il existait à l'époque. M.Lougheed est celui qui a provisoirement obtenu du « Groupe des huit » qu'il accepte la « formule de l'Alberta » – qui ne contenait pas de Charte – en opposition au programme de rapatriement de Trudeau, et qui a finalement insisté sur l'inclusion d'une disposition de dérogation – la clause nonobstant – si la Charte devait être incluse. Voir Trudeau, *supra* note 4.
6. Des hommes politiques conservateurs et des spécialistes des sciences politiques et juridiques tels que F.L. Morton et Preston Manning ont été parmi les critiques les plus virulents de la Charte; F.L. Morton, « After 40 years, the Charter is still one of the worst bargains in Canadian history: Rather than the people's party, today's progressives now see the people as the problem », *National Post*, 14 avril 2022; F.L. Morton, *The Charter Revolution and the Court Party*, (Toronto: University of Toronto Press. 2000), et voir David Climenhaga, « Conservative distrust of the Charter still runs deep », *Rabble.ca*, 18 avril 2022, <https://rabble.ca/politics/canadian-politics/conservative-distrust-of-the-charter-still-runs-deep/>
7. Miraj Trilsch, « The Charter at 40 – Who's still afraid of social rights? », *McGill University, Centre for Human Rights and Legal Pluralism*, 22 juin 2022, <https://www.mcgill.ca/humanrights/article/charter-40-whos-still-afraid-social-rights>; Catherine Dauvergne, « How the Charter Has Failed Non-Citizens in Canada », (Fondation Trudeau) https://www.fondationtrudeau.ca/sites/default/files/u5/article_catherine_dauvergne.pdf

8. J'aborde la question dans la troisième partie de ce texte : « Qui a le «dernier mot » : disposition de dérogation et suprématie constitutionnelle », ainsi que dans un article d'opinion, « Section 33 has no place in a liberal democracy. It ought to be repealed », *National Post*, 15 juin 2021, <https://nationalpost.com/opinion/peter-l-biro-section-33-has-no-place-in-a-liberal-democracy-it-ought-to-be-repealed>. Voir aussi, Deborah Coyne, *Canada's Faux Democracy: What are we going to do about it?* (livre numérique, juillet 2021) ch. 5 <https://deborahcoyne.ca/canadas-faux-democracy/#:~:text=The%20rise%20of%20Canada%E2%80%99s%20faux%20democracy%20represents%20a.practices.%20Costly%20court%20challenges%20will%20not%20be%20enough>
9. Steven Penney et Colton Fehr, « The *Charter* made us more liberal and less democratic », *the Hub*, 20 avril 2022 <https://thehub.ca/2022-04-20/opinion-enacting-the-charter-made-us-more-liberal-and-less-democratic/>; ce point de vue rejoint celui des premiers critiques de la Charte, comme Peter Lougheed et Peter Russell, pour qui la souveraineté parlementaire et le modèle de Westminster constituaient un modèle de gouvernement idéal pour une démocratie. Ils ont fini par nuancer leur position, mais uniquement sur la base de l'inclusion de la disposition de dérogation afin de freiner le militantisme judiciaire et les excès du contrôle juridictionnel.
10. Voir : Eugénie Brouillet et Bruce Ryder, « Key doctrines in Canadian legal federalism », Peter Oliver, Patrick Macklem, Nathalie Des Rosiers, éditeurs, *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, (Oxford University Press, 2017) p. 415-32
11. Peter Hogg a relevé plusieurs droits énoncés dans divers articles de la loi qu'il a appelés la « petite déclaration des droits » : parmi eux figure l'article 93, qui prévoit, nonobstant la compétence provinciale en matière d'éducation, le droit à des écoles séparées pour les minorités protestantes ou catholiques. Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, deuxième édition (Toronto: Carswell, 1985) p. 824.
12. *Le Saskatchewan Bill of Rights* est la première loi canadienne sur les droits de la personne, promulguée en 1947 à l'initiative du premier ministre saskatchewanais de l'époque, Tommy Douglas. Plus tard, des lois sur les droits de la personne ont été adoptées en Ontario (1962), en Nouvelle-Écosse (1963), en Alberta (1966), au Nouveau-Brunswick (1967), à l'Île-du-Prince-Édouard (1968), à Terre-Neuve (1969), en Colombie-Britannique (1969), au Manitoba (1970) et au Québec (1975). En 1977, le gouvernement fédéral a promulgué la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.
13. Voir Brouillet et Ryder, note 10.
14. Cela fait référence à la caractéristique dominante d'une loi, c'est-à-dire à l'essence de la question sur laquelle porte la loi, afin de déterminer si le gouvernement promulguant la loi est *intra vires* des pouvoirs qui lui sont attribués par la Constitution en vertu des articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle. Voir Peter Hogg, *supra* note 11, p. 312.
15. 30-31 Vict., ch. 3 (R.-U.)
16. Cela renvoie au préambule de l'article 91 (qui définit les pouvoirs attribués au Parlement): « 91. Il sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces... » Le pouvoir « POBG » a souvent été considéré comme la base des compétences du Parlement en cas d'urgence et de sa juridiction sur toutes les questions jugées « d'intérêt national », dans la mesure où ces questions ne sont pas expressément énumérées dans l'une des sous-sections des articles 91 et 92.
17. Voir Hogg, *supra* note 11, p. 636-38. La *Doctrine de la déclaration implicite des droits* est examinée et expliquée plus loin dans cette section du document, en tant qu'extension de la *doctrine Duff*. L'intention de cette doctrine, qui n'a jamais été adoptée par une majorité de la Cour dans aucune affaire, mais qui a été formulée en opinion incidente dans quelques dossiers, est que les principes fondamentaux des libertés civiles et de la démocratie libérale étaient implicites dans le droit du Canada, à la fois dans certains termes du préambule de l'AANB de 1867 et dans le préambule de son article 91, ainsi que dans le principe de la primauté du droit de la common law. Voir les notes 26 et 33 ci-dessous.
18. *Référence au sens du mot « personnes » dans l'article 24 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, [1928] R.C.S. 276, renversé par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Edwards c. A.G. Can.* (1930) A.C. 124.
19. *Supra* note 14, « Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni... »

20. Une phrase qui, selon moi, exprime l'objectif et les valeurs fondamentales de la Charte – voir l'article 1 de la Charte.
21. La Charte des libertés anglaises établie par le roi Jean, le 15 juin 1215, (la *Magna Carta*).
22. *Re : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753 (*Renvoi relatif au rapatriement*).
23. Lord Durham, *Le rapport sur les affaires de l'Amérique du Nord britannique*, 1839.
24. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, (1885/ Londres : MacMillan, 1915 / Liberty Press, 1982).
25. *Bank Taxation Act 1937* (loi sur la taxation des banques), impose des taxes provinciales sur le capital et les fonds de réserve des banques à des taux punitifs; *Credit of Alberta Regulation Act, 1937* (loi sur la réglementation du crédit); *Accurate News and Information Act 1937* (loi sur l'exactitude des nouvelles et des informations).
26. Après la Grande Dépression et l'effondrement total du système bancaire et de l'économie de marché en Amérique du Nord, le gouvernement albertain de William Aberhart a cherché à établir un système de crédit circulant qui reflète en permanence la capacité économique de l'Alberta à produire des biens et des services. On a appelé ce système « crédit social ». Eberhard considérait que son succès reposait sur la confiance totale des citoyen-ne-s dans le système et de leur allégeance à celui-ci. Selon le juge Cannon, « la doctrine du Crédit Social doit devenir, pour les habitants de l'Alberta, une sorte de dogme religieux dont on interdit la discussion libre et incontrôlée. » La psychologie derrière ce projet était très importante, car Eberhard était convaincu que les élites bancaires de l'Est étaient responsables de la dépression et que le succès du crédit social nécessitait qu'il soit à l'abri des critiques publiques et des informations qui pourraient faire perdre aux Albertains la foi en ses vertus.
27. *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta – Bank Taxation Act; Credit of Alberta Regulation Act; et Accurate News and Information Act*, [1938] R.C.S. 100
28. *Ibid.* p. 132-34
29. *Ibid.* p. 146
30. Hogg, *supra* note 11 p. 636-38
31. *Saumer c. Québec* [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman c. Elbling* [1957] R.C.S. 285; *Roncarelli c. Duplessis* [1959] R.C.S. 121.
32. *Ibid.*
33. *Ibid.*, *Saumer*.
34. *Ibid.*, *Roncarelli*.
35. *Déclaration canadienne des droits* C.S. 1960, ch. 44.
36. En 1961, M. Diefenbaker a expliqué ce que la Déclaration des droits signifiait pour lui : « Mon plaidoyer en faveur d'une déclaration des droits visait à garantir aux Canadiens, sans égard à leurs origines raciales ou à leurs noms de famille, le droit à une citoyenneté à part entière et la fin de la discrimination. C'était la base de ma philosophie de "Un Canada, une nation". », tiré de *John Diefenbaker on The Nation's Business*, 21 juin 1961; et *Diefenbaker, One Canada: The Years of Achievement* p. 251-55, cités par Rebecca Morris-Hurl, « Diefenbaker's Canada: A Vision for Human Rights and Multiculturalism in the Speeches from the Throne », *Canada and the Speeches from the Throne*. <https://opentextbooks.uregina.ca/primeministers2020/chapter/johndiefenbaker/#sdfootnote21sym>
37. Officiellement, *An Act to protect Certain Civil Rights* (Loi pour protéger certains droits civils), SS 1947, ch. 35
38. Ritchie J dans *Robertson et Rosetanni c. La Reine*, [1963] R.C.S. 65; et la dissidence du juge Cartwright dans *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.
39. *La Reine c. Drybones*, *supra* note 38. La Cour suprême du Canada a jugé qu'une disposition de la loi sur les Indiens était « inopérante » – c'est-à-dire qu'elle n'était plus valide ou en vigueur – parce qu'elle violait l'article 1(b) de la Déclaration canadienne des droits, qui garantit l'égalité devant la loi.
40. *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, j. Le Dain, par. 48.
41. Pierre Elliott Trudeau, *supra* note 4, p. 328.
42. *Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, partie 1 de la Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (RU), 1982, c. 11 a.

43. C'est pourquoi, Robert Leckey, par exemple, a soutenu que, même si l'article 33 de la Charte (la disposition de dérogation) a été invoqué, éliminant ainsi la question de l'application de la législation contestée, il demeure d'un intérêt public fondamental de disposer d'un avis juridique concernant l'effet d'une loi contestée sur l'exercice des droits et libertés garantis par la Charte. Cet intérêt public concerne la capacité des citoyen-ne-s à participer de manière effective au processus démocratique. Voir Robert Leckey et Eric Mendelsohn, *The notwithstanding clause: Legislatures, courts, and the electorate*, 72 2 UTLJ (2022), p. 189-215.
44. Voir Daniel Johnson, *Égalité ou indépendance*, (Québec : Éditions J. Didier, 1968), et J. English, *supra* note 1, p. 130.
45. La fascination de Trudeau pour la Constitution canadienne remonte à 1943, lorsqu'il a assisté à une conférence donnée par F.R. Scott, légendaire poète et spécialiste du droit constitutionnel, devant une classe de droit de l'Université de Montréal. M. Scott aurait alors plaidé pour « la nécessité que les législateurs interprètent le principe fédéraliste de l'Acte comme un instrument destiné à réaliser les aspirations de leurs compatriotes et la dualité culturelle du Canada. » Voir Stephen Clarkson et Christina McCall, *Trudeau and our Times, Vol 1: The Magnificent Obsession* (Toronto: McLelland & Stewart, 1990), p. 245-46. [En français, *Trudeau: l'homme, l'utopie, l'histoire*, Boréal, 1990]. L'opinion de Trudeau sur l'importance cruciale des garde-fous constitutionnels contre « la domination illimitée de la vie des citoyens par les toutes-puissantes machines de l'État » a été affinée et consolidée au cours de ses années d'études à Harvard, à Sciences Po et à la London School of Economics ; *Ibid.*, p. 247-48.
46. John English, *supra* note 1, p. 132-33.
47. *Ibid.* p. 131, Trudeau comme « individualiste ». « Je voyais dans la charte l'expression de ma position de longue date, à savoir que le sujet du droit doit être l'être humain en tant qu'individu; le droit doit permettre à l'individu de s'épanouir dans toute la mesure du possible. Pierre Trudeau, *supra* note 4, p. 322.
48. Que Trudeau a commencé à remodeler en ce sens en nommant en 1970 le juge Bora Laskin à la Cour suprême du Canada, pour ensuite l'élever au rang de juge en chef de la Cour en 1973.
49. *Edwards c. Canada* (P.g.). (1930) A.C. (JCPC) 124, p. 136, La Constitution est « un arbre capable de grandir et de grossir dans ses limites naturelles »; connu aussi sous le nom d'« Affaire personne ».
50. J. English, *supra* note 1, p. 133.
51. La Conférence de Victoria de 1971, qui a réuni les premiers ministres du Canada pour examiner la première formule complète de rapatriement proposée par Trudeau, comprenant une Charte canadienne des droits, et qui, si elle n'avait pas été rejetée à la dernière minute par le premier ministre du Québec, Robert Bourassa, aurait permis de conclure une entente dix ans avant l'entrée en vigueur de notre charte actuelle. Isaac MacPherson, « Pierre Trudeau's Patriation of Canada's Constitution », *MUSE*, 2022; Denis Lessard, « 50 ans de tiraillements Canada-Québec » *La Presse*, 15 juin 2021.
52. *Supra* note 22.
53. Imprévisible pour la plupart des gens, à l'exception de Jim Coutts, le principal conseiller politique de Trudeau à l'époque, qui avait été son secrétaire principal jusqu'à la défaite électorale de 1979, et qui avait lu les résultats des sondages de la fin de l'automne et avait comploté pour renverser le gouvernement Clark lors d'un vote de confiance sur le budget. Voir Clarkson et McCall, *supra* note 45, p. 151-181.
54. Clarkson et McCall, *supra* note 45. À la page 11, les auteur-e-s décrivent cette « obsession magnifique » comme une « volonté de résoudre les contradictions du Canada en tant qu'État-nation à travers un discours légaliste. »
55. Bien que la conception et la rédaction de la Charte aient été le fruit d'un effort collectif auquel ont participé un certain nombre de politicien-ne-s et de bureaucrates fédéraux et provinciaux, le mérite en revient en majeure partie à Roger Tassé, vice-ministre de la justice du Canada en 1982, surnommé l'« architecte » de la Charte.
56. L'article est à la fois un principe directeur pour l'interprétation de la Charte et une grande déclaration sur les conditions nécessaires – voire la nature même – d'une démocratie constitutionnelle libérale.
57. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
58. 32. (1) La présente Charte s'applique a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest; et b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.
59. *R. c. Edwards Books and Art* [1986] 2 R.C.S. 713, et *Irwin Toy c. Québec* [1989] 1 R.C.S. 927.

60. La dernière partie du deuxième point constitue en soi un test de proportionnalité dans le cadre du test de proportionnalité à trois volets.
61. Nathalie Des Rosiers appelle l'article 1 « un instrument de responsabilisation en démocratie » « Section 1 of the *Charter: An instrument of democratic accountability* », in Peter L. Biro ed., *Constitutional Democracy Under Stress: A Time For Heroic Citizenship* (Oakville: Mosaic Press, 2020), p. 83.
62. Cass Sunstein, « Why I Am a Liberal », *New York Times*, 20 novembre 2023 <https://www.nytimes.com/2023/11/20/opinion/cass-sunstein-why-liberal.html>
63. Certains affirment que ces droits ont trouvé une protection dans la jurisprudence relative à l'article 7 (re « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne »), voir, par exemple, *Chaoulli c. Québec* (Procureur général) [2005] 1. R.C.S. 791.
64. Tous ces éléments essentiels se trouvent, pour la plupart de manière explicite, dans les articles 1 à 15 de la Charte.
65. Articles 25 (maintien des droits des Autochtones), 26 (maintien d'autres droits), 27 (patrimoine culturel), 29 (droits relatifs aux écoles). Il est à noter que le « biculturalisme », qui est un aspect essentiel de la réalité culturelle et historique du Canada français et du Québec, ne figure nulle part dans cette nouvelle Constitution, si ce n'est sous la forme très limitée des protections linguistiques.
66. Pierre Elliott Trudeau, « A State Made to Measure », dans *Approaches to Politics*, (Toronto: Oxford University Press, 1970), p. 50; paru à l'origine en français dans un recueil d'essais de Trudeau édité par Jacques Hébert en 1958 dans la revue *Vrai* avec pour titre « Les cheminements de la politique ». [NDLT : La version française présentée dans ce document est une traduction personnelle.]
67. English, *supra* note 1, p. 527
68. *Hunter c. Southam Inc.* [1984] 2 R.C.S. 145, le droit d'être protégé contre les perquisitions et saisies abusives; *R. c. Therens*, *supra* note 39, où la Cour a estimé que la Charte nécessitait une interprétation plus rigoureuse que la Déclaration des droits, parce que le droit à l'assistance d'un avocat avait obtenu un statut constitutionnel; le droit à un avocat lors du procès et de la détention provisoire, l'accès à la justice pour les victimes, la vie privée et la sécurité, les perquisitions et saisies abusives et l'exclusion des éléments de preuve susceptibles de déconsidérer l'administration de la justice, *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; un système de justice plus rapide (*R. c. Askov*, [1990] J.C.S. no. 106, [1990] 2 R.C.S. 1199), une divulgation complète et rigoureuse des preuves avant le procès (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326), et le droit de connaître les faits reprochés. (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 21 (C.S.C.)). Voir Marc Rosenberg, « Twenty-Five Years Later: The Impact of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the Criminal Law », *Supreme Court Law Review*, 2nd Series, vol. 45 (Markham, ON: LexisNexis Canada, 2009), <https://www.ontariocourts.ca/coa/about-the-court/publications-speeches/twenty-five-years-later/>
69. *Ibid.*, Rosenberg.
70. *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Décriminaliser l'avortement, mais sans le légaliser ni le réglementer. La Cour a renvoyé la question au Parlement, qui a choisi de ne rien faire. Par conséquent, il est incorrect de dire que Morgentaler a permis d'instaurer le droit positif à l'avortement, ou le « droit de la femme de choisir », bien que la plupart des observateurs reconnaissent que l'article 7 de la *Charte* imposerait de fortes limites à l'étendue d'une éventuelle réglementation de l'avortement.
71. *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 4931998 – l'orientation sexuelle inscrite dans la législation sur les droits de la personne – motif de discrimination analogue (par opposition à motif énuméré), servant à établir les revendications d'autres droits, tels que le mariage pour tous, le droit à une pension, etc.; voir *Re relatif au mariage entre personnes du même sexe* [2004] 3 R.C.S. 689; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministère de la Justice)* [2000] 2 R.C.S. 1120.
72. Liberté de conscience et de religion, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; liberté de religion à l'école, *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys* [2006] 1 R.C.S. 256, liberté d'expression et ses limites justifiées, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989], dans un contexte de discours haineux, 1 R.C.S. 927, *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, dans un contexte de mise en balance de la liberté de la presse et du droit à un procès équitable, *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, dans un contexte de droits à l'égalité appliqués à la liberté d'expression et de limitation discriminatoire envers la communauté LGBTQ2, *Little Sisters Book and Art Emporium*, liberté d'association et droit à la grève, *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan* [2015] 1 R.C.S. 245;

73. *Working Families Coalition (Canada) Inc. c. Ontario* (Procureur général), 2023 ONCA 139, le droit de « jouer un rôle significatif dans le processus électoral » *Sauvé c. Canada* (Directeur général des élections), [2002] 3 R.C.S. 519, droit des détenus à voter.
74. S.7, Vie, liberté et sécurité de la personne - droit à l'équité procédurale et matérielle, *RE B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486; aide médicale à mourir, *Carter c. Canada* (Procureur général) [2015] 1 R.C.S. 331.
75. *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143
76. *Eldridge c. Colombie-Britannique* (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624
77. *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c. Colombie-Britannique*, [2020] 1 R.C.S. 678; *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, (2023), CSC 31, et nécessitant que l'on considère sérieusement la manière dont la décision aura une incidence sur les valeurs concernées de la Charte, et ce, même lorsqu'aucun droit garanti par la Charte n'est directement enfreint.
78. Titre autochtone, *Delgamuukw c. Colombie-Britannique* [1997] 3 R.C.S.1010, droits ancestraux et issus des traités, R. c. Marshall [1999] 3 R.C.S. 456. Selon moi, il s'agit d'une arme à double tranchant. D'une part, il y a la reconnaissance des droits ancestraux ancrés dans le droit autochtone, l'autonomie gouvernementale, la reconnaissance du statut (en vertu de la Loi sur les Indiens), les droits issus des traités, le consentement et les droits inhérents; d'autre part, il y a les contraintes découlant de la soumission à un système colonial et à la constitution du « colonisateur », et les paradoxes d'être à la fois « protégé-e » et restreint-e. Nous y reviendrons plus en détail plus loin.
79. Les tribunaux ne sont pas seulement plus « activistes », ils sont aussi plus « actifs » – avec l'ajout d'affaires relatives à la Charte au rôle d'audience. Selon F.L. Morton, Peter Russell et Michael Withey, dans « The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions : A Statistical Analysis », *Osgoode Hall Law Journal* 30.1 (1992) p. 1-56, « La Charte a modifié la composition du rôle de la Cour suprême. Le tableau 1 montre que, depuis la première décision de la Cour basée sur la Charte en mai 1984, le volume des affaires relatives à la Charte a régulièrement augmenté. Depuis 1987, elles représentent près d'un quart du nombre d'affaires jugées annuellement par la Cour. Il peut être intéressant de noter que le pourcentage correspondant pour la Cour suprême des États-Unis est presque identique. » Les juges avaient un nouveau rôle à jouer dans notre cadre constitutionnel, devenant inéluctablement des décideurs politiques. En tant que commentateur-riche-s du contenu des droits, en tant que « service des plaintes » de la société en matière de droits de la personne et de libertés civiles et en tant qu'arbitre des griefs publics, ainsi qu'en tant que mécanisme de responsabilisation en vertu de l'article 1, le pouvoir judiciaire a pris une importance beaucoup plus grande dans la société.
80. *Edwards c. AG Canada*, *supra* note 49.
81. Peter W Hogg, « Interpreting the *Charter of Rights*: Generosity and Justification » (1990) 4:28 *Osgoode Hall LJ* p. 817 à 820. *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 48; *R c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4^e) 321 par. 116; *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*; Colin Feasby, « The Evolving Approach to Charter Interpretation », 2022 p. 60-1 *Alberta Law Review* 35, 2022 CanLII Docs 3232, <https://canlii.ca/t/7mxks>
82. *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra* note 72, par. 116.
83. *Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest c. Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*
84. « La démarche que notre Cour a adoptée et qu'elle applique régulièrement relativement à l'interprétation du par. 15(1) repose sur trois questions primordiales : (A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? (B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? (C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité? La première question vise à déterminer si la loi entraîne une différence de traitement. Les deuxième et troisième questions visent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1). » *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.
85. Je développe ce point dans la troisième partie de mon essai « Some thoughts about a liberal legal culture: Considering Canada's Anti-terrorism Act, the Constitution and the HR Revolution », Howard Aster et Thomas Axworthy, éd., dans *Searching for the New Liberalism: Perspectives, Policies, Prospects* (Oakville: Mosaic Press, 2003), p. 111-134.

86. Il est important de comprendre que l'article 27 ne confère ni n'énumère de libertés ou de droits substantiels, mais qu'il s'agit uniquement d'une disposition interprétative. Néanmoins, il constitue une déclaration importante sur le caractère pluraliste du Canada, sur les plans démographique et culturel, et semble également destiné à donner aux tribunaux une sorte de mandat pour lire le pluralisme culturel, pour ainsi dire, dans toute réflexion concernant la manière dont l'exercice des droits et libertés énumérés se manifeste pleinement dans une société multiculturelle – en tenant compte de l'expérience spécifique du Canada. Voir note 87 pour des exemples.
87. *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté*, [1994] 2 C.F. 406 (C.A.F.); *Hak c. Procureur général du Québec*, 2021 QCCS 1466, par. 638. L'article 27 a servi à définir le contenu de la liberté de conscience et de religion en vertu de l'article 2(a) de manière large pour inclure la coercition indirecte (*R. c. Edwards Books and Art Ltd. et al.*, [1986] 2 R.C.S.] 713) et pour appuyer une conception non confessionnelle de la gouvernance (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.* [1985] 1 R.C.S.] 295; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263. La Cour suprême a fait référence aux valeurs du multiculturalisme consacrées par l'article 27 comme étant liées au devoir de neutralité religieuse de l'État (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 R.C.S. 3), référence à l'article 27 concernant les circonstances dans lesquelles une femme peut être autorisée à porter un niqab pendant qu'elle témoigne à un procès (*R. c. N.S.*, 2010 ONCA 670, conf., [2012] 3 R.C.S. 726; pour définir le droit à un-e interprète prévu à l'article 14 afin que les services puissent être rendus dans une langue autre que l'anglais et le français (*R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; utilisation de l'article 27 rejetée concernant l'interprétation des droits à l'instruction dans la langue de la minorité en vertu de l'article 23 (*Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839); jugé qu'il ne portait pas atteinte au statut spécial conféré au français et à l'anglais par l'article 16 de la *Charte (Société des Acadiens c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549); *R. c. Entreprises W.F.H. ltée*, [2001] R.J.Q. 2557 (C.A.), demande d'autorisation d'interjeter appel à la CSC rejetée ([2001] C.S.C.R. No. 625). Le recours à l'article 27 pour interpréter la portée de la liberté d'expression conférée par l'alinéa 2b) de la Charte a été rejeté dans une affaire de discours haineux, mais on y a eu recours pour analyser les limites de l'article 1. (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; et *Commission des droits de la personne c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *American Freedom Defence Initiative c. Edmonton (Ville)*, 2016 ABQB 555; résultat différent que pour *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 où, en parvenant à la conclusion que l'atteinte à l'alinéa 2b) de la Charte n'était pas justifiée en vertu de l'article 1, la majorité des juges s'est révélée en désaccord avec la nature particulière de la déférence accordée à l'article 27 par les juges dissidents). Il a été établi que l'article 27 est pertinent pour ce qui est d'assurer la représentativité de la diversité de la société canadienne au sein d'un jury. *R. c. Brown (Application to prohibit Crown discrimination in peremptory challenges)* [1999] O.J. No. 4867 (Cour de l'Ont. Div. Gén.).
88. La disposition de dérogation fait l'objet d'une recherche et d'une analyse exhaustives, dans Peter L. Biro, éd., *The Notwithstanding Clause and the Canadian Charter : Rights, Reforms, and Controversies*, (Montréal, Londres : McGill- Queen's University Press, 2024).
89. Caitlin Salvino, « A Tool of Last Resort : A Comprehensive Account of the Notwithstanding Clause Political Uses 1982-2021 » (2022) 16 JPPL 1, et « Notwithstanding Minority Rights: Rethinking Canada's Notwithstanding Clause », dans Biro, *supra* note 88, p. 401.
90. 11 *Débats de la Chambre des communes*, 32^e législature, 1^{re} session, (20 novembre 1981) p. 13042-13043 [Débats du 20 novembre 1981].
91. 13 *Débats* du 20 novembre 1981, *supra* note 5, p. 13042-13043.
92. Allan Blakeney, « The Notwithstanding Clause, the *Charter*, and Canada's Patriated Constitution: What I Thought We Were Doing » (2010) 19 *Forum constitutionnel* 1.
93. Peter Lougheed, « Why a Notwithstanding Clause? » (1998), *Centre for Constitutional Studies*, p. 3.
94. Thomas Axworthy, « The *Charter* at 40: An Historic Canadian Compromise », *Policy*, 3 mai 2022 <https://www.policymagazine.ca/the-charter-at-40-an-historic-canadian-compromise/>
95. Analysés en détail dans Biro, *supra* note 88.
96. *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, R.L.R.Q., c-L-4.2, ss. 1, 2, 5-7, loi qui appliquait la disposition de dérogation à l'ensemble des lois du Québec, ce qui soulevait des questions délicates quant à l'utilisation rétroactive et préventive de la dérogation.
97. Guillaume Rousseau et François Côté, « Bill 21 and Bill 96 in Light of a Distinctive Quebec Theory of the Notwithstanding Clause: A Distinct Approach for a Distinct Society and a Distinct Legal Tradition », dans Biro *supra* note 88, p. 231-232.

98. Dans la nuit du 4 au 5 novembre 1981, lorsque la « bande des huit » abandonne subrepticement l'un de ses membres, le Québec, à l'insu du premier ministre Lévesque, et conclut un accord avec l'équipe de Pierre Trudeau sur le rapatriement et l'inclusion d'une Charte assortie d'une disposition de dérogation. Voir le récit de Brian Bird « The Charter at Forty: The legacy of Pierre Elliott Trudeau », *The Hub*, 4 mars 2022, <https://thehub.ca/2022-03-04/charter-at-forty-the-legacy-of-pierre-elliott-trudeau>. Voir Steve Paikin in Bill Davis : Nation Builder, And Not So Bland After All (Toronto : Dundurn, 2016), p. 300-03, dans lequel Paikin raconte qu'un appel tardif de Davis à Trudeau avait convaincu Trudeau de céder et de donner son aval à l'inclusion de la disposition de dérogation dans la Charte pour gagner l'accord des premiers ministres au rapatriement.
99. Les propos de Pelletier devant la Commission ont été cités par Radio-Canada, « L'ex-ministre libéral Benoît Pelletier témoignera en faveur de la loi sur la laïcité », 25 septembre 2020, <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1736368/ex-ministre-liberal-benoit-pelletier-temoignage-pour-faveur-loi-21-laicite>, « La justification la plus logique du recours à la disposition de dérogation consiste à dire que celle-ci est une composante nécessaire du fédéralisme, qu'elle permet de préserver la diversité d'opinions, de valeurs et d'aspirations politiques qui font la richesse de la fédération. »
100. Fatima Syed, « Mulroney's reputation 'on the line', say critics, if she won't oppose Ford on notwithstanding clause », *National Observer*, 18 septembre 2018, <https://www.nationalobserver.com/2018/09/18/news/mulroneys-reputation-line-say-critics-if-she-wont-oppose-ford-notwithstanding-clause>. Cette phrase cavalière a été prononcée dans le contexte de la présentation de la *Loi de 2018 sur l'amélioration des administrations locales* par le gouvernement de l'Ontario, S.O. 2018, c. 11 – Projet de loi 5.
101. Voir Salvino dans Biro *supra* note 88, p. 401, et Christopher P. Manfredi, *Judicial power and the Charter: Canada and the paradox of liberal constitutionalism* (2^e éd., Oxford University Press 2001) p. 4 et 193.
102. Peter H. Russell, « Standing Up for Notwithstanding » [1991] 29 *Alberta Law Review* 293, p. 295.
103. Russell, *supra* note 102; Manfredi, *supra* note 101.
104. Scott Reid, « Penumbra for the People: Placing Judicial Supremacy under Popular Control », dans Anthony Peacock, éd., *Rethinking the Constitution : perspectives on Canadian constitutional reform*, interpretation and theory, (Don Mills : Oxford University Press Canada, 1996) p. 203.
105. Tsvi Kahana, « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practices of Section 33 of the Charter » [2001] 44 *Canadian Public Administration* p. 255.
106. Dwight Newman, « Canada's Notwithstanding Clause, Dialogue, and Constitutional Identities », dans Geoffrey Sigalet, Gregoire Webber et Rosalind Dixon, éd., *Constitutional Dialogue : Rights, Democracy, Institutions* (Cambridge : Cambridge University Press, 2019), p. 209; et « Key Foundations for the Notwithstanding Clause in Institutional Capacities, Democratic Participatory Values, and Dimensions of Canadian Identities », dans Biro, *supra* note 88, p. 69.
107. Deborah Coyne, *supra* note 8; Eugene Forsey, « Is There a Threat to Our Rights? », *Reader's Digest Forum*, recueil de C. Tower et P. Body, *Reader's Digest*, juin 1989, p. 101-102.
108. Coyne, *supra* note 8. L'Accord de Charlottetown de 1992 est une tentative infructueuse du premier ministre Brian Mulroney et des dix premiers ministres provinciaux d'amender la Constitution du Canada. L'objectif était d'obtenir le consentement du Québec à la *Loi constitutionnelle* de 1982. L'Accord aurait reconnu le Québec en tant que société distincte, décentralisé de nombreux pouvoirs fédéraux au profit des provinces, abordé la question de l'autonomie des peuples autochtones et réformé le Sénat du Canada et la Chambre des communes. L'Accord a reçu l'approbation du gouvernement fédéral et des dix gouvernements provinciaux, mais il a été rejeté par l'électorat canadien lors d'un référendum organisé le 26 octobre 1992. <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/fr/article/accord-de-charlottetown>
109. Compte tenu de la récente propension de certaines provinces à recourir à la disposition de dérogation (l'Ontario et la Saskatchewan, sans parler du Québec qui y a recouru pour appuyer les projets de loi 21 et 96), il est presque inconcevable que les exigences minimales de la formule d'amendement (art. 38 de *La Loi constitutionnelle* de 1982) puissent être respectées. Et on peut soutenir que cet article particulier ne devrait pas être modifié sans le consentement unanime, bien que le consentement unanime ne soit pas requis en vertu de la formule de modification actuelle.
110. Stephen Gardbaum, « The New Commonwealth Model of Constitutionalism », p. 49 *The American Journal of Comparative Law* 707, p. 708-709, et « Reassessing the new Commonwealth model of constitutionalism » [2001] 8 *International Journal of Constitutional Law* p. 167-168.

111. Coyne, *supra* note 8; sur son site Web, le gouvernement du Canada déclare qu'invoquer l'article 33 « autorise le Parlement ou la législature d'une province de déroger à certaines dispositions de la Charte... [et] interdit de fait le contrôle judiciaire de la loi au terme des dispositions énumérées de la Charte. » <https://justice.gc.ca/eng/cs-j-sjc/rfc-dlc/ccrf-ccd/check/art33.html>
112. Grégoire Webber, Eric Mendelsohn et Robert Leckey, « The Faulty Received Wisdom around the Notwithstanding Clause », *Policy Options* (10 mai 2019), en ligne : policyoptions.irpp.org/magazines/may-2019/faulty-wisdom-notwithstanding-clause/; Leckey et Mendelsohn, *supra* note 43.
113. Primauté de la Constitution du Canada : *Loi constitutionnelle de 1982*, article 52 (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.
114. Robert Leckey, « Legislative Choices in Using Section 33 and Judicial Scrutiny », dans Biro, *supra* note 87, p. 111.
115. Maxime St-Hilaire, Xavier Focroulle Ménard et Antoine Dutrisac, « Judicial Declarations Notwithstanding the Use of the Notwithstanding Clause? A Response to a (Non-)Rejoinder », dans Biro, *supra* note 87, p. 132; et Maxime St-Hilaire et Xavier Focroulle Ménard, « Nothing to Declare: A Response to Grégoire Webber, Eric Mendelsohn, Robert Leckey et Léonid Sirota on the Effects of the Notwithstanding Clause. », *Constitutional Forum*, Vol. 29, No. 1 (2020) p. 38-48.
116. Peter Hogg et Allison Bushell, « The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All) », 35 *Osgoode Hall LJ* (1997); et « Charter Dialogue Revisited: Or Much Ado About Metaphors. », 45 *Osgoode Hall LJ* (2007).
117. Conversation privée, 3 juin 2021; voir aussi Erna Paris, « After decades of playing Charter chicken, Canada is now home to what is effectively an illiberal democracy. », *The Globe and Mail*, 17 mai 2021.
118. Russell, *supra* note 102.
119. J.D. Whyte, « On Not Standing for Notwithstanding. » (1990) 28 *Alta. L. Rev.* 347, p. 355.
120. Forsey, *supra* note 107.
121. *Supra* note 21.
122. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), décrétés par l'Assemblée nationale, dans les séances des 20, 21, 25 et 26 août, et sanctionnés par le Roi (Paris : Mondharre & Jean, 1789).
123. *Ibid.*, Articles 10 et 11.
124. Russell et Morton, *supra* note 79, p. 2.
125. Le Canada a désigné le 30 septembre comme Journée nationale de la vérité et de la réconciliation. <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/campagnes/journee-nationale-verite-reconciliation.html>.
126. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (L.C. 2021, c. 14). Cette loi oblige le Parlement du Canada à remplir ses obligations, comme tous les États membres, conformément à la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, adoptée par l'Assemblée générale le 2 octobre 2007, A/RES/61 (« DNUDPA »).
127. Décrite comme suit par le Musée canadien pour les droits de la personne : « La doctrine de la découverte a été énoncée dans une série de déclarations des papes au 15^e siècle. Ces déclarations (connues sous le nom de « bulles papales ») conféraient aux empires chrétiens l'autorité religieuse nécessaire pour envahir et soumettre des terres, des populations et des nations souveraines non chrétiennes, imposer le christianisme à ces peuples et s'approprier leurs ressources. Ces bulles papales ont été rédigées à une époque où les empires européens se lançaient dans une expansion coloniale à grande échelle. » <https://droitsdelapersonne.ca/histoire/la-doctrine-de-la-decouverte>. Et par l'Assemblée des Premières Nations en ces mots : « La doctrine de la Découverte émane d'une série de bulles papales (déclarations officielles du pape) et de leurs prolongations, datant des années 1400. La découverte a servi de justification juridique et morale à la dépossession coloniale de Nations autochtones souveraines, y compris les Premières Nations, au sein de ce qui est maintenant le Canada. Pendant « l'Âge de la découverte » européen, les explorateurs chrétiens « revendiquaient » des terres pour leurs monarques, qui pensaient pouvoir les exploiter sans tenir compte de leurs habitants d'origine. Cette doctrine, fondée à tort sur la présumée supériorité raciale des peuples chrétiens européens, a été utilisée pour déshumaniser, exploiter et soumettre les peuples autochtones et les déposséder de leurs droits les plus fondamentaux. Ce fut le fondement même du génocide. Une telle idéologie conduit à des pratiques qui se perpétuent par le biais de lois et de politiques modernes. » Assemblée des Premières Nations : *Abolir la doctrine de la découverte*, janvier 2018. <https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2018/07/18-01-22-Dismantling-the-Doctrine-of-Discovery-FR.pdf>

128. Article 25 : Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés — ancestraux, issus de traités ou autres — des peuples autochtones du Canada, notamment : (a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763; et (b) aux droits ou libertés existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.
129. Article 35 : (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, peuples autochtones du Canada s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.
130. <https://nctr.ca/a-propos/histoire-de-la-cvr/commission-de-verite-et-reconciliation-du-canada/?lang=fr>
131. <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1675098194535/1675098209922>; <https://www.mmiwg-ffada.ca/fr/>
132. Voir Robert Hamilton, « Self-Governing Nation or “Jurisdictional Ghetto”? section 25 of the *Charter of Rights and Freedoms* and self-governing First Nations in Canada », 26 2 *Review of Constitutional Studies*, p. 279. Dans *R c. Kapp*, 2008 CSC 41, le juge Bastarache explique la tension entre les droits collectifs et individuels à l'article 25. Une approche donne la primauté aux droits garantis par la Charte et, tout en ne dérogeant pas aux droits (collectifs) des Autochtones, donne la priorité au droit garanti par la Charte lorsqu'il devient impossible de concilier les deux. La seconde approche donne la priorité aux droits protégés par l'article 25 tout en préservant les deux. La première approche est qualifiée de « prisme d'interprétation », la seconde, de « bouclier ». La seconde approche de l'article 25 a pour effet de protéger les droits communautaires ou collectifs contre la diminution des droits garantis par la Charte aux Canadien-ne-s non autochtones, « tandis que les personnes autochtones individuelles conserveraient l'ensemble des droits garantis par la Charte à l'égard de leurs propres gouvernements » (Hamilton, p. 289). L'explication la plus utile de la manière dont cette tension est résolue provient peut-être de la juge Deschamps dans l'affaire *Beckman c. Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, au par. 98. « Notre *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1), reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Le constituant a également jugé bon de préciser, à l'art. 25 de cette même loi, que le fait qu'il reconnaisse des droits et libertés fondamentaux aux personnes et citoyens ne devait pas être jugé en soi incompatible avec la reconnaissance de droits spéciaux aux peuples autochtones. Autrement dit, lorsqu'on interprète les premier et deuxième pactes, il ne faut pas le faire de sorte qu'ils entrent en conflit, mais plutôt qu'ils se complètent. »
133. Jeremy Patzer et Kiera Ladner, « Charting Unknown waters: Indigenous Rights and the *Charter* at Forty », 26 2 *Review of Constitutional Studies*, 15, p. 22. « Une différence fondamentale entre l'article 35 et la Charte réside dans le fait qu'à l'origine, alors que le premier était largement examiné par les leaders autochtones pour sa capacité à protéger les droits et l'autodétermination des autochtones, la seconde était généralement considérée comme pouvant nuire aux droits distincts et collectifs des peuples autochtones. »
134. *Behn c. Moulton Contracting Ltd.*, [2013] 2 R.C.S. 227
135. *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S.
136. *Ibid.*
137. *Principes régissant la relation du Gouvernement du Canada avec les peuples autochtones*, Gouvernement du Canada, <https://www.justice.gc.ca/fra/sjc-csj/principes-principles.html>.
138. Extrait du site web du gouvernement du Canada, Affaires autochtones et du Nord Canada, « 250^e anniversaire de la Proclamation royale de 1763 » : « Le 7 octobre 1763, le roi George III a publié une proclamation royale définissant la nouvelle structure d'administration des territoires récemment acquis en Amérique du Nord. La Proclamation a également établi de nouvelles procédures et de nouveaux protocoles pour les relations futures avec les Premières Nations. La Proclamation comporte deux parties importantes. La Proclamation contient deux parties importantes. Premièrement, elle a défini les terres à l'ouest des colonies établies comme étant des « territoires indiens » où les Premières Nations ne devaient pas être molestées ou dérangées par les colons et où le département des Indiens serait le principal intermédiaire entre la Couronne et les Premières Nations. Deuxièmement, afin de prévenir tout abus, la Proclamation interdisait aux gouverneurs coloniaux d'accorder des subventions ou d'entreprendre des cessions de terres des Premières Nations et prévoyait un ensemble de protocoles et de procédures à respecter pour l'achat de terres des Premières Nations.» <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1370355181092/1607905122267>

139. La théorie dominante de l'époque était que les peuples autochtones, parce qu'ils n'étaient pas chrétiens, n'étaient pas humains et que, par conséquent, les terres étaient vides et inhabitées ou *terra nullius*. Les bulles papales revendiquaient toutes les terres et tous les territoires pour la chrétienté (ou pour les souverains chrétiens européens).
140. Sanya Mansoor, « The “deplorable” History behind the Pope’s apology to Canada’s Indigenous Communities », *Time*, 26 juillet 2022. <https://time.com/6200213/pope-apology-canada-history-indigenous-communities/>
141. Note conjointe des Dicastères pour la Culture et l'Éducation et pour le Développement Humain Intégral sur la « Doctrine de la Découverte », *Résumé du bulletin*, voir Bureau de presse du Saint-Siège, 30 mars 2023
142. Bruce McIvor, *Standoff: Why Reconciliation Fails Indigenous People and How to Fix It* (Gibsons, BC: Nightwood Editions, 2021), p. 16-17.
143. *Supra* note 126.
144. Renvoi relatif à la Loi concernant les enfants, les jeunes et les familles des Premières Nations, des Inuits et des Métis, 2024 CSC 5
145. *Ibid.*, et voir aussi Bruce McIvor, « The troubling basis for the Supreme Court’s child welfare law decision », *First Peoples Law*, 12 février 2024. <https://www.firstpeopleslaw.com/public-education/blog/the-troubling-basis-for-the-supreme-courts-child-welfare-law-decision>
146. *Ibid*, p. 168
147. *Ibid*, p. 168-69
148. *Ibid*, p. 170
149. Patzer et Ladner, *supra* note 133, p. 22.
150. Temitayo Olarewaju, « Residential school system recognized as genocide in Canada’s House of Commons: A Harbinger of change », *National Post*, 12 janvier 2023.
151. L'approche du gouvernement de l'Ontario est largement représentative des réformes des programmes d'enseignement public dans l'ensemble du pays. Le 7 décembre 2021, le gouvernement a publié cette directive concernant « l'éducation autochtone en Ontario » : « Dans chaque conseil scolaire, une personne doit travailler à temps plein pour soutenir l'éducation autochtone. Les leaders pour l'éducation travaillent en étroite collaboration avec les directions des conseils scolaires, y compris les surintendantes et surintendants de l'éducation autochtone, le personnel et les conseils de l'éducation autochtone. Ils sont censés favoriser : l'amélioration du rendement et du bien-être des élèves autochtones; et l'accroissement de la connaissance et de la compréhension, par tous les élèves, des cultures, des histoires et des perspectives des Premières Nations, des Métis et des Inuit. <https://www.ontario.ca/fr/page/leducation-autochtone-en-ontario>.
152. 32 (1) La présente Charte s'applique : a) au Parlement et au gouvernement du Canada pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest; b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.
153. *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, par. 22.
154. John Borrows, « Indigenous Constitutionalism Pre-existing Legal Genealogies in Canada », Peter Oliver, Patrick Macklem et Nathalie Des Rosiers (éd.), dans *The Oxford Handbook of the Canadian Constitution*, (Oxford Academic, 2017); Juge Charles D. Gonthier, « Liberty, Equality, Fraternity: The Forgotten Leg of the Trilogy, or Fraternity: The Unspoken Third Pillar of Democracy » (2000) 45 *McGill L.J.* 567.
155. Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, adoptée par l'Assemblée générale le 2 octobre 2007, A/RES/61.; Alex Neve, « Closing the Implementation Gap: Federalism and Respect for International Human Rights in Canada », *IRPP*, 2023, <https://centre.irpp.org/fr/research-studies/closing-the-implementation-gap/>
156. Correspondance privée entre Thomas Axworthy et Peter Biro, 21 février 2024.
157. Tiré du film documentaire *Without Precedent: The Supreme Life of Rosalie Abella* du réalisateur Barry Averich (Toronto, 2024).
158. Mikael Borres, « Maple is not in the middle: Canada’s declining role as a middle power », *Spheres of Influence*, (28 juillet 2021), <https://spheresofinfluence.ca/maple-is-not-in-the-middle-canadas-declining-role-as-a-middle-power/>; « The decline of Canada’s influence in the world – what is to be done for it? », (1^{er} février 2005). <https://policyoptions.irpp.org/magazines/canada-in-the-world/the-decline-of-canadas-influence-in-the-world-what-is-to-be-done-for-it/>

159. « The decline of Canada's influence in the world », *Ibid.*
160. Klodian Rado, « The Judicial Diplomacy of the Supreme Court of Canada and its Impact: An Empirical Overview », 2020 58-1 *Alberta Law Review* 1., Anne-Marie Slaughter, *A New World Order* (Princeton, Princeton University Press, 2005), p. 74 et 243, description de la prévalence croissante de la « conversation judiciaire mondiale » et du « dialogue judiciaire mondial sur les droits de la personne ».
161. *Ibid.*
162. John Ibbitson, « The Charter proves to be Canada's gift to the world », *The Globe and Mail*, 15 avril 2012; Omar Ha-Redey, « Canada is the World's Constitutional Superpower », *Slaw*, 15 avril 2012; David Law et Mila Versteeg, « The declining influence of the United States Constitution », 87 *New York University Law Review* (juin 2012) p. 762-858; <https://www.slaw.ca/2012/04/15/canada-is-the-worlds-constitutional-superpower/>
163. *Ibid.*; Mark Tushnet, « The Charter's Influence Around the World. » *Osgoode Hall Law Journal* 50.3 (2013) p. 527- 546.
164. Law et Versteeg, *supra* note 162.
165. Liam Turnbull « Democracy and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », allocution présentée au Colloque des étudiants et étudiantes de premier cycle en science politique de l'Université de Toronto, 8 mars 2017.
166. « The Impact of the Human Rights Act: Lessons from Canada and New Zealand », University College London, mai 1999. https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/sites/constitution_unit/files/37_1.pdf
167. *Ibid.*
168. Par exemple, dans le cadre de ses propositions de réformes judiciaires réduisant la compétence de la Cour suprême pour annuler les lois adoptées par la Knesset, le premier ministre israélien Benjamin Netanyahu a fréquemment cité l'article 33 de la Charte (la disposition de dérogation) comme exemple de la façon dont la démocratie libérale intègre des garde-fous contre les excès de la révision judiciaire. Voir Colby Cosh, « Israeli right looks to import their own notwithstanding clause », *National Post*, 28 février 2023. <https://nationalpost.com/opinion/israeli-right-looks-to-import-their-own-notwithstanding-clause>
169. Les exemples abondent, mais cela semble commencer avec le Hongrois Viktor Orban qui est apparu pour la première fois en tant qu'aspirant réformateur libéral en 1989, puis s'est transformé en un démocrate « antilibéral » et a finalement transformé la Hongrie en ce que le Parlement européen a appelé rien de moins qu'une « autocratie électorale ». En Turquie, l'ascension de Recep Erdogan a connu un début et une trajectoire semblables. Aujourd'hui, nous voyons ces populistes antilibéraux, de droite et autocratiques émerger partout en Europe et en Amérique du Sud. Et n'oublions pas d'ajouter Donald Trump à cette liste.
170. C'était le projet caressé par Trump, tel qu'imaginé et élaboré par son ancien conseiller principal et directeur de campagne, Steve Bannon.
171. Le psychologue cognitif et évolutionniste Steven Pinker, en particulier, est un leader des optimistes et des penseurs positifs qui soutiennent que les choses s'améliorent pour la civilisation humaine, pour l'indice ou quotient de bonheur et une réduction démontrable et significative de la violence dans le monde. Parmi les nombreuses études intéressantes qui méritent d'être considérées, citons son livre *The Better Angels of Our Nature* (Viking Books, 2011) [en français : *La part d'ange en nous*, Arenes, 2020]. Dans cet ouvrage, il utilise l'expression « part d'ange » comme métaphore de quatre motivations humaines – empathie, maîtrise de soi, sens moral et raison – qui, écrit-il, peuvent « nous éloigner de la violence et nous orienter vers la coopération et l'altruisme ».
172. Je l'analyse en détail dans « The Retreat of Liberal Constitutional Democracy and the Urgent Need for Heroic Citizenship », dans Biro, *supra* note 61, p. 3-49.
173. Tous les principaux indices de démocratie dénotent un recul notable de la démocratie au cours des dernières années. Même si l'on peut s'attendre à un déclin marqué des libertés démocratiques dans des pays comme la Chine et la Russie – et cela a bien sûr été confirmé –, ce qui est le plus frappant, ce sont les déficits démocratiques dans les démocraties dites occidentales et la montée des États autocratiques (par exemple l'Inde, qui se targue d'être la « plus grande démocratie du monde »). À titre d'exemple représentatif des tendances dégagées par les indices, voir l'indice de démocratie de l'*Economist* pour 2022 à https://en.wikipedia.org/wiki/The_Economist_Democracy_Index; et aussi Our World in Data: <https://ourworldindata.org/grapher/democracy-index-eiu>.
174. *Freedom in the World 2019: Democracy in Retreat*, Freedom House, <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2019/democracy-retreat>
175. Alex Neve, *supra* note 155.

