

POUR UNE CHARTE DE BONNE GOUVERNANCE PUBLIQUE

*Nathalie DesRosiers**

Utilisant les travaux de Martin Loughlin sur les tensions du droit public, et entre autres, la complémentarité et réconciliation de deux concepts : « *potestas* » (les limites) et « *potentia* » (l'exercice). L'auteure envisage un projet de charte qui habilite les gouvernements à aller plus loin. Loughlin suggère que les restrictions du « *potestas* » habilitent la « *potentia* » et que les contraintes facilitent l'exercice du pouvoir. Les droits de la personne et les exigences d'imputabilité envers les gouvernements ne seraient plus une contrainte futile mais bien ce qui leur permet d'aller plus loin. L'existence de contraintes, procédurales, démocratiques, ou d'imputabilité légitime l'exercice du pouvoir. Cette intuition peut aider à proposer certains amendements à la *Charte québécoise*, pour faciliter la bonne gouvernance. Dans cette veine, l'auteure suggère des exigences constitutionnelles de participation démocratique, d'imputabilité, de transparence, de protection des contre-pouvoirs et d'une gouvernance intelligente basée sur la preuve.

Through the work of Martin Loughlin on the tensions within public law, and, amongst others, the complementarity and reconciliation of the two concepts of “*potestas*” (the limits) and “*potentia*” (the exercise of authority), the author contemplates a Charter project which enables governments to go further. Loughlin suggests that the restrictions of the “*potestas*” empower the “*potentia*”, and that the constraints facilitate the exercise of power. Human rights and the accountability requirements aimed at governments would not be a futile constraint anymore, but rather what would enable them to go further. The existence of procedural, democratic or accountability constraints legitimize the exercise of power. This intuition might contribute to suggest amendments to the Charter, in order to facilitate good governance. To this end, the author suggests constitutional requirements of democratic participation, accountability, transparency, protection of counter-powers and of an evidence-based intelligent governance.

* Nathalie Des Rosiers a été identifiée comme faisant partie des 25 avocats les plus influents au Canada en 2011 et 2012. Et elle a reçu l'Ordre du Canada en 2013, notamment pour son apport à l'avancement des libertés civiles et la promotion du français dans sa profession. Elle est désormais doyenne de la section Common Law de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

Je remercie mes collègues du groupe de droit public pour notre lecture collective du livre de Martin Loughlin, en particulier Peter Oliver, qui a organisé nos rencontres. Ma lecture et mon opinion de Loughlin n'est peut-être pas partagée par tous.

Dans son article de 1963, Jacques-Yvan Morin propose une Charte québécoise des droits de l'homme¹. Cette charte visait à proposer aux Québécois et Québécoises une saine gouvernance publique par la voie d'une protection accrue des droits individuels et des droits des minorités. Je poursuis ici la réflexion du professeur Morin pour imaginer une charte à la mesure des défis qui préoccupent nos sociétés contemporaines. Je propose ainsi une charte qui ne soit pas tant génératrice d'obstacles pour les gouvernements, qu'habilitante de l'action gouvernementale. En quelque sorte, j'essaie d'entrevoir s'il est possible d'imaginer une charte de « gauche » qui évite les pièges d'un modèle libertaire.

On peut penser que Jacques-Yvan Morin visait une charte de gauche puisque son projet incorporait des droits socio-économiques² et proposait un grand respect pour le rôle du législateur. Il entrevoyait un mouvement inéluctable vers la justice sociale et les droits économiques et sociaux. Par exemple, il explique qu'« il est normal que l'avancement des droits sociaux, économiques et politiques de l'homme devienne une préoccupation universelle. L'impulsion en est *irréversible* et se répand dans tous les pays. »³ [Nos italiques.]

Plus loin, il affirme aussi :

Il n'existe pas de véritable démocratie politique qui ne soit, dans une large mesure, une démocratie économique. Sans le droit du travail, sans la liberté de former des associations syndicales, sans un niveau de vie minimum et le droit d'occuper un emploi en l'absence de toutes distinctions de race, de croyance ou d'origine, les « droits politiques » ne seraient qu'une expression vide de sens⁴.

Mon propos vise à élaborer les avenues qui doivent être explorées pour préciser et perfectionner le projet de Jacques-Yvan Morin, cinquante ans plus tard. Ma suggestion vise donc l'élaboration d'une charte moderne qui favorise une gouvernance démocratique, intelligente et réflexive.

Mon texte est divisé en deux parties. Dans la première partie, j'utilise les travaux de Martin Loughlin sur le droit public⁵ pour suggérer que les chartes, et plus généralement les contraintes imposées à l'action publique, servent cette action gouvernementale. Le droit habilite l'État et ne le mine pas. Selon moi, la pensée de Martin Loughlin peut nous aider à appréhender un projet juridique qui serve à guider une action collective ambitieuse. Dans la deuxième partie, je propose trois composantes d'une charte destinée à une meilleure gouvernance publique ambitieuse qui prend au sérieux les questions d'inégalité et d'injustice sociale. Le projet est de moderniser la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶.

¹ Jacques-Yvan Morin, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec » (1963) 9 McGill LJ 273 [Morin, « Une Charte »].

² *Ibid* à la p 279.

³ *Ibid*.

⁴ *Ibid* à la p 292.

⁵ Martin Loughlin, *Foundations of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010 [Loughlin, *Foundations of Public Law*].

⁶ *Charte des droits et libertés de la personne*, LRQ c C-12 [*Charte québécoise*].

I. Un projet constitutionnel habitant les gouvernements

La question qui préoccupe Martin Loughlin dans *Foundations of Public Law*⁷ est de définir le rôle du droit public dans les sociétés modernes. Ses écrits visent à critiquer une approche trop « américaine » qui minimise l'appareil étatique. Son approche peut donc servir à revoir le rôle du droit public, et plus généralement des constitutions et de la *Charte québécoise*⁸, dans un contexte de gouvernance modernisée. À quoi servent les constitutions dans une perspective politique? Pourquoi les gouvernements acceptent-ils de s'assujettir à des contraintes constitutionnelles? Est-ce par altruisme que les gouvernements optent pour des chartes des droits et libertés? Les constitutions naissent-elles plutôt pour pacifier une population en effervescence et calmer une crise politique particulière⁹? Les constitutions sont-elles avant tout symboliques? Ou s'agit-il plutôt de documents qui expriment des valeurs d'une société qui vise à restreindre l'action gouvernementale? Les constitutions doivent-elles proposer des engagements concrets? Sont-elles utiles à un projet économique ou politique national¹⁰? Doivent-elles guider les actions politiques futures? Doivent-elles faciliter ou légitimer la gouvernance? Telles sont quelques-unes des questions qui émergent d'une lecture de *Foundations of Public Law*¹¹.

Dans le cadre de sa réflexion, Martin Loughlin aborde le cadre théorique qui sous-tend nos tentatives de définir la règle de droit et la discipline du pouvoir. Loughlin vise à dépasser le cadre du « *rights discourse* » (prescription de droits positifs) pour plutôt démontrer que le droit public est un droit politique, un droit qui inspire et s'inspire du politique, le structure et fondamentalement le soutient et l'habilite. C'est l'aspect du projet de Loughlin que je veux développer ici. Loughlin cherche à trouver une solution pour libérer l'action politique, la valoriser et dépasser le cadre conceptuel d'inspiration américaine qui voit dans les droits individuels une restriction à l'action gouvernementale et aboutit à un rétrécissement des aspirations de l'État. Une constitution imaginée simplement comme un système rigide de freins finit par être intériorisée par les acteurs qui s'empêchent d'agir. Une telle constitution peut paralyser l'action gouvernementale. À l'occasion, elle peut aussi mener à blâmer le pouvoir judiciaire pour l'inaction gouvernementale. Pour éviter de présenter les chartes comme des carcans, il faut leur trouver un autre sens. Autrement, nous aboutissons à définir l'action politique comme étant « l'art de faire » dans le cadre des limites juridiques (faire avec), l'art de les contourner, ou pire encore, la technique de les ignorer sans avoir vraiment à en payer le prix. Cette dernière option marque évidemment un recul inacceptable pour la primauté du droit. Le projet de Loughlin est

⁷ Loughlin, *Foundations of Public Law*, *supra* note 5.

⁸ *Charte québécoise*, *supra* note 6.

⁹ Voir par exemple, le contexte d'adoption de la célèbre *Magna Carta* proposée par le roi John face à une révolte de ses barons.

¹⁰ Voir entre autres Roderick A Macdonald et Robert Wolfe qui imagine que les constitutions sont l'instrument d'un rêve public, que le fédéralisme avec une prédominance du fédéral vient du rêve du chemin de fer national suivi de l'État providence qui requiert d'autres instruments. Roderick A Macdonald et Robert Wolfe, « Canada's Third National Policy: The Epiphenomenal or the Real Constitution? » (2009) 59 UTLJ 469.

¹¹ Loughlin, *Foundations of Public Law*, *supra* note 5.

donc de donner une place au droit dans la politique. Il s'exprime ainsi : « *understood as a discourse of political right, public law takes shape as a set of rules, principles, canons, maxims, customs, usages, and manners that condition, sustain and regulate the activity of favouring [or governing] the state* »¹².

Cette démarche d'habilitation de l'action gouvernementale vise la négociation de deux impondérables. En effet, Loughlin, tout comme Jacques-Yvan Morin, voit dans le droit public une tentative de réconcilier l'irréconciliable, c'est-à-dire, l'opposition entre le désir de l'être humain d'être autonome et le désir de participer dans un projet collectif. Selon Loughlin, « *[the] disjuncture between freedom and belonging can be neither eliminated nor reconciled, it can only be negotiated* »¹³. Jacques-Yvan Morin plaçait également en opposition des aspirations de l'être humain qui devaient se voir « harmonisées » dans le cadre de la protection des droits de la personne.

Pour réconcilier ces poussées contradictoires, Loughlin propose donc un régime assez flexible, qui se bâtit par l'expérience et le jugement. Le droit public, selon lui, est donc souple et maniable, pragmatique et basé sur l'expérience humaine. Plusieurs aspects de la thèse de Loughlin me semblent pertinents ici. La tension que Loughlin décrit anime certainement les discussions relatives au droit constitutionnel et à l'élaboration d'une charte. Loughlin décrit cette tension par la complémentarité et réconciliation de deux concepts : « *potestas* » et « *potentia* ». Le « *potestas* » consiste dans les règles établies qui « limitent » le pouvoir tandis que « *potentia* » est l'exercice de ce pouvoir. De façon très importante pour mes fins, et je pense, pour l'héritage de Jacques-Yvan Morin, l'argument est que les restrictions du « *potestas* » habilite la « *potentia* ». Davantage de contraintes facilitent l'exercice du pouvoir. Les droits de la personne et les exigences d'imputabilité envers les gouvernements ne seraient plus une contrainte futile mais bien ce qui leur permet d'aller plus loin. L'existence de contraintes procédurales, démocratiques, ou d'imputabilité légitime l'exercice du pouvoir et le rend plus puissant. Le « *potestas* » soutient la « *potentia* ».

Cette perspective valorise donc des projets gouvernementaux ambitieux et présente les chartes ou autres instruments d'expression des droits des personnes non comme des carcans, contraintes ou des espaces à minimiser si on veut agir, mais bien comme des véhicules pour favoriser l'action gouvernementale en lui octroyant davantage de légitimité. On peut penser que les limites servent à augmenter la « *potentia* » en lui assurant une plus grande légitimité. Les commentateurs des travaux de Loughlin voient dans ses travaux une tentative de replacer le droit public dans l'action politique et de diminuer l'importance de la primauté du droit comme concept sacré de notre théologie de droit public¹⁴. En effet, Loughlin décrit la primauté du droit comme un « slogan »¹⁵. Il veut préserver la qualité de l'action des humains. Selon lui, ce sont les humains et non les lois qui agissent. Le rôle du droit public est de structurer et soutenir cette action politique. Il n'est pas le seul à

¹² *Ibid* à la p 10.

¹³ *Ibid* à la p 11.

¹⁴ Voir entre autres David Dyzenhaus, « The End of the Road to Serfdom? » (2012) 63:2 UTLJ 310.

¹⁵ Loughlin, *Foundations of Public Law*, *supra* note 5 à la p 312.

reconnaitre le caractère irréal de la primauté du droit dans notre monde si intensément matériel : plus positif, Oakeshott, pour sa part affirme que « *[t]he rule of law bakes no bread, it is unable to distribute loaves or fishes (it has none) and it cannot protect itself from external assault, but it remains the least burdensome conception of a state yet devised* »¹⁶.

Les théories de Loughlin sont intéressantes parce qu'elles permettent l'intervention politique et la réconcilient avec le droit : si « *potestas* » soutient « *potentia* », il est primordial de continuer d'étudier comment le « *potestas* » se conjugue. Tous les « *potestas* » ne sont peut-être pas égaux, les exigences du « *potestas* » devraient faciliter un exercice légitime et plus démocratique du pouvoir. Mon propos est donc de réfléchir sur le rôle d'une charte pour créer un bon gouvernement. J'avoue que je ne suis pas certaine que Loughlin approuverait un tel projet : il déplore l'idéalisme du droit constitutionnel qu'il compare au matérialisme du droit administratif. Néanmoins, puisqu'il n'y a théoriquement rien de mal à demander beaucoup de l'État et d'utiliser l'appareil constitutionnel pour le faire, j'envisage donc de bonifier la *Charte québécoise*. Cette bonification n'est pas complète. On pourrait imaginer d'autres contraintes qui viendraient légitimer encore davantage la gouvernance publique et l'exercice vertueux du pouvoir politique.

II. Un projet de charte perfectible?

Le projet Morin visait une charte de réciprocité : les pouvoirs grandissants de l'État nécessitent une contrainte et un encadrement des droits pour les personnes potentiellement assujetties à ces pouvoirs grandissants. Il s'exprimait ainsi :

Il conviendra, pour plus de sûreté, de préciser que la Législature entend protéger certaines libertés en raison des responsabilités qui lui incombent à l'égard de l'administration de la justice et du pouvoir répressif qu'elle détient en vue de faire respecter les lois du Québec¹⁷.

Le projet Morin faisait une grande place à l'égalité. L'article 1 de son projet de charte propose l'égalité devant la loi et le droit à la protection de la loi contre tout acte ou *omission*¹⁸ qui violerait la présente charte. L'article 2 formule une garantie de non-discrimination limitée aux droits et libertés énumérés, mais offre cette garantie dans un contexte non-limitatif quant aux motifs de discrimination. Notons que le projet Morin interdit également la discrimination sur la base de la fortune. Finalement l'article 3 reconnaît explicitement le droit des femmes à l'égalité, et ce malgré le titre de la charte qui utilise l'expression consacrée « des droits de l'homme » plutôt que

¹⁶ Michael Oakeshott, *On History and Other Essays*, 2^e éd, Indianapolis, Liberty Fund, 1999 à la p 148.

¹⁷ Morin, « Une Charte », *supra* note 1 à la p 302. Cet extrait visait tout d'abord à définir la compétence législative du Québec d'adopter la *Charte québécoise*, mais on doit y voir également un reflet de la pensée du contrat social de Rousseau.

¹⁸ La Charte Morin aurait pu éviter certains des écueils qui ont dû être réglés dans le cadre d'omissions législatives de nature discriminatoire. Voir *Vriend c Alberta*, [1998] 1 RCS 493; *Baier c Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 RCS 673; *Dunmore c Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 37, [2001] 3 RCS 1016.

« des droits de la personne ». De plus, les articles 9 à 11 reprennent la prohibition contre la discrimination dans différents contextes, accès aux lieux publics, interdiction de publications discriminatoires, dans le logement, dans les engagements contractuels (article 11). Finalement le projet comporte un engagement profond envers les droits économiques et sociaux, y compris le droit à l'éducation.

Que reste-t-il à faire? Peut-on imaginer un langage plus clair ou plus ambitieux pour confronter les inégalités grandissantes dans notre société? Selon moi, le dépassement des inégalités passe par des exigences précises pour la justification des politiques gouvernementales, une protection assidue du droit à la dissidence et la protection des contre-pouvoirs, l'établissement et la protection d'institutions de bonne gouvernance qui rendent la gouvernance plus intelligente et plus réflexive.

A. Une charte qui exige une justification législative accrue

L'article 9.1 de la *Charte québécoise*, à l'instar de l'article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹, permet au législateur de justifier une violation des droits pour le bien commun. Il se lit ainsi : « 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 »²⁰.

Les tribunaux ont lu dans cette disposition une analyse des objectifs de la législation et de la proportionnalité de ses effets sur les droits et libertés. Une étude détaillée des vicissitudes de cette analyse de la justification législative dépasse la portée du présent article. J'aimerais proposer ici une vision « loughlienne » de ce processus de justification dans la sphère judiciaire. Ce « forum additionnel » de justification devrait permettre une amélioration du produit législatif²¹. On est en droit d'exiger un processus rigoureux de justification d'un législateur qui désire adopter une loi qui viole à quelque titre les droits garantis par la *Charte québécoise*. Ce processus n'est pas seulement l'apanage des tribunaux, il doit animer le développement des politiques gouvernementales et par la suite, des débats parlementaires.

Selon moi, l'exigence de justifications invite l'analyse d'études empiriques pour mesurer l'effet potentiel de la législation ainsi qu'un processus sérieux de consultations. Ces exigences, scientifiques et procédurales sont essentielles. Il est approprié d'exiger que des études soient effectuées par l'État avant le déploiement d'une loi qui viole les droits garantis. Il est également approprié de demander une imputabilité quant aux effets de la loi et de mesurer si elle atteint ou non ses objectifs.

¹⁹ *Charte canadienne des droits et libertés*, 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, art 1 [*Charte canadienne des droits et libertés*].

²⁰ *Charte québécoise*, *supra* note 6, art 9.1.

²¹ Nathalie Des Rosiers, « Réflexions critiques sur les implications de la "fraternité" » dans Michel Morin, dir, *Responsabilité, fraternité et développement durable en droit : En mémoire de l'honorable Charles Doherty Gonthier*, Markham, LexisNexis Canada, 2012, 493.

Cette imputabilité scientifique devrait s'imposer à titre d'exigence de bonne gouvernance. Peut-être serait-il approprié de l'inscrire dans nos règles constitutionnelles? Certains hésiteront puisque le fardeau serait trop lourd pour les gouvernements. La juge en chef McLachlin, dans l'affaire *Hutterian Brethren*²², en discutant d'une mesure législative qui visait l'obligation de tous les détenteurs de permis de conduire de se faire photographier, suggérait qu'« il peut être difficile pour les gouvernements d'adapter une mesure législative en fonction des innombrables façons dont elle peut porter atteinte aux croyances et pratiques religieuses de chacun »²³. Au contraire, on pourrait exiger que les gouvernements sachent qui sera affecté par leur législation avant la promulgation et de mesurer les effets à court et long terme de l'intervention. Cette approche ne vise pas à contrer l'intervention, mais bien à s'assurer qu'elle atteigne bien ses objectifs et ne brime pas indûment les droits d'une minorité. Ce savoir gouvernemental devrait également viser à habiliter les citoyens à participer au processus d'élaboration des politiques.

Ma suggestion ici est qu'il est aussi absolument approprié d'exiger un processus soutenu de consultations auprès des personnes affectées. Les exigences processuelles, le « *potestas* », pourraient améliorer la légitimité de la législation et permettre d'entendre certaines voix mal ou sous-représentées par le processus électoral, comme les Huttérites entre autres.

Une exigence de preuves et d'études a également l'effet de permettre l'atteinte plus efficace d'objectifs gouvernementaux. L'encouragement à la rigueur dans le raisonnement, à la poursuite d'une gouvernance basée sur la preuve, facilite un exercice ambitieux du pouvoir législatif. Dans la plupart des cas, ces exigences sont généralement déjà remplies. Cependant, il serait approprié de préciser le langage de l'article 9 à cet effet.

Il ne s'agit pas de débattre la déférence, minime ou accrue, que les tribunaux doivent octroyer aux gouvernements. Les tribunaux doivent aux gouvernements une très grande mesure de déférence dans la mesure où les règles ont été suivies et sont légitimes, dans la mesure, dirait Loughlin, où le « *potestas* » est suffisamment riche pour mener à une « *potentia* » de bonne gouvernance. Les tribunaux ne sont pas des experts de la politique publique, mais ils sont experts dans les processus, dans l'interprétation des droits de la personne et dans l'évaluation de preuves d'experts. C'est cette expertise qui est mise à profit dans le cadre d'exigences de preuves et de processus adéquats. La rigueur que les tribunaux peuvent imposer à divers processus de consultations devrait être perçue comme un investissement dans le « *potestas* » pour permettre une action politique (« *potentia* ») enrichie, à la fois plus légitime et mieux informée.

De nombreux exemples peuvent être présentés. Dans le contexte des exigences procédurales, notons l'exigence du devoir de consulter les communautés autochtones affectées par des développements ou décisions qui pourraient mettre en

²² *Alberta c Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 RCS 567.

²³ *Ibid* au para 61.

péril l'exercice de leurs droits ancestraux²⁴. Il ne s'agit pas ici de présenter une défense du devoir de consulter, qui est certes contesté comme outil de promotion des droits, mais bien de suggérer que des exigences additionnelles à cet égard ont pour effet de modifier l'allocation de pouvoir entre les compagnies minières ou les gouvernements et les communautés autochtones qui peuvent, à la marge et de temps en temps, influencer les politiques qui les affectent. À tout le moins, ont-elles droit à davantage d'informations. Le devoir de consulter régularise et discipline le développement économique des régions où des droits ancestraux sont contestés. Les tribunaux, en exigeant qu'une consultation ait lieu, ne donnent pas la solution mais permettent aux parties de mieux interagir. Les tribunaux gèrent le « *potestas* », les contraintes, d'une action politique ultime qui sera négociée ou même imposée sur le terrain.

Quant à l'exigence de gouvernance intelligente, basée sur la preuve, qui pourrait paraître beaucoup plus contestée en raison des critiques de la compétence des tribunaux pour évaluer le savoir de sciences sociales. À mon avis, il est nécessaire que cette exigence soit mise de l'avant. Je suis, pour ma part, sceptique de cette incompétence institutionnelle présumée des tribunaux alors que leur capacité de décider des questions de sciences dures ne l'est pas. Néanmoins, encore une fois, le but n'est pas de déterminer la suffisance de la preuve mais bien d'exiger son existence et sa divulgation. Une bonne gouvernance publique serait ainsi une gouvernance intelligente, basée sur des preuves, interrogée et réflexive. Exiger des processus d'évaluation pourrait également faire partie de ces mesures destinées à valoriser l'intervention législative basée sur le savoir.

Les exigences de preuves et de participation au processus de consultation visent à mieux camper l'intervention législative mais également à stimuler la discussion publique. Une meilleure information sur les choix disponibles ainsi qu'une meilleure connaissance des perspectives de l'ensemble des intervenants favorisent une participation démocratique accrue. Cette perspective de démocratisation se retrouve également dans le cadre d'un respect pour la dissidence et les contre-pouvoirs.

B. Une charte qui fait vraiment place à la dissidence

Le projet de Jacques-Yvan Morin visait une protection rigoureuse de la liberté individuelle à la lumière du droit international. Entre autres, il voulait protéger l'individu dans le cadre de ses relations avec l'État qui, à l'époque, visait à réglementer de plus en plus²⁵. Il reconnaît également que les États colonisés peuvent préférer la reconnaissance de leur intérêt collectif à la liberté individuelle. Dans un passage assez intéressant, il note :

²⁴ *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 RCS 511; *Rio Tinto Alcan inc c Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 RCS 650.

²⁵ Voir Morin, « Une Charte », *supra* note 1 à la p 298 : « il appartient donc à la Législature d'adopter une discipline qui respectueuse de la liberté ».

les peuples qui ne sont pas entièrement libres de leur destinée politique ont tendance, aujourd'hui plus encore qu'hier à subordonner les droits et intérêts individuels au but collectif. Le Canada français n'a pas échappé à cette règle et ses citoyens se sont toujours préoccupés davantage de leurs droits minoritaires que de la condition et des libertés des particuliers²⁶.

Il suggère que l'émancipation politique du Québec doit s'accompagner d'un dépassement des « vieux complexes minoritaires » en faveur du développement d'une maturité démocratique qui fait place aux droits de la personne :

Non seulement cette évolution est possible, mais elle devient de plus en plus indispensable en raison de l'emprise croissante de l'État provincial sur la vie économique et sociale²⁷.

Il faut concevoir le droit à la dissidence comme une source d'habilitation des gouvernements dans un contexte de recherche d'égalité. Plusieurs s'étonneront de l'idée de cumuler liberté et égalité plutôt que de les opposer. En effet, plusieurs opposent la liberté et la recherche d'égalité, surtout dans le contexte de la propagande haineuse et de la lutte contre la pornographie. Pour certains, la promotion de l'égalité justifie une limite à l'expression haineuse ou l'expression qui mine l'autonomie des femmes. Cette façon de voir s'articule bien si l'État a l'obligation de se justifier, telle que détaillée ci-haut. Néanmoins, le droit à la dissidence doit être préservé de façon à ce qu'autres questions d'inégalité soient discutées. Le droit à la dissidence ne protège pas seulement les voix fortes et puissantes, mais aussi les voix qui sont escamotées ou auxquelles on impose le silence parce qu'elles dérangent. On peut facilement imaginer comment un groupe de promotion de l'égalité pourrait vouloir ignorer les critiques internes. Par exemple, l'analyse des luttes du mouvement féministe, ou des mouvements féministes, révèle de profondes fissures au fil des années, où de nouvelles voix se sont affirmées à l'interne ou parfois à l'extérieur du mouvement. Les femmes racialisées forment souvent leurs propres groupes. Les transsexuelles ont des rapports ambigus avec les groupes de protection des femmes, les femmes croyantes peuvent également se sentir exclues de certains groupes féministes. La possibilité que ces voix discordantes soient entendues est généralement reconnue. Plus difficile est de reconnaître la légitimité de voix sexistes comme les voix critiques de certains hommes blancs, antiféministes, de protection des droits des pères, par exemple. Il est difficile de déterminer quelle voix est anti-égalité et quelle voix est pro-égalité dans un contexte d'exclusion. Il vaut peut-être mieux protéger l'ensemble des voix quitte à s'assurer que des mécanismes de protection du droit à l'égalité et d'élimination de la discrimination demeurent bien affûtés. Le droit à la dissidence présente une certaine garantie contre l'hégémonie d'un groupe et peut contribuer à sa démocratisation.

La véritable protection du droit à la dissidence vise l'existence d'un contre-pouvoir véritable. Une réalité de contre-pouvoir permet l'action politique gouvernementale qui n'élimine pas l'opposition et ne supprime pas les ennemis du régime mais bien les nourrit parce qu'ils permettent la discussion publique des enjeux. La dissidence, et le contre-pouvoir, seraient donc des outils de bonne gouvernance.

²⁶ *Ibid* à la p 289.

²⁷ *Ibid*.

Pour bien protéger le droit à la dissidence, il faut protéger de façon proactive et faciliter son exercice. Cette facilitation demande le respect de plusieurs libertés fondamentales ainsi que d'autres droits procéduraux et de protection de la vie privée. Entre autres, une protection efficace du droit à la dissidence demande la protection de la liberté d'expression, de la liberté académique, de la liberté de manifester paisiblement et de la liberté d'association également.

De plus, il faut penser que la protection du droit à la dissidence requiert des processus pénaux rigoureux, perfectionnés et incapables d'être manipulés par la perspective de l'impopularité d'une personne. Finalement, il est bien établi qu'un véritable droit à la dissidence demande la protection de la vie privée. Déjà en 1995, Regan suggérerait que la protection de la vie privée dépassait les cadres de l'analyse individualisée :

*Privacy has a value beyond its usefulness in helping the individual maintain his or her dignity or develop personal relationships. Most privacy scholars emphasize that the individual is better off if privacy exists; I argue that society is better off as well when privacy exists. I maintain that privacy serves not just individual interests but also common, public and collective purposes. If privacy became less important to one individual in one particular context, or even to several individuals in several contexts, it would still be important as a value because it serves other crucial functions beyond those that it performs for a particular individual. Even if the individual interests in privacy became less compelling, social interests in privacy might remain*²⁸.

De même, Jeffrey Rosen lie vie privée et création du savoir²⁹. Neil Richards va plus loin et suggère que la surveillance mine le droit à la dissidence :

*[Surveillance] inclines us to the mainstream and the boring. It is claim that when we are watched while engaging in intellectual activities, broadly defined – thinking, reading, websurfing, or private communication – we are deterred from engaging in thoughts or deeds that others might find deviant. Surveillance thus menaces our society's foundational commitments to intellectual diversity and eccentric individuality*³⁰.

Selon l'analyse « *potestas/potentia* », la protection de la vie privée devrait être analysée comme un outil de « *potestas* », une forme de contrainte sur l'appareil étatique et privé, qui vise l'habilitation de la démocratie. Une protection proactive et vigilante de la vie privée serait essentielle et exigerait davantage que des régimes de plainte. C'est le dernier point qui me semble essentiel. « *Potestas* » doit émerger des institutions tout autant que d'une disposition constitutionnelle. Pourrait-on exiger que la *Charte québécoise* protège certaines institutions, comme le Protecteur du Citoyen, le Vérificateur ou la Commissaire à l'information et la vie privée?

²⁸ Priscilla M Regan, *Legislating Privacy: Technology, Social Values, and Public Policy*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1995 à la p 221.

²⁹ Jeffrey Rosen, *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy In America*, New York, Random House, 2000.

³⁰ Neil Richards, « The Dangers of Surveillance » (2013) 126 HLR 1934 à la p 1948; Voir aussi Timothy Macklem, *Independence of the Mind*, Oxford, Oxford University Press, 2008; Leslie Kendrick, « Speech, Intent and the Chilling Effect » (2013) 54 Wm&Mary LR 1633.

C. Une charte qui reconnaît l'importance des institutions de bonne gouvernance

Le droit ne produit pas nécessairement l'équité mais il doit et peut libérer la capacité des individus de le faire et d'agir justement. Les institutions que les humains créent pour produire la démocratie peuvent être manipulées par l'État. Une attention constante doit donc être portée à leur conception pour qu'elles puissent fonctionner efficacement et indépendamment. De « bonnes » institutions doivent présenter des garanties d'indépendance qui puissent leur garantir une certaine crédibilité.

Déjà dans les années 1960, Jacques-Yvan Morin reconnaît que les tribunaux ne peuvent pas être les seuls à protéger les droits de la personne³¹. Une société démocratique qui a atteint un certain niveau de maturité reconnaît que l'exercice de la dissidence, et la capacité de vraiment contribuer et d'exiger une certaine imputabilité requiert davantage la création et le maintien d'institutions diverses dont la fonction est de faciliter l'exercice des droits. Une charte de bonne gouvernance pourrait donc constitutionnaliser certains offices gouvernementaux sans en préconiser le design de façon à ne pas les figer dans le temps. On peut penser que le Vérificateur général, le Directeur des élections, les mécanismes d'imputabilité policière ou encore le Commissaire à l'information et la vie privée sont devenus des outils de bonne gouvernance qui ne devraient pas être démantelés ni pressurisés injustement. Cette constitutionnalisation des pouvoirs de certains organismes va probablement au-delà des aspirations du « *potestas* » qu'envisageait Loughlin, mais il se peut que l'on doive dépasser le cadre des droits pour passer aux mécanismes pour vraiment obtenir une gouvernance démocratique moderne.

Le projet de Jacques-Yvan Morin visait à créer une charte qui soit à la mesure des ambitions du Québec qui propose une vision de la gouvernance publique qui soit démocratique, égalitaire et protectrice des libertés individuelles, mais aussi reconnaissant un rôle actif de l'État.

La réflexion amorcée ici est de poursuivre cette réflexion de vouloir créer un droit des chartes qui ne soit pas instrument de liberté sans égalité, ou muet face aux inégalités sociales. Il nous faut un droit des chartes qui parle intelligemment des défis de nos sociétés inégalitaires, qui interpelle sérieusement les gouvernements et qui exige davantage d'eux. Le propos avancé ici est de développer un projet constitutionnel qui ne puisse pas être englouti dans un agenda néolibéral étroit, mais qui fasse la place à une vision plus élargie de la bonne gouvernance démocratique. Mon propos visait à suggérer que la bonne gouvernance est créée par le droit et qu'il s'agit de « produire » ou d'aligner une gouvernance qui se préoccupe de façon réelle

³¹ Jacques-Yvan Morin, *supra* note 1 à la p 296 : « La réaction de la Législature [...] montre bien [...] que les droits de l'homme ne sauraient être protégés uniquement par les tribunaux. »

de l'inégalité, de la protection des dissidents et des institutions d'imputabilité. En quelque sorte, il s'agit de créer une gouvernance constamment en réflexion, inquiète de ses écarts, intelligente, qui aspire à se corriger et à s'améliorer constamment. Il s'agit donc d'imaginer un droit des chartes qui valorise et soutient l'action gouvernementale tout en créant des réflexes démocratiques irrésistibles.

La démarche entreprise ici visait à utiliser certains écrits de Martin Loughlin, en particulier la relation dynamique entre le « *potestas* » et la « *potentia* », pour proposer un cadre plus exigeant à la gouvernance, non pas dans le but de l'étouffer, mais bien de l'habiliter.