BILAN ET DIRECTIONS FUTURES

L'**Hon. juge Bastarache**, BA, LL.L., LL.B., D.E.S. a étudié à l'Université de Moncton (BA), à l'Université de Montréal (LL.L.), à l'Université d'Ottawa (LL.B.) et à l'Université de Nice (diplôme d'études supérieures en droit public). Traducteur juridique au gouvernement du Nouveau-Brunswick, vice-président et directeur du marketing chez Assumption Life, ensuite président et chef de la direction pour Assumption Life et ses filiales. Professeur de droit et doyen de la faculté de droit de l'Université de Moncton, 1978-83. Directeur général, promotion des langues officielles, ministère du Secrétariat d'État du Canada, 1983-84. Vice-doyen, Section de common law de la Faculté de droit, Université d'Ottawa, 1984-87. A pratiqué le droit à Ottawa avec Lang, Michener, Lash, Johnston, 1987-89, et à Moncton avec Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, 1994-95. Rédacteur en chef et auteur principal de trois livres : *Language Rights in Canada* (Yvon Blais, 1987 et 2004 (2e éd.)), *Précis du droit des biens réels* (Yvon Blais, 1993 et 2001 (2e éd.)) et *The Law of Bilingual Interpretation* Butterworths, 2008). Nommé à la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, le 1er mars 1995, et à la Cour suprême du Canada, le 30 septembre 1997. Le juge Bastarache a pris sa retraite le 30 juin 2008.

Mr. Justice Bastarache, B.A., LL.L., LL.B., D.E.S. educated at University of Moncton (B.A.), University of Montréal (LL.L.), University of Ottawa (LL.B.) and University of Nice (graduate degree in public law). Legal translator in the New Brunswick government, Vice-President and Director of Marketing at Assumption Life, later President and Chief Executive Officer of Assumption Life and its subsidiaries. Law professor and Dean at the University of Moncton Law School, 1978-83. Director General, Promotion of Official Languages, Department of the Secretary of State of Canada, 1983-84. Associate Dean, Common Law Section, Faculty of Law, University of Ottawa, 1984-87. Practised law in Ottawa with Lang, Michener, Lash, Johnston, 1987-89, and in Moncton with Stewart, McKelvey, Stirling, Scales, 1994-95. Editor and principal author of three books: *Language Rights in Canada* (Yvon Blais, 1987 and 2004 (2nd ed.)), *Précis du droit des biens réels* (Yvon Blais, 1993 and 2001 (2nd ed.)) and *The Law of Bilingual Interpretation* (Butterworths, 2008). Appointed to the New Brunswick Court of Appeal, March 1, 1995, and to the Supreme Court of Canada, September 30, 1997. Justice Bastarache retired on June 30, 2008.

RÉSUMÉ

Michel Bastarache réfléchit sur deux questions clé qui sous-tendaient la tenue d'une conférence en 2012 intitulée « Un regard sur notre Constitution 30 ans plus tard »: l'influence de la Charte des droits et libertés sur le régime politique du Canada et sur les droits. M. Bastarache avance, en se fondant sur la pensée de Charles Taylor, que l'influence de la Charte diffère entre le Québec et le Canada entre autres à cause du lien différent que les Anglophones et les Francophones entretiennent entre la langue et la culture. Quant à l'influence de la Charte sur les droits, le constat général de l'auteur est que l'on a américanisé le système juridique en préférant les droits individuels.

ABSTRACT

Michel Bastarache reflects on two key issues addressed at a conference in 2012 entitled "Checking our Constitution at 30": the impact of the Charter of Rights and Freedoms on the Canadian political system and on Canadians' rights. Mr. Bastarache suggests, based on the thought of Charles Taylor, that the influence of the Charter differs between Quebec and Canada, among other reasons because of the different link that Anglophones and Francophones maintain between language and culture. About the impact of the Charter on rights, the author's general observation is that the legal system has been Americanized in preferring individual rights.

- La question initiale posée au colloque consistait à évaluer l'influence de la Loi constitutionnelle de 1982 sur le régime politique au Canada, vu que l'on s'intéresse *aux lois, aux identités et au fédéralisme*.
- Il est intéressant que l'on ait parlé d'identités au pluriel parce que je considère qu'il ne faut pas se limiter à une analyse technique de l'impact de la Charte, mais qu'il faut aussi examiner son influence sur l'identité nationale et l'évolution politique de la fédération canadienne. Il y a quelques semaines, j'ai participé à un colloque en hommage à Charles Taylor. On m'a demandé de rappeler les craintes qu'il exprimait à

l'occasion du rapatriement de la constitution et de voir si elles étaient fondées à la lumière de l'expérience vécue. Je voudrais faire état de la pensée du philosophe parce qu'elle est pertinente pour ceux qui s'interrogent sur ce que nous réserve l'avenir.

Voici en quelques mots la situation telle que décrite par M. Taylor.

Le Québec se voit comme une société distincte au Canada et en Amérique du nord. Son identité tient à son caractère français. L'identité des québécois a évolué en un sens parce l'on est passé d'un concept de deux nations, l'une française englobant la minorité francophone hors Québec, l'autre anglophone et assez mal définie, à un concept fondé sur les institutions politiques, celles du Québec et celles du reste du Canada. Le rejet de l'entente du Lac Meech a eu un effet profond justement parce qu'il correspond à un rejet du statut particulier du Québec en faveur du concept de la mosaïque canadienne et de l'absolutisme de l'égalité des provinces. Le Québec vise donc un fédéralisme plus décentralisé et un régime constitutionnel asymétrique alors que les autres provinces semblent toutes favoriser un régime fondé sur l'égalité des provinces et la péréquation, qui servirait à briser les inégalités d'opportunité. Le Québec veut en fait la liberté d'adopter un mode de gouvernement où l'État joue un rôle plus prononcé, notamment dans les domaines culturel et linguistique; le Canada anglais veut une fédération uniforme qui valorise les libertés individuelles et moins d'interventionnisme gouvernemental. Le Québec favorise aussi une politique d'intégration culturelle qui cadre mal avec le multiculturalisme, même avec son contenu flou. Au départ le multiculturalisme était défini en fonction de l'ethnicité, de l'origine nationale et de la race. Aujourd'hui on y a ajouté la religion, l'orientation sexuelle. M. Taylor note que dans les faits le Québec est déjà distinct à plusieurs points de vue mais que le Canada anglais refuse de le reconnaître dans les textes légaux et continue de prétendre que le principe artificiel de l'égalité des provinces est une nécessité. Selon M. Taylor, la résistance « is at the level of feeling ».

Quel est donc l'apport de la Charte des droits et libertés dans ce contexte? Pour aborder cette question il faut d'abord se demander s'il y a véritablement une différence de valeurs entre la société québécoise et celle des autres régions du Canada. La question est importante parce que l'on considère à tort ou à raison que la Charte reflète les valeurs de la nation canadienne et qu'elle serait de ce fait un instrument d'uniformisation. Reconnaissons d'abord qu'en matière de culture politique il n'y a pas de grosses divergences : la primauté du droit, la démocratie représentative, la liberté d'expression, l'aide sociale et bien d'autres valeurs sont partagées. Mais il y a une divergence au plan de la philosophie politique qui est assez grande pour que plusieurs soient d'avis que les québécois ont toujours eu de la difficulté à se sentir tout à fait membres de ce que l'on appellerait la nation canadienne. Pour M. Taylor, c'est la réponse à la question « What is Canada for » ? qui importe. Qu'est-ce qui unit les canadiens et leur donne une identité? Pour le Canada anglais, ça été le « britishness », puis le « englishness », mais le changement démographique a changé les choses et ce sont les institutions elles-mêmes qui comptent le plus maintenant. Pour plusieurs, il est surtout important que l'on se distingue des américains. Ici on ferait plus confiance aux gouvernements, on serait moins portés à s'en remettre aux tribunaux et on serait plus généreux avec les défavorisés. En somme nous ne sommes pas des américains et croyons à nos programmes sociaux comme l'assurance maladie universelle et étatique, à la péréquation aussi, et nous avons une culture politique distincte de celles des États-Unis. Mais on semble se questionner sur son identité au Canada anglais seulement parce que le mouvement indépendantiste au Québec nous y oblige. Il y a cependant des tensions maintenant parce que les inégalités régionales persistent, que l'équilibre des pouvoirs est mis en doute, que les programmes sociaux sont trop chers. Certains juristes diront que l'identité créée par la Charte est fragilisée par la concurrence et la réconciliation des droits. D'autres en raison du fait que la composition de la Cour suprême change et que les réexamens judiciaires se multiplient. Il faut aussi se demander si les immigrants, très nombreux, adhèrent à cette définition de l'identité nationale, ce que le multiculturalisme signifie à leurs yeux. Vise-t-on l'intégration, l'assimilation, ou autre chose dans notre mosaïque canadienne?

Selon M. Taylor ce serait la Charte canadienne des droits et libertés qui aurait aujourd'hui assumé le rôle principal dans la définition de l'identité nationale, fait surprenant parce qu'elle n'était pas revendiquée en 1981 et que son contenu ne figurait pas dans les éléments de la définition à cette époque. La Charte est largement fondée sur une philosophie libérale de droits individuels où le concept d'égalité tient une place importante.

Mais que répondra-t-on à la question « What is Québec for? ». La question existentielle se pose différemment au Québec parce que l'identité québécoise est une question de langue et de culture; ces valeurs ne sont pas simplement individuelles, elles sont collectives et doivent être promues par les institutions politiques. Il n'est pas question de se comparer avec les américains pour se définir; il est seulement question de préciser le contenu de la solidarité nationale. Le multiculturalisme est très problématique dans ce contexte, d'autant plus qu'il est difficile de lui trouver une définition commune. La Charte est bien acceptée au Québec, sauf dans la mesure où elle est perçue comme une entrave à la politique linguistique

du gouvernement. Elle contient des éléments de droits collectifs, en matière d'éducation religieuse et d'éducation dans la langue officielle minoritaire au plan provincial, pour ce qui est des droits des autochtones aussi, mais elle reste centrée sur une philosophie individualiste. « Pourquoi le Québec » si ce n'est pour défendre la nation, en promouvoir la langue et la culture ? En somme, ceci signifie qu'il est difficile de souscrire à la fois aux valeurs de la nation canadienne et à celles de la nation québécoise puisque la première croit à l'égalité des provinces et à la primauté des droits individuels, à la mosaïque canadienne, et la deuxième à la primauté des droits collectifs et au statut particulier requis pour en assurer la mise en œuvre, à l'intégration des immigrants. Pour les anglophones, il est nécessaire de séparer la langue de la culture si on veut agir dans ce domaine, alors que pour les francophones, langue et culture sont liés. Il faut aussi dire que la majorité des canadiens n'accepte pas cette idée des deux nations qui serait venue se substituer au dualisme canadiens-anglais et canadiens-français qui prévalait autrefois. Pourtant chacun sait que le dualisme est réel ; il explique en fait le fédéralisme décentralisé et la reconnaissance des deux langues officielles dans la constitution.

La vraie question est celle de l'autonomie du Québec. Il y a sur cette question un conflit réel. Québec veut sa reconnaissance comme société distincte et plus de pouvoirs, les autres provinces disent qu'elles sont toutes égales et que la Charte unit les canadiens en raison de sa force morale et juridique. Le statut spécial pour le Québec serait contraire à la thèse de l'égalité des provinces et des personnes. Pourtant, l'idée que les francophones soient servis en français est acceptée, mais c'est parce qu'elle répond à une demande individuelle. Mais c'est là mal comprendre la nature des droits linguistiques. Dans l'arrêt Beaulac, la Cour suprême dira que le droit à un procès dans sa langue n'est pas seulement assuré par une mesure d'accommodement mais qu'il comporte l'obligation pour le gouvernement de créer une infrastructure institutionnelle qui assurera un accès à la justice comparable pour les deux communautés linguistiques officielles. Pareillement, dans l'arrêt Mahé la Cour suprême dira que le droit à l'instruction comprend le droit pour les représentants de la minorité linguistique provinciale de contrôler ses institutions scolaires. Ce qui est remarquable ici c'est que cette dimension communautaire du droit ne vient pas des élus mais des tribunaux.

C Taylor est aussi d'avis que même si les droits linguistiques se justifient parce qu'ils sont exercés par des particuliers, ils sont reconnus parce que nécessaires à la survie des communautés linguistiques en situation minoritaire. Si cela n'est pas accepté, il faudra se demander ce que sera le vrai patriotisme canadien ; le mariage de raison n'est pas suffisant pour définir l'identité canadienne. S'il n'est pas accepté, il faudra aussi se demander quelle approche l'on devra adopter pour réformer nos institutions politiques. Pour M. Taylor, « Canada has never gelled as a nation ». Ne faudrait-il pas admettre que la reconnaissance de la spécificité du Québec est un des buts mêmes de notre fédération ? Y a-t-il espoir de changement ?

La Charte semble jouer un rôle négatif à cet égard en définissant les valeurs canadiennes sans égard au conflit philosophique qui déchire le Canada. La crainte que le Canada soit américanisé par la Charte semble avoir été fondée parce que les ambitions communautaristes au Québec se heurtent clairement à un droit individualiste. Tout ce qui est communautaire semble discriminatoire. On suit les américains dans la définition d'une société libérale. On mettra l'accent sur la révision judiciaire pour contraindre l'État plutôt que de favoriser le consensus social par la discussion politique et l'action législative. Mais l'État québécois ne veut pas la neutralité ; il a choisi les valeurs prédominantes et veut assurer non seulement un comportement compatible avec elles, mais la continuité même de la communauté. Pour le tenants de cette approche, le Québec n'est pas pour autant une société intolérante ou discriminatoire ; il a tout simplement choisi un modèle de société libérale différent. Il protège les minorités, garantit les libertés fondamentales. Il tient cependant pour acquis qu'il y a une grande différence entre les droits, d'une part, et les privilèges et immunités, d'autre part. Il saura aussi respecter la diversité, mais d'une manière différente.

Nous avons donc deux visions différentes de la société libérale, deux façons de concevoir l'identité nationale. La Charte peut favoriser une vision et rendre bien difficile l'accommodement qui permettrait à deux formes d'identité de trouver place. La Charte est importante non seulement à cause de la force du libéralisme procédural mais aussi parce que la société multiculturelle a besoin d'un fondement à son identité et qu'elle s'y réfère à cette fin. Ceci fait problème parce que l'on pense que la Charte doit s'appliquer partout de la même manière. Le conflit ne peut se résoudre que par une réforme en profondeur des institutions politiques selon M. Taylor parce que celles-ci sont d'une époque révolue.

- On nous a aussi invités à considérer l'impact de la Charte sur les lois. Il est bien évident qu'elle a été très importante en raison de l'élargissement de la révision constitutionnelle. Six canadiens sur dix considèrent que la société évolue dans le bon sens sous l'impulsion de la Charte. On voit les tribunaux comme un rempart contre les excès des gouvernements et de la police. Pour les spécialistes, ce n'est pas aussi simple. On s'intéresse à l'interprétation de la Charte avant tout ; pour les uns elle est trop conservatrice, pour les autres trop libérale ou interventionniste. Certains adoptent une analyse cas par cas. La grande question est celle de l'équilibre entre les pouvoirs législatifs et judiciaires. C'est pour cela que les plus importants débats ont

porté sur l'article 1 et l'article 33, et plus récemment sur l'article 7 de la Charte. On a généralement salué les décisions renforçant les identités et droits des minorités en matière linguistique et scolaire, eu égard aux droits des autochtones et métis. On s'est cependant inquiété du fait que la Cour suprême ait élargi la notion de droits positifs et adopté la notion de préjudice comme critère de base. Une autre inquiétude tient au fait que l'interprétation de textes constitutionnels a beaucoup influencé l'interprétation des lois ordinaires et créé une tendance à s'éloigner facilement de l'intention législative. Dans ce domaine, il est impossible de prédire l'avenir. Le rôle de la cour est clair au plan théorique mais il dépend largement de l'approche des juges qui la composent. La composition de la Cour suprême du Canada va changer beaucoup d'ici 3 ans et ceci aura un impact certain. Déjà les commentateurs disent que depuis 10 ans la cour est devenue plus conservatrice ou plus pragmatique selon son point de vue, plus disposée à contrôler les politiques sociales pour les uns ou trop disposée à revenir en arrière en matière de droit à l'égalité pour les autres. Le seul constant général c'est que l'on a de fait américanisé notre système juridique en mettant l'accent sur les droits individuels et la révision constitutionnelle. Bonne chose ou pas ? Cela dépend de sa philosophie politique et de son évaluation de la performance des tribunaux. Pour ce qui est du fédéralisme, on peut signaler deux choses. D'abord la reconnaissance du principe même dans le renvoi sur la sécession du Québec, ensuite la mention de la notion de fédéralisme coopératif dans quelques décisions où il était question des notions d'immunité juridictionnelle et de prépondérance fédérale. Je ne suis pas convaincu que ces choses aient été inspirées par la Charte.

Tout revient en somme à une question d'interprétation constitutionnelle. On peut se pencher sur les théories de « originalism » (ou intention première du constituant), de « new originalism » (ou le sens premier (original meaning) de la norme de « living constitutionalism » (soit la constitution en évolution déterminée de façon discrétionnaire). Dans tous les cas il y a des difficultés d'application et de ce fait une difficulté à prédire l'avenir. Ici, au Canada, on a rejeté l'« originalism », mais on examine les sources historiques ; on insiste sur la définition de la question justiciable, mais on tient compte du contexte politique, économique et social. De fait les juges vont attribuer un sens en fonction de multiples facteurs dont leur propre expérience, leur psychologie et les influences extérieures qui ont formé leur pensée. Les guides sont historiques et jurisprudentiels, mais même cela n'est pas déterminant. L'opinion des juges sur la valeur relative de l'histoire ou de l'obligation de suivre un précédent de façon générale ou précise va varier. Difficile de voir ici beaucoup d'objectivité. Les valeurs courantes vont souvent peser plus que l'histoire législative. La conclusion évidente est que l'interprétation va être plutôt riche et surprenante. Dworkin dit qu'il n'y a qu'une bonne réponse à toute question constitutionnelle. Mart dit que nous travaillons avec « an open textured language » et que cela invite à des jugements moreaux et des choix politiques, voire des choix basés sur le bon sens. Un autre auteur, Solum, nous rappelle que le sens est une chose, l'application une autre chose. En somme, les philosophes aident à préciser la pensée juridique plus qu'à solutionner les problèmes courants.