
Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada

José Woehrling*

L'article examine les liens qui existent entre la protection des droits et libertés et le fédéralisme au Canada et aux États-Unis. D'une part, le fédéralisme tend, de façon générale, à favoriser la protection des droits et libertés. Il divise et limite le pouvoir et permet une meilleure participation démocratique des citoyens dans des unités politiques plus restreintes. Là où vivent des minorités suffisamment concentrées sur le plan territorial, elles peuvent exercer le pouvoir politique dans une ou plusieurs entités fédérées. Enfin, le fédéralisme autorise un double niveau de protection constitutionnelle et judiciaire des droits individuels. Ces effets largement favorables s'accompagnent néanmoins de certains inconvénients découlant de la complexité juridique accrue du système, des possibilités plus nombreuses pour les acteurs économiques de contester des réglementations adoptées dans l'intérêt général, et de certaines difficultés pour l'État fédéral à souscrire à des obligations internationales en matière de droits de l'homme.

D'autre part, la protection constitutionnelle des droits peut entraîner des effets centralisateurs et uniformisateurs. En effet, elle transfère un certain pouvoir décisionnel des organes élus des entités fédérées aux organes judiciaires fédéraux et contribue à renforcer l'appartenance à l'ensemble fédéral au détriment de la citoyenneté régionale. En outre, le recours à la rhétorique des droits économiques et sociaux permet de justifier l'augmentation des pouvoirs fédéraux dans le but d'égaliser les systèmes de protection sociale. Par ailleurs, la perception des droits fondamentaux comme pré-politiques et insusceptibles de variations à l'intérieur du territoire d'un même État va à l'encontre des objectifs de diversité et de pluralisme qui sous-tendent le fédéralisme.

Selon l'auteur, dans la mesure où la mise en œuvre des droits demande un équilibre des intérêts qui tienne compte du contexte, elle devrait pouvoir se faire de manière variable dans les différentes communautés politiques qui constituent un État fédéral, ce que reconnaît déjà en partie la constitution canadienne.

The article examines the relationship between federalism and the protection of rights and freedoms in Canada and the United States. On the one hand, federalism generally tends to favour the protection of rights and freedoms. Federalism divides and limits power and better enables democratic participation by citizens within smaller political units. Where minorities are sufficiently concentrated, they can exercise political power in one or more federal units. Finally, federalism provides constitutional and judicial protection of individual rights at both the federal and state levels. These generally favourable effects are nevertheless accompanied by certain drawbacks stemming from the increased legal complexity of a federal system. These include the potential for corporations to invoke human rights in order to challenge the constitutionality of laws and regulations adopted in the public interest and certain difficulties for the federal state respecting international human rights obligations.

On the other hand, constitutional protection of rights can lead to centralizing and unifying effects. Such protection effectively transfers certain decision-making powers from the elected legislatures of federal units to the federal judiciary. It also has a "nation building" influence, in reinforcing people's loyalty to the federal state to the detriment of their regional identity. Furthermore, the rhetoric of economic and social rights is used to justify an increase in the federal power as a means of equalizing systems of social protection. Moreover, the perception of fundamental rights as pre-political and unsusceptible to territorial variation within a federation works against the values of diversity and pluralism underlying federalism.

According to the author, insofar as the implementation of rights demands a context-sensitive balancing of interests, this implementation must be flexible within the different political communities that constitute a federal state. To some extent the Canadian Constitution has already recognized this need.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Courriel : jose.woehrling@umontreal.ca. L'auteur remercie le professeur Maurice Croiset, de l'Institut d'études politiques de Grenoble, et M. Marc Chevrier pour leurs commentaires et suggestions.

© Revue de droit de McGill 2000

McGill Law Journal 2000

Mode de référence : (2000) 46 R.D. McGill 21

To be cited as: (2000) 46 McGill L.J. 21

Introduction

I. Les effets du fédéralisme sur la protection des droits

- A. *Les bénéfices institutionnels et politiques du fédéralisme pour la protection des droits*
 - 1. Les bénéfices institutionnels et politiques du fédéralisme pour les droits de l'ensemble des citoyens
 - 2. Les bénéfices institutionnels et politiques du fédéralisme pour les droits des minorités
- B. *Les bénéfices du fédéralisme en termes de protection des droits par les instruments juridiques et le contrôle judiciaire : l'existence d'un double niveau de protection*
 - 1. Les caractéristiques du double niveau de protection au Canada et aux États-Unis
 - 2. Les avantages du double niveau de protection : l'interaction des instruments fédéraux et étatiques
- C. *Les inconvénients du fédéralisme pour la protection des droits et libertés*

II. Les effets de la protection des droits sur le fédéralisme

- A. *Les effets centralisateurs de la protection des droits*
 - 1. Transfert d'un certain pouvoir de décision des organes représentatifs fédérés vers les organes judiciaires fédéraux
 - 2. Consolidation de l'identité nationale au détriment de l'identité régionale
 - 3. La mise en œuvre des droits économiques et sociaux comme justification de l'intervention des autorités fédérales dans certains domaines relevant des entités fédérées
- B. *Les effets uniformisateurs de la protection des droits*
 - 1. La cause de l'effet uniformisateur de la protection des droits : la conception transcendante et pré-politique des droits
 - 2. Les formes juridiques et politiques prises par l'effet uniformisateur de la protection des droits
 - 3. Les moyens permettant d'atténuer les effets uniformisateurs de la protection des droits

Conclusion

Introduction

Cette étude porte sur les liens qui existent entre la protection des droits et libertés et la structure fédérale de l'organisation étatique. Quelles sont les conséquences, pour la protection des droits, de l'existence dans l'État d'une pluralité de centres juridiques et politiques plutôt que d'un centre unique ? Et quel est l'impact, sur le fonctionnement d'un État fédéral, de la protection des droits par un instrument constitutionnel appliqué par les tribunaux ?

La question vise non seulement les États fédéraux classiques, mais tous les États «composés» dans lesquels existent deux niveaux de gouvernement, dont chacun exerce des pouvoirs significatifs et possède à l'égard de l'autre une autonomie réelle (par exemple, les États «régionalisés» comme l'Espagne ou l'Italie). Dès lors, chacune de ces entités étatiques est en mesure d'affecter, négativement ou positivement, les droits et libertés des personnes sur lesquelles elle exerce son autorité : négativement, en intervenant dans la vie sociale d'une façon susceptible de limiter les droits et libertés ; positivement, en adoptant des instruments juridiques destinés à les protéger.

Nous étudierons ici la situation dans deux États fédéraux d'Amérique du Nord, les États-Unis et le Canada. Dans cette optique, nous aborderons le sujet par quelques remarques générales, de nature historique.

En premier lieu, il faut souligner que le rôle joué par le souci de protéger les droits et libertés, dans la décision d'adopter la forme fédérale de gouvernement, n'a pas été le même aux États-Unis et au Canada. Alors que cette préoccupation a été relativement secondaire dans le cas des constituants canadiens, leur souci principal ayant été de trouver l'organisation la plus efficace du pouvoir, la préoccupation de protéger les libertés constituait un élément central de la réflexion des pères fondateurs américains¹.

Ensuite, pour autant que la protection des droits des individus a également constitué une préoccupation des rédacteurs de la constitution canadienne, elle ne les a pas conduits aux mêmes conclusions que leurs prédécesseurs américains quant à savoir quel était le gouvernement potentiellement le plus dangereux, celui dont il fallait le plus se méfier.

Aux États-Unis, la majorité des constituants semble avoir considéré que le gouvernement central était le plus à craindre². C'est la raison pour laquelle la constitution

¹ Sur cette question, voir J. Yarbrough, «Federalism and Rights in the American Founding» dans E. Katz et G.A. Tarr, *Federalism and Rights*, Lanham (Md.), Rowman & Littlefield, 1996, 57 ; G. Tremblay et A. Grenier, «Les compétences qui devraient être confiées aux provinces par suite de l'adoption de la Charte canadienne des droits» (1991) 32 C. de D. 811 aux pp. 814-18.

² Voir par ex. D.P. Currie, *The Constitution of the United States. A Primer for the People*, Chicago, University of Chicago Press, 1988 à la p. 25.

ne lui reconnaît que des compétences limitées, laissant les pouvoirs non énumérés «to the States respectively, or to the people»³. De même, la Déclaration des droits (*Bill of Rights*) contenue dans les dix premiers amendements n'était applicable à l'origine qu'à l'État central⁴. Les États membres de la fédération étaient considérés comme potentiellement moins dangereux pour un certain nombre de raisons. Plus proches de la population, ils étaient davantage soumis au contrôle de celle-ci. En outre, si le gouvernement de l'un des États tombait entre de mauvaises mains, il serait toujours possible aux individus de déménager dans un autre État ; cela serait par contre impossible si la même chose se produisait au niveau fédéral. Il est sans doute significatif que la compétence en matière de droit criminel, particulièrement menaçante pour les droits individuels, ait été laissée aux États membres plutôt qu'à l'État central. Cependant, certains rédacteurs de la constitution américaine étaient également conscients que les États fédérés pourraient, eux aussi, adopter des politiques menaçantes pour les droits ; on y reviendra plus loin.

Au Canada, lors de l'adoption de la constitution de 1867, le point de vue contraire a prévalu. Les gouvernements provinciaux apparaissaient comme potentiellement plus menaçants que le pouvoir fédéral, alors que ce dernier semblait devoir jouer le rôle de défenseur naturel des droits et libertés. La raison principale de ce point de vue tient sans doute aux clivages linguistiques et religieux qui caractérisaient le pays. On craignait que la majorité francophone et catholique du Québec et les majorités anglophones et protestantes des autres provinces ne soient portées à opprimer leurs minorités respectives. C'est une des raisons pour lesquelles la compétence en matière de droit criminel a été confiée au gouvernement central, solution inverse de celle qui avait été adoptée aux États-Unis⁵. En outre, la constitution canadienne contenait un certain nombre de mécanismes, comme le pouvoir de «désaveu»⁶, permettant aux autorités fédérales d'annuler des mesures législatives provinciales. Une de leurs raisons d'être était de permettre aux autorités fédérales de s'opposer à des politiques provinciales considérées comme attentatoires aux droits et libertés. Il faut en effet rappeler

³ U.S. Const. amend. X.

⁴ Voir Currie, *supra* note 2 aux pp. 9-13 ; A.E.D. Howard, «Protecting Human Rights in a Federal System» dans M. Tushnet, dir., *Comparative Constitutional Federalism. Europe and America*, New York, Greenwood Press, 1990, 115 aux pp. 116-17 [ci-après «Protecting Human Rights»].

⁵ Voir *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91(27), reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5. De la même façon, la compétence en matière de mariage et de divorce, qui appartient aux États fédérés américains, a été confiée aux autorités fédérales canadiennes (*ibid.*, art. 91(26)). Il s'agissait de protéger les minorités religieuses contre les lois provinciales trop restrictives ; en particulier, on voulait garantir à la minorité protestante du Québec que la majorité catholique ne légiférerait pas pour interdire le divorce.

⁶ *Ibid.*, art. 55-57, 90.

qu'avant 1982, la constitution canadienne ne contenait pas de véritable déclaration ou charte des droits et libertés⁷.

Troisièmement, au Canada comme aux États-Unis, on a accordé peu d'importance, à l'origine, au rôle des tribunaux dans la protection des droits et libertés. Aux États-Unis, comme on le sait, le principe du contrôle judiciaire des lois fédérales n'a pas été inscrit dans la constitution et a fait l'objet de doutes et de controverses jusqu'en 1803, quand il fut affirmé par la Cour suprême elle-même dans *Marbury c. Madison*⁸. Par la suite, les tribunaux américains sont restés plutôt passifs en ce qui concerne la protection des droits et libertés contre l'autorité législative fédérale et étatique, et ce, jusqu'après la Deuxième guerre mondiale. La seule exception importante à cette attitude est l'activisme judiciaire dirigé, entre le début du siècle et 1937, contre l'intervention économique de l'État et fondé sur la protection du droit de propriété et le «*substantive due process*»⁹.

Au Canada, la constitution de 1867 ne contenait pas de véritable déclaration ou charte des droits et le contrôle de la constitutionnalité des lois, en dehors des questions de fédéralisme et de partage des compétences, rencontrait beaucoup de réticence parce que peu compatible avec le principe britannique de la souveraineté parlementaire. Cette situation n'a vraiment changé qu'en 1982, avec l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁰. C'est uniquement depuis ce moment que les tribunaux canadiens exercent véritablement un contrôle de la compatibilité des lois fédérales et provinciales avec les droits et libertés constitutionnalisés.

À l'origine, dans les deux pays, la protection des droits et libertés dépendait donc principalement de l'équilibre entre les pouvoirs de l'État central et ceux des États fédérés, de la tension et de l'opposition entre la majorité au niveau national et les majorités locales. Dans le cas des États-Unis, elle dépendait également de la séparation stricte des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif ; par contre, dans le système parlementaire canadien, une telle séparation est presque inexistante¹¹. Aujourd'hui, bien

⁷ Depuis une soixantaine d'années, ces pouvoirs sont tombés en désuétude ; il sont aujourd'hui considérés comme incompatibles avec le principe d'autonomie des entités fédérées qui doit être respecté dans un véritable régime fédéral. Pour plus de détails, voir J.-Y. Morin et J. Woehrling, *Les Constitutions du Canada et du Québec. Du Régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Thémis, 1994 aux pp. 379-82.

⁸ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁹ Voir Currie, *supra* note 2 aux pp. 47-51 ; «Protecting Human Rights», *supra* note 4 à la p. 117 ; on situe habituellement les débuts de l'activisme judiciaire dirigé contre l'intervention économique de l'État, sur la base de la théorie du *substantive due process*, dans l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹⁰ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Charte canadienne* ou la *Charte*].

¹¹ Dans l'esprit des constituants canadiens de 1867, l'existence d'une chambre haute non élue, au niveau fédéral et dans trois des quatre provinces de l'époque (seule la législature ontarienne était uni-

sûr, le contrôle judiciaire est devenu la principale et la plus efficace technique de protection des droits et libertés, autant d'ailleurs dans les pays unitaires que dans les pays composés et fédéraux. De ce point de vue, on constate donc que la spécificité du fédéralisme en matière de protection des droits est aujourd'hui moindre qu'à l'origine.

Quatrièmement, bien que les rédacteurs de la constitution canadienne aient eu un préjugé en faveur du gouvernement central, et ceux de la constitution américaine, en faveur des entités fédérées, ils se rendaient également compte que la décentralisation et la centralisation des pouvoirs pouvaient, l'une et l'autre, favoriser ou défavoriser la défense des droits et libertés.

La décentralisation, c'est-à-dire la localisation des pouvoirs au niveau local ou régional, entraîne une dispersion et, par conséquent, une limitation du pouvoir. Elle rapproche celui-ci des citoyens et permet à ces derniers d'exercer un meilleur contrôle sur les gouvernants. Mais elle comporte le danger d'une tyrannie par des intérêts sectoriels, la majorité politique étant plus facile à gagner et à conserver au niveau local qu'au niveau national ; à cette échelle, il y a plus de risques qu'un clan ou qu'une coterie réussisse à confisquer la décision politique¹². La centralisation, c'est-à-dire la localisation des pouvoirs au niveau national, permet de combattre la tyrannie par les majorités locales ; dans un contexte géographique et démographique plus large, les différents groupes de pression se neutralisent mieux. Le gouvernement national est plus éloigné des querelles locales ; il est mieux placé pour protéger les minorités. La centralisation comporte toutefois le danger d'une concentration du pouvoir qui augmente les risques d'abus ; elle éloigne les décideurs des citoyens et les rend moins sensibles à leurs préoccupations¹³. Dans la mesure où la centralisation et la décentralisation peuvent l'une et l'autre présenter des dangers pour les droits de l'homme, le fédéralisme permet d'opposer les deux niveaux de gouvernement et de les neutraliser l'un par l'autre jusqu'à un certain point.

Après ces quelques remarques générales, nous examinerons successivement :

1. les effets du fédéralisme sur la protection des droits ; on constatera qu'ils sont principalement, sinon exclusivement, positifs. Le partage des pouvoirs entre deux niveaux de gouvernement a surtout des effets favorables pour la protection des droits et libertés, bien qu'à certains égards il puisse aussi la défavoriser ; et

camérale en 1867), destinée à brider le populisme de la chambre basse, ainsi que les «pouvoirs réservés» des représentants de la Couronne, gouverneur général au niveau fédéral et lieutenants-gouverneurs au niveau provincial, constituaient des contre-pouvoirs probablement considérés comme suffisants pour éviter la tyrannie de la majorité. Ces dispositifs ont évidemment perdu leur légitimité et leur utilité par la suite, au fur et à mesure de la plus grande démocratisation du régime.

¹² Voir J.H. Choper, *Judicial Review and the National Political Process. A Functional Reconsideration of the Role of the Supreme Court*, Chicago, University of Chicago Press, 1980 aux pp. 250-54 ; R.B. Stewart, «Federalism and Rights» (1985) 19 Ga. L. Rev. 917 à la p. 921 ; Yarbrough, *supra* note 1 aux pp. 59-62.

¹³ Voir généralement les sources mentionnées, *ibid.*

2. les effets de la protection des droits et libertés sur le fédéralisme. Ici, l'évaluation est rendue plus complexe par l'ambiguïté de la théorie et de l'idéologie fédéralistes. En effet, le fédéralisme peut signifier la promotion de l'unité à partir d'une diversité ou d'une fragmentation préexistante, donc la valorisation des pouvoirs des organes centraux ou communs. Par exemple, dans le cadre de l'Union européenne, on appelle fédéralistes ceux qui sont en faveur d'une plus forte intégration européenne et, par conséquent, d'une limitation des souverainetés nationales. De même, au Canada, on réserve le nom de fédéralistes à ceux qui favorisent la défense et l'augmentation des pouvoirs du gouvernement d'Ottawa. Mais le fédéralisme peut également signifier la défense et la promotion de l'autonomie des entités fédérées et la limitation des pouvoirs du centre ; aux États-Unis, par exemple, la défense du fédéralisme signifie celle des droits des États contre l'emprise du gouvernement de Washington.

Selon la signification que l'on donne au concept de fédéralisme, la protection des droits et libertés, surtout sous son aspect judiciaire et anti-majoritaire, le contrecarre ou le facilite. En effet, cette protection a des effets en bonne partie *centralisateurs* et *uniformisateurs*. La protection des droits est donc bénéfique au fédéralisme tel que le conçoivent les promoteurs de la centralisation et de l'uniformité ; par contre, pour ceux qui défendent les droits des États fédérés ou des régions et font la promotion de la diversité, la protection des droits entraîne certaines conséquences négatives.

I. Les effets du fédéralisme sur la protection des droits

Le fédéralisme, ou plus généralement le caractère composé de l'organisation étatique, favorise la protection des droits et libertés à deux points de vue.

En premier lieu, du point de vue institutionnel et politique, le fédéralisme entraîne une division, une diffusion et donc une limitation du pouvoir et il permet une meilleure participation démocratique des citoyens, dans des unités politiques plus restreintes. De plus, dans les États où vivent des minorités nationales, ethniques ou linguistiques, il permet à celles qui sont suffisamment importantes et concentrées territorialement d'obtenir le pouvoir politique majoritaire dans une ou plusieurs entités fédérées.

En second lieu, du point de vue juridique, le fédéralisme permet de superposer deux catégories d'instruments constitutionnels destinés à protéger les droits et libertés et, par conséquent, de multiplier les occasions d'exercice du contrôle judiciaire de la conformité de l'action étatique à ces instruments.

Après avoir examiné ces deux manières dont le fédéralisme favorise la protection des droits et libertés, nous verrons qu'il peut également, à d'autres points de vue, la contrecarrer ou la rendre moins efficace.

A. Les bénéfices institutionnels et politiques du fédéralisme pour la protection des droits

1. Les bénéfices institutionnels et politiques du fédéralisme pour les droits de l'ensemble des citoyens

Comme on l'a vu précédemment, de façon très générale, les bénéfices du fédéralisme pour les droits de l'ensemble des citoyens peuvent s'exprimer sous la forme de deux idées simples.

En premier lieu, en divisant le pouvoir, le fédéralisme tend à le diminuer et à le limiter, et prévient donc les abus. De ce point de vue, il agit comme une forme de séparation des pouvoirs supplémentaire, qui vient se superposer à celle qui consiste à distinguer et à séparer les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. Cette idée, sur laquelle il n'est pas nécessaire d'insister beaucoup, a été exprimée de façon classique dans un texte célèbre de James Madison, paru dans les *Federalist Papers* :

In the compound republic of America, the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments. Hence a double security arises to the rights of the people. The different governments will control each other, at the same time that each will be controlled by itself¹⁴.

En second lieu, le fédéralisme confère plus de droits politiques et démocratiques, ou du moins des droits plus significatifs et plus efficaces, en garantissant une meilleure participation des citoyens dans des unités politiques plus petites, rapprochant ainsi la décision politique des gouvernés. Il confère plus de pouvoirs aux petits groupes ou, si l'on veut, localise le pouvoir au niveau de groupes plus petits. Il donne à chaque individu la possibilité d'exercer davantage d'influence au niveau local qu'il ne pourrait en exercer au niveau national. Les citoyens peuvent ainsi exercer sur leurs gouvernants un contrôle politique d'autant plus efficace que ceux-ci sont proches d'eux.

L'existence de plusieurs paliers de gouvernement multiplie également les occasions offertes aux citoyens de participer à la vie publique. Ainsi, aux États-Unis, en tenant compte des paliers fédéral, étatique et municipal et en y ajoutant les organismes de coopération entre ces divers paliers, on dénombre environ un demi-million de postes électifs. Tocqueville déjà remarquait que le fédéralisme éduque les citoyens aux valeurs civiques en leur donnant l'occasion de participer au gouvernement local ; il constitue une école pour les citoyens¹⁵.

¹⁴ A. Hamilton, J. Madison et J. Jay, *The Federalist Papers*, éd. par C. Rossiter, New York, New American Library, 1961 à la p. 323, no. 51 [ci-après les *Federalist Papers*].

¹⁵ Voir A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1961 à la p. 168 ; A.E.D. Howard, «Does Federalism Secure or Undermine Rights?» dans Katz et Tarr, *supra* note 1, 11 à la p. 13 [ci-après «Secure or Undermine Rights?»].

En outre, l'existence de deux paliers de gouvernement évite la création d'une situation de monopole ; les citoyens ont accès à plusieurs sources de services, de prestations et de renseignements. Si un gouvernement leur refuse un service ou un avantage, ils peuvent tenter de l'obtenir d'un autre palier et mettre ainsi les divers gouvernements en concurrence¹⁶.

En résumé, on constate donc que les bénéfices politiques et institutionnels du fédéralisme pour l'ensemble des citoyens portent pour l'essentiel sur les droits de participation à la vie publique et à la délibération politique. Ces bénéfices portent également sur les droits à des services et à des prestations dans la mesure où, dans un système fédéral, les divers niveaux de gouvernement entrent en concurrence pour obtenir davantage de visibilité et de satisfaction de la part des électeurs en offrant le plus de services possibles. En termes politiques et institutionnels, le fédéralisme peut également apporter certains bénéfices pour ce qui est des droits-immunités, qui s'analysent comme des barrières au pouvoir, dans la mesure où les divers niveaux de gouvernement sont portés à se contrôler et à s'arrêter mutuellement¹⁷. Cependant, cet effet est plus limité dans la mesure où, si le fédéralisme est bien respecté, chaque niveau de gouvernement doit rester autonome dans sa sphère de compétence. Par conséquent, le contrôle judiciaire — qu'il s'inscrive ou non dans le cadre d'un régime fédéral — est plus efficace en ce qui concerne la protection des droits-barrières (ou droits-immunités), par opposition aux droits de participation et aux droits-créances.

2. Les bénéfices institutionnels et politiques du fédéralisme pour les droits des minorités

Le fédéralisme, ou plus généralement la création d'entités territoriales autonomes, constitue une façon de protéger les droits des minorités suffisamment nombreuses et concentrées territorialement, lorsque cet aménagement les met en position de former la majorité dans une ou plusieurs des entités fédérées ou régionales. Dès lors, le

¹⁶ Cependant, dans la mesure où il superpose deux paliers de gouvernement, le fédéralisme exige la mise sur pied de mécanismes intergouvernementaux de coordination, lesquels sont inévitablement dominés par le pouvoir exécutif, insuffisamment contrôlés par les assemblées parlementaires et peu transparents pour les électeurs. Le fonctionnement des structures de coopération fédérale-provinciale, parfois qualifiées au Canada de «fédéralisme exécutif», entraîne donc un certain déficit démocratique et brouille l'imputabilité des décisions politiques, les citoyens ne sachant plus, à propos d'un accord fédéral-provincial, à quel gouvernement en attribuer la responsabilité. On peut également souligner que les mécanismes intergouvernementaux de prise de décision favorisent les compromis entre élites dirigeantes, au détriment du contrôle populaire.

¹⁷ Alexander Hamilton écrivait, dans le no. 28 des *Federalist Papers*, *supra* note 14 à la p. 181 : «Power being almost always the rival of power, the general government will at all times stand ready to check the usurpations of the state governments, and these will have the same disposition toward the general government. The people, by throwing themselves into either scale, will infallibly make it preponderate. If their rights are invaded by either, they can make use of the other as means of redress» ; cité dans «Secure or Undermine Rights?», *supra* note 15 à la p. 13.

groupe considéré obtient le contrôle du pouvoir politique, pour ce qui est des compétences relevant de l'entité sur le territoire de laquelle il constitue la population majoritaire¹⁸. C'est, par exemple, la situation des Québécois francophones au Canada qui, pour cette raison, n'ont accepté de donner leur accord à la constitution canadienne de 1867 qu'à la condition que le régime soit fédéral plutôt qu'unitaire, comme l'auraient voulu certains des représentants de la majorité anglophone de l'ensemble du Canada¹⁹. De fait, dans plusieurs pays fédéraux, comme le Canada, la Suisse, la Belgique ou l'Inde, l'adoption de la forme fédérale de l'État s'explique précisément parce qu'elle permettait de régler ou d'atténuer les problèmes nés de l'hétérogénéité ethnique, religieuse ou linguistique de la population²⁰. Le cas des États-Unis est plus complexe²¹. À l'origine, les Anglo-Saxons dominaient nettement dans les treize colonies qui ont donné naissance à la fédération américaine, aucune d'entre elles n'étant la patrie d'une minorité nationale. Par conséquent, l'adoption du système fédéral ne visait pas à tenir compte de différences ethno-culturelles, mais plutôt, comme cela a déjà été souligné, à introduire une forme supplémentaire de séparation des pouvoirs étatiques et à protéger les libertés individuelles. Cependant, au fur et à mesure que les États-

¹⁸ La création d'entités territoriales autonomes, de façon à permettre aux minorités nationales majoritaires dans celles-ci d'exercer une certaine autonomie politique, n'est pas propre aux systèmes fédéraux et peut également être réalisée dans des États «régionalisés», comme l'Italie (germanophones du Trentin-Haut Adige ; francophones du Val d'Aoste) ou l'Espagne (Catalans, Basques, Galiciens) et même dans des États unitaires comme la Finlande (suédophones des îles d'Aland) ; sur toutes ces situations, et d'autres similaires, voir les contributions contenues dans N. Levrat, dir., *Minorités et organisation de l'État*, Bruxelles, Bruylant, 1998 [ci-après *Minorités et organisation*] ; sur le recours à l'autonomie locale pour la protection des minorités, voir également *Autonomies locales, intégrité territoriale et protection des minorités. Actes du Séminaire UniDem organisé à Lausanne du 25 au 27 avril 1996*, Strasbourg (Fr.), Conseil de l'Europe, 1997 [ci-après *Autonomies locales*], en particulier le rapport final du Professeur G. Malinverni, «Autonomies locales, intégrité territoriale et protection des minorités» dans *Autonomies locales, ibid.*, 324.

¹⁹ Voir Morin et Woehrling, *supra* note 7 aux pp. 153-58.

²⁰ Lorsque, comme au Canada, une seule des entités fédérées (le Québec) est la patrie d'une minorité nationale, les autres entités (les provinces anglophones) étant toutes majoritairement peuplées par les membres du même groupe national, l'entité fédérée à caractère «national» réclamera inévitablement des pouvoirs différents et plus considérables (statut particulier ou fédéralisme asymétrique) que ceux reconnus aux entités «territoriales», ces dernières étant cependant portées à refuser cette revendication au nom de l'égalité des entités fédérées. Cette opposition entre une conception «multinationale» du fédéralisme, défendue par les Québécois francophones, et une conception purement «territoriale», défendue par les Canadiens des autres provinces, constitue une des principales raisons de l'échec des tentatives de réforme de la constitution canadienne des quinze dernières années, contenues dans l'Accord du lac Meech et l'Accord de Charlottetown ; sur ce point, voir W. Kymlicka, «Le fédéralisme multinational au Canada : un partenariat à repenser» dans G. Laforest et R. Gibbins, dir., *Sortir de l'impasse. Les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherches en politiques publiques, 1998, 15 à la p. 21 et s.

²¹ Sur les rapports entre fédéralisme et statut des minorités nationales aux États-Unis, voir W. Kymlicka et J.-R. Raviot, «Vie commune : aspects internationaux des fédéralismes» (1997) 28 *Études internationales* 779 aux pp. 791-94.

Unis se sont étendus territorialement, le problème des minorités nationales a commencé à se poser, dans la mesure où les territoires nouvellement incorporés, par colonisation, achat ou conquête, abritaient des peuples distincts du point de vue ethno-culturel et formant, dans certains cas, la majorité sur leurs terres ancestrales : peuples autochtones et populations hispaniques (*Chicanos*) de l'Ouest et du Sud-Ouest, francophones de la Louisiane, Inuits de l'Alaska, Aléoutes, Hawaïiens, Portoricains. Dès lors, le système fédéral aurait pu permettre, en théorie, à ces groupes de bénéficier d'une certaine autonomie politique à base territoriale. Mais cette solution a été délibérément écartée et l'on a toujours réussi à empêcher, de diverses manières, qu'une minorité nationale ne prenne le contrôle politique d'un État américain et ne bénéficie de cette façon d'une importante autonomie gouvernementale²².

Le découpage territorial et politique du fédéralisme peut également être utile aux minorités lorsque celles-ci, sans être suffisamment importantes et concentrées pour obtenir la majorité dans leur État de résidence, le sont assez pour y exercer une forte influence politique. Par exemple, les francophones du Nouveau-Brunswick au Canada constituant plus de 30% de la population provinciale, cette importance numérique leur a permis de réclamer et d'obtenir des droits assez considérables de la part du gouvernement provincial. On constate également que la forte présence de populations hispaniques dans certains États du Sud et de l'Ouest des États-Unis leur confère une influence certaine dans la vie politique locale.

Il faut également, néanmoins, constater les limites du fédéralisme comme solution pour régler les questions relatives aux minorités. En effet, le problème de la protection des minorités subsiste ou réapparaît si le découpage territorial et le découpage ethnique, linguistique ou religieux ne coïncident pas, ce qui est le plus souvent le cas. Certaines minorités sont trop faibles démographiquement ou trop peu concentrées territorialement pour obtenir leur propre entité territoriale ou pour exercer une influence politique importante, par exemple les francophones vivant dans les provinces de l'Ouest canadien. De plus, lorsqu'un groupe minoritaire au niveau national est majoritaire dans une ou plusieurs entités fédérées, on trouve souvent sur son territoire une ou plusieurs autres minorités ; par exemple, sur le territoire du Québec, vivent à côté de la majorité francophone une minorité anglophone et plusieurs groupes autochtones.

²² Sur cette politique, voir par ex. D.E. Baron, *The English-Only Question*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1990 à la p. 64 et s. Le seul cas dans lequel une minorité nationale exerce actuellement, depuis 1952, une autonomie gouvernementale dans un cadre similaire à celui des entités fédérées américaines est celui de Puerto Rico, qui n'a pas le statut d'État américain mais celui d'État libre («*Commonwealth*») associé aux États-Unis. La population de Puerto Rico est de 3,9 millions d'habitants, dont la quasi-totalité (95%) est hispanophone. Sur le statut des langues à Puerto Rico, voir L. Muñiz-Argüelles, «The Status of Languages in Puerto Rico» dans P. Pupier et J. Woehrling, dir., *Langue et droit. Actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 457. Certains peuples autochtones des États-Unis exercent également une forme d'autonomie gouvernementale à base territoriale.

Pour protéger les minorités qui subsistent malgré le découpage territorial du fédéralisme, ou que ce découpage a fait apparaître, plusieurs solutions sont possibles, dont certaines ne sont d'ailleurs pas propres aux systèmes fédéraux²³.

On peut ainsi songer à découper de nouveau le territoire pour essayer d'éliminer les situations minoritaires résiduelles. La plupart du temps, cette solution est cependant inapplicable parce qu'elle entraînerait un trop grand morcellement politique et territorial, ou parce que les minorités sont trop dispersées. Il arrive toutefois, exceptionnellement, qu'elle puisse être utilisée : c'est ainsi qu'en 1975, le canton de Berne en Suisse a été découpé pour donner naissance au nouveau canton du Jura, afin de satisfaire la minorité francophone de l'ancien canton de Berne. Certains découpages territoriaux ont également eu lieu en Inde, principalement en 1956. Une autonomie assez large peut également exister au niveau municipal, ce qui facilite la protection des minorités qui ont une certaine importance numérique à ce niveau. Ainsi, en Suisse, l'autonomie des municipalités en matière scolaire, particulièrement dans le canton des Grisons, permet certains aménagements linguistiques au profit des minorités. Le découpage municipal laissera toutefois lui aussi subsister des situations minoritaires, ou en créera (minorités dans la minorité).

D'autre part, certains arrangements particuliers dans le fonctionnement des institutions ou dans le processus décisionnel peuvent être prévus pour protéger les minorités : vetos de blocage, représentation garantie ou surreprésentation. Par exemple, la constitution canadienne prévoyait que certaines circonscriptions électorales québécoises, à forte population anglophone, ne pourraient être découpées de nouveau qu'à la suite d'un vote de la législature québécoise adopté à une double majorité, soit la majorité des membres de la législature et la majorité des députés représentant les circonscriptions en cause²⁴. Nous n'insisterons pas sur ces mécanismes, qui permettent aux minorités d'influencer, de freiner ou de bloquer le processus décisionnel, car ils ne sont pas propres aux États fédérés.

On peut également tenter d'organiser, au profit d'une minorité trop faible pour bénéficier du fédéralisme territorial, une forme de fédéralisme «personnel» ou «fonctionnel», c'est-à-dire lui reconnaître une certaine autonomie politique basée sur le rattachement des personnes non à un territoire, mais au groupe lui-même, sur la base de caractéristiques personnelles comme la langue, la religion ou l'ethnie. Au Canada, la Commission royale d'enquête sur les peuples autochtones, dans son rapport déposé en 1997, a proposé des solutions de ce genre pour reconnaître une certaine forme d'autonomie gouvernementale à des groupes autochtones de faible importance démographique et vivant dans des régions où ils ne constituent qu'une minorité de la po-

²³ Sur toute cette question, voir N. Levrat, «La protection des minorités dans les systèmes fédéraux» (1997) 30 R.T.D.H. 229 [ci-après «Protection des minorités»].

²⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5, art. 80.

pulation²⁵. Cependant, les tentatives d'organiser un fédéralisme personnel sont restées jusqu'ici très modestes ; elles se heurtent au fait que la démocratie moderne fonctionne sur la base d'une représentation politique et d'une application des lois fondées l'une et l'autre, pour l'essentiel, sur le territoire²⁶.

Les droits de mobilité (libre circulation et libre établissement sur le territoire national), qui existent dans tous les systèmes fédéraux, constituent en quelque sorte une protection de dernier recours pour les minorités. Si celles-ci, à tort ou à raison, s'estiment maltraitées, elles auront la possibilité de se rendre dans un autre État fédéré où leur groupe est majoritaire ou, du moins, où elles croient qu'un meilleur traitement leur sera réservé²⁷. C'est là, par exemple, l'attitude adoptée par de nombreux anglophones québécois qui ont quitté le Québec en raison des législations linguistiques ou des référendums successifs sur l'indépendance.

Un moyen parfois utilisé pour protéger les minorités à l'intérieur des entités fédérées consiste à donner aux autorités fédérales certains pouvoirs qui leur permettent d'intervenir pour empêcher, faire cesser ou redresser les torts causés aux minorités par les gouvernements locaux. De tels mécanismes avaient été prévus dans la constitution canadienne de 1867, comme le pouvoir de désaveu déjà mentionné auparavant²⁸. Bien

²⁵ Voir Canada, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, t. 2, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1996 à la p. 276 et s. Au Canada, les commissions scolaires confessionnelles (disparues au Québec depuis 1998, mais existant toujours en Ontario) et linguistiques constituent une certaine application du système de l'autonomie personnelle, dans la mesure où elles permettent à une collectivité définie par la religion ou la langue, dans un certain cadre territorial, de bénéficier d'une autonomie sectorielle en matière d'éducation publique. Il existe des éléments très limités de fédéralisme personnel en Belgique ; la constitution y crée trois communautés linguistiques, qui sont clairement des communautés de personnes et non des territoires ; ces communautés sont cependant articulées en quatre régions (ou territoires) linguistiques, dont une, Bruxelles-Capitale, est bilingue, et dont les trois autres sont unilingues ; ce sont les régions territoriales qui ont les pouvoirs les plus importants ; voir «Protection des minorités», *supra* note 23 aux pp. 240-41.

²⁶ Sur les systèmes d'autonomie personnelle, voir notamment A.N. Messarra, «Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé» dans *Federalism and Decentralization. Fédéralisme et décentralisation*, Fribourg (Suisse), Éditions universitaires Fribourg, 1987, 447 [ci-après *Fédéralisme et décentralisation*] ; W. Kymlicka, «Two Models of Pluralism and Tolerance» dans D. Heyd, dir., *Toleration. An Elusive Virtue*, Princeton (NJ.), Princeton University Press, 1996, 81 ; S. Pierré-Caps, *La multination. L'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Odile Jacob, 1995 à la p. 255 et s.

²⁷ Cette possibilité pour les individus de changer de régime juridique en changeant de domicile (*right of exit*) est plus généralement présentée aux États-Unis comme un des avantages du fédéralisme ; voir par ex. R. Bork, *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law*, New York, The Free Press, 1990 à la p. 53, où l'auteur s'exprime de la façon suivante : «if another state allows the liberty you value, you can move there, and the choice of what freedom you value is yours alone, not dependent on those who made the Constitution. In this sense, federalism is the constitutional guarantee most protective of the individual's freedom to make his own choices» ; voir aussi Stewart, *supra* note 12 aux pp. 923-27.

²⁸ Voir *supra* note 6.

qu'au Canada, ces mécanismes soient tombés en désuétude²⁹, il en existe encore aujourd'hui dans certaines fédérations, comme l'Inde. De tels mécanismes sont cependant difficiles à concilier avec les principes du fédéralisme, puisqu'ils limitent l'autonomie des États fédérés. Il faut également souligner qu'ils ne protègent pas les minorités contre l'action ou l'inaction du gouvernement fédéral lui-même. Or, l'expérience historique montre que les autorités fédérales ne sont pas toujours bienveillantes — ou suffisamment protectrices — à l'égard des minorités. Par exemple, durant le XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, on constate que les autorités fédérales canadiennes n'ont pas suffisamment protégé les francophones, minoritaires à la fois dans tout le Canada et dans chacune des provinces anglophones³⁰.

Mais le principal moyen de protéger les minorités trop faibles pour bénéficier d'une autonomie politique locale consiste évidemment dans l'adoption d'un instrument constitutionnel de protection des droits et libertés qui vienne limiter le pouvoir de la majorité d'adopter des lois défavorables aux minorités. Le plus souvent, le respect des droits individuels et minoritaires sera garanti par la constitution fédérale, parfois avec l'accord des États fédérés, parfois contre leur volonté. Ainsi, au Canada, la constitution de 1982, qui introduisait de nouveaux droits scolaires pour les minorités linguistiques, a reçu l'approbation des provinces anglophones (qui ont des minorités francophones), mais a été refusée par le gouvernement du Québec (qui a une minorité anglophone). L'opposition du Québec s'explique notamment parce qu'on y estimait que ces nouveaux droits pour la minorité anglophone risqueraient de gêner la politique québécoise de défense et de promotion de la langue française ; évidemment, la même préoccupation n'existait pas dans les provinces anglophones, où la langue anglaise ne nécessite aucune protection ou promotion.

L'opposition du Québec à la constitution de 1982 permet de souligner le conflit qui peut apparaître dans une fédération entre la protection des minorités par la création d'autonomies territoriales et la protection des minorités — et plus généralement des droits de l'homme — par le processus judiciaire anti-majoritaire. L'existence d'une autonomie politique territoriale protège les minorités concentrées territorialement en leur donnant le contrôle politique d'une entité fédérée ; le fédéralisme permet donc aux minorités d'exercer une autonomie fondée sur le principe démocratique de la décision majoritaire. Dans la mesure où la protection des droits par un instrument constitutionnel et par le pouvoir judiciaire est un dispositif anti-majoritaire, elle vient limiter l'autonomie politique des minorités qui disposent d'une ou de plusieurs entités territoriales. La minorité qui contrôle une telle entité voit ainsi son pouvoir politique limité au profit de ses propres minorités.

²⁹ Voir *supra* note 7.

³⁰ Sur l'évolution de la situation des minorités francophones hors-Québec, voir notamment E.A. Auger, «Language and Law in the Province of Alberta» dans Pupier et Woehrling, *supra* note 22, 203 ; M. Bastarache, «Le statut du français dans l'Ouest canadien» dans *ibid.*, 231 ; R. Bilodeau, «Les Francophones hors-Québec et la Fédération canadienne» dans *ibid.*, 243.

La situation la plus problématique est celle où la minorité à l'intérieur de la minorité fait partie de la majorité au niveau national. C'est le cas, par exemple, des anglophones minoritaires au Québec, qui font partie de la majorité anglophone du Canada. Une situation de cette nature présente des difficultés particulières pour deux raisons.

D'abord, les minorités ayant une minorité en leur sein, laquelle fait partie de la majorité au niveau national, sont peut-être davantage portées à faire usage de leur position de pouvoir parce qu'elles se sentent plus menacées. Ainsi, les Québécois francophones, avec la *Charte de la langue française*³¹ de 1977, ont jugé que la protection de la langue française justifiait l'interdiction de l'affichage commercial dans les langues autres que le français, ce qui avait évidemment pour effet de limiter les droits de la minorité anglophone. Tour à tour, la Cour suprême du Canada et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies ont déclaré cette mesure contraire à la liberté d'expression. À la suite de ces décisions, la loi a été modifiée et elle permet aujourd'hui d'utiliser une ou plusieurs autres langues en plus du français, la langue française devant se voir reconnaître une nette prédominance³².

³¹ L.R.Q. c. C-11 ; sur les dispositions relatives à l'affichage commercial et aux raisons sociales, voir J. Woehrling, «La Constitution du Canada, la législation linguistique du Québec et les droits de la minorité anglo-québécoise» dans *Minorités et organisation*, *supra* note 18, 561 aux pp. 619-24.

³² Dans l'arrêt *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 54 D.L.R. (4^e) 577 [renvois aux R.C.S.], la Cour a jugé que les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, *ibid.*, dans la mesure où ils prohibaient à l'époque l'usage d'une langue autre que le français dans l'affichage public, la publicité commerciale et les raisons sociales, constituaient une restriction non justifiable de la liberté d'expression garantie par la *Charte canadienne*, *supra* note 10, art. 2(b), et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q. c. C-12 [ci-après la *Charte québécoise*] ; elle les a par conséquent déclarés inopérants. Pour échapper aux conséquences de ce jugement, le gouvernement du Québec a fait adopter, en décembre 1988, une loi contenant une double disposition de dérogation expresse, afin d'écarter l'application des deux chartes et de restaurer la validité des dispositions en cause, sous une forme quelque peu modifiée (*Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54). La règle générale continuait de prévoir que l'affichage public et la publicité commerciale à l'extérieur des établissements — ou destinés au public s'y trouvant — se faisaient en français uniquement. Par contre, à l'intérieur des établissements, la règle générale était désormais que l'affichage et la publicité pouvaient se faire à la fois en français et dans une autre langue, à condition d'être destinés uniquement au public s'y trouvant et que le français figure de façon nettement prédominante. Dans des constatations déposées le 31 mars 1993, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, institué en application du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 107, R.T. Can. 1976 n° 47 (entrée en vigueur : 23 mars 1976), est arrivé à la conclusion que, même telles que modifiées, les dispositions québécoises sur l'affichage et les raisons sociales violaient encore la liberté d'expression garantie à l'article 19 du *Pacte* ; voir *Affaire Ballantyne, Davidson et McIntyre. Rapport du Comité des droits de l'homme*, Doc. off. AG NU, 48^e sess., supp. no 40, Doc. NU A/48/40 (1993) aux pp. 337-56. Selon le Comité, la langue française pouvait être protégée par d'autres moyens qui ne violeraient pas la liberté des commerçants de s'exprimer dans la langue de leur choix. À la suite de cette intervention du Comité des droits de l'homme, le gouvernement du Québec a fait adopter, en juin 1993, un nouveau régime dans lequel l'affichage public et la publicité commerciale peuvent désormais être faits à la fois en français et dans une autre langue pourvu que le

Ensuite, la majorité au niveau national dont les membres sont minoritaires au niveau d'un État fédéré peut céder à la tentation d'utiliser son pouvoir pour imposer à celui-ci le respect de garanties excessives au profit de sa minorité. On a alors l'impression, parfois, que le groupe majoritaire au niveau national défend ses propres intérêts sous le prétexte des droits de l'homme et des droits des minorités.

Par conséquent, on constate que, pour les minorités peu nombreuses ou dispersées, la solution optimale est celle de la protection par un instrument constitutionnel et par le pouvoir judiciaire. Pour les minorités suffisamment importantes et concentrées territorialement, le fédéralisme constitue la solution optimale lorsqu'il leur permet de devenir majoritaires dans le cadre d'une ou de plusieurs entités fédérées. Par contre, pour ces minorités devenues majoritaires, la protection des droits par les instruments constitutionnels et le contrôle judiciaire constitue une gêne, puisqu'elle vient diminuer le pouvoir politique et l'autonomie dont elles disposent. La protection constitutionnelle et juridictionnelle des droits individuels et des droits des minorités constitue une limitation de la liberté collective d'un groupe de s'autogouverner. Cela est vrai pour toutes les collectivités, autant les majorités que les minorités, mais cette limitation s'impose plus lourdement aux minorités³³.

B. Les bénéfices du fédéralisme en termes de protection des droits par les instruments juridiques et le contrôle judiciaire : l'existence d'un double niveau de protection

En superposant deux ordres juridiques, le fédéralisme permet de superposer également deux niveaux d'instruments constitutionnels pour protéger les droits et libertés et, par conséquent, de multiplier les occasions de contrôle judiciaire. Par opposition, dans un État unitaire où il n'y a qu'un ordre juridique, il n'existera qu'une seule catégorie d'instruments constitutionnels pour protéger les droits.

français y figure «de façon nettement prédominante» (*Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, c. 40). Quant aux raisons sociales, elles peuvent désormais être assorties d'une version dans une langue autre que le français pourvu que, dans son utilisation, la raison sociale en langue française figure «de façon au moins aussi évidente» que les versions dans d'autres langues. Étant donné ces modifications à la *Charte de la langue française*, le gouvernement du Québec n'a pas considéré qu'il était nécessaire de renouveler la disposition de dérogation à la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui arrivait à expiration en décembre 1993.

³³ On peut ajouter qu'en droit constitutionnel canadien, les minorités sont définies au niveau provincial seulement, si bien que la population française du Québec, minoritaire à l'échelon national, ne se voit reconnaître aucun droit supplémentaire à ce que lui confère sa position de majorité. Par contre, avec les droits individuels et minoritaires garantis par la constitution canadienne, la majorité francophone du Québec voit son pouvoir politique limité au profit de ses propres minorités, dont la minorité anglophone.

1. Les caractéristiques du double niveau de protection au Canada et aux États-Unis

Aux États-Unis, on trouve dans les constitutions des États membres de l'Union des déclarations de droits (*bills of rights*) qui peuvent être invoquées devant les tribunaux étatiques pour contester la constitutionnalité des lois des États ou des décisions des pouvoirs exécutif et administratif étatiques³⁴. Devant les mêmes tribunaux étatiques, on peut également invoquer, contre les lois et décisions des États, les droits contenus dans la constitution fédérale américaine (surtout le Quatorzième amendement, dans lequel ont été progressivement «incorporés» par la Cour suprême des États-Unis les droits reconnus dans les dix premiers amendements, qui à l'origine ne s'appliquaient qu'aux institutions fédérales). Par contre, devant les tribunaux fédéraux, on ne peut invoquer, contre les lois et décisions fédérales et les lois et décisions étatiques, que la constitution fédérale américaine.

Au Canada, la situation est pour l'essentiel similaire, à deux différences près, dont une seule a vraiment de l'importance pour notre propos.

D'abord, plutôt que d'être des instruments de nature formellement constitutionnelle, dont la modification exige une procédure spéciale, les lois provinciales sur les droits de la personne peuvent être modifiées selon la procédure législative ordinaire³⁵. Malgré cela, ces lois possèdent une certaine primauté sur les autres lois provinciales, antérieures ou postérieures, soit parce qu'elles contiennent une disposition en ce sens (une «clause de primauté»), soit, dans le cas de celles qui n'en contiennent pas, parce

³⁴ Pour les constitutions étatiques américaines, voir *Constitutions of the United States. National and State*, feuilles mobiles, Dobbs Ferry (N.Y.), Oceana, 1974.

³⁵ Pour les lois provinciales canadiennes sur les droits de la personne, voir *Human Rights Legislation. An Office Consolidation*, Toronto, Butterworths, 1991. Il existe deux catégories d'instruments : d'une part, des codes antidiscriminatoires (*human rights codes*), qui interdisent la discrimination dans les activités gouvernementales et un certain nombre de domaines privés (comme les relations de travail, le logement et les relations commerciales) ; d'autre part, des déclarations de droits (*statutory bills of rights*), qui garantissent les libertés fondamentales, les droits politiques, les droits judiciaires, le droit à l'égalité et, dans certains cas, les droits économiques et sociaux, dans les rapports entre les individus et l'État provincial (et, dans le cas de la loi québécoise, dans les rapports privés). Parmi les dix provinces et les trois territoires, certains n'ont qu'un code antidiscriminatoire, alors que d'autres possèdent un tel code et une déclaration des droits dans deux instruments séparés (la Saskatchewan et l'Alberta sont dans ce deuxième cas). Dans le cas du Québec, les deux aspects figurent dans une même loi, en l'occurrence la *Charte québécoise*, *supra* note 32. Le parlement fédéral canadien a également adopté un code antidiscriminatoire qui vise les activités privées et les entités publiques qui sont sous sa juridiction (*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6), ainsi qu'une déclaration des droits qui ne s'applique qu'aux organes de l'État fédéral (*Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, c. 44, reproduite dans L.R.C. 1985, app. III). Bien qu'antérieure à la *Charte canadienne des droits et libertés*, la *Déclaration canadienne des droits* est restée applicable après l'entrée en vigueur de cette dernière en 1982 dans la mesure où elle garantit certains droits, comme celui de propriété, qui ne figurent pas dans la *Charte canadienne*.

les tribunaux leur reconnaissent néanmoins une nature «quasi-constitutionnelle»³⁶. Une loi provinciale quelconque, incompatible avec une loi provinciale sur les droits de la personne, pourra être déclarée inopérante à moins qu'elle ne contienne une expression claire de la volonté du législateur de déroger aux droits garantis. Cette obligation faite au législateur de déclarer clairement sa volonté de ne pas respecter les droits constitue habituellement une barrière politique suffisante. De plus, une loi provinciale sur les droits de la personne joue pleinement son rôle protecteur à l'égard des actions des pouvoirs exécutif et administratif provinciaux, ainsi qu'à l'égard de celles des simples particuliers, dans la mesure où ces actions y sont également soumises. Les lois provinciales ont donc, en pratique, une efficacité similaire à celle d'un instrument constitutionnel, bien qu'elles soient plus faciles à modifier. On verra que les constitutions des États américains, bien que non modifiables par loi ordinaire, sont également plus faciles à modifier que la constitution fédérale américaine.

Ensuite, au Canada, contrairement aux États-Unis, il n'y a pas de distinction entre la compétence, du point de vue du droit applicable, des tribunaux fédéraux et des tribunaux provinciaux. Les tribunaux provinciaux de première instance et d'appel sont compétents pour appliquer le droit provincial, y compris les lois sur les droits de la personne, le droit fédéral et la constitution canadienne. La Cour suprême du Canada interprète et applique en dernier ressort à la fois la constitution, le droit fédéral et le droit provincial. Il existe également certains tribunaux fédéraux spécialisés, directement et exclusivement compétents pour appliquer certains éléments du droit fédéral ; cette situation constitue donc une exception aux règles générales, mais de portée limitée et qui ne change pas de façon significative les effets qui découlent du caractère «intégré» du système judiciaire canadien.

Cette différence entre les États-Unis et le Canada recèle une certaine importance pour notre sujet. Aux États-Unis, le particularisme du droit constitutionnel étatique est plus marqué qu'au Canada, car la Cour suprême n'a pas l'occasion d'interpréter les constitutions étatiques, dont l'interprétation dépend ainsi entièrement des tribunaux étatiques. Cependant, la jurisprudence de la Cour suprême relative à la constitution fédérale exerce évidemment une forte influence indirecte sur l'interprétation des constitutions étatiques, les cours des États ayant tendance à s'en inspirer³⁷.

Au Canada, la Cour suprême est l'interprète final autant de la constitution fédérale que des lois provinciales sur les droits de la personne, et l'on constate qu'elle a fortement tendance à aligner l'interprétation des dispositions provinciales sur celle des dispositions constitutionnelles, même lorsqu'il existe des différences importantes dans l'esprit ou la lettre des deux catégories d'instruments. C'est à la fois un avantage et un inconvénient par rapport à la situation américaine. L'inconvénient est que cette attitude diminue quelque peu l'intérêt et l'utilité de la superposition des deux niveaux de

³⁶ Voir *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 21 D.L.R. (4^e) 1.

³⁷ Trop, selon certains auteurs américains ; voir par ex. G.A. Tarr, «The Past and Future of the New Judicial Federalism» (1994) 24:2 *Publius* 63 aux pp. 76-77.

garanties ; si les deux catégories de dispositions sont interprétées de la même manière, alignées l'une sur l'autre, elles perdent en complémentarité³⁸. L'avantage, par contre, est la simplicité pour les citoyens et pour les juristes, qui feront face à un régime relativement unifié en matière de droits et de libertés. Cependant, des différences significatives demeurent entre les instruments provinciaux et la *Charte* constitutionnelle canadienne.

2. Les avantages du double niveau de protection : l'interaction des instruments fédéraux et étatiques

Les déclarations des États américains et les lois des provinces canadiennes contiennent parfois des droits qui ne sont pas garantis dans la constitution fédérale et qui complètent donc la protection offerte par celle-ci. Par exemple, au Canada, la *Charte* constitutionnelle ne garantit ni le droit de propriété, ni les droits économiques et sociaux. Par contre, ces droits sont garantis dans certaines lois provinciales, notamment celle du Québec³⁹. Il en va de même aux États-Unis, où la constitution fédérale ne garantit pas, par exemple, le droit à l'éducation, qui se retrouve par contre dans de nombreuses constitutions étatiques⁴⁰. La Cour suprême des États-Unis a jugé que les cours étatiques pouvaient déduire de leurs constitutions des droits n'existant pas au niveau fédéral, ou interpréter plus libéralement ceux qui figurent à la fois dans leur constitution et dans la constitution fédérale, à condition bien sûr de ne contredire aucun droit garanti dans cette dernière⁴¹. La situation est la même au Canada.

³⁸ Ainsi, on a pu critiquer la façon dont la Cour suprême du Canada utilise parfois les concepts propres au concept d'égalité de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 10, dans l'interprétation qu'elle donne au concept d'égalité contenu dans l'article 10 de la *Charte québécoise*, *supra* note 32, mettant ainsi en péril l'originalité de la norme québécoise par rapport à la norme canadienne ; voir D. Proulx, «La norme québécoise d'égalité dérape en Cour suprême : commentaire des arrêts *Forget*, *Devine* et *Ford*» (1990) 24 R.J.T. 375 ; plus généralement, sur la tendance des tribunaux à interpréter la *Charte québécoise* selon les concepts propres à la *Charte canadienne*, voir A. Morel, «La coexistence des chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction» (1986) 17 R.D.U.S. 49 ; A. Morel, «L'originalité de la Charte québécoise en péril» dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif* (1993), Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993, 65.

³⁹ Voir notamment *Charte québécoise*, *ibid.*, art. 6-8, 39-48.

⁴⁰ Pour des exemples de complémentarité, en termes de droits et libertés garantis, entre la constitution fédérale américaine et les constitutions étatiques, voir par ex. D.T. Beasley, «Federalism and the Protection of Individual Rights: The American State Constitutional Perspective» dans Katz et Tarr, *supra* note 1, 101 à la p. 111 et s. (l'auteur montre comment le droit au respect de la vie privée (*right to privacy*) est protégé dans les constitutions étatiques de façon plus explicite et plus efficace que dans la constitution fédérale) ; «Protecting Human Rights», *supra* note 4 à la p. 127 et s. Pour les complémentarités entre la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte québécoise*, voir J. Woehrling, «Les modifications à la *Charte des droits et libertés de la personne* nécessaires en cas d'accession du Québec à la souveraineté» (1995) 26 R.G.D. 565.

⁴¹ Voir *Pruneyard Shopping Center c. Robins*, 447 U.S. 74 (1980) : la Cour suprême des États-Unis juge qu'une décision de la Cour suprême californienne qui reconnaît, sur le fondement de la liberté d'expression garantie dans la constitution étatique, le droit de solliciter des signatures pour une pétition

De plus, alors que la *Charte* constitutionnelle canadienne et le *Bill of Rights* américain ne s'appliquent qu'aux normes et interventions étatiques (*state action*), les codes antidiscriminatoires canadiens et la *Charte québécoise* s'appliquent également aux rapports entre particuliers, ce qui constitue une autre forme de complémentarité.

Les instruments étatiques et provinciaux relatifs aux droits et libertés doivent évidemment être conformes aux dispositions de la constitution fédérale américaine ou canadienne et, dans le cas contraire, peuvent être déclarés inopérants dans la mesure de leur incompatibilité. Au Canada, il est arrivé à quelques reprises que les tribunaux se servent de la *Charte* constitutionnelle pour reformuler ou reconstruire les dispositions incompatibles d'une loi provinciale plutôt que de les invalider, ce qui a eu pour effet d'améliorer l'instrument en cause en augmentant la protection qu'il offre. C'est ce qu'illustre, par exemple, la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Vriend c. Alberta*⁴², où celle-ci a jugé que la loi sur les droits de la personne de l'Alberta était discriminatoire et contraire à l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle n'incluait *pas* l'orientation sexuelle parmi les motifs de discrimination illicites. La Cour a donc reformulé la loi provinciale en y ajoutant l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination.

tion dans un centre d'achat privé, ne viole pas le droit de propriété ou la liberté d'expression des propriétaires tels que garantis au niveau fédéral ; le juge en chef Rehnquist conclut que la constitution fédérale ne limite pas «the authority of the state to exercise its police power or its sovereign right to adopt in its own Constitution individual liberties more expansive than those conferred by the federal Constitution» (à la p. 81) ; sur cette décision, voir également T. d'Alemberte, «Rights and Federalism: An Agenda to Advance the Vision of Justice Brennan» dans Katz et Tarr, *supra* note 1, 123 aux pp. 125-26 ; S.H. Friedelbaum, «Reactive Responses : The Complementary Role of Federal and State Courts» (1987) 17:1 Publius 33 aux pp. 34-39.

⁴² [1998] 1 R.C.S. 493, 156 D.L.R. (4^e) 385 [ci-après *Vriend*]. Il pourrait également surgir entre la *Charte canadienne* et une loi sur les droits de la personne des conflits plus complexes, mettant en cause la philosophie respective des deux instruments et la conception même des droits et libertés. Ainsi, la *Charte québécoise*, dans son article 41, donne-t-elle aux parents «le droit d'exiger que, dans les établissements d'enseignement public, leurs enfants reçoivent un enseignement religieux ou moral conforme à leurs convictions». Par ailleurs, dans l'affaire *Canadian Civil Liberties Association c. Ontario (Minister of Education)* (1990), 71 O.R. (2^e) 341, 65 D.L.R. (4^e) 1 (C.A.) [ci-après *CCLA*], la Cour d'appel de l'Ontario a jugé contraire à l'article 2(a) de la *Charte canadienne* un règlement adopté en vertu de la loi scolaire de l'Ontario voulant que les élèves reçoivent un enseignement religieux dans les écoles publiques, à moins que les parents ne demandent une exemption. La Cour a considéré que les dispositions concernant l'exemption ne suffisait pas à satisfaire le critère de l'article 1 de la *Charte*, la pression du conformisme pouvant dissuader certains parents de s'en prévaloir par peur d'un stigmate social. La Cour a souligné la différence qu'il y avait entre, d'une part, une éducation religieuse, qui vise un endoctrinement dans une religion donnée et qui viole la liberté de religion et, d'autre part, l'enseignement pluraliste des religions qui est constitutionnellement possible à l'école publique. Sur les difficultés de concilier l'article 41 de la *Charte québécoise* et l'article 2(a) de la *Charte canadienne*, voir J. Woehrling, «Étude sur le rapport entre les droits fondamentaux de la personne et les droits des parents en matière d'éducation religieuse» constituant l'étude no. 6 en annexe à Québec, Ministère de l'Éducation, *Rapport du groupe de travail sur la place de la religion à l'école*, Québec, Ministère de l'Éducation, 1999 à la p. 130 et s.

De façon plus générale, les entités fédérées ont la possibilité d'expérimenter en matière de protection des droits et libertés, comme dans les autres domaines dans lesquels leur autonomie s'exerce. Les expériences réussies donneront lieu à des emprunts, l'imitation pouvant se produire «verticalement», un des niveaux de gouvernement imitant l'autre, ou «horizontalement», une des entités fédérées servant de modèle aux autres. Ainsi, le Québec a été la première province à interdire, dans sa charte des droits, la discrimination basée sur l'orientation sexuelle. Par la suite, cette protection a été reprise au niveau fédéral et dans d'autres provinces, celles qui ne l'avaient pas fait spontanément y étant en fin de compte obligées par la Cour suprême, comme on vient de le voir pour l'Alberta. De même, au Canada, les concepts de «discrimination indirecte» et d'«accommodement raisonnable» ont d'abord été développés par les tribunaux provinciaux, dans le cadre des lois provinciales, puis repris par la Cour suprême pour interpréter la *Charte* constitutionnelle⁴³. Aux États-Unis également, il arrive fréquemment que certains concepts soient d'abord développés par les tribunaux des États, dans la mise en œuvre du droit constitutionnel étatique, avant d'être repris par les tribunaux fédéraux⁴⁴.

Ce rôle de «laboratoire» des États américains et des provinces canadiennes est facilité par le fait que leurs constitutions et lois sur les droits de la personne sont plus faciles à modifier que les constitutions fédérales américaine et canadienne. Au Canada, les lois provinciales sont modifiables par le processus législatif ordinaire ; aux États-Unis, de nombreuses constitutions étatiques peuvent être modifiées par référendum populaire⁴⁵. Par conséquent, elles peuvent plus facilement être adaptées à l'évolution des problèmes sociaux. Les constitutions des États et les déclarations provinciales servent ainsi de véritables baromètres des débats sociaux, économiques et politiques.

Cependant, cette caractéristique présente également des inconvénients : en étant faciles à modifier, les instruments étatiques et provinciaux ne jouent pas complète-

⁴³ Sur ces concepts, voir J. Woehrling, «L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse» (1998) 43 R.D. McGill 325 [ci-après «Accommodement raisonnable»]. La discrimination indirecte est celle qui découle d'une règle «neutre», c'est-à-dire qui s'applique de la même façon à tous, mais qui produit néanmoins un effet discriminatoire sur un seul groupe de personnes en ce qu'elle leur impose des obligations ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la population. Par exemple, une loi qui oblige tous les commerçants à fermer leur commerce le dimanche s'applique sans distinction à tous, mais produit un effet discriminatoire sur ceux dont la religion les oblige à respecter un jour religieux autre que le dimanche. Lorsque la règle entraînant une discrimination indirecte est raisonnable et justifiée, elle ne doit pas être annulée ; dans ce cas, le corollaire de l'interdiction de la discrimination indirecte consiste en une «obligation d'accommodement», c'est-à-dire en un devoir pour l'auteur de la discrimination de prendre tous les moyens raisonnables pour soustraire les victimes de la discrimination indirecte aux effets de celle-ci, en adaptant ses règles ou ses normes à leur situation particulière.

⁴⁴ Voir Beasley, *supra* note 40 aux pp. 108-11.

⁴⁵ Pour une comparaison entre les modalités et la pratique de la modification constitutionnelle aux niveaux fédéral et étatique, aux États-Unis, voir J.C. May, «Constitutional Amendment and Revision Revisited» (1987) 17:1 *Publius* 153.

ment leur rôle anti-majoritaire de protection des droits individuels et minoritaires. L'opinion publique peut, par exemple, réclamer une diminution de certaines garanties dans le domaine du processus pénal si elle doute de l'efficacité de la prévention et de la répression du crime. Au Canada, où la démocratie directe est peu répandue, la responsabilité de la politique législative en matière de protection des droits et libertés appartient entièrement au gouvernement ; celui-ci hésitera le plus souvent à proposer des changements qui auraient pour effet de diminuer cette protection. De fait, il n'existe pratiquement pas d'exemples d'une loi provinciale sur les droits de la personne modifiée pour en limiter les garanties. Au surplus, il faut noter qu'au Canada, la compétence en matière de droit criminel, domaine par excellence dans lequel des pressions populaires pour une politique plus restrictive peuvent s'exercer, appartient aux autorités fédérales.

Aux États-Unis, par contre, l'existence dans la plupart des États (lesquels sont compétents en matière de droit criminel) d'un système référendaire, parfois avec initiative populaire, fait en sorte que les autorités étatiques soient plus sensibles aux demandes populaires de limitation de certains droits, surtout en matière pénale. Par exemple, en Floride, après que la Cour suprême américaine eut commencé à restreindre les droits des inculpés en matière de fouilles et de saisies, la Cour suprême de Floride s'est appuyée sur la constitution de l'État pour maintenir une jurisprudence plus généreuse, basée sur les anciens principes fédéraux. Le ministre de la Justice a alors fait adopter par la législature, puis par la population, une modification de la disposition constitutionnelle étatique pour en limiter la portée, en indiquant qu'elle devrait désormais être appliquée de la même façon que la disposition fédérale équivalente, telle qu'interprétée par la Cour suprême des États-Unis (c'est-à-dire de façon à reconnaître moins de droits...). Autrement dit, cette modification limitait les droits garantis tout en faisant disparaître, dans ce cas précis, les avantages découlant de la coexistence des instruments fédéraux et étatiques⁴⁶. Les auteurs américains qui ont étudié la

⁴⁶ Pour plus de détails sur ces péripéties, voir d'Alemberte, *supra* note 41 aux pp. 131-34 ; l'auteur souligne également le fait que, dans de nombreux États américains, les juges des cours étatiques sont élus et peuvent faire l'objet de procédures tendant à les destituer, ce qui les rend vulnérables aux pressions populaires lorsque leurs décisions ne plaisent pas à l'opinion publique. La facilité avec laquelle les constitutions étatiques peuvent être modifiées et la vulnérabilité des juges des cours étatiques aux pressions populaires constituent deux facteurs qui diminuent sans doute le rôle protecteur des constitutions étatiques en matière de droits et de libertés, mais qui, comme le soulignent d'autres auteurs, permettent également d'établir une certaine imputabilité du pouvoir judiciaire ; voir May, *ibid.* à la p. 170 :

State procedures introduce the possibility of circumvention or outright reversal of state court decisions, and, when coupled with popular selection and retention of state judges, the prospects for undermining judicial independence become very real. In short, the voters can be mobilized to change not only the text of the constitution but also the judges who interpret it. The relative difficulty of amending the U.S. Constitution and its interpretation by an appointed and life-tenured U.S. Supreme Court stand in sharp contrast. State amendment and revision procedures offer, however, opportunities un-

question constatent que c'est presque uniquement dans le domaine des droits en matière pénale que les modifications par référendum intervenues dans les constitutions étatiques ont eu pour effet de limiter ou de restreindre la protection. Par contre, ils soulignent également que ce même processus a permis l'introduction de nouveaux droits qui n'existent pas, ou moins clairement, au niveau fédéral, particulièrement en matière de protection contre certaines formes de discrimination et de droit au respect de la vie privée⁴⁷. En fait, la facilité de modification des instruments étatiques et provinciaux explique que les innovations qui échouent au niveau fédéral puissent être plus facilement reprises et réussies à celui des entités fédérées. On sait que la tentative d'ajouter à la constitution fédérale américaine une clause d'égalité sexuelle (*Equal Rights Amendment*) a échoué ; par contre, une telle disposition constitutionnelle a précisément été adoptée dans plus de la moitié des États américains⁴⁸.

L'existence d'un double niveau de protection des droits et libertés, par l'État central et par les entités fédérées, présente un autre avantage : si, pour une raison quelconque, il se produit un déficit dans cette protection à l'un des niveaux de gouvernement, ce déficit pourra être compensé à l'autre niveau. C'est ce qui s'est passé aux États-Unis lorsque la Cour suprême fédérale est devenue moins favorable à la protection de certains droits, notamment ceux des accusés en matière pénale, dans les années 1970, à partir du moment où le juge en chef Burger a remplacé le juge en chef Warren. La défense de ces droits a alors trouvé un terrain plus favorable au niveau des constitutions et des tribunaux étatiques, un phénomène qui reçut le nom de «*New Judicial Federalism*»⁴⁹.

matched on the national plane for direct popular support of rights and liberties and for reinforcement of the principle of judicial accountability.

Sur cette question, voir également J.N. Eule, «Constitutional Justice and Democracy by Referendum in the United States» dans *Constitutional Justice and Democracy by Referendum*, Strasbourg (Fr.), Council of Europe, 1996, 77.

⁴⁷ Pour plus de détails, voir May, *ibid.* à la p. 170 et s. ; l'auteure souligne notamment que, parmi les modifications qu'elle a analysées, six avaient pour objet et pour effet de neutraliser des décisions de cours étatiques favorables aux droits et libertés, dont deux modifications rétablissant la peine de mort après que la cour suprême étatique l'eut déclarée inconstitutionnelle (à la p. 175). Au niveau fédéral, par contre, les modifications de la constitution des États-Unis ayant eu pour objet de renverser des décisions de la Cour suprême américaine sur les droits et libertés visaient des décisions restrictives de celle-ci et eurent pour effet d'améliorer la protection (à la p. 176) ; sur la situation au niveau fédéral américain, voir également G. Scoffoni, «Le Congrès des États-Unis et la remise en cause des interprétations constitutionnelles de la Cour suprême. Sur la conciliation entre justice constitutionnelle et théorie démocratique» (1993) 16 R.F.D.C. 675.

⁴⁸ La *Charte canadienne*, *supra* note 10, contient une telle disposition dans son article 28 qui énonce : «Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes».

⁴⁹ Sur le *New Judicial Federalism*, voir notamment Tarr, *supra* note 37 ; d'Alemberte, *supra* note 41 à la p. 123 et s. Sur le plan doctrinal, ce mouvement doit beaucoup au juge William Brennan qui écrivait en 1977 un article célèbre dans lequel il invitait les cours étatiques à ne pas se sentir liées, en interprétant leurs propres constitutions étatiques, par les interprétations restrictives données par la Cour

Par ailleurs, l'existence d'un double niveau de protection entraîne inévitablement une fragmentation du régime des droits, lesquels ne seront pas les mêmes partout puisqu'ils dépendront, en partie, de chaque entité fédérée. Cependant, l'application de la constitution fédérale sur l'ensemble du territoire assure une certaine homogénéité ; un minimum de droits s'applique partout de la même façon et les entités fédérées ne peuvent donc introduire que des variations «vers le haut», en ajoutant, dans leurs propres instruments législatifs ou constitutionnels, une protection supplémentaire. En outre, on constate, du moins au Canada, que sous la pression de l'opinion publique, ce sont les provinces offrant une moins bonne protection qui finissent par imiter celles offrant une protection meilleure, plutôt que l'inverse. Il existe donc une véritable émulation dans ce domaine.

Enfin, dans la mesure où les droits de libre circulation et de libre établissement sont bien respectés (il s'agit de droits qui, par définition, sont garantis dans la constitution fédérale), les individus pourront choisir de s'établir dans l'entité fédérée qui leur offre la meilleure protection. Il s'agit là d'un argument que l'on retrouve très souvent chez les auteurs américains⁵⁰ comme transposition, en termes juridiques et constitutionnels, de l'idée du libre marché. Les entités fédérées sont considérées comme entrant en concurrence pour obtenir les faveurs des citoyens, vus comme des consommateurs de droits et de prestations. Ce point de vue correspond assez bien à la réalité américaine, où la mobilité des individus est très grande, et traduit la forte homogénéité culturelle qui existe aux États-Unis⁵¹. Dans les pays où existent des différences culturelles ou linguistiques importantes, l'argument n'a évidemment pas la même force, car le déménagement d'une région à l'autre peut entraîner des sacrifices trop considérables pour les individus en termes d'appartenance culturelle. Par exemple, le Québec est le seul endroit en Amérique du Nord où il est possible pour un Québécois francophone de vivre entièrement en français.

C. Les inconvénients du fédéralisme pour la protection des droits et libertés

Si le fédéralisme entraîne des conséquences principalement positives pour la protection des droits et libertés, il en découle également certains inconvénients.

suprême des États-Unis aux dispositions similaires du *Bill of Rights* fédéral : W.J. Brennan, Jr., «State Constitutions and the Protection of Individual Rights» (1977) 90 Harv. L. Rev. 489 ; Brennan avait écrit son article à un moment où la Cour suprême fédérale, sous la direction du juge en chef Burger, commençait à revenir sur la jurisprudence libérale de la Cour Warren ; le recours aux constitutions étatiques lui apparaissait donc clairement comme une façon de combattre cette érosion des droits et libertés.

⁵⁰ Voir *supra* note 27.

⁵¹ Pour des chiffres sur la mobilité des Américains, voir Stewart, *supra* note 12 à la p. 924, n. 14 ; l'auteur mentionne notamment le fait que, tous les 5 ans, plus de 40% de la population américaine change de domicile ; plus de 44% des Américains vivent dans un État autre que celui où ils sont nés.

Les deux premiers découlent de la superposition de deux catégories d'instruments constitutionnels (ou, dans le cas des instruments provinciaux canadiens, «quasi-constitutionnels»), dont nous venons de voir qu'elle entraîne également des avantages.

Tout d'abord, cette dualité, tout en offrant une protection supplémentaire, entraîne également une complexité juridique qui pèse sur les simples citoyens et leurs avocats, de même que sur les juges chargés d'appliquer le droit. Par exemple, au Canada, la tâche de déterminer s'il faut invoquer la *Charte canadienne* ou une loi provinciale peut être assez ardue. La *Charte* constitutionnelle ne s'applique qu'aux relations entre les citoyens et l'État, fédéral ou provincial, mais dans tous les domaines matériels de compétence, ceux de l'État central comme ceux des provinces. La *Charte québécoise*, pour prendre cet exemple, s'applique à la fois aux rapports avec l'État (mais provincial uniquement) et aux rapports entre simples particuliers, mais seulement dans les domaines matériels de compétence provinciale. Pour déterminer le ou les instruments applicables, il faut donc faire au moins deux analyses juridiques, souvent compliquées : dans quel domaine matériel de compétence, fédéral ou provincial, le problème se pose-t-il ; et l'organisme contre lequel on veut invoquer les droits et libertés est-il un agent de l'État — fédéral ou provincial — ou un agent privé ?

Aux États-Unis, des problèmes similaires se posent. Certaines complications supplémentaires existent même, qui découlent du fait que les tribunaux fédéraux ne sont pas compétents pour interpréter et appliquer les constitutions étatiques. Ainsi, face au jugement d'une cour suprême étatique, la Cour suprême américaine devra déterminer si la décision est fondée sur la constitution étatique uniquement, auquel cas elle n'est pas compétente pour la réviser (sauf si la décision est incompatible avec le droit fédéral), ou également sur la constitution fédérale, auquel cas elle peut intervenir. Souvent, la réponse est très complexe⁵².

En second lieu, si la limitation du pouvoir étatique est nécessaire pour protéger les droits qui mettent à la charge de l'État une obligation d'abstention, et dont la fonction est de protéger la sphère existante d'autonomie des acteurs sociaux (les «droits-barrières»), il en va différemment pour les droits dont la contrepartie consiste en une obligation pour l'État de redistribuer la richesse et de mettre à la disposition des individus (ou des groupes) qui en sont privés les moyens matériels nécessaires à leur bien-être (les «droits-créances»). Dans la mesure où les déclarations de droits et le contrôle judiciaire permettent surtout une intervention «négative», qui conduit les tribunaux à censurer ou à empêcher les actions du législateur et du gouvernement, ils auront principalement pour effet de protéger les libertés de ceux qui disposent des moyens économiques nécessaires pour les exercer et ils seront moins utiles pour obliger l'État à intervenir davantage en faveur des démunis. Par contre, quand celui-ci

⁵² Sur ce point, voir Beasley, *supra* note 40 à la p. 104 et s. ; rappelons que ce problème ne se pose pas au Canada, puisque les tribunaux qui appliquent les deux types d'instruments sont les mêmes (tribunaux provinciaux aux deux premiers degrés, Cour suprême en dernière instance).

choisira de le faire, les instruments de protection des droits pourront servir à contester les interventions étatiques qui limitent la liberté des titulaires du pouvoir économique. La superposition des instruments, propre au système fédéral, multiplie donc les occasions pour les pouvoirs économiques privés de contester les réglementations étatiques qui leur imposent certaines contraintes dans l'intérêt général⁵³.

Le troisième inconvénient du fédéralisme pour la protection des droits tient au fait qu'il peut considérablement compliquer, voire contrecarrer, la ratification et la mise en œuvre, par les États fédéraux, des conventions internationales sur les droits de l'homme⁵⁴. Le Canada et les États-Unis en offrent deux bonnes illustrations.

Au Canada, la conclusion des traités relève toujours des autorités exécutives fédérales, alors que leur mise en œuvre en droit interne relève des autorités législatives fédérales ou provinciales, selon que l'objet du traité ressort des compétences matérielles de l'un ou de l'autre niveau de gouvernement. Par conséquent, lorsque le gouvernement fédéral prévoit ratifier une convention internationale, par exemple un traité sur les droits de l'homme, il doit tenir compte du fait que certaines parties de cet instrument devront, dans certains cas, faire l'objet de lois provinciales de mise en application. Or, la constitution canadienne ne contient aucun mécanisme qui permettrait aux autorités fédérales de forcer les provinces récalcitrantes à s'exécuter. Il peut donc arriver que le défaut d'agir d'une ou de plusieurs provinces empêche la mise en œuvre d'une convention dûment ratifiée par les autorités fédérales. Ces difficultés conduisent parfois celles-ci à ne pas adhérer à certains instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, simplement pour éviter de se retrouver dans une situation délicate. Par exemple, le Canada, pour cette raison, a omis de ratifier la *Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement*⁵⁵. Dans d'autres cas, les autorités fédérales devront, préalablement à la ratification d'une convention, obtenir des provinces la promesse qu'elles procéderont à sa mise en œuvre. C'est par exemple ce qui s'est passé pour les deux Pactes des Nations Unies de 1966 (entrés en

⁵³ D'autant plus que la Cour suprême du Canada a jugé que les sociétés commerciales peuvent invoquer en défense, dans le cas d'une poursuite pénale ou civile intentée par l'État, tous les droits garantis par la *Charte canadienne*, même ceux qui, comme la liberté de religion ou le droit à la vie, ne sont par nature susceptibles que de bénéficier aux êtres humains ; voir *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295, 18 D.L.R. (4^e) 321 ; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, 166 D.L.R. (4^e) 1.

⁵⁴ Sur cet aspect, voir L. Henkin, «Federalism, Decentralization and Human Rights» dans *Fédéralisme et décentralisation*, *supra* note 26, 391 aux pp. 395-97.

⁵⁵ 14 décembre 1960, 429 R.T.N.U. 93 (entrée en vigueur : 22 mai 1962). La Conférence générale de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) a adopté, lors de sa session de novembre 1960, une convention et une recommandation concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement. La recommandation a été adoptée pour les États fédéraux qui estimaient ne pouvoir ratifier la convention pour des raisons tenant à leur partage constitutionnel des compétences, ce qui était précisément le cas du Canada. La Conférence a donc élaboré deux instruments distincts, de portée juridique différente. La convention et la recommandation font l'objet de rapports périodiques à l'UNESCO par les États, parties ou membres selon le cas.

vigueur en 1976) relatifs, le premier, aux droits civils et politiques⁵⁶, le second, aux droits économiques, sociaux et culturels⁵⁷. Une fois les conventions ratifiées et mises en œuvre sur le plan interne, d'autres difficultés peuvent surgir dans les mécanismes d'application, toujours à cause du fédéralisme. Par exemple, si le Comité des droits de l'homme des Nations Unies est saisi d'une violation alléguée du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, les autorités fédérales devront fournir les explications nécessaires, même si la loi ou l'acte attaqué a été adopté par une province.

Dans d'autres fédérations, la constitution donne aux autorités fédérales les pouvoirs nécessaires, non seulement pour conclure les traités, mais aussi pour les mettre en œuvre, peu importe le domaine matériel de compétence sur lequel porte l'objet du traité. D'autres difficultés risquent alors de surgir. Dans la crainte de voir envahir de cette façon indirecte leurs domaines de responsabilité, les États fédérés s'objecteront fortement, sur le plan politique, à la conclusion de certaines conventions sur les droits de l'homme. C'est ce qui se produit régulièrement aux États-Unis, où le Sénat, qui représente les États de l'Union, a bloqué, pour des raisons de fédéralisme, la ratification de certaines de ces conventions, ou n'a accepté celles-ci qu'en les assortissant de réserves qui limitent plus ou moins considérablement leur portée dans leur application aux États-Unis⁵⁸.

Enfin, le fédéralisme peut entrer en conflit, ou sembler entrer en conflit, avec la protection des droits de l'homme lorsqu'il est invoqué pour justifier une limitation ou une diminution de la protection des droits. Un tel recours à l'argument fédéraliste peut être une façon sincère de défendre certaines valeurs du fédéralisme, ou n'être qu'un prétexte.

Il s'agit d'un prétexte lorsque le but réel de la limitation des droits n'est pas la sauvegarde du fédéralisme, mais un autre objectif, moins avouable. Par exemple, dans les années 1950 et 1960 aux États-Unis, les États du Sud qui pratiquaient la discrimination raciale invoquaient l'argument du fédéralisme pour continuer à mener cette politique à l'abri de l'intervention des organes judiciaires fédéraux. De même, depuis que la Cour suprême est devenue plus conservatrice à la suite des nominations faites par les présidents Reagan et Bnsh, certains de ses membres invoquent parfois la nécessité de respecter le fédéralisme pour justifier le retour à une jurisprudence moins protectrice des droits, notamment dans le domaine du droit criminel qui relève de la

⁵⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, supra note 32.

⁵⁷ *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3, R.T. Can. 1976 n° 46 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976).

⁵⁸ Sur cette problématique, voir par ex. P.J. Spiro, «The States and International Human Rights» (1997) 66 *Fordham L. Rev.* 567 aux pp. 570-78 ; C.A. Bradley, «The Treaty Power and American Federalism» (1998) 97 *Mich. L. Rev.* 390 aux pp. 402-403.

compétence des États américains. Pour ces raisons, on tend parfois aux États-Unis à considérer l'argument de la défense du fédéralisme avec beaucoup de méfiance⁵⁹.

L'invocation du fédéralisme pour justifier une interprétation plus limitée des droits contenus dans la constitution fédérale peut cependant être une façon sincère de défendre certaines valeurs fédérales importantes et dignes d'être protégées. En effet, comme nous allons le voir à présent, la protection des droits, du moins celle qui fait appel à la constitution fédérale et à l'intervention des tribunaux fédéraux, a pour effet de contrecarrer certains objectifs poursuivis par le fédéralisme, en entraînant des effets de centralisation des pouvoirs et d'uniformisation des standards juridiques et sociaux. Par conséquent, ceux qui cherchent à protéger ces valeurs sont parfois conduits à plaider pour une application plus mesurée de ces instruments.

II. Les effets de la protection des droits sur le fédéralisme

La protection des droits et libertés par le recours à la constitution fédérale et aux tribunaux a des effets à la fois *centralisateurs* et *uniformisateurs*. Selon les positions de chacun, on pourra estimer un tel résultat souhaitable ou nuisible. Cependant, on devra reconnaître que la centralisation et l'uniformisation vont à l'encontre de certains objectifs traditionnellement poursuivis par l'entremise du fédéralisme : l'autonomie des entités fédérées et la défense de la diversité⁶⁰.

A. Les effets centralisateurs de la protection des droits

Dans la mesure où la protection des droits a des effets centralisateurs, elle contredit évidemment l'un des objectifs du fédéralisme, qui est de décentraliser les pouvoirs pour rapprocher la décision politique des citoyens et augmenter la possibilité pour ces derniers de participer aux décisions qui les concernent. Les effets centralisateurs de la protection des droits prennent principalement trois formes.

⁵⁹ Voir par ex. L.H. Tribe, «Unraveling National League of Cities : The New Federalism and Affirmative Rights to Essential Government Services» (1977) 90 Harv. L. Rev. 1065 ; par une coïncidence qui mérite d'être soulignée, cet article, dans lequel l'auteur exprime la crainte que la protection du fédéralisme ne serve parfois de prétexte pour limiter certains droits, figure dans le numéro de la Harvard Law Review dans lequel on trouve également l'article de Brennan, *supra* note 49, où celui-ci insiste sur les avantages du fédéralisme pour la protection des droits.

⁶⁰ La centralisation consiste en un transfert de pouvoir des organes représentatifs étatiques vers un organe fédéral, en l'occurrence de nature judiciaire ; elle contredit l'autonomie des entités fédérées. L'uniformisation consiste en une imposition, par les tribunaux, de valeurs uniformes qui limitent la capacité des entités fédérées d'adopter des politiques diverses ; elle compromet la diversité fédérale.

1. Transfert d'un certain pouvoir de décision des organes représentatifs fédérés vers les organes judiciaires fédéraux

En premier lieu, la protection des droits par les tribunaux entraîne un transfert du pouvoir de décision sur les questions sociales, économiques et politiques des organes représentatifs vers les organes judiciaires, et plus précisément des organes représentatifs fédérés vers les organes judiciaires fédéraux, la cour suprême fédérale étant l'interprète ultime de la constitution. Il se produit donc un double déficit, le premier en termes de démocratie, le pouvoir passant d'organes sur lesquels les citoyens exercent de l'influence à des organes qui échappent à cette influence, le second en termes de fédéralisme, dans la mesure où le pouvoir passe d'organes fédérés à des organes centraux.

Si les organes judiciaires fédéraux étaient apolitiques, ce déficit en termes de fédéralisme apparaîtrait moins grave, mais ce n'est évidemment pas le cas. On sait qu'en interprétant la constitution, la cour suprême est inévitablement conduite à se prononcer sur des questions politiques et sociales. Or, en tant qu'organe fédéral, la cour suprême est davantage sensible aux priorités et aux préoccupations de la classe politique et des élites fédérales que de celles des entités fédérées. Il existe des liens organiques et institutionnels entre les membres de la cour suprême et les politiciens fédéraux ; les uns et les autres participent à la même culture politique. Ceci est encore plus vrai au Canada qu'aux États-Unis ou dans d'autres fédérations. Les membres de la Cour suprême canadienne sont nommés par le seul gouvernement fédéral, sans véritable influence des provinces, alors qu'aux États-Unis, comme dans la plupart des autres fédérations, les États fédérés exercent une telle influence par l'intermédiaire de la participation du sénat (ou de la chambre fédérale) à la nomination des membres de la cour suprême ou de la cour constitutionnelle.

De fait, un certain nombre d'études montrent que, dans les États fédéraux, les cours suprêmes ou constitutionnelles exercent pratiquement toujours une influence centralisatrice, en favorisant à long terme l'augmentation de la légitimité politique et des pouvoirs du gouvernement national⁶¹.

2. Consolidation de l'identité nationale au détriment de l'identité régionale

En deuxième lieu, la protection des droits par la constitution fédérale et par les tribunaux contribue à créer et à consolider une identité (ou citoyenneté) nationale commune parmi des individus autrement caractérisés par de multiples différences. Cette consolidation de la loyauté et de l'identification à l'égard de l'ensemble national («*nation building*») se fait presque nécessairement au détriment de la loyauté et de l'identification à la communauté régionale ou provinciale. Les systèmes de protection

⁶¹ Voir par ex. A. Bzdra, «Comparative Analysis of Federal High Courts: A Political Theory of Judicial Review» (1993) 26 Can. J. Pol. Sc. 3 ; M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago Press, 1981 à la p. 20.

des droits par la constitution et les tribunaux sont donc de puissants instruments d'unification des mentalités ; celle-ci facilite ensuite le phénomène de centralisation des pouvoirs (qui bien sûr a également d'autres causes, tenant par exemple au fonctionnement d'un marché commun national et à la globalisation). C'est dans cette perspective qu'il existe au Canada (et non seulement au Québec) une opinion assez répandue voulant que l'un des objectifs principaux de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982 était le *nation building*, la mise en place d'une institution qui favoriserait la consolidation de l'identité canadienne et de la légitimité du pouvoir central, et favoriserait donc la centralisation des pouvoirs⁶².

Pour faciliter le recours à la *Charte* constitutionnelle par divers groupes d'intérêt et de pression, existe d'ailleurs un programme fédéral de financement des recours judiciaires ; il est vrai que ceux-ci peuvent être dirigés contre des lois fédérales ou provinciales, mais, le plus souvent, ce sont des mesures provinciales qui sont contestées⁶³. De cette façon, le gouvernement fédéral développe des liens avec certains des groupes les plus actifs sur le plan politique et s'assure leur loyauté. Lorsque surgissent des conflits sur la constitution entre lui et les gouvernements provinciaux, cette loyauté lui restera généralement acquise. Autrement dit, la *Charte canadienne* et le financement des recours permettent aux autorités fédérales de pratiquer une nouvelle forme de clientélisme. Parmi les groupes utilisateurs de la *Charte* («*Charter groups*») on trouve notamment les associations féministes, les associations de défense des minorités linguistiques officielles (la minorité anglophone du Québec et les minorités francophones des autres provinces), les associations de défense des droits des handicapés et les associations de défense des droits des groupes culturels issus de l'immigration⁶⁴.

La mobilisation des *Charter groups* en faveur de la centralisation des pouvoirs s'est fortement manifestée au Canada entre 1987 et 1990, à l'occasion d'une tentative

⁶² Voir par ex. P.H. Russell, «The Political Purposes of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983) 61 R. du B. can. 30 ; A.C. Cairns, *Charter versus Federalism*, Montréal et Kingston (Ont.), McGill-Queen's University Press, 1992. Ce même rôle de la constitution comme instrument de création d'une identité nationale a été également souligné aux États-Unis ; voir par ex. «Secure or Undermine Rights?», *supra* note 15 à la p. 23 : «It is plausible to argue that, rather than the American nation's creating the Constitution, the Constitution created the nation».

⁶³ Créé en 1978 pour soutenir les minorités linguistiques officielles, le programme a été élargi aux femmes, aux minorités visibles, aux peuples autochtones et aux personnes handicapées en 1985, trois ans après l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*. Aboli pour des raisons financières en 1992 par le gouvernement du Parti progressiste-conservateur, il a été rétabli par le gouvernement du Parti libéral en 1994.

⁶⁴ Voir R. Knopff, «Populism and the Politics of Rights: The Dual Attack on Representative Democracy» (1998) 31 Can. J. Pol. Sc. 683 ; R. Knopff et F.L. Morton, *Charter Politics*, Scarborough (Ont.), Nelson, 1992 ; F.L. Morton, «The Effects of the Charter of Rights on Canadian Federalism» (1995) 25:3 *Publius* 173 [ci-après «Effects of the Charter»] ; plus généralement, sur le recours aux tribunaux par les groupes de pression et d'intérêt, voir G. Hein, *Interest Group Litigation and Canadian Democracy*, Montréal, Institut de recherches en politiques publiques, 2000 (collection *Choices* (2000) 6:2).

de réforme constitutionnelle (l'Accord du lac Meech) qui avait un certain contenu décentralisateur. Ces groupes se sont vigoureusement opposés à cette réforme, qui avait pourtant l'appui du gouvernement fédéral de l'époque, parce qu'ils craignaient qu'en perdant une certaine influence, ce dernier soit à l'avenir moins bien placé pour les appuyer dans leurs revendications. À cette occasion, les groupes utilisateurs de la *Charte* se sont donc montrés plus centralisateurs que le gouvernement fédéral lui-même⁶⁵.

En résumé, le système de protection des droits fondé sur la constitution fédérale et l'intervention des tribunaux crée une culture et des pratiques politiques favorables à l'augmentation des pouvoirs fédéraux au détriment de ceux des entités fédérées.

3. La mise en œuvre des droits économiques et sociaux comme justification de l'intervention des autorités fédérales dans certains domaines relevant des entités fédérées

En troisième lieu, aux États-Unis et au Canada, la mise en œuvre des droits économiques et sociaux (droit à la santé, aux services sociaux et à l'éducation principalement), si elle ne dépend pas, ou très peu, des tribunaux, sert par contre de justification à l'intervention des autorités politiques fédérales dans des domaines (éducation, santé, affaires sociales) qui relèvent normalement de la compétence des entités fédérées. L'intervention fédérale, qui a évidemment des conséquences centralisatrices, est présentée comme nécessaire pour procéder à la redistribution des ressources entre régions plus et moins riches et pour assurer une certaine uniformité dans la façon dont les prestations sociales sont prises en charge par les diverses entités fédérées⁶⁶.

Il faut souligner que, même si les droits économiques et sociaux ne sont garantis formellement ni dans la constitution canadienne, ni dans celle des États-Unis, la nécessité de les mettre en œuvre de façon efficace et uniforme n'en est pas moins un argument invoqué dans le discours politique pour justifier le rôle redistributeur et harmonisateur des autorités fédérales. Celui-ci est ainsi inséré dans la rhétorique des droits ; le discours des droits, développé pour les droits civils individuels, est transposé au domaine des droits sociaux collectifs et de la redistribution, du plan judiciaire au plan politique, pour fonder l'intervention des organes fédéraux législatifs et exécutifs.

Le vecteur de l'intervention fédérale est le «pouvoir de dépenser», qui désigne la capacité des autorités fédérales d'affecter leurs ressources financières à des objectifs qui relèvent de la compétence exclusive des entités fédérées⁶⁷. Ces subventions fédé-

⁶⁵ Sur l'opposition des *Charter groups* à l'Accord du lac Meech, voir J. Woehrling, «A Critique of the Distinct Society Clause's Critics» dans M.D. Behiels, dir., *The Meech Lake Primer. Conflicting Views of the 1987 Constitutional Accord*, Ottawa, University of Ottawa Press, 1989, 171 à la p. 183 et s.

⁶⁶ Pour la situation aux États-Unis, voir Stewart, *supra* note 12 à la p. 936 et s.

⁶⁷ Au Canada, l'ensemble des programmes sociaux relevant de la compétence législative des provinces, mais financés en partie par Ottawa grâce à son pouvoir de dépenser, est désigné par les autorités fédérales, depuis quelques années, comme l'«Union sociale canadienne».

rales sont généralement conditionnelles au respect de certaines normes nationales, élaborées par le gouvernement central, ce qui les distingue des paiements de péréquation, qui sont inconditionnels⁶⁸. Il est évidemment très difficile pour les entités fédérées de refuser de telles subventions. Pourtant, en les acceptant, elles doivent se plier aux normes fédérales dans l'exercice des compétences que la constitution leur attribue de façon exclusive. En outre, dans la mesure où il s'agit souvent de programmes à frais partagés, le fait d'y participer leur impose des priorités budgétaires qu'elles n'ont pas choisies. Par ailleurs, elles risquent, au bout d'une certaine période, de voir le pouvoir fédéral se retirer unilatéralement du programme, ou diminuer sa participation, à un moment où il n'est plus politiquement possible de le supprimer. Une critique supplémentaire contre ce système est qu'il brouille l'imputabilité des décisions budgétaires et politiques ; les vraies décisions ne sont plus prises par les autorités politiques locales qui répondent aux électeurs⁶⁹.

Ici, par conséquent, le problème vient de l'opposition entre la protection de l'autonomie des entités fédérées et la nécessité qui est ressentie de mettre en place ou de consolider des programmes nationaux de solidarité et de protection sociales.

B. Les effets uniformisateurs de la protection des droits

Un des objectifs du fédéralisme est de sauvegarder et de favoriser la diversité juridique, sociale et culturelle. L'autonomie des entités fédérées doit leur permettre, dans leurs domaines de compétence, de multiplier les solutions diverses aux problèmes posés à la société en tenant compte des valeurs culturelles propres à chaque collectivité politique régionale. Or, la protection des droits par les instruments constitutionnels et par les tribunaux a des effets uniformisateurs qui viennent contrecarrer la diversité politique, culturelle et sociale. La principale cause de cet effet d'uniformisation tient à la conception même de la nature des droits. L'uniformisation se manifeste par certaines conséquences juridiques et politiques, et peut être atténuée, mais en partie seulement, par le recours à certaines techniques juridiques.

⁶⁸ Le but du système de la péréquation est de permettre à toutes les provinces d'assurer à leurs citoyens les services publics à un niveau considéré comme normal, sans que les provinces moins nanties n'aient à imposer à cette fin des impôts trop élevés. À l'heure actuelle, sept provinces sur dix reçoivent des paiements de péréquation, les trois autres étant l'Ontario, l'Alberta et la Colombie-Britannique. Le principe de la péréquation a été inscrit à l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *supra* note 10, dans des termes qui sont cependant trop vagues et trop politiques pour que cette disposition puisse avoir des effets juridiques véritablement contraignants pour les pouvoirs publics. Aux États-Unis, la péréquation inconditionnelle est moins développée qu'au Canada.

⁶⁹ De façon positive, les programmes fédéraux, tant au Canada qu'aux États-Unis, ont indéniablement contribué à établir plus de justice économique et sociale ; mais, de façon négative, l'intervention fédérale a réduit la décentralisation, la diversité et l'autonomie locale, tout en produisant des programmes dont certains sont désormais considérés comme des exemples de centralisation dysfonctionnelle.

1. La cause de l'effet uniformisateur de la protection des droits : la conception transcendante et pré-politique des droits

La cause fondamentale de l'effet uniformisateur des droits et libertés est la façon dont on conçoit généralement leur nature philosophique ; ils sont en effet considérés comme universels et transcendants (pré-politiques), surtout lorsqu'il s'agit des droits individuels libéraux. Le concept même de droits «fondamentaux» implique que les droits doivent s'appliquer de la même façon à tous. Ainsi conçus, ils exigent donc une application uniforme et ne tolèrent pas — ou très peu — les variations dans l'espace ; toute variation serait considérée comme une forme inacceptable de «relativisme»⁷⁰.

Cette vision absolutiste et transcendante ne correspond cependant qu'à un aspect de la nature réelle des droits de l'homme. À certains égards, ceux-ci devraient effectivement ne souffrir aucune relativisation ; par exemple, on conçoit mal que la protection contre la torture ou l'interdiction de la discrimination raciale puisse faire l'objet d'exceptions ou d'atténuations. Mais sous d'autres aspects, les droits de l'homme sont nécessairement le résultat d'une pesée des intérêts, d'un aménagement forcément contingent et qui peut légitimement varier d'une époque et d'un pays à l'autre. Par exemple, la retraite obligatoire constitue une forme de discrimination fondée sur l'âge. Certaines provinces canadiennes la permettent, d'autres l'ont supprimée. Faudrait-il imposer une solution uniforme, sous prétexte que le droit à l'égalité sans distinction fondée sur l'âge est un droit universel et absolu ? En réalité, cette question se-

⁷⁰ Voir «Secure or Undermine Rights?», *supra* note 15 aux pp. 22-23 : «The idea of justice connotes consistency in the law, the notion that all citizens should enjoy the same rights [...] Proponents of federalism who suppose that rights should be permitted to vary among the units of a federal system must be prepared to reckon with the power of this concept of justice» ; voir aussi G.J. Jacobsohn, «Contemporary Constitutional Theory, Federalism, and the Protection of Rights» dans Katz et Tarr, *supra* note 1, 29 à la p. 36 : «What counts as fundamental rights may differ, and what is deemed the appropriate agent for enforcement of rights may also differ. But to the extent that our rights are portrayed in transcendent, universal terms, they demand a consistency that can only be satisfied by constitutional nationalism». Cette tension entre l'universalisme inhérent aux droits de l'homme et l'existence de régimes d'autonomie locale susceptibles d'entraîner des variations spatiales dans le régime des droits se manifeste également en France. Ainsi, le professeur Louis Favoreu écrit ce qui suit à propos de l'attitude adoptée par le juge constitutionnel français en ce qui concerne les rapports entre le principe d'égalité et les systèmes d'autonomie locale : «S'agissant en effet du respect des droits fondamentaux, il apparaît qu'il est difficile que ces droits ne soient pas appliqués de la même manière sur l'ensemble du territoire étatique. Et normalement le principe d'égalité intervient ici pour requérir cette application sinon uniforme, du moins largement semblable» ; L. Favoreu, «Le principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle en France» dans A. de Mestral *et al.*, dir., *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1986, 289 à la p. 316. En effet, le Conseil constitutionnel français considère que les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ne sauraient faire l'objet de variations spatiales : elles doivent être identiques sur l'ensemble du territoire français ; voir par ex. Cons. constitutionnel, 18 janvier 1985, *Loi modifiant et complétant la loi n° 83-663 du 22 juillet 1983 et portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. 1985 36, 84-185 DC.

ra réglée principalement comme un problème de justice sociale, plutôt que comme un problème de droits individuels. Dans une décision de 1995, la Cour suprême a validé la politique d'une université imposant la retraite obligatoire à ses professeurs ainsi qu'une loi ontarienne permettant expressément ce genre de politique ; elle a rejeté l'argument voulant que cette loi doive être considérée comme déraisonnable simplement parce que l'on pouvait démontrer que d'autres provinces (notamment le Québec) avaient aboli la retraite obligatoire des professeurs⁷¹.

En outre, les droits des uns et des autres ne peuvent pas tous s'appliquer de façon absolue car, pour être compatibles, il est nécessaire qu'on leur apporte des limites réciproques. Un exemple classique est celui de la liberté de presse, qui empiéterait sur le droit à la vie privée si on ne lui imposait aucune limite. La question devient donc de savoir si les limites respectives de ces deux droits peuvent être aménagées différemment dans diverses sociétés (d'une province canadienne ou d'un État fédéré américain à l'autre) ou s'il faut nécessairement une solution unique, qui serait la seule bonne (dans ce cas, il faut une solution canadienne ou américaine unique).

On aperçoit donc que, sous l'angle du problème de l'uniformité et de la diversité, les rapports entre fédéralisme et droits peuvent être conçus de deux façons différentes, selon la manière dont on conçoit la nature des droits. Si on tend à définir les droits comme le résultat d'un équilibre des intérêts effectué dans un contexte social et politique concret, principalement par l'intermédiaire du processus démocratique, la possibilité d'ajuster les solutions à chaque contexte particulier apparaîtra comme un

⁷¹ Voir *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 76 D.L.R. (4^e) 545 [renvois aux R.C.S.]. Dans cette décision, la Cour suprême a majoritairement reconnu que le *Code des droits de la personne de l'Ontario*, L.O. 1981, c. 53, pouvait valablement permettre aux employeurs privés de la province de conclure avec leurs employés des contrats de travail ou des conventions collectives prévoyant la retraite obligatoire à 65 ans, même s'il existait trois provinces (le Nouveau-Brunswick, le Québec et le Manitoba) où le législateur provincial avait supprimé la retraite obligatoire sans effets néfastes apparents et qu'il en était de même pour l'État américain du Maine. Les appelants avaient beaucoup insisté sur ce fait pour démontrer le caractère déraisonnable de la loi ontarienne. Le juge La Forest a répondu ainsi à cet argument : «Le fait que d'autres ressorts aient adopté un point de vue différent prouve seulement que leurs législatures ont adopté un processus d'évaluation différent à l'égard d'un ensemble de valeurs concurrentes complexes» (à la p. 314). Quant au juge Sopinka, il s'est exprimé de la façon suivante (à la p. 446) :

La situation qui prévaut au pays, en l'absence d'une décision de notre Cour que la retraite obligatoire est constitutionnellement inacceptable, est la suivante. Le gouvernement fédéral et plusieurs provinces ont légiféré contre celle-ci. D'autres ont refusé de le faire. Ces décisions ont été prises au moyen du processus démocratique habituel et, de toute évidence, ce processus va se poursuivre à moins qu'une décision de notre Cour n'y mette fin. [...] Une décision portant que la retraite obligatoire est inconstitutionnelle imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la préssence du droit.

avantage⁷². Le fédéralisme et l'autonomie régionale favorisent ce genre de diversité. Si on tend à définir les droits comme des universaux intangibles, ils demanderont une application uniforme par les tribunaux. Le fédéralisme et la décentralisation apparaîtront alors comme une gêne, puisqu'ils entraînent nécessairement une multiplicité de régimes juridiques et, par conséquent, un fractionnement du régime des droits.

La tendance actuelle semble être de considérer tous les droits comme absolus et intangibles et, par conséquent, de voir le fédéralisme et la décentralisation comme opposés à leur réalisation. Ce phénomène est amplifié par une certaine «rhétorique» des droits, propre à notre époque : toutes les revendications sociales, même les plus sectorielles et les plus intéressées, sont exprimées dans le langage des droits, parce que cet habillage leur confère un attrait, une légitimité qu'elles n'auraient pas toujours autrement.

2. Les formes juridiques et politiques prises par l'effet uniformisateur de la protection des droits

Sur le plan juridique, l'effet uniformisateur de la protection des droits prend des formes bien connues au Canada et aux États-Unis. Les tribunaux, en particulier la

⁷² Voir Jacobsohn, *supra* note 70 aux pp. 42-44. L'idée que les droits résultent d'un équilibre des divers intérêts en présence dans la société, effectué par l'intermédiaire du processus politique, est présente dans la formulation de la disposition limitative de la *Charte québécoise*, *supra* note 32, contenue dans l'article 9.1 de celle-ci : «Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice». Par contre, la disposition limitative de la *Charte canadienne*, *supra* note 10, contenue dans l'article 1 de celle-ci, correspond davantage à une conception des droits comme préexistant à l'intervention du législateur, celle-ci venant fatalement les restreindre et les limiter, plutôt que d'en aménager l'exercice («La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»). Malgré ces différences dans l'esprit et dans la lettre des deux dispositions, la Cour suprême a jugé que l'article 9.1 de la *Charte québécoise* devait être mis en œuvre selon les mêmes critères que l'article 1 de la *Charte canadienne* : *Ford c. Québec (P.G.)*, *supra* note 32 aux pp. 770-71. De façon plus générale, on peut souligner que la *Charte québécoise* transfère moins d'autorité au pouvoir judiciaire que la *Charte canadienne*. En effet, de nombreux droits n'y sont garantis que dans la mesure prévue par la loi ou avec des dispositions limitatives discrétionnaires, ce qui signifie que le législateur peut les aménager ou les limiter sans avoir à se justifier devant le pouvoir judiciaire. Autrement dit, la *Charte québécoise* maintient davantage le pouvoir de décision entre les mains du corps politique élu que la *Charte canadienne*, qui le transfère de façon plus considérable au pouvoir judiciaire. La première donne plus d'importance à la version *délibérative* du libéralisme, la seconde à sa version *procédurale*, selon la distinction faite par le philosophe Charles Taylor ; voir entre autres C. Taylor, «The Politics of Recognition» dans A. Gutmann, dir., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1994, 25, en particulier à la p. 51 et s.

cour suprême, imposent aux entités fédérées des normes et des standards uniformes qui limitent leur capacité de choix dans l'exercice de leurs compétences constitutionnelles⁷¹.

Chaque fois qu'une certaine solution législative est déclarée inconstitutionnelle dans un État fédéré, elle devient automatiquement interdite pour les autres États ; on peut alors parler d'une norme uniforme *négative*. Par exemple, au Canada, à la suite d'une décision invalidant l'exigence de la nationalité canadienne pour l'accès à la profession d'avocat en Colombie-Britannique⁷⁴, toutes les provinces ont modifié leurs lois pour les rendre conformes à la décision⁷⁵.

L'uniformisation peut également prendre des formes plus envahissantes. On sait que les cours suprêmes et constitutionnelles rédigent souvent des jugements dits «constructifs», dans lesquels elles indiquent avec beaucoup de détails comment le législateur doit corriger sa loi pour la rendre conforme à la constitution. Parfois, la cour va jusqu'à rédiger elle-même le nouveau régime législatif. Elle se trouve alors à imposer une norme uniforme *positive*, parfois dans les moindres détails, à toutes les entités fédérées. C'est ce qui s'est passé, par exemple, aux États-Unis, en matière d'avortement, avec la célèbre décision *Roe c. Wade*⁷⁶ de 1973. La Cour suprême a imposé aux cinquante États américains un régime législatif détaillé. Ce faisant, elle invalidait, directement ou indirectement, les lois en vigueur dans plus de quarante États⁷⁷. Au Canada, la Cour suprême, en se fondant sur l'interdiction de la discrimination basée sur le handicap, a indiqué quels types de services de traduction gestuelle un

⁷³ Sur cet aspect, voir J. Woehrling, «Le principe d'égalité, le système fédéral canadien et le caractère distinct du Québec» dans P. Patenaude, dir., *Québec-Communauté française de Belgique: Autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991, 119.

⁷⁴ Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 56 D.L.R. (4^e) 1.

⁷⁵ Comme autres exemples de décisions de la Cour suprême imposant aux provinces une norme uniforme négative, on peut mentionner *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 64 D.L.R. (4^e) 577 (les provinces ne peuvent interdire la publication de certains renseignements au cours d'instances matrimoniales) ; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, 58 D.L.R. (4^e) 317 (les provinces ne peuvent interdire les cabinets d'avocats multiprovinciaux) ; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, 71 D.L.R. (4^e) 68 (les provinces ne peuvent interdire la publicité professionnelle des dentistes).

⁷⁶ 410 U.S. 113 (1973) ; voir aussi *Doe c. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973).

⁷⁷ Par contre, au Canada, dans la mesure où les dispositions de l'article 251 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui interdisaient les avortements autres que thérapeutiques, ont été invalidées par la Cour suprême dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 44 D.L.R. (4^e) 385, et n'ont pas été remplacées par le parlement canadien (le nouveau texte présenté par le gouvernement, le projet de loi C-43, qui faisait l'objet d'un vote libre, a été rejeté sur division des votes au Sénat le 31 janvier 1991), l'avortement se trouvait entièrement dépénalisé, ce qui permettait aux provinces de légiférer sur cette question en vertu de leur compétence en matière de santé publique. Par conséquent, le régime fédéral unique qui existait en vertu du *Code criminel* a fait place à des régimes provinciaux divers. Ici, par conséquent, l'intervention judiciaire a favorisé la diversité plutôt que l'uniformité parce que, contrairement aux États-Unis où elle relève des États fédérés, la compétence législative en matière de droit criminel appartient à l'État central canadien.

hôpital de la Colombie-Britannique devait offrir aux personnes malentendantes⁷⁸. De telles normes valent évidemment aussi pour les autres provinces. On pourrait sans difficulté ajouter d'autres exemples canadiens et américains⁷⁹. Dans tous ces cas, une solution législative uniforme est imposée, de façon parfois détaillée, par la cour suprême fédérale aux États membres, dans des domaines où était auparavant possible une diversité des politiques.

On peut également souligner que le critère de «l'atteinte minimale», retenu dans l'arrêt *Oakes*⁸⁰ pour mettre en œuvre la clause limitative de l'article 1 de la *Charte canadienne*, pourrait avoir pour effet, s'il était appliqué de façon rigoureuse et systématique, de limiter considérablement la latitude dont jouissent les différentes législatures provinciales dans l'exercice de leurs compétences constitutionnelles. En effet, si une loi provinciale restreint un droit ou une liberté garanti par la *Charte*, il devrait logiquement suffire de démontrer qu'il existe une seule autre province où le législateur

⁷⁸ Voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624, 151 D.L.R. (4^e) 577.

⁷⁹ Pour d'autres exemples de décisions imposant aux provinces une norme uniforme positive, plus ou moins précise, voir *Libman c. Québec (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 569, 151 D.L.R. (4^e) 385, où la Cour suprême, dans un jugement visant le Québec, a invalidé une loi qui fixait le maximum de la contribution financière pour un individu, dans le cadre d'une campagne référendaire, à 600 dollars, en indiquant qu'un montant de 1000 dollars serait constitutionnel ; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard* ; *Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, (sub nom. *Reference re : Public Sector Pay Reduction Act (P.E.I.)*, s. 10) 150 D.L.R. (4^e) 577, où la Cour impose aux provinces un processus déterminé de fixation de la rémunération des juges des cours provinciales ; *Vriend*, supra note 42, où la Cour suprême oblige les provinces qui ne l'avaient pas encore fait à inclure dans leur loi sur les droits de la personne l'orientation sexuelle comme motif prohibé de discrimination (peu de temps après, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve ont effectivement modifié leur loi respective pour se conformer à l'arrêt). Dans cette décision, la Cour a senti le besoin de se défendre contre l'argument voulant qu'une telle attitude finirait par faire des lois provinciales le simple «reflet» de la *Charte canadienne* (ce qui leur enlèverait leur originalité et empêcherait les législateurs provinciaux d'innover ou d'expérimenter dans le domaine) ; elle a souligné que l'absence, dans une loi provinciale, d'un motif de discrimination prohibé par la *Charte canadienne* ne la conduirait pas nécessairement à adopter la même position que dans *Vriend* (c'est-à-dire à ajouter le motif en cause par reformulation judiciaire de la loi provinciale), si l'absence de ce motif pouvait être considérée comme raisonnable et justifiable au regard de l'article premier de la *Charte canadienne* (aux para. 105-106). Une telle hypothèse semble cependant peu vraisemblable...

⁸⁰ Voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 à la p. 139, 26 D.L.R. (4^e) 200 [ci-après *Oakes* avec renvois aux R.C.S.], juge en chef Dickson :

À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question [...].

parvient au même but par des moyens moins restrictifs pour que la loi contestée doive être déclarée invalide, puisqu'elle ne satisfait pas le test de l'atteinte minimale. Toutes les provinces seraient par conséquent obligées d'adopter la politique qui, d'après les tribunaux, correspond à l'atteinte minimale. Autrement dit, si on l'appliquait de façon rigoureuse, le critère de l'atteinte minimale se révélerait incompatible avec la diversité juridique que suppose le système fédéral. C'est probablement une des raisons pour lesquelles ce critère a été nettement atténué par la suite, à partir de l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art*⁸¹, une décision postérieure d'à peine six mois à l'arrêt *Oakes*.

L'effet uniformisateur peut même jouer lorsque ceux qui contestent une politique législative perdent leur cause, les tribunaux en reconnaissant la validité constitutionnelle. Par exemple, il y a une dizaine d'années, la question de l'ouverture des commerces le dimanche était réglée différemment d'une province canadienne à l'autre. En général, les activités commerciales étaient prohibées le dimanche et certains autres jours fériés. Cette prohibition était assortie de diverses exemptions plus ou moins larges selon les provinces, bénéficiant aux commerçants qui, pour des raisons religieuses, avaient fermé leur commerce un autre jour de la semaine (dans certaines provinces, comme l'Ontario, le samedi uniquement ; tous les jours de la semaine dans d'autres provinces) et qui, dès lors, étaient autorisés à ouvrir le dimanche. La loi ontarienne a été contestée, mais jugée valide. La Cour suprême a déclaré qu'elle entraînait une restriction de la liberté de religion pour ceux dont la croyance les obligeait à fermer leur commerce un jour autre que le dimanche et qui ne bénéficiaient pas de l'exemption du samedi (parce qu'ils étaient pénalisés sur le plan économique). Mais elle a également jugé que cette restriction était raisonnable, car justifiée par l'objectif de faire en sorte que le jour de repos hebdomadaire des employés de commerce soit le même pour le plus grand nombre possible de personnes⁸². Dans une opinion dissidente, un membre de la Cour a déclaré que l'exemption sabbatique ontarienne était trop restrictive⁸³. Les groupes de pression qui voulaient obtenir le droit d'ouvrir les magasins le dimanche ont utilisé la partie de la décision qualifiant la loi d'atteinte à la liberté de religion pour attaquer sa légitimité dans l'opinion publique ; la partie du jugement déclarant cette atteinte justifiable étant beaucoup plus complexe, elle a été moins expliquée au public par les médias d'information. En outre, les commerçants

⁸¹ Voir *R. c. Edwards Books and Art*, [1986] 2 R.C.S. 713, (*sub nom. R. c. Nortown Foods*) 35 D.L.R. (4^e) 1 [renvois aux R.C.S.] : la majorité reformule le critère de l'atteinte minimale comme exigeant que la mesure contestée restreigne les droits «aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire» (à la p. 772, juge en chef Dickson) ; le juge La Forest a rédigé une opinion concurrente, dans laquelle figure le passage suivant (à la p. 795) : «[e]n cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manoeuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte». L'attitude adoptée par la majorité dans l'affaire *R. c. Edwards Books and Art* a été confirmée dans de nombreuses décisions postérieures.

⁸² Voir *ibid.*

⁸³ Voir *ibid.* à la p. 807 et s., juge Wilson.

adeptes de religions ayant un jour férié autre que le dimanche et le samedi ont revendiqué l'élargissement de l'exemption sabbatique à tous les jours de la semaine. Pour éviter de nouvelles contestations, le gouvernement de l'Ontario leur a donné satisfaction en modifiant sa loi pour l'aligner sur celles des provinces où des exemptions sabbatiques plus larges étaient prévues⁸⁴. L'effet net est une uniformisation des lois provinciales dans ce domaine.

Enfin, l'effet d'uniformisation peut même jouer sans aucune intervention des tribunaux, par une autocensure des autorités provinciales, qui ajustent leurs politiques aux droits et libertés de façon anticipée et préventive. Des études effectuées au Canada montrent en effet que, lors de l'étape de préparation des lois et des règlements, des projets sont abandonnés ou modifiés simplement parce que l'on estime qu'il y a des risques qu'ils soient considérés comme incompatibles avec les droits et libertés⁸⁵. Il semble que certains ministères soumettent même d'avance leurs projets aux avocats des groupes de pression susceptibles de les contester une fois qu'ils seront adoptés⁸⁶. Comme ce genre de contrôle préliminaire fait l'objet d'échanges entre fonctionnaires de diverses provinces, l'autocensure qu'il provoque est également uniformisante.

Une dernière remarque. L'effet uniformisateur de la protection des droits par la constitution fédérale a des effets qui dépendent évidemment du partage des pouvoirs existant à l'origine. Aux États-Unis, un des domaines où cette uniformisation a le plus joué est celui du droit criminel, parce qu'il appartient aux États membres. Il faut d'ailleurs ajouter que la «nationalisation» du droit criminel américain par la Cour suprême est généralement considérée comme un phénomène positif, même par ceux qui

⁸⁴ Voir «Effects of the Charter», *supra* note 64 aux pp. 176-77.

⁸⁵ Voir P.J. Monahan et M. Finkelstein, «The Charter of Rights and Public Policy in Canada» (1992) 30 Osgoode Hall L.J. 501 ; voir aussi P.J. Monahan et M. Finkelstein, dir., *The Impact of the Charter on the Public Policy Process*, North York (Ont.), York University Centre for Public Law and Public Policy, 1993. Au niveau fédéral canadien, l'article 4 de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.C. 1985, c. J-2, prévoit que le ministre de la Justice doit certifier que les projets de loi d'initiative gouvernementale ont été évalués du point de vue de leur conformité avec la *Charte canadienne des droits et libertés* ; si une incompatibilité est identifiée, elle doit faire l'objet d'un rapport au parlement. À ce jour, aucun projet de loi n'a fait l'objet d'un tel avis. Une auteure qui a étudié la pratique de l'examen des projets de loi à l'intérieur du ministère fédéral de la Justice commente ainsi ce fait : J. Hiebert, *Des droits à interpréter : les juges, le Parlement et l'élaboration des politiques publiques*, Montréal, Institut de recherches en politiques publiques, 1999 (collection *Choix* (1999) 5:3) à la p. 9 [ci-après *Des droits à interpréter*]:

[U]ne tradition est en train de s'établir, qui veut qu'aucun rapport ne soit fait. C'est pourquoi l'on préfère en général que le gouvernement ne pousse pas plus loin un projet de loi qui, en raison d'une contradiction manifeste avec la Charte, exigerait du ministre de la Justice un rapport au Parlement ; avant d'atteindre ce stade, un tel projet doit être amendé ou rejeté.

Pour la situation aux États-Unis, voir M. Tushnet, «Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty» (1995) 94 Mich. L. Rev. 245.

⁸⁶ Voir «Effects of the Charter», *supra* note 64 à la p. 177.

sont plutôt en faveur des droits des États. La raison en est que la protection étatique des droits des accusés et des inculpés était nettement déficiente dans certains cas. Par contre, au Canada, l'État fédéral est compétent en matière de droit criminel, si bien qu'il n'y a pas eu d'effet uniformisateur dans ce domaine, ou un effet beaucoup moindre⁸⁷.

⁸⁷ Étant donné l'enchevêtrement de la compétence fédérale sur le droit criminel et de la compétence provinciale sur l'administration de la justice, et le fait que l'application du *Code criminel* relève à plusieurs points de vue des autorités administratives et judiciaires provinciales, un certain effet uniformisateur résulte néanmoins de la mise en œuvre des garanties juridiques contenues dans la *Charte canadienne*. Mais on reste loin du phénomène américain de nationalisation du droit criminel étatique. Cela fait sans doute partie des raisons qui expliquent pourquoi certains auteurs canadiens tendent à minimiser les effets d'uniformisation entraînés par la *Charte canadienne* sur la législation provinciale ; voir par ex. J.L. Hiebert, *Limiting Rights. The Dilemma of Judicial Review*, Montreal et Kingston (Ont.), McGill-Queen's University Press, 1996 à la p. 126 et s. Un décompte statistique des décisions validant ou invalidant des lois provinciales n'est pas suffisant ; il faut également tenir compte des effets de la *Charte* «en amont» (lors de la préparation des projets de loi et de règlement), ou de ceux qu'elle exerce en permettant à certains groupes de pression de délégitimer des lois dans l'opinion publique et d'obtenir ainsi leur modification par le législateur, même dans les cas où ces groupes ont échoué dans leur tentative de faire déclarer les lois en question inconstitutionnelles en se fondant sur la *Charte* (comme par exemple dans le cas de la loi ontarienne sur la fermeture des commerces le dimanche ; voir le texte correspondant aux notes 82-84). Sur un plan purement statistique, depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, la Cour suprême a invalidé davantage de mesures législatives fédérales que de mesures provinciales. Cependant, un examen plus attentif montre que l'impact sur la législation provinciale est plus important qu'il n'y paraît. La grande majorité des mesures fédérales incriminées étaient des dispositions pénales de nature procédurale, que le parlement canadien a généralement pu corriger sans difficulté (une importante exception est l'article du *Code criminel* qui pénalisait l'avortement et que le parlement n'a pu remplacer parce que le nouveau texte a été rejeté sur division des voix au Sénat ; voir *supra* note 77). Par conséquent, quelques exceptions mises à part, les décisions de la Cour n'ont guère heurté les choix politiques du législateur fédéral. Par contre, les mesures provinciales invalidées par la Cour suprême traduisaient souvent des choix politiques de fond adoptés récemment et dont, par conséquent, l'invalidation par la Cour suprême a été plus durement ressentie par les politiciens provinciaux même si, là encore, beaucoup de textes invalidés ont pu être réadoptés avec des corrections relativement mineures. Pour une analyse quantitative des décisions de la Cour suprême dans le contentieux des droits et libertés, voir notamment F.L. Morton, P.H. Russell et T. Riddell, «The Canadian Charter of Rights and Freedoms: A Descriptive Analysis of the First Decade, 1982-1992» (1995) 5 N.J.C.L. 1 ; F.L. Morton, P.H. Russell et M.J. Withey, «The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis» (1992) 30 Osgoode Hall L.J. 1 ; J.B. Kelly, «The Charter of Rights and Freedoms and the Rebalancing of Liberal Constitutionalism in Canada» (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 625 ; pour des études sur l'impact général de la *Charte*, voir D. Schneiderman et K. Sutherland, dir., *Charting the Consequences. The Impact of Charter Rights on Canadian Law and Politics*, Toronto, University of Toronto Press, 1997. Sur la capacité des législateurs, fédéral et provinciaux, de réadopter, avec des modifications plus ou moins importantes, les mesures invalidées par les tribunaux sur la base de la *Charte*, voir P.W. Hogg et A.A. Bushell, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997) 35 Osgoode Hall L.J. 75 ; C.P. Manfredi et J.B. Kelly, «Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell» (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 513 ; P.W. Hogg et A.A. Thornton, «Reply to "Six Degrees of Dialogue"» (1999) 37 Osgoode Hall L.J. 529 ; *Des droits à interpréter*, *supra* note 85 à la p. 11 et s.

3. Les moyens permettant d'atténuer les effets uniformisateurs de la protection des droits

On constate que les tribunaux sont conscients de l'effet uniformisateur de la protection des droits et libertés et qu'ils cherchent parfois à l'atténuer pour sauvegarder les valeurs du fédéralisme. Ainsi, la Cour suprême du Canada a très tôt reconnu que les disparités de traitement créées par le simple fait que les provinces adoptent des politiques différentes dans les domaines dont la constitution leur attribue la responsabilité ne sauraient être considérées comme contraires au droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne*, à défaut de quoi il faudrait purement et simplement abolir l'autonomie provinciale et remplacer le système fédéral par une structure unitaire⁸⁸.

D'autre part, la Cour a également admis que les disparités géographiques dans l'application d'une loi fédérale, d'une province à l'autre, n'étaient pas nécessairement incompatibles avec le droit à l'égalité, en particulier lorsqu'elles sont justifiées par l'enchevêtrement qui existe, dans certains domaines, entre les compétences fédérales et provinciales, ce qui conduit le législateur fédéral à devoir tenir compte de facteurs qui dépendent de la volonté des autorités provinciales. Il en va notamment ainsi, au Canada, pour l'application du *Code criminel*, une loi fédérale dont la mise en œuvre relève, à plusieurs points de vue, des autorités administratives et judiciaires provinciales⁸⁹.

⁸⁸ Voir en particulier *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254 à la p. 288, 110 N.R. 321, 57 C.C.C. (3^e) 115 [renvois aux R.C.S.], où le juge en chef Dickson s'exprime de la façon suivante :

Non seulement le partage des compétences permet un traitement différent selon la province de résidence, mais il autorise et encourage des distinctions d'ordre géographique. Il ne fait donc aucun doute que le traitement inégal qui résulte uniquement de l'exercice par les législateurs provinciaux de leurs compétences légitimes ne saurait, du seul fait qu'il crée des distinctions fondées sur la province de résidence, être attaqué sur le fondement du par. 15(1).

⁸⁹ Voir *ibid.* Le juge en chef Dickson s'est exprimé comme suit sur cette question, aux pp. 289-92 :

[I]l faut se rappeler que des différences dans l'application d'une loi fédérale peuvent représenter un moyen légitime de promouvoir les valeurs d'un système fédéral. De fait, dans le contexte de l'administration du droit criminel, les différences d'application sont favorisées par les par. 91(27) et 91(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [qui attribuent, le premier, la compétence sur «le droit criminel [...]» au Parlement fédéral et, le deuxième, la compétence sur «l'administration de la justice» aux législatures provinciales]. Le droit criminel et son application sont un domaine dans lequel un équilibre a pu être établi entre les intérêts nationaux et les préoccupations locales grâce à une structure constitutionnelle qui permet et encourage à la fois une collaboration du fédéral et des provinces. [...] Des différences d'application de la loi qui résultent d'une collaboration entre le fédéral et les provinces constitue[nt] un moyen légitime grâce auquel, dans le cas de questions qui ne se prêtent pas facilement à la catégorisation ou qui ne peuvent facilement être réglées par un seul palier de gouvernement, les gouvernements peuvent surmonter le problème de la rigidité des «cloisons étanches» créées par le partage des compétences.

En troisième lieu, le simple fait d'adopter une interprétation moins exigeante d'un droit laisse davantage de marge de manœuvre dans les modalités d'aménagement de celui-ci. Par exemple, on pourrait admettre que la clause de non-établissement des religions du Premier amendement américain puisse être respectée soit par l'absence totale de soutien étatique aux religions, soit par un soutien parfaitement égal à toutes les religions. Si cette interprétation était retenue, les États américains auraient le choix entre deux politiques qui respectent la constitution ; une certaine diversité continuerait d'être possible. Si, par contre, on interprète le Premier amendement comme exigeant dans tous les cas l'absence totale de soutien étatique, une seule solution est possible et, par conséquent, l'uniformité est imposée aux cinquante États⁹⁰.

C'est la raison pour laquelle certains partisans d'une protection maximale des droits et libertés voient le fédéralisme avec méfiance ; la défense de la diversité conduit les partisans du fédéralisme à demander une application plus souple des droits et libertés.

Le même phénomène existe dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci estime que, dans certains cas, les États parties doivent disposer d'une «marge d'appréciation», de sorte que diverses solutions nationales

Ce passage de l'arrêt *R. c. S. (S.)*, ainsi que celui qui figure dans la note précédente, ont été cités avec approbation dans des décisions postérieures de la Cour suprême ; voir *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995 aux pp. 1046-47, 105 D.L.R. (4^e) 577, juge L'Heureux-Dubé ; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 à la p. 252, 161 D.L.R. (4^e) 385, par la Cour.

⁹⁰ Voir «Protecting Human Rights», *supra* note 4 aux pp. 117-21. Sur l'interprétation de la liberté de religion au Canada, voir «Accommodement raisonnable», *supra* note 43 à la p. 370 et s. Comme on l'a noté précédemment, dans l'affaire *CCLA*, *supra* note 42, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté une interprétation très exigeante de la liberté de religion garantie à l'article 2(a) de la *Charte canadienne*, en jugeant contraire à celle-ci, et non justifiable en vertu de l'article premier, un règlement ontarien prévoyant que les élèves reçoivent un enseignement religieux dans les écoles publiques, à moins que les parents ne demandent une exemption. Si la Cour avait considéré que les dispositions concernant l'exemption étaient de nature à sauver le règlement, les provinces canadiennes auraient pu continuer de choisir entre deux attitudes : un régime similaire à celui du régime ontarien ou l'absence totale d'enseignement confessionnel. Avec la décision de la Cour d'appel, une seule solution reste possible et l'uniformité est imposée en la matière. Soulignons que selon l'*Observation générale No 22 (48) (article 18)*, Doc. off. CES NU, 48^e sess., Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, relative à l'article 18 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *supra* note 32, l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière à l'école publique n'est pas contraire aux droits des parents dans la mesure où une exemption est prévue (au point 6) :

Le Comité note que l'éducation publique incluant l'enseignement d'une religion ou d'une conviction particulière est incompatible avec le paragraphe 4 de l'article 18 [«Les États parties au Présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions»], à moins qu'elle ne prévoit des exemptions ou des possibilités de choix non discriminatoires correspondant aux vœux des parents ou des tuteurs.

soient considérées comme compatibles avec la *Convention européenne des droits de l'homme*⁹¹. Un des motifs de l'adoption de ce concept est la nécessité de sauvegarder une certaine diversité, d'éviter que la *Convention européenne* ne conduise à une uniformisation de la législation dans les pays membres. Mais les critiques de ce concept prétendent qu'il entraîne une protection moins efficace des droits et libertés, puisqu'il conduit la Cour à les interpréter de manière plus souple.

En quatrième lieu, l'atténuation du caractère uniformisateur de l'application des droits et libertés peut passer par la mise en œuvre des critères de justification des atteintes aux droits. Une fois constatée une atteinte à un droit, il faut vérifier si celle-ci est justifiable. Le critère central de la justification est le concept de proportionnalité : une atteinte sera justifiable si elle est proportionnelle à des objectifs importants d'utilité sociale. Or, le critère de proportionnalité est normalement mis en œuvre de façon «contextualisée», c'est-à-dire en tenant compte des variables de chaque contexte spatial et temporel particulier. Une limitation non raisonnable en période normale pourrait le devenir dans une situation exceptionnelle ; une limitation pourrait être raisonnable dans les circonstances propres à une entité fédérée, mais pas ailleurs dans la fédération⁹². Ainsi, par exemple, au Canada, dans l'arrêt *Ford c. Québec (P.G.)* de 1988, la Cour suprême a jugé que la situation de vulnérabilité de la langue française au Québec justifiait certaines limitations de la liberté d'expression commerciale ; sans le dire expressément, elle a laissé entendre que les mêmes mesures ne seraient pas justifiées concernant la langue anglaise dans le reste du Canada⁹³.

⁹¹ *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [ci-après la *Convention européenne des droits de l'homme* ou la *Convention européenne*] ; voir les articles réunis dans le numéro thématique intitulé «The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice» (1998) 19 H.R.L.J. 1.

⁹² Pour la «contextualisation» du critère de raisonnabilité aux États-Unis, voir Stewart, *supra* note 12 à la p. 935 ; pour la jurisprudence canadienne, voir J. Woehrling, «L'article 1 de la Charte canadienne et la problématique des restrictions aux droits et libertés : l'état de la jurisprudence de la Cour suprême» dans *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux. Aspects canadiens et européens*, Cowansville (Qc.), Yvon Blais, 1993, 3 aux pp. 26-32.

⁹³ Voir *Ford c. Québec (P.G.)*, *supra* note 32 aux pp. 777-79. La Cour a jugé que, malgré le fait que les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, *supra* note 31, constituaient une restriction de la liberté d'expression garantie par les chartes canadienne et québécoise (voir *supra* note 32), cette restriction étant cependant raisonnable et justifiable eu égard aux clauses limitatives des deux chartes, soit l'article 1 de la *Charte canadienne*, *supra* note 10, et l'article 9.1 de la *Charte québécoise*, *supra* note 32. Pour justifier cette dernière conclusion, la Cour a souligné que les dispositions en cause étaient nécessaires pour préserver le «visage linguistique» du Québec, étant donné la vulnérabilité de la langue française tant au Québec que dans l'ensemble du Canada. Si l'on comprend bien, l'anglais n'étant vulnérable nulle part au Canada, une loi d'une autre province imposant l'usage de cette langue devrait être considérée comme une restriction non-justifiable de la liberté d'expression. Comme on l'a mentionné précédemment, *supra* note 32, la Cour a par contre jugé que, dans la mesure où ces dispo-

Cette façon de faire permet donc une variation de la portée des droits en tenant compte des limites qui peuvent leur être imposées dans certains contextes, mais pas dans d'autres. Théoriquement, il s'agit là d'une technique qui pourrait permettre de concilier l'universalisme dans la substance même des droits (ils sont les mêmes sur tout le territoire national) avec une certaine diversité dans leur mise en œuvre concrète (certaines situations justifient des limitations qui ne sont pas justifiées ailleurs). Une telle variabilité des droits pourrait être modulée en fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment la nature même des droits en cause. La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg sur le concept de «marge nationale d'appréciation», de même que les jurisprudences canadienne et américaine, donnent des indications sur diverses autres variables qui pourraient également être utilisées (nature des intérêts protégés, nature de la réglementation contestée, objectifs poursuivis par le législateur lors de l'adoption de cette réglementation, etc.).

Cependant, il nous semble que les tribunaux n'accepteront qu'exceptionnellement de faire ainsi varier la portée des droits. En premier lieu, s'il est relativement aisé de démontrer que la portée des droits collectifs de nature culturelle ou linguistique, ou encore des droits économiques et sociaux, peut être variable d'un endroit à l'autre, en fonction des situations de fait, il n'en va pas de même pour les droits fondamentaux et, de façon plus générale, les droits individuels, qui sont habituellement considérés comme devant être interprétés et appliqués partout de la même façon. Il est vrai que, dans l'affaire *Ford c. Québec (P.G.)*⁹⁵, le droit formellement invoqué par les requérants était la liberté d'expression commerciale ; mais, de façon évidente, ce que réclamaient ces derniers était plutôt le droit *collectif* d'utiliser leur langue dans le domaine des échanges commerciaux. S'ils se sont appuyés sur la liberté d'expression, c'est parce que la constitution canadienne ne contient aucune disposition qui, comme l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁹⁶, reconnaît le droit des membres d'une minorité d'utiliser leur langue dans le domaine des relations privées (par opposition à l'usage officiel, qui concerne les rapports avec les organes et représentants de l'État). En second lieu, la mise en œuvre des critères de justification des atteintes aux droits a inévitablement pour effet de provoquer la *comparaison* entre la norme ou politique contestée, d'une part, et celles adoptées dans le même domaine par d'autres sociétés libres et démocratiques, d'autre part. Lorsque la norme contestée est fédérale, le critère de comparaison sera principalement recherché dans le droit comparé et dans les instruments internationaux consacrés aux droits de la personne, ceux-ci étant considérés comme une sorte de synthèse des droits nationaux. Lorsque

sitions prohibaient à l'époque l'usage d'une langue autre que le français, elles constituaient une restriction de la liberté d'expression qui n'était pas justifiable.

⁹⁴ Pour la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, voir P. Mahoney, «Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism ?» (1998) 19 H.R.L.J. 1 aux pp. 5-6.

⁹⁵ *Supra* note 32.

⁹⁶ *Supra* note 32.

la norme contestée a été adoptée par une entité fédérée, la comparaison s'établira le plus souvent avec le droit des autres entités de la même fédération. Plus grande sera la communauté de vues se dégageant des diverses législations provinciales ou étatiques, plus difficile il sera de justifier la mesure contestée si celle-ci diverge du «consensus» ainsi établi⁹⁷.

Par ailleurs, le constituant lui-même peut avoir prévu certaines variations spatiales des droits et libertés, un certain relativisme territorial dans leur portée. Ainsi, au Canada, sur les dix provinces, il en existe trois seulement (le Québec, le Manitoba et le Nouveau-Brunswick) où la constitution institue des droits en matière de bilinguisme officiel au niveaux judiciaire, parlementaire et législatif⁹⁸; dans une de ces trois provinces (Nouveau-Brunswick), elle prévoit en plus un bilinguisme administratif⁹⁹. Sur les dix provinces, il y en a actuellement quatre où la constitution garantit encore certains droits en matière de confessionnalité scolaire aux catholiques et aux protestants¹⁰⁰. L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit des droits à l'instruction dans la langue de la minorité anglophone ou francophone, mais uniquement «là où le nombre le justifie»; par conséquent, la portée de ce droit varie en fonction de facteurs démographiques. L'article 6 de la *Charte canadienne*, qui garantit les droits de libre circulation et de libre établissement, permet à une province d'établir des préférences en faveur de ses résidents lorsque son taux de chômage dépasse la moyenne nationale¹⁰¹.

⁹⁷ Ce phénomène a également été relevé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui incline d'autant plus à considérer qu'une mesure nationale contrevient à la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 91, qu'elle diverge des mesures comparables adoptées par un nombre important d'autres États parties à la Convention; voir J.-P. Jacqué, «La Convention européenne des droits de l'homme et les limitations aux droits garantis. Rôle respectif des corps législatifs et des tribunaux» dans de Mestral *et al.*, *supra* note 70, 157 à la p. 165. Pour en revenir aux États fédéraux, soulignons que les tribunaux peuvent également comparer une loi provinciale ou étatique dont la validité est contestée avec les lois fédérales applicables dans le même domaine, par exemple la réglementation des droits politiques des fonctionnaires ou les écarts autorisés par rapport au quotient électoral dans les lois effectuant le découpage des circonscriptions électorales.

⁹⁸ Les dispositions en cause sont, pour le Québec, l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 5; pour le Manitoba, l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, L.R.C. 1985, app. II, n° 8; pour le Nouveau-Brunswick, les articles 17(2), 18(2) et 19(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, *supra* note 10.

⁹⁹ Voir *Charte canadienne*, *ibid.*, art. 20(2).

¹⁰⁰ Voir J.-P. Proulx et J. Woehrling, «La restructuration du système scolaire québécois et la modification de l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867» (1997) 31 R.J.T. 399 aux pp. 410-14.

¹⁰¹ L'article 6(2) de la *Charte canadienne*, *supra* note 10, garantit à tout citoyen canadien et à toute personne ayant le statut de résident permanent au Canada la «liberté de circulation et d'établissement», c'est-à-dire le droit : «a) de se déplacer dans tout le pays et d'établir leur résidence dans toute province; b) de gagner leur vie dans toute province». L'article 6 répond à la préoccupation de pronouvoir l'unité nationale, en permettant aux citoyens canadiens et aux résidents permanents de se déplacer librement sur le territoire, ainsi que de s'établir et de travailler là où ils le désirent. Il doit

Enfin, l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui autorise le législateur fédéral ou provincial à déroger aux droits garantis dans les articles 2 et 7 à 15 de la *Charte*, c'est-à-dire à les rendre inapplicables à l'égard de toute loi dans laquelle est insérée une disposition de dérogation expresse (adoptée selon la procédure législative ordinaire), permettrait en principe aux provinces de se soustraire à des décisions judiciaires ayant un effet uniformisateur¹⁰². En réalité, le pouvoir de déroger est trop discrédité dans l'opinion publique pour être véritablement utilisé, du moins en dehors du Québec¹⁰³. Au Québec, par contre, il a été mis en œuvre massivement au lendemain de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne*, entre 1982 et 1987, pour protester contre le fait que celle-ci avait été adoptée sans l'accord des autorités québécoises. Il est intéressant de remarquer que les trois catégories de droits soustraites au pouvoir de déroger sont précisément celles qui sont les plus susceptibles de créer et de consolider une identité (ou citoyenneté) nationale commune (droits démocratiques ; liberté de circulation et d'établissement ; droits des minorités linguistiques de langues officielles)¹⁰⁴.

être rapproché de l'article 23(2) de la *Charte*, qui permet aux citoyens canadiens dont les enfants ont commencé à recevoir l'instruction en français ou en anglais au Canada, de continuer à les faire instruire dans cette langue, s'ils s'établissent dans une province où un tel enseignement est constitutionnellement garanti (les articles 6 et 23 font partie, avec les droits politiques, des dispositions de la *Charte* qui sont soustraites au pouvoir de déroger prévu à l'article 33). L'article 6 a également pour but de faciliter le bon fonctionnement de l'union économique canadienne, en assurant la libre circulation des personnes. Par ailleurs, l'alinéa 6(3)(a) permet aux provinces de subordonner l'exercice de la liberté d'établissement sur leur territoire à certaines réglementations, à condition que celles-ci «n'établissent entre les personnes aucune distinction fondée principalement sur la province de résidence antérieure ou actuelle». L'article 6 de la *Charte canadienne* peut avoir pour effet indirect de justifier, dans le contentieux du partage fédératif des compétences, une diminution des compétences provinciales au profit de l'autorité centrale. Ainsi, dans l'affaire *Hunt c. T&N*, [1993] 4 R.C.S. 289, 109 D.L.R. (4^e) 16, la Cour suprême a invoqué les garanties de mobilité contenues dans l'article 6 comme un argument — parmi d'autres il est vrai — pour reconnaître au parlement fédéral un pouvoir prépondérant quant à la reconnaissance et à l'exécution mutuelles des jugements des juridictions provinciales.

¹⁰² Dès lors, tout contrôle judiciaire — sauf celui qui porte sur le respect des conditions formelles de l'exercice du pouvoir de déroger — disparaît à l'égard des lois contenant une telle clause de dérogation. La dérogation est permise pour une période maximale de cinq ans, renouvelable par un nouveau vote.

¹⁰³ Voir H. Leeson, *Section 33, the Notwithstanding Clause. A Paper Tiger?*, Montréal, Institut de recherches en politiques publiques, 2000 (collection *Choices* (2000) 6:4).

¹⁰⁴ Aux États-Unis, comme nous l'avons souligné, la révision de la constitution, étatique ou fédérale, peut servir à neutraliser une décision judiciaire interprétant celle-ci et considérée inopportune. Mais alors qu'au Canada, grâce au pouvoir de déroger, un parlement provincial peut par simple loi neutraliser une décision de la Cour suprême canadienne, aux États-Unis, la neutralisation d'une décision de la Cour suprême américaine nécessiterait une modification de la constitution fédérale, c'est-à-dire le consentement des deux tiers des membres du Congrès et des trois quarts des États. Par contre, la neutralisation d'une décision d'une cour étatique par une modification de la constitution de l'État est plus facile ; voir *supra* notes 45-47 et le texte correspondant.

Mais, malgré le fait que le droit constitutionnel offre plusieurs techniques pour introduire un certain relativisme dans la portée des droits et libertés, la protection de ces droits par le processus constitutionnel et judiciaire aura inévitablement des effets uniformisateurs. L'idéologie universaliste et individualiste des droits est trop puissante pour que les préoccupations reliées au fédéralisme et à la diversité puissent la contre-carrer efficacement.

Conclusion

Nous avons constaté que le fédéralisme est largement favorable à la protection des droits et libertés. C'est clairement le cas pour l'exercice des droits qui ont un aspect collectif et politique, les droits démocratiques de participation de l'ensemble des citoyens et ceux des minorités territorialement concentrées (liberté-participation au pouvoir). Pour ce qui est des droits reliés à l'autonomie individuelle (liberté-immunité contre le pouvoir), le fédéralisme permet de superposer plusieurs instruments anti-majoritaires de protection des droits et également de mettre les divers centres de pouvoir politique en concurrence pour leur promotion.

Par contre, les mécanismes de protection des droits, qui reposent sur des instruments constitutionnels et sur l'intervention du pouvoir judiciaire, ont des effets centralisateurs et uniformisateurs. En termes de centralisation, ils entraînent un transfert d'autorité des organes représentatifs fédérés aux organes judiciaires fédéraux et contribuent à consolider la citoyenneté nationale au détriment de la citoyenneté régionale. Eu outre, le recours à la rhétorique des droits individuels pour promouvoir les droits économiques, sociaux et culturels permet de justifier l'intervention des autorités fédérales dans le but d'égaler et d'harmoniser les systèmes de protection sociale. En termes d'uniformisation, les idées de justice et d'égalité, dans la mesure où elles signifient que tous les citoyens doivent bénéficier des mêmes droits, sont peu compatibles avec le fractionnement du régime juridique qui résulte du fédéralisme. Pourtant, un des avantages du fédéralisme est précisément de permettre la diversité ; celle-ci encourage le pluralisme et sert à lutter contre l'homogénéisation sociale qui constitue un danger pour la démocratie.

Le grand mérite du fédéralisme est de favoriser la communauté ; pour autant que les valeurs communautaires reculent devant l'individualisme et l'autonomie personnelle, le fédéralisme perd de l'importance devant les droits individuels. Le consommateur de droits remplace le citoyen délibérant¹⁰⁵.

Si les droits résultent d'une pesée des intérêts et d'un aménagement des revendications concurrentes, qui font appel au processus démocratique, le fédéralisme est un atout, car il favorise la participation politique. En outre, les droits pourront être exprimés, concrétisés et aménagés de façon variable selon les communautés politiques ter-

¹⁰⁵ Voir Jacobsohn, *supra* note 70 à la p. 42 et s.

ritoriales. Par contre, si les droits résultent d'une limitation du processus démocratique par des dispositifs anti-majoritaires, le fédéralisme et la décentralisation du pouvoir qu'il suppose paraîtront gênants, car ce sont les majorités au niveau local qui semblent les plus dangereuses¹⁰⁶. En outre, dans la mesure où les droits sont conçus comme pré-politiques, ils sont universels, donc pas ou peu susceptibles de variations d'une entité politique territoriale à une autre.

¹⁰⁶ On peut aussi souligner qu'à l'époque de l'adoption des constitutions américaine et canadienne, les communautés étaient principalement conçues comme géographiques ; aujourd'hui, elles le sont davantage comme ethniques, linguistiques, raciales, religieuses, voire définies par le style de vie (homosexuels, handicapés). Les chartes et déclarations de droits valorisent l'appartenance à des sous-collectivités dont les intérêts sont définis au plan national (les femmes, les autochtones, les groupes ethniques et religieux, les minorités sexuelles, les handicapés, etc.). Dans le cas du Québec, cette valorisation des appartenances transprovinciales prend une signification particulière, puisqu'elle entre en concurrence non seulement avec une identification régionale, mais avec l'appartenance à une minorité nationale.