



Compte rendu d'ouvrage :

Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, 383p.

Raphaël CANET

Docteur en sociologie
Coordonateur, Chaire MCD

«Le rôle des tribunaux sera de plus en plus important. Nous vivons dans le genre de démocratie que nous devons chérir.»

Brian Mulroney, Premier ministre du Canada.

L'ouvrage de Michael Mandel, paru initialement en anglais en 1989, revu et augmenté en 1994 et traduit en français en 1996, est devenu un classique pour quiconque entend aborder l'histoire politique et constitutionnelle canadienne récente, les deux aspects étant foncièrement imbriqués pour ce cas historique particulier, mais aussi pour tous ceux qui s'intéressent aux conséquences de l'entrée en vigueur des chartes de droits sur le fonctionnement des institutions politiques.

C'est la position initiale atypique de l'auteur qui confère à l'ouvrage tout son intérêt. En effet, ce juriste de l'Université York prend le contre-pied de nombreux lieux communs. D'une part il rejette l'idée du droit fondé en raison et non en intérêt et, d'autre part, il dénonce le caractère antidémocratique et inégalitaire de la politique judiciarisée qu'implique l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés.

Michael Mandel envisage le droit et la loi comme du politique qui emprunte d'autres chemins. Ainsi, à partir d'une analyse conflictuelle des rapports sociaux qui se structurent autour du rapport de classe, l'auteur considère que les différents mécanismes constitutionnels qui sont mis en place (cens électoral, suffrage indirect, puissance de l'autorité judiciaire) agissent comme des protections contre les menaces que les institutions représentatives (démocratiques) font peser sur les classes dirigeantes. En ce sens, le processus de judiciarisation du politique conduit à préserver les intérêts de la classe dirigeante contre les possibles débordement de la démocratie, et non, comme cela est proclamé par les défenseurs de la Charte, à procurer plus de pouvoir aux citoyens en leur donnant la possibilité de porter plainte devant les tribunaux afin de voir leurs droits garantis. C'est dans cette perspective que, selon l'auteur, l'instauration d'une politique judiciarisée au Canada, avec l'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés en 1982, aurait plutôt un aspect antidémocratique et inégalitaire. Sa thèse principale réside dans cette affirmation énoncée à la page 265 de son livre : «La fonction fondamentale de la politique judiciarisée [...] est de préserver la répartition inégale du pouvoir social».



Mandel développe son argumentaire en quatre chapitres. Tout d'abord, il décrit ce qu'il nomme le processus de judiciarisation du politique au Canada (Chap.I) pour ensuite s'interroger sur le caractère démocratique de la Charte (chap.II). Il entend enfin confirmer sa thèse à la lumière de l'analyse pragmatique de l'incidence de la reconnaissance des droits linguistiques (chap.III) et autres (chap.IV) dans le texte de la Charte canadienne des droits et libertés.

La judiciarisation du politique au Canada

Mandel insiste sur le déterminisme historico-social de la forme des institutions politiques et surtout de l'agencement des rapports entre les pouvoirs judiciaire et législatif. Il affirme que nous serions ainsi passé, au Canada, de la conception britannique à la conception américaine des rapports entre les pouvoirs législatif et judiciaire.

La conception britannique se fonde sur la souveraineté absolue du Parlement. Le pouvoir législatif fait la loi et le pouvoir judiciaire l'applique. Cette conception repose, selon Mandel, sur une causalité historique. C'est de la révolution anglaise du dix-septième siècle qu'est née la démocratie parlementaire qui a permis aux détenteurs de biens fonciers, siégeant au Parlement à titre de propriétaires, de se rebeller contre le pouvoir royal. Le Parlement était alors, non pas le représentant du peuple, mais celui de la propriété puisque le suffrage était censitaire. C'était aussi la conception canadienne, jusqu'à ce que les diverses limitations visant l'accès au droit de vote se soient estompées¹.

La tradition américaine est différente. La judiciarisation du politique voit le jour dans la Constitution des États-Unis de 1787-1791, il s'agissait alors d'instaurer un système constitutionnel garantissant la protection des biens de certains groupes sociaux. Comme ce fut le cas pour l'Angleterre, c'est un pouvoir de classe qui, selon l'auteur, s'est substitué au pouvoir royal. Cependant, le contexte américain a conduit à une solution différente du modèle anglais car le rapport des forces en présence avait pris ici une autre configuration. Le conflit opposait principalement les petits fermiers criblés de dettes à leurs riches créanciers. Pour Mandel, la Révolte des débiteurs (*Shays Rebellion*) apparaît comme un catalyseur de la Constitution américaine. Ces fermiers, du fait de leurs possessions, avaient le droit de vote et faisaient pression sur les assemblées législatives des États afin de résoudre leurs problèmes catégoriels soit par une législation spécifique réduisant leur endettement, soit par l'émission de papier-monnaie. Dans un tel contexte, la solution européenne de la limitation de l'étendue du suffrage par l'instauration d'un cens électoral ne pouvait atténuer ce qui, pour les créanciers, apparaissait comme un débordement de la démocratie. Il s'agissait donc, pour cette classe dirigeante de riches créanciers, de mettre en place un ensemble de rouages constitutionnels afin de faire face

¹ Le cens électoral fut progressivement éliminé au niveau fédéral entre 1885 et 1898 et le droit de vote des femmes fut reconnu au Canada en 1917. Certaines restrictions provinciales touchaient encore les femmes, mais aussi les Canadiens originaires du Japon, de la Chine ou de l'Inde jusqu'au milieu du siècle. Enfin, pour ce qui est des Autochtones vivant dans les réserves, ils étaient soumis à la *Loi sur les Indiens*, et n'eurent le droit de vote qu'aux élections fédérales de 1960.



aux possibles menaces d'atteinte à leur propriété par les assemblées législatives locales sous influence, d'ériger des institutions qui soient placées à l'abri du contrôle démocratique. La solution fut l'instauration d'un gouvernement fédéral tripartite dont le Sénat et la Présidence étaient élus au suffrage indirect, afin de limiter le pouvoir des États constituants. Il s'agissait, de plus, de mettre en place un système judiciaire, la Cour suprême des États-Unis, dont les membres seraient nommés à vie par le gouvernement fédéral et qui aurait pour but de protéger le droit de propriété, quitte à renverser toute loi qui les violerait.

Au Canada, les premiers textes reconnaissant des droits spécifiques apparaissent au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Ils semblent naître du sentiment d'antiracisme suscité par le constat des atrocités du régime nazi, ou des mauvais traitements infligés aux Canadiens d'origine japonaise. L'Ontario proclame en 1944 le *Racial Discrimination Act*, afin d'interdire la publication d'écrits discriminatoires. Sa portée fut étendue en 1947 par le *Saskatchewan Bill of Rights Act*. Ces deux textes apparaissent comme les prototypes des chartes provinciales modernes des droits de la personne. Il s'agissait de protéger les individus de toutes formes de discrimination sur des critères raciaux, religieux ou autre, lors de l'accès à un emploi, un logement ou tout autre service.

Mais ce n'est qu'avec l'essor du nationalisme québécois que, selon Mandel, la prégnance du pouvoir judiciaire, observable dans l'ascension de la Cour suprême² et l'enchâssement dans la Constitution de la Charte canadienne des droits et libertés, va véritablement se développer au Canada.

Selon Mandel, la Révolution tranquille des années 60 réveille au Québec deux forces opposées, une force d'action et une force de réaction. La force d'action est celle du courant nationaliste-indépendantiste, incarné par René Lévesque, qui fonde sa revendication radicale sur la constatation de la situation de subordonné économique du Francophone au Canada et au Québec. Portée par une classe moyenne formée d'intellectuels et de technocrates, cette thématique gagne les masses de travailleurs. La force de réaction est certes animée par les Anglophones et les Immigrants, mais aussi par une partie des Francophones. Ceux-ci ont choisi le Canada en pensant que ses aspirations propres auraient plus de chance de se réaliser dans le cadre d'une fédération canadienne réformée n'offrant plus de discrimination fondée sur l'origine ethnique. Telle est la tendance dont Trudeau s'est fait le chantre. Pour les indépendantistes, le débat est posé en terme de nation.

La stratégie de Trudeau, afin de lutter contre la force centrifuge de l'indépendantisme québécois, visait à poser le débat en termes de droits linguistiques et non de revendication nationale. C'est en ce sens qu'il prône la reconnaissance officielle du caractère bilingue du

² Dès 1975, avec la *Loi sur la Cour suprême*, le gouvernement fédéral renforce les pouvoirs de cette juridiction. La Cour cesse d'être un tribunal de dernière instance réglant des différends privés, en rendant ses jugements d'intérêt public. Elle définit elle-même ses propres règles d'accès aux affaires constitutionnelles. Dans l'affaire *Thorson* (1975), elle décide que tout contribuable est habilité à remettre en question la constitutionnalité de n'importe quelle loi, et se dote du pouvoir discrétionnaire de refuser les cas qu'elle ne juge pas digne d'intérêt.



COMPTES RENDUS D'OUVRAGES

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie
<http://www.chaire-mcd.ca/>

Canada afin de construire une nation de Canadiens au mieux bilingues, sinon francophones ou anglophones. Cela passait obligatoirement par l'enchâssement dans la Constitution d'une Charte qui, d'un océan à l'autre garantirait les droits linguistiques spécifiques de chacun des groupes, anglophone et francophone. Ainsi, la carrière politique de Trudeau se confond, selon Mandel, avec la genèse de la Charte des droits au Canada. Dès son accession au poste de ministre fédéral de la justice, en 1967 dans le gouvernement de Lester Pearson, il présente officiellement son projet d'enchâssement de la Charte. Or la Constitution canadienne d'alors, datant de 1867, était une loi du Parlement britannique et, en l'occurrence, ne pouvait être modifiée sans le consentement de ce même Parlement. L'enchâssement de la Charte ne pouvait donc se faire qu'avec un rapatriement simultané de la Constitution voté par le Parlement de Westminster. La défaite du référendum de 1980 donna les coudés franches à Trudeau. Le gouvernement fédéral, sur proposition du Parlement, demande alors au Royaume-Uni de rapatrier la Constitution du Canada, enchâssée d'une Charte des droits de dimension générale, au-delà des simples droits linguistiques, afin de recueillir l'assentiment de la majorité de la population canadienne, ainsi qu'une nouvelle formule de révision.

C'est ainsi la genèse de cette judiciarisation du politique qui fait dire à Michael Mandel que la Charte des droits et libertés au Canada, suivant le modèle américain, est apparue comme un moyen de contourner la volonté populaire d'émancipation collective au Québec :

«Depuis les premiers jours de la révolution américaine, où il servit d'expédient pour protéger les possédants des excès de la démocratie, en passant par la crise des années trente, alors que la voie judiciaire constitua sur le plan politique la seule manière de refuser de l'aide aux masses nouvellement émancipées, et jusqu'à la renaissance francophone du Québec, au cours de laquelle on a usé du contrôle judiciaire pour imposer une vision des droits linguistiques qui allait nettement à l'encontre de celle que privilégiait le gouvernement démocratiquement élu de la province, on s'est servi de la loi comme d'un moyen de contourner la volonté populaire.³»

La Charte et la démocratie

Selon Mandel, les promoteurs de la Charte ont confondu démocratie et primauté du droit. La Charte énonce des idéaux abstraits qui laissent aux juges une grande latitude dans l'interprétation de ceux-ci dans la réalité concrète de la quotidienneté. De plus, les juges n'étant pas tenus de rendre des comptes, eu égard aux décisions qu'ils prennent, la nature démocratique de leur action s'estompe. A cela, il faut ajouter le fait que le pouvoir des juges est tel qu'il leur permet de désavouer des lois votées par des parlements élus. On se rapproche plus ici de la primauté des juges que de la primauté du droit.

³ Michael Mandel, pp.64-65.



Afin d'étayer son analyse, Mandel s'appuie sur la distinction introduite par le philosophe américain du droit, Ronald Dworkin,⁴ qui se propose de définir les caractéristiques du raisonnement judiciaire divisé entre *les arguments de principes*, qui visent la protection des droits individuels, et *les arguments d'orientation* qui visent la garantie des intérêts de la majorité et s'appuient sur une analyse coût-rendement. Dans le premier cas, les droits se caractérisent par leur nature individuelle et visent la justice redistributive. Dans le second cas, on ne se réfère plus à la notion de droits mais plutôt à celle d'objectifs qui s'illustrent par leur nature collective et visent le bien-être global.

Dans cette perspective, alors qu'une assemblée législative se doit de prendre en compte ces deux types d'arguments, un tribunal quant à lui s'en tient aux principes. Les juges renoncent à l'argument d'orientation au nom de la traditionnelle séparation des pouvoirs (les juges sont censés appliquer la loi et non la faire). En ce sens la répartition serait la suivante, la communauté politique décide des orientations collectives par le truchement de ses institutions politiques représentatives fonctionnant selon un système majoritaire, et les juges définissent et garantissent le respect des droits individuels qui s'opposent à l'intérêt collectif, car ils sont indépendants de la pression de la majorité qui pourrait voir ses intérêts menacés par la reconnaissance de ces droits, que nous pourrions qualifier de particularistes (la *Raison* des juges s'oppose à la *Passion* des majorités). Toute la philosophie de ce principe de séparation des pouvoirs repose donc sur l'opposition fondamentale entre les droits individuels et les droits collectifs. Il est possible d'aller plus loin, selon Mandel, en reconnaissant que la distinction entre principe et orientation repose sur la différence entre les idéaux abstraits (sur lesquels se fonde le raisonnement de principe) et les avantages concrets (qui motivent les orientations).

Si l'on suit ce raisonnement, la justice entre en contradiction avec la démocratie lorsqu'elle se mêle d'orienter les lois, or c'est cela qui caractérise la politique judiciaire selon Mandel.

La Charte incarne, selon Mandel, le refus de la nature majoritaire du système démocratique en vigueur. Elle se place dans la perspective d'une redéfinition de la démocratie afin de l'accorder aux situations d'inégalités qui caractérisent la vie sociale. C'est en ce sens qu'elle incarne le statu quo contre toute volonté réformatrice de l'organisation de la société sur la valeur d'égalité.

«Pour les philosophes de la politique, de Platon et Aristote aux concepteurs de la Constitution américaine du XVIII^e siècle et de celle du Canada au XIX^e siècle, la démocratie équivalait à "la loi du plus grand nombre de sans propriété" et, pour cette raison, ils la craignaient et la détestaient. Voilà pourquoi la loi de la majorité est fondamentale en démocratie. Et voilà pourquoi la Charte, puisqu'elle permet à certains individus de contourner les institutions et les groupes représentatifs, et de présenter des réclamations qui l'emportent sur d'autres - pourtant plus représentatives - uniquement parce qu'elles sont plus compatibles

⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *L'Empire du droit* (1986).



avec des droits abstraits enracinés dans le statu quo, est une perversion de la démocratie.⁵»

Une autre manière de percevoir la nature pervertie de la notion de démocratie telle que l'appréhendent les concepteurs de la Charte, est qu'elle impose des limites aux pouvoirs publics et ignore totalement le pouvoir privé.⁶ La Charte dépolitise le politique en traitant de questions d'ordre politique selon le mode de fonctionnement des tribunaux. Elle substitue aux conflits d'intérêts la notion de principes. Elle permet au pouvoir politique de se camoufler derrière l'abstraction de la revendication de droits individuels.

La clause nonobstant, l'élément démocratique de la Charte :

Mandel modère toutefois sa critique en reconnaissant que l'article 33 de la Charte contient la disposition d'exemption, mieux connue sous le nom de *clause dérogatoire* ou *clause nonobstant*. Concédé par le gouvernement fédéral aux provinces, cet article prévoit qu'un «Parlement ou une 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 et 15 de la présente Charte». Une telle déclaration doit être renouvelée tous les cinq ans. Ainsi, il est possible, sur le plan législatif, de passer outre trois familles de droits : les libertés fondamentales (art.2), les garanties juridiques (art.7 à14) et les droits à l'égalité (art.15). Cette disposition permet donc à un gouvernement représentatif de mettre à l'abri de l'intervention de la Cour suprême une partie de son programme législatif.

Convaincu de la prégnance, si ce n'est du déterminisme, de l'infrastructure au sens marxiste du terme, Mandel souligne que la judiciarisation du politique, opérée par l'entrée en vigueur de la Charte des droits et libertés au Canada, doit se comprendre comme la substitution du pouvoir judiciaire aux assemblées représentatives et l'argument de principe (abstrait) à l'argument d'orientation (concret) pour la résolution des différents politiques. La judiciarisation du politique s'impose aujourd'hui pour garantir un statu quo libéral dans des sociétés ayant subi de profondes transformations que l'on peut regrouper en trois moments : l'essor du droit de vote, l'engagement de l'État dans l'économie et les dysfonctionnements des économies industrialisées.

⁵ Michael Mandel, pp.109-110.

⁶ Andrew Petter écrit que la Charte est «[...] un document libéral du XIXième siècle grossièrement adapté à un État-providence du XXième siècle. Les droits que renferme la Charte se fondent sur la croyance que les principaux ennemis de la liberté ne sont pas la mauvaise répartition des biens ou la concentration des richesses aux mains des pouvoirs privés, mais l'État [...]. La majeure partie des juges, des avocats [...] et des moralistes sont issus [d'une classe d'individus qui] voient dans les pouvoirs de régulation et de redistribution de l'État moderne la plus grande menace pour leurs statuts social et économique. Il n'est dès lors pas surprenant qu'ils qualifient de "fondamentales" ces valeurs qui leur permettent de se protéger contre de tels pouvoirs de l'État [...]. Cette vision sélective [...] occulte de cette grille d'analyse qu'est la Charte la principale source d'inégalité de notre société - la répartition inégale des droits de propriété parmi les individus.» A. Petter, «Immaculate Deception : The charter's Hidden Agenda», *The Advocate*, 45, 1987, pp. 857-858, cité par Mandel, p.110.



COMPTES RENDUS D'OUVRAGES

Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie
<http://www.chaire-mcd.ca/>

L'élargissement du droit de vote et la tendance à la régulation économique de l'État apparaissent dès la fin du dix-neuvième siècle. Cela consacre en quelques sortes la montée en puissance du pouvoir populaire. La sphère publique intervient de plus en plus dans la sphère privée. C'est le processus inverse que tend à favoriser le tournant néolibéral actuel de nos sociétés qui, par la compression des dépenses publiques de protection sociale, la privatisation des entreprises nationalisées et la déréglementation, tente de réintégrer le domaine de l'économie au sein d'une sphère privée autonome. Dans cette perspective, le rôle de la Charte est de faire respecter cette frontière entre les gouvernements élus et les pouvoirs privés non élus. Il s'agit de «protéger le libre exercice du pouvoir économique inégalitaire des ravages potentiels de la démocratie sur lui.⁷» Cette judiciarisation du politique s'accompagne d'une propagation de formes politiques de légitimation de l'État et non plus de formes matérielles tel que c'était le cas dans les économies industrialisées de l'après-guerre. C'est ainsi que, dans le contexte de la guerre froide, les questions de droits abstraits de la personne se sont substituées aux questions des rapports de classes.

La Charte des droits et libertés, malgré l'usage symbolique qui en est fait pour promouvoir la cause de minorités défavorisée, ne conduit qu'à une chose, la défense des intérêts de la classe dominante. Il convient donc, selon Mandel, de se protéger contre cette Charte et la politique judiciarisée qu'elle induit. Pour cela, il faut contester l'autorité des tribunaux et rejeter les prétentions du constitutionnalisme. Pour concurrencer ce mode de gouvernement antidémocratique, il convient de mettre en place une politique «forte, sensible et démocratique» qui s'appuie sur les mouvements sociaux qui s'expriment.

⁷ Michael Mandel, p.128.

NOTE IMPORTANTE

Si vous désirez citer ce document, nous vous prions de bien vouloir utiliser la référence complète dans le format suivant :

Canet, Raphaël. Juillet 2002. « Michael MANDEL, *La Charte des droits et libertés et la judiciarisation du politique au Canada*, Montréal, Boréal, 1996, 383p. ». *Compte rendu d'ouvrage, Chaire MCD*. En ligne. <http://www.chaire-mcd.ca/pdf/comptes-rendus/canet_2002_mandel.pdf>.

Les idées exprimées dans ce document n'engagent que l'auteur. Elles ne traduisent en aucune manière une position officielle de la Chaire de recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie.