

# **LA CHARTE ET LES DROITS DES MINORITÉS VUS PAR LES INTELLECTUELS DE L'« ÉCOLE DE CALGARY »**



**par Frédéric Boily et Nathalie Boivert**

Université de l'Alberta, Campus St-Jean

fboily@ualberta.ca

nathalie.boisver@shaw.ca



**PRÉSENTÉ AU COLLOQUE**

***Le fédéralisme, le Québec et  
les minorités francophones du Canada***

**Université d'Ottawa**

Ottawa (Ontario) Canada

**9 au 11 mars 2006**

Version préliminaire / Ne pas citer



La question des droits des minorités, notamment ceux des minorités linguistiques francophones, a alimenté de nombreux débats dans l'Ouest canadien. Celle-ci a suscité en particulier un ensemble d'interventions et de critiques provenant d'un groupe d'intellectuels d'abord rattachés à l'Université de Calgary et qui se manifestent aujourd'hui sur la scène politique en tant que membres, cadres influents ou encore comme « conseillers du Prince » du Parti conservateur du Canada. Ce groupe, communément appelé l'École de Calgary, inclut principalement les intellectuels David Bercuson, Ian Brodie, Barry Cooper, Tom Flanagan, Rainer Knopff et Frederick « Ted » Morton. Ce que nous voulons montrer ici, c'est (a) la vision de la question ou du problème des minorités qui est celle des intellectuels de cette école ; (b) sur quels fondements intellectuels repose leur conception des droits des minorités en sol canadien .

Cette question se révèle d'autant plus importante que certains observateurs laissent entendre que ces intellectuels ont une approche très particulière à cet égard. En fait, si l'on en croit Shadia B. Drury, anciennement professeure en science politique à l'Université de Calgary et maintenant rattachée à l'Université de Regina, les penseurs de Calgary ne voudraient rien de moins, a-t-elle confié au *Globe and Mail* à la fin de la campagne de 2004, que de démanteler l'édifice juridique protégeant les droits des minorités.

She sees, écrit Ibbitson, the Calgary School as the new vanguard of the proletariat, offering simple and soothing nostrums that resonate with

the public, especially recent immigrants from socially conservative and undemocratic countries. But once the vanguard has power, she fears, it will exploit populist sentiment to strip away the rights of minorities and dismantle what is left of the welfare state. "They want to replace the rule of law with the populism of the majority"<sup>1</sup>.

Et comme Stephen Harper serait en quelque sorte la créature de Tom Flanagan et de ses collègues calgariens, il faut comprendre que le « nouveau » Parti conservateur (entendre l'ancien *Reform Party*) n'aurait qu'une idée en tête : celle de restreindre les droits des minorités en tablant sur l'effacement du filet de protection juridique visant les minorités, en réduisant le bilinguisme institutionnel, par exemple, lequel protège les francophones hors-Québec.

Surtout, Drury croit que la *Calgary School* constitue l'avant-garde canadienne du néo-conservatisme américain, c'est-à-dire un conservatisme influencé fortement par Leo Strauss à qui les pires intentions sont prêtées, notamment cette idée que l'on n'avance pas à visage découvert, que le « noble mensonge » est nécessaire pour gagner en politique. On pourrait également soutenir que les critiques du pouvoir judiciaire avancées par Frederick « Ted » Morton et Rainer Knopff, sur lesquelles nous allons revenir plus loin, ressemblent à celles de certains Républicains, c'est-à-dire qu'elles reposent sur une même dénonciation de l'activisme ou de l'impérialisme de juges inféodés aux idées de gauche. Mais qu'en est-il vraiment ? Doit-on prêter de telles intentions (cachées) aux intellectuels de l'École de Calgary et, par ricochet, au PC de M. Harper ? A-t-on affaire à une version canadienne du conservatisme américain ? Avant de songer répondre à de telles questions, il est nécessaire de se pencher sur le terreau intellectuel dans lequel s'inscrivent leurs analyses.

Laisant de côté la controverse politique, nous proposons une étude en deux volets. En premier lieu, il s'agira d'éclairer les assises théoriques qui sous-tendent leur analyse des questions relatives aux minorités canadiennes, plus particulièrement à partir des travaux de David Bercuson, Barry Cooper ainsi que ceux de Tom Flanagan, lesquels constituent les principaux penseurs de l'École de Calgary. Ce qu'il s'agit de faire, c'est d'identifier en quelque sorte la matrice de leur pensée et examiner plus attentivement leur conception du libéralisme, ou néo-libéralisme pour certains, afin de voir ce que celle-ci implique quant aux questions des minorités. Nous verrons que leur matrice intellectuelle véhicule une conception du libéralisme qui, si elle n'est pas en soi contre les minorités, se révèle à tout le moins inhospitalière quant à la reconnaissance des différences de groupes et des minorités.

En second lieu, nous traiterons de certains écrits, principalement ceux de Rainer Knopff, Frederick Morton ainsi que de Ian Brodie (le nouveau chef de Cabinet du premier ministre), lesquels dénoncent la politisation du pouvoir

---

<sup>1</sup> John Ibbitson, « Educating Stephen : What does the Conservative Party's enigmatic leader really stand for ? », *The Globe and Mail*, 26 juin 2004, p. F4.

juridique, suivant quoi la Cour suprême, saisie de la *Charte*, serait devenue un instrument politique à la remorque des revendications minoritaires. Ces penseurs critiquent fermement, comme on va le voir, certaines dispositions de la Charte des droits et libertés, et surtout l'interprétation qu'en fait la Cour suprême. Enfin, nous voulons également offrir un point de vue critique sur la façon dont ils comprennent le libéralisme.

## **La matrice libérale/conservatrice**

Comment la question des minorités et de la reconnaissance des groupes est-elle perçue dans l'Ouest canadien ? D'une certaine façon, d'aucuns diront que la réponse est évidente, dans la mesure où l'on connaît bien les objections élevées par certains partis politiques à la reconnaissance de statuts particuliers pour les groupes. On pense notamment à l'opposition du défunt *Reform party* à accorder tout statut particulier au Québec lors des rondes constitutionnelles. « The Reform party, écrit David Laycock, made the idea of accommodating Québec's modest demands for distinct-society recognition unthinkable for many Western Canadians<sup>2</sup>. »

Pour arriver à répondre adéquatement à la question posée plus haut, il faut cependant savoir comment s'est articulée cette opposition aux politiques de reconnaissance. Sur le plan intellectuel, cette opposition a notamment été formulée dans les travaux que David Bercuson et Barry Cooper ont consacrés à la question du Québec (*Deconfederation*, 1991) et à la politique canadienne (*Derailed*, 1994)<sup>3</sup>. Ces deux ouvrages, même s'ils ne traitent pas directement de la question des minorités ou de la Charte, sont révélateurs du socle libéral sur lequel la pensée de l'École de Calgary repose.

Au moment de la parution de *Deconfederation*, on a rapidement mis l'accent sur le fait que David Bercuson et Barry Cooper ne reconnaissent pas l'intégrité du territoire québécois et donc qu'ils en venaient à endosser une logique qui a conduit ailleurs à des confrontations militaires et violentes concernant des questions territoriales. Mais au-delà des questions concernant la partition du territoire québécois, il importe surtout de voir à quel univers intellectuel s'abreuve leur opposition au statut distinct. Quelles sont les racines intellectuelles de leur position ? Est-ce que l'École de Calgary constitue, comme le pense Shadia Drury, une sorte de décalque du néo-conservatisme américain ?

À l'évidence, les auteurs de Calgary, tout particulièrement Barry Cooper, connaissent Leo Strauss, comme le montre, pour ne citer qu'un exemple, son

---

<sup>2</sup> David Laycock, *The New Right and Democracy in Canada. Understanding Reform and the Canadian Alliance*, Canada, Oxford University Press, 2002, p. 150.

<sup>3</sup> David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Deconfederation. Canada without Quebec*, Toronto, Key Porter-Books, 1991; David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Derailed. The Betrayal of the National Dream*, Toronto, Key Porter-Books, 1994.

ouvrage consacré à l'hégélianisme<sup>4</sup>. Mais Strauss est-il dominant pour comprendre leur position à propos de l'État et des minorités ? Plus féconde, en ce qui concerne la question des minorités, est la lecture qui privilégie la figure de Friedrich Hayek – que plusieurs incidemment considèrent également comme une influence importante d'une partie des néo-conservateurs américains<sup>5</sup>.

En effet, si on cherche à trouver une véritable inspiration intellectuelle commune à Bercuson, Cooper et Flanagan, c'est davantage du côté de l'économiste autrichien qu'il faut se tourner, Hayek constituant probablement l'un des auteurs les plus importants pour les intellectuels calgariens. Il se révèle notamment une ressource intellectuelle primordiale pour le politologue Tom Flanagan – considéré comme l'éminence grise derrière Stephen Harper – les thèses hayekiennes influençant profondément la façon dont il considère la question autochtone<sup>6</sup>.

Ce que l'on retient d'Hayek, c'est essentiellement l'idée, fondamentale chez lui, que la société est un « ordre spontané », c'est-à-dire que la société est le produit de la complexité sociale et de l'interaction des innombrables décisions individuelles prises à travers le temps par les individus. L'ordre spontané est défini, par Hayek, comme

un état de choses dans lequel une multiplicité d'éléments de nature différente sont en un tel rapport les uns aux autres que nous ne puissions apprendre, en connaissant certaines composantes spatiales ou temporelles de l'ensemble, à former des pronostics corrects concernant le reste ; ou au moins des pronostics ayant une bonne chance de s'avérer corrects<sup>7</sup>.

Par conséquent, personne ne peut véritablement maîtriser l'ordre social. Celui-ci se révèle si complexe en fait, que cela doit décourager toute volonté ou velléité de contrôle, grâce à l'appareil étatique, des flux économiques et sociaux. L'État doit adopter une posture de retrait et se contenter de fixer des règles. En d'autres termes, il doit éviter de sombrer dans ce que Hayek appelait, dans *La route de la servitude*, le « planisme » ou « la direction centralisée de toute l'activité économique conformément à un plan unique [...] ». Dans cet esprit, Flanagan s'inspire de Hayek pour avancer que les politiques mises en place pour aider les Autochtones se sont révélées particulièrement inefficaces sur le plan économique. C'est pourquoi il vaudrait mieux laisser aller les choses d'elles-mêmes, tout

---

<sup>4</sup> Barry Cooper, *The End of History : An essay on modern Hegelianism*, Toronto, University of Toronto Press, 1984.

<sup>5</sup> Alain Franchon et Daniel Vernet, *L'Amérique messianique. Les guerres des néo-conservateurs*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, p. 91.

<sup>6</sup> Tom Flanagan, *Premières nations? Seconds regards*, Sillery, Septentrion, 2002, p. 18-19.

<sup>7</sup>Friedrich von Hayek, *Droit, législation et liberté : règles et ordre*, vol. 1, Paris, Presses universitaires de France, Paris, 1973, p. 42, cité par John Eric Rowley, « Friedrich von Hayek et le paradoxe libéral », mémoire de maîtrise, département de science politique, Université Laval, 1993, p. 56.

particulièrement au regard des questions économiques. Plus exactement, comme le préconise Hayek, l'État se doit de rester en retrait par rapport à la société.

Dans une économie de marché, écrit Flanagan, le gouvernement joue, quant au développement économique, un rôle important mais limité : maintien du cadre indispensable à une devise saine, administration du droit civil, bureau de la statistique, etc. Dans une démocratie libérale telle que le Canada, poursuit-il, les gouvernements n'ont qu'un rôle marginal en matière de sauvegarde et d'adaptation de la culture<sup>8</sup>.

À vrai dire, avec des lunettes hayekiennes, la gestion des affaires autochtones ne peut être jugée que de manière négative. En effet, toute tentative ou implication étatique étant jugée à l'aune du « planisme », l'État ne peut penser réguler les processus socio-économiques touchant la politique autochtone. En outre, Flanagan avance que l'État a rendu les Autochtones profondément dépendants de l'aide sociale (entendue au sens large du terme), celle-ci étant presque devenue, selon le politologue, un mode de vie dans les réserves<sup>9</sup>. En d'autres termes, le « planisme » des élites canadiennes a conduit les Autochtones à attendre leur salut de la providence gouvernementale.

Tout comme celle de Flanagan, l'argumentation de Bercuson et Cooper s'apparente davantage à l'univers hayekien qu'aux thèses straussiennes<sup>10</sup>. En effet, les deux auteurs inscrivent leur analyse, et ce aussi bien dans *Deconfederation* que dans *Derailed*, dans la tradition du libéralisme que l'on peut dire classique, lequel est défini selon l'idée maîtresse de la liberté individuelle – c'est-à-dire le respect de la liberté de conscience des individus, la liberté de parole, de religion, etc. Endossant une autre antienne du libéralisme classique, ils expliquent que l'idée de gouvernement limité implique que l'État doit défendre la société tout en restant étroitement encadré par rapport à ses potentialités ou encore par rapport à ce qu'il peut faire. Toujours selon la même logique libérale, l'État doit respecter le principe de l'égalité des droits devant la loi, lequel exige que cette dernière n'accorde pas de droits particuliers à certains citoyens plutôt qu'à d'autres, le risque étant alors de créer deux catégories de citoyens. Enfin, le consentement des gouvernés implique que tout citoyen doit pouvoir donner son avis sur la chose politique<sup>11</sup>.

Plus loin, s'inspirant cette fois de Montesquieu, les deux auteurs ajoutent qu'une caractéristique importante des démocraties libérales est leur caractère modéré. « By and large, liberal democracies are moderate political regimes,

---

<sup>8</sup> Tom Flanagan, *op. cit.*, p. 108.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p.180.

<sup>10</sup> Il faut également mentionner qu'une dimension importante de leur analyse est de considérer le nationalisme québécois comme étant une religion politique. S'inspirant des travaux d'Eric Voegelin, dont il est un des spécialistes, Barry Cooper considère que le groupe national est pensé, par les intellectuels nationalistes, comme une *ecclesia*, ce qui fait du nationalisme québécois une forme de « religion » politique.

<sup>11</sup> David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Deconfederation, op. cit.*, p. 6-7; *Derailed, op. cit.*, p. 11-12.



characterized by political bargaining and accommodation of divergent interests. Because this form of government is relatively mild, liberal-democratic societies tend to be prosperous<sup>12</sup>. » Cet argument du caractère modéré de la démocratie est d'ailleurs souvent évoqué par les différents auteurs de Calgary pour le mettre en opposition avec le caractère intransigeant du nationalisme et de tous les groupes qui défendent des intérêts particuliers.

Comme on le sait, dans l'anthropologie libérale, la séparation du religieux et du politique s'avère essentielle parce qu'elle permet la pacification du monde politique en rejetant ce qui peut être source de tensions dans le domaine du privé. Inscrivant leur analyse dans la même logique, Bercuson et Cooper s'appuient sur cette dichotomie fondatrice de l'ordre libéral pour la transposer à la situation canadienne, plus particulièrement québécoise. À leurs yeux, ce qui est vrai pour la religion devrait aussi l'être pour la culture. « If there can be religiously neutral politics, there may be culturally neutral politics too<sup>13</sup>. » Au nom de l'égalité des citoyens, l'État ne doit pas se mêler de défendre la culture. « In principle [neutrality] excludes the right to rule on behalf of any particular way of life, or any particular ethnic group, culture, or religion<sup>14</sup>. » Car, selon eux, si l'État renonce à la neutralité en ce qui concerne le domaine culturel, c'est le principe même de l'égalité formelle des citoyens qui est attaqué. Or, ce principe, comme on l'a vu, constitue une des bases essentielles de leur compréhension du libéralisme. Par conséquent, l'État n'a pas à défendre de manière particulière certaines cultures ou nations plutôt que d'autres. On verra plus loin que d'autres auteurs poursuivent la réflexion sur la question de l'égalité, reprochant au « chartisme » de transgresser la conception libérale de la société. Selon Flanagan, Cooper et Bercuson, l'État doit rester neutre, au-dessus de la mêlée, se contentant d'exercer son rôle d'arbitre, tant dans le domaine culturel qu'économique. Or, voilà une conception qui se heurte ou s'oppose à celle avancée par Pierre Elliott Trudeau.

### **Critique de la société juste**

De prime abord, on pourrait avoir l'impression que la conception calgarienne du libéralisme est compatible avec celle de Pierre Trudeau, père du chartisme. En effet, un observateur distrait ou étranger aux débats intellectuels et politiques canadiens pourrait croire que les intellectuels de Calgary partagent sur le fond les idées libérales de Trudeau. Après tout, au Québec, Trudeau passe pour l'archétype de l'individualisme libéral<sup>15</sup>. On a l'impression que les intellectuels de l'Ouest devraient, au moins jusqu'à un certain point, communier avec l'esprit libéral et individualiste (exacerbé) de Trudeau. Toutefois, l'image de Trudeau qui

---

<sup>12</sup> David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Deconfederation*, op. cit., p. 7.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>15</sup> Voir, entre autres exemples, le récent ouvrage d'André Burelle qui affirme que Trudeau a mis à l'écart le personnalisme de sa jeunesse au profit de l'individualisme libéral : *Pierre Elliot Trudeau : L'intellectuel et le politique*, Montréal, Fides, 2005.

prévaut chez eux est bien négative, ce qui indique, si on ne le savait déjà, qu'il y a plus d'une façon de comprendre le libéralisme et l'individualisme.

Dans *Derailed*, Bercuson et Cooper critiquent fortement l'approche préconisée par l'ancien premier ministre, plus particulièrement en ce qui concerne la notion de « société juste », laquelle fait de la lutte contre les inégalités un élément central de la politique gouvernementale. Slogan de la campagne électorale de 1968, cette notion a d'abord été amenée sur la scène politique, selon eux, par John Diefenbaker qui voulait que l'État canadien devienne le grand distributeur de la richesse. Selon eux, jusqu'à MacKenzie King, les premiers ministres avaient compris que le Canada était essentiellement un espace économique, et que l'État, par conséquent, avait tout au plus un rôle de correction de l'économie à jouer, principalement en temps de crise. Mais le train étatique s'emballa sous le règne de Diefenbaker, c'est-à-dire que l'État multiplie les programmes afin de faire du Canada un espace national unifié. Avec Trudeau, les choses sont poussées d'un cran supplémentaire, l'État poursuivant son œuvre de *nation-building* en devenant le promoteur de la justice sociale, la Charte constituant un instrument, peut-être le plus important, de ce dispositif.

Or, Bercuson et Cooper marquent leur désaccord avec cette conception de l'État canadien, notamment en faisant remarquer que l'idée de justice sociale se révèle profondément fautive parce que : 1) Les ressources économiques sont trop rares pour que l'on puisse espérer les distribuer également, 2) il ne faut pas traiter les inégaux également, 3) cela ne fait au total que créer une culture de la dépendance<sup>16</sup>. Ainsi, l'idée que l'État puisse être au service de la communauté et qu'il se doit de poursuivre comme objectif central la redistribution de la richesse est carrément rejetée par les auteurs de l'Ouest, un tel objectif ayant conduit le gouvernement à adopter des politiques publiques désastreuses pour l'économie canadienne. Comme on va le voir, ce scepticisme face à la société juste entraîne trois des auteurs de l'Ouest à orienter leur critique vers le pouvoir judiciaire et une certaine vision de la Charte qui en ferait un instrument pour la promotion sociale de groupes particuliers.

De manière générale, les intellectuels de l'Ouest se révèlent très critiques de la politique économique menée par les gouvernements de Pierre Trudeau, tout particulièrement sa politique de développement des régions. À cet égard, l'évolution des politiques de développement régional constituerait l'illustration parfaite des effets pervers engendrés par une politique menée par un idéal de justice sociale. Mises sur pied de manière temporaire pour aider les régions, ces politiques se sont rapidement transformées en instrument d'unité nationale mais particulièrement inefficace sur le plan économique. En d'autres termes, la logique perverse du « planisme » keynésien se transforme en instrument politique dans les mains d'élites avides de se lancer dans une opération de *nation-building*, laquelle se révèle inefficace dans la mesure où le Québec demeure insatisfait<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Derailed*, *op. cit.*, p. 96-97.

<sup>17</sup> Le même raisonnement vaut, et ce sont des exemples maintes fois donnés en Alberta, pour la *National Energy Policy* (NEP) ou encore pour les contrats concernant les CF-18 qui sont accordés

Ici, la critique est dirigée contre le Québec, mais dans *Derailed*, cette explication vaut pour toutes les formes de redistribution, peu importe que ce soit pour le Québec, une autre province, les Autochtones ou encore pour un groupe.

Les principaux intellectuels de Calgary définissent donc le libéralisme d'une manière conventionnelle au sens où la compréhension qu'ils en ont ne déroge guère des canons de ce courant de pensée. Cela dit, comme nous allons le voir plus loin, cette définition passe sous silence les évolutions qui ont marqué la pensée libérale. Il est vrai toutefois que Bercuson et Cooper affirment ne pas être aveugles à la dimension collective de la vie sociale. « To favour liberal individualism is not to deny the importance of groups and collectivities in liberal democracies. After all, freedom of association is an important component of individual freedom<sup>18</sup>. » De leur point de vue, la question est plutôt de savoir s'il faut accorder ou non une reconnaissance ou protection spéciale (entendre constitutionnelle) aux groupes. Selon eux, non, dans la mesure où une telle attitude entraîne une sorte de compétition entre les groupes pour la reconnaissance. Ayant en tête la période de l'Accord du lac Meech et du Référendum de Charlottetown, ils avancent que l'idée d'accorder des droits collectifs s'est malheureusement généralisée et qu'il ne pouvait en être autrement: « Once the principle of guaranteed group representation is granted, how can other groups be excluded from its benefits<sup>19</sup>? »

À cet argument de nature pragmatique s'en ajoute un autre, cette fois plus théorique, voulant que la reconnaissance des groupes doit être exclue parce que la protection d'un groupe sur la base de la race ou de la culture est plus exclusive que la reconnaissance basée sur un lien géographique : on peut quitter un territoire mais pas une race. Favorisant l'égalité formelle, ils rejettent l'idée d'accorder un statut spécial à un groupe, quel qu'il soit<sup>20</sup>. Ainsi, on constate qu'ils sont particulièrement réticents face au fédéralisme asymétrique ainsi qu'à la conception d'un projet national canadien essentiellement articulé autour de la défense des minorités linguistiques ou culturelles. À cet égard, la Charte fait l'objet de sévères critiques de la part de Rainer Knopff et Frederick « Ted » Morton ainsi que de Ian Brodie : tous critiquent le fait que la Charte serait devenue un outil politique dans les mains des minorités les plus actives.

## **Critique de la Charte**

### **Les « Charter skeptics »**

Frederick « Ted » Morton et Rainer Knopff ont publié en collaboration deux ouvrages sur la Loi constitutionnelle de 1982 en plus de se distinguer par de nombreux articles dans les revues savantes et, chez Morton surtout, de fréquents

---

à Montréal plutôt qu'à Winnipeg. Ici aussi, ce n'est pas la raison économique qui a prévalu comme cela aurait dû être le cas. David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Deconfederation*, *op. cit.*, p. 62.

<sup>18</sup> David Jay Bercuson et Barry Cooper, *Derailed*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 202.



commentaires dans des revues plus populaires et les quotidiens<sup>21</sup>. La thèse des auteurs est que les juges de la Cour suprême ont profité des pouvoirs accrus que leur conférait la Charte pour s'arroger une part importante du pouvoir politique au Canada et que, de cette façon, la Cour est devenue une institution politique autant que judiciaire. Pour Morton et Knopff, nous dit Linda Cardinal, « la Charte donne lieu à la mise en place d'un gouvernement des juges<sup>22</sup>. » En fait, Morton est devenu en quelque sorte une des têtes d'affiche de ceux qui décrivent avec véhémence l'activisme des juges canadiens, étant fréquemment cité comme le principal représentant des « Charter skeptics ».

Le débat au sujet de la légitimité du contrôle judiciaire se joue entre les deux points de vue suivants. D'un côté, ceux qu'on nomme « démocrates judiciaires » maintiennent qu'en faisant valoir les droits individuels et minoritaires, l'application de la Charte par la Cour assainit la démocratie en considérant des questions qui demeurent en marge du débat politique. Plus encore, toujours selon ce même point de vue, la clause dérogatoire, qui permet aux parlements fédéral et provinciaux de rejeter une décision judiciaire, encourage un véritable « dialogue démocratique » entre les pouvoirs judiciaire et législatif<sup>23</sup>. De l'autre côté, on trouve ceux qui décrivent la politisation du pouvoir judiciaire canadien et selon qui la Cour suprême, dont la composition excluait jusqu'à récemment tout débat ou consultation publique, serait devenue une institution profondément anti-démocratique. Morton et Knopff sont de ces derniers :

Our primary objection to the Charter Revolution is that it is deeply and fundamentally undemocratic, not just in the simple and obvious sense of being anti-majoritarian, but also in the more serious sense of eroding the habits and temperaments of representative democracy. [...] The kind of courtroom politics promoted by the Court Party, in short, is authoritarian, not just in process but, more dangerously, in spirit<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> Les deux ouvrages de Frederick Morton et de Rainer Knopff sont *Charter Politics*, Scarborough, Ontario, Nelson Canada, 1992 et *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2000. Le troisième calgarien à s'être penché sur la question du pouvoir judiciaire est Ian Brodie, dans son ouvrage *Friends of the Court : The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Albany, NY, SUNY Press, 2002. Morton a également dirigé plusieurs éditions d'un collectif examinant de nombreux aspects de la relation entre le droit et la politique au Canada : *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, 3<sup>e</sup> édition, Calgary, University of Calgary Press, 2002.

<sup>22</sup> Linda Cardinal, « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada », *Politique et sociétés*, vol. 19, nos 2-3, 2000, p. 47.

<sup>23</sup> Ce point de vue est bien représenté par Gregory Hein, « Interest Group Litigation and Democracy », *Judicial Power and Democracy*, dans P. Howe et P.H. Russel (dir.), Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2001, p. 214-254; la question est traitée plus en profondeur par Janet L. Hiebert, *Charter Conflicts : What is Parliament's Role?* Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002. Hiebert est particulièrement critique à l'égard de Morton et Knopff.

<sup>24</sup> Frederick Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, p. 149.

Selon ces auteurs, le *Court Party* consiste en une quasi-cabbale de juges, d'avocats, et surtout de professeurs d'université qui ont une vision activiste du droit ainsi qu'un programme politique à mettre en place à travers les tribunaux, surtout la Cour suprême. Un « parti » politique, donc, qui par collusion avec le pouvoir juridique parvient à s'imposer tout en contournant le processus électoral démocratique. Notre but ici n'est certes pas de déterminer si ces accusations sont bien fondées. Il s'agit plutôt d'étudier leurs arguments afin de dégager le sens qu'ils donnent aux « habitudes et tempéraments » ainsi qu'à « l'esprit » de la démocratie. On sera ainsi en mesure de comprendre sur quoi se fonde leur désapprobation de la Cour suprême, et d'entrevoir ainsi la direction qu'ils souhaiteraient lui voir emprunter.

D'après Morton et Knopff, c'est par le biais d'une conception particulière de l'égalité que le *Court Party* conforte son pouvoir. Pour le dire en peu de mots, la promotion d'un idéal d'égalité *substantive* augmente la portée de l'État par les remèdes qu'elle impose pour remédier aux inégalités qui, toujours selon nos auteurs, sont pourtant inévitables et intrinsèques à la société. Morton et Knopff préconisent plutôt une conception formelle de l'égalité : non seulement il ne revient pas à l'État de redresser les inégalités réelles, plus encore, de tels efforts ne peuvent qu'être néfastes pour la société. Ce que les penseurs calgariens illustrent par leurs critiques des politiques autochtones et de développement régional, pour ne citer que quelques exemples.

Dans *Charter Politics*, Morton et Knopff analysent davantage la conception d'égalité démocratique à travers certains passages signés par un des plus fins observateurs de la démocratie américaine Alexis de Tocqueville. Cette lecture sert à définir leur notion, centrale s'il en est une, d'égalité juridique, et à justifier leur interprétation de ce que représente l'activisme des juges, question qui occupe l'avant-plan des débats politiques au sujet de la Cour suprême.

Tocqueville, avec les lunettes d'un homme issu de l'Ancien Régime, voit que l'idée d'égalité apparaît comme un idéal fondateur de la démocratie naissante. Dans son étude de l'Amérique, Tocqueville avait dégagé deux formes distinctes d'égalité qui animent le débat politique d'une société démocratique :

Il y a en effet une passion mâle et légitime pour l'égalité qui excite les hommes à vouloir être tous forts et estimés. Cette passion tend à élever les petits au rang des grands ; mais il se rencontre aussi dans le cœur humain un goût dépravé pour l'égalité, qui porte les faibles à vouloir attirer les forts à leur niveau et qui réduit les hommes à préférer l'égalité dans la servitude à l'inégalité dans la liberté. Ce n'est pas que les hommes dont l'état social est démocratique méprisent naturellement la liberté ; ils ont au contraire un goût instinctif pour elle. Mais la liberté n'est pas l'objet principal et continu de leur désir ; ce qu'ils aiment d'un amour éternel c'est l'égalité ; ils s'élancent vers la liberté par impulsion rapide et par efforts soudains, et, s'ils manquent

le but, ils se résignent ; mais rien ne saurait les satisfaire sans l'égalité, et ils consentiraient plutôt à périr qu'à la perdre<sup>25</sup>.

La question n'est pas ici de faire l'exégèse de ce passage, mais simplement de remarquer que l'aristocrate-libéral français était éminemment conscient que certains « élans démocratiques » pouvaient, si on leur donnait libre cours, avoir des effets néfastes pour la société. En particulier, le souci d'égalité peut amener le peuple à préférer l'égalité dans la médiocrité, avec un affaiblissement correspondant des valeurs « aristocratiques » telles, toujours selon Tocqueville, la gloire, le génie, le courage, l'honneur, enfin, les qualités qui contribuent à la « grandeur » d'un peuple. C'est dans ce contexte qu'il faut comprendre que, pour Tocqueville, « l'esprit démocratique » exprime moins un programme politique qu'une réalité sociologique qui, bien qu'elle corresponde à des changements qui améliorent certes le sort d'un grand nombre de gens, ne demeure pas exempte de faiblesses. Cette tendance démocratique, poussée à l'extrême, amènerait le peuple à préférer une « dictature » égalitariste à un régime véritablement libéral<sup>26</sup>.

Pourtant, Tocqueville ne comprend que trop bien qu'on ne peut plus miser sur une classe aristocratique pour faire contrepoids aux excès de l'esprit démocratique. C'est ainsi qu'il désigne une classe particulière de la société pour remplir ce rôle au sein d'une démocratie : les juristes. Selon Tocqueville, c'est le légiste – l'avocat – qui constitue l'homme politique idéal, car chez lui la naissance humble et les valeurs aristocratiques se marient de façon heureuse : « le légiste appartient au peuple par son intérêt et par sa naissance, et à l'aristocratie par ses habitudes et ses goûts ; il est comme la liaison naturelle entre ces deux choses, comme l'anneau qui les unit<sup>27</sup> ». Car peu importe sa naissance, l'avocat acquiert par sa formation « des habitudes d'ordre, un certain goût des formes, une sorte d'amour instinctif pour l'enchaînement régulier des idées qui les rendent naturellement fort opposés à l'esprit révolutionnaire et aux passions irréfléchies de la démocratie<sup>28</sup> ». Malgré cette « liaison naturelle », il n'en demeure pas moins que les légistes se distinguent fortement du peuple, car, « comme [les aristocrates] ils conçoivent un grand dégoût pour les actions de la multitude et méprisent secrètement le gouvernement du peuple<sup>29</sup> ».

Tocqueville remarque de plus que, dans toute société, les légistes ont tendance à revendiquer une place au sein des dirigeants. Dans une société aristocratique qui leur serait hostile, ils s'allieront au peuple et deviendront

---

<sup>25</sup> Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, I, Paris, Flammarion, 1981[1831], p. 115. Plusieurs des passages inclus ici sont cités – en traduction anglaise – ou mentionnés par Morton et Knopff. Nous nous permettons ici de citer le texte original de Tocqueville afin de rendre justice à la pensée de son auteur. Ce passage est cité dans *Charter Politics*, p. 237.

<sup>26</sup> On trouvera une explication de l'esprit « aristocratique » et « démocratique » chez Tocqueville dans Pierre Manent, « Tocqueville, philosophe politique », *Commentaire*, no. 107, automne 2004, p. 584.

<sup>27</sup> Alexis de Tocqueville, *op. cit.*, I, p. 355.

<sup>28</sup> *Ibid*, I, p. 353. Cité par Frederick Morton et Rainer Knopff.

<sup>29</sup> *Ibid*, I, p. 364. L'idée est reprise par Frederick Morton et Rainer Knopff.

révolutionnaires ; par contre, il suffit de leur conférer une part du pouvoir pour qu'ils s'opposent aux excès de l'esprit démocratique, car « dans une société où les légistes occuperont sans contestation la position élevée qui leur appartient naturellement, leur esprit sera éminemment conservateur et se montrera antidémocratique<sup>30</sup> ».

L'auteur de la *Démocratie en Amérique* avait très bien compris, nous disent Morton et Knopff, la fonction qui devait être accordée au pouvoir judiciaire au sein d'une démocratie libérale. Leur lecture tocquevillienne les amène à penser que le régime démocratique ne peut fonctionner sainement que s'il existe un contrepoids aux élans « démocratiques » du peuple. Et ce serait le pouvoir judiciaire qui pourrait s'acquitter le mieux de ce rôle, c'est-à-dire de fonctionner en tant que frein modérateur – conservateur dans le sens du respect de l'ordre établi – et offrir ainsi une saine résistance, si on veut, aux élans progressistes du peuple. C'est aussi dans ce sens, croyons-nous, qu'il faut interpréter le commentaire de Stephen Harper qui, dénonçant l'activisme de certains juges pendant la dernière campagne électorale, disait qu'il choisirait des juges selon leur « tempérament judiciaire<sup>31</sup> ».

Lorsque Morton et Knopff transposent au monde contemporain les deux notions d'égalité tocquevilliennes, ils y voient le concours entre ce qu'on appelle aujourd'hui l'égalité formelle et l'égalité substantive. Lorsque l'interprétation judiciaire est guidée par le principe d'égalité formelle, la responsabilité de l'État se borne à appliquer la loi de la même façon à tous les citoyens, peu importent les différences ou inégalités réelles entre les parties. L'objectif d'égalité substantive, cependant, oblige l'État à intervenir de façon à promouvoir l'égalité réelle entre les parties, c'est-à-dire à redresser les inégalités naturelles, circonstanciées ou historiques.

Dans la logique de Morton et Knopff, il est un peu normal que le peuple en demande toujours plus à l'État pour obtenir des biens sociaux ou économiques qui ne lui sont pas accessibles autrement. Ces revendications appartiennent proprement au domaine politique, où elles seront soumises à la compétition qui existe entre divers points de vue et où les opinions qui prédominent sont justement celles qui obtiennent l'appui d'une majorité de représentants. Favorisant l'ordre établi et la retenue, le pouvoir judiciaire doit seulement servir à éviter que le pouvoir politique, aux mains de la majorité, n'utilise sa force pour augmenter sa portée au sein de la société. Et pourtant, au Canada, exactement

---

<sup>30</sup> *Ibid*, I, p. 365. Cité par Frederick Morton et Rainer Knopff.

<sup>31</sup> L'expression « tempérament judiciaire » est plutôt de facture américaine, définie par le barreau américain comme la présence chez le juge de « common sense, compassion, decisiveness, firmness, humility, open-mindedness, patience, tact, and understanding ». American Bar Association, « Guidelines for Reviewing Qualifications of Candidates for State Judicial Office », Judicial Administration Lawyers' Conference 1987, Chicago, Illinois. Alors que certains ont souligné que cette définition peut servir à appuyer une tendance plus activiste (surtout les qualités de compassion, d'ouverture d'esprit et de compréhension), l'expression est utilisée plus souvent par des commentateurs à tendance conservatrice, où « judicial temperament » devient synonyme de retenue ou de déférence judiciaire.

l'inverse se serait produit depuis l'avènement de la Charte. L'aspect « révolutionnaire » de cette nouvelle loi constitutionnelle, loin de mitiger le changement social, l'aurait plutôt accéléré et ce, en faisant de la Cour suprême l'instrument par lequel les revendications des groupes d'intérêts se réalisent.

Pour défendre cet argument, Morton et Knopff s'appuient fortement sur la thèse de doctorat de Ian Brodie, rédigée sous la direction de Frederick Morton et publiée ensuite sous le titre *Friends of the Court*<sup>32</sup>. Selon cette thèse, la Cour suprême du Canada et les groupes d'intérêts s'entretiennent d'une symbiose pernicieuse nourrie par une interprétation activiste de la Charte. D'un côté, les groupes d'intérêts utilisent les tribunaux pour faire avancer des programmes qu'ils ne réussissent pas à faire accepter sur la scène politique (tels, par exemple, le mariage de conjoints de même sexe) ; du coup, la Cour justifie son activisme accru sous le prétexte de défendre les groupes désavantagés.

Lorsque Morton et Knopff développent plus loin cet argument, ils maintiennent que c'est l'utilisation idéologique d'une conception particulière de l'égalité qui conforte cette alliance entre la Cour et les groupes d'intérêt :

Of particular concern has been the Court Party's ability to reduce the practical meaning of the Charter to a single value: equality. Cheered on by its academic supporters, the Supreme Court has consistently sacrificed claims of individual liberty on the altar of group equality. In doing so, the Court has transformed the Charter from its classical (and intended) purpose of protecting negative liberty—rights against the government—into an instrument of “positive liberty”—rights to more government services and regulation<sup>33</sup>.

Sans vouloir déterminer ici la justesse de cet énoncé, on doit reconnaître qu'il a le mérite d'annoncer clairement la position de l'auteur. Ce qu'il décrie ici, bien sûr, c'est l'égalité substantive, ou la passion démocratique relevée par Tocqueville. Morton et Knopff concluent, en langage tocquevillien, que « [f]ar from counteracting the result-oriented tendencies of the democratic mind, the legal mind seems to have been infected by democratic tendencies<sup>34</sup> ». Ainsi, au lieu d'appliquer le principe juridique d'égalité formelle, c'est-à-dire de neutralité interprétative, la Cour suit un principe d'égalité substantive qui a comme conséquence l'élargissement de l'État et, pire encore, croient-ils, instrumentalise l'État au bénéfice de groupes particuliers.

Deux aspects du système actuel leur semblent particulièrement troublants : le Programme de contestation judiciaire (Patrimoine Canada) et la diabolisation de l'article 33 de la Charte, la clause dérogatoire ou « nonobstant ».

---

<sup>32</sup> Brodie, Ian, *op. cit.*

<sup>33</sup> Frederick Morton, « Rulings for the many by the few », *National Post*, 2 septembre 2002, p. B3.

<sup>34</sup> Frederick Morton et Rainer Knopff, *Charter Politics*, *op. cit.*, p. 241.



Réhabilité en 1994 par le gouvernement libéral après avoir été aboli en 1992 par le gouvernement Mulroney, le Programme de contestation judiciaire, administré par Patrimoine Canada, a pour mission expresse de « financer les actions en justice qui feront évoluer les droits à l'égalité et les droits linguistiques garantis par la Constitution canadienne<sup>35</sup> ». Il est fréquemment utilisé pour faire valoir les droits des minorités linguistiques au Québec et ailleurs. La documentation du programme fait état de la jurisprudence selon laquelle ces droits doivent justement être interprétés en fonction de leur objet, et non de façon restrictive. Il s'agit bel et bien d'égalité substantive dont « l'évolution » doit emprunter une direction spécifique<sup>36</sup>.

Nous trouvons ici un mécanisme par lequel l'État ou, plus exactement, l'exécutif<sup>37</sup> finance ses propres adversaires, ayant déterminé *a priori* quels acteurs mériteront de le contester ; ceux qui auront gain de cause bénéficieront des remèdes imposés par la Cour pour que l'État leur permette de réaliser leurs objectifs. De plus, les subventions ne sont accordées qu'aux causes-types. Ainsi, un individu croyant qu'on porte atteinte à ses droits ne peut avoir recours à ce programme à moins d'inscrire son grief dans un cadre plus large de revendications collectives. On ne saurait nier qu'il en résulte une relation quelque peu tortueuse entre l'État et ses citoyens dont il devient difficile d'extirper un « individu » au sens libéral du terme.

Morton, Knopff et Brodie sont d'un commun accord : ce programme devrait carrément être aboli. Leur argument est cohérent en ce sens que, dans la plupart de leurs critiques du pouvoir judiciaire, il est question de remodeler la Cour afin qu'elle serve, d'une part, à atténuer les revendications égalitaristes, de l'autre à restreindre la portée de l'État, deux objectifs résolument contraires à la mission du PCJ. Cependant, ces auteurs ne proposent aucune alternative aux minorités – certaines ayant obtenu des gains importants avec l'aide du PCJ – dont les revendications pourraient être à la fois légitimes et contraires aux objectifs de la majorité.

D'aucuns soulignent d'ailleurs que Morton, Knopff et Brodie, à l'instar d'une majorité de conservateurs sociaux, sont tout à fait heureux de faire « avancer » l'État lorsqu'il est temps de faire valoir leur propre agenda social, par des restrictions sur l'accès à l'avortement, par exemple<sup>38</sup>. Morton et Knopff

---

<sup>35</sup> Programme de contestation judiciaire du Canada, [www.ccppcj.ca/f/pcj.shtml](http://www.ccppcj.ca/f/pcj.shtml). Soulignons ici que les sommes sont relativement modestes : en 2004-2005, le programme a approuvé 82 demandes (56 pour les droits à l'égalité, 26 pour les droits linguistiques) qui se sont partagé environ \$2.5 millions. PCJC, « Rapport annuel 2004-2005 », Ottawa, 2005, p. 42 et 49.

<sup>36</sup> C'est pour cette raison, d'ailleurs, que le PCJ refuse de financer des associations antiféministes alors que les organismes féministes sont régulièrement subventionnés, au grand dam de Morton et Knopff. Selon le PCJ, les groupes non-féministes ne feraient pas « évoluer » l'égalité des femmes.

<sup>37</sup> Linda Cardinal, *op. cit.*

<sup>38</sup> Morton a publié abondamment sur la question de l'avortement, entre autres, *Morgentaler v. Borowski : Abortion, the Charter, and the Court*, Toronto, McClelland & Steward, 1992, publié

répondront plutôt que les valeurs « libérales » avancées par la Cour au nom de la Charte – celles qui libéralisent les moeurs sexuelles, imposent des mesures de discrimination positive ou, de façon plus générale, appuient les groupes d'intérêt – ne sont pas celles d'une majorité de Canadiens mais plutôt celles d'une élite politique, judiciaire et académique particulière à l'Ontario<sup>39</sup>. Ce qui est pire encore, du point de vue calgarien, c'est le fait que cette élite contourne la politique électorale pour imposer ses manières au reste du pays avec l'aide de la Cour et du gouvernement d'Ottawa. D'où leur idée récente de revenir à une relation plus forte entre les provinces pour contrecarrer cette tendance centralisatrice et élitiste. Car, ne l'oublions pas, Morton et Knopff étaient signataires de « l'Alberta Agenda », aussi connu sous le nom de « Firewall letter » (« lettre coupe-feu »). Rédigée peu après l'élection fédérale de l'an 2000, cette missive exhortait le premier ministre albertain Ralph Klein à exploiter les options de retrait pour diminuer l'influence du gouvernement fédéral sur l'Alberta, comme on l'a fait au Québec<sup>40</sup>.

Mais s'il était autrefois dévoué à l'idéal d'une fédération où toutes les provinces seraient égales, donc, comme Cooper et Bercuson, fermement opposé à toute notion de distinction provinciale, Morton prône aujourd'hui un partenariat politique avec le Québec en faveur d'un fédéralisme asymétrique qui permettrait à l'Alberta de mettre fin à une relation qu'il juge quasi-coloniale entre Ottawa et les provinces de l'Ouest<sup>41</sup>. Remarquons ici que les nationalistes québécois partagent son aversion au Programme de contestation judiciaire, car il permet au gouvernement fédéral de financer les revendications de la minorité anglophone contre les lois et politiques linguistiques du Québec.

Alors que l'*Alberta Agenda* de 2000 visait l'utilisation des options de retrait déjà disponibles selon les accords fédéraux-provinciaux existants, les écrits récents de Morton recommandent de faire avancer cet agenda en allant carrément à l'encontre de certaines politiques fédérales. L'instrument légal qui permettrait ces démarches n'est nul autre que l'article 33 de la Loi constitutionnelle de 1982, mieux connu sous le nom de clause « nonobstant » ou dérogatoire<sup>42</sup>. En attendant un véritable retrait du gouvernement fédéral des

---

aux États-Unis sous le titre *Pro-Choice vs. Pro-Life : Abortion and the Courts in Canada*, Norman, OK, University of Oklahoma Press, 1992.

<sup>39</sup> Il s'agit bien sûr du « Court Party » dont il est question dans l'ouvrage du même titre. Il faudrait étudier la question plus en profondeur pour savoir si leur position révèle un vice logique dans l'argument d'une certaine droite conservatrice ou si l'on peut bel et bien promouvoir un programme social-conservateur de concert avec la mise en retrait de l'État.

<sup>40</sup> Spécifiquement : remplacer le Régime de pensions du Canada par un régime provincial, percevoir des impôts provinciaux, remplacer la GRC par une police provinciale, rétablir la juridiction exclusive en matière de santé, forcer la réforme du Sénat. « The Alberta Agenda », texte en ligne à [www.albertaresidentsleague.com/How/AlbertaAgendaLetter.htm](http://www.albertaresidentsleague.com/How/AlbertaAgendaLetter.htm). Pour mémoire, rappelons que les autres signataires étaient Stephen Harper, Tom Flanagan, Andrew Crooks et Ken Boessenkool.

<sup>41</sup> Frederick Morton, « Equality or Asymmetry? Alberta at the Crossroads », IIGR Asymmetry Studies, dir. Harvey Lazar, School of Policy Studies, Queen's University, 2005.

<sup>42</sup> Rappelons ici que l'article 33 ne s'applique pas aux articles 16 à 23 relatifs aux droits linguistiques. On peut l'invoquer, cependant, pour restreindre la portée de l'article 15, le droit à

sphères de compétences provinciales (auquel le Premier ministre Harper se dit beaucoup plus ouvert que ses prédécesseurs libéraux) ou d'une dévolution accrue du pouvoir vers les provinces, Morton maintient qu'il faut réhabiliter l'usage de l'article 33 aux yeux du public, en soumettant son utilisation à un référendum, par exemple. Une alliance politique avec le Québec, seule province à user fréquemment de cet outil, est ici aussi suggérée<sup>43</sup>.

Point besoin d'une subtile analyse pour conclure que Morton et Knopff dressent de la Charte un bilan presque exclusivement négatif. Dans une communication plus récente, Morton affirme que la Charte était superflue en 1982 et n'a fait depuis qu'usurper le pouvoir des élus<sup>44</sup>. Quant à Knopff, il avance que la Charte, loin d'exercer une influence modératrice sur le débat public, n'a fait que l'envenimer en encourageant l'adoption de positions extrêmes et la diabolisation des points de vue opposés : « The Charter and the courts have emerged as increasingly salient election issues and [they] have fed the partisan tendency to portray matters of reasonable agreement as though the extremes of salvation or damnation were at stake<sup>45</sup>. »

## Regards critiques

On peut soumettre à bien des critiques les idées avancées par les intellectuels de l'Ouest. Premièrement, on peut adopter un point de vue communautarien en inscrivant la critique dans le sillage des travaux de Charles Taylor. Selon une telle ligne argumentative, la reconnaissance des entités nationales se révèle chose nécessaire si l'on veut préserver l'intégrité du pays<sup>46</sup>, les luttes politiques pour la reconnaissance étant devenues un enjeu crucial dans la modernité avancée. Alors, le Canada pas plus que d'autres États ne peut faire l'économie d'une reconnaissance des entités nationales qui le constituent. On peut compléter cette argumentation en la raffinant avec les idées avancées par Will Kymlicka, c'est-à-dire en faisant des distinctions entre certains groupes qui méritent une reconnaissance nationale et d'autres qui doivent plutôt s'inscrire dans une logique multiculturelle<sup>47</sup>.

---

l'égalité, et à l'article 7, qui contient les dispositions relatives à la liberté d'expression souvent invoquées lors de contentieux de nature linguistique.

<sup>43</sup> Frederick Morton, « Can Judicial Supremacy be Stopped? », *Policy Options/Options politiques*, octobre 2003, p. 25-29; et « Taking Section 23 Seriously », *Divorcing Marriage: Unveiling the Dangers in Canada's New Social Experiment*, Daniel Cere et Douglas Farrow (dir.), Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2004.

<sup>44</sup> Ontario Justice Education Network, « The Great Debate 2005 – Do We Really Need the Charter? », Toronto, Ontario, 13 avril 2005.

<sup>45</sup> Rainer Knopff et Andrew Banfield, « 'It's the Charter Stupid!' Electoral Politics and the Supreme Court. » Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, London, Ontario, 2 juin 2005.

<sup>46</sup> Charles Taylor, « Pourquoi les nations doivent-elles se transformer en États ? », *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1992.

<sup>47</sup> Will Kymlicka, *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Éditions du Boréal, 2002.

Deuxièmement, on peut viser plus spécifiquement l'interprétation que font Morton et Knopff du modèle tocquevillien. Laisant de côté la question de savoir s'il est juste de juger la situation canadienne à l'aune de la démocratie républicaine propre aux États-Unis, on peut quand même leur reprocher une lecture doublement anachronique du penseur français : dans un premier temps, ils lisent Tocqueville avec des lunettes teintées de notions contemporaines d'égalité juridique, ensuite ils jugent le système actuel à partir d'une lecture trop peu critique, à notre avis, d'un modèle conçu à une époque depuis longtemps révolue. Nous reviendrons plus loin, justement, sur cette vision quelque peu passéiste du libéralisme.

Troisièmement, on doit aussi se demander si leur critique de la « révolution chartiste », sur le plan empirique, est aussi valide qu'ils le disent. Dans un récent article, Harry Arthurs et Brent Arnold se demandent si la Charte a autant bouleversé les choses qu'on le croit généralement ou encore que ne le prévoyaient ceux qui l'ont enchâssée dans la Constitution<sup>48</sup>. Ce n'est cependant pas une question facile à résoudre, tant les opinions abondent à cet égard. Pour mémoire, rappelons que l'application de la Charte a été soumise à bien des interprétations, autant négatives que positives. Ainsi que le rappellent Arthurs et Arnold, si certains croient que la Charte a permis d'atteindre les buts qu'on avait fixés, d'autres, comme Michael Mandel, pensent qu'elle a surtout favorisé les grandes *corporations*<sup>49</sup>.

De manière générale, après avoir procédé à un aperçu empirique de la situation, Arthurs et Arnold arrivent à la conclusion que la Charte n'a pas modifié profondément la nature de la vie politique canadienne. À leurs yeux, la Charte aurait manqué les buts qu'on lui avait assignés. « What we do claim [...] is that the *Charter* does not much matter in the precise sense that it has not – for whatever reason – significantly altered the reality of life in Canada<sup>50</sup>. » Et cela serait plus particulièrement vrai en ce qui concerne les groupes qui ne seraient pas parvenus, selon les deux auteurs, à accéder à un statut davantage égalitaire avec les autres Canadiens.

Enfin, la critique de Morton et Knopff de la Charte accorde probablement trop d'importance aux groupes de pression, aux juges et au *Court Party*, oubliant ainsi le rôle de l'exécutif qui, comme le souligne Linda Cardinal, a instrumentalisé la Charte et le judiciaire dans le dossier linguistique. Dans ces conditions, les groupes de pression ont simplement bénéficié, si l'on peut dire, d'une fenêtre d'opportunité dont ils ont par la suite profité<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> Harry Arthurs et Brent Arnold, « Does the *Charter* Matter? », *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles*, vol. 11, no. 1, 2005.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 39-40.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>51</sup> Linda Cardinal, *op. cit.*, p. 63-64.

## Une lecture juste du libéralisme ?

Mais nous aimerions également souligner que l'on peut partir de la matrice libérale elle-même pour élever une critique qui insiste sur le legs d'auteurs qui ont proposé une façon différente de voir les rapports entre le libéralisme et la société. C'est que la conception que se font les membres de l'école de Calgary du libéralisme se révèle étroite, au sens où la position hayekienne apparaît comme le terminus du libéralisme. Pour bien comprendre, il faut remettre en lumière le tournant que certains penseurs ont fait prendre au libéralisme pour démontrer que les intellectuels calgariens ne rendent pas justice à l'évolution de la pensée libérale.

En effet, leur conception fait l'économie de plusieurs développements et réinterprétations survenus au sein du camp libéral. Elle fait notamment l'impasse sur des débats qui, à partir du milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, ébranlent l'édifice libéral, ce qui a conduit à une redéfinition ou à une transformation du libéralisme. Ainsi que l'a montré Monique Canto-Sperber dans *Les règles de la liberté*, le libéralisme s'enrichit d'une importante dimension sociale qui, reconnaissant que l'individu n'existe qu'en société, vient corriger les défauts ou tares du libéralisme classique articulé autour d'une stricte définition du laissez-faire économique.

Confrontés au dénuement consécutif à la révolution industrielle, explique Monique Canto-Sperber, les penseurs libéraux de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle ont été conduits à revenir à l'interprétation des idées libérales. Ce qui devait rester dans l'histoire de la pensée sous le nom de « nouveau libéralisme », brillamment illustré par les noms de plusieurs philosophes et sociologues britanniques, John Stuart Mill, T. H. Green et L. T. Hobhouse, est né de cette révision conceptuelle. Dans son dernier ouvrage, consacré au socialisme [...], Mill reconnaît le caractère en partie social et conventionnel de la propriété et dissocie le libéralisme des formes radicales du laissez-faire économique<sup>52</sup>.

Ainsi, en ce qui concerne la question de l'action étatique sur la société et bien qu'il y ait des nuances à apporter entre eux, ces libéraux reconnaissent que l'État ne peut plus se contenter de rester passif face à la société. Que l'État ne peut plus seulement être un État-protecteur ou un État-arbitre, qu'il doit aussi se transformer en État-providence. Monique Canto-Sperber poursuit, « la vocation de l'État [est d'agir] comme garant de l'égalité, pourvoyeur de biens publics et inspirateur d'une politique de solidarité active<sup>53</sup>. » Jusqu'à quel point la transformation doit s'effectuer demeure une question irrésolue ou plus exactement une question sans cesse posée dans la mesure où le libéralisme est, dans sa nature même, en constante redéfinition. C'est ce qui explique, rappelle M. Canto-Sperber, que le libéralisme ne soit pas un dogme.

---

<sup>52</sup> Monique Canto-Sperber, *Les règles de la liberté*, Paris, Plon, 2003, p. 41.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 43.



Or, ce qu'on peut reprocher aux intellectuels de Calgary, c'est justement une application quasi-dogmatique de certains préceptes libéraux. Dans leur critique de la politique canadienne, ces penseurs emportés par leur fougue libérale n'acceptent pas que le libéralisme se soit montré plus soucieux d'offrir aux citoyens un filet de sécurité sociale et ce, afin de garantir une certaine égalité économique et sociale, ce que traduit la pensée de Trudeau. Ainsi, ce qui est interprété par les auteurs de l'Ouest comme une corruption du libéralisme n'en serait pas une, mais plutôt une ouverture ou une adaptation du libéralisme aux nouvelles réalités sociales. En ce sens, les politiques de développement régional décriées par Bercuson et Cooper peuvent aussi se comprendre à la lumière d'un libéralisme plus soucieux d'offrir à ses citoyens les mêmes chances et les mêmes conditions de départ (à savoir si elles ont été efficaces ou non, nous semble-t-il, est une autre question, laquelle relève des moyens et de l'analyse des politiques publiques). En d'autres termes, leur critique de la politique canadienne depuis l'après-guerre fait mouche seulement si on accepte la façon, réductrice à nos yeux, dont ils comprennent la pensée libérale.

À vrai dire, il est tentant ici de revenir ici à ce que Friedrich von Hayek lui-même écrivait. En effet, malgré ses critiques acerbes contre le « planisme socialiste », il n'en admettait pas moins la nécessité, pour le libéralisme, de ne pas s'en tenir à un libéralisme dogmatique : « Il est important de ne pas confondre, écrit-il dans *La route de la servitude*, l'opposition à cette sorte de planisme avec une attitude de laissez-faire dogmatique. Le libéralisme veut qu'on fasse le meilleur usage possible des forces de la concurrence en tant que moyen de coordonner les efforts humains ; il ne veut pas qu'on laisse les choses en l'état où elles sont<sup>54</sup>. » Or, l'impression qui prévaut, c'est que les penseurs de Calgary veulent qu'on laisse les choses en l'état, que la gouverne politique, pour les plus dogmatiques d'entre eux, soit des plus restreintes, le gouvernement étant presque par essence un instrument d'oppression (une opinion bien présente en Alberta, où la revue *Western Standard* exprime régulièrement ce point de vue anti-étatiste extrême). Mais si on rejette cette lecture qui fait de toute intervention étatique dans le domaine économique et social une entorse au libéralisme ou une déviation aux canons libéraux, on peut leur répondre que de telles politiques ne sont pas nécessairement antilibérales et que la Charte peut aussi être vue comme un instrument permettant de corriger les inégalités créées par les vicissitudes de la liberté.

---

<sup>54</sup> Friedrich von Hayek, *op. cit.*, p. 33.

## **Bibliographie**

American Bar Association, « Guidelines for Reviewing Qualifications of Candidates for State Judicial Office », Judicial Administration Lawyers' Conference 1987, Chicago, Illinois.

Arthurs, Harry et Brent Arnold, « Does the *Charter* Matter? », *Review of Constitutional Studies/Revue d'études constitutionnelles*, vol. 11, n° 1, 2005, p. 37-117.

Bercuson, David Jay et Barry Cooper, *Deconfederation. Canada without Quebec*, Toronto, Key Porter-Books, 1991, 180 p.

Bercuson, David Jay et Barry Cooper, *Derailed. The Betrayal of the National Dream*, Toronto, Key Porter-Books, 1994, 213 p.

Brodie, Ian, *Friends of the Court : The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Albany, NY, SUNY Press, 2002, 161 p.

Burelle, André, *Pierre Elliot Trudeau : L'intellectuel et le politique*, Montréal, Fides, 2005, 480 p.

Cardinal, Linda, « Le pouvoir exécutif et la judiciarisation de la politique au Canada », dans *Politique et sociétés*, vol. 19, nos 2-3, 2000, p. 43-64.

Canto-Sperber, Monique, *Les règles de la liberté*, Paris, Plon, 2003, 313 p.  
Cooper, Barry, *The End of History : An essay on modern Hegelianism*, Toronto, University of Toronto Press, 1984, 381 p.

Flanagan, Tom, *Premières nations ? Seconds regards*, Sillery, Septentrion, 2002, 306 p.

Franchon, Alain et Daniel Vernet, *L'Amérique messianique. Les guerres des néo-conservateurs*, Paris, Éditions du Seuil, 2004, 223 p.

Hayek, Friedrich von, *La route de la servitude*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, 176 p.

Hein, Gregory, « Interest Group Litigation and Democracy », *Judicial Power and Democracy*, dir. P. Howe et P.H. Russel, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 2001, p. 214-254.

Hiebert, Janet L., *Charter Conflicts : What is Parliament's Role?* Montréal, McGill-Queen's University Press, 2002, 285 p.

Ibbitson, John, « Educating Stephen : What does the Conservative Party's enigmatic leader really stand for ? », *The Globe and Mail*, June 26, 2004, p. F4.

Knopff, Rainer et Andrew Banfield, « 'It's the Charter Stupid!' Electoral Politics and the Supreme Court », Annual Meeting of the Canadian Political Science Association, London, Ontario, 2 juin 2005.

Kymlicka, Will, *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Montréal, Éditions du Boréal, 2002, 342 p.

Laycock, David, *The New Right and Democracy in Canada. Understanding Reform and the Canadian Alliance*, Canada, Oxford University Press, 2002, 229 p.

Manent, Pierre, « Tocqueville, philosophe politique », *Commentaire*, n° 107, automne 2004, p. 581-587.

Morton, Frederick et Rainer Knopff, *Charter Politics*, Scarborough, Ontario, Nelson Canada, 1992, 449 p.

Morton, Frederick et Rainer Knopff, *The Charter Revolution and the Court Party*, Peterborough, Ontario, Broadview Press, 2000, 227 p.

Morton, Ted, *Morgentaler v. Borowski : Abortion, the Charter, and the Court*, Toronto, McClelland & Stewart, 1992, 371 p.

Morton, *Pro-Choice vs. Pro-Life : Abortion and the Courts in Canada*, Norman, OK, University of Oklahoma Press, 1992, 371 p.

Morton, Frederick (dir.), *Law, Politics, and the Judicial Process in Canada*, 3<sup>e</sup> édition, Calgary, University of Calgary Press, 2002, 660 p.

Morton, Frederick, « Rulings for the many by the few », *National Post*, 2 septembre 2002, p. B3.

Morton, Frederick et al., « The Alberta Agenda », texte en-ligne à [www.albertaresidentsleague.com/How/AlbertaAgendaLetter.htm](http://www.albertaresidentsleague.com/How/AlbertaAgendaLetter.htm).

Morton, Frederick, « Can Judicial Supremacy be Stopped? », *Policy Options/Options politiques*, octobre 2003, p. 25-29.

Morton, Frederick, « Taking Section 23 Seriously », *Divorcing Marriage: Unveiling the Dangers in Canada's New Social Experiment*, dir. Daniel Cere et Douglas Farrow, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2004, 193 p.

Morton, Frederick, « Equality or Asymmetry? Alberta at the Crossroads », IIGR Asymmetry Studies, dir. Harvey Lazar, School of Policy Studies, Queen's University, 2005.

Patrimoine Canada, « Programme de contestation judiciaire, Rapport Annuel 2004-2005 », Ottawa, 2005.

Rowley, John Eric, « Friedrich von Hayek et le paradoxe libéral », mémoire de maîtrise, département de science politique, Université Laval, 1993, 99 p.

Taylor, Charles, « Pourquoi les nations doivent-elles se transformer en États ? », *Rapprocher les solitudes. Écrits sur le fédéralisme et le nationalisme au Canada*, Guy Laforest, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1992, 235 p.

Tocqueville, Alexis de, *De la Démocratie en Amérique*, I, Paris, Flammarion, 1981 [1831], 414 p.