

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE

L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ET DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (E.A.4192)

FACULTÉS DES ÉTUDES SUPÉRIEURES

SPÉCIALITÉ DROIT PUBLIC

Par Nicolas BLANC

CONSTITUTIONNALISME ET EXCLUSION
Critiques du regard français sur le modèle canadien de pluralisme

Sous la direction de Madame le Professeur Marie-Claire PONTTHOREAU
et de Monsieur le Professeur Jean-François GAUDREAU-DESBIENS

Soutenue le 8 décembre 2014

Membres du jury:

Monsieur Jean-Guy BELLEY

Professeur Émérite à l'Université McGill – *Rapporteur*

Madame Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

Professeur à l'Université de Paris Ouest – Nanterre – *Rapporteur*

Madame Aude ROUYÈRE

Professeur à l'Université de Bordeaux – *Examineur*

Monsieur Luc B. TREMBLAY

Professeur titulaire à l'Université de Montréal – *Examineur*

L'Université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Je tiens à exprimer ici ma plus profonde gratitude et mon plus grand respect envers mes deux directeurs de thèse, Madame le Professeur Marie-Claire Ponthoreau et Monsieur le Professeur Jean-François Gaudreault-DesBiens pour leur précieuse direction, de Bordeaux à Montréal.

Je tiens à les remercier de m'avoir, par leur regard très particulier, ouvert à des champs insoupçonnés de réflexion, et de toute la confiance dont ils ont fait preuve à mon égard, m'accompagnant lorsque je m'aventurais dans ces dimensions critiques du droit, et me guidant lorsque je m'y suis, si souvent, perdu.

La tâche la plus ardue est, sans aucun doute, celle d'apprendre à penser sans contraindre la pensée. Qu'ils en soient donc très chaleureusement remerciés.

Je tiens à remercier, ensuite, l'ensemble des services de l'Université de Bordeaux et de l'Université de Montréal, pour leur disponibilité, leur gentillesse et leur efficacité.

À ce titre, cette recherche n'aurait jamais été la même sans l'affectueuse présence de Mesdames Martine Portillo et Michèle Leroux. Je tiens à les remercier pour leurs encouragements constants, leur chaleur, leur aide et leurs sourires.

Cette thèse n'aurait pas non plus été la même si je n'avais bénéficié de très nombreuses et très riches discussions. Je tiens à remercier, tout d'abord, le directeur du C.E.R.C.C.L.E., Monsieur le Professeur Ferdinand Mélin-Soucramanien, pour sa confiance.

Je tiens à remercier les membres de mon jury de synthèse, Monsieur le Professeur Michel Morin et Madame la Professeure Noura Karazivan de m'avoir encouragé à recentrer ma recherche sur les problématiques qui me tenaient à cœur.

Je tiens à remercier Mesdames les Professeures Louise Rolland et Diane Labrèche, d'avoir bien voulu discuter, lors de mon parcours à l'Université de Montréal, de mes projets de recherche, notant ses tropes et catachrèses.

I am grateful to Professors Mariana Valverde, Brenda Cossman, and Dan Danielsen, for having willingly discussed parts of this research. I also received invaluable feedback from my summer school in Bilbao (A.T.L.A.S.), and my doctoral visiting program at the University of Toronto.

Cette recherche n'aurait pas été possible sans de nombreux soutiens financiers. Je tiens à remercier le C.E.R.C.C.L.E., l'école doctorale de droit de l'Université de Bordeaux, la faculté de droit et le service des relations internationales de l'Université de Montréal. Je souhaite remercier le Rotary international, et notamment Monsieur Joël Salace, pour la bourse Henri Sabourin. Je tiens également à remercier le consulat général de France au Québec, et notamment Monsieur Ludovic Rose, pour la bourse Frontenac.

J'adresse aussi tous mes remerciements à mes amis doctorants, ou docteurs, qui ont contribué à leur manière à cette recherche, aux membres du C.E.R.C.C.L.E. et notamment à Pauline, Sandrine et Daniel, pour leur soutien.

J'ai été gratifié par de très belles rencontres au hasard des couloirs de l'Université de Montréal. Je tiens à remercier Laurence, pour tous ses éclats de rire et Dalia qui, de Bilbao à Montréal, ne cesse de m'émerveiller. I also wish to thank Perveen Ali for our incredible discussions on State sovereignty and Michel Foucault. My work much benefited from them.

Je souhaite remercier tous mes amis présents au cours de ces années de recherche : Marion et Julien qui ont donné à mes séjours bordelais leur chaleur et leurs couleurs, Marion et Marie qui, de Bruxelles, m'entourent de leur présence. Je remercie mes amis de Montréal pour tous ces beaux moments et, notamment, Stéphane, Antoine, Joan et Cléopée. I met truly inspiring human beings in Toronto, thank you Céline, Amer and Elijah.

Je remercie également ma famille, qui a su m'entourer durant ces années. Ce travail est à la mémoire de Jacques.

Ces remerciements vont à des personnes spéciales. Lorenza, thank you for inspiring me each day. Daniel, je ne pourrais être plus chanceux que de t'avoir rencontré. Ma belle Johanne, ta présence est la plus évidente et la plus essentielle.

Mes derniers remerciements, et aussi les plus forts, vont à mes parents et à mon frère jumeau, Alexandre. Vous m'avez donné plus d'amour qu'il n'est possible d'imaginer. Je ne vous remercierai jamais assez de n'avoir, à aucun moment, pensé faire de moi un homme mais, toujours, un esprit critique. Cette recherche vous est dédiée.

Sommaire

<i>Sommaire</i>	7
<i>Liste des principales abréviations</i>	9
<i>Note de traduction</i> :.....	11
INTRODUCTION	15
I - CANADA C. FRANCE : LES IDÉAUX-TYPES DE LA COMPARAISON DIFFÉRENTIELLE	19
II - PLURALISME JURIDIQUE C. POSITIVISME JURIDIQUE : UNE « FAUSSE » BONNE IDÉE	31
III - DÉPLACER LA COMPARAISON DIFFÉRENTIELLE : VERS UNE « GOUVERNEMENTALITÉ » PLURALISTE	45
<u>PREMIÈRE PARTIE</u>	57
<u>L'ORIENTATION PLURALISTE DU CONSTITUTIONNALISME</u>	57
<u>CHAPITRE 1</u> – GÉNÉALOGIE FORMELLE DE L'ORIENTATION PLURALISTE DU CONSTITUTIONNALISME: FORCLUSION FRANÇAISE C. PROMOTION CANADIENNE	63
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	149
<u>CHAPITRE 2</u> – GÉNÉALOGIE MATÉRIELLE DE L'ORIENTATION PLURALISTE DU CONSTITUTIONNALISME: RÉPRESSION FRANÇAISE C. PARENTÉ CANADIENNE	151
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	255
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	257
<u>DEUXIÈME PARTIE</u>	259
<u>LA STRUCTURE IDENTITAIRE DU CONSTITUTIONNALISME</u>	259
<u>CHAPITRE 3</u> – LES ORIENTATIONS IDENTITAIRES DE L'ÉGALITÉ RHÉTORIQUE : L'HOMOSOCIALITÉ ET LE PATRIARCALISME DU CONSTITUTIONNALISME	265
CONCLUSION DU CHAPITRE 3	359
<u>CHAPITRE 4</u> – LES ORIENTATIONS IDENTITAIRES DE L'ÉGALITÉ SUBSTANTIELLE : « L'HÉTÉRONORMATIVITÉ » DU CONSTITUTIONNALISME	363
CONCLUSION DU CHAPITRE 4	433
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	437
<u>TROISIÈME PARTIE</u>	441
<u>LES ÉTRANGERS DU CONSTITUTIONNALISME</u>	441
<u>CHAPITRE 5</u> – RÉGULATIONS BIOPOLITIQUES : LES « COMMUNAUTÉS IDENTITAIRES » DES DROITS FONDAMENTAUX	447
CONCLUSION DU CHAPITRE 5	523
<u>CHAPITRE 6</u> – RÉGULATIONS DISCIPLINAIRES : CONFLITS DE DROITS ET PHÉNOMÉNOLOGIE DE L'EXCLUSION EN DROIT CONSTITUTIONNEL	527
CONCLUSION DU CHAPITRE 6	631
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	633
CONCLUSION GÉNÉRALE	637
<i>Bibliographie générale</i>	643
<i>Index de jurisprudence</i>	709
<i>Index des auteurs</i>	727
<i>Index thématique</i>	731
<i>Table des matières</i>	737

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.J.D.A.	Actualité Juridique. Droit Administratif
A.P.D.	Archives de Philosophie du Droit
Alta.	Alberta
Alta L. Rev.	Alberta Law Review
B.C.	British Columbia / Colombie-Britannique
Cah. de D.	Cahiers de Droit
c., v., c/	contre – versus
C.A.	Cour d’appel
C.E.	Conseil d’État
C.E. Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d’État
C.E.D.H.	Cour Européenne des Droits de l’Homme
C.F.	Cour fédérale
C.S.C.	Cour suprême du Canada
Cah.C.C.	Cahiers du Conseil Constitutionnel
Can. Bar Rev.	Canadian Bar Review
Can. J. L. & Soc.	Canadian Journal of Law and Society
Can. J. of L. & J.	Canadian Journal of Law and Jurisprudence
Can. J. Women & L.	Canadian Journal of Women and Law
chron.	chronique
coll.	collection
Colum. J. Gender & L.	Columbia Journal of Gender and Law
Const. Forum	Constitutional Forum
D.C.	Décision de conformité du Conseil constitutionnel
Dalh. L. J.	Dalhousie Law Journal
dir.	Direction
G.A.J.A.	Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative
G.L.Q.	A Journal of Lesbian and Gay Studies
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Harv. C.R.-C.L. L. Rev.	Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review
I-CON	International Journal of Constitutional Law
J. of Hom.	Journal of Homosexuality
J.C.P. A.	La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales
J.C.P. G.	La Semaine Juridique – Édition Générale
L.G.B.T.	Lesbian – Gay – Bisexual – Transgender
L.G.D.J.	Librairie Général de Droit et de Jurisprudence

L.P.A.	Les Petites Affiches
Man.	Manitoba
Man. L. J.	Manitoba Law Journal
McGill L.J.	McGill Law Journal
Nfdl. & P.E.I.	Newfoundland and Labrador – Prince Edward Island
N.J.C.L.	National Journal of Constitutional Law
N.S.	Nova Scotia – Nouvelle-Écosse
N.W.T.	North West Territories
n°, no.	numéro
Ont., ON.	Ontario
op. cit.	Opus Citatum
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal
Ottawa L.Rev.	Ottawa Law Review
p., pp.	Pages
Préf.	Préface
QC, Q.C.	Québec
Q.P.C.	Question Prioritaire de Constitutionnalité
Queen’s L.J.	Queen’s Law Journal
R. A.	La Revue Administrative
R.D.P.	Revue du droit public et de la science Politique en France et à l’étranger
R.D.U.S.	Revue de Droit de l’Université de Sherbrooke
R.F.D.A.	Revue Française de Droit Administratif
R.F.D.C.	Revue Française de Droit Constitutionnel
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé
R.J.T.	Revue Juridique Thémis
R.R.J.	Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif
R.T.D. Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Req.	Requête
Rev. of Const. Stud.	Review of Constitutional Studies
Rev. Québ. D. Const.	Revue Québécoise de Droit Constitutionnel
S.C.L.R. (2d)	Supreme Court Law Review (2d)
Sask.	Saskatchewan
Sask. L.Rev.	Saskatchewan Law Review
spéc.	Spécialement
T.A.	Tribunal Administratif
Th’l Inq. In L.	Theoretical Inquiries in Law
trad.	traduction
U.B.C. L.Rev.	University of British Columbia Law Review

NOTE DE TRADUCTION :

« Traduire c'est trahir. » Or, afin de faciliter la lecture du texte, nous avons traduit de l'anglais l'intégralité de la doctrine citée dans la présente recherche.

Cependant, nous avons laissé les décisions en anglais, lorsque ces dernières n'ont pas reçu de traduction officielle, particulièrement dans la troisième partie de la recherche.

« I gave orders for my horse to be brought round from the stable. The servant did not understand me. I myself went to the stable, saddled my horse and mounted. In the distance I heard a bugle call, I asked him what this meant. He knew nothing and had heard nothing. At the gate he stopped me, asking: « Where are you riding to, Master? » « I don't know, » I said, « only away from here, away from here. Always away from here, only by doing so can I reach my destination. » « And so you know your destination? » he asked. « Yes, » I answered. « Didn't I say so? Away-From-Here, that is my destination. » « You have no provisions with you, » he said. « I need none, » I said, « the journey is so long that I must die of hunger if I don't get anything on the way. No provisions can save me. For it is, fortunately, a truly immense journey. »

(FRANZ KAFKA, « My Destination », in *The Basic Kafka*, Pocket Books, New York, 1979, pp. 185-186).

« Dire que l'ego « avant » autrui est seul, c'est déjà le situer par rapport à un fantôme d'autre, c'est au moins concevoir un entourage où d'autres pourraient être. »

(MAURICE MERLEAU-PONTY, « Le philosophe et son ombre », in *Signes*, Gallimard, Paris, 1960, pp. 201-228, p. 219).

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Toute définition d'un 'nous' implique la délimitation d'une 'frontière' et la désignation d'un 'eux'. Cette définition d'un 'nous' prend toujours place, alors, dans un contexte de diversité et de conflit. (...) Il y aura toujours un 'dehors constitutif', un extérieur à la communauté qui est la condition même de son existence. »¹

1. La recherche entend démontrer qu'une critique méthodologique de la reconstruction d'un supposé modèle canadien de pluralisme par un regard français fait naître la problématique de l'exclusion. L'exclusion sera définie comme le décalage entre l'orientation identitaire du droit et l'identité du corps du sujet – perçu ou invisible, établissant alors les « frontières invisibles de l'appartenance nationale. » L'exclusion conduit à « l'impossibilité de la participation à la vie publique. » Les exclus sont les vies invisibles du droit dont les possibilités de se trouver maintenues dans l'espace public sont liées « à une série convergente de perceptions sociales qui accèdent des manières d'être. »² Cependant, les liens entre constitutionnalisme et exclusion n'ont *a priori* rien d'évident. En effet, la tradition du constitutionnalisme, réalisée à travers la figure de l'État de droit, entend bien limiter la puissance de l'État en assurant la protection des droits de l'individu³. Les difficultés seraient de deux ordres. D'une part, on considère ces modèles comme luttant contre l'exclusion⁴, le modèle républicain en effaçant la différence, le modèle multiculturel en soulignant la différence. D'autre part, le normativisme conduirait à écarter l'exclusion en tant que phénomène juridique, si l'on accepte la distinction droit – morale, et la réduction de l'objet de la science⁵. L'exclusion relèverait de l'éthique⁶.

2. Avec la diversification de la population des États nations, le pluralisme serait la nouvelle *orientation* du constitutionnalisme. Le comparatiste français reconstruit alors le droit canadien comme *modèle* de pluralisme, par sa valorisation des identités, sa critique du républicanisme, sa construction d'un ordre juridique pluraliste et son pluralisme scientifique. Mais ce regard français conduit aussi à une reconstruction parallèle d'un *antimodèle* français. Cette transition pluraliste se justifierait par « l'engagement des sociétés démocratiques envers le principe d'égalité morale des personnes dans un environnement juridique, social et politique qui

¹ MOUFFE (C.), *The Return of the Political*, Verso, coll. Radical Thinkers, London 2005, pp. 84-85, (nous traduisons).

² LE BLANC (G.), *L'invisibilité sociale*, P.U.F., coll. Pratiques Théoriques, Paris, 2011, p. 1.

³ La positivité de la limitation fait-elle toutefois débat : BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994 et LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, MAZÈRES (J.-A.) (préf.), T. 176, L.G.D.J., Paris, 1997.

⁴ MACDONALD (R.A.), « L'identité en deux temps: le républicanisme et le pluralisme: deux points de vue juridiques sur la diversité », in VIBERT (S.) (dir.), *Pluralisme et Démocratie, entre culture, droit et politique*, Éd. Québec Amérique, C.R.É.Q.C., Montréal, 2007, pp. 273-308.

⁵ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, traduction EISENMANN (C.), Bruylant – L.G.D.J., 1999, Paris, pp. 65-77.

⁶ Ce n'est pas sans rappeler la controverse Perelman et Kelsen au sujet de la raison pratique : BOBBIO (N.), « Perelman et Kelsen, » *Droits*, 2001, no. 33, pp. 165-180. Le droit, intégrant des valeurs exprimées dans les énoncés, n'est jamais herméneutiquement séparé de la morale : MCCORMICK (N.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, P.U.F., Les voies du droit, Paris, 1996, pp. 277-280.

valorise le pluralisme et le multiculturalisme. »¹ Cette tendance concernerait aussi la France, par une tension démocratique², malgré l'influence des discours révolutionnaires, eux-mêmes marqués par ces tensions³. Le pluralisme, loin d'être incompatible avec l'idée de République, y serait contenu⁴ et le développement des fictions juridiques aurait procédé de telles réalités⁵. Selon certains, le pluralisme serait même devenu l'orthodoxie de la science juridique⁶. Sans toutefois parler d'orthodoxie en France, l'effet combiné de l'État centralisé et du positivisme n'a pas écarté tout pluralisme si l'on évoque l'influence du positivisme sociologique de L. Duguit sur la pensée pluraliste anglo-saxonne⁷ ou la pensée institutionnelle de M. Hauriou⁸. Partant, il est inexact, au mieux, dangereux, au pire, de dire que la République est rétive au pluralisme. Derrière une opposition « modèle canadien » et « anti-modèle français » pluraliste s'établit un espace public avec une *identité propre* – et des exclus, qu'il convient d'identifier.

3. En effet, ce qui interroge à travers ces tensions pluralistes n'est pas leurs manifestations – infra-constitutionnelles dans le cas français, constitutionnelles dans le cas canadien – que les exclusions identitaires qui les accompagnent. Ni l'un – sous couvert d'une dislocation de l'État par le pluralisme – ni l'autre – sous couvert d'être un *modèle* de pluralisme ouvert aux différences – n'interrogent la « question identitaire. » Ces exclusions identitaires seront qualifiées d'orientation du constitutionnalisme, efface-t-on ou souligne-t-on la différence. Il est rendu plus difficile d'interroger *l'identité* de l'État que le pluralisme. Le paradoxe tient à ce que si des foyers de pluralisme sont implicitement *tolérés* ou explicitement *protégés*, la question identitaire ne peut être soulevée. C'est le problème de la dignité dans le pluralisme contemporain⁹. C'est ce que le philosophe G. le Blanc a qualifié de vulnérabilité de l'étranger constitutionnel¹⁰ ou précarité du sujet¹¹. En somme, le *problème* de la République n'est pas le pluralisme mais l'identité : sans doute trouve-t-on une explication à cette difficulté à penser la fraternité en droit public¹², c'est-à-dire *l'altérisation*. Quelles sont donc les identités du droit?

¹ TREMBLAY (L.B.), « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », *McGill L.J.*, 2012, vol. 57, n°3, pp. 429-471, p. 452.

² VIOLA (A.), *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ROUSSILLON (préf.), T. 105, L.G.D.J., Paris, 2002.

³ JAUME (L.), *Le discours Jacobin et la démocratie*, Fayart, Paris, 1989.

⁴ WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012.

⁵ ROULAND (N.), *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Odile Jacob, Paris, 1995.

⁶ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme comme orthodoxie de la science du droit », *Can. J. of L. & Soc.*, 2011, vol. 26, no. 2, pp. 257-276.

⁷ HIRST (P.Q.) (ed.), *The Pluralist Theory of the State. Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, London and New York, 2005.

⁸ SCHMITZ (L.), *La théorie de l'institution de Maurice Hauriou*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2013.

⁹ BELLEY (J.-G.), « La protection de la dignité humaine dans le pluralisme juridique contemporain », *C.R.D.F.*, 2010, vol. 8, pp. 117-134.

¹⁰ LE BLANC (G.), *Dedans, dehors. La condition d'étranger*, Seuil, La couleur des idées, Paris, 2010.

¹¹ BUTLER (J.), *Vie précaire. Les pouvoirs du deuil et de la violence après le 11 septembre*, Éd. Amsterdam, Paris, 2005.

¹² BORGETTO (M.), *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, ARDANT (P.) (préf.), T. 170, L.G.D.J., Paris, 1993.

4. Par conséquent, la démarche de cette recherche sera construite à partir d'une double considération. D'une part, à partir de l'idée que l'on aurait d'un côté le mythe républicain du constitutionnalisme français aveugle aux différences et, de l'autre, le mythe du pluralisme canadien comme creuset d'épanouissement des différences. En effet, selon J.-G. Belley, la politique canadienne du pluralisme juridique veut « prendre en compte et justifier l'existence d'un pluralisme juridique interne au droit de l'État, celui qui découle d'une politique publique de reconnaissance et de protection de la diversité sociale. »¹ La comparaison différentielle semble *a priori* intuitive puisqu'« à l'encontre de la doctrine républicaine d'une nation une et indivisible, abstraite et homogène, constituée d'individus-citoyens réputés égaux en droit, l'option pluraliste préconise un réalisme et un idéalisme juridiques fondés sur l'acceptation et la promotion d'une société complexe dont l'hétérogénéité trouve une expression formelle dans le droit fondamental de l'État. »² Cette présentation dialectique dans *l'approche* de la question pluraliste mérite d'être interrogée : elle traduit une reconstruction idéal-typique du droit français et inhibe la question des difficultés à penser, constitutionnellement, *l'identité*.

5. D'autre part, à partir de l'idée que la *question* du pluralisme se poserait à quatre niveaux dans *l'approche* même de l'objet *constitutionnalisme* par le comparatisme différentialiste : l'épistémologie, l'ontologie et la méthodologie juridiques. C'est ce qu'A. Aarnio a qualifié de *théorie de la justification* : « la présentation de la justification est aussi un moyen d'assurer au système juridique une base rationnelle dans la société. »³ Cette proposition peut être amendée sur deux points. D'une part, en ajoutant une quatrième dimension – celle de l'axiologie juridique ou justification en valeurs des principes gouvernant le contenu du droit⁴ – et, d'autre part, en distinguant la question phénoménologique du champ perceptif dans *l'approche* d'un objet juridique, de la question épistémologique relative à la *connaissance* d'un objet juridique. Ce regard français construirait quatre oppositions : *positivisme c. pluralisme* (épistémologie), *universalisme c. différentialisme* (ontologie), *républicanisme c. multiculturalisme* (axiologie), et, alors, *antimodèle français c. modèle canadien* de pluralisme et d'inclusion des identités.

6. Cependant, F. Ost et M. Van de Kerchove⁵ ont bien démontré que l'un des obstacles épistémologiques de la théorie du droit est la loi de la bipolarité des erreurs ou présentation

¹ BELLEY (J.-G.), « Le Juge Bastarache et le pluralisme juridique », in LAMBERT (N.C.G.) (ed.), *At the forefront of duality. Essays in Honour of Michel Bastarache*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2011, pp. 3-38.

² BELLEY (J.-G.), « Le Juge Bastarache et le pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 12.

³ AARNIO (A.), *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, L.G.D.J., coll. La pensée juridique moderne, Paris, 1992, p. 7.

⁴ VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., coll. Quadrige, Manuels, 1ère Éd., 2009, p. 50.

⁵ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, vol. 33, pp. 177-206.

dialectique des paradigmes de la science du droit. L'obstacle serait d'une part de considérer que les paradigmes viennent par paires considérées comme différentielles, et d'autre part, de considérer que la résolution d'un problème épistémologique passe par le *choix* de l'un des deux paradigmes. En outre, selon ces auteurs, l'obstacle est consommé lorsque le chercheur tombe – dans la présentation d'une question juridique – dans une dialectique différentielle, au lieu de s'en extraire. L'approche phénoménologique de M. Merleau-Ponty permettra cette critique du regard français en s'interrogeant sur « l'orientation identitaire » dans la perception d'un objet. Aussi, la difficulté critique est de déconstruire du point de vue de la méthodologie juridique, la *perception* en quatre côtés de ce regard français sur un modèle canadien de pluralisme. Ces quatre côtés forment une pyramide tenant par des oppositions, terme à terme. Dans quelle mesure la déconstruction de cette pyramide fait-elle naître la notion d'exclusion?

7. L'exclusion naît de ce *cadre* des questions qui peuvent et qui méritent d'être posées¹. M. Merleau-Ponty qualifie cela d'*ombre* de la perception. En effet, le champ perceptif des questions disponibles à la science est toujours déjà limité par les orientations prises vers certains phénomènes, au détriment des autres. Nous qualifierons cela d'identité et de « dehors constitutif » de la perception². En d'autres termes, l'identité, dans la perception, restreint le champ des phénomènes pouvant être perçus, et cette perception n'est possible qu'à travers la relégation de tout ce qui n'a pas été perçu, mais qui a rendu possible l'acte perceptif lui-même. L'exclusion résulte de l'orientation du constitutionnalisme vers certains corps et de la science vers certains phénomènes. Or, la présentation différentielle de la comparaison ne fait que contribuer à ces effets d'exclusion : le comparatiste produit des *images*. L'enjeu sera de déconstruire cette présentation différentielle en éclairant le phénomène de l'exclusion né des images-cadres du regard. Pluralisme et identité ne seront définis en substance. L'identité est le fruit d'un rapport de pouvoir et le pluralisme se définit non par ce qu'il est, mais par *ce qui en est exclu*. Le pluralisme n'est pas un *objet*, mais une « hypothèse critique » de la perception.

8. En somme, le constitutionnalisme pluraliste canadien est présenté comme un (anti)modèle pour le constitutionnalisme moniste français : ce modèle négatif contribue à la critique du modèle ou à sa confirmation. C'est ce que l'on qualifie de comparaison différentielle³. France

¹ Nous empruntons cette problématique du cadrage à la philosophe Judith Butler : BUTLER (J.), *Ce qui fait une vie. Essai sur la violence, la guerre et le deuil*, Zones, Paris, 2010 ; *Qu'est-ce qu'une vie bonne ?*, Manuels Payot, Paris, 2014.

² Foucault parle, lui, de « problématisation » : FOUCAULT (M.), *Dits et Écrits*, vol. II, Gallimard, Paris, 1994, p. 1450.

³ SCHEPPELE (K.L.), « Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case For Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models », *I-CON*, 2003, vol. 1, n°2, pp. 296-324.

et Canada s'opposeraient alors dans le cadre d'une telle comparaison (I). Or, l'opposition positivisme à pluralisme juridiques s'évanouit sur le plan de l'épistémologie : le positivisme peut se faire pluraliste et un paradigme pluraliste n'est qu'un correctif au positivisme (II). Toutefois, la protection comme le rejet, du pluralisme conduisent à des choix (invisibles) sur les frontières identitaires de l'espace public¹ organisant ce que les corps peuvent y faire². Il « réinstalle l'homogénéité après qu'un peu de complexité a été admise dans le giron de l'État. »³ Ce silence critique sur « l'identité » du constitutionnalisme permet de déplacer tant l'analyse de la comparaison différentielle que l'analyse de l'exclusion constitutionnelle (III).

9. La recherche s'interrogera donc sur le fait de savoir dans quelle mesure la critique du regard français sur un modèle supposé canadien de pluralisme fait-elle progresser la critique de l'exclusion constitutionnelle ? Dans quelle mesure le constitutionnalisme est-il, toujours déjà, la régulation ce qu'un corps peut faire dans l'espace public⁴ ? Afin de produire tant une critique de la méthodologie de la comparaison qu'une démarche d'analyse de l'exclusion, la démarche procèdera en déconstruisant tour à tour les « quatre côtés » de ce regard français.

I - CANADA C. FRANCE : IDÉAUX-TYPES DE LA COMPARAISON

10. Cette comparaison repose sur la notion de « comparaison différentielle »⁵ qui repose elle-même sur la notion de culture : « la culture est ce qui permet de marquer l'identité d'un système juridique et donc sa différence par rapport aux autres systèmes. »⁶ Il s'agit, en quelque sorte, de construire les différences, de sorte à faire émerger des idéaux-types de cultures juridiques. Ce sont des constructions n'ayant aucune prétention à représenter une réalité vraie ou transcendante. Ces idéaux-types sont des fictions épistémologiques : elles sont pourtant à la base de la démarche différentielle. Dès lors, cette comparaison peut être placée au sein des études culturelles : « l'approche culturelle conduit le juriste à porter son attention sur les éléments autres que les normes de manière à atteindre les profondeurs du droit. »⁷ En adoptant cette pluralité d'approches, le comparatisme devient un instrument

¹ CONNOLLY (W.E.), *Identity/Différence. Democratic Negotiations of Political Paradox*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 2002, p. 9.

² ABRAMS (K.), « Performing Interdependence: Judith Butler and Sunaura Taylor in the Examined Life », *Colum. J. Gender & L.*, 2011, vol. 21, n°2, pp. 72-89.

³ BUTLER (J.) et SPIVAK (G.C.), *L'État Global*, Payot, Paris, 2009, pp. 59-60.

⁴ C'est ainsi que Deleuze réconcilie ontologie, épistémologie et anthropologie à travers le concept d'expression corporelle dont il trouve une origine chez Spinoza : DELEUZE (G.), *Spinoza et le problème de l'expression*, Minuit, Paris, 1969.

⁵ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, coll. Corpus Droit public, 2010, pp. 118 et suivantes.

⁶ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 119.

⁷ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 52.

« pour une compréhension critique du droit »¹ dont le pluralisme en serait le support. Aussi, un supposé *modèle* canadien pluraliste (A) s'oppose à un *antimodèle* français républicain (B).

A - Idéal-type 1 : Un Canada (supposément) pluraliste

11. Le Canada est généralement présenté comme un modèle de constitutionnalisme pluraliste², c'est-à-dire visant à réguler les conflits résultant d'une nation multiculturelle³. Au-delà de la théorie de l'interprétation retenue du texte constitutionnel – l'article 27 de la Charte canadienne vise expressément la protection du patrimoine multiculturel du Canada⁴ – les instruments constitutionnels seraient la forme fédérale de l'État – prévue par la Loi constitutionnelle de 1867 – associée à la protection des droits par la Charte, enchâssée constitutionnellement en 1982. L'on observerait une transition dans cette rhétorique constitutionnelle du pluralisme par le fédéralisme au pluralisme par les droits⁵. Aussi, tant l'histoire constitutionnelle canadienne que la théorie même du constitutionnalisme seraient structurées par cette référence (normative) au pluralisme. La Cour suprême l'a reconnu en 1998 en dégagant les principes constitutionnels non écrits structurant l'ordre constitutionnel canadien⁶ : « dans notre tradition constitutionnelle légalité et légitimité sont liées » (...) « le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques » (...) « conformément à cette longue tradition du respect des minorités, qui est au moins aussi ancienne que le Canada. »⁷ Le pluralisme appert structurel à la Fédération.

12. Selon A. Dodek, la qualification de *modèle* proviendrait de plusieurs éléments, au premier titre desquels la combinaison d'un système fédéral, avec une souveraineté parlementaire, et une Charte constitutionnelle des droits et libertés⁸. Il s'agirait ensuite de la protection combinée des droits individuels et des droits collectifs au sein d'un État multi-nation et plurilingue, visant à protéger la souveraineté du Parlement à travers les clauses de

¹ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 62.

² BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies. Constitutionalism and Pluralism*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2011.

³ KYMLICKA (W.), *La voie canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Boréal, Montréal, 2003.

⁴ *Loi Constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch.11 (R.-U.) Partie 1, article 27 : « toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. »

⁵ WOEHRLING (J.), « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unie et du Canada », *McGill L.J.*, 2000, vol. 46, pp. 21-68 et cette idée de construction d'un récit national (p. 50).

⁶ Le Fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités.

⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, respectivement aux §33, 59 et 82.

⁸ DODEK (A.M.), « Canada as Constitutional Exportator. The Rise of the Canadian Model of Constitutionalism », *S.C.L.R. (2d)*, 2007, vol. 26, pp. 309-336.

limitation des droits (les articles 1 et 33 de la Charte¹). Aussi, la Charte reflèterait les enjeux constitutionnels liés à la protection du multiculturalisme de sorte qu'elle « doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques. »² L'ensemble des dispositions doit être pris en compte lorsque l'on interprète la Constitution, interprétation téléologique visant le respect de ce multiculturalisme normatif, « si on veut que « l'arbre » récemment planté qu'est la Charte ait la possibilité de croître et de s'adapter avec le temps. »³ Le constitutionnalisme canadien vise la tolérance et l'esprit d'ouverture, pour une société multiculturelle valorisant l'égalité ; le multiculturalisme étant une caractéristique de sa personnalité nationale⁴. La Cour parle même d'atteindre la quintessence des sociétés démocratique⁵. Cela étant, il ne faut pas tout attendre d'un modèle *constitutionnel* de multiculturalisme surtout s'agissant des minorités nationales⁶.

13. Selon J.-F. Gaudreault-DesBiens et D. Pinard, « l'histoire politique du Canada et du Québec explique les contours irréguliers de la protection constitutionnelle des minorités que l'on retrouve en droit public canadien. »⁷ Aussi, certaines minorités sont explicites comme dans le cas des minorités nationales ou linguistiques, d'autres sont implicites à travers la Charte. Un certain nombre d'éléments appartenant à l'histoire constitutionnelle du Canada et du Québec⁸ expliquent que la problématique du pluralisme y ait pris une importance manifeste. Au-delà d'une histoire pluraliste antérieure à la *Loi constitutionnelle* de 1867⁹, ce dernier pacte fédératif peut être appréhendé comme assurant un respect du pluralisme juridique (droit civil / *Common Law*), religieux (catholique / protestant), linguistique (francophones / anglophones) et autochtone. Le pluralisme serait une condition historique et juridique à la création de la fédération canadienne¹⁰. Au titre des éléments qui favorisent ce pluralisme, la tradition constitutionnelle de *Common Law* associe sources constitutionnelles écrites et non écrites – un empilement des sources – et une définition de la Constitution

¹ Article 1 : « 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. » Article 33 (1) : « Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. »

² *Hunter et autres c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, 155.

³ *Renvoi : Motor Vehicle Act de C-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, §53.

⁴ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

⁵ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

⁶ CHOUDHRY (S.), « Does the World need more Canada?: The politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory », *I-CON*, 2007, vol. 5, pp. 606-638.

⁷ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et PINARD (D.), « Les minorités en droit public Canadien », *R.D.U.S.*, 2003-2004, vol. 34, pp. 197-228, p. 199.

⁸ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2009.

⁹ *Loi Constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R.-U.).

¹⁰ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

(article 52 de la *Loi Constitutionnelle* de 1982) ne répondant pas strictement à une hiérarchie kelsénienne des normes. Cette constitution matérielle provient partiellement de l'extérieur – du Royaume-Uni – du fait de l'ancien statut de *Dominion* de la Fédération. Cependant, c'est surtout avec la politique fédérale du multiculturalisme en 1988 et l'enchâssement d'une *Charte des Droits et Libertés* en 1982¹, que le pluralisme devient un objet d'attention pour les juristes, et le Canada un modèle d'exportation. Or « si le multiculturalisme a bénéficié d'une importance de longue date dans le débat politique canadien, elle ne s'est pas accompagnée d'un accord sur ce que ce principe pouvait signifier. »² Et on retrouve dans *Edwards Books*³ trois conceptions différentes de ce que signifie le multiculturalisme⁴. Des vecteurs culturels et juridiques de pluralisme peuvent être ici distingués et participant du *modèle*.

14. Selon J.-F. Gaudreault-DesBiens⁵, il existerait au moins trois niveaux de pluralisme dans l'histoire constitutionnelle canadienne. Le premier niveau est relatif à un pluralisme des traditions juridiques. Il s'agit en propre de la distinction entre la tradition juridique de *Common Law* et la tradition juridique de *Civil Law*. Le bijuridisme s'entend, alors, comme la coexistence de deux traditions juridiques, soit structurellement étanches, soit en interactions réciproques⁶. Jusqu'au *Traité de Paris* de 1763, les habitants de la Nouvelle France étaient gouvernés par la Coutume de Paris en matière de droit privé. Il faudra attendre l'*Acte de Québec* de 1774 pour que le droit civil soit restauré au détriment du *Common Law*. Ce n'est qu'avec la *Loi constitutionnelle* de 1791 que chacune des traditions juridiques est devenue le support d'une culture juridique puisque ce qui était appelé alors Canada, fut divisé en deux, entre le Haut Canada (Ontario), et le Bas Canada (Québec), Québec disposant alors d'une Assemblée Législative. Ce pluralisme juridique sera par la suite confirmé avec la *Loi constitutionnelle* de 1867 portant création de la fédération canadienne, puisque le partage des compétences organisé par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle*, assure une juridiction provinciale, notamment, sur la propriété et les droits civils (art. 92(13)).

15. Le second niveau serait relatif à un pluralisme politique : la présence d'ordres juridiques autochtones qui ont préexisté à l'ordre juridique canadien. Si antérieurement au *Traité de*

¹ *Loi Constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch.11 (R.-U.) Partie 1.

² MAGNET (J.E.), « Multiculturalism and Collective Rights: Approach to Section 27 », in BEAUDOIN (G.-A.) and MENDES (E.) (eds.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, LexisNexis, Butterworths, Toronto, 2005, pp. 1261-1316, p. 1271, (nous traduisons).

³ *R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

⁴ MAGNET (J.E.), « Multiculturalism and Collective Rights », *op. cit.*, p. 1271.

⁵ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada », in FOBLETS (M.-C.), GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), DUNDES RENTELM (A.) (eds.), *Cultural Diversity and Law. State Responses from Around the World*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 195-234.

⁶ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Éditions Thémis, Montréal, 2005.

Introduction

Paris de 1783, les francophones avaient déjà conclu des accords avec certains groupes autochtones dans la lutte qui les opposait aux anglophones, c'est la *Proclamation Royale* de 1763 qui participa d'une certaine garantie des traditions juridiques autochtones, sur le plan d'une obligation fiduciaire. Il s'agissait de garantir la souveraineté de la Couronne Britannique, et de perpétuer ces traditions juridiques. Les *Indiens* tombent dans la juridiction fédérale en 1867 (art. 91(24)), et la loi de 1876 sur les Indiens¹ organise une forme de pluralisme administratif avec la création de Conseil de Bandes. Si un certain nombre de revendications territoriales ont débuté antérieurement à la Charte, c'est surtout l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982 qui favorisera la protection des droits et titres ancestraux, la conclusion d'accords de revendications territoriales et l'adoption de chartes autochtones. Il s'agit, par ailleurs, des cultures juridiques provinciales, et plus particulièrement, la culture juridique québécoise, liée entre autre à la langue française et à la religion catholique, et au système de droit civil : une tradition juridique vient soutenir une culture juridique².

16. Le troisième niveau de pluralisme serait plutôt relatif à un pluralisme social ou culturel. En effet, existe au sein de l'État constitutionnel un certain nombre de cultures juridiques religieuses, associatives, groupales, etc, qui ne sont pas directement ou explicitement encadrées par le droit étatique. Particulièrement avec la *Charte* de 1982, les libertés de religion, de conscience, d'expression, d'association, le droit à l'égalité etc, qui pourront servir de support à la reconnaissance d'un pluralisme social, seront protégés. Il est possible d'opérer une distinction entre trois types de gestion³ du pluralisme: une habilitation symétrique pour le pluralisme social ; une habilitation asymétrique pour la question de l'autochtonie ; une habilitation silencieuse pour la culture juridique québécoise. Alors que le premier type d'habilitation est plutôt personnel et souple, les deux derniers types d'habilitations sont des habilitations personnelles et territoriales. Il y a donc une géographie juridique différente du pluralisme dans l'espace constitutionnel canadien. Pour I. Angus, la particularité du pluralisme actuel en droit constitutionnel est la centralité prise par le discours des droits, qui transforme la relation entre la sphère publique et la société civile, par l'emphase accordée à la notion d'identité, articulée par référence à un ensemble de particularismes personnalisés⁴.

¹ *Loi sur les Indiens* (L.R.C. (1985), ch. I-5) ; *Acte pour amender et refondre les lois concernant les Sauvages*, L.C. 1876, ch. 18.

² JUTRAS (D.), « Énoncer l'indicible: Le droit entre langues et traditions », *R.I.D.C.*, 2000, vol. 52, n°4, pp. 781-796, p. 784.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada », *op. cit.*, pp. 231-232.

⁴ ANGUS (I.), *A Border Within. National Identity, Cultural Plurality, and Wilderness*, McGill-Queen's U.P., Montréal, 1997, pp. 137-138.

17. P. Hogg a démontré la difficulté à saisir ce que signifie la notion de Constitution du Canada¹ dans la tradition constitutionnelle coloniale britannique du *Common Law*², qui a reçu en partie cet héritage constitutionnel³. Le constitutionnalisme canadien s'inscrirait dans la perspective ouverte du droit constitutionnel proposée par Dicey⁴, non réductible à une hiérarchie ordonnée de normes ; la difficulté provenant alors de l'articulation entre la souveraineté de la Constitution et celle du Parlement⁵. La notion de Constitution n'est pas entendue d'un point de vue strictement formel. Si l'article 52§2 de la *Loi constitutionnelle* de 1982 précise ce qu'il faut entendre par le terme de *Constitution*, la Cour suprême a précisé à plusieurs reprises que cette définition n'était pas exhaustive⁶ et était susceptible d'extension judiciaire par interprétation systémique de l'ensemble des dispositions constitutionnelles⁷.

18. Cette Constitution comprend outre les *Lois constitutionnelles* de 1867 et 1982, les lois Impériales, certaines lois canadiennes (8 sont précisées par l'article 52), les privilèges parlementaires, la jurisprudence constitutionnelle, certaines prérogatives royales et les conventions constitutionnelles⁸. Le fédéralisme est organisé autour de la séparation des compétences entre gouvernements fédéral et provinciaux, prévue constitutionnellement aux articles 91 et 92 de la Constitution de 1867. L'articulation de ces dispositions a été le fait de l'interprétation judiciaire de la constitutionnalité. En effet, c'est le juge qui a participé à la systématisation du droit positif – à l'image de la doctrine en France – et plus récemment la Cour suprême puisque jusqu'en 1949 le Comité Privé de la Reine pouvait entendre des appels⁹. La Cour suprême a, selon l'expression de D. Jutras, un rôle constitutionnel¹⁰ ; elle fait évoluer la Constitution, ce qui a participé d'un questionnement autour de sa légitimité¹¹. Il faut noter la particularité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois¹², qui se rapproche d'un modèle que l'on qualifierait d'américain de justice constitutionnelle : une exception d'inconstitutionnalité ouverte à tout citoyen, des actes déclaratoires en inconstitutionnalité, et des renvois ou demandes d'opinions consultatives. L'interprétation

¹ HOGG (P.W.), *Constitutional Law of Canada*, 2007 Student Edition, Thompson/Carswell, Toronto, 2007, p. 1: « sources. »

² KENNEDY (W.P.), *Theories of Law and the Constitutional Law of the British Empire*, Can. Bar Assoc., Québec, 1929.

³ WHEARE (K.C.), *Modern Constitutions*, Oxford U.P., Oxford, 1964.

⁴ DICEY (A.V.), *Introduction to the study of the law of the Constitution*, New York-St Martin's P., London, 1960, p. 32: « teachers and pupils alike therefore suffer from the inconvenience or they enjoy the interest of exploring a province of law which has not yet been reduced to order. »

⁵ MacGREGOR DAWSON (R.), *The Government of Canada*, U. of Toronto P., 5^{ème} édition, Toronto, 1970.

⁶ *New Brunswick Broadcasting Co c. Nouvelle Écosse (Président de Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

⁷ *Colombie-Britannique (P.G.) c. Canada (P.G.)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

⁸ MARSHALL (G.), *Constitutional Conventions*, Clarendon P., Oxford, 1984.

⁹ HOGG (P.W.), « Canada: From Privy Council to Supreme Court », in GOLDSWORTHY (J.) (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 55-105.

¹⁰ JUTRAS (D.), « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada : un autoportrait », *Cah.C.C.*, 2008, vol. 24, pp. 65-71.

¹¹ BERNATCHEZ (S.), « L'évolution continue de la Constitution Canadienne par les tribunaux: Arbre vivant ou dialogue? », *S.C.L.Rev.* (2d), 2007, vol. 37, pp. 47-86.

¹² BEAUDOIN (G.-A.), « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *McGill L.J.*, 2003, vol. 48, pp. 325-344.

constitutionnelle en produisant du droit et des jugements de valeur a été un important vecteur de développement du pluralisme¹. En somme, le juge a été rendu dépositaire du récit national.

19. La protection constitutionnelle des droits est organisée par diverses dispositions expresses de la Constitution de 1867 ; elle est surtout organisée par la *Charte canadienne* de 1982. Comme le précise P. Hogg, la défense des libertés civiles a été le fait des tribunaux de *Common Law* ; il faut y ajouter la *Déclaration canadienne des droits* de 1960², qui toutefois ne contraignait pas le législateur fédéral en vertu d'un principe de souveraineté parlementaire, ainsi qu'un ensemble de droits non écrits développés dans les années 1950 et 1960 par la Cour Suprême. Il faut ajouter, par ailleurs, l'ensemble des dispositions incluses dans les Chartes provinciales qui, bien que proto-constitutionnelles, doivent être interprétées en conformité avec la Charte. Le droit constitutionnel canadien peut être dit libéral en ce que c'est l'individu rationnel qui en est le titulaire. De sorte que le pluralisme doit permettre un épanouissement culturel de l'individu et non un éclatement institutionnel de la société canadienne. Par exemple, si la liberté de religion présente une dimension groupale protégée par la Charte à son article 2, en aucun cas n'est-elle un droit d'une personne morale³. La protection des minorités a été érigée en principe sous-jacent à la structure constitutionnelle par la Cour suprême dans son *Renvoi sur la Sécession du Québec*⁴, protection découlant d'un tournant multiculturel⁵.

20. Selon J.-F. Gaudreault-DesBiens et D. Pinard, l'ordre constitutionnel canadien protège explicitement et implicitement les minorités. La *Loi constitutionnelle* de 1867 protège implicitement les minorités par le principe de fédéralisme et l'attribution d'un certain nombre de compétences en matière culturelles, identitaires, d'enseignement, ou linguistique, aux provinces, selon les articles 91 et 92 de la Constitution. Par ailleurs, la *Loi constitutionnelle* de 1867 protège explicitement les minorités religieuses, catholiques et protestantes, en matière d'enseignement à l'art. 93, ce qui était une manière de tempérer la compétence des provinces en matière d'enseignement ; de même, l'article 133 protège entre autre les minorités anglophones au Québec (l'inverse ne s'appliquant pas en vertu d'un principe d'asymétrie ; la protection constitutionnelle de l'art. 93 ne s'étend pas aux minorités linguistiques⁶).

¹ LAJOIE (A.), *Jugements de Valeurs*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 1997.

² *Déclaration canadienne des droits* (S.C. 1960, ch. 44).

³ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, 2009 CSC 37, au §31.

⁴ *Renvoi sur la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁵ TREMBLAY (L.B.), « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », in GAUDREAUULT-DESBIENS (J.-F.) (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'. Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Éditions Thémis, Montréal, 2009, pp. 213-259.

⁶ *MacKell*, [1917] A.C. 62; *Renvoi relatif à la loi sur l'instruction publique*, [1933] 2 R.C.S. 511.

21. La protection des minorités a pris son essor en 1982. La *Loi constitutionnelle* de 1982 protège des droits aux autochtones avec l'article 35, s'agit-il des droits ancestraux, des traités conclus avec la Couronne ou des titres ancestraux. C'est l'unique disposition constitutionnelle prévoyant un droit de groupe. Ensuite, la Charte prévoit des droits linguistiques aux articles 16 à 23, s'agissant des langues officielles ou du droit à l'instruction dans la langue de la minorité. La Charte prévoit des libertés publiques (religion, association, expression¹) qui toutes peuvent avoir une dimension groupale, sans être un droit de groupe : soit une liberté individuelle prend une dimension groupale lorsqu'elle est régulée sur un plan identitaire, soit une liberté qui s'exerce en commun prend une dimension groupale sur un plan identitaire. Enfin, le droit à l'égalité protégé par l'article 15 peut servir de tremplin à des revendications minoritaires et présenter une dimension groupale. La Charte présente de nombreux outils pouvant servir à des revendications minoritaires², identifiant les sujets à des communautés identitaires. C'est un élément souligné par les juges Cory et Iacobucci dans leur dissidence sous *R. c. Zundel*³, tout groupe identitaire a droit à une reconnaissance et une égale protection.

22. Le constitutionnalisme canadien révèle une configuration juridique particulière, distincte à la fois du modèle américain, du modèle britannique et du modèle français⁴. Ces spécificités tiennent à la fois à la pluralité des influences constitutionnelles étrangères sur la construction du constitutionnalisme canadien, à un pluralisme constitutif de cette histoire canadienne, et à la rationalité très particulière du *Common Law*. Enfin, les constructions doctrinales comme celles de l'État ou de la souveraineté ont moins corseté la pensée du droit constitutionnel⁵.

B - Idéotype 2 : Une France (supposément) républicaine

23. En regard de ce modèle canadien pluraliste, la France républicaine apparaît comme un antimodèle. Selon N. Rouland, « notre droit constitutionnel (et la jurisprudence du Conseil Constitutionnel) affirment la prééminence de l'indivisible sur le pluriel ; de l'égalité de droit sur toute distinction fondée sur l'origine, la race, la religion. » Le reste relèverait de la

¹ Respectivement : Art. 2 a), Art. 2 d), Art. 2 b).

² LAJOIE (A.), *Quand les minorités font la loi*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 2002.

³ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

⁴ TREMBLAY (L.B.), « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2004, vol. 36, pp. 515-541.

⁵ JAMIN (C.), « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in BÉCHILLON de (D.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), BRUNET (P.), MILLARD (É.) (dir.), *L'Architecture du Droit: Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 501-517, voir spéc. « une pensée pluraliste. »

mythologie juridique : « les notions de pluralisme, de communautés, de spécificités culturelles sont perçues comme autant de menaces graves par rapport à la mythologie juridique fondatrice du régime républicain. »¹ Le pluralisme et le multiculturalisme contribueraient à un éclatement de l'identité nationale : Canada et France paraissent *a priori* nettement opposés. Il s'agit d'une présentation idéaltypique car loin d'être rétive à l'idée de pluralisme qui a servi la construction de l'État nation, c'est à la notion d'identité que la République s'oppose. Les particularismes implicites sont tolérés dès lors qu'ils demeurent dans la citoyenneté unitaire. Il serait possible de proposer une histoire pluraliste de la France² lorsque jacobinisme et pensée pluraliste sont proprement définis. Cet anti-modèle proviendrait de la réunion de plusieurs caractéristiques : un État centralisé et dirigiste ; le sens d'une mission universelle reposant sur le rationalisme des Lumières ; la conception de la citoyenneté républicaine où seul l'individu est reconnu, en dehors de ses attaches communautaires, dans l'espace public. Si ce modèle a subi de nombreuses adaptations – la décentralisation ou le pluralisme politique – le problème pluraliste³ de la République est devenu celui du multiculturalisme identitaire.

24. Il apparaît que jacobinisme comme pluralisme sont des inventions du discours républicain d'autant plus ambiguës que le pluralisme français s'est développé au sein de cette tradition⁴. Le concept de jacobinisme aurait transité du discours historique – d'abord relié aux partisans d'un État centralisé – à la philosophie politique – le pluralisme des partis – pour aujourd'hui s'établir dans l'imaginaire populaire sous le vocable d'unité de la citoyenneté. De la même manière, la notion de pluralisme a transité dans le discours français. Initialement concept visant à s'opposer à la centralisation de l'État et au développement des fictions juridiques – telles la souveraineté ou la personnalité juridique – elle s'est par la suite opposée aux expériences totalitaires à travers la liberté d'expression pour enfin s'établir dans un discours lié aux droits de groupes ou droits à la différence identitaire. Aucun de ces termes n'est de sens fixe ; ils doivent s'entendre comme des discours oppositionnels. Aussi, le pluralisme « devient ce qui s'oppose à ce qui est présenté comme la doctrine orthodoxe de l'État en France. »⁵ La France n'aurait été unitaire que dans le contre-discours national : une idéologie unitaire pour une France fragmentée⁶. En dehors de cette *opposition anglo-saxonne*,

¹ ROULAND (N.), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, vol. 27, pp. 380-418, p. 384.

² WRIGHT (J.) and JONES (H.S.), « A Pluralist History of France? », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012, pp. 1-22.

³ EHRlich (S.), « Le problème du pluralisme », *L'Homme et la Société*, 1967, vol. 5, pp. 113-118.

⁴ WRIGHT (J.) and JONES (H.S.), « A Pluralist History of France? », *op. cit.*, p. 3.

⁵ WRIGHT (J.) and JONES (H.S.), « A Pluralist History of France? », *op. cit.*, p. 8, (nous traduisons).

⁶ HAYWARD (J.), *Fragmented France: Two Centuries of Disputed Identity*, Oxford U.P., Oxford, 2007.

les proximités sont nombreuses entre les termes¹. L'opposition du jacobinisme au pluralisme a servi à camoufler des foyers implicites de pluralisme pour cristalliser la question *identitaire*.

25. Or, l'on présente l'histoire constitutionnelle française comme démontrant un rejet du pluralisme par la référence au principe d'unité et d'indivisibilité, de souveraineté de l'État, et l'égalité formelle². L'unité de l'idéal républicain vaut autant pour l'unité de la souveraineté que l'unité de la personne. N. Rouland date à 1454 la fin du pluralisme juridique en France. Il distingue alors des facteurs historiques, mais aussi des facteurs idéologiques, qui expliquent cette dérive mytho-logique de l'univers constitutionnel mental français. La France a hérité d'une certaine culture chrétienne du droit et du pouvoir³. La centralisation du pouvoir s'opposerait *de jure* à un quelconque pluralisme : « l'ordre juridique ainsi conçu projette l'image d'une société unifiée, obéissant à la Raison, et soumise à l'intérêt général. Il se présente comme cohérent, ordonné, hiérarchisé. »⁴ Dans son histoire pluraliste de la France, N. Rouland démontre que la construction du modèle de l'État – produisant une nation – du Moyen-Âge jusqu'à la Révolution, a procédé d'une protection implicite du pluralisme évidente encore aujourd'hui⁵. L'unité s'est traduite par une uniformité identitaire distincte du jacobinisme initial : l'État français est pensé dans l'unité juridique et l'uniformité identitaire⁶.

26. Le legs révolutionnaire aurait procédé à cette identification entre unité, uniformité et égalité à travers une triple centralisation politique, administrative et juridique. Or, « le problème se pose de savoir jusqu'à quel point on peut rationaliser un moment historique pour en dégager une portée qui dépasserait la contingence des événements et la particularité des questions exprimées. » Posé autrement, jusqu'à quel point peut-on naturaliser cet événement ? Il y a une identification de l'État, du droit, du peuple, et de la science les prenant comme objet. Une vision de la souveraineté marque pour L. Jaume la conception monarchique de l'État en France. L'univers mental des juristes français serait construit autour des principes de Nation, de République, et de citoyenneté. L. Jaume démontre bien cette peur du pluralisme dans la pensée jacobine et comment la démocratie s'est construite et fortifiée autour de l'idée d'unité nationale : « la démocratie se nourrit de l'exclusion de tout ce qui fragmente le corps

¹ OZOUF (M.), « 'Jacobin' : Fortune et infortune d'un mot », in OZOUF (M.), *L'École de la France. Essais sur la Révolution, l'utopie et l'enseignement*, Gallimard, Paris, 1984, pp. 75-90.

² PIERRÉ-CAPS (S.), « Les minorités et la notion de représentation », *Cah.C.C.*, 2008, vol. 23, (disponible en ligne) ; « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *R.D.P.*, 2009, no. 1, pp. 151-170.

³ ROULAND (N.), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *op. cit.*, p. 387.

⁴ ROULAND (N.), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *op. cit.*, p. 388.

⁵ LAVOREL (S.), *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, BIAYS (J.-P.) (dir.), dactyl., Grenoble II, 2007.

⁶ ROULAND (N.), *L'État français et le pluralisme*, *op. cit.*, pp. 13-14.

politique. » Cela ne peut être plus clair : « l'unité intégrale, l'exigence éthique et l'exclusion paraissent aux antipodes du pluralisme. »¹ Le républicanisme se serait construit en réaction à une possible dislocation communautaire de la nation. Cette passion de l'unité derrière le discours jacobin assure l'*efficacité* du discours unitaire. Ce discours est efficace car il sert précisément de principe « de base de notre système constitutionnel, » selon L. Favoreu².

27. Comme le note M. Troper, les principes de représentation ou de souveraineté « sont le résultat de contraintes exercées par une série de règles adoptées en raison de choix politiques et de nécessités pratiques. »³ Ils ne sont pas une explication mais « le système de justification de ces normes. »⁴ On peut mettre beaucoup de choses *a posteriori* derrière ces énoncés surtout lorsque ces règles sont venues contraindre la construction des théories. Il faut bien voir ce qui a structuré l'univers mental des juristes non comme donné à la conscience, mais comme une rétroaction : d'une fonction de description des idéologies justifiant les règles positives, l'on a reconstruit les discours de la théorie du droit à partir de ces justifications. Ce n'est pas la théorie qui clôt la production de ces règles, mais les justifications du droit positif qui sont venues structurer la théorie. Le principe d'unité et d'indivisibilité est toujours un principe structurant du droit public français : il « se veut l'affirmation de la primauté des valeurs nationales et étatiques sur tous les intérêts et créations d'ordre local ou particularistes. »⁵ Ainsi, « si la République est indivisible, c'est que son unité ne peut pas, ne doit pas être entamée. »⁶ La référence à la République est censée alors écarter toute idée de pluralisme : elle symbolise le rejet de qui viendrait interroger cette fiction d'endiguement qu'est la Nation. C'est à partir de cette idée que s'est construite la personnalité juridique. La structure de la personnalité juridique fictive est alors liée à la structure de la personnalité de l'État, fictive. La référence à la Nation ou à la Souveraineté, n'est pas dirimante et doit au contraire conduire à ouvrir le débat sur l'utilisation de ces concepts dans le discours juridique⁷. Par conséquent, si le droit constitutionnel semble manquer d'objet pluraliste⁸, il ne faut pas voir cela comme une question de fait, mais comme l'effet sur la théorie d'une certaine structure de justification.

¹ JAUME (L.), *Le discours Jacobin et la démocratie*, op. cit., respectivement p. 9, p. 12 et p. 13.

² FAVOREU (L.), « Avant-Propos », in DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République. Essai d'histoire politique*, FAVOREU (L.) (dir.), Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1988.

³ TROPER (M.), « Préface », in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 2004, pp. III-VII.

⁴ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation*, op. cit., p. 14.

⁵ DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, FAVOREU (L.) (dir.), Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1988, p. 14.

⁶ DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, op. cit., p. 406.

⁷ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation*, op. cit., p. 19.

⁸ HEUSCHLING (L.), « La structure de la légitimité démocratique en droit français: entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs », *R.U.D.H.*, 2004, vol. 16, n°9-12, pp. 331-344.

28. Le Conseil constitutionnel entretient aussi une « certaine orthodoxie républicaine, »¹ tout en adaptant la République aux défis du pluralisme². Le Conseil constitutionnel serait venu interpréter la Constitution française – définie d'un point de vue formel par le texte de la Constitution de 1958, et le bloc de constitutionnalité par renvoi, tel qu'il a été dégagé en 1971³ – de sorte à ce que les dispositions constitutionnelles s'opposent explicitement à une prise en compte du pluralisme identitaire. Dans sa décision sur la Charte Européenne des langues régionales et minoritaires, le Conseil note dans son considérant 5 que « ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance. »⁴ Ainsi, selon F. Monéra, « le Conseil constitutionnel ne se contentera pas de développer une certaine idée de la République. Il mettra de même en œuvre une certaine idée de la devise républicaine. »⁵ La notion de République s'inscrit dans une certaine idée de la citoyenneté. Elle unifie le peuple à travers la représentation, l'unification du droit et du territoire. La République émancipe le peuple à travers la langue, la laïcité et l'instruction publique, universelle, gratuite et laïque : c'est-à-dire par l'unification de l'identité du citoyen. Seule la République se reconnaît compétente pour définir « l'identité » des sujets juridiques. Aussi, la citoyenneté politique s'opposerait à toute prise en compte de citoyennetés différenciées⁶.

29. Encore récemment⁷, l'idéal républicain a été considéré comme la base du système de droit public français. Il s'agit d'un idéal au soubassement de la conception française du droit, produit en réaction à l'Ancien Régime, durant lequel « l'individu n'est pas défini en propre, mais est une sorte de produit historique et social du milieu dans lequel il évolue, » et « les normes juridiques auxquelles il est assujéti sont largement fonction des groupes spécifiques dans lesquels il évolue. » L'individu était situé socialement, ce qui ne doit plus, avec la République, déterminer la place et l'étendue des droits et obligations du citoyen. Les différencialismes sont jugés comme brisant le lien immédiat entre la nation et les citoyens. Or l'intérêt général transcende les intérêts particuliers, « l'opposition entre le tout et la partie constitue l'élément qui structure la conception du droit issue de l'idéal révolutionnaire, » et

¹ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 223.

² VIOLA (A.), *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., 2002.

³ Décision n° 71-44 D.C. du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29, Voir les visas : « Vu la Constitution et notamment son préambule. »

⁴ Décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, *Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71, *Cah. C.C.*, n°7.

⁵ MONÉRA (F.), *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ASSO (B.) (préf.), ROBERT (J.) (avant-propos), L.G.D.J., coll. Bibl. Clle et de Sc. P., T. 117, Paris, 2004, p. 4.

⁶ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenneté en droit public français*, DRAGO (G.) (préf.), GICQUEL (J.) (avant-propos), L.G.D.J., coll. Varenne, Paris, 2009.

⁷ FARGUES (A.), *Universalisme républicain, particularismes et évolutions du droit public*, CATTOIR-JOINVILLE (dir.), dactyl., Lille II, déc. 2011.

même, la conception de la science du droit. La dialectique doit être celle de l'universel politique et de la citoyenneté politique, et non de la différence. De sorte que, selon cette position, c'est l'universel qui décide de nommer les particularités qu'il intégrera, ou pas, au sein de la conception républicaine : « les catégorisations en question ne peuvent contrevenir à l'idéal révolutionnaire que si elles reposent sur des distinctions prohibées. »¹ Cet idéal a servi à construire les catégories de la dogmatique juridique et l'objet de la science du droit.

30. Il s'agit de « briser le carcan des préconcepts qui enferment le langage juridique. »² Derrière l'unité du concept de personne humaine se cache toutefois la corporéité et la socialité du sujet dont le corps est lieu d'identité et de liberté : « le droit public connaît ainsi une évolution certaine, liée à la thématique des droits fondamentaux, qui aboutit à une approche très concrète et individualisée du sujet de ces droits. »³ Sans doute ces tensions pluralistes traduisent-elles toute l'ambiguïté des liens entre la République et le pluralisme : une unité juridique tolérant des foyers infra-constitutionnels de pluralisme, associée à une uniformité constitutionnelle identitaire hypostasiant l'identité du citoyen. Le normativisme conduit à soustraire de l'analyse critique ces relations identitaires, entre fictions et abstractions, qui se jouent à la base de la construction de la personnalité juridique, contrairement au principe de fraternité inscrit à l'art. 2 de la Constitution, au fondement de la construction révolutionnaire de la République : « ce n'est pas tant le concept même de fraternité qui sécrète et porte en lui cette exclusion que la nature même de l'entité à laquelle celui-ci se rapporte. »⁴ Le problème pluraliste du droit constitutionnel résiderait, en somme, dans la question de l'identité du sujet.

II - PLURALISME C. POSITIVISME JURIDIQUES : UNE FAUSSE BONNE IDÉE

31. Face à la question pluraliste, le comparatiste aura tendance à opposer deux modèles considérés comme différentiels : « le modèle républicain jacobin sert ainsi d'anti-modèle face à un modèle présenté comme plus neuf et plus approprié à savoir le modèle canadien multiculturel. »⁵ Cette comparaison différentielle repose sur une autre opposition du point de vue de l'épistémologie : *pluralisme c. positivisme*. Aussi, le pluralisme est décrit comme un

¹ FARGUES (A.), *Universalisme républicain, particularismes et évolutions du droit public*, op. cit., respectivement p. 18, p. 30 et p. 32.

² TIMSIT (G.), *Thèmes et systèmes de droit*, P.U.F., Les voies du droit, Paris, 1986, p. 1.

³ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nlle Bibl. de Thèses, Paris, 2003, p. 42.

⁴ BORGETTO (M.), *La notion de fraternité*, op. cit., p. 597.

⁵ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 190.

obstacle épistémologique, une affirmation que nous tenterons d'infirmer¹. D'une part, le pluralisme devient un supplément au monisme étatique perdant son rôle critique de l'identité d'un réel juridique orienté (A). D'autre part, le « paradigme pluraliste » en tant qu'alternative au positivisme serait posé dans des termes phénoménologiques eux-mêmes positivistes (B).

32. Selon Bachelard, la pensée serait bloquée par des « obstacles épistémologiques, »² des arrêts de pensée pris comme allant de soi et oubliés³. Ces arrêts mis en évidence par un problème scientifique peuvent favoriser une transition paradigmatique⁴. Un « supplément » ne conduit pas à une transition de paradigme, mais à sa modification. Il en reproduit les termes dominants, « qui remet en cause conceptuellement la binarité identité / différence ou intérieur / extérieur **mais qui est cruciale pour l'image** d'intégrité, d'autarcie, d'autosuffisance, et de continuité des termes dominants. »⁵ Aussi, le pluralisme serait moins un obstacle qu'un supplément au positivisme. J. Griffiths l'explique, « il serait une parfaite confusion que de penser le pluralisme juridique au sens faible comme essentiellement incompatible avec le monisme étatique. »⁶ Partant, le pluralisme ne serait-il qu'un *supplément* au positivisme ?

A- Difficulté 1 : le pluralisme comme « supplément » au monisme étatique

33. La difficulté posée par la question du pluralisme en tant qu'alternative paradigmatique tiendrait à ce que cette question est posée dans les termes cognitifs du positivisme (*infra*). De ce fait, les théories du pluralisme juridique présentent ce dernier comme une critique externe de la connaissance juridique positiviste : « il apparaît prendre plaisir à déboulonner ses principes structurants que sont l'ordre, la cohérence, l'objectivité et la certitude. »⁷ Il serait, toutefois, erroné de le présenter comme une critique unifiée: « les chercheurs invoquant le pluralisme juridique sans avoir conscience de ce problème et de ses effets prennent le risque de le construire à partir de fondations instables. »⁸ Aussi il n'y a rien de plus pluraliste que le

¹ Une proposition récente allant ce sens : MUNIZ-FRATICELLI (V.M.), *The Structure of Pluralism*, Oxford U.P., Oxford, 2014.

² BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, Paris, 2004, pp. 89 et suivantes.

³ FEYERABEND (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, coll. Scienc. Ouv., Paris, 1979, p. 43.

⁴ Sur ces notions et, plus largement, celle de « contexte épistémologique, » nous permettons de renvoyer à BLANC (N.), « Le recours à l'interdisciplinarité doit-il être normatif ? Recherche sur la notion de contextes épistémologiques », in BOTTINI (E.), BRUNET (P.) et ZEVOUNOU (L.) (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2014, pp. 53-78.

⁵ BROWN (W.), *Regulating Aversion. Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2006, p. 27 (nous traduisons).

⁶ GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism? », *J.L.P.*, 1986, vol. 24, pp. 1-55, p. 8.

⁷ LEBEL-GRENIER (S.), *Pour un pluralisme juridique radical*, Ph.D., McGill University, Fac. of Law, 2002.

⁸ TAMAHANA (B.Z.), « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global », *Sydney L.Rev.*, 2008, vol. 30, pp. 375-411, p. 376, (nous traduisons).

pluralisme lui-même, loin de cette réduction à l'unité de la connaissance. Et, même, une certaine « appréhension positiviste » du pluralisme ferait de ce dernier un « supplément. »

34. Le pluralisme est généralement décrit comme une réponse aux *insuffisances* du monisme étatique, une critique de cette « étatisation de la position du droit dans la doctrine juridique traditionnelle, »¹ cette représentation unitaire qui fait de l'État la source unique du droit, et l'objet unique de la science juridique. Le monisme étatique serait une représentation dangereuse et homogène de la réalité de la vie sociale. Ainsi que l'explique J. Griffiths dans son article séminal, « au sens du monisme étatique, le droit est un ordre exclusif, systémique, unifié et hiérarchique de propositions normatives. »² Le pouvoir de l'État est la clé de voûte d'un système normatif et scientifique. Selon H. Moutouh, les propositions pluralistes peuvent se résumer à deux questions : celle des sources de la juridicité, et celle de l'internormativité ou des arbitrages normatifs entre ces sources. Cette question des normes peut impliquer tant des questions sur la normativité, sur la juridicité de la norme, ou sur la systématisation sous forme de systèmes ou d'ordres juridiques. La normativité est distincte de la juridicité et de la règle juridique, la juridicité n'est pas épuisée par la juridicité étatique, et l'ensemble des systèmes normatifs ne reproduit pas les présupposés épistémologiques du positivisme. De sorte que l'on peut distinguer deux pluralismes : un pluralisme faible, et un pluralisme fort.

35. Dans son versant faible, le pluralisme est une adaptation et une reproduction du centralisme étatique : « en ce sens le système juridique est dit « pluraliste » lorsque le souverain (implicitement) commande plusieurs corps de normes pour différents groupes. »³ Aussi, « les groupes sont définis en termes de caractéristiques comme l'origine, la religion etc » ; alors, « le pluralisme juridique est une technique de gouvernance justifiée par ses effets pratiques. »⁴ Cette utilisation de l'idéologie pluraliste dans le cadre du centralisme étatique est souvent passée sous silence. Le pluralisme juridique est une technique de pouvoir : « l'État doit décider pour quels sujets et dans quelles circonstances il acceptera les régulations par les normes des groupes et au contraire les cas pour lesquels **le manque d'uniformité** auquel elles conduisent les rendra irrecevables. »⁵ En ce sens, le pluralisme deviendrait un supplément au monisme étatique. Dans son versant fort, le pluralisme « est consistant avec le pluralisme

¹ MOUTOUH (H.), « Le pluralisme juridique », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 1158-1162, p. 1158.

² GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism? », *op. cit.*, p. 3 (nous traduisons).

³ GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism? », *op. cit.*, p. 5, (nous traduisons).

⁴ GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism? », *op. cit.*, p. 5, (nous soulignons et traduisons).

⁵ GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism? », *op. cit.*, p. 7, (nous soulignons et traduisons).

sociologique : l'organisation juridique est congruente avec son organisation sociale. Il renvoie à cette hétérogénéité normative, reposant sur le fait que les actions sociales prennent toujours place dans un contexte de champs sociaux semi-autonomes multiples et imbriqués, traduisant de dynamisme des interactions. »¹ Partant, les mobilisations rhétoriques du pluralisme juridique seraient généralement celles d'un pluralisme *faible* : un supplément au monisme.

36. Aussi, l'on trouve une raison expliquant que le pluralisme n'a jamais fait l'objet d'une théorie générale, d'autant plus étonnant que le pluralisme aurait développé « **sa propre théorie des normes**, en tant qu'il s'agit de décrire et de comprendre les modalités de la production des normes juridiques, leur articulation et éventuellement leur application. »² Les mêmes difficultés peuvent être opposées à la question de savoir si le pluralisme juridique peut être une doctrine de la science du droit³. Se construisant par rapport au monisme étatique, le thème pluraliste est « un réservoir de contradictions potentielles. »⁴ Ainsi, la tradition du pluralisme juridique n'a souvent été qu'une variante sociologique du positivisme juridique, en ce qu'il proposait de multiplier les systèmes juridiques étudiés, plus que d'engager un véritable processus évaluatif en termes de raison pratique⁵. C'est ainsi que l'on peut lire la définition offerte par J. Moret-Bailly dans la tradition de Santi Romano : le pluralisme juridique « est la coexistence d'une pluralité d'ordres, de systèmes juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit ou encore de sources de droit, dans un espace donné à un moment donné. »⁶ De fait, une telle approche a été justement critiquée⁷.

37. La question de savoir si le pluralisme juridique peut être considéré comme une doctrine de la science du droit tient au rôle joué par le pluralisme dans le discours. En effet, de même que la réponse à la question de ce qu'est le droit est un exercice stipulatif, de même en est-il de la réponse à la question de ce qu'est le pluralisme. Selon B. Reber, le pluralisme « s'entend de la pluralité des faits qui marque notre société. » Il désigne « une doctrine métaphysique relative à l'existence d'une pluralité de substances pour des objets ou des types d'objets. »⁸ L'acceptation du fait pluraliste suppose que la substance est divisible et se divise en plusieurs éléments distincts ; cette différence constitutive est justifiée par le recours à des critères

¹ GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism? », *op. cit.*, p. 38 (nous traduisons).

² FONTAINE (L.), « Le Pluralisme comme théorie des normes », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 125-160, p. 127 (nous soulignons).

³ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in KELLERHALS (J.), MANAÏ (D.), ROTH (R.) (dir.), *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur J.-F. Perrin*, Lichtenhan, Genève, 2002, pp. 135-165.

⁴ TERRÉ (F.), « Le pluralisme et le droit », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 69-83, p. 72.

⁵ SUGRUE (S.C.), *The Somatic State: The Dialectic of Law's Morality*, Ph.D. McGill University, Fac. Of Law, 1999, p. 23.

⁶ MORET-BAILLY (J.), « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits*, 2000, vol. 32, pp. 170-182, p. 171.

⁷ TAMAHANA (B.Z.), *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon P., Oxford, 1997.

⁸ REBER (B.), « Pluralisme moral : les valeurs, les croyances et les théories morales », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 21-46, p. 23.

établissant cette différence ontologique. Le pluralisme devient alors synonyme de diversité. En quoi ces distinctions sont-elles de l'ordre de la description et non du prescriptif ? Rien ne permettrait de faire découler des prétendues considérations normatives de considérations descriptives, puisque la classification typificatoire est déjà toujours une fiction. Il n'y a de fait pluraliste que déjà dans l'ordre du prescriptif : le pluralisme est un fait et une valeur¹. Partant, il n'y aurait rien de moins certain que l'évocation du pluralisme sans l'exposition de ces prémisses. De telle sorte que l'alternative pluraliste ne présenterait aucune évidence *per se*.

38. Le pluralisme aurait fait son apparition en 1833, selon la thèse de J. Wahl sur la philosophie pluraliste², dans le contexte d'une nouvelle définition de la substance de la réalité, à la fois une et multiple. Déjà dans les années 1920 au moins trois conceptions du pluralisme émergent : une conception démocratique de l'État, une conception sociologique et une conception individualiste. Le pluralisme se construit alors face au réductionnisme moniste de la pensée soutenu par un idéal éthique de prise en compte de la différence. La référence pluraliste se transforme à trois reprises : la critique juridique de l'État, la critique politique du totalitarisme politique, la critique identitaire de la citoyenneté unitaire. Tripartite, il est lié à la fois à un questionnement épistémologique sur le regard, ontologique sur l'objet, et axiologique sur la valeur. Cette dernière compréhension morale du pluralisme conduit à une « reconstruction morale des conflits sociaux. »³ Le pluralisme devient constitutif de la démocratie, en même temps est-il présenté comme sa première source de conflits axiologiques. Le pluralisme, alors mobilisé, s'entend dans l'horizon de l'universalisme moral.

39. Toutefois, la référence au pluralisme soulève un tel contexte moral implicite, que l'on ne peut mobiliser cet argument comme un *correctif* au monisme de la pensée sans évaluer les attentes normatives des acteurs quant à l'ordre social : la mobilisation du pluralisme est toujours une reconstruction prescriptive d'une différence. En effet, si le constitutionnalisme libéral – cohérent, neutre, et impartial – semblait fournir un contexte légitime d'arbitrage des différends identitaires, ce libéralisme juridique a été par la suite critiqué comme présupposant « nécessairement la validité d'une certaine conception de l'être humain et de son bien. » Aussi, « le modèle de la priorité des droits n'est donc pas neutre : il incarne et promeut tout au plus une famille de conceptions du bien, de visions du monde, de modes de vie ou de

¹ TERRÉ (F.), « Le pluralisme et le droit », *op. cit.*, p. 69.

² TERRÉ (F.), « Le pluralisme et le droit », *op. cit.*, p. 70.

³ LEYDET (D.) et POURTOIS (H.), « Pluralisme et conflits dans la théorie contemporaine de la démocratie », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 71-92.

cultures. »¹ En découle, notamment, la promotion normative du droit libéral des *minorités* à travers l'instrument juridique pluraliste² : la notion de minorité est en soi un *supplément*.

40. Différentes disciplines des sciences humaines ont développé des courants pluralistes, particulièrement en anthropologie³, en sociologie⁴, et en histoire du droit⁵. Ces études ont déplacé le curseur de ce qui est compris comme *juridique*, du normatif au culturel, soulignant leurs préjugés cognitifs⁶. Ce n'est pas le pluralisme qui serait une « idée neuve, » mais le monisme. Cette permanence du pluralisme à travers les âges n'aurait pas fait l'objet d'une qualification. Le pluralisme préexisterait donc à l'État et à la démocratie. Selon Tamahana, le pluralisme se retrouverait tout d'abord au Moyen-Âge, entre la chute de l'Empire Romain au Vème siècle et la Renaissance au XVème siècle. Cette période se caractérisait par une très forte juxtaposition de normes, s'agissait-il des normes coutumières, des normes générales, du droit romain, du droit germain, du droit canon, du droit féodal, ou de la *lex mercatoria*. À cette pluralité de sources, s'ajoutaient de nombreuses cours de justice ou forums judiciaires. On peut penser au développement de *l'Equity* en droit anglais⁷. Il s'agissait d'une régulation personnelle, dans la mesure où le choix du forum judiciaire ou de la source normative dépendait de la personne et de l'objet du litige. Différents systèmes juridiques et différents corps de normes coexistaient et pouvaient être appliqués simultanément par les cours.

41. Ce pluralisme se manifesterait ensuite au moment de la colonisation ; il s'agissait donc d'un pluralisme *de facto* par l'application locale des normes coutumières ou religieuses. Ce pluralisme pouvait se manifester par la codification de ces normes locales, l'application de ces normes non écrites par les tribunaux, ou la reconnaissance des normes coutumières. Ainsi, « ce qui résulta en de multiples lieux par une dualité de normes avec des mélanges complexes des combinaisons et influences mutuelles. »⁸ À ce moment, les normes plurielles du Moyen-Âge avaient déjà toutes été subsumées sous un système juridique étatique occidental unifié. La nouvelle vague du pluralisme juridique proviendrait désormais de la mondialisation et de la réduction du rôle traditionnel des autorités étatiques. Aussi, une transformation vers le sujet juridique s'observerait alors progressivement dans la définition du pluralisme. Le pluralisme

¹ TREMBLAY (L.B.), « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique », *op. cit.*, pp. 456-457.

² SOULIER (G.), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *R.R.J.*, 1993, vol. 2, pp. 625-638.

³ CHIBA (M.), *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokai U.P., Tokyo, 1989.

⁴ CLAM (J.), *Droit et Société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, P.U.F., coll. Droit Éthique Société, Paris, 1997.

⁵ ARTHURS (H.W.), « Without the Law ». *Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, U. of Toronto P., Toronto, 1985.

⁶ ROULAND (N.), « Le pluralisme juridique en anthropologie », *R.R.J.*, 1993, vol. 2, pp. 567-571.

⁷ SAMUEL (G.), « Legal Pluralism: Law and Equity in the English Legal System », *Eur. J. Comp. L & Gov.*, 2010, vol. 11, pp. 117-131.

⁸ TAMAHANA (B.Z.), « Understanding Legal Pluralism », *op. cit.*, p. 386, (nous traduisons).

juridique serait personnel et non territorial, et l'individu soumis simultanément à une pluralité d'ordonnements juridiques : « situation pour un individu, dans laquelle des mécanismes juridiques relevant d'ordonnements différents sont susceptibles de s'appliquer à cette situation. »¹ Ces ordonnements juridiques seraient liés aux identités du sujet de droit(s).

42. Ce caractère identitaire s'expliquerait, en fait, par la tension constitutive de la pensée pluraliste, du monisme et du libéralisme² débutant avec la philosophie pragmatique de W. James, en faveur d'une incommensurabilité des valeurs. Dans un premier temps – antérieur à la seconde guerre mondiale – ces théories ont proposé des solutions institutionnelles afin de penser une vie communale « en dessous » de l'État. Elles s'attaquaient à la pensée moniste sans parvenir toutefois à un accord. Dans un second temps – postérieur à la seconde guerre mondiale – R. Dahl a tenté de conceptualiser le pouvoir *politique* de façon plurielle avec son concept de polyarchie au sein de l'État³. Dans un troisième temps, cette pensée pluraliste a donné une première articulation entre pluralisme et libéralisme persistant dans sa critique du monisme avec, cependant, une transition du pluralisme philosophique à une conception identitaire du pluralisme comme pluralité des conceptions de la vie bonne: « l'idée qu'il y aurait plusieurs finalités pouvant être recherchées par les hommes parfaitement rationnels, des hommes tout à fait capables de se comprendre, socialisant et apprenant les uns des autres. »⁴

43. Au XXI^e siècle, l'on assiste à un retour de la pensée radicale du pluralisme centrant dorénavant son analyse non plus sur la critique d'un État unitaire, mais sur la signification de l'identité, de la citoyenneté, et des différences au sein d'un cadre étatique. L'agonisme des différences culturelles devient une question qui ne peut être évitée : l'on perd, toutefois, la critique radicale du monisme étatique ou du positivisme épistémologique *per se*. La diversité culturelle et identitaire devient un enjeu indépassable pour la pensée politique ; il s'agit de penser les différences et ce qui les relie ensemble. L'opposition positivisme – pluralisme serait une fausse opposition puisque la pensée moniste aurait progressivement intégré un certain nombre des éléments du pluralisme : « la controverse ne porte plus comme avant entre pensée politique monisme et unitaire d'un côté et pluraliste de l'autre ; **bien davantage, il s'agit de savoir comment accommoder la réalité plurielle des sociétés contemporaines.** »⁵

¹ VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *R.R.J.*, 1993, vol. 2, pp. 573-583, p. 583.

² SCHLOSBERG (D.), « The Pluralist Imagination », in DRYZEK (J.S.), HONIG (B.) and PHILLIPS (A.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 142-160.

³ DAHL (R.A.), *Democracy and its Critics*, Yale U.P., New Haven and London, 1989.

⁴ SCHLOSBERG (D.), « The Pluralist Imagination », *op. cit.*, p. 147, (nous traduisons)

⁵ SCHLOSBERG (D.), « The Pluralist Imagination », *op. cit.*, p. 158, (nous soulignons et nous traduisons).

Avec la question de la diversité, le pluralisme s'est installé en tant que « supplément » au monisme étatique, écartant cette phénoménologie critique de l'identité du réel juridique. Or, si l'on écarte cette dernière orientation identitaire, c'est à cette condition que France et Canada s'opposent. *A priori*, le premier serait rétif à l'identité, alors que le second y serait favorable. Par ailleurs, une seconde difficulté réside dans la saisie positiviste d'un paradigme pluraliste.

B- Difficulté 2 : un paradigme pluraliste pour une phénoménologie positiviste

44. Deux difficultés liminaires peuvent être soulignées lorsque l'on cherche à opposer pluralisme et positivisme. D'une part, cette opposition prend pour acquis que tant la définition du pluralisme que celle du positivisme sont fixes. D'autre part, cette opposition prend pour acquis que l'épistémologie peut choisir entre ces deux paradigmes. Or, l'épistémologie ne fournit pas de critères afin de déterminer quel paradigme scientifique est *meilleur* qu'un autre. Cette question ne relève pas de l'épistémologie *qua* épistémologie, mais d'une théorie de l'argumentation¹. L'épistémologie peut être définie comme la science des connaissances, ce qui laisse, cependant, en suspens ce que l'on définit comme science² et comme connaissance³. Aussi, la question d'une transition de paradigmes⁴ (positiviste à pluraliste) serait une mauvaise question pour le comparatisme défini comme critique épistémologique.

45. En suivant Heidegger, on peut qualifier cette opposition entre paradigmes, de *question historique*⁵ : lorsque l'on interroge en direction de la chose, la question de la choséité de la chose est seconde par rapport à la question de la manière avec laquelle on interroge en direction de la chose. La question de l'objet découle d'une *posture* phénoménologique prise par rapport à l'objet. Précisément, l'origine du pluralisme serait d'être une critique relative à l'identité de cette posture phénoménologique dans la relation d'objet, la réalité n'étant pas ce qui préexiste mais ce que l'on y met⁶, et non d'être un paradigme organisant le réel. J.-G. Belley précise cette relation phénoménologique d'objet : « la première prénotion à écarter est évidemment celle qui consiste à ramener toute la phénoménologie du droit à l'action directe

¹ Nous nous permettons de renvoyer à BLANC (N.), « Image(s) et Constitution(s). Un regard français sur le savoir constitutionnel canadien », *Essais*, 2012, vol. 1, n°1, pp. 82-105.

² CHALMERS (A.F.), *Qu'est-ce que la science? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Le livre de Poche, Paris, 1987.

³ GAGNON (M.) et HÉBERT (D.), *En quête de Science. Introduction à l'épistémologie*, Fides, Montréal, 2000.

⁴ OUELLET (R.), « C'est une révolte? Non, Sire, c'est une Révolution. Tentative de métaphore sur la transition paradigmatique du droit », *R.D.U.S.*, 1999, vol. 30, pp. 205-223.

⁵ HEIDEGGER (M.), *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 1988.

⁶ CHALMERS (A.F.), *Qu'est-ce que la science?*, *op. cit.*, p. 18.

ou indirecte de l'État. »¹ Ces méta-réalités organisent notre perception unifiée et cohérente du réel. Le sujet reconstruit sa réalité grâce à ces schémas typificatoires, hiérarchisés en fonction d'une certaine structure de pertinence. La réalité n'existe pas « en-soi, » mais est alors vécue sur le mode de l'image. Or, cette confiance dans la clarté *d'une image* obère selon Bachelard toute entreprise scientifique. Il qualifie cela de *valorisation épistémologique*². La réalité apparaît sous les traits de variations de la focale du théoricien³ ; le phénomène juridique relève ainsi d'images cadrées par un paradigme de socialisation scientifique⁴. Le pluralisme serait ainsi passé de phénoménologie critique de l'étaticité et du normativisme à paradigme alternatif de construction du réel juridique, toujours « fasciné » par la figure de l'État.

46. Dans un ouvrage publié en 1989, *Images of a Constitution*⁵, W. Conklin a précisé cette problématique de *l'image* dans la structuration du réel juridique. Afin d'interpréter, l'interprète doit déjà percevoir un objet : il se trouve donc toujours *déjà* dans une certaine *posture*. L'interprétation est alors guidée par les préjugés traduisant l'intégration de l'interprète au sein d'une tradition juridique. Cette matrice oriente phénoménologiquement l'interprétation. Conklin note qu'une *Constitution* n'est pas un texte, mais une image produite par l'imagination d'une communauté juridique, un certain discours. La force de ces *images* est telle que les préjugés du juriste vont avoir pour conséquence l'objectivation et la naturalisation de l'image disposant d'une réalité phénoménale *per se*. À partir de cette compréhension de l'objet, va se construire une science venant légitimer cette connaissance. Ainsi, l'image a une double fonction : sociale en permettant l'intégration du juriste à une communauté scientifique, et épistémologique comme cadre des questions qui méritent d'être posées. De sorte que le comparatisme différentiel tomberait dans cette naturalisation à travers cette présentation différentielle des paradigmes pluraliste canadien et positiviste français.

47. Si le droit constitutionnel relève d'une pluralité d'images, le comparatiste de droit constitutionnel opposerait une image positiviste à une image pluraliste, tombant dans le double trope de la croyance en l'unité du réel juridique et de l'unité de la science le prenant comme objet. Le savoir juridique ne peut être présupposé unitaire⁶ dans la mesure où la réalité juridique ne peut être elle-même présupposée unitaire. Le comparatiste n'atteint cette rupture

¹ BELLEY (J.-G.), « Le droit comme terra incognita: conquérir et construire le pluralisme juridique », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, n°2, pp. 11-14, p. 3.

² BACHELARD (G.), *La formation de l'esprit scientifique, op. cit.*, p. 100.

³ BOUDON (R.), *L'art de se persuader des idées fausses, fragiles ou douteuses*, Fayard, Paris, 1990, p. 229.

⁴ ZIMAN (J.), *Reliable knowledge. An exploration of the grounds for belief in science*, Cambridge U. P., Cambridge, 1978.

⁵ CONKLIN (W. E.), *Images of a constitution*, U. of Toronto P., Toronto, 1989.

⁶ ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, Dalloz, Précis, 1^{ère} édition, Paris, 2002, p. 13.

épistémologique qu'une fois reconnu que son activité est elle-même cadrée par sa perspective cognitive : « l'unification postulée de l'expérience finit par déboucher, de quelque façon, sur un savoir de type théologique. »¹ Le paradigme pluraliste ainsi présenté dialectiquement au positivisme tomberait dans une dérive tropologique ou « phénoménologie positiviste. »

48. En effet, selon P. Amselek, le positivisme reproduit cette croyance en l'unité du réel et donc de la science le prenant pour champ de vérification². Certaines critiques pluralistes reproduisent les croyances du positivisme³ en voulant proposer un paradigme pluraliste. Ainsi, dans ce cadre il est possible pour le juriste de décrire les réalités juridiques de la même manière que l'on décrit les objets sensibles, et surtout les décrire avec la même neutralité qu'un scientifique décrirait une réalité donnée⁴. M. Waline précise que la valeur de la Constitution est un postulat comparable au postulat d'Euclide⁵. Ce sont les implications des *oblitérations monistes* dans les croyances des juristes positivistes. C. Schmitt évoque une *métaphysique moniste*⁶ : la pureté d'un objet que l'on veut *un* se traduit par *l'unité* du point de vue permettant sa connaissance et par une vision moniste généralisée. La science du droit est entraînée dans une boucle à l'égard de son objet⁷. La difficulté est donc double pour la critique pluraliste : la croyance en une réalité unitaire et à sa connaissance unitaire⁸. C'est dans ce contexte qu'il s'agit d'évaluer la notion de pluralisme comme paradigme alternatif.

49. Selon F. Ost et M. Van de Kerchove, le pluralisme critiquerait la systématisme formelle de l'épistémologie juridique : la technique logicienne du raisonnement déductif à la base de l'opération syllogistique écartant le domaine des considérations axiologiques ; le caractère formalisé du système juridique ; le caractère axiomatisé de la logique formelle impliquant la décidabilité du système et l'indépendance des axiomes juridiques ; la décidabilité ou la certitude de l'appartenance de certaines conséquences juridiques au système juridique ; l'indépendance ou l'absence de toute redondance normative ; la cohérence systémique ; l'idéal de complétude⁹. Or, « toute délimitation théorique qui entendrait nier ou plus simplement ignorer une telle relativité semble cependant arbitraire et doit céder sa place à une

¹ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, P.U. S.-L., Bruxelles, 1987, p. 123.

² AMSELEK (P.), « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, 1997, chron. 337, p. 337, spéc. p. 338.

³ HAQUET (A.), « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit ? », *Droits*, 2000, vol. 30, pp. 163-182.

⁴ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 55.

⁵ WALINE (M.), « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 519-534.

⁶ SCHMITT (C.), *Théologie Politique (1922-1968)*, Gallimard, nrf, Paris, 1969, spéc. p. 30.

⁷ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, p. 249.

⁸ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, P.U. S.-L., Bruxelles, 1980, p. 158.

⁹ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F., Paris, 1988, pp. 64 et suivantes.

vision pluraliste du droit. »¹ Une conception pluraliste du droit impliquerait la reconnaissance du « fait que plusieurs systèmes juridiques coexistent au même moment »² ; une conception réticulaire de la normativité où des systèmes juridiques différenciés coexistent dans une certaine territorialité et temporalité. Le pluralisme juridique oscille entre paradigme alternatif du droit (en réaction au positivisme) et phénoménologie critique de la juridicité : il ne serait pas incorrect d'établir, d'ailleurs, une parenté entre cette proposition pluraliste et le pluralisme institutionnel de M. Hauriou développé dans un cadre de « positivisme sociologique. »

50. Cette opposition se présenterait termes à termes³ : une opposition conceptuelle ; une opposition substantielle ; une opposition logique ; une opposition méthodologique ; une opposition ontologique ; une opposition évaluative ou axiologique ; une opposition pratique. J. Lenoble qualifie cette présentation de « semantic sting »⁴ : la reproduction implicite d'une pensée formelle et hiérarchique supposant une possible formalisation des conditions de réalisation du concept de droit, voulant ainsi faire du pluralisme un paradigme dans des termes positivistes. Une telle critique se retrouve s'agissant tant des courants du pluralisme européen⁵, que des systèmes autopoïétiques⁶. Or, à « une conception exclusivement normativiste devrait se substituer le pluralisme. »⁷ Le pluralisme passe de phénoménologie critique de l'identité du réel à paradigme alternatif (unitaire) pour la science du droit. Sans remettre en question ces présupposés, le pluralisme est une création des facultés de droit, c'est-à-dire un élargissement du domaine positiviste regardant et régulant le monde social⁸. Le paradigme pluraliste devient alors pensé dans le paradigme, même non exclusivement normativiste, de l'ordre juridique dont les caractères sont ceux de l'efficacité, de l'unité, de la cohérence et de la complétude⁹. Le langage mobilisé afin de saisir le phénomène pluraliste et présenter un paradigme pluraliste serait une « représentation positiviste » de cet objet.

51. Ce ne serait qu'à partir des années 1980 que l'idée d'un *paradigme* pluraliste aurait émergé, au point où l'on pourrait parler, avec J.-G. Belley, d'une *orthodoxie* pluraliste au sein

¹ OST (F.) et VAN de KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 199.

² OST (F.) et VAN de KERCHOVE (M.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 188.

³ REBER (B.), « Pluralisme moral : les valeurs, les croyances et les théories morales », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 21-46, p. 23.

⁴ LENOBLE (J.), « Au-delà du Juge : Des Approches Herméneutique et Pragmatiste à une Approche Génétique du Concept de Droit », *E.J.L.S.*, 2008, vol. 1, no. 2, 67 p., (disponible en ligne).

⁵ WALKER (N.), « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern L. Rev.*, 2002, vol. 54, no. 3, pp. 317-355. GIORGI (L.), *La contribution du pluralisme constitutionnel à la constitutionnalisation de l'Union européenne, plaidoyer pour un renouveau théorique*, Thèse, Luxembourg, 2009.

⁶ COUTU (M.), « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner: la nouvelle guerre des dieux? », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, n°2, pp. 93-113, p. 107.

⁷ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, op. cit., p. 235.

⁸ ROBERTS (S.), « Against Legal Pluralism. Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain », *J.L.P.*, 1998, no. 42, pp. 95-106, spéc. pp. 97-100.

⁹ LEBEN (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, no. 33, pp. 19-40, pp. 28 et suivantes.

de la science du droit actuelle¹. La transition n'est pas des moindres : de phénoménologie critique à paradigme alternatif, à paradigme majoritaire. Selon S. Lebel-Grenier, ce paradigme pluraliste aurait suivi trois étapes : la première démontre « l'existence de systèmes normatifs complexes, ordonnés et structurés qui subsistaient hors de l'emprise du droit étatique ou à sa marge »² ; puis, une « relativisation radicale du droit étatique au regard des autres formes d'expression normative »³ ; le pluralisme juridique critique, enfin, qui postule une pluralité d'ordonnements juridiques à partir des identités du sujet de droit. Aussi, « la nouvelle problématique du pluralisme juridique conduit ainsi à observer la diversité sociale du droit à des paliers en profondeur moins formalisés, ceux des valeurs, des symboles, et des catégories cognitives. »⁴ On pourrait amender cette présentation. En effet, ce que ce dernier qualifie de troisième étape ou pluralisme juridique critique, est moins un paradigme alternatif qu'un retour à une forme de phénoménologie critique du réel, à partir de la question identitaire. Le pluralisme demeure donc très largement pensé dans le cadre de la notion d'ordre juridique⁵, traduisant la reproduction d'une description systémique et systématique du droit positif⁶.

52. Cette orthodoxie pluraliste s'est traduite, de façon paradoxale, par une ramification à la fois des habilitations étatiques et des modalités unitaires de pensée, tout en modifiant *a priori* l'esprit juridique : « la connaissance de plus en plus fine des étagements de la juridicité étatique et de sa production décentralisée révèle aujourd'hui dans toute son ampleur la toile d'araignée juridique tissée par l'État. »⁷ Est-ce une transition de paradigmes ? Ainsi, J.-G. Belley évoque une privatisation de l'espace public et une publicisation du marché ou encore une horizontalisation de la normativité étatique et d'une verticalisation des juridicités non étatiques⁸. Une consonance épistémologique s'est donc établie à travers le développement de ce nouveau pluralisme : l'effectivité remplace la validité et l'analyse contextuelle des relations remplace l'analyse formelle des règles. En somme, le positivisme normativiste s'est fait positivisme institutionnel, mais ce nouveau pluralisme demeure, à notre sens, toujours formel, la relevance juridique simplement élargie. Quoi qu'il en soit, le développement de ces nouveaux schémas de pensée a conduit à une marginalisation de l'individu et de ses identités.

¹ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme comme orthodoxie de la science du droit », *op. cit.*, p. 257.

² LEBEL-GRENIER (S.), *Pour un pluralisme juridique radical*, *op. cit.*, p. 58.

³ LEBEL-GRENIER (S.), *Pour un pluralisme juridique radical*, *op. cit.*, p. 63.

⁴ LEBEL-GRENIER (S.), *Pour un pluralisme juridique radical*, *op. cit.*, p. 10.

⁵ Par exemple : BERGEL (J.-L.), BERGEL (J.L.) (dir.), *Le Plurijuridisme*, L.G.D.J., P.U.A.-M., Paris, 2005

⁶ VULLIERME (J.-L.), « Descriptions systématiques du droit », *A.P.D.*, 1988, t. 33, pp. 155-167.

⁷ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme comme orthodoxie de la science du droit », *op. cit.*, p. 261.

⁸ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme comme orthodoxie de la science du droit », *op. cit.*, p. 267.

53. Ainsi, ce *nouveau* pluralisme – paradigme alternatif ou supplément – relève du « droit organisé plutôt que du droit spontané. »¹ Face au pluralisme organisé le pluralisme juridique critique propose de revenir au pluralisme des personnes physiques, c'est-à-dire à l'identité des sujets produisant eux-mêmes leurs normes et gérant eux-mêmes ces conflits internormatifs. R. Macdonald apporte cette juste critique aux courants pluralistes : « car le pluralisme juridique socio-scientifique traditionnel entend être une hypothèse empiriquement vérifiable du droit, il est un mythe juridique autant positiviste que les images stigmatisées du monisme étatique. »² Cette proposition vise, ainsi, à remplacer l'analyse paradigmatique par une phénoménologie critique de l'identité³. R. Macdonald évoque en ce sens un fédéralisme kaléidoscopique, *i.e.* un fédéralisme normatif interne au sujet de droit selon les différentes relations d'autorité et d'identité auxquelles il est partie : « un sujet de droit est lui/elle-même une source de droit ; et une fois source de droit, le sujet est une fédération. »⁴ Ce qui intéresse le pluralisme critique ne sont pas les relations entre systèmes juridiques quasi-formels, mais l'espace public comme lieu de médiation identitaire : l'identité passe par la reconnaissance. Dans cette perspective, le pluralisme sera, par la suite, défini comme une *phénoménologie critique de l'identité* du réel.

54. La difficulté à faire du pluralisme un paradigme alternatif proviendrait, par ailleurs, du réductionnisme épistémologique à travers lequel les courants pluralistes décrivent le positivisme, considéré comme une doctrine unitaire. En effet, de la même manière qu'il y a autant de pluralismes que de pluralistes, il y a sûrement autant de positivismes que de positivistes⁵. De même, tous les positivistes n'ont pas écarté une analyse pluraliste du droit à l'image du pluralisme sociologique de Hauriou ; de même les critiques du positivisme ont aussi pu être critique à l'endroit du pluralisme, si l'on pense à C. Schmitt. Ainsi, le pluralisme vise une critique du positivisme *normativiste*⁶. Le positivisme tente généralement de clôturer la réponse à ce qu'est le droit en réduisant l'objet de la science juridique à l'analyse des règles formelles⁷. Aussi, « les positivistes semblent partager certains points : la séparation droit et morale, le formalisme, les sources formelles du droit. Il faut y ajouter une conception limitant

¹ BELLEY (J.-G.), « Le pluralisme comme orthodoxie de la science du droit », *op. cit.*, p. 274.

² KLEINHANS (M.-M.) and MACDONALD (R.A.), « What is a Critical Legal Pluralism? », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, pp.25-46, p. 37, (nous traduisons).

³ MACDONALD (R.), « Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées : l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit », in YOUNÈS (C.) et LE ROY (É.) (dir.), *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société?*, Karthala, Paris, 2002, pp. 21-38, p. 23.

⁴ MACDONALD (R.A.), « Kaleidoscopic Federalism », in GAUDREAUULT-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.), *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant et Éditions Yvon Blais, Bruxelles, 2005, pp. 261-283, p. 275, (nous traduisons).

⁵ MAULIN (É.), « Positivisme », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Paris, 2003, pp. 1171-1177.

⁶ GUASTINI (R.), *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par CHAMPEIL-DESPLATS (V.), Dalloz, coll. Rivages du droit, Paris, 2010.

⁷ NOONAN Jr. (J.T.), *Persons and Masks of the Law. Cardozo, Holmes, Jefferson, and Whyte as Makers of Masks*, U. of California P., Berkeley, 2002, p. XVII.

le rôle du juriste à une description du droit positif et donc excluant toute dimension prescriptive ou normative. »¹ L'expression *positivisme juridique* traduit une conception du droit (la volonté de l'État souverain, ou une norme formelle issue d'un ordre d'habilitations), et une conception de la science du droit² (ordre de contrainte efficace ou ordre normatif valide). Se plaçant à l'intérieur d'un système de droit, le juriste en accepte aussi les valeurs³.

55. Partant, les positivistes partagent l'idée que « le droit voulu par la volonté humaine correspond aux règles de droit produites par le pouvoir politique selon les mécanismes prévus à cette fin et l'ensemble de ces règles compose un ordre juridique complet et cohérent. Les positivistes privilégient l'étude des sources formelles du droit puisque la juridicité même d'une prescription procède de la qualité de son auteur et de la forme dans laquelle elle se trouve émise, et non de son contenu ou de sa portée. »⁴ Aussi, le pluralisme peut aisément apparaître comme une critique de l'identité du positivisme juridique lorsque l'on évoque, par exemple, les propos du doyen Eisenmann : « la science juridique, comme toute autre, ne saurait avoir qu'un objet, **un objet un** : il ne peut y avoir **qu'une réalité juridique.** »⁵ Pour les pluralistes, cette mythification unitaire est de l'ordre de la tautologie. La notion de pluralisme n'apparaît d'ailleurs pas dans la *Théorie pure du droit* de H. Kelsen, à l'exception des relations dans l'ordre juridique international. Le pluralisme serait incompatible tant du point de vue de l'objet, que du point de vue de la science, avec le positivisme *normativiste*.

56. Le droit constitutionnel deviendrait le lieu de résolution des conflits liés au pluralisme, droit lui-même porteur d'idéologies⁶. Par une forme de réduction, le pluralisme s'entendrait dorénavant sur le plan de la diversité identitaire. Or, si l'on peut être critique à l'égard de l'idée faisant du pluralisme une alternative au positivisme juridique, il faut toutefois retenir ce pluralisme comme étant une phénoménologie critique de l'identité d'un réel juridique où « la notion de 'l'autre' est reconceptualisée comme étant nécessaire à la création et à l'itération de l'identité nationale. »⁷ Aussi, l'on évite le réductionnisme du pluralisme à un paradigme tout en extrayant sa dimension critique. Le pluralisme est un outil critique du pluralisme. Qui sont ces Autres de l'orientation du constitutionnalisme ? Il ne s'agit pas de s'intéresser à ce qui est

¹ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 4.

² TROPER (M.), « Le positivisme juridique », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 27-44, pp. 31-32.

³ SCARPELLI (U.), *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruylant/L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Paris, 1996.

⁴ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 98.

⁵ EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, KELSEN (H.) (préf.), P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1986, p. 41.

⁶ ROCHER (G.), *Études de Sociologie du Droit et de l'Éthique*, Thémis, Montréal, 1996, p. 36.

⁷ MACDONALD (R.A.), « L'identité en deux temps », *op. cit.*, p. 275.

explicitement protégé ou rejeté, mais à l'orientation identitaire du phénomène juridique. Ici se trouve la question du pluralisme critique, qui reconfigure alors la comparaison différentielle.

III - DÉPLACER LA COMPARAISON DIFFÉRENTIELLE FRANCE – CANADA

57. La question se pose donc de savoir comment est orientée la perception de la question pluraliste par le comparatiste, et comment le constitutionnalisme est toujours déjà orienté vers une certaine structure identitaire. Une telle question permettra de déplacer la comparaison différentielle de la France et du Canada à travers la notion phénoménologique *d'identité*. Ni la phénoménologie positiviste, ni la comparaison des droits comme transition de paradigmes, n'ont permis de le comprendre étant elles-mêmes un projet de perception unifiée du réel à partir d'un sujet transcendantal¹. Cette phénoménologie positiviste fonctionnerait par exclusions jusqu'à donner au sujet qui perçoit la chose en elle-même, détachée de ses attaches mondaines. La théorie du droit ne s'est guère portée sur l'approche phénoménologique², et lorsqu'elle l'a fait, c'était dans le but de renforcer le projet positiviste par une réinterprétation de la réduction transcendantale de E. Husserl³, et avec peu de référence à l'œuvre de Merleau-Ponty⁴ – ce dernier rejetant la réduction transcendantale⁵. Le projet de Merleau-Ponty visait à déplacer la dialectique naturalité – positivité à travers la notion d'orientation perceptive (A). Les droits fondamentaux seront donc les vecteurs d'orientation du constitutionnalisme (B).

B- Le pluralisme comme « hypothèse critique » : déplacer la comparaison

58. Si Merleau-Ponty ne s'est jamais intéressé *per se* à la question juridique, sa démarche de dépassement dialectique au profit d'une phénoménologie corporelle de la perception⁶ mérite une attention renforcée. Cette approche nous aide dans le but de penser l'approche de l'objet comparatif construit de façon dialectique. Il élabore une méta-phénoménologie, c'est-à-dire une « approche » de l'objet phénoménologique pensé de façon *dialectique*, qu'il qualifie de *dialectiques du positivisme*. La réduction transcendantale n'est pas un outil épistémologique

¹ HUSSERL (E.), *Méditations Cartésiennes. Introduction à la phénoménologie*, Vrin, coll. Les Philosophiques, Paris, 1992, p. 18.

² PALLARD (H.), « La Phénoménologie et le droit : Méthode et théorie en philosophie du droit », *R.R.J.*, 1988, vol. 3, pp. 677-727.

³ AMSELEK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, EISENMANN (C.) (préf.), vol. II, L.G.D.J., Paris, 1964 ; « L'étonnement devant le droit », *A.P.D.*, 1968, vol.13, pp. 163-183. GOYARD-FABRE (S.), *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, Paris, 1972.

⁴ HAMRICK (W.), *An Existential Phenomenology of Law: Maurice Merleau-Ponty*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.

⁵ MERLEAU-PONTY (M.), *Phenomenology of Perception*, Routledge, London and New-York, 1962.

⁶ MORRIS (D.), *The Sense of Space. An Essay on Spatial Perception and Embodiment in the Spirit of Merleau-Ponty's Phenomenology of Perception*, Ph.D., Philosophy, U. of Toronto, 1997. Voir aussi MORRIS (D.), *The Sense of Space*, State U. of N.Y. P., Albany, 2004.

permettant le dépassement de la dialectique du réalisme et de l'idéalisme, mais un outil phénoménologique permettant de retrouver l'expérience charnelle du sujet dans sa perception dialectique du monde et de ses objets¹. Merleau-Ponty tente ainsi de dépasser les « mythes jumeaux de la philosophie pure et de l'histoire pure » et « retrouver leurs rapports respectifs »² dans la question du dehors de la perception. Ce « dehors » réside dans l'oubli, par le sujet de ses origines, c'est-à-dire sa naissance dans la perception réciproque d'autrui³.

59. Le dehors constitutif est ce qui n'a pas fait l'objet d'un choix lors de la perception, mais qui a rendu possible la perception. Or, « le choix ne supprime pas ce qui n'est pas choisi, mais le maintient en marge. »⁴ La réduction phénoménologique ne suppose pas l'irréductibilité de l'Esprit à la Nature ou du « subjectif » et de « l'objectif, » mais d'installer la réflexion dans un espace où cette distinction s'effrite, c'est-à-dire dans « notre entourage » où l'esprit est lié à la matérialité du corps et la réflexion à « notre rapport naturel au monde. » Merleau-Ponty propose de réinstaller la pensée de ces dialectiques dans « l'expérience charnelle » de la perception. Partant, « la phénoménologie n'est en fin de compte ni un matérialisme ni une philosophie de l'esprit. Son opération propre est de dévoiler la couche pré-théorique où les deux idéalizations trouvent leur droit relatif et sont dépassés. »⁵ Il s'agit de penser l'identité de ce que la perception a *exclu*. Cette couche pré-théorique est retrouvée par une *généalogie* des orientations, reconstruisant les corps du sujet qui perçoit, qui est perçu et qui est écarté⁶.

60. Le constitutionnalisme oriente la présentation des corps dans l'espace public négociant la familiarité des corps reconnaissables et l'étranger-été des autres. L'un des postulats de la phénoménologie réside dans le caractère intentionnel de la conscience : je ne perçois un objet que parce que je suis *déjà* orienté vers lui. Aussi, le champ perceptif dépend des orientations préalables ayant permis l'acte de perception : « certaines choses sont reléguées à l'arrière-plan. »⁷ Le pouvoir du corps dans le processus de connaissance découle « de ce qu'il a une place d'où il voit. » Or, je ne peux percevoir une chose que si elle peut être vue par d'autres,

¹ CATALDI (S.L.), *Emotion, Depth, and Flesh: A Study of Sensitive Space. Reflections on Merleau-Ponty's Philosophy of Embodiment*, State U. of N.Y. P., Albany, 1993.

² MERLEAU-PONTY (M.), « La philosophie et le « dehors » », in MERLEAU-PONTY (M.), *Signes*, Gallimard, Paris, 1960, pp. 158-167, p. 163.

³ MERLEAU-PONTY (M.), « Le philosophe et son ombre », *op. cit.*, p. 201.

⁴ MERLEAU-PONTY (M.), « La philosophie et le « dehors » », *op. cit.*, p. 165.

⁵ MERLEAU-PONTY (M.), « Le philosophe et son ombre », *op. cit.*, respectivement p. 206 et p. 208.

⁶ IWAKUMA (M.), « The Body as Embodiment: An Investigation of the Body by Merleau-Ponty », in CORKER (M.) and SHAKESPEARE (T.) (eds.), *Disability/Postmodernity. Embodying Disability Theory*, Continuum, London, 2002, pp. 76-86.

⁷ AHMED (S.), *Queer Phenomenology. Orientations, Objects, Others*, Duke U.P., Durham and London, 2007, respectivement p. 8, et p. 32, (nous traduisons).

annexés « comme les organes d'une seule incorporité. »¹ Cette pensée de l'Autre², Merleau-Ponty la caractérise d'*ombre* de la conscience intentionnelle³ : l'épaisseur qui a rendu possible la perception. C'est la teneur identitaire de cette épaisseur qui intéresse Merleau-Ponty et qui nous intéressera. Aussi, certains corps seulement sont visibles parce que seuls certains objets sont eux-mêmes visibles. Cette orientation organise les contours de l'espace public et donne corps à l'identité nationale : « nos orientations vers certains Autres **organisent les contours de l'espace** en affectant les relations de proximité et de distance entre les corps. »⁴ Les orientations forment la manière avec laquelle on habite et on cohabite au sein de cet espace.

61. Le choix d'une expérience critique de l'orientation permet de faire tomber l'opposition France / Canada, tout en prenant au sérieux le constitutionnalisme comme phénoménologie régulant la présentation publique des corps. Dès lors, il devient nécessaire d'opérer un retour du regard comparatiste sur lui-même⁵ puisque le danger provient de ce que l'on saisit *l'Autre* par le regard, sans que le regard soit retourné sur celui qui saisit. L'identité n'est dès lors plus présentée comme fixe et unitaire, mais « comme un repère instable d'identification possédant ses propres histoires et construit à travers ses propres histoires et mythes. »⁶ Aussi, les normes du constitutionnalisme produisent *toujours déjà* des exclusions⁷ : « face à une baisse de la natalité qui altère notre capacité d'assimilation, on ose parler d'une France multiculturelle. (...) Cette tolérance ne vaut que dans l'unité de la culture. »⁸ Ces exclusions sont au cœur de la question de l'identification (d'une science ou d'une nation)⁹ : l'identité donne fictivement un sens à un objet en le distinguant de ce qu'il n'est pas¹⁰. Aussi, « quelles conceptions de l'identité (et de la différence) sont prises pour acquis dans la célébration de la diversité ? »¹¹ N. Rose le résume : « les sujets du gouvernement sont compris comme des individus avec des 'identités' qui non seulement les identifient, mais le font par leurs allégeances à certaines

¹ MERLEAU-PONTY (M.), « Le philosophe et son ombre », *op. cit.*, respectivement p. 210, p. 211 et p. 213.

² LEFORT (C.), « Flesh and Otherness », in TOADVINE (T.) (ed.), *Merleau-Ponty. Critical Assessments of Leading Philosophers*, Routledge, London, 2006, pp. 234-244. MADISON (G.B.), « Flesh as Otherness », in JOHNSON (G.A.) and SMITH (M.B.) (eds.), *Ontology and Alterity in Merleau-Ponty*, Northwestern U.P., Evanston, 1990, pp. 27-34.

³ LAU (K.), « Intersubjectivity and Phenomenology of the Other: Merleau-Ponty's Contribution », in CARR (D.) and CHEUNG (C.-F.) (eds.), *Space, Time, and Culture*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2004, pp. 135-158.

⁴ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, p. 3, (nous soulignons et nous traduisons).

⁵ COSSMAN (B.), « Turning the Gaze back on itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project », *Utah L.Rev.*, 1997, n°2, pp. 525-544.

⁶ FOURNIER (P.), *The Canadian Landscape: Universalism, Cultural Relativism, or How and Why difference matters*, LL.M., U. of Toronto, 2000, p. 7, (nous traduisons).

⁷ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, p. 14 : « exclusions – the constitution of a field of unreachable objects – are the indirect consequences of following lines that are before us : we do not have to consciously exclude those things that are not 'on line'. »

⁸ Lettre Préface de Michel Debré à DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, *op. cit.*, p. 2.

⁹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *La critique identitaire, la liberté d'expression, ou, la pensée juridique à l'ère de l'angoisse: un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique*, LL.D., Université d'Ottawa, 1997, p. 204.

¹⁰ BROWN (W.), « At the Edge: The future of Political Theory », in BROWN (W.), *Edgework. Critical Essays on Knowledge and Politics*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2005, pp. 60-82, pp. 60-61, (nous soulignons).

¹¹ CONNOLLY (W.E.), *The ethos of pluralization*, U. of Minnesota P., coll. Borderlines, vol. 1, 4^{ème} Édition, Minneapolis, 2004, p. XIII, (nous traduisons).

communautés. »¹ Le constitutionnalisme orienterait la perception prenant corps à travers une phénoménologie des *dehors constitutionnels* – ou exclusions, qui déplacent la comparaison.

62. L'orientation du constitutionnalisme serait une gouvernementalité² dans les termes de Foucault. Son analyse du pouvoir prend son point de départ dans une critique du positivisme. Dans l'*Ordre du discours*, la doctrine, comme cadre de reconnaissance produisant et régulant les sujets³, est définie comme un double assujettissement : les sujets parlants aux discours (biopolitique) et les discours au groupe des individus parlants (discipline)⁴. Il y aurait selon Foucault un « effet inhibiteur, propre aux théories totalitaires, » aux « théories enveloppantes et globales, » et « c'est bien contre les effets de pouvoir propres à un discours considéré comme scientifique, que la généalogie doit mener le combat. »⁵ L'orientation disciplinaire est une relation de pouvoir déconstruite par une analyse *archéologique* si l'on recherche les concepts qui permettent de penser les discontinuités, et *généalogique* si l'on recherche les niveaux de régulation⁶. Aussi, « la discipline est un principe de contrôle de la production du discours, » qui repousse « de l'autre côté de ses marges, toute une tératologie du savoir. »⁷ Le sujet (le bon et le mauvais) est créé par des réseaux de « savoir – pouvoir » qui se superposent dans une société⁸ : chaque discours produit son sujet et en régule son expression autorisée.

63. Foucault produit une généalogie de la construction du sujet⁹ avec un cadre d'analyse du pouvoir qu'il appelle gouvernementalité¹⁰, dont la particularité est de « gouverner la vie » en produisant des sujets¹¹. Cette construction obscurcit le système de droit en tant que « véhicule (...) d'assujettissement polymorphes. »¹² Foucault remet ainsi en question le modèle juridique de la souveraineté et l'hypothèse répressive du pouvoir¹³. Le pouvoir est productif plus que répressif ; pouvoir et liberté ne sont pas opposés. Le gouvernement est donc la conduite des conduites¹⁴. Il fonctionne à un niveau individuel, la *discipline*, et un niveau social, la

¹ ROSE (N.), *Powers of Freedom. Reframing Political Thought*, Cambridge U.P., Cambridge, 1999, p. 135, (nous traduisons).

² FOUCAULT (M.), « Le sujet et le pouvoir », in *Dits et Écrits II, 1976-1988*, Gallimard, coll. Quarto, Paris, 2001, pp. 1047 et suivantes.

³ SPADE (D.), « Law as Tactics », *Colum. J. G. & L.*, 2011, vol. 21, pp. 442-473.

⁴ FOUCAULT (M.), *L'ordre du discours*, Gallimard, coll. Blanche, Paris, 1971, p. 45.

⁵ FOUCAULT (M.), « *Il faut défendre la société* ». *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Gallimard, coll. Hautes Études, Paris, 1997, respectivement p. 7 et p. 10.

⁶ FOUCAULT (M.), *L'archéologie du savoir*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 2008, p. 13.

⁷ FOUCAULT (M.), *L'ordre du discours*, *op. cit.*, respectivement p. 37 et p. 35.

⁸ FOUCAULT (M.), « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, p. 1060.

⁹ FOUCAULT (M.), « Subjectivité et vérité », in *Dits et Écrits II, op. cit.*, pp. 1032 et suivantes.

¹⁰ DEAN (M.), *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, Sage, 2nd Ed., London, 2010, p. 18 et p. 24 : « Government entails any attempt to shape with some degree of deliberation aspects of our behaviour according to particular set of norms and for a variety of ends. Government in this sense is an undertaking conducted in the plural. There is a plurality of governing agencies and authorities, of aspects of behaviour to be governed, of norms invoked, of purposes sought, and of effects, outcomes and consequences. »

¹¹ FOUCAULT (M.), « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 37.

¹² FOUCAULT (M.), « *Il faut défendre la société* », *op. cit.*, p. 24.

¹³ BROWN (W.), *Regulating Aversion. Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2006, p. 68.

¹⁴ FOUCAULT (M.), « Le sujet et le pouvoir », *op. cit.*, p. 1056.

biopolitique. La biopolitique peut être définie comme une stratégie libérale de régulation de la vie par la construction et la régulation globales des identités¹. Selon N. Rose : « la discipline cherche à remodeler les manières avec lesquelles les individus, dans le futur, se conduiront, dans un espace de liberté régulée. »² Si la biopolitique régule des catégories identitaires, la discipline gouverne ces catégories en tant qu'habituations identitaires. L'orientation du droit régule ces capacités des corps, « dans la technique et la procédure même de l'exclusion. »³

B- Les droits fondamentaux, vecteurs d'orientations et d'exclusions identitaires

64. Une rapide généalogie de la pensée du constitutionnalisme permet de démontrer dans quelle mesure une certaine structure identitaire gouverne les lectures de la réalité juridique avec les droits fondamentaux comme vecteurs d'orientations et d'exclusions identitaires. Ainsi, C. J. Friedrich⁴ et P. Haberlé⁵ démontrent que le constitutionnalisme occidental est une « performance culturelle. » La formation du constitutionnalisme s'explique par l'esprit national où la nation est une « incarnation complète de l'ensemble du fonds culturel. »⁶ Toute Constitution sert son identité : la normativité repose donc sur un état de normalité culturelle⁷.

65. Le constitutionnalisme serait toujours un discours structural⁸, de sorte que les conditions identitaires d'une Constitution ne sont jamais renégociées, mais données comme telles en tant que *condition* historique. Les Constitutions assurent la reproduction d'un certain ordre social en établissant des normes identitaires d'interprétation⁹. Aussi, une Constitution ne contient pas uniquement des normes juridiques, mais établit plutôt des couplages structurels entre les mécanismes réflexifs du droit et ceux de l'identité à partir de ce méta-code constitutionnel qu'est la distinction inclusion / exclusion¹⁰ dont la constitutionnalisation en assure la réalisation¹¹. Partant, le constitutionnalisme « définit la quiddité du nous (l'identité et

¹ ROSE (N.), *Powers of Freedom*, *op. cit.*, p. 119 (nous soulignons).

² ROSE (N.), *Powers of Freedom*, *op. cit.*, p. 22.

³ FOUCAULT (M.), « Il faut défendre la société », *op. cit.*, p. 29.

⁴ FRIEDRICH (C.), *La démocratie constitutionnelle*, P.U.F., Bibl. Sc. Pol., Paris, 1958.

⁵ HÄBERLE (P.), *L'État Constitutionnel*, Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 2004.

⁶ FRIEDRICH (C.), *La démocratie constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 13.

⁷ HÄBERLE (P.), *L'État Constitutionnel*, *op. cit.*, p. 105.

⁸ TULLY (J.), *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Les Presses de l'Université de Bordeaux – Laval, Bordeaux, 1999, p. 39.

⁹ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005, p. 85 et p. 108, (nous traduisons).

¹⁰ TEUBNER (G.), « Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory? », in JOERGES (C.), SAND (I.-J.), TEUBNER (G.) (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, coll. International Studies in the Theory of Private Law, Portland, 2004, pp. 3-28.

¹¹ LOUGHLIN (M.), « What is Constitutionalization? », in DOBNER (P.) and LOUGHLIN (M.) (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford U.P., Oxford, 2010, pp. 47-71, p. 47.

l'appartenance). »¹ Cette quiddité du nous « généralise et re-spécifie le concept de régime politique afin de faire face aux nouvelles cultures et identités. »² Le constitutionnalisme serait une territorialisation distinguant le dedans du dehors³. L'espace du constitutionnalisme assure la double fonction d'endiguement physique et de purification identitaire au sein de la Nation.

66. Dans le *Nomos de la Terre*, Schmitt rappelle que la Terre assure un enracinement du droit. La terre est ce qui clôt : « la Terre porte sur son sol ferme des **haies** et des **clôtures**, des **bornes**, des **murs**. »⁴ C'est une mission de purification que l'on assigne à un territoire : « le sens de ces limites était de séparer (...) une Maison d'une non-Maison. » Un *nomos* est donc la manière avec laquelle on organise un espace de proximité, rendant perceptible un ordre politique. Schmitt précise, « le *nomos* est la **mesure** qui **divise** et **fixe** les terrains et les fonds de terre selon un **ordre précis**, ainsi que la configuration qui en résulte pour l'ordre **politique, social, et religieux**. »⁵ C'est à partir de cette localisation que la notion d'ennemi devient juridique. Partant, l'ennemi est projeté vers l'extérieur; le déviant l'est à l'intérieur⁶. L'exclusion est la grammaire politique du constitutionnalisme⁷ en constante redéfinition.

67. Le constitutionnel serait la réalisation corporelle d'une nation et Schmitt propose de penser politiquement ce qui se présente comme dépassant l'ordre même du politique. Interroger politiquement pour Schmitt⁸, c'est interroger en direction de la réalisation de cette rencontre phénoménologique qui donne ses frontières identitaires à un certain espace de vie. Le libéralisme pluraliste⁹ serait la tentation d'écarter une critique politique du politique lui-même et, par suite, des relations d'inimitiés qui traversent et construisent la sphère publique : le pluralisme ignore le concept central de toute doctrine de l'État, à savoir *le politique*¹⁰. Schmitt fut en cela un opposant au libéralisme¹¹. Le risque avec le constitutionnalisme serait d'abandonner une lecture politique de relations politiques : « garder une mentalité apolitique (...) engendre une virginité artificiellement prolongée. »¹² Si la pensée politique est une pensée de la fondation juridique, il faut penser politiquement les figures juridiques de l'Autre

¹ PRANDINI (R.), « The Morphogenesis of Constitutionalism », in DOBNER (P.) and LOUGHLIN (M.) (eds.), *op. cit.*, pp. 309-326, p. 321.

² PRANDINI (R.), « The Morphogenesis of Constitutionalism », *op. cit.*, p. 320, (nous traduisons).

³ PREUSS (U.K.), « Disconnecting Constitution From Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept? », in DOBNER (P.) and LOUGHLIN (M.) (eds.), *op. cit.*, pp. 23-46, p. 23.

⁴ SCHMITT (C.), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 2001, p. 47 (nous soulignons).

⁵ SCHMITT (C.), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, *op. cit.*, p. 58, (nous soulignons).

⁶ SCHMITT (C.), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, *op. cit.*, respectivement p. 158 et p. 292.

⁷ MOUFFE (C.), *The Return of the Political*, *op. cit.*, p. 2.

⁸ KERVÉGAN (J.-F.), *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., Quadrige, Paris, 2005.

⁹ BAUME (S.), *Carl Schmitt, penseur de l'État. Genèse d'une doctrine*, Sciences Po, Les Presses, Paris, 2008, pp. 178 et s.

¹⁰ SCHMITT (C.), *Théorie du partisan. La notion de politique*, Flammarion, Champs, Paris, 2009, p. 85.

¹¹ KERVÉGAN (J.-F.), *Que faire de Carl Schmitt?*, P.U.F., Quadrige, Paris, 2011, p. 193.

¹² SCHMITT (C.), *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, *op. cit.*, p. 290.

de la fondation juridique, il faut penser politiquement les figures juridiques de l'Autre dans un contexte où la plasticité du politique implique une plasticité du droit lui-même. La phénoménologie de Schmitt est *une politique du faire apparaître*, nous invitant à penser les évolutions de la figure juridique de l'ennemi politique congruent aux évolutions du politique lui-même. Les nouveaux ennemis sont les étrangers dont l'humanité a été reniée. Face à cela, Schmitt propose de re-territorialiser politiquement le politique menacé par sa propre absoluité.

68. *L'exclusion constitutionnelle* qualifie des variations identitaires dans la capacité à être citoyen. Ces variations sont liées aux frontières identitaires sans cesse changeantes des droits fondamentaux. Ainsi, l'exclusion par la normalisation identitaire des comportements n'est pas aussi claire que de tracer une frontière physique¹. Ces variations traversent l'ensemble du corps social, à mesure que ces régulations identitaires du constitutionnalisme se modifient. Les frontières identitaires de la nation sont sans cesse modifiées à l'image du processus de l'exclusion². La recherche aura ainsi comme objet les droits fondamentaux, définis comme « ensemble de garanties reconnus constitutionnellement aux particuliers dans leurs rapports avec les autorités publiques et pouvant être applicables aux relations interindividuelles. »³

69. Les droits fondamentaux incarneraient désormais « l'un des fondements sur lesquels doit se construire et s'appuyer le pouvoir. »⁴ Cette évolution dans la structure de légitimité est liée à une positivisation des droits soutenus par des normes formellement constitutionnelles. Par ailleurs, « la fundamentalité n'est pas liée à la norme qui le supporte, mais à l'importance reconnue à ce droit par la société et, juridiquement, par l'autorité qui l'édicte. »⁵ Partant, « les droits fondamentaux tendent ainsi à devenir un système fondateur du droit. »⁶ La notion a fait l'objet de nombreuses controverses⁷. T. Meindl rejette une définition formelle des droits et adopte une définition matérielle dans la continuité de la théorie allemande. Avec D. Capitant, « l'inscription de droits fondamentaux dans un texte constitutionnel présente sans doute une vertu politique en tant qu'elle établit un étalon en regard duquel pourra toujours être comparée l'action de l'État. »⁸ L'ambiguïté de la notion tient à l'épithète *fondamental*, qui révèle une

¹ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies. Constitutionalism and Pluralism*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2011, p. 5.

² BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 41.

³ PONTHEOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 357.

⁴ MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002, p. 9.

⁵ MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 11.

⁶ MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, op. cit., p. 12.

⁷ MEINDL (T.), *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, ROUSSEAU (D.) (préf.), L.G.D.J., coll. Bibl. Cle et de Sc. P., Paris, 2003.

⁸ CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, FROMONT (M.) (préf.), L.G.D.J., coll. Thèses, Paris, 2001, p. 27.

dimension axiologique et structurelle. Partant, les droits se situeraient en amont des autres disciplines¹. Il s'agit d'énoncés reconnaissant des prérogatives (faire ou ne pas faire, agir ou ne pas agir) à un sujet de droit « en raison de son appartenance, présupposée ou stipulée, à une communauté humaine. »² Il s'agira en définitive de « l'ensemble des droits et principes de valeurs supra-législative protégeant un intérêt considéré comme primordial de la personne. »³

70. Deux éléments appellent en faveur d'une étude du constitutionnalisme pluraliste et de l'exclusion à partir de la question des droits fondamentaux. Il s'agit d'une part, des liens entre droits fondamentaux et fondement du droit. Les discours relatifs aux droits fondamentaux sont liés à des rapports de pouvoirs : « relever le potentiel idéologique du discours juridique en tant que vecteur d'un rapport de force politique. » Ainsi, tant les théories normativistes que sociologiques ont occulté ces liens avec la question du fondement de la juridicité. C. Girard, souligne, par conséquent, trois éléments : **(1)** « la thématique des droits fondamentaux est toujours une voie d'accès vers le fondement du droit » ; **(2)** « les droits fondamentaux ainsi associés au fondement du droit se présentent comme une occasion favorable à l'activité doctrinale d'énonciation du droit » ; **(3)** « le juriste-théoricien puise à la source d'un droit naturel qu'il invoque expressément. » Derrière un discours autour des droits fondamentaux, il y a une certaine structure de pouvoir relative tant au fondement ontologique du droit qu'au fondement épistémologique de la science du droit. Derrière les droits fondamentaux, il y a la construction d'un discours sur le fondement du droit et, en somme, sur l'identité nationale⁴.

71. Il s'agit, d'autre part, de l'idée que les droits fondamentaux jouent une fonction de charnières entre des systèmes juridiques⁵ : « les droits fondamentaux sont des charnières entre les ensembles juridiques, car ils remplissent une double fonction, d'une part statique (de liaison et de rattachement) et d'autre part dynamique (de régulation de flux normatifs). »⁶ Ils participeraient donc de cet « ordonnancement non hiérarchique du multiple » découlant du pluralisme. Cette idée de charnières évoque la contradiction notée par M. Delmas-Marty entre *fonction identitaire* et de reconnaissance de la diversité culturelle – vulnérabilité – et *fonction*

¹ RAYNAUD (J.), *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, GARAUD (É.) (préf.), P.U.A.-M., Paris, 2003, p. 5.

² CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les droits fondamentaux et l'identité des ordres juridiques : l'approche publiciste », in DUBOUT (E.) et TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entres ordres et systèmes juridiques*, Éditions Pédone, Paris, 2009, pp. 149-163, p. 149.

³ PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, GAUTRON (J.-C.) (préf.), L.G.D.J., coll. Varenne, Paris, 2008, pp. 19-20.

⁴ GIRARD (C.), *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, PICARD (É.) (préf.), Publ. de la Sorbonne, Paris, 2010, respectivement p. 22, p. 319 et p. 379.

⁵ DUBOUT (E.) et TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux, op. cit.*, Ed. Pédone, Paris, 2009.

⁶ DELMAS-MARTY (M.), « Avant-Propos », in DUBOUT (E.) et TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entres ordres et systèmes juridiques*, Éditions Pédone, Paris, 2009, pp. 5-10, p. 5.

universalisante – dignité – des droits. Les droits fondamentaux participent de l'identité d'un ordre juridique. Il y aurait donc une contradiction performative inhérente à l'invocation des droits exerçant une *fonction de communication* et de *protection* : une reconnaissance de la diversité et une fonction d'exclusion par la régulation des frontières identitaires de la citoyenneté. Assurant une fonction de fusion et de séparation, les droits fondamentaux sont une hypothèse de pluralisme *ordonné*¹, peut-être, de pluralisme *orienté*, certainement.

72. L'objet sera la gestion étatique de la diversité culturelle – juridique, lorsque pluralisme juridique et culturel se superposent, « certainement là où les limites à la gestion par l'État de la diversité culturelle se manifestent. »² En somme, il s'agira de la gestion identitaire de la diversité par les droits fondamentaux. La question n'est pas de savoir si le juge constitutionnel « reconnaît » une diversité plus ou moins conforme à une réalité supposée de la diversité culturelle, mais ce que le juge « produit » comme *identité* de la diversité. En modulant le champ d'un droit en regard de questions identitaires, le juge participe à la gestion de ce que peuvent faire les corps. La régulation des frontières identitaires traduit un constitutionnalisme comme gouvernementalité : « normaliser et réguler l'intensité des sujets à persévérer dans leur capacité à être citoyens – identifiés sur la base de communautés – dans l'espace public. »

73. L'approche *identitaire* permet de dresser une méthode d'analyse de « l'exclusion » en droit constitutionnel à travers la question de ce que peut faire un corps dans l'espace public : le constitutionnalisme est toujours déjà orienté vers une structure identitaire modulant les capacités de ces corps. Une réflexion méthodologique sur la comparaison fait donc progresser l'analyse de *l'exclusion* en droit. Il ne s'agit pas d'une systématisation du droit positif, mais une analyse de *l'identité* du droit. Dans quelle mesure la critique du regard français sur un modèle supposé canadien de pluralisme fait-elle progresser la critique de l'exclusion ? En d'autres termes, dans quelle mesure le constitutionnalisme occidental est-il toujours déjà la régulation de ce qu'un corps peut faire dans l'espace public ? L'objectif sera le déplacement de la comparaison vers un constitutionnalisme défini comme *phénoménologie de l'exclusion*. Partant, cette démonstration se fera en trois temps, traduisant cette critique du regard français.

¹ DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2011.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity », *op. cit.*, p. 204, (nous traduisons).

74. La première partie, « *orientations pluralistes du constitutionnalisme*, » résulte de la déconstruction de l'opposition de l'universalisme français au différentialisme canadien. L'objectif est de déterminer ce qui se joue derrière cette opposition lorsqu'est mobilisée la référence au « pluralisme. » Ce choix démontre qu'antérieurement à toute conscience s'établit une orientation du constitutionnalisme. La perception de certains corps, à l'exclusion de tous les autres, structure la pensée de l'ordre juridique, le pluralisme étant écarté ou valorisé. Ce qu'un corps peut faire dans l'espace public dépend donc des orientations perceptives du droit.

75. La deuxième partie, « *structure identitaire du constitutionnalisme*, » résulte de la déconstruction de l'opposition du républicanisme français au multiculturalisme canadien. En distinguant deux vecteurs canadiens de pluralisme, l'objectif est de démontrer une circulation des identités du constitutionnalisme soutenue par la disponibilité ou l'indisponibilité de tels vecteurs. Des exemples tirés du droit autochtone, du port du niqab et du mariage homosexuel identifient les identités du constitutionnalisme, partagées tant par la France que par le Canada. Ce qu'un corps peut faire dans l'espace public dépend de la combinaison de ces identités.

76. La troisième partie, « *étrangers du constitutionnalisme*, » résulte de la déconstruction de l'opposition de l'antimodèle français au modèle canadien de pluralisme. L'objectif est de démontrer que derrière la perception d'un « modèle d'inclusion, » s'établit un « espace d'exclusion. » Une perspective identitaire sur les conflits de l'orientation sexuelle et de la liberté de religion met en évidence une *typologie* des étrangers constitutionnels : un conflit formel de droits se transforme alors en hiérarchie matérielle d'identités. Si l'identité religieuse est l'hétérosexualité obligatoire et si le corps homosexuel est un corps masculin et blanc, plus on diffère de ces normes, plus on est *invisible* devant le droit, *i.e.* hors du cadre du droit.

77. Le choix des exemples entend témoigner des controverses identitaires qu'ont provoqué certaines questions juridiques (niqab, mariage). Ces controverses sociales révèlent le substrat identitaire invisible du droit et de ses exclus. La dernière partie fait le choix d'une étude de cas qui ne se retrouve pas en tant que telle en droit constitutionnel français afin de bien noter que c'est la qualification de *modèle* canadien d'exclusion qui sera déconstruite. Par ailleurs, cette étude de cas devait constituer le dernier volume de l'*Histoire de la sexualité* de Foucault. Si cette recherche s'inscrit dans les études foucaaldiennes, elle en est surtout une critique sous quatre aspects : son application contrariée de la critique de Merleau-Ponty à sa propre théorie du pouvoir, la vie psychique du pouvoir, les normes étatiques et les conflits d'identités.

Introduction

PREMIÈRE PARTIE

L'ORIENTATION PLURALISTE DU CONSTITUTIONNALISME

« La sémantique de la diversité culturelle incorpore le concept d'altérité de manières très diverses. La différenciation est, toutefois, un prérequis pour l'inclusion. Quelle est cette identité culturelle, qui a la capacité de distinguer entre le soi et tout ce qui est 'Autre' ? »¹

Introduction : *Universalisme français c. Différentialisme canadien*

78. L'universalisme français a pu être défini comme « le principe selon lequel la règle de droit doit s'appliquer à tous sans distinction, »² impliquant tant l'universalisme juridique que l'universalisme de l'identité. Et, à cela, l'on opposerait un différentialisme canadien. Aussi, la « représentation homogène et rationnelle de l'humanité » à laquelle se nourrit la tradition française, ferait de l'universalisme « un totem constitutionnel. »³ Le logos juridique serait construit à partir d'une double logique d'unité juridique et d'uniformité identitaire venant dissoudre l'altérité dans une différence de nature⁴. Or, si le pluralisme ne se définit pas par rapport à l'unité juridique⁵, et si universalisme et tension pluraliste ne s'opposent pas⁶, cette opposition entre différentialisme et universalisme serait un faux débat⁷ envisagée du point de vue de l'identité. En effet, l'un comme l'autre sont une construction exclusive de la réalité : à chacune de leur manifestation correspond un dehors constitutif. Un système constitutionnel présenterait toujours une certaine structure identitaire jouant le rôle d'orientation de la réalité juridique. L'identité vient désamorcer cette rhétorique renvoyant dos-à-dos différentialisme et universalisme, « idéaux métamorphosés en réalités idéelles objectives, » afin d'« entretenir la foi de ses fidèles. »⁸ Une analyse généalogique permet d'interroger ces arcanes identitaires.

79. L'objet de cette partie sera de démontrer que le constitutionnalisme, est-il universaliste à la française, ou différentialiste à la canadienne, est un dispositif d'exclusions, ce que l'on qualifiera d'orientation pluraliste. Le choix d'une approche phénoménologique de la notion d'identité permet, en effet, de déplacer cette dialectique par le truchement d'une généalogie

¹ BÜCHLER (A.), *Islamic Law in Europe? Legal pluralism and its limits in European family laws*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2011, p. 5, (nous traduisons).

² BUI-XIAN (O.), *Le droit public Français entre universalisme et différentialisme*, CHEVALLIER (J.) (préf.), Economica, coll. Corpus Essais, Paris, 2004, p. 3.

³ ROULAND (N.), « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, vol. 27, pp. 380-418, spéc. p. 382 et p. 385.

⁴ YOUNES (C.), *Le Droit et la Différence*, LE ROY (É.) (dir.), dactyl., Paris I, 2004, pp. 18-19.

⁵ MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Pluralisme et Unité », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 105-124, p. 105.

⁶ REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et Pluralisme », in FONTAINE (L.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 163-194, p. 163.

⁷ DREYFUS (F.), « Le pluralisme culturel, » in FONTAINE (L.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 195-210, p. 195.

⁸ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression », *Cah. de D.*, 1998, vol. 39, n°4, pp. 717-752, p. 760.

critique. Si la « chose » semble avoir existé avant le « mot, »¹ le pluralisme serait devenu un fantasme, c'est-à-dire une construction désirée ou rejetée d'une réalité juridique pré-orientée dans sa perception. Aussi, le pluralisme jouerait ce rôle foucauldien de « double critique »² en renvoyant une norme disciplinaire à ses conditions artificielles de possibilité, est-il rejeté ou protégé. Les effets identitaires de cette orientation pluraliste sont organisés, d'une part, autant par la forclusion formelle française du pluralisme que sa promotion canadienne (CHAPITRE 1), et, d'autre part, autant par la répression matérielle française du pluralisme que par son inscription canadienne dans l'ordre de la parenté (CHAPITRE 2). Le constitutionnalisme présente toujours une identité et énoncer le pluralisme, c'est déjà produire de l'exclusion³. Le vocabulaire *psychanalytique* s'inscrit dans cette critique *généalogique* de l'intégration du comparatiste à une *discipline* juridique, c'est-à-dire à des « réseaux de pouvoir. » C'est une critique de la *vie psychique du pouvoir juridique*⁴ qui se situe dans les impensés de la critique foucauldienne du pouvoir⁵. Quels sujets l'intégration du juriste à une discipline produit-elle?

80. L'orientation pluraliste se trouve souvent confondue avec une autre préoccupation : celle de comprendre le pluralisme comme la promotion de la diversité⁶ en tant que valeur et progrès en soi. Cette orientation pluraliste constitutive est supplantée par une préoccupation d'ordre normatif⁷. Suivant la distinction offerte par G. Jèze⁸, deux questions sont posées en direction du constitutionnalisme pluraliste, défini comme « un mouvement qui vise à mettre en œuvre **un idéal** par les **moyens propres** du **droit constitutionnel**. »⁹ D'une part, se pose une question d'ordre *politique* : le constitutionnalisme doit-il s'orienter vers davantage de pluralisme ? D'autre part, se pose une question d'ordre *technique* : le constitutionnalisme dispose-t-il des instruments juridiques pour cette reconnaissance ? Cette dernière question s'entend souvent, restrictivement, relativement à la protection libérale des droits. En somme, le pluralisme est oublié en tant qu'il structure *déjà* l'orientation de la perception de ce qu'est la réalité juridique pour les discours juridiques. L'enjeu de la partie est la mise en évidence de cette *orientation pluraliste* du constitutionnalisme distincte du *constitutionnalisme pluraliste*.

¹ COHENDET (M.-A.), « Synthèse et conclusion. Pluralisme et Démocratie, » in FONTAINE (L.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 371-396, p. 371.

² HUFFER (L.), *Mad for Foucault. Rethinking the Foundations of Queer Theory*, Columbia U.P., New York, 2010, spéc. loc. 332 et 381.

³ MOHANTY (S.P.), « Us and Them. On the Philosophical Bases of Political Criticism », *Yale J. of Crit.*, 1989, vol. 8, pp. 55-80, p. 56.

⁴ Pour reprendre : BUTLER (J.), *La vie psychique du pouvoir : l'assujettissement en théories*, Éditions Léo Scheer, Paris, 2002.

⁵ BERT (J.-F.) et LAMY (J.) (dir.), *Michel Foucault. Un héritage critique*, C.N.R.S. Éditions, Paris, 2014, spéc. pp. 354-355.

⁶ COHENDET (M.-A.), *op. cit.*, p. 371. VIBERT (S.), « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », *Mouvements*, 2005, vol. 37, n°1, pp. 15-21.

⁷ BOUCHARD (G.), « Qu'est-ce que l'interculturalisme ? », *McGill L.J.*, 2011, vol. 56, n°1 pp. 395-433, p. 398.

⁸ MASLARSKI (D.), « La conception de l'État de Gaston Jèze », *Jus Politicum*, 2009, vol. III, (disponible en ligne).

⁹ DENQUIN (J.-M.), « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, 2008, vol. I (disponible en ligne), (nous soulignons).

81. Aussi la question demeure : comment interroger *en direction de* cette « orientation pluraliste » du constitutionnalisme ?¹ Cette question porte moins sur le phénomène que sur le discours sur le phénomène², et même sur l'orientation d'un discours vers un phénomène. Le syntagme « orientation pluraliste du constitutionnalisme » soulève de bien délicates questions puisque l'on mobilise un concept né dans un contexte que l'on considère comme opposé au pluralisme³. En ce sens, le pluralisme apparaîtrait comme une orientation « nouvelle » du constitutionnalisme. Or, prendre conscience d'une orientation de notre connaissance vers un objet, c'est prendre conscience que nous sommes toujours déjà orientés vers certains objets, à l'exclusion de tous les autres. Le choix du concept « d'orientation » est un refus de forclure le pluralisme à une question « nouvelle » en insistant sur l'historicisation de ces perceptions. Si la théorie veut dire « ce voir qui procède d'un concevoir, ce concevoir qui procède d'un voir, »⁴ alors l'épistémologie juridique est orientée par ce qu'elle peut et ne peut percevoir⁵.

82. Si le champ de la perception est toujours pluriel et la perception juridique, déjà un choix sur la pluralité, l'on se retrouve face à « cette ligne de crête où (...) s'observe le geste de clôture du discours juridique et politique au moment où il prétend s'assurer la possession définitive de son objet 'comme si' le sol qui le supporte ne s'était toujours déjà dérobé. »⁶ L'orientation du désir dans la construction de l'identité du réel juridique est un phénomène perceptif. Dans les limites de ce désir, se « constitue une vision (juridique) du monde, » une certaine expérience phénoménologique qui s'inscrit alors « dans l'économie libidinale des sujets parlants. » Cette expérience traduit à la fois une grille d'interprétation et un guide de comportement dans ce réel. En effet, « l'existence du groupe dépend d'un instaurateur idéalisé (...) et exemplaire qui demande à chacun de renoncer à son désir pour se conformer à l'idéal proposé. »⁷ L'oblicité des orientations pluralistes du constitutionnalisme révèle les exclusions de la rationalité juridique et présente une généalogie nouvelle de la comparaison⁸.

¹ S'interroger « en direction de » c'est reconnaître la directionnalité de l'interrogation « envers » un certain objet « selon » une certaine perspective : HEIDEGGER (M.), *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 1988.

² DENQUIN (J.-M.), « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2012, pp. 39-65, p. 40.

³ JENNINGS (J.), « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism in Contemporary France », *B.J. Pol. S.*, 2000, vol. 30, pp. 575-598.

⁴ JOUANJAN (O.), « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit*, T. 1, Éditions Panthéon-Assas Paris II, coll. Les Introuvables, Paris, 2004, pp. 6-84, p. 60.

⁵ COMANDUCCI (P.), « Épistémologie », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *op. cit.*, 2012, pp. 7-37, p. 9.

⁶ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, P.U. S.-L., Bruxelles, 1980, p. 14.

⁷ LENOBLE (J.) et OST (F.), *op. cit.*, 1980, respectivement pp. 166-167 et p. 220.

⁸ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons pour une théorie critique du droit*, P.U. S.-L., Bruxelles, 1987, p. 68.

83. Si l'orientation est constitutive de la relation juridique, la question de la conciliation réside alors dans *l'approche* de l'objet. Le rôle *critique* joué par le pluralisme chez Foucault est ici déterminant. Il ne vise pas à justifier une transition de paradigme, mais à en *extraire* la dimension critique afin de réinterroger la théorie de la souveraineté. Le pluralisme se présente « comme **un instrument de critique** de la réalité et de la pensée, » il précise alors que « ce **retour du refoulé** théorique est par là même susceptible de **bousculer** nos habitudes (...) une occasion **d'imaginer** d'autres façons de **regarder la réalité.** »¹ Constitutionnalisme et pluralisme ne peuvent être conciliés en tant qu'objets de pensée, qu'à travers le pluralisme comme critique de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme, cette structure identitaire qui organise le constitutionnalisme en tant qu'opérateur d'ordre. Partant, universalisme et différentialisme juridiques seraient chacun des opérateurs identitaires de la souveraineté². Partant, « quelle est l'image du sujet démocratique projetée précisément par le droit ? »³

84. La critique opérée par M. Foucault est bien celle de l'axiomatique juridico-politique qui « **fabrique une image du 'sujet de droit'**, »⁴ est-elle universaliste ou différentialiste. Il y a, derrière l'identité du réel juridique, l'identité du sujet. La notion d'orientation pluraliste est la généalogie de l'orientation perceptive du constitutionnalisme. L'individu est *déjà* enfermé dans sa différence par le fonctionnement de la règle de droit⁵. Aussi, l'identité donne un corps aux sujets, attribuant ou refusant une certaine ontologie sociale, et organise la perception de la réalité juridique⁶. Les chapitres premier et deuxième sont respectivement une généalogie formelle (méta-discours sur le droit) et matérielle (discours sur le droit) de cette orientation pluraliste du constitutionnalisme – perceptive de la réalité juridique et corporelle du sujet – de ce fantasme du pluralisme, rejeté ou protégé. Ainsi, le corps du sujet est le lieu de réalisation de l'identité d'une nation et d'une science. Partant, cette approche modifie les enjeux de la comparaison en tant que critique des pré-orientations constituant une réalité juridique. Cette perspective identitaire fait tomber l'irréductibilité de la France au Canada démontrant qu'au-delà de la mobilisation fantasmée du pluralisme, ces orientations identitaires sont partagées. Il s'agit bien de déterminer ce qui se joue *derrière* cette *vie psychique du pouvoir juridique*, en France et au Canada, lorsque l'on mobilise le fantasme, écarté ou valorisé, du pluralisme.

¹ DE LAGASNERIE (G.), *La dernière leçon de Michel Foucault. Sur le néolibéralisme, la théorie et la politique*, Fayart, coll. à venir, Paris, 2012, p. 29, (nous soulignons).

² DE LAGASNERIE (G.), *op. cit.*, p. 102 : « les théories unificatrices sont nécessairement traversées par des pulsions d'ordre. »

³ HEUSCHLING (L.), « La structure de la légitimité démocratique en droit français: entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs », *R.U.D.H.*, 2004, vol. 16, n°9-12, pp. 331-344, p. 335.

⁴ DE LAGASNERIE (G.), *op. cit.*, p.130, (nous soulignons).

⁵ BUI-XIAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différentialisme*, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁶ SCOTT (J.W.), « Multiculturalism and the Politics of Identity », *October: The Identity in Question*, 1992, vol. 61, pp. 12-19, spéc. p.14.

CHAPITRE 1 – GÉNÉALOGIE FORMELLE DE L'ORIENTATION PLURALISTE DU
CONSTITUTIONNALISME: FORCLUSION FRANÇAISE C. PROMOTION
CANADIENNE

85. Le chapitre premier est une « généalogie formelle » de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme, c'est-à-dire une critique généalogique du rejet français et, au contraire, de la valorisation canadienne du pluralisme, dans les méta-discours sur le droit. Les recours ponctuels au vocabulaire de la psychanalyse s'inscrivent dans notre cadre d'analyse issu de la théorie de Foucault, mais aussi de sa critique¹, puisque ce dernier n'a jamais envisagé la vie psychique du pouvoir lui-même². Ce chapitre vise à mettre en évidence l'assujettissement, *i.e.* les processus de construction du sujet juridique, qui s'établissent par la référence fantasmée au pluralisme dans la « pensée de l'ordre juridique » et agissant, alors, sur ce regard français. *Antérieure* à toute pensée de l'ordre juridique joue une orientation du constitutionnalisme, ce que révèlent les débats – déconstruits – autour d'un pluralisme rejeté ou au contraire, valorisé.

86. S'intéresser d'un point de vue externe critique³ au pluralisme dans les méta-discours relatifs au constitutionnalisme, c'est constater la tendance de ces méta-discours à se clôturer⁴. En effet, la rationalité juridique apparaît fantasmatique « en raison de son inscription dans un univers surdéterminé par le **désir** et la **croiance**, l'univers du mythe. » Le « mytho-logique » désignant « la clôture de la pensée à raison de son inscription dans un horizon surdéterminé de croyances. »⁵ Cet univers relève du fantasme et clôture la pensée pluraliste, dehors constitutif du droit français. Aussi, retrouve-t-on cette « étrangeté ontologique du droit » évoquée par P. Amselek, à la fois outil mental et outil de direction des conduites humaines⁶. Partant, l'universalisme juridique se manifesterait sur le double plan de l'universalisme de la science du droit comme outil mental et de l'universalisme de la norme comme outil de direction des conduites. Il s'agit d'une double « logique identitaire » : l'identité d'une science juridique et l'identité nationale traduisent l'identité du sujet. Face à cette dérive logicienne tendant à l'unification du réel et l'oubli de la perception, le Canada fait figure de totem, rejeté ou désiré.

87. Dans ce contexte universaliste, être identifié par un système disciplinaire et juridique dépend de cette possibilité freudienne « d'assumer la négativité. » C'est un « assujettissement

¹ BERT (J.-F.) et LAMY (J.) (dir.), *Michel Foucault. Un héritage critique*, C.N.R.S. Éditions, Paris, 2014, spéc. pp. 354-355.

² Pour reprendre : BUTLER (J.), *La vie psychique du pouvoir : l'assujettissement en théories*, Éditions Léo Scheer, Paris, 2002.

³ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons, op. cit.*, pp. 27 et s., spéc. p. 50 : « il s'agit d'un point de vue externe critique rendant directement compte du point de vue externe des théoriciens du droit et indirectement du point de vue interne des sujets de droit. »

⁴ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison, op. cit.*, p. 13 : « pourquoi le discours juridique a-t-il tendance à se clôturer ? »

⁵ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison, op. cit.*, respectivement p. 5 et p. 8, (nous soulignons).

⁶ AMSELEK (P.), « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits*, 1990, n°11, pp. 85-92.

à la symbolique de l'unité, »¹ juridique et identitaire. L'inconscient juridique fonctionne comme une grammaire du désir² et les pulsions n'accèdent à la réalité qu'à travers des processus de refoulements : l'objet constitutionnel est unitaire et le pluralisme refoulé. De sorte que l'accès au réel juridique se manifesterait par une perte d'objet et une manipulation du désir disciplinaire. À ce titre, l'accès au réel juridique français fonctionnerait à travers deux processus perceptifs : la *forclusion formelle* du pluralisme dans les méta-discours et sa *répression matérielle* dans les discours sur le droit. La forclusion formelle nous intéressera ici. La forclusion se définit comme « une perte d'objet soustraite à la conscience ; »³ elle est une modalité discursive de la négation. La forclusion formelle est le rejet d'un signifiant hors de la sphère symbolique du discours et participe des psychoses du sujet. L'objet est réputé n'avoir jamais existé ; le signifiant est hors de toute instance psychique. Ce rejet organise la perception du réel juridique. Cette forclusion du pluralisme produit des *tensions pluralistes*.

88. Si le pluralisme français est de l'ordre de la forclusion, le pluralisme canadien appartient à l'ordre de la promotion, c'est-à-dire qu'il semble *a priori* organiser explicitement la perception de la réalité. Cette structuration de l'accès au réel juridique semble renvoyer dos-à-dos les deux cultures juridiques dans une dialectique : *forclusion c. promotion*. Partant, la tradition française du constitutionnalisme aurait forclus une prise en compte du pluralisme (§1-) alors que la tradition canadienne du constitutionnalisme aurait valorisé cette prise en compte (§2-). Il est possible de déplacer cette présentation en soulignant que l'un comme l'autre sont *orientés* par une tension identitaire : l'un avec une tension identitaire, l'autre par une phénoménologie explicite de l'exclusion identitaire. Le constitutionnalisme en tant que conditionnant l'accès au réel constitutionnel est de nature pluraliste, étant un choix exclusif quant à la perception de ce réel et avec qui y cohabiter. C'est un dispositif identitaire / pluraliste. La forclusion française du pluralisme entraîne une indisponibilité constitutionnelle de l'identité et la production concomitante d'un certain sujet de droit présentant une identité.

¹ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, respectivement p. 11, p. 12 et p. 18.

² LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 220.

³ BUTLER (J.), *La vie psychique du pouvoir*, *op. cit.*, p. 252.

§ 1 - GÉNÉALOGIE FORMELLE DE LA FORCLUSION FRANÇAISE DU PLURALISME: UNE PHÉNOMÉNOLOGIE IMPLICITE DE L'EXCLUSION

89. La démonstration ne serait plus à faire : la doctrine constitutionnaliste française aurait rejeté la question du pluralisme¹. Cela étant, le rejet fantasmé du pluralisme ne doit pas conduire à un arrêt de raisonnement, mais, au contraire, à interroger ce qui s'y établit. Cette forclusion trouve un élément d'explication avec J. Tully. La représentation de l'État « prévaut tellement que c'est en accord avec elle que les concepts fondamentaux du constitutionnalisme contemporains sont définis. » Partant, « le constitutionnalisme moderne s'est développé autour de deux formes principales de reconnaissance : l'égalité des États (...) et l'égalité des citoyens individuels. »² Deux figures se dégagent afin d'expliquer clôture et reconnaissance : l'État pour l'unité juridique, et le citoyen abstrait pour l'uniformité identitaire. Ces deux éléments interagissent. L'on fait alors découler l'abstraction identitaire de l'unité juridique.

90. Cette construction historique justifierait que le pluralisme soit le dehors constitutif du constitutionnalisme français. Si la figure / pensée de l'État dans les méta-discours sur le droit semble avoir forclus la question du pluralisme soutenue par une positivisation de la pensée constitutionnelle (A), la pensée hypostasiée de l'État fiction a contribué à une tension pluraliste à travers la circulation de la personnalité juridique et étatique (B). Une analyse généalogique de la forclusion pluraliste du constitutionnalisme passe par la mise en évidence de ces tensions. Et, c'est précisément de l'analyse des relations entre un système, la fiction étatique, et son hypostase dans les méta-discours, qu'une tension pluraliste naît. Cette tension au cœur de la pensée juridique française contribue à une phénoménologie implicite de l'exclusion. En somme, il n'est pas suffisant de s'arrêter à la figure de l'État. Et, cette tension se jouerait dans les articulations françaises entre discours administratifs et constitutionnels.

A- Forclusions françaises du pluralisme : un objet étatique, une science positive

91. La forclusion pluraliste de la rationalité juridique se transforme « progressivement en principe de contrôle et d'évaluation du discours et (...) en étalon ultime de sa validité et de sa valeur. »³ En somme, la rationalité du discours juridique est évaluée à travers précisément ce

¹ BOUDOT-RICOEUR (M.), *Le refus du pluralisme juridique dans la doctrine française*, Mémoire de DEA, Aix-en-Provence, 1992.

² TULLY (J.), *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Les Presses de l'Université de Bordeaux – Laval, Bordeaux, 1999, respectivement p. 9 et p. 14.

³ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 3.

qu'elle exclut, et cette exclusion conditionne l'accès au réel juridique en produisant son dehors constitutif. Il y a un investissement imaginaire dans tout exercice du pouvoir et dans toute conceptualisation du réel juridique. Partant, la forclusion du pluralisme est liée à une promotion parallèle d'une certaine économie libidinale qui permet à l'ordre juridique français de retrouver son intégrité dans n'importe quelle situation¹ : le pluralisme est forclos au-delà de l'inconscient par la vie psychique française du pouvoir juridique, une forclusion assurant l'intégrité dogmatique du réel juridique, *i.e.* du phénomène (1) et de sa science (2). Cette forclusion est double : celle des méta-discours et des méta-méta-discours sur le droit. Elle résulte donc d'un double problème de cognition : l'ordre juridique comme structure cognitive du positivisme et le positivisme comme culture juridique informelle². Cette forclusion est liée à l'idéologie républicaine qui, en tant que justification, assure « la consistance idéale du corps social »³ ou identité nationale. Face à cette dérive dogmatique de la science juridique⁴, il s'agit « de libérer les virtualités critiques dont le droit est porteur. »⁵ Alors que l'unité de l'État français serait construite à partir du principe d'indivisibilité, l'universalisme républicain appert comme un discours de légitimation donnant au système juridique français l'illusion d'intégrité et d'unité⁶, et justifiant la soumission du droit à un ensemble de *valeurs*⁷. La forclusion pluraliste oriente cette perception d'une réalité juridique dogmatique. Cette forclusion du phénomène constitutionnel se manifeste triplement : (a) par la figure hypostasiée de l'État, (b) un paradigme moniste généralisé, et (c) le lien État – souveraineté.

1- Forclusions françaises du phénomène constitutionnel : le monisme étatique

a- La pensée hypostasiée de l'État : limiter l'objet du droit constitutionnel

92. La spécificité du phénomène constitutionnel tiendrait à la place prise par la théorie de l'État et à la réduction du phénomène constitutionnel *pensé* à travers l'État⁸. La forclusion pluraliste résulte de cette dérive dogmatique de la théorie du droit – la théorie générale de l'État comme le positivisme –, et de la pensée de l'État comme hypostase : un aspect de la

¹ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 278.

² GLENN (H.P.), « Penser le plurijuridisme », *op. cit.*, pp. 25-35, p. 26.

³ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 552.

⁴ CHEVALLIER (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, vol. 50, pp. 103-119.

⁵ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons*, *op. cit.*, p. 11.

⁶ GREWE (C.), « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *R.D.P.*, 1998, vol. 5-6, pp. 1349-1360.

⁷ BRUNET (P.), « Le concept de République dans le droit public français », (disponible en ligne) : « il est (...) une théorie de la morale : s'il ne permet pas à lui seul de dire ce que le droit doit contenir, il permet (...) de justifier que le droit soit soumis à des valeurs. »

⁸ BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, P.U.F., coll. Léviathan, 2ème édition, Paris, 2009, p. 28.

diversité phénoménale du juridique le représente et en structure la science¹, une *réalité* perdue à la conscience de soi. La confusion entretenue par l'expression « droit constitutionnel, » entre droit et science, devrait conduire à une perspective externe critique sur l'objet et sur la science². Le droit public encadre les moyens d'action de l'État et, en se dotant d'une Constitution écrite, les révolutionnaires auraient marqué la naissance du droit constitutionnel : la constitution est le gouvernement d'un État³. L'identité de l'État se définit alors à partir des critères de la personnalité juridique et de la souveraineté⁴ assurant l'unité fictive de la communauté organisée juridiquement. La personnalité assure l'existence juridique de l'État et l'imputation de droits et obligations ; la souveraineté est le *droit fondamental* de faire la loi, une puissance publique, perpétuelle et absolue. E. Zoller note à juste titre que cette approche est « trop réductrice, elle simplifie le réel en obligeant à ne concevoir de constitutions que dans le cadre d'États. »⁵ Ce contexte a conduit à la naissance du droit constitutionnel : penser et limiter l'État. Avec l'identification droit / État confirmée par le positivisme⁶, s'est progressivement réduit le phénomène constitutionnel *étatisé* et l'objet du droit constitutionnel.

93. Le contenu de la matière constitutionnelle renvoie à la limitation du pouvoir d'État, pensé dans le cadre d'une théorie générale, à la différence du droit administratif par exemple. De telle sorte que la théorie, dans l'enseignement du droit constitutionnel, est une métascience prescriptive. Cette dérive dogmatique résulterait de que la doctrine ne se serait pas tenue à une conception positiviste de la théorie⁷. Cette conception du droit lie le phénomène juridique à la formation historique d'un pouvoir central souverain⁸. Il est défini, d'abord, par son sujet et non par son objet⁹. Le droit constitutionnel est *approché* par ses liens avec l'État et la souveraineté: de l'État institutionnel à l'État de droit, en passant par l'État légal. Même pris dans son acception normativiste, en tant que système formel de normes hiérarchisées, le droit constitutionnel passe par une conception de l'État¹⁰. Si le droit constitutionnel s'est développé avec l'État, il est donc « naturel qu'on considère que la constitution et le droit constitutionnel

¹ GRZEGORCZYK (C.), « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit », *A.P.D.*, 1977, t. 22, pp. 177-211, p. 179.

² CHEVALLIER (J.), « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'Architecture du Droit, Mélanges Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 281-297.

³ ZOLLER (É.), *Droit constitutionnel*, P.U.F., Droit Fondamental, 2^e édition, Paris, 1999, pp 10-11.

⁴ Des « fatras métaphysique » : DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel*, Éd. Panthéon-Assas, Les Introuvables, 2007. Voir la critique du doyen Bonnard : BONNARD (R.), « La conception juridique de l'État », *R.D.P.*, 1922, pp. 5-62, p. 26.

⁵ ZOLLER (É.), *Droit constitutionnel, op. cit.*, 1999, p. 21.

⁶ BOBBIO (N.), « Pour un lexique de théorie générale du droit », in BOBBIO (N.), *Essais de Théorie du droit*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 1998, pp. 56-64, pp. 58-59.

⁷ TROPER (M.), « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 239-250, p. 240 et p. 244.

⁸ BOBBIO (N.), « Sur le Positivism Juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Librairies Dalloz et Sirey, t.1, Paris, 1961, pp. 53-74, reproduit in BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., Bruylant, Paris, 2000, p. 26.

⁹ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, coll. Corpus Droit public, 2010, pp. 10-14.

¹⁰ FAVOREU (L.) *et alii*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 12^{ème} édition, Paris, 2009, pp. 1-26.

ont pour objet l'État et les limites de son pouvoir et qu'on cherche ainsi à les définir. »¹ Aussi, même si H. Kelsen rejettera cette définition matérielle de l'État, à partir des notions de population, de territoire et de puissance², il est « clair que les notions de droit constitutionnel et d'État, en fait, se superposent, selon une conception normativiste d'inspiration kelsénienne où l'État peut être défini « comme un système de règles » dont lui seul peut faire sanctionner les obligations puis exécuter les sanctions. »³ Le droit constitutionnel est le droit de l'État, figure alors hypostasiée, dans le cadre d'une théorie de l'État ou du positivisme juridique.

94. En effet, ces caractéristiques du droit sont la conséquence de « l'identification du fait juridique avec le complexe des règles produites par l'État, ce qui a coïncidé à une époque donnée avec la concentration de la production juridique chez les organes de l'État. »⁴ Or, il est bien évident que la France n'est pas unique dans le fait d'expérimenter le phénomène de l'État en ce qu'il est une certaine réalité sociale⁵. Ainsi, J. Bell note que le Royaume-Uni connaît aussi cette réalité de l'État – de même que le Canada – l'équivalent fonctionnel étant assuré par les principes de la Couronne et de la souveraineté du Parlement⁶. La différence tient, cependant, à ce que ces concepts n'ont pas autant encadré la pensée constitutionnelle, comme le note C. Laborde, puisqu'il s'agit de penser l'État sans théorie de l'État⁷. Cette proposition est, toutefois, différente de la proposition de M. Troper visant à proposer une théorie juridique de l'État sans théorie de l'État puisqu'il s'agit alors de penser l'ordre juridique comme un ordre formel de normes. La science constitutionnelle est structurée par la pensée de l'État (son objet) ce qui passe par une double identification : celle de l'État et de la Constitution et celle de l'État et de la souveraineté. Si cette pensée passe par celle de l'État, alors elle aurait transité concomitamment avec les passages de l'État de justice à l'État légal, et enfin à l'État constitutionnel⁸. Cette évolution est aussi une domestication du pluralisme à travers la double affirmation de la souveraineté de l'État et de la Constitution comme norme, et dans un projet d'autonomisation de la discipline « droit constitutionnel. »⁹ La figure de l'État devient la grille de lecture du phénomène juridique, une *généralisation hypostasiée*¹⁰.

¹ HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Manuel, 31^{ème} édition, 2009, pp. 17-18.

² TROPER (M.), « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, pp. 143-160, p. 144. KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, pp. 281-284.

³ TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. Quadrige Manuels, 2^{ème} édition, Paris, 2007, p. 10.

⁴ BOBBIO (N.), « Sur le Positivisme Juridique », *op. cit.*, p. 27.

⁵ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, p. 315.

⁶ BELL (J.), « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, 1993, vol. 67, pp. 107-116.

⁷ LABORDE (C.), « Penser l'État en Grande-Bretagne », in BARUCH (M.O.) et DUCLERT (V.), *Serviteurs de l'État*, La découverte, Paris, 2000, pp. 71-83.

⁸ PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, pp. 318-320 pour une présentation des trois modèles.

⁹ TROPER (M.), « La constitution comme système juridique autonome », *Droits*, 2002, vol. 35, pp. 63-78, p. 68.

¹⁰ GRZEGORCZYK (C.), « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit », *op. cit.*, pp. 184-185, et p. 204.

95. La centralisation progressive du pouvoir étatique conduit à une unité du phénomène constitutionnel et de la théorie le prenant comme objet, parallèlement aux évolutions du constitutionnalisme lui-même dont le normativisme en est la manifestation contemporaine. En effet, les constitutionnalismes nés des Révolutions du XVIIIème s. visent la limitation du gouvernement et la promotion des droits de l'individu. La pensée du constitutionnalisme, à travers le trope de l'État, assure l'unité de l'ordre juridique. Les régimes constitutionnalistes sont définis comme des « régimes politiques qui grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une juridiction politico-juridique 'indépendante' rendent possible la limitation du pouvoir législatif lui-même en veillant à la conformité de la loi à la Constitution et à ses principes généraux, et non simplement à la légalité des actions du pouvoir exécutif et de l'administration. »¹ Le constitutionnalisme serait topique d'un investissement idéologique² : la limitation juridique du pouvoir et l'unification de l'État et de la société à travers une structure axiologique écartant progressivement la pluralité. Si la notion de constitutionnalisme apparaît étrangère à la tradition révolutionnaire³, elle présente une histoire longue : le constitutionnalisme ancien, sans constitution, et la consolidation des lois écrites avec la féodalité. Il s'agirait d'un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel⁴.

96. L'époque suivante peut-être décrite comme celle du « constitutionnalisme moderne, » autour d'une « une constitution comme machine » : se développent les théories de l'État et des droits individuels. Le constitutionnalisme « contemporain » voit le développement de la Constitution comme norme et l'affirmation progressive du positivisme. Le contrôle de constitutionnalité s'associe à la démocratie⁵ et la constitution juridico-politique est associée au constitutionnalisme libéral. Le rejet normatif de la théorie de l'État consolide toutefois ce projet d'unification juridique. Enfin, la dernière phase serait celle du (néo)constitutionnalisme avec une conception axiologique de la constitution. C'est le constitutionnalisme qui organise désormais le pluralisme des valeurs après s'être construit à partir de sa domestication. La Constitution devient porteuse d'une vision de la société et le juge constitutionnel vient en arbitrer les conflits: ce conflit de valeurs apparaît déstabilisant dans la mesure où il s'inscrit dans un courant constitutionnaliste qui s'est construit lui-même autour d'une forclusion du pluralisme. Le trope de la cohérence juridique devient ainsi celui de l'axiologie républicaine.

¹ RAYNAUD (P.), « Le constitutionnalisme », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 266-271, p. 266.

² BARBERIS (M.), *Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme*, in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *op. cit.*, 2012, pp. 113-141, p. 114.

³ MONÉRA (F.), *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 2004.

⁴ SAINT-BONNET (F.), « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits*, 2000, vol. 32, pp. 7-20.

⁵ TROPER (M.), « Justice constitutionnelle et démocratie », *R.F.D.C.*, 1990, vol. 1, pp. 31-48.

Partant, avec D. de Béchillon, « l'État, de par sa nature, s'emploie en effet à fabriquer par la règle de droit des frontières, des grilles et des catégories strictement délimitées » qui deviennent les réflexes dogmatiques de la théorie constitutionnelle unifiée par son objet : les mots du droit prennent le pouvoir symbolique de reconstruire la science du droit. Ce réflexe dogmatique de la théorie est toutefois antérieur au normativisme qui ne fait que l'accentuer¹.

97. Ainsi, à chaque évolution de la théorie de l'État a correspondu une certaine théorie des libertés fondamentales, une certaine conception de la constitution et une certaine axiologie. Si chaque étape du constitutionnalisme traduit une évolution des relations entre les individus et l'État, l'axiologie du pouvoir qui se met en place fonctionne par une forclusion moniste. L'on retrouve trois systèmes de représentation² : une conception mécanique de l'État face aux droits de l'homme ; une conception légicentrée de l'État face aux libertés publiques ; enfin le modèle normatif de l'axiologie des droits fondamentaux et une Constitution comme ordre de valeurs. Cette dernière dogmatique est le prolongement d'une tradition construite à partir de la figure de l'État, même si les développements contemporains sont ceux d'un État de droit. Il s'agit d'une nouvelle répartition des pouvoirs *de* et *dans* l'État, au point où l'on ne distingue plus la question de l'antériorité de l'un à l'autre³. Le droit constitutionnel est bien pris dans une certaine dialectique du général et du particulier⁴ : le général (l'État) qui soumet le particulier (l'individu) ; le général (le Parlement) statue sur le général (l'État), le particulier qui limite le général (l'État). L'on identifie donc trois évolutions de la constitution : la constitution d'ordres, la constitution libérale et, dorénavant, la constitution démocratique⁵.

98. Si « la doctrine française est paralysée par la tradition de la pensée étatique, »⁶ alors le phénomène constitutionnel est à la fois forclos et unifié par une théorie générale, est-elle de l'État ou des normes. Avec l'affirmation d'une représentation française du positivisme, une conception normative aurait remplacé l'ancienne construction institutionnelle du droit pensée à partir d'une conception de l'État – métaphysique et camouflant la pensée germanique de la puissance impériale⁷. Cette théorie serait extérieure au droit constitutionnel⁸ : « la théorie

¹ DE BÉCHILLON (D.), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, pp. 12-14.

² CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, 2012, vol. VIII, (disponible en ligne).

³ BOCKENFORDE (E.W.), *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, traduction et présentation par JOUANJAN (O.), Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 2000, p. 113.

⁴ DE ARANJO (C.), « Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne », *R.F.D.C.*, 2008, vol. 74, pp. 239-261.

⁵ PONTHEUREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, *op. cit.*, pp. 320-323.

⁶ BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, 2009, p. 35.

⁷ JOUANJAN (O.), « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État? Point de vue Français », *R.U.D.H.*, 2003, vol. 15, n°3-6, pp. 99-107, p. 99.

⁸ TROPER (M.), « La constitution comme système juridique autonome », *Droits*, 2002, vol. 35, pp. 63-78, p. 73.

générale de l'État n'est pas une théorie qui décrit l'État, mais qui le constitue. »¹ Ainsi, « la vieille théorie générale de l'État a malheureusement échappé à l'évolution de la théorie générale du droit, dès lors que celle-ci a été marquée par l'influence du positivisme juridique. »² Aussi, la théorie ne ferait que décrire le produit d'une construction historique *nécessaire*³ sans s'intéresser à la fondation de l'État. En identifiant l'État et le droit, une métathéorie de l'État devient possible, *i.e.* expliquant le droit par le droit, tout en privilégiant la logique à l'explication empirique⁴. Cette conception ne fait, toutefois, que parachever un projet moniste du discours reposant sur le contexte de la centralisation étatique appuyée par le projet d'une conception de l'État. En effet, le droit constitutionnel présuppose une théorie de l'État structurant la rationalité⁵. De ces difficultés du discours constitutionnel, va naître une psychose pluraliste entre droit administratif et droit constitutionnel et une dérive dogmatique de la théorie du droit structurée par les justifications qu'elle était censée décrire. La fonction de la justification est de démontrer que la décision est bonne car produite par la raison⁶.

99. Nous voici donc « en présence d'une galaxie de concepts qui constituent l'arrière-plan indispensable » du droit constitutionnel ou *piège* de la dérive dogmatique du discours⁷. La théorie générale de l'État n'a pas décrit l'État, mais l'a constitué. Or l'État est devenu l'objet de la théorie du droit à défaut d'être simplement celui du droit constitutionnel⁸. Ainsi chez Carré de Malberg, la science du droit doit se faire à partir du droit positif, *i.e.* l'expression de la volonté de l'État. La dérive de la théorie du droit est ici dogmatique puisque même si l'on considère à l'image du positivisme, que la science produit son objet et est extérieure à lui, ce rapport d'extériorité est ici forclos lorsque l'on s'intéresse au phénomène constitutionnel. Ce mode d'approche du droit a été réduit, par rétroaction, après avoir construit son objet *droit*. La figure de l'ordre juridique étatique s'inscrit donc comme un métalangage prescriptif du droit. Cette dérive concerne autant la théorie générale de l'État que certains courants du positivisme juridique. Elle relève de la croyance, selon M. Troper, puisque comme dans le cas de la religion, l'unité d'un ordre est représentée par une hypostase : Dieu et l'État⁹. Au total, la forclusion pluraliste découle tant d'une dérive dogmatique de la théorie que d'une hypostase –

¹ TROPER (M.), « Préface : Sur la théorie juridique de l'État », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 5-7.

² TROPER (M.), « Préface : Sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 18.

³ TROPER (M.), « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cah.C.C.*, 2020, vol. 28.

⁴ BRUNET (P.), « Michel Troper et la « théorie » générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits*, 2003, no. 37, pp. 87-109.

⁵ JOUANJAN (O.), « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? », *op. cit.*, pp. 105-106.

⁶ TROPER (M.), « Autorité et raison en droit public français », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique*, *op. cit.*, pp. 106-126 p. 126.

⁷ BARANGER (D.), « Le 'piège du droit constitutionnel'. I- L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 2009, vol. III (disponible en ligne).

⁸ TROPER (M.), « Préface : sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 7.

⁹ TROPER (M.), « Réflexions autour de la théorie kelsénienne de l'État », *op. cit.*, p. 149.

l'État – au-delà d'un *vrai* droit constitutionnel entre normativisme et théorie de l'État : « le tort de la doctrine dualiste est donc de dédoubler un objet simple en hypostasiant cette entité, en lui donnant une consistance ontologique, » l'ordre kelsénien n'y faisant pas exception¹. En effet, Kelsen note que pour être un État réel, il faut que l'ordre juridique soit centralisé².

b- Un paradigme moniste généralisé : la réduction du phénomène constitutionnel

100. La forclusion du phénomène juridique trouverait le moment de sa déhistoricisation avec l'idéal moniste promu par la Révolution française et le système de justifications qui l'accompagne³. La dogmatique devient unitaire et la théorie prise dans une boucle avec son objet. Si la référence à la Révolution procède d'un mécanisme d'abstraction identitaire du citoyen, cette référence traduit une nouvelle fonction de juger, une modification du cadre institutionnel et des conditions de production normative : « le projet est en effet de ramener la production normative à la seule production législative. »⁴ Derrière la souveraineté du législateur s'établit durablement la dogmatique discursive unitaire de l'État⁵. La Révolution achève la naissance de l'État comme processus de sécularisation débuté avec la construction hobbesienne de l'État ; il s'agit d'une recombinaison sécularisée de l'ordre politico-social⁶. Rationalité et souveraineté sont des précompréhensions du discours juridique et ses obstacles épistémologiques. La forclusion supposerait donc de « 'radiographier' (...) l'image dogmatique du législateur rationnel. » Le postulat de la rationalité du législateur jouerait une triple fonction pour la dogmatique juridique : un argument d'autorité, une « raréfaction du donné existentiel, mais aussi raréfaction des solutions juridiques disponibles, » une fonction de légitimation « des constructions de la science du droit comprise comme dogmatique. » Cette rationalité conduit, par conséquent, à « une appréhension unitaire du réel. »⁷

101. L'organisation administrative contribue à cet idéal d'unité. C'est le développement de ce l'on décrit comme un « État Administratif » avec une organisation sur le modèle de la loi des 16 et 24 août 1790 : une uniformisation et une centralisation descendante du pouvoir. Cette construction est progressivement justifiée par la théorie de la souveraineté. C'est un certain lien, aussi, de *parenté* qui s'établit puisqu'à travers l'idéologie de la souveraineté

¹ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation*, *op. cit.*, p. 14.

² KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 281.

³ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation*, *op. cit.*, pp. 18-19.

⁴ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 29.

⁵ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons*, *op. cit.*, p. 107.

⁶ BOCKENFORDE (E.W.), « La naissance de l'État. Processus de sécularisation », in *Le Droit, l'État*, *op. cit.*, 2000, p. 101 et p. 113.

⁷ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons*, *op. cit.*, pp. 152-158.

nationale, la famille du citoyen est la Nation toute entière. Les techniques de cette forclusion peuvent se retrouver avec la séparation des pouvoirs¹ ; le principe d'unité et d'indivisibilité de la République² ou le concept de représentation. Le système juridique produit ses propres systèmes de justification : « le système juridique peut être défini comme un système de justification, un système produisant ses propres modes de justification voire ses propres idéologies. » La dogmatique fonctionne par hypostasie, donnant une consistance ontologique à ces entités³. Ainsi, ces outils passent de contexte de justification à contexte d'explication : de telles descriptions deviennent prescriptives et la dogmatique unitaire. Partant, le « moment 1789 » apparaît prolixe en termes de production de justifications, mais aussi de clôture de la doctrine juridique. Or, ce « moment 1789 » est aussi de l'ordre du fantasme, puisque cette référence contribue à faire de la forclusion du pluralisme la norme de la rationalité juridique. La Révolution devient un mythe visant à naturaliser un certain idéal normatif et axiologique.

102. Aussi, « les mutations révolutionnaires ont donc cette double portée de réduire l'ordre du 'comme si' à l'ordre d'une identification réelle. » Cette perpétuation des idéaux logiciens trouve application dans une représentation de la fonction de juger en droit reproduisant ces idéaux de complétude, de cohérence et d'unité. Le pluralisme en représenterait le contraire : une atteinte à l'intégrité scientifique et à l'intégrité nationale. La forclusion fonctionne sur le plan de l'organisation du phénomène juridique contribuant « à transposer le postulat de l'unité harmonieuse du texte au système normatif. »⁴ Cette unité est structurale indiquant qu'elle est de l'ordre d'une certaine théorie du pouvoir. Elle agit comme opérateur de localisation. Le pluralisme est perdu en tant qu'objet à la conscience : unité logique de l'instance normative, unité et univocité logique du raisonnement et du langage juridiques, unité logique et hiérarchique de l'organisation institutionnelle. Ceci aboutit à une ritualisation autoritaire du discours juridique. De sorte que l'interprétation même de la norme jugée unique fonctionne autour d'un idéal logicien d'unité : la production du sens en droit a forclus le pluralisme. En effet, cette forclusion du pluralisme au stade du phénomène juridique se marque par une forme de reproduction tautologique d'un sens unique à travers une interprétation univoque d'un texte jugé épuiser la vie normative par la figure d'un *auteur* rationnel et souverain. Cette reproduction de l'unité est confirmée par la structure de la justification juridique⁵.

¹ TROPER (M.), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, Paris, 1980.

² DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, *op. cit.*, 1988.

³ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation*, *op. cit.*, p. 14.

⁴ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons*, *op. cit.*, respectivement p. 43 et p. 49.

⁵ MCCORMICK (N.), « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1988, t. 33, pp. 104-109 : cohérence et consistance.

103. Alors que la construction du phénomène juridique est réduite au texte écrit et codifié d'un auteur souverain, la relation interprétative au texte a forcé le pluralisme. Une forme de précompréhension guide l'interprète au texte et à son auteur. Cette construction d'un cercle herméneutique contribue à l'unification d'un sens rationnel et légitime. De sorte que si le juge constitutionnel est l'interprète authentique de la Constitution face au pluralisme des valeurs, la fonction de ce juge sera d'en préserver les conditions d'unité¹. L'interprétation conduit à une reproduction de cet idéal systémique, une figuration unitaire de l'univers juridique et à une reconstruction de l'auditoire auquel elle s'adresse. Cette figuration unitaire est sous-tendue par plusieurs représentations anthropomorphiques : l'interprète, l'Auteur et le sujet de l'adresse. L'anthropomorphisation est verrouillée par la logique juridique, notamment à travers cette « harmonie axiologique » dont « le juge s'instaure comptable. » L'idéologie est « tournée vers le passé d'où elle prélève, dans une origine plus ou moins mythique (...) nécessaire pour assurer hic et nunc la cohésion et l'adaptation du groupe social. »² L'idéologie républicaine est une « obturation du possible » entre phénomène et dogmatique.

104. Cette structure moniste de la légitimité juridique implique une « unité du peuple en tant que sujet juridique. » Le démos est unité et uniformité à partir d'un sujet juridique abstrait. Aussi, « la figure du citoyen renvoie à un être désincarné, abstrait dont on a gommé les particularismes au nom de l'égalité. »³ Cette structure moniste provient ensuite de « l'unité de la représentation politique du sujet, » s'agit-il du corps parlementaire ou du corps présidentiel. Ensuite, cette structure moniste provient de l'unité du pouvoir politique assurée par la souveraineté, contribuant, à « l'unité de l'obéissance du 'peuple-objet'. » Aussi, « le républicanisme soutient que l'État a le plein pouvoir de forger l'identité de ses sujets »⁴ tout en abstrayant ces sujets juridiques de toute appartenance concrète. Il s'agit d'une subjectivité juridique abstraite ; l'identité nationale est produite en décontextualisant les expériences des sujets. L'État devient le reflet politique d'une seule et même personne juridique. Cette idéologie républicaine française s'est donc traduite par une dogmatique constitutionnelle combinant monisme du phénomène, unité juridique, uniformité identitaire et positivisme.

¹ PONTTHOREAU (M.-C.), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, PIZZORUSSO (A.) (préf.), Economica, P.U.A.-M., Coll. Droit Public Positif, Paris, 1994, p. 219 : « Ne pas affaiblir le pluralisme dans son essence signifie produire de l'unité à partir de la pluralité. »

² LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, respectivement p. 117 et p. 290.

³ HEUSCHLING (L.), « La structure de la légitimité démocratique », *op. cit.*, p. 336.

⁴ MACDONALD (R.A.), « L'identité en deux temps », *op. cit.*, 2007, p. 274.

c- Le Triptyque « État – souveraineté – Constitution » de l'objet constitutionnel

105. Ce monisme a ainsi contribué à la production d'énoncés venant structurer le discours de la théorie du droit et les clés de lecture, dès lors dogmatiques, du droit, à travers une perspective unitaire¹. Le discours s'est vu contraint par la réduction du phénomène à l'État lu à travers la souveraineté même si l'on ne peut prétendre réduire l'objet constitutionnel au seul phénomène étatique². La souveraineté s'est imposée comme « l'angle sous lequel s'entame désormais la pensée du politique. »³ Ce réductionnisme dans la construction du constitutionnalisme est démontré par Skinner : « c'est le pouvoir de l'État (...) qui se trouve considéré comme base du gouvernement. » Cette réduction du pouvoir est une forclusion de l'objet de la doctrine, par elle-même. En effet, l'État est « le sujet le plus important dans les réflexions sur la théorie politique »⁴ et, partant, de la théorie juridique à partir du XVIIème siècle. Renard note que le jurisconsulte ne manie que des « enveloppes » et précise que le problème du droit constitutionnel est celui de la souveraineté cantonnant « le droit constitutionnel dans la théorie de l'État. »⁵ L'existence de l'État est alors inscrite dans le cadre préconstitué de la pensée qui l'appréhende⁶. Ce choix sera traité par prétérition impliquant un rétrécissement implicite de l'objet constitutionnel⁷. G. Scelle démontra que la société étatique était un cas limite de droit constitutionnel et qu'il ne pouvait y avoir de science dès lors que les juristes sont dominés par le phénomène étatique, associé à la souveraineté, s'imposant comme une nécessité ontologique et épistémologique⁸.

106. Selon O. Beaud, l'État peut être analysé de deux points de vue : il est une entité souveraine lorsqu'il est envisagé en tant qu'unité d'action, il est une institution lorsqu'il est analysé en tant qu'unité intemporelle et impersonnelle. La notion d'État est prise dans une tension entre le pôle subjectif de la souveraineté et le pôle objectif de l'institution. En tant qu'unité d'action, la souveraineté devient le critère de l'État ; elle est un « instrument de

¹ BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation*, op. cit., pp. 48-49.

² DENQUIN (J.-M.), « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), op. cit., 2012, p. 44 et suivantes.

³ BERNIS (T.), *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique moderne à partir de Bodin*, Éditions Léo Scheer, Paris, 2005, p. 18.

⁴ SKINNER (Q.), *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'évolution de l'humanité, 2009, respectivement p. 8 et p. 819.

⁵ RENARD (G.), « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 485-503, p. 489.

⁶ MAULIN (É.), *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 2003, p. 178.

⁷ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F. coll. Léviathan, Paris, 2005, pp. 3-5.

⁸ SCELLE (G.), « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 501-515, p. 505.

monopolisation du droit positif. »¹ Elle est un acte assurant la concentration du pouvoir et une logique de subordination intraétatique. La souveraineté se définit aussi doublement pour O. Beaud, elle est d'abord « la faculté qu'a l'État de créer du droit de manière absolument originaire, » « en outre, elle hiérarchise les normes et clôt l'ordre juridique en son entier avec la norme suprême » ; ensuite, elle « présuppose un principe de légitimité. »² On peut définir la souveraineté à partir de trois attributs : la suprématie, l'unité et l'indivisibilité. Dès lors, la *souveraineté* se distingue de la *compétence*. Le professeur Beaud, à partir de la souveraineté définie comme acte de souveraineté ou prérogative souveraine, distingue trois États : *l'État de sujets*, qui est le résultat d'une concentration normative dont l'acte est la *Loy*, *l'État de citoyens* où la *Constitution* est l'acte exprimant la souveraineté de l'État et du peuple, et enfin, *l'État constitutionnel*, où la puissance publique requiert une légitimation démocratique avec la Constitution. Ces évolutions ont entraîné des forclusions concomitantes dans l'objet du droit constitutionnel au niveau de la pensée *constitutionnelle* de l'État, comme objet perceptible.

107. Si Friedrich fait remonter l'État à Hobbes, O. Beaud fait remonter la tradition de la souveraineté à Bodin, qui en aurait fait le critère exclusif de l'État, et vice versa³. Instrument de monopolisation du droit positif, son ambivalence est qu'il s'agit à la fois d'une prérogative juridique, d'un acte, et d'un principe politique⁴ : elle est duale, *i.e.* souverain ou non souverain⁵. La souveraineté est une notion doctrinale. C'est aussi avec Bodin qu'a débuté un processus plus large de positivation du droit. La souveraineté devient cette transcendance dans l'immanence faisant échapper à la temporalité le fondement du droit et de la science du droit. Aussi, « la fiction est objet de croyance, elle jouit de l'objectivité de la chose en transaction. » Ainsi, « la croyance s'avère une structure transcendantale de la souveraineté. » Bodin a démontré que si la souveraineté n'a pas d'ouverture, « clôture veut aussi dire qu'elle ne reconnaît pas son origine. »⁶ La souveraineté, si ancrée dans l'imaginaire des juristes, le discours a transformé ce postulat en axiome du raisonnement. L'on peut assurément évoquer une réduction à l'unité impliquée par le recours au vocable de souveraineté (de la Nation ou de la Constitution) : le principe de souveraineté joue « une fonction régulatrice au niveau de la dogmatique juridique »⁷ orientée vers une forclusion moniste. La souveraineté fonctionne en

¹ BEAUD (O.), « La notion d'État », *A.P.D.*, 1990, vol. 35, pp. 119-141, p. 119 et p. 125.

² BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, p. 20.

³ BEAUD (O.), « Le souverain », *Pouvoirs*, 1993, no. 67, pp. 33-45, spéc. p. 34.

⁴ MAIRET (G.), *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Folio, coll. Essais, Paris, 1997.

⁵ BEAUD (O.), « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *R.D.P.*, 1998, no. 1, pp. 83-122, spéc. p. 87.

⁶ GIL (F.), *La conviction*, Flammarion, Essais, Paris, 2000, respectivement, p. 158, p. 160 et p. 168.

⁷ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons, op. cit.*, p. 111.

déhistoricisant l'analyse constitutionnelle, dont le champ a été subséquemment réduit à l'analyse des normes produites par l'État souverain. La pensée de la souveraineté organise donc la présentation du phénomène constitutionnel, notamment à travers la figure de l'État¹.

108. Cette forclusion se retrouve au niveau du concept de Constitution, distinguant l'idée institutionnelle² de l'histoire du terme polysémique de *Constitutio* aujourd'hui réduite à une conception exclusivement normative³. Avec Montesquieu, le concept de Constitution prend un sens politique⁴. Si la conception bodinienne dominante de la souveraineté s'oppose à proprement parler au constitutionnalisme, l'on parle encore de « constitution monarchique. » Avec la Révolution et ce que O. Beaud qualifie de « moment Siéyès, » la Constitution prend un sens juridique aidée par le précédent américain : la substitution de l'inconstitutionnalité juridictionnelle au droit de résistance et l'écriture de la Constitution. La Constitution juridico-politique est cette Constitution « comme garde-fou » qui organise et limite le pouvoir⁵. Ce constitutionnalisme est construit autour de la limitation de la puissance de l'État. Or, cette constitution n'efface pas une dimension politique de la Constitution, proposant un récit que M. Chevrier qualifie de « vision émancipatoire du politique » : l'émancipation du sujet juridique en tant que citoyen politique abstrait. Avec la domination d'une définition normative de la Constitution, « la doctrine s'est bornée le plus souvent à gloser les décisions du juge constitutionnel, sans même s'apercevoir que la souveraineté ne peut pas se laisser enfermer. »⁶ Cette restriction normative de la Constitution a participé de la réalisation d'un État de droit et d'une normalisation du droit constitutionnel en tant que norme et discipline. La boucle dogmatique de la théorie constitutionnelle est scellée avec le développement du normativisme. La perception du phénomène restreinte, le projet de la souveraineté a soutenu (et été soutenu par) un projet de positivisation de la science. La forclusion de la science (2) se manifeste, alors, par une forclusion kelsénienne (a) et une forclusion de la doctrine (b).

¹ BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, *op. cit.*, pp. 28-29.

² BASTID (P.), *L'idée de Constitution*, Economica, Paris, 1985.

³ BEAUD (O.), « Constitution et constitutionnalisme », in RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (dir.), *op. cit.*, pp. 133-142, p. 133.

⁴ BEAUD (O.), « L'Histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, 2009, vol. III, (disponible en ligne).

⁵ CHEVRIER (M.), « Trois visions de la Constitution et du constitutionnalisme contemporain », *Rev. Québ. D. Const.*, 2008, vol. 2, pp. 72-129, p. 72.

⁶ BEAUD (O.), *La puissance de l'État*, *op. cit.*, 1994, p. 12.

2- La forclusion française de la science constitutionnelle : le positivisme juridique

a- Forclusions positivistes (kelséniennes) progressive de la science constitutionnelle

109. À la forclusion représentationnelle du droit, s'associe une forclusion de la science le prenant pour objet : c'est une boucle dogmatique. Le domaine de la science appert clôturé par une théorie de la connaissance, le positivisme, « révélatrice d'une conception dogmatique du savoir et de l'univers. »¹ Plusieurs définitions du positivisme sont envisageables. M. Troper distingue approche lexicale dans la tradition analytique de Hart et approche stipulative dans la tradition de Bobbio². La définition lexicale étant liée uniquement au contexte, M. Troper propose de s'intéresser à une définition stipulative³, *i.e.* opératoire en regard d'un problème donné, constituant une classe d'objets. Cela ne poserait pas problème puisque le droit n'aurait de réalité que construit : la question de la méthode est prioritaire pour la science du droit qui constitue son objet. La dogmatique recherche la règle applicable à une situation donnée alors que la théorie en détermine les objets. À une dérive dogmatique de la théorie, l'on assisterait à une dérive de la science. De cette double dérive naît une tension pluraliste. Comme théorie épistémologique, le positivisme est une phénoménologie, c'est-à-dire « un mode d'approche du droit. »⁴ Aussi, le droit serait un phénomène normatif et la science du droit descriptive. Il revient donc à la théorie générale du droit de fournir des instruments unificateurs « par delà et au travers des dogmatiques juridiques construites à partir des divers droits positifs. »⁵

110. En suivant N. Bobbio, le positivisme s'est historiquement présenté sous trois aspects. Il est un mode d'approche de l'étude du droit, une théorie visant ultimement un niveau élevé de généralisation et une unification dans un système cohérent, et une idéologie du droit⁶. Le positivisme opère une distinction entre droit réel et droit idéal par la promotion d'un principe de neutralité axiologique. Tout critère finaliste étant écarté, le droit positif est le droit en vigueur et l'objet de la science juridique. Le phénomène juridique est lié à la formation d'un pouvoir central et à une théorie étatique du droit. Le positivisme est soutenu par la croyance en certaines valeurs comme la justice résultant d'une volonté dominante, l'égalité par l'application des règles ou le devoir moral d'obéir aux normes juridiques. Ces jugements ne

¹ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 300.

² TROPER (M.), « Le positivisme juridique », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, 1994, pp. 27-44, p. 27.

³ TROPER (M.), « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, 1989, no. 10, pp. 101-104, p. 102.

⁴ TROPER (M.), « Le positivisme juridique », *op. cit.*, p. 29.

⁵ BOBBIO (N.), « Pour un lexique de théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 63.

⁶ BOBBIO (N.), « Sur le Positivisme Juridique », *op. cit.*, pp. 26 et suivantes.

conduisent pas à une théorie de la justice puisque la science doit s'abstenir d'apprécier ses objets. Dans ce cadre, la théorie épistémologique se construit autour de quatre principes¹. (1) La distinction du droit et de la science du droit, cette dernière devant être extérieure à son objet, défini comme « un ensemble de prescriptions présentant certaines propriétés. » La science du droit est le métalangage descriptif d'un langage prescriptif. (2) La neutralité axiologique dans la connaissance de l'objet prescriptif par la science du droit ; (3) la science du droit ne peut avoir comme objet que le droit positif. (4) Enfin, la science est une science empirique, même si l'objet construit par la science n'est pas, *stricto sensu*, empirique.

111. Le développement du positivisme en France est marqué par la réception des travaux du juriste autrichien Kelsen, notamment avec C. Eisenmann². Selon H. Kelsen, il ne peut y avoir de théorie scientifique que sur un objet distinct d'elle-même³, et « celui qui se propose de connaître le droit, et qui est, à ce titre **soumis aux valeurs de la logique**, ne peut pas indiquer des fins à ceux qui créent le droit, et qui à ce titre, sont **soumis aux valeurs de la morale**. »⁴ C'est une logique formelle hypothético-déductive, fonctionnant par subsomption syllogistique. Le système juridique est normativement clos, construisant son propre objet et pourtant toujours dépendant des conditions de son émergence⁵. L'antilogicisme de Kelsen le conduit à défendre la non applicabilité de la causalité aux propositions normatives, relevant de l'imputation⁶. C'est la logique normative du droit qui rend la science du droit scientifique. En épurant la théorie du droit de toute idéologie, Kelsen entend *élever* la science du droit⁷ : la connaissance juridique a pour objet les normes juridiques, la validé objective étant fondée par une norme fondamentale, cette hypothèse est même la fonction essentielle de la science du droit. Si une efficacité minimum est une condition de validité, seule la *possibilité* d'une conduite non-conforme (sanction) établit la normativité⁸, la norme valable pose le caractère positif ou négatif de la valeur objective d'une certaine conduite. Aussi, l'appréciation en valeur subjective n'est pas juridique, une norme est seulement valable, ou non : un jugement *doit toujours être objectif*, souligne Kelsen. La science du droit ne doit ni approuver ni désapprouver son objet positif, mais le connaître et le décrire. Les valeurs sont acceptées : la science du droit ne doit pas comporter, dans une théorie pure, de choix axiologique.

¹ TROPER (M.), « Le positivisme juridique », *op. cit.*, pp. 31-44.

² EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, KELSEN (H.) (préf.), P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1986, p. 41.

³ TROPER (M.), « Préface: Sur la théorie juridique de l'État », *op. cit.*, p. 18.

⁴ KELSEN (H.), « Préface », à EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. VII, (nous soulignons).

⁵ COTTERRELL (R.), *Law's community. Legal Theory in sociological perspective*, Clarendon P., Oxford, 1995, 97. Voir la critique de AMSELEK (P.), « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *R.J.T.*, 1999, vol. 33, pp. 185-223.

⁶ BOBBIO (N.), « Perelman et Kelsen », *op. cit.*, 2001. KELSEN (H.) *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 85.

⁷ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 3.

⁸ KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 19.

112. En niant que la science du droit puisse être normative, Kelsen introduit une dimension prescriptive inconsciente dans l'ordre de la métascience du droit à laquelle il attribue une fonction normative¹ – la théorie de la fonction de la science du droit – exprimant ainsi une prise de position idéologique. De sorte que, selon Bobbio, la science du droit peut influencer directement le système en en faisant partie et indirectement à travers cette métascience du droit². La conception kelsénienne de la science du droit est conditionnée idéologiquement et historiquement par une conception de la science et la monopolisation étatique du droit positif. Bobbio évoque, ainsi, une métascience idéologisée. Il y a une forme de dérive inconsciente dans l'épistémologie positiviste ; et, la recherche de ce qu'est un objet juridique relève de la tautologie puisqu'elle dépend de la manière avec laquelle on a clôt la métascience du droit. La science du droit tombe dès lors dans une dérive dogmatique. Ce système kelsénien est donc volontariste et, par conséquent, construit autour de cette opposition entre la sphère de la connaissance et de la raison, et la sphère de la volonté. Ainsi, Kelsen dénonce le caractère fallacieux « de toute forme de rationalisme éthique ou de toute prétention de la raison de fonder une éthique démonstrative. »³ L'égalité résulte de la logique des normes, générales et abstraites, et non d'une règle de justice. Le rationalisme éthique n'est pas de l'ordre de la science du droit : seule une logique formelle offre des critères de distinction entre les égaux et les inégaux. L'idéologie de la métascience se double donc d'un relativisme axiologique.

113. Selon Kelsen une théorie pure du droit est synonyme d'unité : une unité de l'objet et une unité de la méthode. La science du droit est, partant, soumise à un principe de monisme logique et le travail scientifique consiste à ordonner en système : « le caractère scientifique de la théorie se mesure donc à **sa capacité d'introduire l'unité** dans ce donné, unité exempte de contradictions. »⁴ Le développement du positivisme kelsénien se construit à partir de cette forclusion unifiée. Construite à partir d'un double dualisme entre le droit positif et le droit naturel, et le *Sollen* et le *Sein*, la science du droit doit être positiviste au sens de description de son objet et normativiste au sens de constructionniste. Le rejet de la causalité au profit de l'imputabilité conduit à un monisme normatif. C'est « un principe gnoséologique permettant de comprendre le réel. »⁵ Le réel juridique *ne doit pas être* pluraliste, mais un réel unifié. Une nouvelle fois, le discours appert « inféodé à une préinterprétation (de type scientifique) dont

¹ Sur ces distinctions, voir VIALA (A.), *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours magistral, Paris, 2010, pp. 22-23.

² BOBBIO (N.), « Être et devoir être dans la science du droit », in BOBBIO (N.), *Essais de Théorie*, op. cit., pp. 185-206, spéc. p. 190.

³ BOBBIO (N.), « Perelman et Kelsen », op. cit., 2001, p. 171.

⁴ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, op. cit., p. 485, (nous soulignons).

⁵ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, op. cit., p. 491.

l'efficace propre est d'empêcher l'éclosion des contradictions et (...) assurer l'auto-reproduction des mécanismes de l'assujettissement au pouvoir. »¹ La boucle est refoulée : le pluralisme ne relève pas de la science du droit, mais d'un choix politique quant aux normes.

114. La norme, dans le système kelsénien, est la signification d'un acte de volonté, et non le produit de la raison pratique. C'est une ontologie de la norme qui doit assurer l'unité de l'ensemble, puisque selon P. Brunet, le système prime sur la norme : connaître le droit suppose de s'intéresser au système². L'unité du système repose sur la conformité formelle d'une norme avec une norme supérieure présumée, jusqu'à l'hypothèse de la norme fondamentale. Le système kelsénien repose sur une identité du droit et de l'État, ce dernier en tant que point d'imputation des normes est l'ordre juridique. Si Kelsen critique la doctrine du dualisme du droit et de l'État, dans la mesure où ce dernier n'est qu'une personnification de l'ordre juridique, en introduisant la distinction entre un concept matériel et un concept formel d'État, Kelsen serait revenu à une forme de dualisme. Si la recherche de l'unité par le système normatif a écarté la théorie de l'État, la discours sur l'objet et sur la science repose en dernière instance sur une forme d'hypostasie, qui révèle tant la difficulté à penser le pluralisme dans le discours constitutionnel, que les difficultés à penser la limitation juridique de l'État. C'est en ce sens qu'achoppe la pensée constitutionnelle en France : les identités de l'État en droit.

115. La forclusion pluraliste s'opère dans l'ordre de l'inconscient³ retrouvant cette idée de psychose de la rationalité juridique. La double illusion du positivisme est de prétendre décrire un phénomène juridique de la même manière qu'un objet sensible, et que cette seule description en est une connaissance scientifique. Tout d'abord, une forclusion se trouve dans cet idéal d'une science positive dont les développements en épistémologie ont infirmé la prétention à décrire ce « tableau » que serait la réalité : la théorie construit son objet d'après une certaine perspective. Le normativisme kelsénien serait, partant, traversé par une tension entre le relativisme de ce constructivisme et « les certitudes de la perspective descriptive. » Ensuite, ce point de vue descriptif de Kelsen serait « dépourvu de jugements de valeur concernant son objet, »⁴ une critique qui a été formulée par N. Bobbio : sa science du droit serait plus persuasive qu'analytique⁵. Ce point de vue est affecté par des conditionnements

¹ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 302, (nous soulignons).

² BRUNET (P.), *Vouloir pour la nation*, *op. cit.*, pp. 11-12.

³ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison*, *op. cit.*, p. 496, (nous soulignons) : « un 'retour du refoulé' se traduisant par des obstacles épistémologiques-symptômes. »

⁴ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons*, *op. cit.*, p. 494.

⁵ BOBBIO (N.), « Perelman et Kelsen », *op. cit.*, 2001, p. 172.

extra-théoriques et des jugements de valeur sur les normes juridiques : un refoulement de tout subjectivisme, de toute antinomie et de tout particularisme. Enfin, cette forclusion relève de son constructivisme et des sauts qui sont faits chez Kelsen, des objets épistémologiques à des domaines ontologiques de la réalité, comme avec le *Sein* et le *Sollen*, relevant de l'hypostasie.

116. Ce normativisme relèverait d'une forclusion à travers « une confusion intime du plan scientifique et du plan de la mise en ordre intra-juridique. » Le phénomène juridique est relié à son fondement dogmatique entendu à travers *une fétichisation* de la normativité et la figure hypostasiée de l'État. Le normativisme est « la rationalisation d'idéaux dogmatiques, » validant son objet. Cette forclusion conduit à proposer le modèle pyramidal de validité des normes juridiques à travers le raisonnement syllogistique. Aussi, « la norme fondamentale est *la nécessaire condition de possibilité* d'une hypothèse. » Cette forclusion du pluralisme dans la construction de la pensée juridique positiviste – au moins dans la tradition kelsénienne – fonctionne par « réduction du divers à l'unité du légal et inscription du légal dans l'ordre de l'incontesté. »¹ Cette forclusion mythique est ritualisée puisqu'elle participe des conditions d'accès à une discipline fondée sur une conception occidentale de l'homme et de l'ordre². Cette forclusion positiviste du pluralisme se retrouve en France à travers la construction de la doctrine constitutionnaliste française, autour d'un objet *normatif*. Aussi, à la forclusion de l'objet droit constitutionnel et de sa science, la pensée du pluralisme a été écartée en France par la nécessité de penser une *vraie* doctrine constitutionnelle, c'est-à-dire *normative*.

b- Forclusion progressive de la doctrine scientifique française constitutionnelle

117. Le paradigme positiviste s'est installé en France comme paradigme afin de penser le droit constitutionnel. Il faut envisager cette évolution comme une normalisation progressive de la discipline du droit constitutionnel. L'installation d'un paradigme positiviste avait servi à assurer la transition d'un État légal à un État de droit au début du XXème siècle : conserver l'hypostase en limitant juridiquement. La transition suivante, selon O. Jouanjan, réside en une réinterprétation du positivisme kelsénien ayant servi à la doctrine emmenée par Favoreu à légitimer le Conseil constitutionnel en tant que juge et la doctrine constitutionnelle en tant que doctrine juridique d'un objet lui-même normatif. La forclusion du pluralisme est inséparable

¹ OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Jalons, op. cit.*, respectivement p. 504, p. 534 et p. 550.

² FITZPATRICK (P.), *The Mythology of Modern Law*, Routledge, London, 2002, pp. 13-22.

de la constitution d'une discipline : c'est une stratégie du positivisme¹. Or « la doctrine constitutionnelle aurait tout intérêt à être pluraliste, et à ne pas s'abandonner à une vision moniste du droit constitutionnel qui réduit arbitrairement le sens de la Constitution à sa conception normative. »² Cette référence de O. Beaud au pluralisme doit être vue comme une mise en garde épistémologique contre la fermeture de la science constitutionnelle à son propre objet, une remarque similaire ayant été faite par J. Chevallier et D. Rousseau³. Cette transition normative continue de buter sur l'aporie de la personnalité juridique de l'État.

118. O. Jouanjan a démontré cette installation progressive du paradigme positiviste dans l'histoire de la science française du droit constitutionnel⁴ congruente avec un renouveau de la pensée juridique française⁵. Si ce projet d'un droit constitutionnel positif et scientifique a commencé avec Esmein, Duguit, Hauriou, et Carré de Malberg, c'est surtout avec Barthélémy⁶, Vedel et Eisenmann que cette évolution normative du droit constitutionnel a été confirmée. La publication des *Éléments de droit constitutionnel* de Esmein en 1896 institue cette analyse descriptive du phénomène constitutionnel réduit à l'objet étatique comme légalité et non légitimité⁷. Il faut, cependant, ajouter que la méthode d'Esmein n'est pas un pur positivisme scientifique puisque sa méthode concilie dogmatique et méthode historique et comparatiste : les faits servent de révélateur⁸. Les *Éléments de droit constitutionnel* est le seul ouvrage dogmatique de Esmein qui s'est, autrement, consacré à l'histoire du droit dont il occupait une chaire. Esmein tente de concilier déduction et induction s'ouvrant même aux autres disciplines. Esmein ne devient dogmatique qu'une fois assurée la base historique du système : un système dogmatique républicain, précédant Carré de Malberg.

119. Si Berthélémy adhère au positivisme de Esmein, il s'en écarte toutefois sur la question de la personnification juridique de l'État qu'il considère comme dangereuse, justifiant la violence dans le droit⁹. L. Duguit propose, lui aussi, un empirisme distinct de celui d'Esmein

¹ JOUANJAN (O.), « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, 2009, vol. II, (disponible en ligne).

² BEAUD (O.), « Constitution et droit constitutionnel », *op. cit.*, 2003, p. 259.

³ CHEVALLIER (J.), « Pour une sociologie », *op. cit.* p. 281 ; ROUSSEAU (D.), « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 887-894.

⁴ JOUANJAN (O.), « Histoire de la science du droit constitutionnel », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *op. cit.*, 2012, pp. 69-111, spéc. p. 83.

⁵ HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2009.

⁶ BEAUD (O.), « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits*, 2000, n°32, pp. 89-108.

⁷ JOUANJAN (O.), « Histoire de la science du droit constitutionnel », *op. cit.*, 2012, p. 94.

⁸ BOUDON (J.), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *op. cit.*, pp. 263-279, p. 263 et spéc. p. 273.

⁹ BIGOT (G.), « Henri Berthélémy ou la tradition du libéral-étatisme », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *op. cit.*, pp. 199-213, et spéc. p. 208.

et tente d'offrir une construction alternative à la science allemande du droit¹ constitutionnel en l'adossant à une théorie de l'État collaboration (voir *infra*). La jonction de cette théorie normative et juridique se réalise proprement à travers la notion d'*acte juridique*. Le positivisme de Duguit est un positivisme sociologique qui s'appuie sur l'observation de la réalité sociale et non sur des fictions, également structurant chez Hauriou (voir *infra*). Ce n'est qu'avec cette dimension juridique de l'acte exploitée par G. Jèze² que le positivisme juridique s'installe réellement, s'agit-il encore d'un positivisme sociologique ou dogmatique.

120. C'est sans doute avec Carré de Malberg que la science du droit s'oriente vers une pureté méthodologique : un positivisme *scientifique*³. Or, le projet malbergien était lié tant à une méthode qu'à une doctrine : donner une signification juridique républicaine à l'histoire constitutionnelle⁴. Il s'agissait de faire une première science positiviste de l'État, mais la science juridique demeure organisée par les principes idéologiques de l'État – il y a chez lui un projet dogmatique de théorie juridique de l'État découlant de la pensée allemande. Suivant l'école de *l'Isolierung*, ce dernier cherche à « substituer l'hypostase d'une personne étatique comme fondement du droit public »⁵. Son positivisme correspond à une réalité de positivisme étatique et de neutralité axiologique. Aussi, le développement du positivisme a consisté à la naturalisation doctrinale de l'hypostase « État – souveraineté – constitution. »

121. S'y ajoute une certaine doctrine, un projet indépendant de la positivité des règles juridiques ou *valeur en soi*. En effet, « la théorie malbergienne consiste à démontrer que la Révolution française a consacré les vrais principes constitutifs de l'État accomplissant aussi l'idéal de l'État moderne »⁶. Il y aurait une conception républicaine de l'exercice de la souveraineté. Avec Carré de Malberg, l'État est une personne juridique qui exprime sa volonté par l'intermédiaire de ses organes ; partant, cette personnalité juridique est pensée en fonction de la souveraineté nationale. Comme le note É. Maulin, « le principe de souveraineté nationale, expression de l'essence de l'État moderne, est une valeur à réaliser plus qu'un paradigme descriptif, un type idéal plus qu'un idéal type »⁷. Le débat porte au sein de la

¹ JOUANJAN (O.), « Duguit et les Allemands », in MELLERAY (F.) (dir.), *Autour de Duguit*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 195-226.

² BEAUD (O.), « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », in MELLERAY (F.) (dir.), *op. cit.*, pp. 29-55 ; « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique », *Jus Politicum*, vol. XI, 2013, (disponible en ligne).

³ JOUANJAN (O.), « Histoire de la science du droit constitutionnel », *op. cit.*, 2012, p. 105.

⁴ MAULIN (É.), *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, 2003, p. 2.

⁵ MAULIN (É.), *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, 2003, p. 18.

⁶ MAULIN (É.), *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, 2003, p. 26.

⁷ MAULIN (É.), *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, 2003, p. 90.

doctrine des années 1930 sur la souveraineté non pas comme concept juridique, mais sur sa mise en œuvre politique, déjà au cœur de la relecture du régime britannique par Esmein.

122. La souveraineté nationale devient la ressource dogmatique du droit constitutionnel de l'État moderne. Si le droit s'oriente vers une méthode descriptive et un objet normatif, l'on a assisté à une véritable « diffraction de la souveraineté dans l'espace constitutionnel »¹, et Carré de Malberg en constitue la suture sans avoir réussi à dépasser l'aporie du fondement de la personnalité juridique de l'État (voir *infra*). Avec la mobilisation idéologique du moment 1789, s'insinue un projet d'universalisation de la discipline constitutionnelle. Cette jonction entre positivisme et théorie de l'État, à travers la naturalisation de l'État, réalise « l'institution du droit constitutionnel comme discipline académique et universitaire, » trouvant chez Esmein sa première formulation paradigmatique². La science a *justifié* l'hypostase.

123. Alors que Esmein, Duguit, Hauriou ou Carré de Malberg continuent de penser le droit constitutionnel dans l'horizon d'une théorie de l'État, Barthélémy et Duez ont congédié cette théorie de l'État et préfiguré cette évolution normative et normativiste³. Leur méthode vise une voie médiane entre rejet du dogmatisme allemand et rejet de l'ultra empirisme américain, en abandonnant l'étude du droit constitutionnel à partir d'une théorie de l'État. L'hypostase, après avoir été justifiée, est naturalisée dans l'inconscient du positivisme. Le mouvement de balancier a été d'une approche politique et institutionnelle à une approche juridicisée du droit constitutionnel en en conservant les conditions idéologiques d'émergence. Le contentieux constitutionnel marque la naissance d'un droit réellement normatif, *i.e.* doté d'un vrai juge.

124. À cet objet prescriptif, s'ajouterait une science descriptive. La science normale du droit constitutionnel devient le positivisme, ce qui est une normalisation progressive et une unification progressive de l'analyse constitutionnelle. Cette autonomisation de la discipline constitutionnelle provient de deux éléments⁴ : la promotion d'une règle juridique, *i.e.* le droit constitutionnel est normatif, il n'est plus politique ; un réveil dogmatique de la science constitutionnelle qui devient réellement scientifique. À cette sortie de l'impasse représentée par la sociologisation du droit – « où le droit constitutionnel s'assèche en se transformant en une laborieuse exégèse de diverses jurisprudences considérées » – R. Capitant représente une

¹ MAULIN (É.), *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, 2003, p. 110.

² MAULIN (É.), *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, *op. cit.*, 2003, p. 92.

³ BEAUD (O.), « Joseph Barthélémy », *op. cit.*, p. 89.

⁴ VIALA (A.), « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », in MATHIEU (B.) (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution Française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 519-526, p. 519.

exception. Ce dernier critique la radicalité du dualisme kelsénien droit idéal / droit positif : la science ne se différencie pas de son objet, le créant et le formant en tant qu'objet d'étude¹.

125. S'est imposé un positivisme de la jurisprudence sous l'impulsion de l'École d'Aix. Le développement de la jurisprudence et la recherche de normalisation de la discipline ont été aidés par la diffusion des théories kelséniennes ou de la théorie réaliste de l'interprétation². M. Troper³ a démontré l'influence progressive des idées de Kelsen sur l'idéologie des constitutionnalistes français. Cette idéologie kelsénienne a été structurante pour la pensée du contrôle de constitutionnalité et en creux pour la question de la légitimité de ce contrôle. Ainsi, la science constitutionnelle n'établit plus que des propositions techniques de la forme.

126. O. Pfersmann apporte une critique à cette idée d'autonomie définie à partir d'un point de vue épistémologique : « un domaine scientifique est méthodologiquement autonome s'il n'est pas réductible aux démarches et procédures d'un autre domaine, formé de données plus élémentaires. »⁴ Selon une première définition de l'autonomie « dicastique objective, » et qui relève de l'École d'Aix, « il n'y aurait autonomie du droit constitutionnel lorsque et parce qu'il est formellement distinct et que son application législative est juridiquement contrôlée. » Or, la sanction n'est que l'un des éléments possibles d'un dispositif d'ensemble d'existence d'une norme, et d'une Constitution. Il relève une position « dicastocratique » dont l'exemple est la théorie réaliste de l'interprétation. Dans cette conception décisionniste, le juge est l'organe dominant. Une position « cratarchique » relève d'une définition institutionnaliste de la Constitution. Ces définitions ne conduisent pas à une autonomie ontologique du droit, mais supposent « paradoxalement » une hétéronomie épistémologique. Cette unité méthodologique supposée découle du fait que les mêmes méthodes viennent soutenir des stratégies similaires, pourtant « ontologiquement antagonistes. » Il ne s'agirait, donc, pas réellement d'autonomie.

127. La doctrine constitutionnelle française a toutefois mobilisé ce positivisme afin de promouvoir une discipline réellement scientifique sur le double plan de l'objet et de la science. Si l'on suit D. Turpin, ce *nouveau* droit constitutionnel normatif ne serait que le

¹ BEAUD (O.), « Découvrir un grand juriste : le 'premier' René Capitant (1928-1940) », *Droits*, 2002, n°35, pp. 163-193, spéc. p. 193.

² TROPER (M.), « Le problème de l'interprétation et la supralégalité constitutionnelle », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, *op. cit.*, pp. 293-315.

³ TROPER (M.), « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in HERRERA (C.-M.) (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Paris, 2001, pp. 29-46.

⁴ PFERSMANN (O.), « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in MATHIEU (B.) (dir.), *op. cit.*, 2008, pp. 527-544, p. 540.

résultat – la sédimentation – du courant constitutionnaliste né au XVIII^e siècle¹. Aussi, la métaphore de l'ordre juridique hiérarchique en est topique ayant opéré une transition en tant que concept du discours sur le droit, de figure du raisonnement à construction tropologique de la réalité juridique². M.-C. Prémont évoque avec justesse cette dérive du discours³.

128. L'on comprend la difficulté de Bobbio et sa proposition dogmatique pour une théorie générale du droit visant à fournir des « instruments conceptuels unificateurs par delà et au travers des dogmatiques juridiques. »⁴ Il est dommageable qu'une normativisation d'un droit emporte une normalisation d'une science. Le réveil normatif du droit s'accompagne d'un désenchantement du citoyen⁵ : la souveraineté se dilue dans le *Tout normativiste*. Ainsi, « la théorie du droit est contente de soi-même, qui est devenue une théorie pure. Le droit constitutionnel est heureux de soi-même, qui est devenu un 'vrai droit'. »⁶

129. Il faut relativiser ce pessimisme en notant que la tension n'a jamais été aussi forte entre un positivisme hypernaïf et des courants déconstructivistes marginaux en progression⁷. La mobilisation de la rhétorique du positivisme comme science normale masque de plus en plus mal les limites à l'approche formelle en droit⁸, tout en ayant naturalisé un objet et une science constitutionnels hypostasiés : le phénomène *droit* est validé dans l'orbite de l'État.

130. L'unité du phénomène constitutionnel a été assurée de deux points de vue, contribuant à faire du pluralisme le dehors constitutif de la rationalité juridique. L'unité a été assurée à travers l'organisation du phénomène constitutionnel pensé à partir de la figure de l'État. Cette fiction assurant l'unité du système juridique a été hypostasiée par la théorie du droit, s'agit-il d'une théorie générale de l'État ou d'une infatuation étatique du positivisme. Par ailleurs, cette fiction hypostasiée a été justifiée par la science du droit, elle aussi prise dans une boucle dogmatique avec l'affirmation progressive du positivisme : c'est une dérive tropologique de la théorie et de la science. Avec cette évolution de l'objet du droit constitutionnel vers le tout normatif, l'analyse du pouvoir disciplinaire est écarté comme objet de la science. Or, « cette

¹ TURPIN (D.), *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 9.

² TIMSIT (G.), « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 2000, vol. 33, pp. 3-18.

³ PRÉMONT (M.-C.), *Tropismes du droit. Logique métonymique et logique métaphorique du langage juridique*, Thémis, Liber, Montréal, 2003.

⁴ BOBBIO (N.), « Pour un lexique », *op. cit.*, p. 56.

⁵ VIALA (A.), « De la promotion d'une règle à la normalisation d'une discipline », *op. cit.*, 2008, p. 523.

⁶ BARANGER (D.), « Le 'piège du droit constitutionnel' », *op. cit.*, 2009.

⁷ JOUANJAN (O.), « Histoire de la science du droit constitutionnel », *op. cit.*, 2012, p. 110.

⁸ OST (F.) et Van DE KERCHOVE (M.), *Le système juridique, entre ordre et désordre*, P.U.F., Paris, 1988, p. 15 : « de toutes parts apparaissent les limites de la formalisation du discours juridique, mais (...) se maintiennent un style de raisonnement et un ordonnancement institutionnels marqués au coin de la verticalité déductive. »

croissance rationaliste (...) peut constituer un obstacle épistémologique à la compréhension des facteurs sociopolitiques, et culturels qui jouent dans la mise en place d'une Constitution. »¹

131. Le normativisme ne fait qu'écartier de l'analyse ces phénomènes identitaires, soutenant la construction historique d'un ordre juridique unifié à travers l'État comme fiction. La science n'est plus concernée par les exclusions perceptives de la rationalité juridique, pourtant constitutives de tensions pluralistes. Le paradoxe de la forclusion du pluralisme est que la tension pluraliste de la rationalité se trouve précisément dans l'outil dogmatique contribuant à unifier le système : la personnalité juridique de l'État, fiction hypostasiée de/par la science.

B- Tensions pluralistes de la rationalité juridique et personnalité(s) de l'État

132. L'objet *droit* est imaginé par les juristes à travers des catégories qui le configurent. L'État et la personnalité juridique appartiennent à ces catégories qui, en tant que fictions, assurent l'unité du système juridique. Les fictions présentent, en effet, une utilité *dogmatique* pour le discours juridique. Elles saisissent et constituent le phénomène, et peuvent de ce fait être différemment appréhendées². Cette perspective – prestation du sujet connaissant – trouve ses conditions – ces montages imaginaires – dans la culture : ces configurations sont des *représentations* par le juriste qui viennent à circuler entre les discours. Elles circulent des discours administratifs à constitutionnel et des discours de la science à la théorie, circulations de la *personnalité* notées par Kelsen³. Ces catégories permettent d'imaginer le droit en *systèmes* ou trope unitaire de la rationalité juridique⁴. La contradiction performative tient à ce que si ces outils auxiliaires permettent de penser la réalité comme unitaire, ils ont assuré, par rétroaction, l'unité dogmatique de la science. En circulant du discours administratif – sans contrôle de constitutionnalité, il s'agissait de penser la limitation de l'État – au discours constitutionnel, ces fictions assurent unité de la science et forclusion axiologique du système : le passage au constitutionnel est *identitaire*. Une tension naît du rôle constitutionnel de l'hypostase *État* – la fonction dogmatique de la personnalité – et son passage de la personnalité morale administrative à la personnalité juridique de l'État souverain.

¹ CHEVRIER (M.), « Trois visions de la Constitution et du constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 101.

² COSTA (D.), *Les fictions juridiques en droit administratif*, PICARD (É.) (préf.), T. 210, L.G.D.J., Bibl. de droit public, 2000, pp. 26-27.

³ KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, pp. 189-190 et pp. 285-286.

⁴ JOUANJAN (O.), « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918) : Un essai d'explication », *Droits*, 2006, vol. 46, pp. 153-162, p. 154.

133. Cette tension se joue par l'association *constitutionnelle* souveraineté / personnalité. Aussi, une discussion réflexive sur l'objet *droit* met en évidence ce *paradoxe* de la forclusion qui inscrit une psychose pluraliste dans la mobilisation même de ces hypostases par le droit constitutionnel. En somme, en assurant l'unité du système juridique, la personnalité de l'État produit une tension pluraliste en circulant vers le droit constitutionnel. En effet, « la constitution énonce l'image qu'une société veut se donner elle-même (...) un miroir structurant qui procure à la collectivité une image forte et signifiante d'elle-même. »¹ Cette psychose pluraliste sera qualifiée de phénoménologie *implicite* de l'exclusion au cœur de la rationalité juridique ; elle naît dans ce qui est censé assurer l'unité du réel, c'est-à-dire dans la *mobilisation* d'hypostases. Le pluralisme en tant que *dehors constitutif* démontre ce double fonctionnement de la vie psychique du pouvoir juridique : la forclusion moniste de la raison – le phénomène, la science et la morale – produit une psychose pluraliste. Derrière les débats français relatifs à la personnalité juridique de l'État, se jouent les personnalités de l'État, une structure identitaire résultant de la réduction à l'hypostase **(1)**. Ces personnalités de l'État sont significatives avec l'État collaboration duguiste et l'État institutionnel de Hauriou **(2)**. Ces psychoses à la jonction constitutionnel/administratif révèlent *l'identité* du constitutionnalisme.

1- De la personnalité juridique aux personnalités de l'État : identités du souverain

a- Tensions pluralistes et pôle objectif de l'État-personne

134. Le discours constitutionnel a été pensé à travers la figure de l'État, devenu réalité hypostasiée. La tension pluraliste réside dans les conditions de pensée de cette hypostase. La particularité du droit constitutionnel vient de ce que l'État y est reçu, note Jellinek², comme dualité : il est *corporation* et *domination*. L'un ne peut aller sans l'autre ce qui permet à Gerber de penser cette personnalité. Ce dernier va jusqu'à évoquer l'idée que « c'est dans la personnalité de l'État que réside le point de départ et le cœur du droit public. »³ L'État comme personne est associée à la souveraineté, en droit constitutionnel. Cette tension pluraliste résulte d'une double constatation. D'une part, une constatation relative aux controverses ayant touché la doctrine quant à la personnalité juridique de l'État, associées, d'autre part, à la constatation que la pensée pluraliste de l'État s'est développée grâce à la personnalité morale,

¹ CHEVRIER (M.), « Trois visions de la Constitution et du constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 111.

² JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F. coll. Léviathan, Paris, 2005, p. 327.

³ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, *op. cit.*, 2005, p. 244.

i.e. la possibilité d'une personnalité attribuée à un groupement¹. Le pôle objectif de l'État concerne la stabilité institutionnelle dans le temps : la personnalité juridique de l'État souverain, comme identité. Une tension pluraliste naît de ce qui devait donc assurer l'unité dogmatique de l'État. Le système jellinékien permet de démontrer cette tension identitaire au cœur de la pensée juridique de la personnalité, à travers la relation de *reconnaissance*, *i.e.* du rapport de droit comme *relations*. La personnalité morale est domestication du pluralisme : la *personnalité juridique* devient *personnalités identitaires* de l'État, en droit *constitutionnel*.

135. La personnalité morale caractérise l'aptitude d'un groupement de personnes à être sujet de droit². Le discours juridique individualiste ayant fondé la personne juridique et les droits subjectifs comme résultant de l'effet juridique d'un acte de volonté, la question qui a divisée la doctrine a été de savoir si les personnes morales étaient des fictions ou des réalités. En effet, le rapport de droit était déjà hypostasié par le recours aux personnes physiques³. Avec la notion de personne, J.-A. Mazères note que la doctrine louvoie entre pragmatisme et conception ontologique de la personne juridique⁴. L'école du pandectisme, avec Savigny, domine à travers la notion de fiction légale, rattachée à la *Willenstheorie*, c'est-à-dire à l'effet d'un pouvoir de la volonté⁵. Ceci traduit la tâche de la science pour Savigny qui vise à harmoniser les contraires et traduit sa doctrine de l'État comme forme corporelle du peuple⁶. L'homonymie personne humaine et juridique – la *capacité* du seul sujet de droit à produire des effets juridiques – conduit au choix de la fiction, que le législateur seul peut attribuer à un groupement. Il s'agit de traduire un phénomène *collectif* dans les termes de l'individualisme issu de la Révolution, tout en régulant le pluralisme social à travers une représentation unifiée de et par l'État. La question aporétique de la personnalité de l'État demeure : comment comprendre l'État en tant que personne morale s'il attribue lui-même la personnalité ?

136. Aussi, cette théorie de la fiction est progressivement supplantée par la théorie de la réalité juridique qui demeure, dans un premier temps toutefois, dans les cadres conceptuelles de la volonté puisqu'il s'agit de démontrer que les groupements ont une volonté collective à l'image des volontés individuelles des personnes physiques. L'exemple type est la théorie organiciste de Gierke : la personnalité est attribuée aux groupements présentant une capacité

¹ HIRST (P.Q.) (ed.), *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994.

² PAYNOT-ROUVILLOIS (A.), « Personne morale », in ALLAND (D.) et RIALS (S.), *op. cit.*, 2003, pp. 1153-1157.

³ KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, pp. 170-175.

⁴ MAZÈRES (J.-A.), « Préface » à LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, pp. XIII-XIV.

⁵ LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 12-14.

⁶ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, *op. cit.*, 2005, p. 17 et pp. 31-32.

de vouloir. Leur seule existence justifie l'attribution légale de la personnalité : la *capacité* est attribuée par le droit qui ne peut faire qu'acte de leur préexistence. Les théories de la réalité technique viseront à écarter cette analogie avec la volonté des personnes dans la définition du droit subjectif défini par Jhering comme un intérêt juridiquement protégé. Cette définition est reprise par Michoud : une personne morale suppose un intérêt collectif distinct des intérêts individuels – le *substratum* social de la personne¹ – et un organe assurant la représentation du groupe. Michoud définit le droit subjectif comme un intérêt juridiquement protégé par une puissance reconnue à une volonté de le représenter, un intérêt individuel ou collectif². La personnalité est l'étude scientifique du groupe visant à limiter l'arbitraire du législateur³.

137. C'est avec le positivisme de Carré de Malberg – l'État structure organique – et de Kelsen – la personne morale ordre juridique partiel – que toute référence aux faits sociaux sera écartée : la notion *auxiliaire* de personne produite par la science contribue à éteindre la controverse réalité/fiction. Derrière ce débat se cache la domestication du pluralisme dont la personnalité morale serait l'expression étatique, régulée par son association à la souveraineté. La personnalité est hypostasiée et anthropomorphisée par la référence à *l'homme* derrière la personne qui ne peut être qu'une unité personnifiée de normes juridiques, selon Kelsen⁴. La personne est un concept auxiliaire de la science permettant la description unitaire de l'ordre juridique. Personnalité physique et morale sont indistinctes puisque chacune représente un ordre juridique partiel. L'on ne peut donc présupposer une distinction, ni entre la personne juridique d'une corporation et la personne juridique de l'État : « lorsque l'on interprète cette métaphore anthropomorphique comme un être réel, comme une sorte de surhomme ou d'organisme, on hypostasie (...) un procédé auxiliaire de pensée »⁵ ce qui prend un tour que Kelsen qualifie de *funeste* lorsqu'on applique l'hypostase à la personnalité de l'État. Kelsen nous aide donc à penser cette circulation de la personnalité vers le discours constitutionnel qui, on l'a vu, hypostasie l'identité de l'État comme condition de pensée du *constitutionnel*. Cela étant, même le normativisme autorise la pensée du groupe qui est dès lors personnifié en tant qu'ordre normatif « qui règle la conduite d'une pluralité d'individus. »⁶ Attribuant une fonction au droit relevant de la science, la science du droit s'attribue une fonction du *droit*. En outre, le passage de la personne à la personnalité juridique de l'État, *l'anthropomorphise*.

¹ PAYNOT-ROUVILLOIS (A.), « Personne morale », *op. cit.*, p. 1156.

² PLESSIX (B.), « Léon Michoud », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.), *op. cit.*, pp. 306-330, et spéc. pp. 323-330.

³ LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴ KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 175.

⁵ KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 178.

⁶ KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 189.

138. La question de la personnalité morale a tant contribué à redéfinir le sujet de droit qu'à assurer une *certaine* base pluraliste à la réalité juridique¹. Notamment, la théorie de la réalité redéfinit le sujet de droit après l'avoir désolidarisé de la notion de personne humaine tout en conservant certains principes subjectivistes. Aussi, les intérêts collectifs deviennent *réels* et accueillis par le système juridique² : le collectif présente une réalité juridique. C'est un collectif domestiqué puisqu'il s'agit de se fondre dans la construction intellectuelle de ce que doit être un groupement. Les notions de volonté et d'intérêt qui ont encadré les doctrines subjectivistes rendaient délicate la pensée du phénomène collectif en droit. Michoud ou Duguit conservent, d'ailleurs, cette conception de la volonté. De sorte que, là où le collectif était domestiqué par l'aléatoire discrétionnaire du législateur avec la doctrine de la fiction légale, le collectif est ici dépendant d'une *conception* du groupement. C'est désormais une conception davantage objectiviste du sujet de droit qui est détachée de l'individualisme, mais qui doit assurer, toutefois, *l'unité* juridique du collectif. En effet, ces doctrines ne règlent pas la limitation du pouvoir de l'État lorsqu'il interprète un droit subjectif, Michoud, même s'il reconnaît que la personne morale ne se comprend qu'à partir de ses membres, se résigne à la solution du jusnaturalisme. Le dénominateur commun aux travaux consacrés à la notion de personnalité morale « réside dans la tentative désespérée pour intégrer rationnellement le phénomène collectif au monde juridique issu de la Révolution » même si F. Linditch conclut qu'au-delà des controverses, le législateur est seul compétent pour déterminer le collectif, la personnalité morale étant « un procédé légal d'individualisation des intérêts collectifs. »³

139. En somme, la notion de personnalité morale fait face à deux questions : celle du réel juridique auquel accède le collectif et celui de la limitation de la puissance souveraine. Or, ces questions ne prennent un tournant problématique que lorsqu'elles sont envisagées en droit constitutionnel, c'est-à-dire lorsque l'on s'interroge sur la personnalité juridique de l'État. La personnalité assure l'unité, mais aussi la réalité juridique d'un collectif national régulé. La loi de 1901 sur les associations en est topique assurant la représentation *contrainte* de la société civile pluraliste dans le cadre de la construction de l'État jacobin⁴. Les théories pluralistes se sont donc appuyées sur les théories réalistes de la personnalité morale⁵ dans la perspective

¹ GALSTON (W.A.), « Families, Associations, and Political Pluralism », *Fordham L.Rev.*, 2006, vol. 75, no. 2, pp. 815-831, p. 824 et 828.

² LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit., pp. 36 et suivantes.

³ LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, op. cit., respectivement p. 53 et p. 75.

⁴ DELLA SUDDA (M.), « Associations and Political Pluralism. The Effects of the Law of 1901 », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012, pp. 161-178.

⁵ WEBB (L.C.) (ed.), *Legal Personality and Political Pluralism*, Melbourne U.P., Melbourne, 1958.

pluraliste de Laski : sauvegarder les libertés individuelles et les corporations entre l'individu et l'État¹. La personnalité morale leur permet, alors, de limiter la souveraineté d'un État *trop* unitaire : la personnalité assure l'unité de l'ordre juridique tout en permettant une expression de collectifs régulés par la souveraineté. En effet, si ces théories vont s'inspirer du réalisme de Gierke, la personnalité n'est pas simplement la projection d'un état sociologique, mais résulte d'une contrainte légale. Aussi Laski rejettera la notion de personnalité morale. Il s'agit de réagir à l'atomisme révolutionnaire en assurant la place des institutions religieuses face à l'État, rappelant l'organicisme de Michoud dans le fonctionnement interne des corporations.

140. Laski écrit ainsi, « nous ressentons la vie d'une personnalité vivante. (...) Le besoin est évident de consacrer la réalité au soubassement. »² Si Laski convient que les corporations préexistent à leur existence par l'État, ce dernier ne présente pas de spécificités propres en termes de personnalité, demeurant hobbesien en régulant, par la contrainte, leur expression. Les personnalités morales, fictives ou réelles, sont toujours artificielles chez Laski. Il ne vise donc pas une métaphysique du groupe mais à assurer des conditions par lesquelles l'État les reconnaît. Seules les fonctions assurées par eux et la nécessité d'assurer leur autonomie pour leur réalisation ne sont pas créées par le droit, « même si les associations sont nécessairement définies par le droit sous une forme institutionnelle spécifique, avec certaines capacités, et ne pourraient exister autrement. »³ Ainsi, si le pluralisme critique la place accordée au monisme dans les discours juridiques, la personnalité des groupes vise à assurer une tension pluraliste – même contraint. Ici, le pluralisme s'inscrit au cœur même de la construction du monisme étatique lorsque l'on identifie l'État à travers sa personnalité juridique. La personnalité morale assure autant l'unité que la réalisation des personnalités de l'État en *orientant* l'accès au réel juridique. La personnalité de l'État est pensée dans l'ordre de la souveraineté, la *domination*.

141. La particularité de la pensée de l'identité de l'État en droit constitutionnel vient de ce qu'elle associe la *personnalité* à la *souveraineté*. Les controverses portant sur la personne juridique de l'État tiennent donc, et Kelsen est éclairant, à la production d'une réalité qui est hypostasiée de l'État où s'associent une anthropomorphisation et une puissance. La question de la personnalité de l'État ne supposerait aucune différence par rapport à la personnalité des

¹ MUNIZ-FRATICELLI (V.M.), *The Structure of Pluralism*, Oxford U.P., Oxford, 2014, p. 161.

² LASKI (H.J.), « The Personality of Associations », in HIRST (P.Q.) (ed.), *op. cit.*, pp. 165-184. Publié à la *Harvard L.Rev.*, 1916, vol. 29, no. 4, pp. 404-426.

³ HIRST (P.Q.), « Introduction », in HIRST (P.Q.) (ed.), *op. cit.*, pp. 1-45, p. 21.

corporations¹. Pensé en droit administratif, l'État agissant reste une unité d'ordre permettant l'imputation de droits et d'obligations. Pensé en droit constitutionnel, l'État se dédoublerait et présupposerait pour la théorie traditionnelle une personnalité tenant compte de l'autre versant de l'identité qu'est la souveraineté (*Staatsgewalt*), que Kelsen définit comme l'efficacité de l'ordre juridique étatique. On fait face à une double opération mentale : l'hypostase de la réalité juridique à l'État et l'hypostase d'un État personne souverain. Cette double opération conduirait, selon Kelsen, au *faux* problème de la personne État² et à une tension pluraliste. En somme, avec la souveraineté, la personnalité devient personnalités identitaires de l'État, et les fondements politiques et juridiques de l'État sont indissociés, où l'État *délimite* la Nation.

142. La représentation de la personnalité de l'État par Gerber est ici révélatrice. Il rejette d'abord la notion de personne, qui conduirait à une *privatisation* du droit constitutionnel. Or, la seule manière de boucler (*i.e.* d'assurer les conditions de pensée) le système juridique est d'associer, pour Gerber, un concept *distinct* de personnalité en droit constitutionnel à une puissance de domination³. La personnalité permet de penser le droit public en hypostasiant l'État comme une personne douée d'une volonté souveraine : la personnalité *constitutionnelle* de l'État lui assure son identité. La personne code juridiquement un organisme *naturel*, et la domination code en droit la force *naturelle* de l'État⁴. La personnalité *constitutionnelle* de l'État produit ses personnalités qui sont, chez Jellinek, une forme *d'orientation* matérielle de sa volonté. Le caractère *distinct* de la personnalité circulant vers le *constitutionnel* est que la compétence devient souveraineté, lorsque l'État agissant devient un État-identité, conduisant alors au problème spécifique de la limitation juridique de l'État en droit constitutionnel. Aussi malgré les critiques de Duguit ou Kelsen, le discours constitutionnel fait de l'identité de l'État l'association de la personnalité morale et de la souveraineté, renonçant à distinguer les critères politiques et juridiques de l'État là où le droit administratif se contentait de présenter l'État comme une personne morale de droit public⁵. La constitutionnalisation comme circulation vers le droit constitutionnel de la personnalité souveraine conduit à donner au *constitutionnel* une *orientation* : une tension *pluraliste* avec la personnalité et *identitaire* avec la souveraineté.

143. Au total, la manière de penser le droit constitutionnel passe par la représentation d'un être-en-soi de l'État, hypostasié (ou non), qui paradoxalement inscrit une tension pluraliste au

¹ KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 285.

² KELSEN (H.), *Théorie pure*, *op. cit.*, p. 298.

³ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, *op. cit.*, 2005, pp. 238-244.

⁴ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, *op. cit.*, 2005, p. 249.

⁵ LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, *op. cit.*, p. 98.

cœur de la construction moniste de la rationalité. La tension pluraliste se révèle donc dans la *manière de penser* l'identité du phénomène juridique. Avec cette circulation des hypostases du droit administratif au constitutionnel, la souveraineté inscrit le phénomène constitutionnel dans une orientation identitaire. Aussi, ce n'est pas tant penser le droit constitutionnel sans souveraineté que penser *l'identité* du souverain. Au fondement de l'approche institutionnelle de l'État réside un principe d'existence qui « se rapporte à (...) l'Individu. Sa base, c'est l'être humain en tant qu'être humain. »¹ Personnalité et souveraineté conduisent à penser une orientation corporelle de l'État : le pluralisme réside dans la pensée de l'identité de l'État. L'on en trouve une illustration avec le système jellinékien de *reconnaissance* qui a cherché à penser le rapport de domination entre l'État – non hypostasié – et ses citoyens comme un rapport de droit. C'est un rapport entre deux *volontés*. Aussi, « le droit est un système de codage des possibilités de la volonté »² et « la clé du système interne du droit public se trouvait dans l'analyse du rapport de droit public. » Selon O. Jouanjan, « c'est dans cette intrigue du 'rapport de droit' que se joue donc la construction du droit public. »³ En introduisant l'intérêt comme élément matériel du droit subjectif, en plus de la volonté comme élément formel, Jellinek repense ce rapport de droit public comme un rapport *d'orientation*.

144. La notion de personne appliquée à l'État est une *relation* et non pas une substance et la théorie de l'autolimitation procède d'une dialectique de la reconnaissance⁴. La personne est, chez Jellinek, *l'abstraction* d'un système de relations. À la manière de la norme fondamentale chez Kelsen, l'autolimitation est la condition de possibilité du *juridique* : pour être État, ce dernier doit reconnaître ses sujets comme Sujets, ce qui est précisément un rapport juridique. Aussi, selon O. Jouanjan, avec ce « rapport de personne à personne », Jellinek est pris « dans une sorte de piège de l'intersubjectivité. »⁵ C'est le rapport de droit qui permet de penser l'existence juridique des intérêts privés. Ces intérêts matériels privés trouvent un habillage juridique formel sous les traits de la notion de droits subjectifs. Aussi, l'identité réciproque des individus et de l'État existe à travers la relation juridique attributive de droits subjectifs. Cette thèse modifie « la conception de la position subjective de la personne privée face à l'État, » de sorte que « l'individu n'est plus seulement *Untertan*, il est aussi *Bürger*, citoyen. » Partant, « la dynamique profonde de l'État moderne consiste précisément dans **un processus**

¹ BOCKENFORDE (W.E.), *Le droit, l'état et la constitution démocratique*, op. cit., 2000, p. 113.

² JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Association Française pour la Recherche en Droit Administratif, Lexis Nexis/Litec, coll. Colloques et Débats, Paris, 2011, pp. 25-32, p. 26.

³ JOUANJAN (O.), « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », op. cit., p. 69.

⁴ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, op. cit., 2005, p. 323.

⁵ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, op. cit., 2005, p. 325.

de reconnaissance réciproque. »¹ C'est dans ce rapport que se joue la matérialisation d'une communauté politique d'êtres humains : cette communauté politique apparaît à travers cette *orientation matérielle* que sont les droits subjectifs. La personne et l'État sont compris comme des relations empiriques. Le phénomène État est l'abstraction juridique du phénomène social.

145. Cette *orientation* conduit à ce qu'une pluralité d'individus forme une unité politique de citoyens². Totalité et pluralité sont pensées comme l'effet de l'orientation d'un certain rapport juridique à travers cette dualité de l'État, corporation et puissance. Si Jellinek ne cherche pas l'en-soi de l'État, la manière de le penser *juridiquement* conduit à une réalisation corporelle *orientée* du rapport de droit : la substance s'établit dans *l'orientation* de ce rapport. La construction du droit s'éprouve à partir de l'identité de ce système relationnel *orienté*. Aussi, selon le subjectivisme de Jellinek, « le concept relationnel de la personne n'est que **l'abstraction de cet état psychique** » et la reconnaissance résulte de « **luttes.** »³ L'État tire sa légitimité de la reconnaissance de ces systèmes d'interactions psychiques. Il n'est pas difficile d'en trouver une origine chez Hegel avec sa dialectique du maître et de l'esclave. La personne fait que l'individu devient membre de la communauté dont l'État vise à atteindre l'universalité. Ce n'est qu'avec l'in-corporation de l'individu que ce dernier devient sujet et que l'État est pensé juridiquement⁴. Aussi, il faut une in-corporation dans l'État : le rapport est juridique car *certain*s individus sont face à l'État. L'analyse de la déclaration de 1789 permet de mettre à jour cette dynamique de l'État moderne⁵. Si la personne est abstraction, l'identité de la représentation juridique de l'État procède de *l'orientation* du rapport de droit.

b- Tensions identitaires et pôle subjectif de l'État-souverain

146. S'il appert vain de rechercher une tension identitaire au cœur de la souveraineté⁶, l'histoire du mariage au Moyen-Âge, de Duby, illustre comment l'articulation des deux corps du Roi procède d'une telle gestion des identités de genre et de sexualité⁷. Cette tension se retrouverait dans le pôle subjectif de l'État : même ce n'est que grâce à la gestion des *identités*

¹ JOUANJAN (O.), « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs », *op. cit.*, p. 30, (nous soulignons).

² JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, *op. cit.*, 2005, p. 327.

³ JOUANJAN (O.), « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », *op. cit.*, respectivement p. 70 et p. 80, (nous soulignons).

⁴ JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique*, *op. cit.*, 2005, pp. 331-332.

⁵ JOUANJAN (O.), « Préface » à GAILLET (A.), *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, coll. Dalloz, Nlle Bibl. de Thèses, Vol. 117, Paris, 2012, p. XIII.

⁶ WALKER (N.), « Preface », in WALKER (N.) (ed.), *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, coll. Essays in European Law, Portland, 2006, pp. V-IX, p. VII : « the idea of sovereignty is subject to growing challenge as outmoded, as fragmented, as incoherent, and not least as normatively inattractive or inadequate (...) yet the idea of sovereignty cannot just be wished away. »

⁷ DUBY (G.), *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Hachette, Pluriel, Paris, 2010.

que la souveraineté s'est affirmée. C. Schmitt va plus loin dans la *Notion de Politique* : ce sont les présupposés anthropologiques qui déterminent les théories politiques, orientant amis et ennemis¹. En déconstruisant la théorie juridique du pouvoir, Foucault démontre que la production de normes s'accompagne d'un ensemble de normes matérielles. Une approche identitaire de la souveraineté insiste donc sur la manière avec laquelle la production juridique est orientée selon des normes identitaires de comportements. L'on peut distinguer deux relations entre identité et souveraineté. Il peut y avoir dans la théorie de la souveraineté, des présupposés identitaires d'ordre logique, comme l'a démontré Macpherson s'agissant de l'état de nature chez Hobbes². Cherchant à démontrer une évolution vers un individualisme possessif – l'individu propriétaire, notamment, de son corps – Macpherson en vient à considérer la « société de marché généralisé » comme prémisse d'ordre logique chez Hobbes : « l'état de nature est pour Hobbes une condition logique préalable à l'établissement d'une société (...) pleinement souveraine. »³ La souveraineté hobbesienne est liée à une structure libérale de l'identité comme prémisse d'ordre logique : une certaine nature est présupposée.

147. Il peut y avoir des présupposés identitaires d'ordre ontologique qualifiés par Jaume de personnalisation de la souveraineté ou « caractère anthropomorphique de la souveraineté. »⁴ Le fondement de l'obligation dans la tradition du libéralisme résiderait ainsi dans « la nature de l'homme comme être raisonnable et comme être libre. »⁵ Le libéralisme classique subit une première évolution entre Locke et Kant, avec le passage d'une loi naturelle et de source théologique, à une loi fondée sur la raison humaine. Pourtant, dans l'un et l'autre cas, la théorie de la souveraineté est fondée sur une certaine anthropomorphisation du souverain. Ce caractère anthropomorphique est de deux ordres : il suppose l'attribution de présupposés identitaires d'ordre historique aux sujets de droits, et une relation corporelle entre le souverain et ses sujets. Aussi, « pour les juristes d'aujourd'hui, cette personnalisation du pouvoir n'était qu'une étape, un phénomène nécessairement transitoire dans la construction d'une autorité indivise appartenant à la 'puissance publique'. » Or, inhiber ces dimensions identitaires par une analyse positiviste n'enlève en rien ces présupposés anthropomorphiques. Cette personnalisation de la souveraineté permet de « manifester l'immense distance qui sépare le souverain des sujets : la souveraineté est d'abord une relation hiérarchique. »⁶ La corpo-

¹ BAUME (S.), *Carl Schmitt, penseur de l'État*, op. cit., pp. 164-165.

² MACPHERSON (C.B.), *La théorie politique de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke*, Folio, coll. Essais, Paris, 2004, p. 43.

³ MACPHERSON (C.B.), *La théorie politique de l'individualisme possessif*, op. cit., p. 46.

⁴ JAUME (L.), *Les origines philosophiques du libéralisme*, Champs, coll. Essais, Paris, 2010, p. 38.

⁵ JAUME (L.), *Les origines philosophiques*, op. cit., p. 14.

⁶ JAUME (L.), *Les origines philosophiques*, op. cit., respectivement p. 38 et p. 39.

réalisation de la souveraineté par l'attribution de caractéristiques identitaires, participe de cette structure juridique hiérarchique. La souveraineté *oriente* le discours constitutionnel.

148. Cette anthropomorphisation du souverain participe même d'une participation au divin ; Bossuet fait ainsi le lien entre ordre spatial et identitaire de la souveraineté. Cette anthropomorphisation participe d'un quadrillage identitaire du territoire, puisque le souverain se trouve partout ; ce quadrillage est rendu d'autant plus transparent par une recherche de l'ennemi intérieur. L'anthropomorphisation de la souveraineté se construit à partir d'une structure exclusive et une territorialisation de l'identité. De tels présupposés se retrouvent, par ailleurs, autant chez Bayle, Montesquieu ou Locke. L'aspect théologique de la souveraineté et de la loi naturelle s'accompagne chez ce dernier « d'une inscription dans l'affectivité humaine des valeurs du bien et du mal, en tant que plaisir et douleur. »¹ Il y a une projection affective de la souveraineté dans le corps des sujets qui a accompagné une institutionnalisation de la souveraineté et une positivisation de la science. Une analyse normative du constitutionnalisme manquerait cette idée d'une structure identitaire de l'exclusion implicite, mais constitutive.

149. Cette institutionnalisation de la souveraineté avec Bodin, « nous montre que le droit devient véritablement la matrice permettant la représentation du réel. »² En effet, la définition bodinienne de la souveraineté vise à « élever hors de l'histoire ce qui ne se conçoit que dans l'histoire, et qui ne se présentera désormais plus qu'au travers du droit positif. » Le projet de positivisation du droit auquel sert le concept bodinien de souveraineté est ce qui fait échapper à l'analyse critique ces exclusions constitutives de l'ordre juridique lui-même. Ainsi l'on peut comprendre la référence que fera C. Schmitt à l'exclusion topologique comme base de l'ordre juridique positif : « une positivité du pouvoir qui est constitutive des individus par lesquels elle transite, et qui laisse ainsi transparaître le fait brutal des rapports de domination et d'assujettissement. »³ Là où Machiavel pensait la société dans l'horizon du conflit et de la violence, cette violence est écartée du champ épistémologique par Bodin. La souveraineté se construit en droit « en donnant lieu à l'effacement du conflit. » La relation de la souveraineté et du droit devient possible ; Bodin va permettre de les penser ensemble, et inaugurer ce réductionnisme. Le discours de la souveraineté est ce qui permettra de penser l'unification par le droit : « la souveraineté est ainsi soumise à la rationalité juridique, entendue comme

¹ JAUME (L.), *Les origines philosophiques*, op. cit., p. 25.

² BERNS (T.), *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, op. cit., 2005, p. 32.

³ BERNS (T.), *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, op. cit., respectivement p. 39 et p. 46.

discours qui efface toute extériorité à lui-même. »¹ L'ambiguïté du constitutionnalisme tient au statut conceptuel de la souveraineté faisant échapper ces exclusions identitaires à l'analyse.

150. Dans son histoire du gouvernement médiéval, M. Senellart démontre ces articulations entre souveraineté et identité, en tant que généalogie du droit constitutionnel². Le *regimen* médiéval démontre que le gouvernement a historiquement précédé l'État ; ce passage est celui d'une éthique du pouvoir comme eschatologie à une technique gouvernementale. Ce passage est celui du gouvernement des âmes et des corps à celui des choses, celui du corps du prince au corps de la nation : « alors que le miroir médiéval renvoyait indéfiniment le prince au principe, à travers son image transfigurée, c'est dans la matérialité même de l'État, désormais, que le prince apprend à se connaître. » Le prince s'efface au profit de l'État, sans que cette réalisation du corps du sujet dans le corps du prince ne soit remise en question en tant que réalisation du pouvoir. L'art du prince devient une science générale de l'État marquant l'intériorisation des règles identitaires du gouvernement : « De la sorte se rejoignent, sans se confondre, l'office du pasteur des âmes et celui du gardien des corps. »³ Le prince n'est plus simplement digne de son office, il s'identifie à elle, ce qui caractérise le transfert sur la personne du prince du symbolisme religieux sans lequel n'aurait pu se développer l'État.

151. Derrière la raison d'État comme sainteté et plus haute vertu, se cache l'intériorisation disciplinaire des comportements et des identités ; la construction de l'État n'a été possible que par une rationalisation de la violence en tant que force réglée. Même, « le roi n'assure plus la seule discipline des corps. Il doit garantir l'unité du corps collectif de l'État contre les forces qui tendent à son éclatement » ; le *regimen* s'inscrit désormais « dans une anatomie du corps social. » Il s'agit dès lors d'un pouvoir pastoral, « l'acte par lequel la multiplicité s'organise en totalité. »⁴ L'acte de souveraineté qu'est la *Loy* n'a été envisageable que par l'évolution de la technique gouvernementale médiévale. L'acte de souveraineté en tant que pouvoir pastoral est lié à une forme de gouvernementalité. Le corps de l'État est réalisé dans le corps du prince, qui est lui même réalisé dans le corps des sujets et le corps social, la distinction tenant dorénavant à ce que ce n'est pas le corps du prince qui doit refléter le corps social, le corps du prince régule le corps social et le corps du sujet juridique⁵. La souveraineté est liée à une

¹ BERNIS (T.), *Souveraineté, droit et gouvernementalité*, *op. cit.*, respectivement p. 68 et p. 101.

² SENELLART (M.), *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Seuil, coll. Des Travaux, Paris, 1995, p. 15.

³ SENELLART (M.), *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, respectivement p. 55 et p. 90.

⁴ SENELLART (M.), *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, respectivement p. 128 et pp. 166-167.

⁵ SENELLART (M.), *Les arts de gouverner*, *op. cit.*, p. 229.

gouvernementalité identitaire qui émerge chez Bodin à partir d'un acte juridique. Le développement de la souveraineté à travers l'évolution de l'acte juridique, marque une évolution des formes identitaires de réalisation de la Raison d'État et du corps social. Par conséquent, le constitutionnalisme est lié à une certaine structure identitaire de l'exclusion.

152. Les liens entre personnalité juridique de l'État et souveraineté procèdent donc d'une forme de gouvernementalité identitaire : « l'organisation du pouvoir juridique qui fonde une communauté se trouve directement liée à l'organisation interne des individus qu'elle inclut, »¹ et de ceux qu'elle exclut. En tant que point d'imputation d'un ordre juridique partiel inscrit à l'intérieur de l'ordre juridique étatique, le corps de la personne fonde l'unité de l'ordre. Les critères de la personnalité sont liés au concept de souveraineté qui en a permis la régulation à travers « le monopole du pouvoir de vie et de mort, en tant que prérogative suprême. » La personne juridique est la traduction moderne du corps de l'État. Ainsi le corps et le sujet sont produits et régulés par l'expression gouvernementale du pouvoir souverain. Ils réalisent la souveraineté et la régulation des attributs de la personnalité juridique est liée à la transcendance et la performance d'un « nous collectif. » L'amour de soi, à travers le droit à disposer de son corps et l'indisponibilité de la personnalité juridique, est une réalisation du désir de l'État. La réalisation de la souveraineté donne corps à l'identité constitutionnelle distinguant avec les attributs de la personnalité juridique, un dedans d'un dehors. Le corps du sujet est un espace d'expression des marques de la souveraineté et l'unité de la personnalité juridique ne prend sens qu'en regard de son « dehors, » en tant que réalisation corporelle de la Nation. La personnalité juridique est la condition d'existence de ce pouvoir souverain et le processus d'assujettissement par lequel le sujet devient sujet de droit : « ainsi, la technique de la personnalité c'est la manière d'inclusion du souverain dans chaque individu. »²

153. Au total, si la personnalité assure une tension pluraliste au cœur du discours juridique, la souveraineté en régule l'expression identitaire. Cette dialectique caractérise la circulation du discours de la personnalité du droit administratif au droit constitutionnel, en proposant une lecture alternative du débat autour de la personnalité juridique de l'État. Si la protection de la diversité prend dorénavant appui sur la constitution normative et les droits fondamentaux, le constitutionnalisme fonctionne toujours selon cette conditionnalité historique de l'argument constitutionnel lié à une structure identitaire. Le paradoxe est que ce qui devait assurer l'unité

¹ IACUB (M.), *Le corps de la personne : enquête juridique*, LYON-CAHEN (A.) (dir.), dactyl., Droit, E.H.E.S.S., Paris, 1993, p. 3.

² IACUB (M.), *Le corps de la personne, op. cit.*, respectivement p. 10 et p. 73.

dogmatique de la pensée de l'État assure une ouverture matérielle, une structure implicite de l'exclusion. Cette idée traduit une approche phénoménologique de l'identité du réel juridique qui est toujours déjà *orienté*. Cette approche assure donc les conditions de possibilité d'une pensée de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme français. Ainsi, l'identité perceptive de ce qui fait une réalité juridique est liée à la régulation de l'identité du corps du sujet. Il est possible d'illustrer ces idées à partir de deux propositions doctrinales : Duguit et Hauriou.

2- Tensions pluralistes et positivisme sociologique : personnalités de l'État chez Léon Duguit et Maurice Hauriou

154. L'État collaboration de Duguit et l'État institutionnel de Hauriou traduisent chacun cette tension pluraliste de la rationalité juridique lorsque l'État est pensé en droit constitutionnel, à travers une forme de positivisme sociologique. La pensée pluraliste se situe précisément dans les conditions implicites de pensée de l'État (a), *i.e.* dans les orientations des conditions de pensée du réel juridique. Ces propositions ont largement été mobilisées par la pensée de l'État pluraliste¹ : Duguit ou Hauriou refusaient d'ailleurs expressément cette association. C'est cette association de Duguit au pluralisme avec son rejet de la souveraineté (b) qui conduira Schmitt à vivement critiquer la pensée duguiste. Si Duguit a influencé la pensée anglo-saxonne, Hauriou a influencé Romano et Gurvitch² (c). Selon C. Laborde, la pensée duguiste de la coopération organique serait une forme de pensée pluraliste de l'État³, inscrivant donc la pensée duguiste de l'État dans la tradition anglo-saxonne de la pensée pluraliste⁴ dont on trouve une origine chez Cole, Figgis et Laski⁵, et la proposition de ce dernier d'un État comme forme d'intégration contractuelle. L'État pluraliste serait d'origine *française*.

a- La proposition (britannique) d'un État pluraliste : une origine doctrinale française

155. Laski va être le traducteur, d'ailleurs, en anglais d'une partie des œuvres de Duguit. La pensée pluraliste critique l'individualisme et l'étatisme postérieur à la Révolution et les débats critiques en droit public, de la Troisième République autour de la souveraineté, vont produire

¹ GUIEU (J.-M.), « State Sovereignty in Question: The French Jurists between the Reorganization of the International System and European Regionalism, 1920-1950 », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.), *op. cit.*, pp. 215-230, et spéc. pp. 217-218.

² WRIGHT (J.) and JONES (H.S.), « A Pluralist History of France », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *op. cit.*, p. 1-22, p. 5.

³ LABORDE (C.), *Pluralist Thought and the State in Britain and France, 1900-25*, Macmillan, Londres, 2000 ; *Penser l'État en Grande-Bretagne*, *op. cit.*, 2000.

⁴ RUNCIMAN (D.), *Pluralism and the personality of the State*, Cambridge U.P., Cambridge, 1997.

⁵ HIRST (P.Q.), *The Pluralist Theory of the State*, *op. cit.*, 1994.

ces courants pluralistes¹. La notion d'État pluraliste a été proposée par Laski, lors d'une conférence à Columbia en 1915. Cette notion devait permettre de critiquer la prééminence de la souveraineté avec le retour du concept d'État dans les débats politiques des années 1900 et une représentation du pluralisme en dehors du seul droit de suffrage. La France est le point de référence : « la France était cette dystopie, l'origine de l'État moniste et de la conception unitaire de la souveraineté étatique »², d'où l'intérêt pour les critiques français de la fiction de la souveraineté. La critique de la souveraineté conduit à la promotion de l'autonomie des groupes pensée à partir de la réalité de la personnalité morale : Figgis évoque ainsi le modèle d'une société fédéralisée à partir d'un pluralisme social spontané. Ce qui les relie (Figgis avec la société féodale, Laski le contractualisme et Cole, le socialisme de guilde) est la critique du monisme. Leurs critiques permettent de revaloriser une tradition de l'État ou, en tout cas, de ne pas figer une distinction trop stricte entre État et société. Il faut un État, mais *pluraliste*.

156. Figgis critique l'intervention de l'État au sein des corporations religieuses, justifiée par la théorie de la fiction légale³. Cole critique, lui, l'universalisme de la représentation parlementaire⁴ là où Laski centre sa critique sur le concept de souveraineté. Selon ce dernier, la souveraineté serait une invention idéologique de Bodin visant à régler les conflits avec l'Église. La souveraineté fonde juridiquement la superstructure morale des philosophes qui ont transformé le monisme étatique d'une simple règle logique en une règle éthique : « sa souveraineté a été consacrée comme prééminence morale. »⁵ Elle est un pur exercice de la puissance, et c'est dans cette critique sociologique que Laski fait référence à Duguit. Or, à la différence de Duguit, ces pluralistes pensent la société civile en dehors de l'État et non pas en tant que produisant ce dernier, tout en ne figeant pas une dichotomie trop stricte : l'État s'insère dans la société à l'image des autres corporations. C'est une conception *corporatiste* de l'État qui est produite. L'utilisation de Duguit par les pluralistes ne doit pas masquer une différence : la distinction fluide État/société et un processus d'institutionnalisation de l'État atténué par rapport à la société civile⁶. L'État est conservé, mais il est une notion *contestée*.

¹ JONES (H.S.), *The French State in Question: Public Law and Political Argument in the Third Republic*, Cambridge U.P., Cambridge, 2002, p. 159 et suivantes et le chapitre 7 sur la théorie institutionnelle de Hauriou. Du même auteur : « Vision and Reality: Joseph-Paul Boncour and Third Republic Pluralism », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *op. cit.*, pp. 179-197.

² WRIGHT (J.) and JONES (H.S.), « A Pluralist History of France », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *op. cit.*, p. 6.

³ FIGGIS (J.N.), « The Great Leviathan », in HIRST (P.Q.), *op. cit.*, pp.115-130. Il évoque la contribution de Gierke, p. 123.

⁴ COLE (G.D.H.), « Democracy and Representation », in HIRST (P.Q.), *op. cit.*, pp. 83-92.

⁵ LASKI (H.J.), « The Pluralistic State », in HIRST (P.Q.), *op. cit.*, pp. 185-196, p. 187.

⁶ LABORDE (C.), « Penser l'État », *op. cit.*, pp. 81-82.

157. Ce pluralisme politique critique le postulat selon lequel l'État serait la seule source et illimitée d'autorité légitime dans une société, composée de multiples associations. L'État ne présenterait pas de spécificité, étant un groupe comme un autre¹. L'État est simplement une forme obligatoire de corporation ; l'uniformité est un moyen de préservation de l'autorité. En effet, l'État dispose du monopole de la violence et du pouvoir de répression². La théorie de l'État pluraliste propose de penser l'État sous la forme d'une collaboration contractuelle, en réhabilitant les syndicats et les associations. La souveraineté n'a aucune valeur ni scientifique, ni morale, ni pragmatique en philosophie politique pour Laski ; le problème est celui de la liberté et la satisfaction des désirs individuels. Il s'agit du problème de l'obéissance et Laski, à la différence de Duguit, admet la personnalité morale des groupes – avant de s'en écarter – et la reconnaissance de droits naturels à faire valoir contre l'État. La notion d'État pluraliste a été développée pour penser un fédéralisme associatif. Cette pensée propose d'écarter la notion de souveraineté et de la remplacer par une forme de logique contractuelle : « Laski, plus que personne en Grande Bretagne, a démontré les abus de la puissance de l'État, à travers la notion de souveraineté, comme Hugo Preuss, au siècle dernier, a condamné cette conception de la souveraineté, comme un fondement erroné pour construire une théorie qui serait propre de et à l'État. »³ État et société sont liés par un pouvoir présentant une « structure fédérative. »

158. Un problème de cohérence chez Laski résiderait dans la critique de l'autorité au point de remettre en question l'autorité des groupes qu'il cherchait à démontrer⁴. Ainsi, si Laski pense la société sur un mode fédératif d'associations assurant la diversité sociale⁵, il leur retirerait toute autorité. La théorie de l'État est fondée à partir d'une réalité plurielle et une large frange de la théorie pluraliste prend sa source dans le modèle associatif développé par Gierke⁶. L'État ne présente pas de valeur en soi. C'est avec cette idée que les liens sont faits avec la théorie de Duguit. Les auteurs du courant pluraliste ont donc lu et traduit Duguit⁷ : la pensée de la collaboration sociale à la base du droit objectif dans la lignée de Durkheim et, d'autre part, la critique de la fiction de la souveraineté. Aussi, Duguit et Figgis reconnaissent la puissance *de fait* de l'État – à limiter par le droit⁸ – et la tension pluraliste inhérente à la

¹ MUÑIZ-FRATICELLI (V.), *The Structure of Pluralism*, *op. cit.*, pp. 162-163.

² BAUME (S.), *Carl Schmitt, penseur de l'État*, *op. cit.*, p. 179.

³ MOGI (S.), *The problem of Federalism. A Study in the History of Political Theory*, LASKI (H.J.) (pref.), George Allen & Unwin Ltd, London, 1931, pp. 312-317.

⁴ MUÑIZ-FRATICELLI (V.), *The Structure of Pluralism*, *op. cit.*, pp. 170-174

⁵ MOGI (S.), *The Problem of Federalism*, *op. cit.*, 320 : « his main point is that since society is essentially federal in nature, the body which seeks to impose the necessary unities must be built that the diversities have a place there in. »

⁶ RUNCIMAN (D.), *Pluralism*, *op. cit.*, 1997, sur le rapprochement entre l'organicisme de Gierke et la théorie de Maitland.

⁷ HARLOW (C.), « The Influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought », in MELLERAY (dir.), *op. cit.*, 2011, pp. 227-254.

⁸ HIRST (P.Q.), « Introduction », *op. cit.*, pp. 26-27.

démocratie¹. De même, Laski reconnaît la paternité de la critique de la fiction, que serait la souveraineté, à Duguit². La tradition du pluralisme politique est née à partir de la lecture des juristes français critiques de la Troisième République que sont Duguit et Hauriou. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant puisque cette période correspond au développement de la notion d'État de droit, ainsi qu'aux controverses constitutionnelles liées à la personnalité juridique de l'État.

b- Positivisme sociologique et État pluraliste de Duguit : la pensée de l'État collaboration

159. Les courants pluralistes n'émergent qu'à partir de 1917 avec les *Studies in the Problem of Sovereignty* de Laski. Or, Duguit a déjà proposé sa pensée de l'État collaboration. Aussi, le premier à avoir fait le lien entre Duguit et cette notion de pluralisme, est Carl Schmitt dans « Éthique de l'État et État pluraliste. »³ Schmitt critique les contempteurs de la souveraineté qui interviendraient lors d'un affaiblissement de l'Empire et, par une tentative des groupes, au nom du libéralisme, de s'emparer du pouvoir⁴. Selon Schmitt, les associations n'émancipent par les sujets, mais les soumettent à la domination des groupes. Ce « fédéralisme associatif » est politique et sa critique politique serait écartée par le libéralisme individualiste des pluralistes, avec leur rejet du politique⁵. Le rapprochement est fait entre pluralisme et État coopératif. Ces tensions pluralistes tiennent à trois éléments de la doctrine duguiste. Ces auteurs reprennent la critique de la fiction de la souveraineté, de sorte à préserver une vie sociale de l'individu. Est repris le concept duguiste d'un *autre* État pensé sur la base d'un *fédéralisme syndicaliste* et son intérêt pour la démocratie syndicale. Aussi, cet anarchisme est dirigé vers une *autre* démocratie – syndicale – adoptant la critique duguiste du parlementarisme et des lois oppressives comme expression de la volonté générale⁶.

160. En effet, O. Beaud a démontré dans quelle mesure la théorie duguiste était adossée à une théorie de l'État. Ce qu'on appelle *la fin de l'État* dans le programme duguiste n'est, en réalité, que la critique de la pensée allemande de l'État, l'abandon de la notion de puissance publique et l'abandon de la notion de personnalité morale de droit public. En effet, comme le note A. de Laubadère, l'idée de puissance publique est trop liée pour Duguit à celle d'un droit

¹ HIRST (P.Q.), « Introduction », *op. cit.*, p. 37.

² LASKI (H.J.), « Law and the State », in HIRST (P.Q.), *op. cit.*, pp. 199-226, p. 199 et p. 205.

³ SCHMITT (C.), *Parlementarisme et Démocratie*, Seuil, Paris, 1988, pp. 131-149.

⁴ BAUME (S.), *Carl Schmitt, penseur de l'État*, *op. cit.*, pp. 183-184.

⁵ BAUME (S.), « Carl Schmitt, penseur de l'État », Introduction à SCHMITT (C.), *La valeur de l'État et la signification de l'individu*, Droz, Les classiques de la pensée politique, Genève, 2003, pp. 22-39.

⁶ BAUME (S.), *Carl Schmitt, penseur de l'État*, *op. cit.*, pp. 180-182 pour une illustration de ces liens.

subjectif de souveraineté¹. Tant la souveraineté que la personnalité morale sont des fictions métaphysiques pour Duguit qui tente de résoudre le problème de la limitation de l'État par le droit à travers l'observation sociologique des faits sociaux : cette limitation découle de la *solidarité*. Aussi, la personnalité est une série d'effets juridiques qui sont attachés à un acte juridique². Son épistémologie est empreinte d'objectivisme et de positivisme sociologique, très marquée par la pensée de Durkheim³. Comme Duguit le note dans un article de 1889, « un cours de droit constitutionnel est et doit être un cours véritablement et exclusivement scientifique. »⁴ Cette méthode consiste en l'observation et la constatation des faits afin d'en dégager des lois de successions et de coexistence, de sorte à en prévoir les occurrences. Il s'agit d'un rejet de toute méthode métaphysique ou déductive⁵. Le droit est soumis, comme la formation de l'État, à des lois immuables qui sont observables comme les faits sociaux : il distingue le *droit objectif* résultant du social et sa constatation par les *lois positives* de l'État.

161. La doctrine duguiste s'inscrit dans un moment républicain avec la République radicale qui s'affirme : c'est une doctrine solidariste. C'est cette doctrine de la solidarité qui lui permet de penser l'hétérolimitation de l'État⁶ : l'État ne fait que *constater* le droit à travers ses lois. La société est composée d'êtres vivants, « la société est un individu organisé »⁷, et l'État est étudié dans son fonctionnement « comme le centre nerveux cérébro-spinal de l'organisme social. »⁸ Ici réside, pour Duguit, l'objet du droit constitutionnel : « ce n'est pas le rôle des professeurs de rester dans une tour d'ivoire. Il faut qu'ils se mêlent chaque jour à la vie et remplissent sans relâche un rôle social qui doit être de premier ordre. »⁹ L'État n'est pas la personnification d'une Nation, ni une puissance commandante, mais un État collaboration. Duguit cherche donc à substituer l'État collaboration à l'État puissance. L'État, défini par la souveraineté est ainsi décrit par Duguit : « on a imaginé l'existence d'une entité métaphysique que l'on a placée derrière les manifestations politiques. »¹⁰ Duguit pose l'équation suivante : la souveraineté implique un pouvoir subjectif, et donc un pouvoir de volonté, la question du titulaire de la souveraineté étant insoluble, ce concept ne répond pas aux exigences de

¹ LAUBADÈRE de (A.), « Le doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, Paris, 1969, pp. 209-228.

² LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale*, op. cit., p. 65.

³ JOUANJAN (O.), *Duguit et les Allemands*, op. cit., p. 199 : « c'est le réalisme de Léon Duguit, son positivisme sociologique qui évacue radicalement du discours juridique, par principe, toute fiction, toute métaphore, toute abstraction. »

⁴ DUGUIT (L.), « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Rev. I. Ens.*, 1889, t. XVIII, pp. 484-505, p. 487.

⁵ DUGUIT (L.), « Le droit constitutionnel et la sociologie », op. cit., p. 489 : « Mais j'affirme que cette méthode déductive [Duguit vise à mauvais titre la connaissance kantienne de Jellinek, non pas fictive, mais abstraite] est dangereuse, et que c'est l'emploi à peu près exclusif de ce procédé qui, jusqu'à aujourd'hui, a arrêté le développement des sciences sociales. »

⁶ MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'État détrôné », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), op. cit., 2011, pp. 217-262, pp. 217-221.

⁷ DUGUIT (L.), « Le droit constitutionnel et la sociologie », op. cit., p. 488.

⁸ DUGUIT (L.), « Le droit constitutionnel et la sociologie », op. cit., p. 491.

⁹ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 2000, p. 25.

¹⁰ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, op. cit., p. 111.

l'observation des faits sociaux. L'autorité de la règle découle du « devoir s'imposant à tout homme vivant en société. »¹ Duguit est inspiré tant par Durkheim que W. James. Comme le précise F. Melleray, la notion de solidarité présente deux facettes pour Duguit et ici se situe une tension pluraliste : une solidarité par « homogénéité du groupe, » ou ressemblances, et une solidarité « par dissemblances, » *i.e.* par conscience des différences. De ce sentiment, Duguit déduit « l'existence de normes sociales dont certaines seulement sont juridiques. »²

162. Le phénomène normatif duguiste est tripartite et contient les normes économiques, morales et juridiques, sachant que les dernières ne se distinguent des premières que par une condition spécifique. Une norme *sociale* – économique ou morale – ne devient *juridique* que lorsqu'une sanction sociale est organisée. Si la règle de droit est de nature individuelle, issue de la masse des consciences, en raison des *sentiments* de socialité et de justice, c'est que le fait social est lui-même « toute réaction collective provoquée par un acte individuel. »³ Si la règle sociale n'est que la conséquence de la vie sociale elle-même, toutes les règles sociales ne sont pas des règles de droit. La différence tient en ce que dans le cas de la violation d'une règle juridique, cette violation entraîne une sanction qui est socialement organisée : cet ensemble de médiations nécessaires à la construction sociale de la norme juridique passe par la différenciation politique, *i.e.* la distinction des gouvernants et gouvernés. En ce sens, l'État duguiste est le produit de cette différenciation. Les faits juridiques n'apparaissent pour Duguit que dès lors que la violation de certaines règles a été collectivement réprimée⁴. La norme juridique est un acte par lequel une règle de droit objectif est constatée par les gouvernants ; il revient au juriste sociologue de formuler ces règles qui visent à assurer la solidarité sociale⁵.

163. La médiation du fait social et du droit se fait par l'intermédiaire du droit objectif : le fait social « juridique » est précisément « la règle de droit. »⁶ Le droit objectif est donc la « discipline sociale » chez Duguit, qui assure la structure du corps social. Aussi, le droit objectif représente l'ensemble des normes sociales devenues juridiques⁷. Duguit cherche à reconstruire le droit constitutionnel en l'adossant à une théorie de l'État – en évitant la notion de souveraineté – interprétée à partir de la notion de « règle de droit, » dont le corollaire est

¹ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 140.

² MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.*, p. 227.

³ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 31.

⁴ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 32.

⁵ MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.*, p. 229.

⁶ JOUANJAN (O.), « Duguit et les Allemands », *op. cit.*, p. 211.

⁷ MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.*, p. 231.

précisément l'acte juridique¹. Ainsi que le note O. Jouanjan, dans le système duguiste, la règle de droit émane du fait même de l'existence de la société : la règle de droit est d'origine sociale. Cette règle est une règle de conduite définie par sa finalité – la solidarité sociale – et s'imposant, par conséquent, tant aux gouvernants qu'aux gouvernés. L'État se trouve limité juridiquement par ce que Duguit qualifie de « fonction sociale, » venant remplacer la notion métaphysique de droit subjectif. Partant, la notion d'acte juridique est la clé d'articulation du système duguiste, entre le fondement du droit et la technique juridique². Duguit distingue alors trois grandes catégories d'actes juridiques³ : l'actes-règle à portée générale et visant à une modification du droit, l'acte subjectif et mettant une obligation à la charge d'un sujet, et l'acte-condition qui applique un acte-règle à un sujet de droit. C'est un système *objectiviste*.

164. Dans ce contexte, Duguit ne fait pas du service public le critère du droit administratif, à la différence de Jèze, mais un élément de sa théorie de l'État⁴. Aussi la notion axiologique de *solidarité* joue lorsque le phénomène est pensé en droit constitutionnel. Le fondement du droit public réside dans un phénomène juridique issu du service public comme collaboration sociale. Le service public – et la solidarité sociale – n'est « que la concrétisation complexe d'une norme qui est règle de droit dans la mesure où les gouvernants prennent en charge tout le système des sanctions. »⁵ L'acte, dont la juridicité est assurée par une sanction organisée, est la concrétisation de cette tension, dans la masse des consciences, entre ressemblances et différences. Le monisme duguiste repose sur une tension pluraliste. Les caractéristiques de l'État sont d'être un processus d'individuation de la société et une chose concrète composée d'hommes, et non une vision du monde métaphysique⁶. Le service public est un élément de légitimation et de limitation des gouvernants, en assurant la conformité de la loi positive au droit objectif⁷. Si la science positive ne peut reposer sur un idéal, la mission essentielle préconisée par Duguit pour les facultés de droit est de travailler à la réalisation de la solidarité sociale⁸ : « la notion de service public vient remplacer celle de souveraineté » et, partant, elle « devient la notion fondamentale du droit public moderne. »⁹ Le service public n'est pas un droit subjectif, mais une fonction sociale limitant juridiquement l'État¹⁰. Si la limitation

¹ BEAUD (O.), « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », *op. cit.*, pp. 45-46.

² BEAUD (O.), « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », *op. cit.*, pp. 46.

³ LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale*, *op. cit.*, p. 67.

⁴ MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.*, pp. 242-243.

⁵ JOUANJAN (O.), « Duguit et les Allemands », *op. cit.*, p. 214.

⁶ BEAUD (O.), « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », *op. cit.*, pp. 49-50.

⁷ MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'État détrôné », *op. cit.*, p. 251.

⁸ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 149. Voir p. 36, c'est cette « vérité fondamentale que l'homme est à la fois individuel et social, que l'individu ne peut vivre qu'en société et que la société ne peut vivre que par l'individu. »

⁹ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 152.

¹⁰ DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 1999, pp. 33 et suivantes.

juridique ne trouve plus sa source pour Duguit dans la théorie des droits subjectifs, elle réside dans la notion de devoir social, et la liberté dans celle interdépendance sociale. La solidarité.

165. L'on peut rappeler la définition duguiste du droit : « le droit, en un mot, est avant tout une création psychologique de la société, définie par les besoins d'ordre matériel, intellectuel et moral. »¹ Le droit évolue selon les besoins de la société définie comme interdépendance sociale. L'on comprend, dès lors, que la pensée duguiste du droit public adossée à une théorie de l'État coopération, détachée du trope de la souveraineté a pu être rapprochée de la tradition pluraliste. Cette tension réside des les conditions de pensée de l'État, *i.e.* dans la notion de solidarité sociale, à l'origine du droit objectif, du principe de conformité des lois positives, de la théorie de l'État, et du rôle du juriste sociologue. Le pluralisme résulte des orientations épistémologiques et axiologiques dans la *représentation* du phénomène – *moniste* – droit, et surtout lorsque l'objet est pensé en *droit constitutionnel* à partir d'une conception de l'État.

c- Positivisme sociologique et État pluraliste de Hauriou : l'État institutionnel

166. En dépit de l'image de *puissance publique* à laquelle on attache la pensée de Hauriou, ce dernier était partisan d'un État pluraliste, pensé à partir d'un positivisme sociologique et un attachement au catholicisme². Deux arguments appellent en faveur d'une telle approche : un argument épistémologique, d'une part, tenant à son pluralisme épistémologique, et un argument tenant, d'autre part, au rôle de l'Institution, réconciliant individualisme et collectivisme. La pensée institutionnelle a ainsi donné lieu à de nombreuses réappropriations pluralistes si l'on pense à l'ordre juridique chez S. Romano³. Hauriou distingue les institutions vivantes (les personnalités morales) et les institutions inertes (les choses), à la base de l'organisation sociale. Trois éléments viennent définir l'institution comme organisation sociale : (1) une institution est faite d'individus, tout en étant détachable de ces derniers ; (2) elle est liée à un « ordre général des choses » à travers un phénomène de reconnaissance ; (3) la permanence de l'institution est un équilibre de forces internes, qui s'inscrit dans la durée, au-delà de l'individu. L'institution est un équilibre clé entre durée et mouvement⁴. C'est en 1925 que Hauriou explicite sa définition classique de l'institution : « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ;

¹ DUGUIT (L.), *Les transformations du droit public*, *op. cit.*, p. 45.

² JONES (H.S.), *The French State in Question*, *op. cit.*, pp. 180-181.

³ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz-Sirey, Paris, 2002.

⁴ SFEZ (L.), « Institution (doctrine) », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *op. cit.*, pp. 835-837, p. 835.

pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures. »¹ Alors, l'institution va produire du droit disciplinaire et du droit statutaire.

167. C'est la notion d'*Institution* qui permet à Hauriou de penser la notion d'*État* en droit constitutionnel « comme une mise en forme de l'expression du pluralisme de la Nation. »² En effet, les théories traditionnelles de l'État, selon Hauriou, reposent sur un individualisme méthodologique qui écarte la place du collectif. L'Institution vise à réintégrer les phénomènes de groupe dans la pensée de l'État, à l'origine du développement de la personnalité morale de cet État tout en étant une explication de la juridicité des fondements de cet État. Le pluralisme s'inscrit, dans la pensée de l'État institutionnel, en tant que condition de création et condition de fonctionnement : le pluralisme est *instituant* et *institué*. L'origine de l'État précède la personnalité juridique dans le pluralisme des forces sociales, mais seule la personnalisation de l'État assure un équilibre et la possibilité du droit. Aussi, l'État est réconciliation de la liberté et de l'ordre où l'individualisme est compensé par ce que N. Fouquier qualifie de *hiérarchie sociale naturelle* ; l'État moderne est « compris comme un substitut au Roi faisant corps avec l'institution de la Couronne. » C'est lorsqu'il devient *constitutionnaliste* que l'État est pensé par Hauriou à partir de cet ordre des choses, cette axiologie : l'État est associé à une théorie politique, où ses convictions thomistes assurent l'unité de la matière³. L'État est une institution politique, par conséquent, en droit constitutionnel et c'est cette conception de l'État qui détermine l'objet du droit constitutionnel. C'est cette théorie de l'Institution qui lui permet de penser, aussi, la limitation juridique de l'État : du fait de la *nature même* de l'État⁴.

168. En effet, avec É. Millard, il faut noter que « l'analyse institutionnelle est d'abord une position épistémologique » reposant sur un dépassement des frontières entre les disciplines (juridiques ou non) et un objet *droit* entendu comme un phénomène *social*⁵. Ce pluralisme épistémologique vise précisément à retrouver cet ancrage social du phénomène juridique, à travers le concept d'Institution comme réalisation et processus d'engendrement : l'institution est une lunette mentale permettant de lire le phénomène juridique – et de le construire – selon

¹ HAURIOU (M.), « Théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, no. 4, Paris, 1925, pp. 2-45, p. 2.

² RUÉDA (F.), « L'État institutionnel chez Maurice Hauriou : manifestations d'une souveraineté indivisible », in *La souveraineté aujourd'hui*, A.T.D.C., Centre de Publication Universitaire, Tunis, 1996, pp. 237-251, p. 239.

³ FOULQUIER (N.), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *op. cit.*, pp. 281-306, pp. 284-285.

⁴ FOULQUIER (N.), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste, » *op. cit.*, p. 291.

⁵ MILLARD (É.), « Hauriou et la théorie de l'Institution, » *Droit et Société*, 1995, vol. 30/31, pp. 381-412, p. 384.

une certaine perspective. C'est ici que se situe, d'abord, une tension pluraliste dans la pensée de l'État institutionnel : si tout État est une forme d'institution, l'État présente une spécificité. Ce pluralisme épistémologique découle des influences philosophiques du doyen Hauriou : le thomisme, le vitalisme de Bergson, la thermodynamique et les sciences expérimentales, la sociologie institutionnelle de Durkheim, permettant de penser ensemble le droit, la société et le temps – la durée. Le pluralisme, chez Hauriou, est un phénomène temporel, à la fois lors de l'incorporation et lors de la personnification¹. Trois axes se dégagent donc : le spiritualisme, le positivisme scientifique et le vitalisme critique permettant de penser l'Institution, dans le cadre d'un pluralisme fondateur. Cette « posture épistémologique » permet « la coexistence des contraires »² ; c'est une pensée de la *complexité* du phénomène visant à dépasser ces lois de bipolarité des erreurs dans les discours juridiques, le lieu d'une représentation mentale. Partant, les « sources juridiques jaillissent de manière disparate de la matière sociale », ce qui rattache Hauriou aux courants du pluralisme³ : l'unité procède de la diversité phénoménale.

169. Le pluralisme est à la base (corporelle) du phénomène juridique, et de l'Institution comme in-corporation : l'État procède de substrats sociaux et réels et en permet / régule l'expression⁴. C'est ce que Hauriou qualifie de démarche *générique*. Trois tissus sociaux fondamentaux sont mis en évidence par Hauriou : la société positive, le tissu étatique et le tissu religieux. Ces tissus vont conduire à plusieurs types d'organisations sociales. Aussi, « le pouvoir n'est plus concentré dans la figure de la souveraineté étatique, mais relève d'une analyse pluraliste »⁵ : c'est bien le collectif qui est à l'origine du droit, même si ces droits spontanés finissent par être intégrés dans le droit de l'État centralisé, ce qui correspond au processus de personnalisation. En effet, la corporation est bien le fondement objectif – social – de la personnalité morale qu'est l'État. Aussi, c'est bien le pluralisme qui est constitutif de l'État personne lorsque cette personnalité est pensée en droit constitutionnel, et c'est bien un pluralisme *organisé* qui est au fondement de l'État en tant que *dominium*. La personnalité morale vient subjectiver ce pluralisme social. C'est ce que Hauriou qualifie de « drame de la personnification » : la pluralité originaire des corps sociaux précède la personnalité, et le processus institutionnel va dès lors de *l'organique* au *représentatif*. Cette fondation sociale pluraliste associée au processus institutionnel est ce que Hauriou qualifie *d'identité* ou

¹ MILLARD (É.), « Maurice Hauriou », *op. cit.*, pp. 398-400.

² SCHMITZ (J.), *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, Paris, 2013, p. 59.

³ SCHMITZ (J.), *La théorie de l'institution*, *op. cit.*, p. 120.

⁴ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, L.G.D.J., T. 245, Paris, 2005, pp. 60-61.

⁵ SCHMITZ (J.), *La théorie de l'institution*, *op. cit.*, p. 141 et suivantes.

individualité des États. C'est bien dans la question de la personnalisation juridique de l'État en droit constitutionnel que se joue la psychose pluraliste : ouverture et gestion de l'Autre¹.

170. Aussi, « l'État repose sur un équilibre entre les diverses composantes de la société et non plus sur la donnée juridique unitaire de la personnalité juridique » : le pluralisme fonde l'État et son analyse institutionnelle est « essentiellement pluraliste. »² L'État-Nation n'est que le résultat accidentel d'un certain processus d'institutionnalisation, qui procède de la gestion de ce pluralisme constitutif encadré : la Nation est une phénoménologie identitaire³. Partant, le fondement juridique de l'État n'est pas la souveraineté, mais ce pluralisme social objectif, ce que traduit une analyse sociologique – le pluralisme constituant – mais l'analyse juridique conserve, elle, cette analyse unitaire du phénomène. Le pluralisme constituant résulte bien du *corps* des sujets et de leur *incorporation*. Avec ce changement de perspective, l'État passe de *résultat* du pluralisme social à *producteur* d'un pluralisme contraint⁴, et qui découle lui-même d'une centralisation par les similitudes et l'assimilation des corps. C'est dans cette transition de la personnalité morale à juridique, que se joue le « drame pluraliste » de la rationalité juridique française : cette force centrifuge vaut pour l'unité des corps, du droit et de la science. C'est un faux pluralisme qui est produit⁵. En identifiant les sujets, l'État personne produit des représentations de lui-même, et la personnification devient même un universalisme chez Hauriou, procédant d'une idée de rédemption⁶ : en devenant personne, l'individu réalise à travers l'État une certaine *morale objective*, le champ par excellence d'expression du *droit constitutionnel*. L'institution devient cette même ressource justificatrice que la solidarité et le service public dans l'État pluraliste duguiste. Le fondement est oublié.

171. Avec l'institutionnalisation de l'État, la personnalité morale – le pluralisme constitutif – devient la personnalité juridique – le pluralisme contraint – et ce passage est réalisé par l'incorporation « de l'idée de l'État dans les consciences individuelles. »⁷ Or, dans ces mobilisations de la personnalité de l'État se joue une tension pluraliste, mais, surtout, cette mobilisation de la personne conduit, d'un discours scientifique réduit à l'hypostase, à une hypostase *substantivée*, dont le fondement identitaire est écarté de l'analyse critique. En recherchant le fondement juridique de l'État, Hauriou conduit à une légitimation a-critique du

¹ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation*, op. cit., p. 330.

² SCHMITZ (J.), *La théorie de l'institution*, op. cit., pp. 193-202.

³ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation*, op. cit., pp. 462-463.

⁴ SCHMITZ (J.), *La théorie de l'institution*, op. cit., p. 282.

⁵ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation*, op. cit., p. 501.

⁶ SCHMITZ (J.), *La théorie de l'institution*, op. cit., p. 296.

⁷ LINDITCH (F.), *Recherches sur la personnalité morale*, op. cit., pp. 99-100.

phénomène étatique. Entre théorie et science, administratif et constitutionnel, l'identité du réel juridique se constitue. Comme le note J.-A. Mazères, « la théorie de la personnalité juridique intègre ainsi à la fois, pour Hauriou, le pluralisme et l'unité, l'organisation et la décision, l'automate social et la flamme subjective, le corpus et la persona »¹ traduisant par ailleurs la relation entre attraction et répulsion de Hauriou pour le pluralisme, face à l'unité². La pensée offerte par Hauriou, de l'État, entre institution et personne, a l'immense mérite d'orienter, par conséquent, l'analyse vers cette tension pluraliste au cœur de la représentation mentale, entre un pluralisme originaire et un pluralisme organisé : des orientations pluralistes encadrent la manière avec laquelle la rationalité juridique produit – approche, conçoit – le réel *juridique*.

172. Partant, « l'État doit être envisagé dans sa réalité complexe : fondé sur l'Un, il se construit à partir du pluralisme originaire et s'en vivifie sans cesse en exprimant en son sein même ces multiples contradictions. » Au sein de ces contradictions, qui sont forcloses par la vie psychique du pouvoir juridique, s'établit une orientation pluraliste du constitutionnalisme ou phénoménologie de l'exclusion : ce creuset où « se tissent les liens sociaux, en particulier les couples identité/altérité, et solidarité/exclusion, » et que se déploie « une logique de renforcement de l'unité nationale. »³ C'est ce qu'il convient, désormais, d'interroger et deux conclusions peuvent être retenues. D'une part, à la forclusion du pluralisme correspond une tension liée à l'orientation identitaire de la personnalité. Le rejet pluraliste n'est pas suffisant, il est nécessaire de s'intéresser à la question identitaire. D'autre part, la tension pluraliste doit être étudiée dans les « circulations » entre les discours administratifs et constitutionnels : un pluralisme *infraconstitutionnel* et une indisponibilité *constitutionnelle* de l'identité du sujet. Le couple canadien est distinct : un pluralisme constitutionnel, associé à une indisponibilité. Partant, la forclusion du pluralisme s'associe à une phénoménologie implicite de l'exclusion.

¹ MAZÈRES (J.-A.), « Préface, » à LINDITCH (F.), *Recherches sur la personnalité morale, op. cit.*, pp. XI-XXVII, p. XIX.

² MAZÈRES (J.-A.), « Préface » à FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation, op. cit.*, pp. IX-XX, p. XIX.

³ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation, op. cit.*, pp. 555-556.

§ 2 - GÉNÉALOGIE FORMELLE DE LA PROMOTION CANADIENNE DU PLURALISME: UNE PHÉNOMÉNOLOGIE EXPLICITE DE L'EXCLUSION

173. La promotion *explicite* du pluralisme que l'on projette sur le constitutionnalisme canadien en tant qu'imaginaire différentialiste est liée à la problématique du multiculturalisme en tant que réservoir de symboles et de valeurs permettant de créer une imagerie nationale¹. En somme, la promotion du pluralisme est liée à la promotion de la diversité identitaire, comme si la diversité pouvait être énoncée² et une identité choisie³. En réalité, cet imaginaire a fait l'objet de deux critiques ayant trait à la diversité qui est valorisée et aux prémisses axiologiques sous-tendant cette protection : une égalité matérielle tenant à l'énonciation de la diversité et à la prise en compte de la différence, et une égalité axiologique tenant aux prémisses identitaires, notamment, présidant à cette énonciation. La vie psychique de cette promotion canadienne du pluralisme dans la pensée de l'ordre juridique conduit à souligner deux types de citoyennetés – et d'exclus – selon le type de « pluralisme » qui est valorisé.

174. La notion de multiculturalisme a fait l'objet de nombreux débats normatifs : est-ce une valeur en soi ? Quelle diversité protéger ? Par conséquent, cet imaginaire a été critiqué en ce qu'il illustrerait une situation idéale de pure et parfaite diversité, inhibant les dissensions au sein même de la fédération canadienne et la difficulté à établir un dialogue politique⁴. Cette difficulté est d'autant plus prégnante depuis le rapatriement de la Constitution en 1982 qui, en insistant sur la valorisation constitutionnelle de l'héritage multiculturel canadien à son article 27 ainsi qu'un ensemble de droits et libertés individuels supports potentiels de revendications identitaires, est venu faire coexister une réalité multiculturelle avec une tradition fédérale, prévue par la *Loi Constitutionnelle* de 1867. La problématique de la diversité est intimement liée au fantasme de l'évasion de la différence québécoise⁵. Si le Canada a bien fait l'objet d'une attention internationale pour son succès en tant que société multiculturelle⁶, c'est à un récit précautionneux qu'il faut procéder⁷. Qu'est-ce qui se joue derrière cette promotion?

¹ BRETON (R.), « Le multiculturalisme et le développement national au Canada », in CAIRNS (A.) and WILLIAMS (C.), *Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada*, Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1983, pp. 31 et suivantes, spéc. p. 56.

² MINOW (M.), *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell U.P., Ithaca, 1990, p. 11.

³ CAIRNS (A.C.) and WILLIAMS (C.) (eds.), *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada*, U. of Toronto P., Toronto, 1983, p. 8.

⁴ CAIRNS (A.C.), « Why is it so difficult to talk to each other? », *McGill L.J.*, 1997, vol. 42, n°1, pp. 63-90, p. 65.

⁵ ADAM (M.-A.), « The Constitution Act, 1982 and the Dilemma of Canadian Duality since 1760 », in PEACH (I.), MITCHELL (G.), SMITH (D.), WHITE (J.) (eds.), *A Living Tree: The legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, LexisNexis, Markham, 2007, pp. 625-648, p. 630.

⁶ TIERNEY (S.), « Introduction: Constitution Building in a Multicultural State », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 3-26, p. 3.

⁷ CHOUDHRY (S.), « Does the World need more Canada?: The politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory », *I-CON*, 2007, vol. 5, pp. 606-638.

175. Le constitutionnalisme produit des « Autres, » et le pluralisme modifie simplement ce processus d'altérisation à travers un investissement projectif sur la promotion de la diversité comme objet autorisé du désir. L'altérisation fonctionne dans l'ordre du refoulement, et la diversité dans celui du fantasme. Le processus psychologique semble inverse à celui de l'universalisme républicain français, alors que ses effets en sont très similaires : la promotion d'une certaine structure identitaire derrière des différenciations dans la capacité à être un citoyen dans une société diversifiée. Il y a donc derrière la référence au pluralisme la promotion d'une identité nationale et d'une citoyenneté différenciée à défaut d'être réellement une citoyenneté différentialiste¹. Il s'agirait, partant, d'une profonde remise en cause des idéaux d'impartialité et de neutralité du droit². Il ne s'agit pas de garantir des droits similaires à travers la citoyenneté culturelle, mais de déconstruire les prémisses identitaires ou subordinations axiologiques à partir desquelles fonctionnent précisément ces droits.

176. À l'égalitarisme matériel et la citoyenneté culturelle venant prendre en compte le pluralisme culturel et la diversité, s'ajoute un égalitarisme axiologique et une citoyenneté sexuelle. Cette dernière peut être définie comme le degré de variation de la citoyenneté culturelle, un degré *de capacité à être*. Le qualificatif de *sexuel* provient de cette idée que les prémisses identitaires des vecteurs juridiques de pluralisme traduisent *un désir orienté* vers la promotion d'une certaine diversité : cette citoyenneté sexuelle est une intensité différenciée à être un citoyen multiculturel. La production d'un modèle de constitutionnalisme pluraliste (A) et de ses dehors identitaires fonctionne de deux manières qu'il s'agit d'évaluer : la promotion de la diversité à travers le multiculturalisme ou citoyenneté culturelle (B) ; la promotion de la diversité à travers l'identification des citoyens venant faire varier l'intensité de leur *capacité à être* ou citoyenneté sexuelle (C). Ces deux processus constitutifs de cette économie de la diversité viennent expliquer la production de hiérarchies passagères³. Aussi, le pluralisme apparaît comme un véritable opérateur de régulation identitaire du constitutionnalisme canadien – avec ses exclusions. La généalogie formelle de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme démontre que ce dernier est structurellement orienté vers la promotion d'une certaine hiérarchie identitaire, est-elle explicite (Canada) ou est-elle implicite (France).

¹ YOUNG (I.M.), « Polity and Group Difference: A Critique of the Idea of Universal Citizenship », in SUNSTEIN (C.R.) (ed.), *Feminism and Political Theory*, The U. of Chicago P., Chicago, 1990, pp. 117 et suivantes. Publié dans *Ethics*, 1989, vol. 99, no. 2, pp. 250-274.

² NEDELSKY (J.), « Embodied Diversity and the Challenges to Law », *McGill L.J.*, 1997, vol. 42, n°1, pp. 91-117.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux », *Rev. Québ. Dr. Const.*, 2012, vol. 4, pp. 7-41.

A- Un modèle de constitutionnalisme pluraliste canadien et ses effets d'exclusion

177. Trois perspectives peuvent être soulignées, visant à mobiliser le constitutionnalisme canadien, en tant que modèle de constitutionnalisme pluraliste. Dans chacun des cas, le modèle paradigmatique du constitutionnalisme pluraliste est le droit constitutionnel canadien. Cette exploration formelle permet de souligner les effets identitaires exclusifs de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme canadien, lorsque ce dernier fait figure de modèle : la pluralité est toujours extérieure et jamais constitutive (1) ; cette orientation est un discours de pouvoir (2) ; cette orientation conduit à des variations de citoyenneté pluraliste (3). Derrière la mobilisation d'un supposé modèle pluraliste canadien se cachent, ainsi, des effets d'exclusion.

1- Une pluralité saisie par le constitutionnalisme pluraliste canadien

178. Le constitutionnalisme pluraliste ou « constitutionnalisme à une époque de diversité, » de Tully, a été très largement mobilisé dans la littérature constitutionnelle canadienne relative à la diversité culturelle. Sa question était celle de savoir si une constitution moderne pouvait reconnaître et faire une place à la diversité culturelle sachant que la grammaire constitutive du discours constitutionnaliste est celle de l'État, d'un peuple unifié, et de la nation (*supra*). En envisageant le constitutionnalisme pluraliste comme une construction discursive, dans une perspective wittgensteinienne, les règles de production de ce discours se modifieraient à mesure que les participants changent eux-mêmes : « le constitutionnalisme contemporain est par conséquent un jeu dans lequel les participants modifient les conventions à mesure qu'ils jouent. »¹ Ainsi, les règles du jeu du constitutionnalisme évoluent en fonction des enjeux de pouvoir. Or, sont maintenues implicitement les conventions du constitutionnalisme. Tully présente trois critiques à l'endroit du constitutionnalisme : le modèle de la souveraineté ; une pluralité culturelle saisie et non constitutive ; une situation discursive imparfaite et biaisée.

179. L'on pourrait appeler cela des « tropes » du discours du constitutionnalisme pluraliste, dont le plus évident est ce lien conceptuellement établi entre souveraineté, nationalisme, et homogénéité du peuple : « le peuple souverain est culturellement homogène de l'une des trois manières suivantes : en tant que société de personnes indifférenciées, en tant que collectivité

¹ TULLY (J.), *Une étrange multiplicité*, op. cit., 1999, p. 35.

unie par le bien commun ou en tant que nation définie par une culture. »¹ Notons, toutefois, que cet argument est discutable dans la mesure où cette homogénéité culturelle ne découle pas, de façon évidente, de la recherche du bien commun. Cependant, toujours selon Tully, le dialogue entre une politique de la reconnaissance culturelle et le constitutionnalisme serait rendu impossible par les conventions discursives implicites structurant ce dernier : « le langage du constitutionnalisme moderne, qui a fini par faire autorité, a été conçu pour exclure ou assimiler la diversité culturelle et pour justifier l'uniformité. »² L'on ne peut dès lors parler de constitutionnalisme pluraliste – ce qui serait une contradiction dans les termes – sans évoquer cette exercice de purification culturelle qui en est à la base : l'orientation nationale.

180. Si le système constitutionnel français incarne ce constitutionnalisme, le droit canadien n'aurait pas non plus rempli ses promesses avec la Charte de 1982, favorisant un éclatement des perspectives et une désunion là où l'histoire canadienne présenterait un contexte favorable au développement d'un « fédéralisme pluraliste » défini par Tully comme une technique de conciliation à partir de trois conventions : de reconnaissance mutuelle, de continuité, et de consentement³. L'enjeu est de (re)commencer le constitutionnalisme moderne à partir des caractéristiques de la diversité culturelle : « les citoyens évoluent dans des rapports culturels qui se superposent, interagissent et sont négociés et réinvestis. »⁴ Le constitutionnalisme pluraliste doit être compris comme une succession de négociations dialogiques. Selon Tully, *l'Acte de Québec* et *l'Acte Constitutionnel*, de 1774 et 1791, sont un exemple illustrant ces trois conventions avec la garantie de la poursuite des traditions de droit civil dans un contexte colonial anglais qui voit l'application du droit de *Common Law*. Leurs principales remises en cause se trouvent au moment du *rapport Durham* de 1839 et, de la procédure de modification constitutionnelle de 1982, venant violer l'accord du Québec à cette fédération. Le *rapport Durham* visait à la remise en cause de la convention de continuité des coutumes prémodernes avec une tolérance de fait pour l'application du droit civil. Le conflit de traditions juridiques est un conflit de cultures juridiques : la Charte de 1982 irait contre les intérêts du Québec.

181. La Charte présenterait une texture de nature à favoriser un constitutionnalisme pluraliste. Tully donne l'exemple des droits linguistiques et la reconnaissance dialogique

¹ TULLY (J.), *Une étrange multiplicité*, op. cit., 1999, p. 39.

² TULLY (J.), *Une étrange multiplicité*, op. cit., 1999, p. 57.

³ TULLY (J.), *Une étrange multiplicité*, op. cit., 1999, p. 137.

⁴ TULLY (J.), *Une étrange multiplicité*, op. cit., 1999, p. 52.

mutuelle entre anglophones et francophones qui ressortirait, notamment, de l'arrêt *Ford*¹ de la Cour suprême du Canada : une « admission mutuelle de deux prétentions à une continuité culturelle, »² précisant qu'il s'agit d'une « expression publique proportionnelle aux diverses langues qui forment des aspects de la diversité de la société dans son ensemble. » Cette décision appartient à une forme de constitutionnalisme pluraliste en raison d'une motivation dialogique et proportionnelle. Selon Tully, le test de la violation d'un droit garanti prévu à l'article 1^{er} et systématisé par l'arrêt *Oakes*³, et son test en trois étapes de la proportionnalité, incarnent ce constitutionnalisme dialogique. C'est aussi avec la décision *Ford* que la Cour adopterait une approche groupale de l'identité relative aux droits linguistiques, dans une affaire relative à la liberté d'expression et l'affichage public en français. L'argument *constitutionnel* est mobilisé pour promouvoir une forme de pluralisme dialogique ; de même, la technique juridique de la limitation d'un droit garanti est un vecteur de ce pluralisme. Enfin, la reconnaissance d'un pluralisme vient de l'acceptation étatique de procéder à une forme de reconnaissance de la diversité. Ce saut dans sa démonstration est problématique dans la mesure où Tully passe de la notion de pluralisme juridique à celle d'une reconnaissance par l'État d'une identité, par l'intermédiaire de la garantie d'un droit.

182. Passant sous silence les normes implicites de régulation des identités, Tully se méprend sur l'articulation d'un constitutionnalisme pluraliste, procédant de normalisations identitaires. Partant, « la nature des constitutions n'est pas saisie par des représentations englobantes, »⁴ il s'agit de dialogues interculturels et « d'histoires qui s'entrecroisent. » Le constitutionnalisme pluraliste ne pourrait se laisser saisir dans une représentation restrictive de la science constitutionnelle. Le constitutionnalisme pluraliste de Tully est ambigu : si le droit canadien n'a pas tenu toutes ses promesses en dépit d'une histoire pluraliste, la Charte des droits présenterait une texture pluraliste. Le droit constitutionnel canadien ferait figure de « modèle. » De plus, si la prise en compte du pluralisme suppose une mise en évidence des tropes critiques du constitutionnalisme moderne, Tully mobilise un argument constitutionnel qui puise aux mêmes sources que ce constitutionnalisme. Le constitutionnalisme pluraliste, même au Canada, est lié à une régulation normative des frontières identitaires de la Nation.

¹ *Ford c. Québec (P. G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

² TULLY (J.), *Une étrange multiplicité*, op. cit., 1999, p. 165.

³ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁴ TULLY (J.), *Une étrange multiplicité*, op. cit., 1999, p. 179.

2- Le constitutionnalisme entre transition épistémologique et discours structural

183. Un modèle complémentaire de constitutionnalisme pluraliste offert par Anderson¹ prend aussi le Canada comme exemple paradigmatique d'un constitutionnalisme pluraliste. Anderson propose de réfléchir au constitutionnalisme pluraliste au-delà de l'État dans un contexte de globalisation. Le point de départ critique est celui du modèle juridique représenté par la référence à la souveraineté comme cadre d'analyse des règles du droit constitutionnel et l'adoption d'un cadre juridique de pluralisme juridique : « nous devons reconfigurer nos modes de compréhension du droit et des droits constitutionnels à partir du paradigme du pluralisme juridique. »² Le phénomène de globalisation remettrait en cause les éléments structurants de l'État de droit libéral « qui repose à la fois sur la priorité normative attribuée aux libertés et sur les croyances que l'État est non seulement le meilleur, mais aussi la seule institution capable de protéger ces libertés, en établissant des règles claires, cohérentes et applicables pour organiser la vie sociale. »³ La critique se présente comme ontologique sur le plan de ce qu'est la norme constitutionnelle et épistémologique sur le plan de ce que le positivisme a impliqué pour la pensée du constitutionnalisme. L'État ne doit plus être pensé, alors, comme le seul foyer politique. La globalisation conteste « la capacité de la Constitution de 'constituer' au sens de structurer et de réguler l'exercice du pouvoir politique. »⁴

184. Cette crise épistémologique invite à interroger trois hypothèses de notre connaissance constitutionnelle : **(1)** l'étaticité comme caractère de juridicité ; **(2)** les approches juridiques interprétatives et instrumentales « interrogeant l'idée que l'autonomie est garantie par la seule protection des droits par les tribunaux » ; **(3)** la problématique de pouvoir qui se joue dans la transition pluraliste du constitutionnalisme, « mettant l'accent sur la politique qui se joue lors de la définition étatique du constitutionnalisme. » Ce que Anderson soutient n'est pas tant une transition paradigmatique du positivisme juridique au pluralisme juridique, plutôt qu'une transition vers une approche critique de la science constitutionnelle, prenant en compte les enjeux de pouvoir liés au développement du pluralisme. L'imagination juridique serait construite autour de trois éléments que sont le centralisme, le monisme et le positivisme. La doctrine de l'État de droit est constitutive de ce libéralisme légaliste de sorte qu'une transition critique de la science constitutionnelle implique une approche critique de l'État de droit : cette

¹ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005.

² ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 3, (nous traduisons).

³ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 5, (nous traduisons).

⁴ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 33, (nous traduisons).

idée que le test de la validité d'une loi est relatif à la garantie de l'autonomie individuelle. Le libéralisme juridique serait construit autour de trois traits principaux, qui font de la science constitutionnelle une science normative : le formalisme ; le principe de cohérence juridique ; le principe d'effectivité du droit quant à la protection des droits. Le pluralisme apporte une critique externe au monopole étatique de la production juridique, et une critique interne au principe épistémologique de cohérence. Le pluralisme est une critique de *l'orientation* du réel.

185. Le pluralisme associé au constitutionnalisme est une critique interne de la cohérence du discours juridique : « le pluralisme juridique soulève de sérieux doutes théoriques relatifs aux préjugés que la doctrine constitutionnelle puisse être rendue comme un tout cohérent et systématique. »¹ Les décisions constitutionnelles ne peuvent être reconstruites comme un tout cohérent et rationnel *a posteriori* ; le pluralisme interne implique un pluralisme de la *ratio* même des décisions, tenant au pluralisme des faits. Prenant les décisions de la Cour suprême du Canada en matière de liberté d'expression, Anderson tente de démontrer que le principe de cohérence ne permet pas d'expliquer le raisonnement judiciaire. La connaissance juridique doit être comprise selon une « conception rhétorique. »² L'important n'est pas d'apporter une réponse à la question ce qu'est le droit, mais à celle de savoir pourquoi la réponse à cette question est importante pour la doctrine : « la signification première du pluralisme réside ainsi dans la démonstration de la manière avec laquelle la compréhension courante du droit comme droit de l'État passe sous silence ce qui est une politique définitoire. »³ Tropes et hypothèses sont liés à une politique structurale. Le pluralisme critique ces normes externes à la légalité structurant le raisonnement, à partir de cet « arrière-plan invisible de normes sociales. »⁴

186. Si la problématique en termes de pouvoir est essentielle, Anderson n'évoque guère les ressources permettant de penser le constitutionnalisme pluraliste. Il discute, toutefois, de deux moyens : élargir l'effet juridique des droits fondamentaux aux relations privées et approfondir l'effet de ces droits fondamentaux en redéfinissant la nature des obligations constitutionnelles. En somme, la proposition innovante de Anderson tourne autour de trois points principaux⁵ : **(1)** le constitutionnalisme implique un questionnement autour de la nature du pouvoir, privé ou public ; **(2)** l'État ne peut être considéré comme l'unique source de production de normes constitutionnelles, ni la Constitution formelle comme délimitant le champ constitutionnel ; **(3)**

¹ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 70, (nous traduisons).

² ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 102.

³ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 105.

⁴ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 85.

⁵ ANDERSON (G.W.), *Constitutional Rights After Globalization*, *op. cit.*, p. 145 et suivantes.

les capacités instrumentales des droits fondamentaux sont très largement surestimées dans leur capacité à changer les comportements sociaux. Anderson souligne un élément important : le constitutionnalisme est lié à une problématique de pouvoir au-delà de savoir si un paradigme pour la science du droit est meilleur qu'un autre. Le constitutionnalisme est lié à une certaine idéologie juridique, s'agit-il du libéralisme ou du républicanisme. Le choix d'une de ces idéologies – même implicite – modifie la portée de ce constitutionnalisme pluraliste.

187. Cependant, deux critiques peuvent être formulées. La première tient à ce qu'Anderson ne précise pas réellement les vecteurs juridiques de ce nouveau constitutionnalisme, au-delà d'une définition *matérielle* du droit constitutionnel. Pourquoi le contexte juridique canadien est-il *plus* favorable à cette théorisation ? Ne pas répondre à cette généalogie matérielle du pluralisme conduit à assumer l'unité de sens du pluralisme dans l'histoire canadienne (*infra*). La seconde tient à la proposition d'analyse critique proposée par Anderson. Si effectivement, l'on peut être d'accord avec lui sur cette idée que la question épistémologique d'une transition paradigmatique doit être envisagée comme une relation de pouvoir, peu d'arguments sont fournis sur les raisons à ce saut critique du raisonnement, ni sur ce que signifie une analyse du constitutionnalisme comme un discours de pouvoir. Un point aveugle du raisonnement tient à la poursuite implicite des idéaux du constitutionnalisme moderne dont il offre pourtant une critique. Pourquoi chercher à élargir la portée des droits fondamentaux aux pouvoirs privés définis comme producteurs de normes juridiques – même en cherchant à approfondir la nature des obligations constitutionnelles – si l'on comprend que la portée du constitutionnalisme est surestimée ? Le constitutionnalisme demeure un acte de souveraineté, même dialogique.

3- Le constitutionnalisme pluraliste et les variations exclusives de citoyenneté

188. Parmi les propositions récentes, M. Bhamra¹ propose une critique intéressante. Ce modèle répond à plusieurs des critiques formulées et apporte un éclairage normatif sur la reconnaissance constitutionnelle de la diversité. Toute réflexion critique ne peut s'ancrer que dans un solide positionnement normatif ; et son point de départ critique est celui des groupes *exclus* de la société civile. Il peut sembler contradictoire d'évoquer cette forme d'exclusion de la société civile – donc des variations dans la capacité à être citoyen – dans la mesure où les droits fondamentaux s'appliquent à l'ensemble des individus. L'argument est dirimant s'il

¹ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies. Constitutionalism and Pluralism*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2011.

n'est pas souligné cette idée que la référence à l'individualisme masque, en fait, un discours de pouvoir régulant les identités *normales* du sujet. L'exclusion qualifie des variations dans la capacité à persévérer dans son être de citoyen en tant que la régulation constitutionnelle les qualifie d'*in-humains*. Ainsi, l'exclusion par la normalisation identitaire des comportements n'est pas aussi claire que de tracer une frontière physique : « mon exclusion est fondée sur une variété de facteurs complexes, nos identités étant essentiellement intersectionnelles. »¹ Avec la montée en normativité de l'argument pluraliste, il n'est pas simple de distinguer l'identité, de la différence. Ces variations traversent l'ensemble du corps social à mesure que ces régulations / normalisations se modifient. Aussi, une modification de la souveraineté identitaire oriente la manière avec laquelle l'État se saisit de la diversité. Il ne s'agit plus du criminel, mais de l'inhumain à travers les variations juridiques de la vulnérabilité. Deux arguments seront étudiés : l'utilisation de l'argument normatif lié à la justice et la spécificité du matériel constitutionnel de *Common Law*. Ces éléments éclaireront la situation canadienne.

189. Si la condition identitaire est celle de la pluralité, la tendance du constitutionnalisme pluraliste serait à la concaténation identitaire, « identifiant les frontières floues entre ethnicité, culture, religion et race, et ensuite démontrant qu'elles exacerbent la tendance à singulariser les identités, de sorte à ce que nous nous catégorisons selon l'un de ces concepts. »² Bhamra fait progresser notre interrogation en démontrant que la régulation des sujets se fait par l'attribution d'une communauté identitaire, et par la régulation des frontières d'expression identitaire de cette communauté. La spécificité de cette approche tient à la mobilisation d'une théorie normative de la justice, N. Fraser, afin de penser la régulation de la diversité³ : la marginalisation sur la base de la culture, de la religion, de la race, etc., est une injustice sociale. *L'injustice* vient de la saisie d'un pluralisme extérieur et non constitutif, régulant cette diversité en regard de normes identitaires implicites. Reconnaissance et redistribution sont des éléments de la justice sociale : « les théories redistributives vont jouer sur les désavantages identitaires, relevant *a priori* des théories de la reconnaissance ; ces dernières, qui cherchent à réparer et redresser les associations entre certaines identités et la notion d'infériorité, vont aussi avoir un impact sur les statuts socio-économiques. »⁴ La référence à la rhétorique de la reconnaissance n'est pas suffisante : il s'agit d'une modification de la structure de légitimité. Et, les injustices économiques et sociales vont résulter d'exclusions sur une base identitaire.

¹ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 5, (nous traduisons).

² BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 8, (nous traduisons).

³ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 16 et suivantes.

⁴ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 17, (nous traduisons).

190. Une représentation de l'identité est liée à un certain statut social et économique ; un problème de reconnaissance est lié à une mauvaise distribution des ressources¹. L'injustice provient de la non-participation de cette identité, ainsi régulée et normalisée, à l'économie du désir de l'État. Les deux piliers d'une conception de la justice sensible à la question de la diversité seraient alors : (1) la valeur de la diversité identitaire²: « nous avons des liens forts et étroits avec nos identités propres ce qui signifie qu'une vie au cours de laquelle ces contextes nous sont reniés serait appauvrie, pas que ces affiliations ne fournissent qu'améliorations et expériences émancipatrices. »³ (2) L'accès et la participation à la société civile⁴. Ainsi, du point de vue de la théorie de la citoyenneté, une demande de reconnaissance ne doit pas être vue comme séparatiste. Au contraire, cette résistance face à l'exclusion sociale est une réelle performance de citoyenneté par la réitération critique des normes d'exclusion elles-mêmes. La régulation des frontières identitaires de la citoyenneté est liée à la performance d'un univers national racialisé et purifié par la production de ses extérieurs identitaires : « le 'nous' de cette communauté imaginée est conjuré pour les individus non perçus comme différents, et c'est à partir de ce groupe que les frontières de la citoyenneté sont reconstruites. »⁵ L'exclu est l'inhumain régulé par les frontières identitaires d'intelligibilité constitutionnelle de l'humain.

191. Le second point permet de comprendre dans quelle mesure le droit constitutionnel de *Common Law* est propice à l'expression du pluralisme. Bhamra qualifie cela de « pluralisme constitutionnel. » Le constitutionnalisme de *Common Law* ne se fondant pas directement sur des règles écrites devrait permettre d'accommoder les spécificités liées à la diversité en dépassant la rigueur de l'écrit. La Constitution britannique n'est en effet pas codifiée par un document formel – ce qui n'implique pas qu'elle ne présente pas de Constitution. Avec Dicey, cette Constitution est historique: « le caractère non codifié de la Constitution a aussi résulté en une emphase sur l'importance de l'histoire et de la politique pour comprendre la Constitution britannique. » La compréhension de la Constitution passe par une connaissance générale des contextes historiques et politiques. Cela implique d'une part que « les actes historiques nous informant sur les contextes spécifiques, sont déjà construits à partir ce qui est compris comme constitutionnel et inconstitutionnel. » Ainsi, ce qui relève du constitutionnel n'est pas donné comme tel à la connaissance, mais est une construction historique relevant de la construction

¹ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 19 (nous soulignons).

² BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 20.

³ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 26, (nous traduisons).

⁴ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 28.

⁵ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, op. cit., p. 41, (nous traduisons).

d'une psyché nationale : « cette idée représente la culture ou psyché nationale, profondément enchâssée dans les motivations qui viennent justifier ces actes. »¹ Cela implique d'autre part que cette construction est inscrite dans une compréhension normative du pouvoir politique².

192. La justice sociale participerait de la mise en évidence des réseaux de pouvoir qui régulent ces communautés identitaires. En raison de son potentiel symbolique, la discussion autour de la reconnaissance de la pluralité *doit* être envisagée au niveau *constitutionnel*³. Si la structure constitutionnelle est discursive, la diversité doit en être un élément déterminant. L'argument constitutionnel est symboliquement essentiel et suffisamment souple de sorte qu'il permet un tel dialogue. Le pluralisme devient la structure critique de ce discours⁴. Alors que la structure identitaire de l'exclusion est constitutive du constitutionnalisme, une définition plus ouverte du constitutionnel implique qu'une analyse critique, de l'argument constitutionnel relatif à la reconnaissance du pluralisme, devienne la structure constitutive critique et éthique de la science constitutionnelle. Le constitutionnalisme pluraliste implique une modification de l'expression de la souveraineté dans le domaine identitaire, « ces discours devraient être considérés comme outils de construction nationale, mécanisme (juridique) par lesquels les idées sur la nationalité et ses relations à la diversité, sont explorées et élargies. »⁵

193. Au terme de cette présentation du constitutionnalisme pluraliste, l'on peut souligner plusieurs éléments : le constitutionnalisme pluraliste *saisit* la diversité comme extérieure, sans jamais être constitutive ; le constitutionnalisme pluraliste est un discours de pouvoir, avec des normalisations identitaires ; le constitutionnalisme pluraliste fonctionne par concaténations en régulant les sujets juridiques, par l'attribution d'une communauté identitaire ; cette régulation implique des variations, dans la capacité à persévérer en tant que citoyen ; elle est liée à la production d'un univers national, racialisé, caractéristique de l'expression de la souveraineté dans le domaine identitaire ; le constitutionnalisme pluraliste se développe plus facilement en *Common Law*, en raison du caractère symbolique de l'argument constitutionnel⁶ ; ces exclusions identitaires impliquent une critique, justifiée par des considérations normatives de

¹ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, *op. cit.*, respectivement p. 178 et 179, (nous soulignons).

² BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, *op. cit.*, p. 180 : « prescriptive constitutional lawyers do not agree with the view that the British Constitution does not contain normative elements, » (nous traduisons).

³ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, *op. cit.*, p. 182 : « a constitutional dimension introduces an extra layer to any discourse on diversity, making the issue of membership of civil society in active and participatory ways part of the dialogue. »

⁴ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, *op. cit.*, p. 183 : « It becomes a background issue in the sense that an awareness that claims for the free expression of identity markers impinge upon one's place in civil society (...). It is foregrounded because, as constitutional discourses, one's position (...) in civil society becomes an issue that is explicitly on the agenda for all participants. »

⁵ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, *op. cit.*, p. 192, (nous traduisons).

⁶ Il faut nuancer cette approche, de Bhamra dans la mesure où le *Common Law* constitutionnel en droit britannique n'a pas la même portée que le constitutionnalisme au Canada, ce dernier disposant d'une Constitution en partie écrite.

justice sociale. Cette structure identitaire du constitutionnalisme orientée vers une économie libidinale de la diversité, et de ses exclusions, se retrouve nettement dans l'analyse du paysage « différentialiste canadien. » Universalisme français et différentialisme canadien sont inscrits dans une économie de la diversité, la différence tenant à ce que pour le premier, le pluralisme est forclos, alors que pour le second, le pluralisme est promu ; au-delà, les effets *identitaires* sont similaires. Cette phénoménologie de l'exclusion est *explicite* dans le cas canadien.

B- Critiques de la citoyenneté culturelle canadienne : le multiculturalisme

194. Le débat sur le multiculturalisme a été relancé au Canada par deux controverses qui avaient trait à la liberté de religion. Dans un cas, il s'agissait de la proposition de créer une cour arbitrale en Ontario appliquant la Shari'a, avec une réserve de compétence tenant au statut personnel¹. Dans l'autre, le débat a été relancé au Québec avec la problématique des accommodements raisonnables² : le Québec a fait partie des dernières provinces sécularisées et pour laquelle la religion pose problèmes sur l'espace public, et tendant à se démarquer du reste du Canada, en proposant, notamment, un modèle d'interculturalisme. Dans les deux cas, l'enjeu résidait dans la détermination des frontières et de l'étendue de la citoyenneté culturelle canadienne : la citoyenneté en situation de diversité, et les limites au multiculturalisme. Ces controverses s'inscrivent dans une critique plus générale des effets du multiculturalisme en droit canadien. Certains dénoncent la promotion du multiculturalisme qui viendrait dissoudre les spécificités de l'identité canadienne. D'autres dénoncent les hiérarchies axiologiques présidant à cette reconnaissance. En somme, la critique générale du multiculturalisme est celle de la diversité, en tant que régulateur d'une certaine sexualisation sociale des identités, ou *économie libidinale du désir national*. La structure de la diversité est bien plus complexe qu'un simple modèle de reconnaissance constitutionnelle, et cette diversité est différemment mobilisée par les acteurs juridiques ; la diversité devient même une stratégie juridique³.

¹ BADER (V.), « *Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari'a in Ontario?* », in GRILLO (R.), BALLARD (R.), FERRARI (A.), HOEKEMA (A.), MAUSSEN (M.), SHAH (P.) (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2009, pp. 49-72.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Religious challenges to the secularized identity of insecure polity : A tentative of sociology of Québec's 'reasonable accommodation' debate », in GRILLO (R.), BALLARD (R.), FERRARI (A.), HOEKEMA (A.), MAUSSEN (M.), SHAH (P.) (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2009, pp. 151-174. MACLURE (J.) et TAYLOR (C.), *Laïcité et liberté de conscience*, Boréal, Montréal, 2010.

³ FOURNIER (P.), « Calculating Claims: Jewish and Muslim Women Navigating Religion, Economics, and Law in Canada », *It'l J. of L. in Context*, 2012, vol. 8, n°1, pp. 47-72.

1- Le différentialisme pluraliste canadien : entre égalité, socialité, et normativité

195. La citoyenneté culturelle est en lien avec la construction du multiculturalisme. Le Canada, comme nombre de démocraties occidentales, expérimenterait le passage d'une épistémologie monoculturelle à une épistémologie multiculturelle, découlant des potentialités juridiques du principe d'égalité. Le multiculturalisme doit être compris au Canada, à la fois en tant qu'il représente une identité nationale, une politique constitutionnelle, et un processus qu'expérimenterait une société déjà diverse¹. Le multiculturalisme apparaît comme un ethos interprétatif, valorisant le libéralisme du « patrimoine multiculturel des canadiens » visait par l'article 27 de la Charte. Le multiculturalisme conduit à modifier les frontières de la nation canadienne, non pas à travers le refoulement de la différence, mais à travers la promotion des contours d'une certaine diversité individuelle : les frontières du sujet de droit sont aussi les frontières de la Nation. Or, la protection constitutionnelle de la diversité est toujours limitée par les frontières du pluralisme *acceptable*. On ne peut donc détacher le discours juridique de ses effets sociaux. Plusieurs éléments caractérisent ce différentialisme : l'égalité substantielle, l'identité culturelle, la socialité et une conception normative de la diversité. C'est le triptyque *normatif* du modèle pluraliste canadien. Ce triptyque est lié à une phénoménologie identitaire.

196. Comme le note le Y.-M. Morissette, la finalité de l'article 15 de la Charte canadienne, enchâssée en 1982 et venant protéger le droit à l'égalité, est une égalité des conditions : « le contentieux sur l'égalité se tourne de plus en plus vers la justice distributive et il invite le juge à comparer la situation des personnes dans leur dignité en tant qu'êtres humains. »² Cette égalité des conditions, dans une société où l'on reconnaît un lignage pluraliste de l'histoire constitutionnelle³, contribue à promouvoir, l'expression d'un enracinement du sujet dans un environnement culturellement divers et dans un certain contexte social⁴. Toutefois, dans un contexte qui, observé depuis l'Europe, semble réceptif à la « diversité, » sa promotion par le principe d'égalité est regardée comme un relativisme culturel et une démission normative⁵. Une explication tient à ce que le phénomène juridique du multiculturalisme, associant égalitarisme et droits collectifs pour certaines minorités nationales, vient « affronter » un autre

¹ SMALL (J.), « Multiculturalism, Equality, and Canadian Constitutionalism: Cohesion and Difference », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 196-211.

² MORISSETTE (Y.-M.), « Quelques points de repères sur l'égalité dans une société diversifiée », *Can. Bar Rev.*, 2000, vol. 79, n°2, pp. 81-98, p. 86.

³ MENDES (E.P.), « The Charter and its Constitutional Lineage ; An Evolving Template of Distributive Justice for Reconciling Diversity, Collective Rights of National Minorities and Individual Rights? », *N.J.C.L.*, 2007, vol. 22, pp. 61-92.

⁴ BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité : interface entre droits individuels et droits collectifs », *Can. Bar Rev.*, 2000, vol. 79, n°2, pp. 1-26.

⁵ MORISSETTE (Y.-M.), « Quelques points de repères », *op. cit.*, p. 97.

paradigme de la diversité culturelle, qui est le fédéralisme, en tant que le Canada est le premier pays à avoir accommodé la diversité culturelle à travers le principe fédératif (*infra*).

197. Le pluralisme par le discours libéral des droits viendrait progressivement remplacer la formule d'un fédéralisme pluraliste, idée à nuancer tant sur le plan du caractère réellement pluraliste du fédéralisme, que de son remplacement par la Charte. C'est dans ce contexte que l'on peut évaluer les solitudes du bijuridisme canadien, phénomène avant tout québécois¹, et la proposition québécoise de l'interculturalisme, entre républicanisme et multiculturalisme, visant à rassurer la majorité culturelle face à un pluralisme centrifuge des minorités², posant la primauté de la culture québécoise. Une seconde explication est que l'universalisme libéral des libertés garanties par la Charte, entre en opposition avec la concrétisation égalitaire de l'appartenance du sujet de droit : il s'agirait du débat entre *liberté* et *égalité*. Il faut, d'emblée, relativiser cette opposition entre égalité et liberté, tant une perspective égalitariste imprègne l'interprétation de la Charte canadienne justifiant, par exemple, que des accommodements raisonnables soient fondés sur une interprétation égalitariste de la liberté de religion³.

198. Les théories du multiculturalisme sont diverses, mais lorsque l'on évoque la situation canadienne, l'on retient généralement trois noms : W. Kymlicka, C. Taylor et B. Parekh. Ces théories correspondent à trois positionnements distincts en termes de philosophie politique ; chacune approchant, toutefois, le pluralisme à partir du trope de l'unité nationale. Avec C. Tempelman, l'on peut définir le multiculturalisme comme une doctrine politique voulant que la diversité culturelle soit reconnue comme trait permanent et à valoriser des sociétés⁴. En tant qu'il s'agit d'un positionnement éminemment normatif, le multiculturalisme définit une certaine diversité comme *devant être* valorisée et protégée ; en somme, le multiculturalisme est toujours lié à la définition des frontières de l'identité culturelle et à des d'exclusions. Ce qui nous intéresse ici est, cette dialectique dans la littérature relative au multiculturalisme, de la protection de la diversité culturelle et de l'exclusion. À ce titre, Kymlicka appartiendrait à la catégorie d'un *multiculturalisme universaliste* : le lien d'intégration faisant tenir la société, universaliste, ne dépend pas de liens naturels ou traditionnels, mais il est transcendant, il est

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Éditions Thémis, Montréal, 2005.

² BOUCHARD (G.), « Qu'est-ce que l'interculturalisme ? », *op. cit.*, pp. 405-410.

³ WOEHLING (J.), « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill L.J.*, 1998, vol. 43, pp. 325-401.

⁴ TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism And Exclusion », *Political Studies*, 1999, vol. XLVII, pp. 17-31.

donné comme sacré¹. Il faut, d'un point de vue normatif, rejoindre la communauté universelle, messianique, au prix d'un dépassement des infériorités constitutives des sujets.

199. Dans cette perspective libérale, il s'agit de protéger les principes autour desquels la collectivité est organisée, en tant qu'il s'agit d'une condition de l'autonomie individuelle. Kymlicka développe, d'abord, son modèle dans le contexte canadien, un modèle libéral-démocratique de développement des droits de la personne : l'égalité inhérente des êtres humains en tant qu'individus et peuples². Ce modèle de citoyenneté multiculturelle est un modèle issu de la théorie libérale du droit des minorités. Les droits des minorités sont pensés au-delà de la tradition des droits civils de l'individu, qui peuvent contribuer à l'expression de différences culturelles, mais limités notamment par le principe de liberté individuelle³, et se répartissent autour de trois blocs : les droits relatifs à l'autonomie gouvernementale, les droits polyethniques et les droits de représentation spéciaux. Repensant la théorie libérale, Kymlicka cherche à repenser aussi l'identité nationale, basée non plus sur un principe d'ascendance généalogique, mais sur l'intégration à une communauté culturelle⁴. Le modèle canadien résiderait, précisément, en ce qu'il serait le seul à promouvoir la protection de la diversité culturelle, tant à travers des droits de l'individu que, des droits de groupes⁵.

200. Parekh appartiendrait à la catégorie qualifiée de *multiculturalisme civique*⁶. Ce qui fait ici le cœur de l'identité collective n'est pas naturel, mais le développement historique d'un ensemble complexe de règles, de routines, et d'arrangements institutionnels : les frontières sont alors diffuses et non définies. Le caractère d'étranger se révèle par le manque de familiarité avec les règles de la collectivité, établissant, dès lors, une hiérarchie entre les membres habitués, et les étrangers inclus. Le multiculturalisme se définit comme la protection d'une certaine cohérence du groupe, d'une certaine consistance permettant au groupe de se maintenir en tant que collectivité civique. C'est un système que Parekh qualifie de valeurs publiques opérantes d'une société⁷. Partant, si une société est tenue d'accommoder certaines pratiques minoritaires, elle ne peut le faire qu'en ayant, auparavant, réfléchi sur ce qui

¹ TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 18.

² KYMLICKA (W.), « Ethnocultural Diversity in a Liberal State: Making Sense of the Canadian Model(s) », in BANTING (K.) et al. (eds.), *The Art of the State, vol. III, Belonging? Diversity, recognition, and shared citizenship in Canada*, Institut de recherche en politiques publiques, 2007, pp. 1-48.

³ KYMLICKA (W.), *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Boréal, Montréal, 2001, p. 16.

⁴ KYMLICKA (W.), *La citoyenneté multiculturelle*, *op. cit.*, p. 41.

⁵ KYMLICKA (W.), *La voie Canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Boréal, Montréal, 2003.

⁶ TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 17.

⁷ PAREKH (B.), « Minority Practices and Principles of Toleration », *It'l Migration Rev.*, 1996, vol. 30, n°1, pp. 251-284, p. 259 : « the values articulate and are underpinned by the society's shared conception of how its members should live together and conduct their relations. The values are rarely acceptable to all its members, some of whom avoid their constraints at every available opportunity. »

constitue ses valeurs constitutives¹. Ainsi, Parekh propose de distinguer le politique du culturel, et, ainsi, éviter de faire équivaloir le domaine politique avec la culture dominante².

201. Taylor appartiendrait, lui, à la catégorie qualifiée de *multiculturalisme primordialiste*. L'identité première ou primordiale est construite à partir de caractéristiques qui ne peuvent être changées, ou questionnées. Les membres du groupe doivent avoir en partage ces caractéristiques naturelles. Le groupe est, dès lors, fermé par des frontières précises et, l'étranger est une menace pour l'intégrité du groupe. Le multiculturalisme définit la survie culturelle comme l'existence continuée de communautés culturelles données ; c'est un modèle que l'on qualifie de *communautarien*. Taylor approche le multiculturalisme à travers la problématique de l'identité culturelle : accorder une véritable reconnaissance culturelle à chaque individu est fondamental afin de garantir l'égalité de chacun. Ainsi, « Taylor voit les finalités du multiculturalisme comme la reconnaissance de toutes les cultures, de sorte que les sujets ne subissent aucun préjudice quant aux identités promues par la mauvaise ou la non reconnaissance. »³ Ce qui distingue ces théories réside dans leur positionnement normatif et idéologique ; chacune proposant une conception de l'unité nationale et de ses exclusions.

202. On ne peut, cependant, prétendre que le Canada respecterait un modèle spécifique de multiculturalisme, puisque l'on retrouve des indices relevant de ces trois modèles : le Canada se trouve à l'intersection des objectifs, contradictoires et surtout contestés de ces justifications théoriques du multiculturalisme⁴. Au Canada, la problématique du multiculturalisme n'est pas seulement celle d'une politique fédérale, ou un État de droit à travers la protection de droits collectifs, elle est un humanisme civique, une pratique de la vertu⁵ : les droits multiculturels sont le reflet de l'articulation du multiculturalisme lui-même, en tant que bien social⁶. L. Tremblay évoque, ainsi, un éthos multiculturaliste⁷. Partant, si l'établissement canadien du multiculturalisme comme une politique d'État date de 1971, puis de 1988, avec la politique fédérale visant à la promotion du multiculturalisme, découlant, notamment, du renouvellement polyethnique suite à de nouveaux processus migratoires, cela ne fait que venir

¹ PAREKH (B.), « Cultural Pluralism and The Limits of Diversity », *Alternatives: Global, Local, Political*, 1995, vol. 20, n°4, pp. 431-457, p. 435.

² PAREKH (B.), « Discourses on National Identity », *Political Studies*, 1994, vol. XLII, pp. 492-504, p. 502.

³ KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism: A Critical Analysis of the Rights-Based Approach*, LL.M., U. of Toronto, 2009, p. 16, (nous traduisons). TAYLOR (C.), *Les sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Boréal, Compact, Montréal, 2003 ; *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs, Essais, Paris, 2009.

⁴ KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 9 et suivantes.

⁵ TEMELINI (S.), « Multicultural Rights, Multicultural Virtues: A History of Multiculturalism in Canada », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 43-60, p. 43.

⁶ TEMELINI (S.), « Multicultural Rights, Multicultural Virtues », *op. cit.*, p. 50.

⁷ TREMBLAY (L.B.), « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », *McGill L.J.*, 2012, vol. 57, n°3, pp. 429-471.

s'inscrire dans une histoire constitutionnelle qui serait, elle-même, tournée vers la promotion de la diversité. C'est un idéal égalitariste de justice distributive, enchâssé à l'article 27 de la Charte, dont F. Bhabha en a décrit la conception du multiculturalisme¹, suggérant l'idée que pluralisme et diversité culturelle font partie intégrante d'un héritage commun, et partagé, par l'ensemble des canadiens. Par conséquent, ses traits définitoires sont ceux de l'intégration et de l'inclusion, non de la séparation ou de l'autonomie normative : « en ce sens, le multiculturalisme canadien est pluraliste et non particulariste. »² Trois dimensions viennent caractériser ce multiculturalisme : la reconnaissance et la protection des groupes ethniques, la promotion de la dignité individuelle, le renforcement de la socialité, en tant que tout commun.

203. Chaque tentative normative de définition vise à promouvoir une conception de l'identité canadienne en établissant ce que *doit être* le multiculturalisme³. L'on pourrait retenir, cependant, deux traits définitoires de cette référence au multiculturalisme canadien : d'une part, il s'agit de la reconnaissance d'un pluralisme culturel, en ce que le principe est applicable à l'ensemble des Canadiens, cherchant à promouvoir une société hétérogène où l'assimilation à un paradigme national n'est pas obligatoire ; d'autre part, la référence au multiculturalisme implique une analyse en termes d'égalité substantielle. Le multiculturalisme canadien implique donc pluralisme culturel et égalité substantielle. C'est de cette combinaison que découle le différentialisme. Il faut, toutefois, noter que du point de vue de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, aucun droit substantiel ne découle *proprio motu* de l'article 27 de la Charte. En somme, trois préconceptions structurent le débat sur le multiculturalisme au Canada. D'abord, il semblerait que la position officielle canadienne soit structurellement orientée vers une politique de la reconnaissance. Ensuite, que cette reconnaissance soit justifiée par la valeur en soi de la diversité culturelle. Enfin, que cette reconnaissance soit animée par une forme de dialogue interculturel⁴. En outre, chacune de ces préconceptions s'inscrit dans une conception profondément *normative* du pluralisme.

2- Critiques des frontières identitaires du différentialisme canadien

204. Le modèle canadien a fait l'objet de nombreuses critiques, actualisées, récemment, par les ouvrages de Bissoondath et Gwyn : le multiculturalisme conduirait à une ghettoïsation

¹ BHABHA (F.), « Between Exclusion and Assimilation: Experimentalizing Multiculturalism », *McGill L.J.*, 2009, vol. 54, pp. 45-90.

² BHABHA (F.), « Between Exclusion and Assimilation », *op. cit.*, p. 53, (nous traduisons).

³ MENDES (E.P.), « The Charter and its Constitutional Lineage », *op. cit.*, p. 84.

⁴ KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 7.

culturelle, voire à un apartheid identitaire¹. Le multiculturalisme canadien s'inscrit, certes, dans un héritage pluraliste insistant plus sur la communalité, que sur la différence, et sur le pluralisme, plutôt que la particularité, et si ce multiculturalisme s'inscrit dans une conception profondément égalitariste de la société constitutionnelle, il est, cependant, marqué par une conception *normative* de la diversité. Cette combinaison conduit, aussi, à faire de la référence au différentialisme, un opérateur de régulation de la présentation publique des corps, à la manière de la laïcité dans le droit français. Cette idée peut être expliquée en trois temps. Tout d'abord, le multiculturalisme a fait l'objet de critiques propres à la théorie du pluralisme et à la promotion de la diversité, lié à la production idéologique d'une sécularité multiculturelle. Ensuite, le multiculturalisme, en tant qu'idéologie, est construit à partir d'un processus d'exclusion, contribuant à faire varier la citoyenneté culturelle. Enfin, le multiculturalisme est lié à la promotion d'une identité nationale, la nécessité d'en dresser les frontières identitaires.

a- Le différentialisme comme régulation de la différence

205. Le pluralisme a fait l'objet de critiques propres à la théorie du multiculturalisme. Ces critiques convergent vers l'idée que l'espace public est hautement régulé dans ses possibilités, et le pluralisme est une certaine économie de la différence. Comme l'a démontré A. Shachar, à la question normative de savoir si les États doivent être impliqués dans la préservation des identités collectives et modes de vie particuliers, deux critiques peuvent être formulées². La première est interne : elle suppose de répondre favorablement à la préoccupation normative de la reconnaissance de la diversité, en tant qu'enjeu normatif de justice distributive, mais met l'accent sur les effets potentiellement négatifs des accommodements multiculturels, à la fois sur les droits et intérêts des membres des communautés culturelles protégées, et sur les relations politiques entre les communautés³. Doivent être protégés, une citoyenneté partagée et, les droits et intérêts des personnes vulnérables à l'intérieur et à l'extérieur de ces groupes. On peut trouver ce type de critique chez J. Levy avec son concept de « multiculturalisme de la peur »⁴ : la pluralité des conceptions de la vie bonne est indéniable, mais la durabilité d'un groupe reconnu est artificielle. Les identités sont fluides et les traditions contestées et, il faut traiter avec prudence les communautés, en se prémunissant contre *certaines* comportements⁵.

¹ KYMLICKA (W.), *La voie Canadienne*, *op. cit.*, pp. 29-30.

² SHACHAR (A.), « Two Critiques of Multiculturalism », *Card. L.Rev.*, 2001-2002, vol. 23, n°1, pp. 253-297, p. 256.

³ SHACHAR (A.), « Two Critiques of Multiculturalism », *op. cit.*, p. 257.

⁴ LEVY (J.), *The Multiculturalism of Fear*, Oxford U.P., Oxford, 2000.

⁵ LEVY (J.), *The Multiculturalism of Fear*, *op. cit.*, p. 17 : « Cultural diversity should make us especially wary of politically imposing certain kinds of moral judgments on other cultural communities. It should not, however, prevent us from making or acting on such

206. La seconde critique est externe, et vise directement ce positionnement normatif d'une justice distributive, qui passerait par l'adoption d'une politique multiculturelle : cette légalisation des différences contribuerait à un durcissement des identités culturelles en identités politiques¹. On trouve de telles critiques chez B. Barry², S. Moller Okin³, ou encore S. Benhabib⁴. La critique de Moller Okin part de la contradiction apparente entre le respect du pluralisme culturel et la protection de l'égalité des femmes. B. Barry, dans un paradigme égalitariste, cherche à formuler un argument en défense de la tradition libérale classique, aveugle aux différences, dépolitisées dans la sphère privée. La promotion de la diversité est l'apologie de ce qui divise, et non de ce qui unit⁵, et la politisation de l'identité culturelle conduit à un différentialisme dans l'idéal de la citoyenneté. Le multiculturalisme remettrait en cause l'idée de politique redistributive⁶ ; il s'agit d'une forme de prosélytisme identitaire. S. Benhabib considère, dans un paradigme habermassien, que la politique des identités conduit à une guerre culturelle⁷. La perspective d'une justice interculturelle est celle qui part de la négociation permanente subséquente aux reconfigurations des cultures, entre « nous » et « eux, » considérant que l'Autre fait toujours partie de « nous. »⁸ L'égalité démocratique est celle qui crée des institutions impartiales dans la sphère publique offrant une plateforme de dialogues pour la reconnaissance des identités culturelles. Une telle plateforme permet de tenir compte de la dimension profondément lexicale et dialogale des identités. Il s'agit d'assurer l'autonomie pratique et la liberté individuelle de choix « quant aux conditions de ses récits propres d'identification. »⁹ Cette proposition est critiquable en ce qu'un contexte institutionnel n'assurerait pas forcément des conditions communicatives pures et parfaites¹⁰.

207. Les critiques faites au multiculturalisme tiennent souvent à la place de la religion. La religion bénéficierait d'une protection large en droit canadien¹¹, soulignant toutefois, que l'espace séculier ne conduit pas à une égalité de principe entre les religions : la frontière entre

judgments when a cultural community's practices are violent and crucial. And it argues for caution in treating cultural communities as public goods. »

¹ SHACHAR (A.), « Two Critiques of Multiculturalism », *op. cit.*, p. 259.

² BARRY (B.), *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Harvard U.P., Cambridge and London, 2001.

³ MOLLER OKIN (S.), « Multiculturalism and Feminism: No Simple Question, No Simple Answers », in EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.), *Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005, pp. 67-89.

⁴ BENHABIB (S.), *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton U.P., Princeton, 2002.

⁵ BARRY (B.), *Culture and Equality*, *op. cit.*, p. 3.

⁶ BARRY (B.), *Culture and Equality*, *op. cit.*, p. 8.

⁷ BENHABIB (S.), *The Claims of Culture*, *op. cit.*, p. 1.

⁸ BENHABIB (S.), *The Claims of Culture*, *op. cit.*, p. 8.

⁹ BENHABIB (S.), *The Claims of Culture*, *op. cit.*, p. 16, (nous traduisons).

¹⁰ YOUNG (I.M.), « Polity and Group Difference », *op. cit.*, 1990.

¹¹ MOON (R.), « Introduction: Law and Religious Pluralism in Canada », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 1-20, p. 1.

sphères publique et privée n'est pas aisée à délimiter. La reconnaissance d'accommodements procède de cette dimension égalitaire et de la prise de conscience de l'importance morale de ces croyances pour les individus. La citoyenneté religieuse découle de l'idée que chaque personne doit pouvoir participer à la sphère publique sans pour autant abandonner les éléments essentiels de ses croyances¹. Toutefois, la régulation de la religion, à travers une approche en termes de droits, démontre que les cours canadiennes ont adopté une approche individualiste de la religion, souvent au cœur de conflits de droits². L'identité religieuse est un enjeu de participation à l'espace public régulant ses frontières identitaires³, et classifiant.

208. On peut souligner trois types de critiques. D'abord, on trouve la critique libérale des accommodements religieux en ce que la garantie du pluralisme équivaldrait à une forme de classification des individus, et un coût supporté par la collectivité. Cette critique s'inscrit dans la tradition libérale, rappelée par J. Waldron, d'un statut unique, au sein de la communauté, fondé sur une même posture morale, impliquant que chacun doit être placé sur un pied d'égalité au sein de la société, en dehors de ses possibles attaches identitaires⁴. Cet acquis de la théorie du libéralisme conduit à un travestissement, dans la mesure où les sujets de droits ne sont qu'imparfaitement égaux, devant le droit. Selon Waldron, l'on ne peut soutenir un tel accommodement car ces politiques conduisent non pas à une égalisation des conditions, mais à une distinction de nature catégorielle des individus⁵. La difficulté de traitement différentiel des croyances conduit à rejeter ce type d'accommodement, éloigné du libéralisme classique.

209. Une critique égalitarienne se trouve dans la définition classique de l'accommodement chez Shiffrin⁶ : une redistribution équitable requiert que l'individu internalise, ou supporte, une partie de ses coûts, liés à des choix volontaires. Dans cette perspective de libéralisme compréhensif, issu de la tradition de J. Raz, la tradition libérale implique que dans certains cas le système constitutionnel supporte les coûts, non seulement de ce qui résulte d'une condition culturelle de naissance, mais parfois de ce qui relève du choix volontaire de l'individu. L'accommodement se définit comme des « pratiques par lesquelles l'on absorbe certains des

¹ RYDER (B.), « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 87-109, p. 87.

² KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 46.

³ KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 133.

⁴ WALDRON (J.), « Status v. Equality: The Accommodation of Difference », in SHABANI (O.-A.) (ed.), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, U. of Wales P., Cardiff, 2007, pp. 129-155, p. 130.

⁵ WALDRON (J.), « Status v. Equality », *op. cit.*, pp. 140-141.

⁶ SHIFFRIN (S.V.), « Egalitarianism, Choice-Sensitivity, and Accommodation », in WALLACE (R.J.), PETTIT (P.), SCHEFFLER (S.), SMITH (M.) (eds.), *Reason and Value. Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Clarendon P., Oxford, 2004, pp. 270-302, p. 270.

coûts relatifs aux choix libres, importants et moraux des autres. »¹ Shiffrin poursuit, « même si les comportements sont volontaires et l'absorption des coûts non nécessaire afin d'éviter les effets de la chance. »² La société pratique un niveau raisonnable d'accommodement qui équivaut à une forme d'économisation de la gestion de la différence. La religion ne semble pas faire partie des pratiques que la société accomode³, l'accommodement accordé doit permettre de valoriser la liberté individuelle, ce qui ne serait pas être le cas de la religion : « nous pouvons comprendre ces coûts, comme dépendants de la manière avec laquelle ils sont structurés, non car favorisant un ensemble d'activités, mais comme une institution qui protège un type spécifique de libertés. »⁴ L'accommodement dépend du coût final pour la société, en fonction d'une structure idéologique de base. Partant, la diversité est une *économie libidinale*.

210. En réaction à ce positionnement libéral, on peut trouver des critiques du pluralisme religieux qui serait une régulation des sujets juridiques et une forme de normalisation libérale des activités religieuses⁵. Le multiculturalisme ne serait pas en mesure de saisir la spécificité des *nomos* religieux⁶, et en particulier des *nomos* jugés illibéraux⁷ : le multiculturalisme impose souverainement une conception particulière de la vie bonne en tant que condition pour participer à l'espace public pluraliste. Par conséquent, cette promotion libérale spécifique de la diversité religieuse, conduit à une forme régulée de citoyenneté religieuse⁸. Enfin, un dernier type de critique⁹ provient de ce que l'on qualifie de *vulnérabilité multiculturelle*, et s'intéresse à la situation des personnes vulnérables, au sein des groupes religieux, protégés au titre du pluralisme¹⁰. Les travaux de A. Shachar ont démontré dans quelle mesure les limites aux accommodements religieux représenteraient les frontières à l'expression publique de la diversité¹¹ : le modèle canadien d'accommodement est un modèle inclusif au sein duquel les capacités à réaliser cette appartenance culturelle sont précisément délimitées¹². Ces critiques ont en commun de souligner que le paradigme libéral, des droits constitutionnels, conduit à

¹ SHIFFRIN (S.V.), « Egalitarianism, Choice-Sensitivity, and Accommodation », *op. cit.*, p. 274, (nous traduisons).

² SHIFFRIN (S.V.), « Egalitarianism, Choice-Sensitivity, and Accommodation », *op. cit.*, p. 275, (nous traduisons).

³ SHIFFRIN (S.V.), « Egalitarianism, Choice-Sensitivity, and Accommodation », *op. cit.*, p. 281.

⁴ SHIFFRIN (S.V.), « Egalitarianism, Choice-Sensitivity, and Accommodation », *op. cit.*, p. 293, (nous traduisons).

⁵ BRUDNER (A.), « The Liberal Duty to Recognize Cultures », *Rev. Of Const. Stud.*, 2003, vol. 8, n°2, pp. 129-168.

⁶ FISHER (T.), « Nomos Without Narrative », *Th'l Inq. In L.*, 2008, vol. 9, n°2, pp. 473-502.

⁷ SPINNER-HALEV (J.), « Liberalism and Religion: Against Congruence », *Th'l Inq. In L.*, 2008, vol. 9, pp. 553-572.

⁸ SPINNER-HALEV (J.), *Surviving Diversity. Religion and Democratic Citizenship*, The Johns Hopkins U.P., Baltimore, 2000.

⁹ IDING (L.A.), *Freedom of Religion vs. Substantive Equality: Value-Based Resolution of Conflicts in the Context of the Ontario Sharia Law Debate*, LL.M., U. of Toronto, 2008. NIEMI (H.A.), *Between cultural rights of minorities and Human Rights of Women: State obligation in the context of delegated jurisdiction*, LL.M., U. of Toronto, 2003.

¹⁰ MAHAJAN (G.), « Can Intra-Group Equality Coexist with Cultural Diversity? Re-examining Multicultural Frameworks of Accommodation », in EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.), *Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005, pp. 90-112.

¹¹ SHACHAR (A.), « State, Religion, and the Family: The New Dilemmas of Multicultural Accommodation », in AHDAR (R.) and ARONEY (N.) (eds.), *Shari'a in the West*, Oxford U.P., Oxford, 2009, pp. 115-133.

¹² HIRSCHL (R.) and SHACHAR (A.), « The New Walls of Separation: Permitting Diversity, Restricting Competition », *Card. L.Rev.*, 2009, vol. 30, n°6, pp. 2535-2560, p. 2554.

envisager la promotion de la diversité culturelle comme profondément inscrite dans une forme d'économie libidinale de la diversité – différentialisme – qui tout en régulant les frontières de l'identité culturelle, vient modifier le rapport des sujets juridiques identifiés à la sécularité. Ces propositions ont en commun, aussi, de proposer de faire évoluer l'analyse critique, en termes de droits garantis, à une critique de l'utilisation de la différence, dans le rapport au pluralisme. En conclusion, ces critiques nous somment de nous interroger sur la différence qui est produite par la promotion juridique du pluralisme et qui structure l'espace public. L'enjeu est moins de s'intéresser aux instruments juridiques de promotion, qu'aux effets identitaires de la différence produite par le pluralisme ; en somme, l'on s'intéresse bien à *l'exclusion*.

b- Le différentialisme comme citoyenneté exclusive

211. Aussi, le multiculturalisme serait lié à une théorie de l'exclusion, et C. Tempelman l'explique : chaque promotion normative de la diversité est liée à un processus d'altérisation ou, de production de frontières. Si le droit canadien fait référence à différentes formes de multiculturalisme, il est construit sur un processus diffus d'exclusions. Le multiculturalisme est moins intéressant en tant que théorie de l'inclusion, que dans sa formulation des processus d'exclusions. Dans le cas du *multiculturalisme universaliste*, le processus d'exclusion est lié au principe libéral d'autonomie individuelle. Le degré d'altérité dépend de la volonté des groupes de participer de la transcendance nationale et de ses principes : « l'homogénéisation de la culture nationale est non seulement un but inévitable mais aussi légitime de l'État. »¹ Cette forme de pluralisme vise à l'unification de l'identité nationale. Aussi, « à travers cette construction, 'l'Autre' n'est pas moralement reconnu comme un partenaire égal. »² L'égalité substantielle (juridique) ne coïnciderait pas avec l'égalité morale (philosophique) : c'est de ce décalage en termes de valeur que naît l'exclusion. Partant, « 'l'ennemi immoral' mérite d'être combattu et, *in fine*, d'être ramené à la raison, même à travers l'usage de la violence. »³ L'« Autre » en tant qu'« Autre » est hostile aux principes de l'universalisme identitaire.

212. Alors que la cohérence de la communauté s'obtient à travers un débat continu entre les membres de la collectivité et ceux de la communauté nationale chez Parekh, impliquant un mouvement de modelage permanent des frontières du groupe, sa tolérance est toujours à

¹ TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 28, (nous traduisons).

² TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 29, (nous traduisons).

³ TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 29, (nous traduisons).

renégocier, précisément lorsque le groupe requiert une autonomie et une souveraineté normatives sur un ensemble de domaines. La difficulté de cette forme de multiculturalisme réside dans le caractère changeant des frontières entre « eux » et « nous. » La politique de reconnaissance, de Taylor, est liée à la production de frontières entre le groupe et la société nationale : ce modèle est exclusif, construit à partir des *pratiques* spécifiques de ces groupes. Ainsi, « il justifie tacitement les exclusions qui accompagnent ces pratiques : d'un côté, la suppression de la liberté des individus pour contrôler leurs propres identités individuelles et collectives, par diverses techniques et de l'autre, le marquage *d'outsiders* comme évidemment 'différents'. »¹ D'une part, la théorie du multiculturalisme est liée à un processus constitutif d'altérisation en fonction des caractéristiques (normatives) de la diversité. D'autre part, ce processus est lié à une différenciation dans la capacité à réaliser cette citoyenneté culturelle – des variations dans la citoyenneté multiculturelle. Ce processus est d'autant facilité avec le développement d'une approche individualiste de l'identité et le discours juridique des droits.

213. Si le pluralisme est lié à une économie de la différence et si le multiculturalisme est lié à une structure de l'exclusion, alors ce dernier est lié à une citoyenneté. Cette différenciation découle, à la fois de la catégorie identitaire, et de la relation de cette identité à l'espace public, relation déterminée par des normes axiologiques. Partant, la généalogie de la citoyenneté est une reconstruction des « Autres » du citoyen² : « citoyenneté et altérité ne sont pas distinctes, mais deux aspects de la condition ontologique qui rend le politique possible. »³ La production de la citoyenneté multiculturelle est la reproduction de l'identité du groupe dominant, *i.e.* ce qui est considéré comme moralement valorisé⁴. Si la citoyenneté multiculturelle est une production unifiée, son « Autre » est construit à partir de différentes figures d'étrangers. Cette logique les constitue comme ennemis transitifs, *i.e.* en constante redéfinition, en fonction de l'évolution des normes identitaires, par différents dispositifs juridiques. Le multiculturalisme s'entend non seulement comme régulant les frontières de la diversité, mais comme produisant des instruments juridiques visant à exclure certaines catégories de citoyens. Les dispositifs juridiques pluralistes sont des dispositifs d'exclusion, basés sur la régulation des frontières identitaires de la citoyenneté⁵. Ces frontières sont contrôlées par les dispositifs juridiques mêmes visant à la promotion de la diversité. Ainsi, « être citoyen implique de se débarrasser

¹ TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 23, (nous traduisons).

² ISIN (E.F.), *Being Political. Genealogies of Citizenship*, U. of Minnesota P., Minneapolis and London, 2002.

³ ISIN (E.F.), *Being Political*, *op. cit.*, p. X, (nous traduisons).

⁴ ISIN (E.F.), *Being Political*, *op. cit.*, p. 29.

⁵ VOLPP (L.), « The Culture of Citizenship », *Th'l Inq. L.*, 2007, vol. 8, n°2, pp. 570-601, p. 585.

de certains formes d'excès culturels. »¹ La différence culturelle, hors la culture dominante, est une différence excessive, de même que le corps de l'étranger est un corps *excessif*. En ce sens, la généalogie des processus d'énonciation du pluralisme souligne les normes identitaires de la communauté, qui tolère ou non l'excès. La citoyenneté multiculturelle se définit comme la création des frontières de la nation pluraliste, distinguant son dedans, de son dehors : les corps excessifs venant réaliser « le difficile contrôle des frontières nationales. »² La régulation identitaire de ces frontières est la production d'une identité nationale et de ses « Autres. »³

c- Le différentialisme comme identité nationale exclusive

214. Si le multiculturalisme est une identité nationale alors, la narration multiculturelle est aussi la narration des exclusions constitutives de l'identité canadienne. L'intégration suppose de pouvoir participer à l'ordre des symboles : « les gens qui font partie de la société en assument les hypothèses et les significations culturelles, participent à l'identité collective et réagissent à des symboles communs. »⁴ Le multiculturalisme est un contexte constitutionnel de définition des identités individuelles et interindividuelles ; il définit le *rôle* de chacun dans la société. L'énonciation égalitariste de la différence régule les sujets selon l'appartenance à telle ou telle catégorie identitaire, ce qui est une forme d'ontologisation identitaire, en même temps qu'une distribution des rôles sociaux. Or, « cet ordre [symbolique] est important pour les particuliers et les groupes qui aspirent à s'identifier et à être reconnus par les institutions publiques. »⁵ L'appartenance à l'ordre des symboles est multi niveaux, à la fois à la société canadienne en tant que tout, et membres de communautés culturelles particulières⁶. Et, dans ce schéma, s'intègre l'objectif de Cartier⁷ d'une nationalité politique et une multiplicité d'identités⁸. L'identité canadienne présupposerait un fédéralisme pluraliste et la diversité culturelle en est venue à signifier une quiddité canadienne⁹. L'identité constitutionnelle se constituerait à partir d'une pluralité d'accommodements des cultures, réduites au paradigme

¹ VOLPP (L.), « The Culture of Citizenship », *op. cit.*, p. 575, (nous traduisons).

² DAUVERGNE (C.), « Citizenship as a Vengeance », *Th'l Inq. In L.*, 2007, vol. 8, n°2, pp. 489-508, p. 495, (nous traduisons).

³ MACKLING (A.), « Who is the Citizen's Other? Considering the Heft of Citizenship », *Th'l Inq. In L.*, 2007, vol. 8, n°2, pp. 333-366.

⁴ BRETON (R.), « Le multiculturalisme et le développement national au Canada », *op. cit.*, p. 31.

⁵ BRETON (R.), « Le multiculturalisme et le développement national au Canada », *op. cit.*, p. 68.

⁶ WEBBER (J.), *Reimagining Canada. Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, McGill – Queen's U.P., Montréal, 1991, p. 24.

⁷ George-Étienne Cartier (1814-1873) est un homme politique canadien et l'un des pères fondateurs de la fédération canadienne.

⁸ LA SELVA (S.V.), *The Moral Foundations of Canadian Federalism. Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, McGill – Queen's U.P., Montréal, 1996, p. XII.

⁹ WEBBER (J.), *Reimagining Canada*, *op. cit.*, p. 31.

des droits fondamentaux¹ : la Constitution en constituerait le squelette. À travers ce langage des droits, pointerait, alors, le risque d'une dissolution individualiste de l'identité nationale.

215. Une politique d'identité nationale contient toujours potentiellement la possibilité permanente de dégénérer en exclusions et violence symbolique² : reconstruire le langage de l'unité nationale dans le contexte des droits. I. Angus est, particulièrement, représentatif d'un courant visant à la reconstruction d'une identité nationale, face aux mouvements centrifuges, représentés par les politiques identitaires de protection de la différence culturelle, au Canada. La protection multiculturelle a conduit à une identité nationale relâchée, et « un tel respect pour les autres conduit à une abjection de soi. »³ Si le respect de la différence conduit à une abjection de soi, « l'Autre, » dans ses excès, permet de délimiter les frontières de l'identité nationale. L'identité nationale « doit être maintenue afin de souligner le lien d'origine qui attribue l'appartenance politique. »⁴ Non seulement l'identité n'est structurée qu'à partir d'une différence autorisée, aussi est-ce à partir d'elle que s'énonce la différence. Elle donne une *direction* aux sujets sur l'espace public. La politique multiculturelle maintient les frontières identitaires du système constitutionnel et régule les comportements⁵. Aussi, reconnaître l'« Autre » est un objectif idéal du multiculturalisme, tant que cette différence est maintenue dans des frontières, « qui permettent au soi d'être préservé tout en fournissant une idée de l'autre en tant qu'Autre, au-delà de nos propres étreintes. »⁶ Paradoxalement, le multiculturalisme « nous » protège contre les excès des « Autres » ; il est, partant, *orienté*.

216. Si le différentialisme canadien est promu en tant qu'idéal de pluralisme, il fonctionne à travers la promotion d'une certaine socialité et normativité de la différence. En conséquence, les critiques de la citoyenneté culturelle canadienne viennent souligner dans quelle mesure la citoyenneté multiculturelle est structurellement construite à partir de hiérarchies identitaires passagères. La diversité, en tant qu'objet autorisé du désir, vient réguler l'appartenance des sujets en leur attribuant une identité. La diversité est une économie libidinale de la différence démontrant la reconstruction sans cesse évolutive des dehors constitutifs de la citoyenneté. Cette économie *culturelle* est associée à une économie *sexuelle*. La citoyenneté culturelle produit et régule les sujets juridiques à travers l'attribution d'une communauté identitaire ; la

¹ WEBBER (J.), *Reimagining Canada*, op. cit., pp. 27-28.

² ANGUS (I.), *A Border Within. National Identity, Cultural Plurality, and Wilderness*, McGill-Queen's U.P., Montréal, 1997, p. 4.

³ ANGUS (I.), *A Border Within*, op. cit., p. 8.

⁴ ANGUS (I.), *A Border Within*, op. cit., p. 9, (nous traduisons).

⁵ ANGUS (I.), *A Border Within*, op. cit., p. 140.

⁶ ANGUS (I.), *A Border Within*, op. cit., p. 208, (nous traduisons).

citoyenneté sexuelle fait varier la capacité à être, de ce citoyen identifié culturellement, à travers certaines catégories identitaires. L'égalité *substantielle* devient une égalité « morale. »

C- Critiques de la citoyenneté sexuelle canadienne : identification et exclusion

217. Si le contexte constitutionnel canadien apparaît historiquement enclin à poser la question de la reconnaissance constitutionnelle de la diversité, en raison de la politique législative du multiculturalisme¹, du fédéralisme et de l'enchâssement de la Charte canadienne en adoptant un paradigme égalitariste², ces débats produisent des exclusions. Cette anxiété du pluralisme reposerait sur une peur du relativisme et une dislocation de l'identité nationale³. Gardant à l'esprit, cette idée que la promotion canadienne du multiculturalisme produit elle-même des exclusions, il est pertinent d'évoquer la *question multiculturelle* dans les termes de S. Hall : « l'émergence de **la question multiculturelle** a produit une '**racialisation**' différenciée de domaines centraux de la vie et de la culture. »⁴ La racialisation de l'appartenance culturelle s'entend comme une forme de raisonnement biologique, venant sexualiser cette appartenance raciale, plus ou moins désirée par l'État. Aussi, la citoyenneté culturelle serait une citoyenneté sexuelle liée au jeu de l'égalité morale. L'économie libidinale de la diversité fonctionnerait à partir d'un processus d'égalité – exclusions **(1)**, produisant une citoyenneté sexuelle **(2)**.

1- Le jeu exclusif de l'égalité morale : identifications et exclusions

218. Cette économie de la différence, dans le pluralisme canadien, fonctionnerait à travers les régulations identitaires du principe d'égalité, et à travers la projection affective des traits autorisés du désir national. Le principe d'égalité est identificatoire et classificatoire. C'est un opérateur moral d'exclusion, faisant varier la *capacité* à être un citoyen, plus ou moins désiré.

¹ MAGNET (J.E.), « Multiculturalism and Collective Rights : Approach to Section 27 », in BEAUDOIN (G.-A.) and MENDES (E.) (eds.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, LexisNexis, Butterworths, Toronto, 2005, pp. 1261-1316, p. 1261.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *La critique identitaire, la liberté d'expression, ou, la pensée juridique à l'ère de l'angoisse: un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique*, LL.D., Université d'Ottawa, 1997, p. 172.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *La critique identitaire, op. cit.*, 1997, p. 204.

⁴ HALL (S.), « La question multiculturelle », in HALL (S.), *Identités et Cultures. Politiques des Cultural Studies*, Éditions Amsterdam, Paris, 2008, pp. 373-411, respectivement p. 389 et p. 392, (nous soulignons).

a- Égalité et Identification(s) : la dialectique de l'exclusion et de la discrimination

219. La doctrine juridique a mis en évidence la stratégie d'évasion de la différence et de normalisation identitaire, découlant de l'utilisation stratégique du principe d'égalité¹. Le droit canadien à l'égalité basé sur des catégories identitaires contribue à délimiter l'identité sociale des sujets de droit à travers la projection d'affects de différence². Dans la lignée de la définition du principe d'égalité par la Cour suprême (*infra*), les fondements de discrimination sont transformés en catégories essentialisées devant être adoptées par les demandeurs afin de qualifier une violation du droit à l'égalité, enchâssé à l'art. 15 de la Charte. De sorte que cette stratégie contribuerait à rendre invisibles les normes identitaires de l'espace public³. La déviation par rapport aux normes, est inscrite dans le remède juridique visant à la reconnaissance d'une discrimination. Doit, en effet, être démontrée, l'immutabilité de la caractéristique identitaire. En effet, « répéter, dans l'approche du caractère insurmontable des caractéristiques personnelles, devient une déviation (malheureuse) des normes étatiques. »⁴

220. Avec ces catégories, les groupes sont inscrits au cœur de ce paysage normatif à travers les caractéristiques les constituant notamment lorsque, dans l'analyse d'une violation du principe d'égalité, la Cour suprême cherche un groupe comparatif⁵. Le principe d'égalité fonctionne par une catégorisation du normal, en dépit du développement de la discrimination intersectionnelle, complexifiant la contextualisation de la situation juridique du demandeur⁶. Certains, comme D. Cooper, proposent de repenser et de complexifier l'analyse juridique de l'égalité, qui demeure un puissant levier au soutien des personnes socialement opprimées : l'égalité des ressources, l'égale satisfaction, l'égale reconnaissance, ou l'égalité dans l'accès au pouvoir⁷. D'autres, comme D. Greshner, proposent de s'intéresser à la finalité du droit à l'égalité véritable droit potentiel à l'appartenance identitaire, en insistant sur l'agentivité du sujet juridique⁸. D'autres enfin, comme D. Réaume, proposent d'approfondir les promesses de

¹ ABRAMS (K.), « Afterword: Critical Strategy and the Judicial Evasion of Difference », *Cornell L.Rev.*, 1999-2000, vol. 85, pp. 1426-1445.

² IYER (N.), « Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity », *Queen's L.J.*, 1993, vol. 12, pp. 179-207.

³ STYCHIN (C.), « Essential Rights and Contested Identities: Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada », *Can. J. of L. & Soc.*, 1995, vol. 8, n°1, pp. 49-66, p. 54.

⁴ STYCHIN (C.), « Essential Rights and Contested Identities », *op. cit.*, p. 56.

⁵ GILBERT (D.) and MAJURY (D.), « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 », *Windsor Y.B. Access Just.*, 2006, vol. 24, n°1, pp. 111-142.

⁶ BILGE (S.) et ROY (O.), « La discrimination intersectionnelle : La naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Can. J. of L. & Soc.*, 2010, vol. 25, n°1, pp. 51-74.

⁷ COOPER (D.), « 'And You cant' find it nowhere': Relocating Identity and Structure within Equality Jurisprudence », *J. of L. & Soc.*, 2000, vol. 27, n°2, pp. 249-272, pp. 252-257.

⁸ GRESHNER (D.), « The Right to Belong: The Promise of Vriend », *N.J.C.L.*, 1997-1998, vol. 9, pp. 417- 440 ; « The Purpose of Canadian Equality Rights », *Rev. of Const. Stud.*, 2001-2002, vol. 6, n°2, pp. 291-323.

la dignité humaine qui informe l'égalité substantielle canadienne¹. Le projet d'égalité substantielle recherché par les politiques identitaires contribue à figer les personnes dans une positionnalité identitaire², l'égalité produisant alors la subjectivité identitaire du sujet³.

221. Le processus d'identification déclenché par le principe d'égalité est dual, distinguant la *discrimination*, de *l'exclusion* : l'on peut être exclu sans pour autant faire l'objet d'une discrimination. Ces deux processus sont profondément associés, mais doivent être distingués. Alors que la discrimination s'intéresse à la personne faisant l'objet d'un traitement différencié sur la base de son appartenance réelle ou supposée à une communauté identitaire, l'exclusion est le processus de *saturation* de l'« Autre étranger, » en tant que « dehors constitutif » de l'égalité : la première s'intéresse au processus d'intégration, la seconde au processus de rejet. En somme, le processus de discrimination procède à des formes d'exclusion, et le processus d'exclusion rend possible le processus de discrimination. La *discrimination* procède d'une *distinction* identitaire et d'une *régulation* ; *l'exclusion* procède d'une *saturation* identitaire et d'une *altérisation*. Partant, les droits de la personne et le principe d'égalité sont construits à partir d'une *phénoménologie* de l'Autre saturé⁴ : l'Autre marginalisé est le dehors constitutif identitaire des droits fondamentaux. C'est une forme de violence liminale, évacuant l'altérité identitaire, dans les conditions de possibilité de l'expérience discriminatoire. L'exclusion tait les influences identitaires qui rendent possible le discours des droits⁵. L'exclusion apparaît être un opérateur d'orientation, identitaire, dans la qualification juridique de la discrimination.

222. En effet, le problème de la discrimination est un problème moral : pourquoi tel processus discriminatoire est-il mauvais en soi, et pourquoi avons-nous conscience de cette projection morale ?⁶ Du point de vue de la philosophie morale, chaque personne se trouve sur un même pied d'égalité. Or, ce n'est que pour certains traits que l'activité discriminatoire est considérée comme *signifiante* : « savoir si une distinction particulière est dégradante est déterminé par la signification d'une telle distinction dans ce contexte, dans notre culture, à un moment. »⁷ Une discrimination « non acceptable » fonde l'interdiction morale sur ce qui apparaît « mauvais » (moral), plutôt que sur le préjudice discriminatoire même. Ce qui fait l'objet de controverses

¹ RÉAUME (D.G.), « Indignities: Making a Place for Dignity in Modern Legal Thought », *Queen's L.J.*, 2002, vol. 28, pp. 61-94 ; « Discrimination and Dignity », *Louisiana L. Rev.*, 2003, vol. 63, pp. 1-51.

² HUTCHINSON (A.C.), « Identity Crisis: The Politics of Interpretation », *New Eng. L.Rev.*, 1992, vol. 26, pp. 1173-1219, p. 1213.

³ KROPP (D.), « 'Categorical' Failure: Canada's Equality Jurisprudence – Changing Notions of Identity and the Legal Subject », *Queen's L.J.*, 1997, vol. 23, n°1, pp. 201-230.

⁴ SIMMONS (H.P.), *Human Rights Law and the Marginalized Other*, Cambridge U.P., Cambridge, 2011, p. 2.

⁵ SIMMONS (H.P.), *Human Rights Law and the Marginalized Other*, *op. cit.*, pp. 9-10.

⁶ HELLMAN (D.), *When is Discrimination Wrong?*, Harvard U.P., Cambridge and London, 2008, p. 2.

⁷ HELLMAN (D.), *When is Discrimination Wrong?*, *op. cit.*, p. 7, (nous traduisons).

réside dans l'apparition de traits identitaires devenant signifiants, moins que l'opération elle-même de détermination d'une discrimination. Cette opération est individualiste, puisque c'est l'action sur un individu singulier qui est prise en compte sur la base de son appartenance à un groupe *identifiable*. Cette modalité de raisonnement conduit à classer les individus sur la base d'un trait particulier, considéré comme historiquement assumé par un groupe¹. La détermination de la discrimination prend en compte l'intention de l'auteur, la perception, et le contexte social au sein duquel l'action est signifiante. En effet, « savoir si un type d'action produit un profond irrespect dépend précisément des contextes et conventions. »² L'opération de détermination d'une discrimination est inscrite dans un ordre moral orientant la compréhension d'une expérience discriminatoire. Le processus de reconnaissance d'une discrimination est inscrit dans une phénoménologie de l'humanité orientant la compréhension d'un comportement discriminatoire. Si le multiculturalisme oriente la présentation publique et la citoyenneté culturelle, l'exclusion en tant que phénoménologie des normes morales de l'humain, oriente la citoyenneté sexuelle. Le phénomène d'identification est fondé sur une distribution différentielle des normes d'humanité et de vulnérabilité, toujours déjà *orientées*.

223. C'est dans ce contexte *exclusif*, qu'il faut comprendre le fonctionnement classificatoire du principe d'égalité. Le principe d'égalité fonctionne dans le contexte performatif de ce que la philosophe J. Butler a qualifié de *Récit de Soi*³. On demande au demandeur de rendre compte de lui à travers des catégories discursives, qui lui sont indisponibles et dans un récit unique et cohérent. Les catégories de significations du langage juridique sont marquées par un contexte d'exclusion identitaire, puisque c'est ce « dehors constitutif » qui leur permet d'être *signifiantes* en tant que catégories conventionnelles du langage. En acceptant ce récit, je suis alors reconnu comme sujet toujours en dehors de moi – « ek-statique » – opération par laquelle une histoire sociale indisponible est substituée à l'expérience juridique de l'individu.

224. Ainsi, K. Bumiller a démontré dans quelle mesure le paradigme des droits participait d'un processus de préconstruction de la victime. Le sujet, dont on reconnaît la discrimination, est inséré dans une histoire identitaire, et réintégré dans les normes visibles de l'humanité. Le sujet reconnu discriminé répond alors aux normes axiologiques, présidant à la structuration de la sphère publique : « l'image de la victime qui va émerger est le produit des compréhensions

¹ HELLMAN (D.), *When is Discrimination Wrong?*, *op. cit.*, p. 25.

² HELLMAN (D.), *When is Discrimination Wrong?*, *op. cit.*, p. 38, (nous traduisons).

³ BUTLER (J.), *Le Récit de Soi*, P.U.F., coll. Pratiques Théoriques, Paris, 2005.

contemporaines de l'oppression raciale et sexuelle. »¹ Derrière un trait discriminatoire, s'établit une histoire axiologique. Loin de mettre fin à un parcours discriminatoire, le principe d'égalité reproduit ces classifications et exclusions, en réaffirmant le parcours social d'attribution d'une identité : c'est un opérateur de subjectivisation identitaire du sujet². La reconnaissance d'une discrimination a l'effet paradoxal de renforcer la structure axiologique donnant son sens au contexte discursif d'énonciation. Les victimes sont traitées comme appartenant à une classe identitaire, à travers la fiction/abstraction de la personnalité : les victimes sont sacrifiées à leur propre condition identitaire. La classification opère à travers l'outil de la personnalité qui, représentation symbolique, oriente le regard du droit. Pour être protégées, les victimes assument cette personnalité et cette identité sociale saturée d'altérité.

225. Il s'agit, dès lors, de comprendre la projection d'altérité à travers la mobilisation des identités, dans le contentieux de la discrimination³. M. Minow éclaire cette économie de la différence, et le processus par lequel le corps identifié est saturé d'altérité : la notion juridique d'identité est l'imposition du pouvoir étatique reflétant l'anxiété croissante de la société quant à sa possible fragilité identitaire⁴. Le débat sur la reconnaissance de la diversité ne peut-il être réduit à une opposition entre assimilation et accommodement : les deux processus sont inter reliés via le principe d'égalité. Aussi, « la manière qu'ont les juristes de parler de l'identité aide à constituer leur identité et celles des autres. »⁵ Le discours juridique utilise, partant, le langage du droit afin d'exclure, notamment lorsqu'un trait identitaire sert de justification à l'exclusion de ce qui est considéré comme différent. La différence devient signifiante et tenue comme structurant le raisonnement du juriste. Elle est tenue pour soi et inscrite dans l'ordre de la naturalité de la perception, à partir de laquelle le système juridique se *situe*. Il y a une phénoménologie de la différence dans l'orientation d'un système juridique vers la protection du principe d'égalité ; c'est cette phénoménologie qui permet de nous « orienter » ou d'être orienté sur l'espace public, sachant que ce qu'un corps peut faire est toujours territorialisé⁶.

226. La phénoménologie de la différence oriente structurellement un système juridique. Aussi, « différencier les individus isole ceux qui ont le pouvoir de nommer, et nommer les

¹ BUMILLER (K.), *The Civil Rights Society. The Social Construction of Victims*, The Johns Hopkins U.P., Baltimore, 1988, p. 2, (nous traduisons).

² BUMILLER (K.), *The Civil Rights Society*, *op. cit.*, p. 33.

³ MINOW (M.), « Identities », *Yale J. of L. & Hum.*, 1991, vol. 3, n°1, pp. 97-130.

⁴ MINOW (M.), « Identities », *op. cit.*, p. 111.

⁵ MINOW (M.), « Identities », *op. cit.*, p.130, (nous traduisons).

⁶ MINOW (M.), *Making all the Difference*, *op. cit.*, p. 7.

différences peut nier l'humanité de ceux vus comme différents. »¹ C'est une relation d'altérité constitutive qui distribue l'humanité du sujet qualifiée de « dilemme de la différence » : le stigmatisme de la différence peut être recréé, autant en étant ignoré que souligné. De sorte qu'un système constitutionnel, orienté vers la promotion du pluralisme et de l'égalité fonctionne, forcément, à travers un mélange d'universalisme et de différentialisme, qui, dans les deux cas, accentue cette saturation du corps différent. Dès lors, la différence est intrinsèque, facilitant la compréhension catégorielle du monde social, la norme morale n'a pas besoin d'être soulignée, l'observateur est impartial, et la voix de celui qui est exclu n'est pas *pertinente*. Un système constitutionnel orienté vers la promotion du pluralisme doit-il toujours veiller à réarticuler cette phénoménologie de la différence. Ainsi, « une voie alternative afin de sortir du dilemme de la différence est de prendre au sérieux la perspective de ceux qui n'ont pas été la norme. »² C'est une critique de la construction de la différence, dans les systèmes juridiques *pluralistes*.

b- Exclusions et orientations identitaires : « devenir » une certaine identité

227. Si le pluralisme est une certaine phénoménologie de la différence, le pluralisme est un opérateur *d'orientation* du droit. Le pluralisme apprendrait à devenir une certaine identité. Le processus d'exclusion identitaire se caractériserait donc par l'imposition d'une certaine structure identitaire. Cette hiérarchisation des identités vient *sexualiser* les sujets, pour les intégrer dans une économie sociale du *désir*. Les projections affectives sont les normes d'orientabilité identitaire d'un système constitutionnel que N. Iyer qualifie de « dehors normatif constitutif. » Les catégories juridiques ont une identité sociale spécifique, partagée par le groupe dominant, et cette identité est intégrée au sein des structures sociales de base, afin qu'elle demeure « blanche, masculine et hétérosexuelle même si tous les membres du groupe dominant ne possède pas l'ensemble de ces caractéristiques. »³ Si la promotion du pluralisme est liée à une égalité morale, l'égalité substantielle est orientée par une structure identitaire régulant la présentation des corps. L'identité, dominante, énonce la différence ; elle est alors entourée de poches de différences portant l'étiquette faisant état des attributs assurant leur identification⁴. Cette approche est controversée tant le Canada est présentée comme un « idéal de pluralisme » : partant, ni le racisme⁵ ni l'hétéronormativité ne seraient canadiens¹.

¹ MINOW (M.), *Making all the Difference*, *op. cit.*, p. 11, (nous traduisons).

² MINOW (M.), *Making all the Difference*, *op. cit.*, p. 95.

³ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 186.

⁴ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 191.

⁵ AYWARD (C.A.), *Canadian Critical Race Theory. Racism and the Law*, Fernwood Publ., Halifax, 1999, p. 40.

228. Cette identité du pluralisme est ce que P. Fournier qualifie de « paysage canadien »² : le droit pluraliste est sexualisé, genré, et racialisé. Avec la référence au pluralisme, le droit canadien apprend au sujet à devenir blanc, masculin et hétérosexuel dans la production et l'exclusion de son Autre. En effet, « dans le but de protéger les différences, les cours ont malheureusement dépeint les Autres cultures comme inférieures et moins développées que les valeurs et pratiques canadiennes idéalisées. »³ La promotion du pluralisme participerait d'une altérisation des pratiques identifiées comme minoritaires⁴. L'outil pluraliste est un opérateur identitaire d'identification et d'altérisation. Cette économie de la diversité fonctionne à travers deux mécanismes conjoints : l'universalisme en tant que miroir de l'idéologie dominante et le relativisme culturel en tant que reconstruction de l'Autre. Universalisme et relativisme gèlent et unifient la différence, tout en naturalisant les normes identitaires de la Nation. Ce constitutionnalisme fonctionnerait, tant dans sa version universaliste, que relativiste, sous une double dimension de déterminisme, « un comportement, une croyance, ou une attitude que l'on impute à un individu en fonction de son appartenance à un groupe, » et d'essentialisme, « la propension à concevoir un groupe identitarisé comme constituant une entité homogène ou monolithique. »⁵ La différence est plus ou moins *désirée* et les corps différemment *orientés*.

229. L'universalisme juridique assigne une différence en la nommant comme étrangère, pour ensuite la réprimer ; il s'agit d'une production de la différence sur fond de normes identitaires de jugement. L'universalisme fonctionne en réduisant fictivement la différence à l'unité, en appelant à de fictifs principes d'impartialité et de neutralité juridiques. Cette différence est produite, et la différence qui ne correspond pas aux normes implicites, ne peut pas passer l'universalisation des frontières identitaires de la citoyenneté pluraliste : les corps étrangers sont exotisés et érotisés sur la base même de cette différence⁶. L'universalisme conduit à absolutiser *l'Autre* dans l'irréductibilité de sa différence⁷, ce que P. Fournier illustre à partir

¹ GOTELL (L.), « Queering Law: Not by Friend », *Can. J. of L. & J.*, 2002, vol. 17, n°1, pp. 89-113. KINSMAN (G.) and GENTILE (P.), *The Canadian War on Queers. National Security as Sexual Regulation*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2010.

² FOURNIER (P.), *The Canadian Landscape: Universalism, Cultural Relativism, or How and Why difference matters*, LL.M., U. of Toronto, 2000 ; « The Ghettoisation of Difference in Canada: « Rape by Culture » and the Danger of a « Cultural Defence » in Criminal Law Trials », *Man. L.J.*, 2002-2003, vol. 29, n°1, pp. 1-40.

³ FOURNIER (P.), « The Ghettoisation of Difference in Canada », *op. cit.*, p. 84, (nous traduisons).

⁴ FOURNIER (P.), *The Canadian Landscape*, *op. cit.*, p. 3.

⁵ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2009, p. 115.

⁶ FOURNIER (P.), *The Canadian Landscape*, *op. cit.*, p. 6.

⁷ FOURNIER (P.), « The Erasure of Islamic Difference in Canadian and American Family Law Adjudication », *J. of L. & Pol.*, 2001, vol. 10, pp. 51-95.

de deux décisions : *Y.J. v. N.J.*¹ dans un cas de polygamie, et *Kaddoura v. Hammoud*², dans le cas du *Mahr* islamique³. Dans la première, tout en refusant la demande d'accès de la mère biologique, le juge reproduit un modèle de famille nucléaire jugé *normal* : ce modèle est assumé comme une norme invisible. Dans la seconde, la reconstruction religieuse du *Mahr* rendant le contrat inapplicable devant la Cour, renvoie la femme musulmane devant une alternative : un visage blanc ou un visage musulman, étranger par essence. L'Autre devient la femme musulmane contribuant à reproduire les privilèges des hommes blancs. Ainsi, « certains sont autorisés à participer de la construction de l'identité canadienne : d'autres, non. Certains sont identifiés avec l'universalisme : d'autres, non »⁴ Qui sont les corps *autorisés* ?

230. La critique est aussi celle du relativisme culturel, *i.e.* reconnaître et accommoder ce que l'on considère comme l'identité de l'Autre incommensurable au « nous » qui accommode. Le multiculturalisme en reconnaissant le caractère unique de ces sujets contribue au relativisme. Le relativisme culturel procède de deux prémisses : la connaissance de l'Autre est limitée par la propre histoire de celui qui l'observe, et toutes les cultures sont également valides. Par conséquent, reconnaître la différence peut contribuer à perpétuer les stéréotypes négatifs et assomptions qui permettent justement de produire cette différence. En s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Lucien*⁵, dans ce qui concernait un cas de viol, P. Fournier démontre comment la voix des sujets identifiés comme noirs est éteinte par le sujet blanc parlant « au nom d'eux » : en régulant le sujet par l'attribution d'une race, le multiculturalisme produit ce que veut dire être noir et être blanc, qui deviennent des catégories sociales et politiques. Le pluralisme canadien s'approprie le corps noir à travers une spécificité culturelle attribuée universellement⁶. Ce corps noir est lascif, saturé de sexualité déviante. Le comportement sexuel déviant fait partie « intrinsèque » de « leur » « culture. » Cette projection de déviance sexuelle sur le corps noir contribue à réaffirmer la pureté de la race blanche. Dans ce processus d'essentialisation du corps noir, la femme noire est rendue perpétuellement disponible au viol en tant que femme

¹ *Y.J. v. N.J.*, (1994) O.J. No. 2359 : il s'agissait d'un conflit portant sur la garde d'un enfant dans le contexte polygame du *Muta* de la tradition *Shia*, mariage temporaire. La mère pouvait-elle avoir accès à sa fille, après que cette dernière eut été placée en famille d'accueil ? La cour ontarienne écarte la spécificité culturelle pour appliquer le concept de « meilleur intérêt de l'enfant, » en insistant sur la stabilité de la famille d'accueil. L'accès à la mère serait cause de « danger. »

² *Kaddoura v. Hammoud*, (1998) 44 R.F.L. (4th) 228, 168 (D.L.R.) (4th) 503 (Ont. S.C.) : Sam et Manira se séparent après 18 mois de mariage. Sam remplit une demande de divorce. Aucun dommage pour faute délictuelle n'est recherché, mais des dommages « exemplaires, » écartés par le juge. Or (§12), « the claim in the counter-petition is more intriguing, to say the least, » le juge précisant que le choix avait été fait de se marier dans la tradition musulmane, et Sam avait accepté d'offrir le *Mahr*, dot, à Manira. Le *Mahr* est une condition de validité du mariage. Sam n'accepte de donner que 5000\$ en lieu de 35000\$. Il ne s'agit pas d'une obligation justiciable devant les tribunaux civils, pour le juge.

³ FOURNIER (P.), *Muslim Marriage in Western Courts. Lost in Transplantation*, Ashage, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2010.

⁴ FOURNIER (P.), *The Canadian Landscape*, *op. cit.*, p. 44, (nous traduisons).

⁵ *R. v. Lucien*, (1998) A.Q. no 8 : Patrick Lucien et Evens Shannon, tous deux haïtiens, sont accusés d'agression sexuelle sur M.O., une jeune fille. Lucien aurait sexuellement agressé cette dernière pendant que Shannon la retenait et l'empêchait de crier.

⁶ FOURNIER (P.), *The Canadian Landscape*, *op. cit.*, p. 62.

noire. Cette idée est retrouvée avec la saisie de l'orientalisme où la différence contribue à réduire la peine d'un homme coupable d'agressions sexuelles sur la fille de son épouse. Le corps musulman devient l'Autre exotique¹. L'arrêt *R. c. Ammar Nouasria*² rend compte de l'orientalisme, à travers un système occidental, où la sodomie est négativement associée au corps musulman : la sodomie est préférée lors de l'agression sexuelle afin de culturellement respecter la virginité de la victime – musulmane. L'altérisation provient d'une tendance sexuelle *inhérente*, tout en lui inscrivant la pratique négative de la sodomie : c'est une *évidence* culturelle. Le sujet juridique est *emprisonné* dans son corps culturellement identifié.

231. L'universalisme et le relativisme culturels soutenant le pluralisme canadien sont orientés vers la promotion d'une certaine structure identitaire – blanche, masculine et hétérosexuelle – contribuant à agencer les corps identifiés sur la base d'une certaine culture de l'espace public. Dès lors, tous les corps pluralistes ne peuvent *faire* la même chose. Ces différences sont « positionnées dans un régime dominant de représentation qui peut et va créer les discours **qui vont nommer et limiter** ce que ces individus peuvent être ou doivent être. »³ La différence est attribuée dans un rapport d'extériorité conditionnant les passages des frontières identitaires de la citoyenneté pluraliste⁴. À la citoyenneté culturelle, identifiant les citoyens, s'ajouterait la citoyenneté sexuelle, faisant varier la capacité à être un citoyen, plus ou moins désiré.

2- Différentialisme canadien et citoyenneté sexuelle : les frontières du « normal »

232. L'identité devient un objet de régulation et de sexualisation. B. Cossman qualifie cela de « remodelage des termes mêmes de la citoyenneté, »⁵ c'est-à-dire protéger certaines identités en les intégrant dans le « normal » tout en reconfigurant les frontières, de ce qui en est exclu. La citoyenneté sexuelle peut être définie comme « les processus par lesquels les sujets sont produits comme citoyens, et la citoyenneté elle-même constituée. Les discours d'inclusion et d'exclusion, d'appartenance et d'altérité, et leurs multiples nuances. »⁶ De même que les frontières du désir individuel sont ce qui vient parachever la construction de la personnalité à

¹ FOURNIER (P.), « The Ghettoisation of Difference in Canada », *op. cit.*, p. 104.

² *R. v. Ammar Nouasria* (13 janvier 1994), 500-01-003139-927 (Cour du Québec).

³ FOURNIER (P.), *The Canadian Landscape*, *op. cit.*, p. 93, (nous soulignons et nous traduisons).

⁴ LUBIANO (W.), « Like Being Mugged by a Metaphor. Multiculturalism and State Narratives », in GORDON (A.F.) and NEWFIELD (C.) (eds.), *Mapping Multiculturalism*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 1996, pp. 64-75, p. 66: « domination is so successful precisely because it sets the terrain upon which struggle occurs at the same time that it preempts opposition not only by already inhabiting the vectors where we would resist (...), but also by having already written the script that we have to argue within. »

⁵ COSSMAN (B.), *Sexual Citizens. The legal and cultural regulation of sex and belonging*, Stanford U.P., Stanford, 2007, p. 2, (nous traduisons).

⁶ COSSMAN (B.), *Sexual Citizens*, *op. cit.*, p. 5, (nous traduisons).

travers la distinction 'Soi'/'Autre', de même en est-il des frontières du désir national. Derrière la référence au pluralisme se cache un rapport d'exotisme : le droit constitutionnel régule les frontières identitaires de ce « théâtre des pronoms personnels » qu'est la citoyenneté. Ainsi, le droit constitutionnel canadien pluraliste a fait l'objet de vives critiques, soit qu'il disloque la société¹, soit qu'il réifie les identités². Cette exotisation est une érotisation d'un objet extérieur de désir, que l'on entend saisir, mais que l'on a toujours déjà produit comme étranger³. Ce sont des géographies imaginaires et identitaires de la citoyenneté pluraliste.

233. Rien ne symbolise mieux ce romantisme dans la critique du pluralisme canadien que l'ouvrage de Gwyn, *Nationalism without walls*⁴. Selon lui, la mondialisation a produit un effacement des frontières de la souveraineté nationale et qui marquaient la distinction avec « eux. » À cette violence extérieure, s'ajouterait une dislocation de la souveraineté interne par la multiplication des groupes identitaires. Cette souveraineté postmoderne provenant de la reconnaissance du pluralisme, signifierait la perte d'une identité nationale. L'étranger qui était auparavant contenu par les frontières, est maintenant « parmi nous. » Il s'agit de retrouver un sentiment d'identité nationale, en dépit de la suppression des anciens *murs* de la souveraineté.

234. Avec un tel angle d'analyse, il est possible de prolonger l'analyse de W. Brown⁵. La gestion juridique du pluralisme permet de produire des murs imaginaires d'endiguement – identitaires – les « frontières de l'identité nationale. » Désormais, le rapport d'extériorité s'établit à l'intérieur même d'un système constitutionnel. Cette purification de l'identité nationale est une forme moderne de racialisation⁶ : « à l'âge de l'identification sociale par des attributs marqués comme culturellement signifiants, le discours confessionnel (...) constitue une vérité régulant l'identité des groupes. »⁷ Comme l'affirme A. Davis « le multiculturalisme peut devenir une manière polie et euphémique d'assurer la persistance de relations inégales de pouvoir. »⁸ Partant, « qui consomme le multiculturalisme est la question qui demande à être posée. »⁹ Le pluralisme endiguerait et purifierait par la création de frontières identitaires¹⁰.

¹ GWYN (R.), *Nationalism Without Walls. The Unbearable Lightness of Being Canadian*, McClelland and Stewart, 1995.

² BISSOONDATH (N.), *Le Marché aux illusions. La méprise du multiculturalisme*, Boréal, Liber, Montréal, 1995. BANNERJI (H.), *The Dark Side of the Nation. Essays on Multiculturalism, Nationalism and Gender*, Canadian Scholars' Press, Toronto, 2000.

³ MINOW (M.), *Making all the Difference*, op. cit., p. 4.

⁴ GWYN (R.), *Nationalism Without Walls*, op. cit., pp. 8-10.

⁵ BROWN (W.), *Walled State, Waning Sovereignty*, Zone Books, New York, 2010.

⁶ BROWN (W.), *Edgework. Critical Essays on Knowledge and Politics*, Princeton U.P., Princeton & Oxford, 2005, p. 90: « how the discourse of multiculturalism has been annexed by mainstream institutions to generate new modalities of essentialized racial discourse. »

⁷ BROWN (W.), « Freedom's Silences », in BROWN (W.), *Edgework*, op. cit., pp. 83-97, pp. 91-92, (nous soulignons et traduisons).

⁸ DAVIS (A.F.), « Gender, Class, and Multiculturalism. Rethinking 'Race' Politics », in GORDON (A.F.) and NEWFIELD (C.) (eds.), *Mapping Multiculturalism*, U. of Minnesota P., Minneapolis and London, 1996, pp. 40-48, pp. 44, (nous traduisons).

⁹ DAVIS (A.F.), « Gender, Class, and Multiculturalism », op. cit., p. 45, (nous traduisons).

¹⁰ BROWN (W.), « At the Edge: The future of Political Theory », in BROWN (W.), *Edgework*, op. cit., 60-61, (nous soulignons).

235. Le constitutionnalisme régule les frontières identitaires de la citoyenneté en produisant des « inclusions exclusives. » R. Chow qualifie cela de caractère insurmontable des identités culturelles¹. De sorte que le droit, en régulant la reconnaissance de ces identités, leur donne une essence « faisant référence à une conception, ou une autre, de l’ethnicité. »² Je ne suis personne juridique qu’à partir du moment où je suis interpellé par le droit³. La souveraineté fonctionne comme concaténation identitaire, en reliant un sujet juridique à une identité lors de ce processus de subjectivation juridique, projetant alors un élément d’altérité au cœur d’un système constitutionnel⁴. Il s’agit de régulations par les appartenances, construites comme toujours étrangères, au système qui les reconnaît⁵. Cette dimension performative est notée par R. Chow : « les stéréotypes sont capables de **produire des réalités** qui n’existent pas. »⁶ Cette géographie imaginaire racialisée procéderait, partant, de « narrations captives. » De surcroît, ces narrations captives sont soutenues par un « mimétisme coercitif » : on s’attend à ce que ceux qui sont marginalisés, objectifient et authentifient la manière avec laquelle ils ont été subjectivés. Il y a, ainsi, la production d’une « géographie imaginaire de l’étranger » : « alors qu’elle souscrit souvent aux exactes mêmes frontières que ses contreparties réactionnaires, cette logique de la culture libérale **démocratise** ces frontières par la rhétorique de termes comme ‘multiculturalisme’. »⁷ Le pluralisme canadien produit une *géographie imaginaire*.

236. Au terme de cette généalogie formelle de l’orientation pluraliste du constitutionnalisme au Canada, constitutionnalisme – cette vie psychique du pouvoir –, bien que protégeant explicitement le pluralisme – de l’ordre de la promotion –, fonctionnerait aussi à travers un processus continu d’exclusions, par le jeu de cette dialectique de l’identité et de la différence. La promotion canadienne du pluralisme fonctionnerait à travers une double forme de citoyenneté : une citoyenneté culturelle, et une citoyenneté sexuelle. Partant, les citoyens sont identifiés à travers une adresse identitaire, et les frontières identitaires des sujets de droits sont l’expression d’une identité nationale. Ces citoyens, relativement aux identités qui leur sont attribuées, sont plus ou moins désirés. L’orientation de ce désir est un facteur d’orientation des corps dans l’espace public, et représente l’orientation identitaire de la souveraineté.

¹ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Columbia U.P., New York, 2002, p. 13.

² CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, *op. cit.*, p. 28, (nous traduisons).

³ BROWN (W.), « Power after Foucault », in DRYZEK (J.S.), HONIG (B.), PHILLIPS (A.) (eds.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 65-84, pp. 65-70.

⁴ PUAR (J.K.), *Terrorist Assemblages. Homonationalism in Queer Times*, Duke U.P., Durham and London, 2007, p. 39: « Imaginative geographies are performative: they produce the effect that they name and describe. »

⁵ COOPER (D.), *Governing Out of Order. Space, Law, and the Politics of Belonging*, Rivers Oran P., London and New York, 1998.

⁶ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, *op. cit.*, p. 59, (nous soulignons et nous traduisons).

⁷ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, *op. cit.*, p. 29, (nous soulignons et nous traduisons).

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 - PREMIÈRE PARTIE

237. La comparaison différentielle de la France et du Canada mettait le comparatiste, *a priori*, en face d'une différence irréconciliable. D'un côté, le pluralisme français ferait l'objet d'une forclusion, à travers la promotion de l'universalisme juridique : cela se marquait, notamment, par la réduction de l'objet du droit constitutionnel à la figure de l'État et par le positivisme normativiste comme science normale. De l'autre, le pluralisme canadien ferait l'objet d'une promotion à travers un différentialisme juridique : cela se marquait, notamment, par la notion de modèle de constitutionnalisme pluraliste, la protection du multiculturalisme et, enfin, par la protection de l'identité du sujet. Or, l'analyse des discours conduit à adopter une conclusion nuancée : la comparaison cache difficilement une commune expression de l'exclusion.

238. La forclusion française s'accompagne de tensions pluralistes se logeant paradoxalement dans la figure même conduisant à la forclusion du discours, qu'est la personnalité de l'État. Ces tensions pluralistes mettent en évidence une phénoménologie implicite de l'exclusion, qui, d'un côté, rend l'identité indisponible et, de l'autre, l'indisponibilité est caractérisée par la transition du discours administratif au discours constitutionnel. La promotion canadienne produit une phénoménologie explicite à travers le jeu de la citoyenneté culturelle et la citoyenneté sexuelle. Dans les deux systèmes, l'identité d'un réel juridique régule l'identité du sujet – le corps est l'expression de cette orientation – dont le résultat est la régulation des frontières de l'identité constitutionnelle. L'orientation du droit perçoit donc *certain*s corps.

239. Dans les deux systèmes, cette phénoménologie identitaire régule ce que peut faire un corps dans l'espace public. Ainsi, dans les deux cas, l'identité donnée *a priori* à une communauté juridique, par le comparatiste, s'efface derrière une même phénoménologie pluraliste : ces deux systèmes sont orientés vers la perception d'un « réalité » produisant ses propres exclusions. Le pluralisme comme phénoménologie critique permet au comparatiste de renouveler son approche, et de souligner le partage d'une commune réalité pluraliste, toujours nécessairement *orientée*. La phénoménologie implicite française de l'exclusion est soutenue par un triple pluralisme : un pluralisme institutionnel, par concaténations et administratif. La phénoménologie explicite de l'exclusion au Canada est soutenue, elle, par un pluralisme « classificatoire » et la texture normative d'un « pluralisme constitutionnel, » ce que démontre une généalogie matérielle. Comment ces orientations fonctionnent-elles?

CHAPITRE 2 – GÉNÉALOGIE MATÉRIELLE DE L'ORIENTATION PLURALISTE DU
CONSTITUTIONNALISME: RÉPRESSION FRANÇAISE C. PARENTÉ
CANADIENNE

240. La démonstration de ce chapitre procédera à une généalogie *matérielle* de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme en France et au Canada afin de démontrer deux éléments. Le premier vise à une remise en question de la notion de comparaison différentielle à travers laquelle le comparatiste produit une problématique orientée, par la projection de ses préjugés et son identification à une communauté. Le second vise à faire progresser la problématique de l'exclusion en démontrant dans quelle mesure cette orientation pluraliste est partagée par les deux systèmes constitutionnels, est-elle de l'ordre de la répression comme en France, ou de l'ordre de la parenté comme au Canada. La phénoménologie implicite française de l'exclusion démontrée au chapitre 1 est soutenue par la répression d'un triple pluralisme : un pluralisme institutionnel, par concaténations et administratif. La phénoménologie explicite de l'exclusion au Canada démontrée au chapitre 2 est soutenue, elle, par un pluralisme classificatoire et la texture normative d'un pluralisme constitutionnel, ce que démontre une généalogie matérielle. Au-delà de ces deux modalités *a priori* différentielles de gestion du pluralisme, la répression pour la France et la parenté pour le Canada, cette orientation identitaire est partagée par les deux systèmes. Une généalogie matérielle de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme démontre que cette répression française participe d'une identification de la République (§1-). L'orientation s'inscrit dans un pluralisme institutionnel, un pluralisme par concaténation identitaire et un pluralisme administratif. Une généalogie matérielle de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme au Canada démontre que ce pluralisme, de l'ordre *a priori* de la parenté en droit constitutionnel, procède d'une classification des sujets de droit : le pluralisme canadien devient classificatoire et, le constitutionnalisme présente une texture pluraliste normative. Aussi, le pluralisme classificatoire s'associe au pluralisme constitutionnel (§2-).

§ 1 - GÉNÉALOGIE MATÉRIELLE DE LA RÉPRESSION FRANÇAISE DU PLURALISME: LA RÉPUBLIQUE IDENTIFIÉE

241. Le chapitre premier a démontré que la pensée constitutionnelle était construite autour d'une forclusion du pluralisme et sur une certaine structure identitaire, le chapitre deuxième permet d'identifier cette structure identitaire de la République. Une généalogie matérielle de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme en France démontre, en effet, une répression du pluralisme. L'universalisme suppose l'universalisme des normes qui s'appliquent aux sujets et, l'universalisme de la structure de la personnalité juridique du sujet titulaire des droits fondamentaux et agissant dans le commerce juridique. Or, sur ces deux points la répression française du pluralisme est remise en question à travers un double mouvement de refoulement raté, permettant de situer le sujet de droit, et une identification pathologique permettant d'identifier le sujet de droit. Sur le plan d'une généalogie matérielle, l'universalisme juridique à la française promeut une certaine orientation identitaire implicite. La *répression* est ce qui remplace chez Freud le refoulement¹ ; elle en est le mécanisme « civilisé, » reposant sur le jugement et la maîtrise. Lorsqu'il est devenu conscient, le désir inconscient ou mélancolique ne peut qu'être réprimé s'il s'oppose aux positions morales et à la réalité. Il s'agit d'une sublimation, visant des objets socialement valorisés : la réitération traumatique et fantasmée de la Révolution ou la valorisation d'une égalité formelle et abstraite. Le signifiant refoulé est alors de l'ordre de l'inconscient. La répression n'est vécue comme telle que parce qu'elle est chargée d'un poids symbolique². Le fétiche en est le signe de l'efficacité idéologique³.

242. Le regain d'intérêt pour l'universalisme français est congruent à un regain d'intérêt plus général pour la figure de la République⁴. La République ferait l'objet d'un fantasme. La spécialiste de l'histoire de France, J. Scott, a proposé une telle analyse : « les identifications rétrospectives sont, après tout, des répétitions imaginaires en même temps que la répétition de ressemblances imaginées, »⁵ et aussi, « ces fantasmes sont les mythes que les cultures inventent pour répondre aux interrogations sur l'origine des sujets. » C'est à donner une vision transcendante de l'Histoire que visent les fantasmes. Le fantasme peut être défini à partir de trois caractéristiques : le fantasme est la modalité du désir (c'est-à-dire, non le désir

¹ PARAT (C.), « La répression chez l'analyste », *Rev. Fr. de Psychanalyse*, 2001, vol. 65, n°1, pp. 141-143.

² LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison, op. cit.*, p. 288.

³ LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison, op. cit.*, p. 283.

⁴ JENNINGS (J.), « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism », *op. cit.*, p. 576 : « the vacuum created by the demise of more conventional ideologies (most notably Marxism) has been filled for many by a renewed enthusiasm for the republican tradition. »

⁵ SCOTT (J.W.), *Théorie critique de l'histoire. Identités, expériences, politiques*, Fayard, coll. à venir, Paris, 2009, p. 134.

lui-même, mais sa scène) ; le fantasme reproduit et masque la contradiction ; le fantasme est une narration¹. En effaçant la contradiction, « la construction du nous-contre-eux soude chaque camp, lui donne l'aspect d'un tout indifférencié et efface les différences que produisent, parmi les « nous, » hiérarchies et conflits. » Dans quelle mesure le fantasme français de la répression du pluralisme participe-t-il d'une identification de la République ?

243. Si l'universalisme républicain fonctionne en effaçant la contradiction, ce récit fantasmé à partir du « moment 1789 » est la naturalisation de hiérarchies identitaires. En effet, la structure du fantasme porte un projet de construction des identités collectives et individuelles, comme un tout cohérent, en orientant cette narration, vers certaines identités valorisées : « le fantasme peut aider à comprendre comment les sujets se forment en intériorisant les normes sociales ou en leur résistant, et en s'appropriant les termes de l'identité qui leur confèrent une capacité d'agir. »² Ainsi, le fantasme est producteur de subjectivités. Par conséquent, la *répression* française du pluralisme peut être expliquée à travers deux mécanismes psychologiques : d'une part, à travers le fantasme de la République produisant un mécanisme de refoulement du pluralisme et une *névrose universaliste (A)* ; d'autre part, à travers le mécanisme de l'identification projective pathologique, où la République identifie les corps citoyens, ce qui relève d'une *psychose universaliste (B)*. Aussi, cette répression fonctionne à travers une gouvernementalité administrative du pluralisme (*C*). L'on observe respectivement un pluralisme *institutionnel*, par *concaténation* et *administratif*. Partant, au pluralisme institutionnel classique s'associent un pluralisme infraconstitutionnel, *i.e.* administratif, et une indisponibilité constitutionnelle de l'identité du sujet – produite par concaténations.

A- Le fantasme républicain et le pluralisme institutionnel : situer le sujet de droit

244. Le *refoulement* peut se définir comme un mécanisme de défense névrotique du psychisme, en substituant au désir interdit un dérivé acceptable. Le sujet vit alors dans un conflit entre la satisfaction et l'interdit. Cette stratégie de défense, qu'est le refoulement, fait passer les désirs interdits dans l'inconscient, pour se projeter vers des objets socialement valorisés, qui peuvent être extériorisés. Le refoulement peut-être *réussi* ou *raté*. La *névrose* peut être définie comme une affection nerveuse qui se caractérise par des troubles trouvant ses origines dans l'inconscient du sujet, mais sans rupture avec la réalité. Le fantasme produit un

¹ SCOTT (J.W.), *Théorie critique de l'histoire*, *op. cit.*, pp. 136-140 et p. 136 pour la citation précédente.

² SCOTT (J.W.), *Théorie critique de l'histoire*, *op. cit.*, p. 138 pour les deux citations précédentes.

récit historique, une écriture transcendante de l'Histoire. Or, le fantasme ne peut exister qu'à travers sa répétition et chaque répétition équivaut à revivre le traumatisme initial. La stratégie de refoulement du pluralisme peut être réussie ou ratée, puisqu'en tant qu'acte de langage, elle est un performatif. Par conséquent, on peut distinguer un refoulement *réussi* à travers la répétition traumatique de la République, et le refoulement *raté* est synonyme d'une névrose universaliste à travers les foyers pluralistes. Le pluralisme institutionnel traduit une névrose pluraliste. Si la répétition traumatique du fantasme républicain contribue à devenir une ressource justificatrice dans le discours constitutionnel justifiant un refoulement réussi du pluralisme en droit constitutionnel tenant à cette dimension du fantasme (1), cette ressource justificatrice ne permet pas d'écarter un certain nombre de manifestations du pluralisme institutionnel sur le territoire de la République permettant de *situer* le sujet juridique (2). Ce fantasme républicain au soubassement du droit public ne permet pas de refouler totalement le pluralisme – la névrose. Par contre, il est une ressource justifiant la naturalisation d'une identification pathologique des individus. Le refoulement pluraliste permet de *situer* le sujet.

1- La figure de la République en droit public et le refoulement du pluralisme

245. La République n'apparaît connaître ni les identités, ni le pluralisme. L'expression de la différence serait une menace pour l'homogénéité nationale : « il ne peut exister entre les membres de ce corps des différences substantielles, c'est-à-dire irréductiblement liées à l'appartenance à un groupe. »¹ Ainsi, le projet politique de construction de la Nation poursuivie depuis la Révolution française conduit non seulement à une conception faible de la société civile, mais aussi à une peur persistante des « communautés » opérant au cœur de l'espace public². Si le pluralisme est lié à la notion de diversité et de minorités, le système de l'État-Nation révolutionnaire semble le refouler³. L'universalisme républicain serait au fondement du droit public français⁴ : à ce titre il serait tant un principe de légitimation que de justification du droit public. L'idéal universaliste serait construit autour de la dialectique du tout et de la partie⁵ : l'universalisme postérieur à la Révolution française ne connaît pas de distinction et donc pas de *droit à la différence*, seulement un *droit à l'indifférence*. Or, outre cette histoire fantasmée de l'universalisme, des questions fondamentales se posent sur la

¹ MOUTOUH (H.), « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *R.D.P.*, 2007, n°2, pp. 479-493, p. 480.

² JENNINGS (J.), « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism », *op. cit.*, p. 597.

³ SOULIER (G.), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *R.R.J.*, 1993, vol. 2, pp. 625-638, p. 628.

⁴ FARGUES (A.), *Universalisme républicain, particularismes et évolutions du droit public*, CATTOIR-JOINVILLE (dir.), dactyl., Lille II, déc. 2011, p. 11.

⁵ FARGUES (A.), *Universalisme républicain, op. cit.*, p. 30.

capacité de la France à représenter un régime de tolérance¹ : une tradition qui promeut les vertus de l'égalité civile en proposant une conception spécifique de ce qu'est être un membre de la communauté politique. L'universalisme à la française est soutenu par un ensemble de justifications tenant à la mobilisation fantasmée d'un acquis révolutionnaire. Le refoulement *réussi* est de l'ordre de la justification : le *réussi* est *justifié*. Quelles sont les manifestations ?

a- La répétition-justification de la République : universalisme juridique et identitaire

246. L'argument est ici que le refoulement du pluralisme fonctionne à travers la réitération d'un certain fantasme de la République qui a, semble-t-il, refait surface dans les discours juridiques français, avec le bicentenaire de la Révolution. Ce regain pour cette source de légitimation s'est fait, notamment, au travers des ouvrages de la philosophe républicaine B. Kriegel, pour qui « la République est affaiblie comme idéal. »² Il faut chercher l'origine de cet idéal à l'âge classique, la République doit être comprise comme un État de droit, assurant liberté, égalité et fraternité. La République se présente comme l'antithèse de la monarchie faisant appel au concept de *citoyenneté*³. Ses principes sont des principes d'organisation et de répartition reposant sur la Nation, la souveraineté, la citoyenneté, la laïcité et l'unité. Plus particulièrement, la citoyenneté de la République « sera davantage universaliste, ouverte et égalitaire. »⁴ Depuis la Révolution française, individualisme libéral et universalisme sont allés de pair⁵. La lente consécration de l'universalisme s'est caractérisée par un dépassement des particularismes, notamment à travers la Déclaration de 1789⁶. Aussi, « individualiste, la logique de 1789 condamne toute prise en considération juridique des catégories de personnes, entendues comme des agrégats d'individus possédant une ou plusieurs caractéristiques communes. »⁷ L'universalisme est bien lié à un projet d'homogénéisation et d'unité⁸.

247. Or, si ce projet est celui de l'égalité et de la tolérance, il est aussi la confirmation d'une orientation identitaire dominante⁹. N. Rouland précise, « notre droit constitutionnel (et la

¹ JENNINGS (J.), « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism », *op. cit.*, p. 575.

² KRIEDEL (B.), *Philosophie de la République*, Plon, Paris, 1998, p. 13.

³ MONÉRA (F.), *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ASSO (B.) (préf.), ROBERT (J.) (avant-propos), L.G.D.J., coll. Bibl. Clle et de Sc. P., T. 117, Paris, 2004 p. 1.

⁴ MONÉRA (F.), *L'idée de République*, *op. cit.*, p. 26.

⁵ BUI-XIAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 3.

⁶ FARGUES (A.), *Universalisme républicain*, *op. cit.*, p. 41.

⁷ BUI-XIAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, *op. cit.*, p. 6.

⁸ GREWE (C.), « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *op. cit.*, p. 1352 : « l'indivisibilité repose exclusivement sur l'égalité individuelle de citoyens abstraits. »

⁹ ROULAND (N.), « La tradition juridique française », *op. cit.*, p. 382 : « la pensée française de l'universel, matrice de la théorie occidentale des Droits de l'Homme, se nourrit d'une représentation homogène et rationnelle de l'humanité. »

jurisprudence du Conseil Constitutionnel) affirment la prééminence de l'indivisible sur le pluriel ; de l'égalité de droit sur toute distinction fondée sur l'origine, la race, la religion. » Ceci relève de la mythologie juridique¹. La tradition française n'admettrait pas les notions d'identités ou de pluralisme vues comme des menaces pour l'intégrité républicaine : l'unité de l'idéal républicain vaut autant pour l'unité de la souveraineté et du territoire, que l'unité de la personne juridique. N. Rouland date à 1454 la fin du pluralisme juridique en France, et selon lui, contrairement aux autres pays européens, c'est la pensée de l'État qui a construit la nation et non l'inverse. Il distingue, dès lors, des facteurs historiques, mais aussi des facteurs idéologiques expliquant cette dérive mythologique de l'univers juridique français. Selon lui, la France a hérité d'une certaine culture chrétienne du droit, du pouvoir et de l'autorité.

248. Il s'agirait d'une vision autoritaire du droit, et postérieurement à la Révolution « l'État (aurait) pris la place laissée vacante par Dieu. »² On retrouve un tel lien entre la religion et la construction du concept d'État chez Friedrich³. La laïcisation, la centralisation du pouvoir, et la définition du droit s'opposaient *de facto* et *de jure* à un quelconque pluralisme juridique⁴. Le legs révolutionnaire aurait procédé à cette identification entre unité, uniformité et égalité ; ainsi que le note P. Raynaud, « le courant « républicain » se caractérise d'abord par la volonté de reprendre l'ensemble de l'héritage révolutionnaire, **en réaffirmant sans cesse l'actualité des principes de 1789.** »⁵ Sans doute peut-on suivre P. Nora, et distinguer trois thèmes du national promu par cet idéal révolutionnaire : l'étranger, l'unité et l'universel⁶. Sous ces « pulsions affectives, » l'on voit le « développement d'une pluralité de frontières infiniment plus sensibles et plus concrètes. » La Nation devient une valeur refuge, un instrument d'enracinement à la terre et la production d'une multitude de nouveaux et plus diffus « ennemis intérieurs. » Le thème de l'unité pallie les risques de déchirure sociale.

249. Or, jusqu'où « rationaliser un moment historique pour en dégager une portée qui dépasserait la contingence des événements »⁷ ? La Révolution et les principes républicains sont répétés face au trope négatif de l'Ancien Régime. L'Ancien Régime exprime ce contre

¹ ROULAND (N.), « La tradition juridique française », *op. cit.*, p. 384 : « les notions de pluralisme, de communautés, de spécificités culturelles sont perçues comme autant de menaces graves par rapport à la mythologie juridique fondatrice du régime républicain ».

² ROULAND (N.), « La tradition juridique française », *op. cit.*, p. 387.

³ FRIEDRICH (C.J.), *La démocratie constitutionnelle*, P.U.F., Bibl. Sc. Pol., Paris, 1958, p. 13 : « le concept moderne de l'État – et celui de Constitution qui y est associé, quoique par voie de juxtaposition – est en effet né du concept occidental de l'Église. »

⁴ ROULAND (N.), « La tradition juridique française », *op. cit.*, p. 388 : « l'ordre juridique ainsi conçu projette l'image d'une société unifiée, obéissant à la Raison, et soumise à l'intérêt général. Il se présente comme cohérent, ordonné, hiérarchisé. »

⁵ RAYNAUD (P.), « Démocratie », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007, pp. 104-120, p. 115 (nous soulignons).

⁶ NORA (P.), « Nation », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 339-358, p. 339.

⁷ JAUME (L.), *Le discours Jacobin et la démocratie*, Fayard, Paris, 1989, p. 9.

quoi s'est faite la Révolution¹ : cette référence servirait davantage à marquer une rupture qu'un passé, alors reconstruit, comme l'a démontré Tocqueville. Le travail révolutionnaire est le fruit de la transformation de l'ancienne société démocratique à travers un État administratif, poursuivi après 1789. Cette notion renvoie à tout ce qui s'oppose à l'instauration d'un « ordre nouveau, condition du bonheur collectif. »² Cette référence au bonheur de tous se retrouve dans le préambule de la Déclaration de 1789³ ; encore dans l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de la Constitution non appliquée du 24 juin 1793, « le but de toute société est le bonheur commun. » La rhétorique de la Révolution est liée à l'instauration d'un bonheur collectif qui tire sa justification ultime dans les principes du droit naturel.

250. L'Ancien Régime est un ensemble de « traits, de mentalités, d'habitudes et de mœurs qui s'opposent à la réalisation de cet impératif républicain qui est de former un homme nouveau. »⁴ Derrière la référence à la République, se construit le projet d'un homme nouveau. Il convient de citer *in extenso* ce fonctionnement fantasmatique de la référence révolutionnaire : « au XXème siècle, la formule fonctionne pour l'essentiel **hors du contexte historique** qui lui a donné naissance, et simplement **comme un négatif** de la Révolution et du progrès social. En évoquant l'oppression et l'inégalité, elle **fixe une image du passé** qu'il s'agit d'abolir par un action révolutionnaire. »⁵ Cette peur du pluralisme imprègne la pensée jacobine, et la démocratie se construit autour de phénomènes d'exclusions, derrière l'idéal de la Nation⁶. Le pluralisme est l'objet rejeté du désir : « l'unité intégrale, l'exigence éthique et l'exclusion paraissent aux antipodes du pluralisme, mais aussi du relativisme moral. »⁷ Ravivant fictivement une unité de la Nation et une souveraineté du peuple unifié, ce discours est performatif servant « de base de notre système constitutionnel, » selon Favoreu⁸. Derrière l'idéal de la Nation⁹, il y a la production d'un territoire, comme chez L. Duguit¹⁰.

¹ NORA (P.), « Ancien Régime », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *op. cit.*, pp. 25-43, p. 25.

² NORA (P.), « Ancien Régime », *op. cit.*, p. 32.

³ Préambule : « Afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous. »

⁴ NORA (P.), « Ancien Régime », *op. cit.*, p. 33.

⁵ NORA (P.), « Ancien Régime », *op. cit.*, p. 34, (nous soulignons).

⁶ JAUME (L.), *Le discours Jacobin*, *op. cit.*, p. 12 : « la démocratie se nourrit de l'exclusion de tout ce qui fragmente le corps politique. »

⁷ JAUME (L.), *Le discours Jacobin*, *op. cit.*, p. 13.

⁸ FAVOREU (L.), « Avant-Propos », in DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, FAVOREU (L.) (dir.), Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1988.

⁹ SCHNAPPER (D.), *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de Nation*, Folio, coll. Essais, Paris, 2003.

¹⁰ DUGUIT (L.), *Souveraineté et liberté*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 2002, p. 31 : « ce qui fait la Nation, c'est que les membres de la collectivité sociale, fixée sur un territoire déterminé, depuis le plus humble jusqu'au plus grand, depuis le plus ignorant jusqu'au plus savant, ont la conscience très nette qu'ils poursuivent ensemble la réalisation d'un certain idéal se rattachant au territoire qu'ils habitent et qu'ils ne peuvent atteindre que par la possession du territoire. »

251. L'histoire constitutionnelle nous apprend, ainsi, dans quelle mesure la référence à la République est aussi une référence à la souveraineté, et notamment à la souveraineté nationale et au concept de représentation. Comme le note M. Troper, les théories comme celle de la représentation ou de la souveraineté n'expliquent pas les règles de droit positif, mais « les théories sont le résultat de contraintes exercées par une série de règles adoptées en raison de choix politique et de nécessités pratiques. »¹ L'universalisme n'est pas une sorte de théorie générale qui viendrait expliquer le droit positif. Elles sont de l'ordre de la justification² et on peut mettre beaucoup de choses *a posteriori* derrière ces références³. Ce principe d'unité et d'indivisibilité de la République est toujours un principe structurant du droit public, avec cette fiction d'endiguement et de purification qui l'accompagne : il « se veut l'affirmation de la primauté des valeurs nationales et étatiques sur tous les intérêts et créations d'ordre local ou particularistes. »⁴ Ainsi, « si la République est indivisible, c'est que son unité ne peut pas, ne doit pas être entamée. »⁵ La référence à la République est censée alors écarter toute idée de pluralisme, alors que l'idée de République s'est construite en tant que rhétorique politique, autour d'une certaine conception de l'identité : la structure de la personnalité juridique fictive est liée à la structure de la personnalité de l'État, fictive. La référence à la Nation n'est pas dirimante et doit conduire à ouvrir le débat sur l'utilisation de ces concepts⁶. Par conséquent, si le droit constitutionnel semble manquer d'objet pluraliste⁷, il ne faut pas voir cela comme une question de fait, mais comme l'effet d'une certaine structure de justification.

b- Le rejet constitutionnel justifié du pluralisme : inscriptions en droit positif

252. Certes, le pluralisme apparaît dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel « même si l'on ne peut pas considérer que le droit constitutionnel français, qu'il soit textuel ou jurisprudentiel ait été particulièrement prompt à consacrer le pluralisme. »⁸ Aussi, selon G. Koubi, « en toute rigueur positiviste, il demeure difficile de penser un pluralisme juridique au sein d'un système aux constructions aussi hiérarchisées tel que se présente le système de droit

¹ TROPER (M.), « Préface », in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation*, op. cit., pp. III-VII.

² BRUNET (P.), *Vouloir pour la nation*, op. cit., p. 14 : « le système de justification de ces normes. »

³ BRUNET (P.), *Vouloir pour la nation*, op. cit., p. 8 : « décrire ces idéologies, c'est toujours décrire le droit positif. L'inverse revient à préjuger du contenu même du droit positif et se condamner à la description de ses propres préjugés que l'on aurait pris pour des objets de connaissance. »

⁴ DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, FAVOREU (L.) (dir.), Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1988, p. 14.

⁵ DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, op. cit., p. 406.

⁶ BRUNET (P.), *Vouloir pour la nation*, op. cit., p. 19 : « ces doctrines forment un ensemble d'arguments, de justifications qui ne disent rien sur un objet réel, donné a priori et que l'on veut connaître, mais tant sur un objet mental, conceptuel, que l'on pose et dont on prouve en permanence l'existence à l'aide de rationalisations a posteriori. »

⁷ HEUSCHLING (L.), « La structure de la légitimité démocratique », op. cit., p. 335.

⁸ LARRALDE (J.-M.), « Le pluralisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in FONTAINE (L.) (dir.), op. cit., pp. 287-312, p. 288.

français. »¹ On peut considérer que le refoulement du pluralisme a été réussi en regard des consécutions textuelles et jurisprudentielles en droit constitutionnel, soutenu à travers cette réitération de la référence républicaine. Si le pluralisme est une forme de relativisation de l'État, il joue ici un rôle de liant entre la liberté réelle des individus socialement situés, les droits fondamentaux et la démocratie. Le pluralisme semble inhérent au droit démocratique, ce trope faisant du pluralisme une tension unitaire². Le pluralisme institutionnel n'est devenu positif dans la théorie politique qu'assurant la continuité axiologique du cadre démocratique.

253. Cette consécution de la répression du pluralisme trouve de nombreuses occurrences à commencer par le préambule de la Déclaration de 1789 : « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme. » De telles inscriptions se retrouvent aux articles 1^{er} sur l'égalité³ et 3 sur la souveraineté⁴. Ces inscriptions ont trait à l'universalité des citoyens, à l'égalité formelle et à l'unité et indivisibilité de la République. Les préambules des Constitutions dans l'Histoire française en sont riches. Le préambule de la Constitution du 3 septembre 1791 dispose qu'« il n'y a plus, pour aucune partie de la nation, ni pour aucun individu, aucun privilège, ni exception au droit commun de tous les Français, » précisant que « la loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels ou à la Constitution. » Le préambule de la Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 évoque cette unité fantasmée du temps et de l'espace à travers le caractère français de la Charte⁵, qui « doit lier tous les souvenirs à toutes les espérances, en réunissant les temps anciens et les temps modernes. » Le préambule de la Constitution du 4 novembre 1848 rappelle l'unité et l'indivisibilité de la République et celui de la Constitution du 27 octobre 1946, dispose que « le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. »

254. Les Déclarations de droit qui ont été adossées aux Constitutions démontrent aussi un tel refoulement. S'il faut s'entendre sur l'identité de l'égalité, l'art. 3 de la Déclaration des droits de la Constitution de 1793, dispose que « tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi » ; son art 25 rappelle une disposition récurrente, « la souveraineté réside dans le

¹ KOUBI (G.), « Pluralisme et libertés fondamentales au sens de l'article L.512-2 C.J.A. », in FONTAINE (L.) (dir.), *op. cit.*, pp. 313-370, p. 314.

² COHENDET (M.-A.), *op. cit.*, p. 377 : « le pluralisme vise la conciliation entre la diversité des composantes et la survie du groupe. » Encore, p. 374 : « s'il peut y avoir certaines formes de pluralisme dans démocratie, il n'y a guère de démocratie sans pluralisme. »

³ Article 1^{er} : « les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

⁴ Article 3 : « Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. »

⁵ Par exemple, « nous avons enfin cherché les principes de la charte constitutionnelle dans le caractère français, et dans les monuments vénérables des siècles passés. »

peuple ; elle est une et indivisible, imprescriptible et inaliénable. » La Déclaration adossée à la Constitution du 22 août 1795 dispose dans son article 3 que « l'égalité n'admet aucune distinction de naissance » ; et ses articles 17 et 18, « la souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens, » et « nul individu, nulle réunion partielle de citoyens ne peut s'attribuer la souveraineté. » L'appartenance citoyenne est politique et les identités sont de nature (voir *infra*). Cette idée se confirme avec la déclaration des devoirs qui l'accompagne.

255. Ses articles 4 et 5 disposent que « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami et bon époux, » et « nul n'est homme de bien, s'il n'est franchement et religieusement observateur des lois. » La citoyenneté affirmant l'égalité de tous apparaît construite sur la naturalité d'une conception verticale et horizontale de l'identité, associée à une idée du « bien, » et une conception genrée de la citoyenneté puisque les dispositions de l'article visent les fils, pères, amis, et époux. Si les dispositions textuelles visent expressément l'unité et l'universalité des citoyens, la conception de la citoyenneté est construite à partir d'une structure identitaire, naturalisée. Les Droits publics des français dans la Charte constitutionnelle de 1814 disposent dans les articles 5 et 6, que, si chacun professe sa religion, « cependant la religion catholique, apostolique et romaine est la religion de l'État. » Des dispositions similaires se retrouvent dans la Charte de 1830. La quasi totalité des constitutions réaffirme l'unité et l'indivisibilité de la République fondée sur l'égalité formelle des citoyens.

256. Cette consécration est jurisprudentielle puisque le Conseil constitutionnel entretient cette orthodoxie républicaine – cet ensemble de valeurs¹ – en mobilisant la justification liée au principe d'unité et d'indivisibilité de la République². Le Conseil constitutionnel a interprété la Constitution française – les articles 1^{er} et 2^{ème} – de sorte à ce que les dispositions constitutionnelles s'opposent formellement à une prise en compte du pluralisme ou, à assurer que ce pluralisme ne s'exprime que dans un cadre³. Parmi les décisions du Conseil constitutionnel qui viennent écarter un certain pluralisme sur le sol de la République, il est possible de citer la décision de 1991 sur le Statut de la Corse, où en rejetant la notion de « peuple Corse, » le juge constitutionnel rappelle au considérant 12 que la Constitution ne connaît que le peuple français « composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion. »⁴ Dans la décision de 1999 sur la Charte Européenne des

¹ VIOLA (A.), *La notion de République*, op. cit., pp. 47-49.

² PONTTHOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., p. 223.

³ VIOLA (A.), *La notion de République*, op. cit., pp. 123 et suivantes sur l'indivisibilité de la République.

⁴ Décision n° 91-290 D.C. du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, Rec. p. 50, (Voir *Grandes Décisions*, 240, §12).

langues régionales, le Conseil note très clairement dans son considérant 5 que « ces principes fondamentaux s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance. »¹

257. Cette unicité du peuple français a pu être rappelée dans la décision du 19 novembre 2004 relative au Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. En effet, dans son considérant 16, le Conseil rappelle l'inconstitutionnalité de droits collectifs, de même que dans son considérant 17 souligne que le principe de laïcité interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes. »² Dans sa décision relative à l'interdiction d'études sur la diversité ethnique, le Conseil a rappelé que le législateur ne peut soumettre certaines catégories de personnes à des lois spéciales et dérogatoires : « le Conseil veille au respect des principes annoncés dans la Déclaration de 1789 qui interdisent tout communautarisme. »³ C'est une certaine conception de la religion islamique et de l'égalité substantielle entre l'homme et la femme qui a présidé à la validation de l'interdiction avec réserve du voile intégral en 2010⁴ : la représentation d'un corps sur l'espace public est liée à la sécurité de la République. Cette représentation du corps trouve une forme de répression pluraliste en matière de parenté. C'est ainsi que le Conseil se livre à une véritable hétérosexualisation de la parenté derrière une référence à la tradition de l'universalisme républicain : en est-il de sa décision sur le P.A.C.S. de 1999 confirmant que le mariage civil est hétérosexuel⁵ ; en est-il de sa décision rendue sur Q.P.C. en 2011 (*infra*) sur la validation de la restriction hétérosexuée du mariage⁶. De sorte que la sphère publique est une sphère politique et le droit constitutionnel ne peut admettre des instruments juridiques visant à la promotion de groupes. Ces décisions viennent naturaliser une certaine structure identitaire. D. Lochak qualifie cela de paradoxes de l'universalité⁷ à la française : il est universel en tant que projet et tant que l'on remplit les conditions identitaires de l'universalité.

258. Ainsi, selon F. Monéra, « le conseil constitutionnel ne se contentera pas de développer une certaine idée de la République. Il met de même en œuvre une certaine idée de la devise républicaine. »⁸ La République unifie le peuple à travers les principes d'identité et de

¹ Décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, *Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71, Com. Cah.C.C., n°7.

² Décision n° 2004-505 D.C. du 19 nov. 2004, *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173.

³ Décision n° 2007-557 D.C. du 15 nov. 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Rec. p. 360.

⁴ Décision n° 2010-613 D.C. du 7 Oct. 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276.

⁵ Décision n° 99-419 D.C. du 9 nov. 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116.

⁶ Décision n° 2010-92 Q.P.C. du 28 janv. 2011, *Mme Corinne C. et autres*, Rec. p. 87.

⁷ LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, P.U.F., coll. Les Voies du Droit, Paris, 2011.

⁸ MONÉRA (F.), *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., p. 4.

représentation et, émancipe le peuple à travers la langue, la laïcité et l'instruction publique, universelle, gratuite et laïque, ou émancipation par l'unification de l'identité du citoyen. Seule la République se reconnaît compétente pour définir l'identité des sujets juridiques. Le citoyen abstrait, pour être membre de la communauté politique, doit être extrait de ses appartenances concrètes. La citoyenneté s'opposerait à toute prise en compte de différentialismes¹. Encore récemment, l'idéal républicain est considéré comme la base du système de droit public en réaction à l'Ancien Régime, lors duquel « les normes juridiques auxquelles il [l'individu] est assujetti sont largement fonction des groupes spécifiques dans lesquels il évolue. »² Cette situation sociale n'est plus ce qui doit déterminer l'étendu des droits et obligations du citoyen, et ce lien immédiat entre la Nation et les citoyens. L'intérêt général transcende les intérêts particuliers, « l'opposition entre le tout et la partie constitue l'élément qui structure la conception du droit issue de l'idéal révolutionnaire. »³ L'universel nomme les particularités, qu'il intégrera ou non au sein de la conception républicaine. Le refoulement du pluralisme est réussi lorsqu'il est de l'ordre de la justification, soutenu par un espace public phagocyté par une conception politique de l'appartenance et la naturalisation d'une identité. Le paradoxe du pluralisme institutionnel tient à ce qu'il découle d'un principe *démocratique* qui s'oppose à ce que, dans le même temps, s'exprime un différentialisme *identitaire*, en France. La répression du pluralisme appert largement ratée (2), conduisant à une névrose pluraliste, à travers la notion de pluralisme institutionnel (a) (b) et par les droits fondamentaux (c), démocratiques.

2- Le pluralisme institutionnel : un refoulement r te du pluralisme en France

a- Le pluralisme institutionnel de la République : situer le sujet de droit

259. Au-delà du refoulement moniste de principe qui trouve une certaine justification dans la réitération de l'universalisme républicain, cette justification ne permet pas de refouler un certain nombre de foyers pluralistes. L'enjeu n'est pas de faire une étude exhaustive du cadre juridique du pluralisme en France, mais de démontrer que la référence républicaine à l'universalisme n'est pas suffisante. En somme, si la réitération de la figure de la République ne produit qu'un refoulement raté du pluralisme, la réitération de la République permet, par contre, de *situer* l'individu identifié par la République. Cette tension pluraliste trouve sa

¹ MICHON-TRAVERSAC (A.-S.), *La citoyenn t  en droit public français*, DRAGO (G.) (préf.), GICQUEL (J.) (avant-propos), L.G.D.J., coll. Varenne, Paris, 2009.

² FARGUES (A.), *Universalisme républicain*, *op. cit.*, p. 18.

³ FARGUES (A.), *Universalisme républicain*, *op. cit.*, p. 30.

justification avec l'incorporation *institutionnelle* de la République dans la société française, suivant la définition offerte par Hauriou, de l'institution. L'incorporation assure une socialisation axiologique au cœur de la définition de la personnalité juridique par une intériorisation de la règle de droit (inscrit dans une civilisation qualifiée *d'occidentale*). L'histoire constitutionnelle française démontre ainsi une constitutionnalisation progressive de la notion de République institutionnelle assurant l'unité du « vivre-ensemble » : l'organisation institutionnelle de la Constitution met en œuvre son idée directrice¹.

260. La référence à la République est aussi celle d'un État institutionnel constitutionnalisé qui assure tout autant qu'il régle *une* conception du pluralisme autorisé : le pluralisme appartient au *fondamental* de la République – Institution. Plusieurs dimensions du pluralisme institutionnel peuvent être soulignées : le pluralisme vertical à travers la décentralisation, le pluralisme horizontal avec le pluralisme politique, et le pluralisme par les droits fondamentaux². La République, à travers ce pluralisme présente une visée *messianique*, *i.e.* de sauvetage et de régularisation des sujets à travers une « spiritualité républicaine. »³ Le monisme n'est opératoire qu'associé à une tension pluraliste – d'orientation de l'espace – que le Conseil va mettre à jour, notamment au regard de la décentralisation administrative⁴. Cette tension butte, par contre, sur l'uniformité identitaire du peuple français. Le problème de la République – institution n'est pas le pluralisme, mais l'identité de la République⁵. Aussi, la tension pluraliste réside dans l'identité de l'homme indifférencié promu par la République, et la décision du Conseil constitutionnel sur le *peuple corse* le démontre adéquatement (*infra*).

261. Cette situationalité de l'individu à travers la référence pluraliste trouve une origine dans la jurisprudence du Conseil : l'adaptation de l'uniformité à la Démocratie. Le pluralisme a été dégagé en tant que principe constitutionnel d'interprétation, même si son statut demeure complexe⁶. Le pluralisme est progressivement passé de qualificatif descriptif, à celui d'objectif de valeur constitutionnelle, la difficulté résidant dans son domaine d'affirmation. Si la normativité de l'objectif est réduite, s'appuyant sur la forme des droits dont il assure l'effectivité, l'objectif est un but assigné au législateur par la Constitution, servant de guide interprétatif des *conduites*. À titre d'objectif, le pluralisme est une condition objective et

¹ DESWARTE (M.-P.), *Essai sur la nature juridique de la République. Constitution, institution ?*, L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2003, pp. 12-13 et spéc. p. 230.

² EHRLICH (S.), « Le problème du pluralisme », *op. cit.*, pp. 113-114.

³ VIOLA (A.), *La notion de République*, *op. cit.*, p. 21.

⁴ VIOLA (A.), *La notion de République*, *op. cit.*, p. 164.

⁵ VIOLA (A.), *La notion de République*, *op. cit.*, pp. 214-218.

⁶ LARRALDE (J.-M.), *Le pluralisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, 2007.

téléologique d'effectivité des droits fondamentaux, la liberté d'expression en l'occurrence¹. En suivant P. de Montalivet, l'on peut faire une distinction, dans cette jurisprudence, entre ce qui relève du domaine du pluralisme des courants d'expression et du pluralisme politique².

262. En effet, dans sa décision des 30 et 31 octobre 1981, le Conseil rattache dans son considérant 13 « l'expression libre et pluraliste des idées et des courants d'opinion » à une obligation découlant du respect des principes constitutionnels d'égalité et de liberté³. C'est en 1982 que le Conseil consacre le pluralisme comme objectif de valeur constitutionnelle au considérant 5, « la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels. »⁴ Un objectif est une norme de conciliation, permettant de fixer les limites de certains droits fondamentaux. Par la suite, le Conseil constitutionnel a mobilisé et élargi progressivement la référence au pluralisme : le pluralisme des « quotidiens d'information politique et générale » rattaché dans une décision du 11 octobre 1984 à l'article 11 de la Déclaration de 1789 (le pluralisme doit « être effectif » au considérant 50 pour permettre un « exercice effectif » des libertés de l'article 11, au considérant 52)⁵, pluralisme politique réaffirmé, certes dans son lien avec l'article 11, dorénavant toutefois un objectif de valeur constitutionnelle « en lui-même »⁶ à partir de deux décisions de 1986⁷, et postérieures⁸.

263. En 1989, le Conseil vise l'objectif plus large du pluralisme des modes ou moyens de communication⁹. Le Conseil constitutionnel visera par la suite le pluralisme des courants de pensée et d'opinion¹⁰ comme fondement de la démocratie : « le respect de son expression est une condition de la démocratie. »¹¹ Dès 1990, le Conseil lie bien le pluralisme, au-delà de cette distinction entre courants d'expression et politique, à la démocratie. Si, cependant, le pluralisme est un objectif principal de valeur constitutionnelle, ou l'objectif le *mieux* protégé,

¹ De MONTALIVET (P.), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006. Du même auteur : « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cah.C.C.*, no. 20, juin 2006.

² Le caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels et des courants d'idées et d'opinions politiques.

³ Décision n° 81-129 D.C. du 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion*, *Rec.* p. 35, cons. 13.

⁴ Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *Rec.* p. 48, cons. 5.

⁵ Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, *Rec.* p. 78, cons. 38.

⁶ ETIEN (R.), « *Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle* », *R. A.*, 1986, vol. 39, n°233, pp. 458-462.

⁷ Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 141, cons. 11 : « est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle » ; Décision n° 86-210 D.C. du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, *Rec.* p. 110, cons. 20.

⁸ Décision n° 2000-441 D.C. du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificatives pour 2000*, *Rec.* p. 201, cons. 18 ; Décision n° 2001-456 D.C. du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, *Rec.* p. 180, cons. 37 assure l'exercice effectif de la liberté proclamée par l'article 11.

⁹ Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 relative à la liberté de communication*, *Rec.* p. 18, cons. 26.

¹⁰ Décision n° 89-271 D.C. du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales*, *Rec.* p. 21, cons. 12 ; Décision n° 2000-428 D.C. du 04 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, *Rec.* p. 70, cons. 21 ; Décision n° 2003-468 D.C. du 03 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux*, *Rec.* p. 325, cons. 12 ; Décision n° 2004-490 D.C. du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*, *Rec.* p. 41, cons. 84.

¹¹ Décision n° 2004-497 D.C. du 01 juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques*, *Rec.* p. 107, cons. 23.

il appert que le Conseil limite son contrôle à un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation¹, sans toutefois le restreindre à un contrôle de proportionnalité : dans le cas du pluralisme politique cet objectif est le fondement de la démocratie, alors que dans le cas de la communication il en est une condition. La complexité de cette imprégnation du pluralisme dans la jurisprudence constitutionnelle est qu'il peut potentiellement s'appliquer à l'ensemble des droits et libertés fondamentaux – puisque ne disposant pas de fondement constitutionnel précis, et qu'il est appliqué sans être visé expressément dans des matières institutionnelles, comme s'agissant de la libre administration des collectivités territoriales. Étant lié comme fondement à la *démocratie*, le pluralisme présente une dimension institutionnelle. Par ailleurs, il peut servir de dispositif d'interprétation de l'ensemble des droits fondamentaux. Ces foyers de pluralisme *situent* le sujet sur le sol de la République, en écartant le problème de *l'identité* du sujet : le paradoxe républicain de l'articulation démocratie et pluralisme institutionnel.

b- Le pluralisme institutionnel : la tension démocratique de la République

264. Le pluralisme institutionnel découle de l'idée qu'une représentation du pluralisme est au fondement d'une conception démocratique de l'État². L'unité est en tension entre indivisibilité et pluralisme: le pluralisme est la correction dans la sphère civile de l'uniformité étatique. Or, « le pluralisme est attribué à ou enfermé dans la sphère sociale, puisqu'il est reconnu en liaison avec le respect des droits fondamentaux. D'autre part, il n'est qu'un objectif et non un principe ou une règle. »³ Le droit constitutionnel oscillerait entre les pôles de l'unité et de la pluralité, tension retrouvée dans le concept même de représentation⁴. Ce pluralisme découle d'une tension *démocratique* : le droit public fait cohabiter ces exigences. Cette dimension a été consacrée par le Conseil en 1990 : « l'exigence du pluralisme des courants d'idées et d'opinions qui constitue **le fondement de la Démocratie.** »⁵ Cette exigence est une ouverture matérielle du droit constitutionnel visant à assurer la cohésion du groupe⁶. Cette ouverture matérielle est la représentation d'un ordre social désirable dans les termes de G. Burdeau : « j'appelle cette représentation idée de droit parce que le type de

¹ Décision n° 93-333 D.C. du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n°86-1067 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 32, évoque au cons. 32 une absence « d'atteinte caractérisée » ; Décision n° 2003-468 *précitée*, évoque au cons. 42 l'absence de modalités « manifestement inappropriées » et que la conciliation « n'est pas entachée d'erreur manifeste » ; de même la Décision n° 2004-490 *précitée*, au cons. 85 évoque l'absence d'une « atteinte manifestement excessive. » Le contrôle est restreint à l'erreur manifeste d'appréciation.

² ZOLLER (É.), « Le pluralisme, fondement de la conception Américaine de l'État », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 109-122.

³ GREWE (C.), « L'unité de l'État », *op. cit.*, p. 1355.

⁴ GREWE (C.) et RUIZ-FABRI (H.), *Droits constitutionnels européens*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, 2^{ème} Éd., 1999, p. 193.

⁵ Décision n° 89-271 D.C. du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales*, Rec. p. 21, cons. 12, (nous soulignons).

⁶ BIZEAU (J.-P.), « Pluralisme et Démocratie », *R.D.P.*, 1993, pp. 513-542, p. 514.

société auquel elle se réfère apparaît comme devant être accompli ou garanti par la réglementation juridique. » Il précise, « la fonction du pouvoir est de satisfaire les exigences incluses dans cette image de l'avenir désiré. »¹ Le pluralisme, au fondement d'un pouvoir *démocratique*, résiderait dans la variété des opinions et des conduites protégée par les *libertés*.

265. Le pluralisme institutionnel est « l'expression de la promotion des groupes résultant de l'avènement de l'homme situé » contribuant à insérer l'homme dans son contexte social. Il s'agit notamment de ce que l'on a qualifié de pluralisme politique². Le pluralisme politique trouve son origine intellectuelle en Grande Bretagne entre 1730 et 1750. Le pluralisme politique caractérise la transition du régime mixte de la tolérance religieuse et du droit de résistance au système de la responsabilité politique. Le modèle de la responsabilité politique est le moyen « de faire coexister le conflit d'opinions avec un consensus fondamental quant à la survie même des institutions. »³ Si le modèle de la responsabilité n'est sans doute plus l'unique instrument du pluralisme, le modèle de la démocratie pluraliste est dorénavant commun aux démocraties européennes : « celle-ci veut que l'État et la société entretiennent des rapports étroits de proximité pour empêcher un trop grand décalage entre le pays légal et le pays réel et pour garantir la qualité du processus de formation de la volonté politique. »⁴ Cette transition pluraliste des démocraties serait liée, d'une part, à une transformation de la représentation, et d'autre part au rôle joué dorénavant par les partis politiques. C'est le cas par exemple de la décision *précitée* du 11 janvier 1990 sur le financement des partis politiques ; c'est encore le cas de la décision des 17, 18 et 24 juin 1959 sur le règlement de l'Assemblée Nationale⁵, ou encore de la décision du 18 mai 1971 sur la modification du règlement du Sénat⁶ (absence de contrôle sur le contenu des déclaration des groupes). En étant le fondement de la démocratie, c'est plus largement à la sphère politique que le pluralisme est lié. Or, la sphère publique est phagocytée par une conception politique de l'appartenance.

266. Dans un prolongement du pluralisme institutionnel, plusieurs études ont démontré un enracinement pluraliste du droit public. Sans prétendre à l'exhaustivité, trois exemples sont probants. S. Lavorel a mis notamment en évidence des manifestations du pluralisme juridique en France contribuant à l'émergence d'un proto-droit français des minorités nationales, et ce à

¹ Cité par BIZEAU (J.-P.) « Pluralisme et Démocratie », *op. cit.*, 514.

² BIZEAU (J.-P.), « Pluralisme et Démocratie », *op. cit.*, p. 531.

³ PIMENTEL (C.-M.), « Quelques remarques sur les origines intellectuelles du pluralisme politique », in FONTAINE (L.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 29-52.

⁴ GREWE (C.) et RUIZ-FABRI (H.), *op. cit.*, pp. 223 et suivantes, et spéc. p. 240.

⁵ Décision n° 59-2 D.C. du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, *Rec.* p. 58.

⁶ Décision n° 71-42 D.C. du 18 mai 1971, *Dispositions tendant à modifier le règlement du Sénat*, *Rec.* p. 19, cons. 1.

partir des années 1970¹. L'outre-mer français serait topique de formes de différentialismes républicains tenant compte des enjeux locaux : c'est une forme de pragmatisme pluraliste. On en trouve un exemple avec la protection constitutionnelle des statuts personnels, faisant « des concessions plus ou moins faciles aux systèmes normatifs religieux ou coutumiers en les intégrant dans le droit de la République. » En laissant l'organisation du jeu des normes d'origine coutumière aux Assemblées territoriales, ces statuts sont un foyer pluraliste². Toutefois, ce pluralisme reste limité dans l'unité du régime républicain³. La décentralisation démontre que l'indivisibilité de la souveraineté n'est pas absolue, tout en assurant l'unité du pouvoir normatif et le rejet de toute compétence d'auto-organisation⁴. Dans ce cadre, le pluralisme se manifesterait, notamment, en outre-mer, A. Viola allant jusqu'à évoquer un État pluri-législatif⁵. En effet, les articles 73 et 74 de la Constitution traduisent la possibilité pour le législateur de tenir compte des particularismes locaux. L'on s'accordera avec F. Fournié, partant, pour dire que la décentralisation traduit un pluralisme organisé par l'État⁶ qui trouve dans le pouvoir réglementaire des collectivités locales l'expression d'un droit institutionnel⁷. Un foyer de pluralisme institutionnel pourrait découler du récent principe fondamental reconnu par les lois de la République du *droit local* dégagé par le Conseil constitutionnel⁸. En dehors de dispositions constitutionnelles, le Conseil veillera à l'uniformité de *l'identité*.

267. Un autre exemple peut être tiré des relations entre ordre juridique étatique et ordres religieux. En effet, « comme toute institution, l'institution religieuse secrète un droit qui lui est propre. »⁹ Aussi, elles peuvent concurrencer l'État « en soumettant leurs fidèles à un certain nombre d'interdits et d'obligations dans des matières qui relèvent de la compétence étatique. »¹⁰ Si la loi de 1905 qui met fin au régime concordataire de hiérarchie entre les cultes et le principe de laïcité encadrent les relations entre ces institutions religieuses et l'État, d'un côté « l'ordre étatique peut se mobiliser pour la défense des convictions religieuses individuelles, » et d'un autre, « le respect de la liberté de conscience peut prendre la forme de

¹ LAVOREL (S.), *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, BIAYS (J.-P.) (dir.), dactyl., Grenoble II, 2007.

² BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nlle Bibl. de Thèses, Paris, 2003, p. 600.

³ PASTOREL (J.-C.), « Le principe d'égalité en Outre-Mer », *Nv. Cah.C.C.*, 2012, vol. 35, n°2, pp. 73-93.

⁴ VIOLA (A.), *La notion de République, op. cit.*, pp. 139 et suivantes.

⁵ VIOLA (A.), *La notion de République, op. cit.*, pp. 169-173.

⁶ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation, op. cit.*, p. 467 et suivantes.

⁷ FOURNIÉ (F.), *Recherches sur la décentralisation, op. cit.*, pp. 549-551.

⁸ Décision n° 2011-157 Q.P.C. du 5 août 2011, *Société Somodia, Rec.* p. 430. GUEYDAN (C.), « La constitutionnalisation du droit local d'Alsace-Moselle et la question prioritaire de constitutionnalité », *R.F.D.C.*, 2013, no. 96, pp. 857-878.

⁹ FOREY (E.), *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, P.U. Strasbourg, coll. Société, Droit et Religion en Europe, Strasbourg, 2007, p. 9.

¹⁰ FOREY (E.), *État et institutions religieuses, op. cit.*, p. 13.

déroghations au droit étatique. »¹ Aussi, les libertés constitutionnelles participent d'une forme de reconnaissance de normes religieuses : le principe de laïcité n'est pas négatif et conduit à la garantie d'un pluralisme confessionnel. L'ordre étatique participe d'une reconnaissance de l'ordre institutionnel dont procèdent ces règles. Cette reconnaissance institutionnelle peut trouver une justification dans l'indépendance de ces institutions religieuses – le rejet du gallicanisme et la souveraineté dans le domaine spirituel de ces institutions. L'ordre étatique se refuse à intervenir dans les dogmes religieux² ou dans le fonctionnement intérieur de ces institutions³. Ce principe trouve une prolongation avec l'autonomie de ces institutions dans l'exercice de leur pouvoir disciplinaire, soustrait en principe au contrôle de droit commun – dans la limite représentée par l'abus de droit. Mais cette reconnaissance se marque aussi, en contre point, par la capacité dont dispose l'État pour délimiter l'ordre public. Dans certaines hypothèses le droit étatique peut prendre en compte directement les systèmes confessionnels notamment lorsqu'il opère un renvoi au droit interne des Églises. Ainsi, « si le droit français attache des conséquences juridiques aux règles d'organisation des Églises, c'est parce que ce droit protège la liberté religieuse dans sa dimension individuelle mais également dans sa dimension institutionnelle. »⁴ Le pluralisme religieux est un pluralisme institutionnel, par la prise en compte des normes religieuses avec une étatisation des normes religieuses⁵.

268. On peut évoquer, enfin, la prise en compte du « sentiment d'identité. » Tel que le note D. Gutman, « à la relation intersubjective se superpose ainsi une relation entre le droit et son sujet, dans laquelle le droit se trouve assumer la fonction d'un véritable 'ordre de la reconnaissance. »⁶ La reconnaissance du sentiment d'identité transite à travers des foyers de pluralisme juridique, dont le principal est la règle de conflit en droit international privé, si l'on pense au rattachement du statut personnel à la nationalité. Une telle règle de conflit conduit à reconnaître la spécificité de l'étranger et des effets juridiques à l'appartenance de l'individu. La nationalité devient un « rattachement culturel. » Dans le respect des règles d'ordre public, « le droit de se prévaloir de sa loi nationale permet donc de traduire en actes l'attachement à un type de société ou de civilisation. »⁷ Cette règle a une vocation pluraliste limitée, dans ses manifestations identitaires, par l'ordre public corporel. La réitération de la République en tant

¹ FOREY (E.), *État et institutions religieuses*, *op. cit.*, respectivement p. 18 et p. 19.

² Par exemple, le juge administratif se refuserait à porter une interprétation du foulard islamique ou de la lettre de répudiation – get – en droit mosaïque.

³ FOREY (E.), *État et institutions religieuses*, *op. cit.*, pp. 57-87.

⁴ FOREY (E.), *État et institutions religieuses*, *op. cit.*, p. 230.

⁵ TAWIL (E.), *Norme religieuse et droit français*, VENTURA (M.) (préf.), P.U.A.-M., coll. Droit et Religion, Paris, 2001, p. 169.

⁶ GUTMAN (D.), *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, TERRÉ (F.) (préf.), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327, Paris, 2000, p. 213.

⁷ GUTMAN (D.), *Le sentiment d'identité*, *op. cit.*, respectivement p. 375 et p. 377.

que justification n'explique pas le développement de foyers de pluralisme juridique. Par ailleurs, ce pluralisme institutionnel conduit bien à situer l'individu au cœur de la République : il y a une performance identitaire. Le droit modèle la personne juridique selon des concaténations identitaires de sorte à ce que la fiction de la personne juridique représente la fiction de la personnalité de l'État. La fiction dans l'idéal républicain a en réalité produit un sujet identifié par une personnalité juridique, centre d'imputation des droits et libertés. Partant, « le droit, en encadrant les usages du corps, engage bien en effet, une représentation de la personne – entité dont on souligne à l'envi qu'elle est au centre de l'ordre juridique. »¹

c- Le pluralisme par les droits fondamentaux : une potentialité pluraliste (administrative)

269. Un pluralisme institutionnel résiderait aussi dans l'utilisation des droits fondamentaux, fondements constitutionnels *potentiels* d'une tension pluraliste au cœur de la République. Certains évoquent une érosion, voire une dilution, de la République à travers la promotion de ces droits². Selon C. Grewe, « les droits fondamentaux sont généralement compris comme exprimant les valeurs d'une société ; en cela ils sont représentatifs d'une culture juridique. »³ Ainsi, il y a une tension entre la protection de la différence et la réaffirmation d'une identité nationale. L'individualisme juridique permet l'expression d'un pluralisme tout en insérant l'individu dans une appartenance culturelle. Le pluralisme à travers la protection des droits a trouvé différents fondements constitutionnels⁴. En effet, le pluralisme peut être garanti dans son expression libérale et individuelle à travers la protection de la liberté d'opinion (art. 10 de la Déclaration de 1789, préambule de la Constitution de 1946), et à travers son corollaire qui est la liberté de communication (art. 11 de la Déclaration de 1789). Le pluralisme peut être protégé dans sa dimension collective à travers la protection de l'activité sociale et politique, comme avec le préambule de la Constitution de 1946. Ces fondements sont donc potentiels.

270. Ainsi, le Conseil constitutionnel a protégé des droits créances qui contribuent à situer l'individu dans son contexte, auxquels fait référence le préambule de la Constitution de 1946, demandant une action effective du législateur afin de mettre en œuvre un objectif social⁵.

¹ HENNETTE-VAUCHEZ (S.), *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, PICARD (É.) (préf.), L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2004, p. 423.

² TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, vol. 124, n°2, pp. 58-72.

³ GREWE (C.), « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz-Sirey, Paris, 2009, pp. 505-518, p. 505.

⁴ BIZEAU (J.-P.), « Pluralisme et démocratie », *op. cit.*, p. 519.

⁵ GAY (L.), *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 2007. Du même auteur : « La notion de « droits-créances » à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cah. C.C.*, 2004, vol. 16.

Cette distinction entre libertés et droit-créances serait d'ailleurs à relativiser dans le contexte français : elle est une potentialité¹. Les droits pourraient servir de couverture à la promotion de normes sociales. Une liberté individuelle prendrait une dimension collective² : la liberté d'enseignement, d'association ou la liberté d'exprimer ses croyances seraient des sources de pluralisme normatif. La concrétisation de la personne juridique et son corollaire qui est la liberté personnelle conduit, notamment, à la protection pluraliste de choix de modes de vie³. Le Conseil constitutionnel s'est référé à la liberté personnelle⁴ des salariés – protégeant ainsi la personnalité des salariés en distinguant vie privée et vie professionnelle⁵ – de même que la protection des informations à caractère personnel⁶. Cette dimension de l'intimité a été concrétisée par les décisions sur la C.M.U. et le P.A.C.S.⁷. La liberté personnelle contribue à *situer* le sujet. Ainsi, chacun des droits serait susceptible de prendre une dimension *collective*. Alors, on s'accordera avec N. Rouland pour dire que les droits – la liberté de religion et les droits linguistiques – sont sources de pluralisme juridique⁸, mais on s'accordera aussi avec C. Vimbert pour dire que ce pluralisme est administratif et non constitutionnel⁹. En effet, en droit *constitutionnel*, le Conseil constitutionnel viendra assurer l'indisponibilité de l'identité. Et, l'unité juridique par le pluralisme *administratif* est assurée par cette indisponibilité (*infra*).

271. C'est en matière de droits fondamentaux que l'on peut apprécier l'influence pluraliste du droit européen¹⁰ et du droit international¹¹. Comme le note D. Szymczak, la Convention Européenne est principalement un instrument d'interprétation des droits protégés au niveau constitutionnel¹² : ce serait le cas du lien que le Conseil constitutionnel a établi entre la protection du pluralisme, la liberté d'expression, et la démocratie¹³. Les juges européens des droits de l'homme rencontrent la même difficulté d'avoir à réfléchir sur les valeurs qui sont

¹ RANGEON (F.), « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in KOUBI (G.) *et alii* (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, P.U.F., Paris, 1996, 169-186.

² TAWIL (E.), *Normes religieuses et droit français*, *op. cit.*, p. 236.

³ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 582. Du même auteur : *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, Éd. 2011, pp. 431 et suivantes.

⁴ Décision n° 88-244 D.C. du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, *Rec.* p. 119, cons. 22 ; Décision n° 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail*, *Rec.* p. 59, cons. 23 et 26.

⁵ Décision n° 89-257 D.C. du 15 juillet 1989, *précitée*, cons. 14 pour la vie privée et 23 pour la liberté personnelle.

⁶ Décision n° 91-294 D.C. du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la ratification de l'accord de Schengen*, *Rec.* p. 91 cons. 49 ; Décision n° 92-316 D.C. du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption*, *Rec.* p. 14, cons. 16.

⁷ Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *Rec.* p. 100 ; Décision n° 99-419 D.C. du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, *Rec.* p. 116.

⁸ ROULAND (N.), PIERRÉ-CAPS (S.), POUARÉDE (J.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, Paris, 1996, pp. 275 et suivantes évoquant un « espace ouvert à l'expression minoritaire » à travers la liberté religieuse et la liberté linguistique. Or, ce « statut privatif des libertés publiques minoritaires » tombe dans la catégorie du droit administratif.

⁹ VIMBERT (C.), *La jurisprudence française et la « tradition républicaine »*, L'Harmattan, Paris, 2014, pp. 59 et suivantes.

¹⁰ SUDRE (F.), « Le pluralisme saisi par le juge européen », in FONTAINE (L.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 261-286.

¹¹ SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in FONTAINE (L.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 73-99.

¹² SZYMCZAK (D.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National*, Bruylant, coll. des « Publications de l'Institut International des droits de l'homme » n°7, Bruxelles, 2007, p. 118.

¹³ SZYMCZAK (D.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National*, *op. cit.*, pp. 186 et suivantes.

inscrites en droit positif à travers les droits et libertés, entre pluralisme et unité¹. Le système prévu par la Convention n'impose pas une « uniformité absolue, »² mais doit respecter la diversité des traditions nationales, notamment à travers la technique de la marge nationale d'appréciation, dont l'étendue peut varier. Le système de la Convention est pris dans une dialectique pluraliste entre « aspirations unitaires » et spécificités nationales³. Sans opérer le forçage d'un sens européen, il s'agit de promouvoir un pluralisme et non un relativisme des valeurs⁴. La Cour européenne des droits de l'Homme en a fait un principe matriciel d'une société démocratique dans sa décision de 1976 *Handyside*⁵. La Convention « concrétise la réalisation d'un ordre juridique européen fondé sur les valeurs démocratiques, pluralistes, de garanties de la personne humaine. »⁶ Si le pluralisme n'est pas expressément visé par la Convention, on peut le considérer comme consubstantiel, ou son principe d'interprétation⁷ : l'État en demeure l'ultime garant, en organisant des élections libres à intervalle réguliers⁸.

272. Le pluralisme joue une double fonction de principe d'unité et de principe de diversité : « le principe de pluralisme fait ainsi office, avec les autres principes directeurs, de 'règles de pilotage', commandant l'interprétation de la Convention et guidant le juge dans la voie de la construction d'un espace normatif commun. »⁹ La Cour a pu viser un objet assez large du pluralisme afin d'y inclure le pluralisme des idées, le pluralisme éducatif, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté de la presse et la liberté d'association. Par ailleurs, la Cour a reconnu la protection d'un pluralisme politique à travers la reconnaissance d'un droit à des élections libres, une pluralité de partis politiques, et la liberté d'association. Le pluralisme est garanti par un ensemble de moyens juridiques : des obligations positives substantielles, des obligations positives procédurales, un effet horizontal des droits garantis, un contrôle de proportionnalité ou une approche contextuelle des droits. Dans un arrêt de Grande Chambre de 2004, la Cour a rappelé que le principe du pluralisme suppose « la reconnaissance et le respect véritables de la diversité et de la dynamique des traditions culturelles, des identités ethniques et culturelles, des identités ethniques et culturelles, des convictions religieuses, et

¹ LEVINET (M.), « Propos Introductifs », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et Juges Européens des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2010, pp. 1-13, p. 8.

² C.E.D.H., *Sunday Times c/ Royaume Uni*, 26 avril 1979, req. n° 6538/74.

³ SZYMCZAK (D.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National*, op. cit., p. 251.

⁴ BELDA (B.), « Pluralisme et relativisme des valeurs », in LEVINET (M.) op. cit., 255.

⁵ C.E.D.H., *Handyside c/ Royaume Uni*, 7 décembre 1976, req. 5493/72, §49.

⁶ LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 20.

⁷ C.E.D.H., *Kjeldsen et autres c/ Danemark*, req. n° 5926/72, 7 décembre 1976, §50 (sur le droit à l'éducation) ; C.E.D.H., *P.C.U. de Turquie c/ Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 133/1996/752/951, §43 et 44 (sur le rôle des partis politiques).

⁸ C.E.D.H., *Informationsverein Lentia et autres c/ Autriche*, 24 novembre 1993, req. n° 13914/88, §38.

⁹ SUDRE (F.), « Le pluralisme saisi par le juge européen », op. cit., p. 265.

des idées et concepts artistiques, littéraires et socio-économiques »¹ : la liberté d'association permet à un groupe identitaire d'agir collectivement pour la défense de son identité (§93).

273. Ainsi que le note C. Picheral, alors que la Convention ne reconnaît aucun droit spécifique aux minorités, « c'est dans l'interprétation des droits individuels garantis par la Convention que se joue la capacité de la norme européenne à protéger les minorités, parce qu'ils n'ont pas été spécifiquement formulés. »² Une liberté individuelle peut présenter une dimension collective : le Conseil de l'Europe a ainsi préparé un rapport en janvier 2011 sur la protection des droits culturels par la Convention³. Comme le remarque J. Ringelheim, « contrairement à une opinion répandue, les droits individuels peuvent contribuer à garantir la liberté d'exprimer ou de préserver divers aspects d'une identité culturelle. » Il s'agit de 'droits matériels', ou de droits à caractère civil qui peuvent tomber dans le champ des droits culturels⁴. Il en est ainsi s'agissant de la liberté de religion, notamment, protégée par l'article 9, qui va s'étendre à la vie des communautés religieuses⁵. Il en est de même de la protection contre la discrimination prévue par l'article 14. L'approche adoptée par la Cour est substantielle, ou plus *réaliste* que celle du Conseil constitutionnel⁶, à la manière de la Cour suprême du Canada : par exemple dans son arrêt de Grande Chambre de 2003 sur les écoles spéciales pour les Roms, la Cour a admis la notion de discrimination indirecte (§184 et s.) et la notion, par ricochet, de présomption de discrimination collective. La vulnérabilité des Roms impose une attention particulière de sorte à assurer « la diversité culturelle bénéfique à la société dans son ensemble » (§181). Le pluralisme par les droits peut découler du recours à des notions à texture ouverte tels les principes de dignité, de vulnérabilité, ou de mode de vie.

274. La République admet plusieurs foyers de pluralisme normatif et, à une conception particulière de la normativité correspond une dimension identitaire qui est celle de *situer* le sujet de droit sur le sol de la République. Ces foyers peuvent être proprement institutionnels, ou par l'intermédiaire des droits fondamentaux. Or, ces foyers sont *infraconstitutionnels*, i.e. administratif, le constitutionnel assurant l'indisponibilité de l'identité (*infra*). Le droit positif est l'inscription d'une hiérarchie de valeurs et d'identités. Le pluralisme étant pris dans cette

¹ C.E.D.H., *Gorzelik et autres c/ Pologne*, 17 février 2004, [GC], req. n°44158/98, §92.

² PICHERAL (C.) « Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », in LEVINET (M.), *op. cit.*, 2010, pp. 295-316, pp. 298-299.

³ Conseil de l'Europe, Division de la Recherche, *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2011, disponible en ligne : www.echr.coe.int (Jurisprudence / Analyse jurisprudentielle / Rapports de recherche sur la jurisprudence de la Cour).

⁴ RINGELHEIM (J.), *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. U.C.L., Bruxelles, 2006, p. 2.

⁵ C.E.D.H., *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, 26 octobre 2000, [GC], req. n° 30985/96, §62 : ingérence dans une communauté religieuse.

⁶ SZYMCAK (D.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National*, *op. cit.*, p. 190.

dialectique de l'unité et de la diversité, l'enjeu est de le cadrer. Alors que la répétition traumatique de la République semblait conduire à un refoulement réussi du pluralisme, il semblerait que ce refoulement conduise au contraire à énoncer les limites d'un pluralisme républicain : plus qu'un refoulement réussi, et moins qu'un refoulement raté, le pluralisme républicain *situe* le sujet juridique par un refus de l'identité, naturalisée. Cette situationnalité du sujet est une névrose identitaire. Ce mécanisme de répression associé au mécanisme névrotique du refoulement le mécanisme psychotique de l'identification pathologique. La répression est organisée autour d'une double dynamique : *situer* et *identifier* le sujet juridique.

B- La personnalité juridique et le pluralisme par concaténations : identifier le sujet

275. Le second mécanisme de répression du pluralisme en droit constitutionnel français peut être décrit en tant « qu'identification projective pathologique. » Ce mécanisme permet de déconstruire le second présupposé de l'universalisme français qu'est l'universalisme du sujet de droit. L'identification projective, issue de la psychanalyse kleinienne, se définit comme le fait de projeter sur des objets des caractéristiques du soi pour s'y reconnaître. Il s'agit d'une prise de possession de l'objet conduisant à en nier les caractéristiques possibles. Elle est dite pathologique lorsque l'identification n'est plus transitoire mais un moyen de déni de la réalité. Elle construit l'Autre selon ce qu'elle a besoin d'y voir. L'identification est un mécanisme de défense psychotique. La psychose caractérise, à la différence de la névrose, une perte de contact avec la réalité. Alors que le refoulement a permis de situer le sujet, l'identification projective pathologique permet d'identifier le sujet juridique à travers une forme de psychose. Cette identification fonctionne à travers deux mécanismes : la fiction de la personnalité et l'abstraction du citoyen. Si, le premier rend le sujet vulnérable à une adresse identitaire pour évoluer sur le champ du droit, le second naturalise une structure identitaire. La conclusion suivante sera adoptée : l'universalisme identifie ses citoyens et naturalise leurs identités. Partant, ni l'indisponibilité d'instruments constitutionnels visant à la reconnaissance expresse du pluralisme ni l'universalisme n'infirmement une orientation identitaire du constitutionnalisme en France. Même, le pluralisme par concaténation assure l'unité du pluralisme administratif.

1- Identification et personnalité juridique du sujet : concaténations identitaires

276. La notion de personnalité juridique est une notion cardinale. En effet, « la personnalité juridique fait partie de ces concepts primaires et fondateurs du droit qui constituent les points d’ancrage de la fiction juridique. »¹ Elle permet d’entrer dans le commerce juridique en y étant identifié. Aussi, la personnalité juridique est une forme d’identification du sujet et une certaine concaténation identitaire. Ces deux points seront successivement évoqués.

a- La personnalité juridique comme fiction

277. La personnalité juridique peut être définie comme « la faculté d’être le siège de droits et d’obligations. Celle-ci se réalise par la capacité, c’est-à-dire l’aptitude à acquérir des droits et obligations. »² La notion de personnalité se concrétise par la notion de *capacité*, c’est-à-dire *être capable de*, ce qui implique deux idées : la première est une notion individualiste de capacité qui exprime une manifestation consciente de volonté, la seconde est que le champ de la capacité est définie extérieurement à la personne qui veut juridiquement. Il faut un élément volitif et un élément de droit objectif, indépendant par ailleurs « des variables de sa réalisation. »³ La personnalité juridique, en tant que support, fournit « la capacité à être sujet de droit, » qui se présente « comme l’acteur, l’élément actif ou passif d’un rapport de droit. »⁴ Il y a l’expression d’un collectif au cœur de la construction de ce rapport juridique. L’intégration du collectif est ce tiers qui consacre la figure du sujet juridique ; elle le *situe* dans un corps et dans une situation sociale⁵. Chaque champ du savoir lui attribue des prédicats qui viennent constituer son contenu matériel. Le corps du sujet juridique lui sert alors de « vecteur de socialisation. » Le corps ne sera pas similairement socialisé selon le contenu qui lui sera accordé sur la scène du droit. La structure et les composantes de la personne étant indisponibles, la personne juridique est marquée par l’expression de la volonté de l’État : la personne humaine n’émerge qu’au sein d’un ordre public de la personne⁶. Étant donné que de cette configuration en découle la capacité à être sujet de droit, et sujet de droits fondamentaux, de l’expression progressive de cette personne en découle conséquemment une

¹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 242.

² ROUYERE (A.), « Les personnes publiques spécialisées », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2011, T. II, pp. 333-379, p. 336.

³ ROUYERE (A.), « Les personnes publiques spécialisées », *op. cit.*, p. 336.

⁴ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 10.

⁵ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 42 : « le concept de personne humaine allie donc, selon le principe d’unité, la corporéité et la socialité du sujet de droit, autrement dit il guide le fonctionnement de la personnalité juridique en contextualisant le rapport juridique. »

⁶ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 45.

possibilité différentielle d'être sur l'espace public. La fiction de la personne comme concaténation est inscrite dans la naturalité de l'abstraction du citoyen.

278. La personnalité juridique est une *fiction a priori* détachée de tout lien avec la réalité non juridique ou de tout lien corporel avec l'individu. La personne juridique est un centre fictif d'imputation par sa fonction de représentation. Cette notion de personnalité juridique a fait l'objet de nombreuses critiques et notamment celle de Duguit face au rapatriement d'une conception germanique de la personne comme titulaire de droits subjectifs, *i.e.* d'intérêts juridiquement protégés. Duguit critique cette nécessité de la fiction qui ne se contente pas de la simple observation de la réalité. Le droit subjectif n'est « rien si ce n'est une imagination métaphysique. »¹ La critique duguiste de la personnalité provient de cet élément d'intérêt ajouté par Jhering à la relation juridique : le sujet de droit peut avoir un intérêt contre l'État, alors que le rapport objectif de droit pour Duguit est un rapport solidariste. Le sujet de droit est « l'être auquel s'applique le droit objectif et qui peut être titulaire d'un droit subjectif. »² La notion de personnalité morale serait un « fatras métaphysique. » Impliquant l'existence de deux volontés et d'une hiérarchie, cette notion doit être écartée pour caractériser le rapport de droit public³ ; la personne juridique n'est pas le fruit d'un acte de volonté, mais son existence positive découle du droit objectif. Ce « droit de vouloir juridiquement » défini comme liberté, n'existe plus, « l'homme n'a point le droit d'être libre ; il a le devoir social d'agir, de développer son individualité et de remplir sa mission sociale. »⁴ Le commerce juridique apparaît bien dans sa dimension d'actualisation du droit objectif, de l'expression du collectif au cœur de la volonté/liberté du sujet de droit : la personnalité ne peut se trouver dans l'acte de volonté. La personne juridique est une *hypostase* ; la création métaphysique d'une réalité en soi. Elle souligne cependant l'expression de la collectivité au cœur du sujet de droit : « l'individualité s'accroît proportionnellement à la socialité et réciproquement. »⁵

279. La notion fictive de *personne* joue un rôle de « support conceptuel, » un *métalanguage* dans le discours juridique. Elle agit comme « véhicule rassembleur d'autres signifiants afin de produire un sens nouveau qui ne dépend que du choix et de la combinaison des composantes attribuées à la personne. »⁶ Elle est un support unitaire jouant un rôle de représentation, *i.e.*

¹ DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 49.

² DUGUIT (L.), *Leçons de droit public général*, *op. cit.*, p. 95.

³ DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 2008, pp. 8-10.

⁴ DUGUIT (L.), *Les transformations générales du droit privé*, *op. cit.*, p. 37.

⁵ DUGUIT (L.), *Études de droit public. I. L'État, le droit objectif et la loi positive*, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, Édition Albert Fontemoing, 1901, Chapitre II : « la règle de droit. »

⁶ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, *op. cit.*, p. 254.

rendant présent pour le réel juridique ce qui en est absent, et une fonction grammaticale qui est celle d'actualiser le sujet. Partant, la personne juridique a une fonction *prédicative* qui est que seule le sujet est la marque de la volition juridique, et une fonction *référentielle*, qui correspond à une fonction attributive d'action¹. La personne permet de rendre présent à la réalité juridique : « la personne ne prend de contenu que par les prédicats qu'elle abrite, »² et selon les prédicats reçus, elle permet de conférer une présence et une actualisation dans le discours juridique. Ainsi, si les droits de l'homme se fondent sur l'universalité de la personnalité juridique, ils se fondent alors sur l'universalisation d'une orientation identitaire. En effet, cette personne juridique, plus ou moins humaine, « synthétise les représentations sociales de l'humain, les aspects dignes de protection en raison de l'image que le collectif renvoie aux sources du droit, de ce que sont les éléments constitutifs de l'humain. »³

280. L'orientation pluraliste de la personnalité juridique comme personne humaine tend à contextualiser le sujet de droit. Aussi, ce dernier n'est sujet de droit que précisément s'il se conforme aux prédicats identitaires projetés sur le concept de personne. La personnification est une forme d'accord de l'ordre juridique pour s'adresser à tel ou tel sujet qui en tant qu'il est identifié, d'une certaine manière, peut être sujet de droit. L'individu fait, par conséquent, l'objet d'une adresse performative qui le fait exister en tant que réalité juridique, selon une certaine identité. Mais l'individu doit, d'abord, faire l'objet d'une adresse identificatoire. En fixant les conditions de la personnification, le droit public ne fait que systématiser une orientation phénoménologique, en direction de certains sujets. L'octroi de la personnalité personnifie l'ordre juridique dans son ensemble et l'adresse de personnification est, aussi, une adresse de normalisation. Le sujet de droit n'est personnifié qu'à travers les éléments qui sont nécessaires au commerce juridique, établissant de la sorte une hiérarchie des sujets de droit. Il s'agit d'un pouvoir collectif sur le sujet, qui devient l'expression juridique de l'orientation identitaire d'une collectivité. Ainsi, le sujet est à l'image de l'État et l'État est bien à l'image du sujet : l'État projette les éléments de la subjectivité juridique. L'unité de la personne est l'expression directe de la souveraineté qui s'adresse à *certain*s sujets : la personnification est un acte social de normalisation. La *personne* est bien une qualification juridique orientée.

¹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, pp. 257-258.

² BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 282.

³ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 296.

b- La personne humaine comme concaténations identitaires

281. Si la personne juridique est une qualification juridique orientée, elle est une fiction *performative* car elle produit une réalité juridique. Or, l'universalisme au fondement du droit public s'exprime à travers l'universalisation de la personne comme structure et d'un individu abstrait de ses attaches concrètes. Il y a, au fondement de l'universalisme juridique, une concaténation identitaire. Loin d'être une *fiction*, la personnalité serait une *abstraction* : « comme pour participer à une soirée costumée, il faut un masque, une persona, pour accéder au droit en tant que sujet. (...) N'entre pas qui veut ; il faut être coopté. »¹ Les prédicats de cette personne font l'objet d'un choix. C'est une reconstruction de la réalité sociale par le discours juridique. Cette orientation de la personne s'inscrit dans une orientation identitaire constitutive de la personne. Ainsi, « chaque figure du sujet correspond aux exigences du rapport de droit entretenu qui donne à voir les caractéristiques souhaitées. »². Le système juridique sélectionne les composantes identitaires qui pourront faire l'objet d'une réception et transiter à travers la frontière identitaire de la normalité juridique. Le corps est intégrateur car où il contribue à positionner la personne dans la réalité juridique. Selon l'identification du sujet, ce dernier ne peut se mouvoir, également, dans la sphère publique. La condition du sujet est liée à sa corporéité, qui le situe dans le temps et l'espace. La subsumption du corps du sujet, par l'abstraction de la personnalité, traduit la naturalisation d'une *certaine* corporéité du sujet. Le mécanisme d'identification est double : la fiction de la personnalité projetée des prédicats identitaires sur la personne, comme support de socialisation du sujet, et fonctionnant par abstraction ; la naturalisation de la structure identitaire normale du corps abstrait du sujet.

282. La structure identitaire du constitutionnalisme est projetée sur un sujet juridique dont le corps est recréé dans le discours juridique, puis naturalisé, relativisant les frontières de l'espace privé et de l'espace public. La personnalité juridique est un centre identitaire orienté d'imputation normative : ce phénomène de reconnaissance est un agencement identitaire. En étant identifié comme personne juridique, l'individu accède à la dignité juridique, en même temps que son comportement est lui-même standardisé. La personne humaine explicite ce contenu normatif venant se loger dans le phénomène d'identification de la personnalité. En découle, notamment, une explicitation nouvelle de l'ordre public identitaire. L'humanisation de la personnalité juridique implique un questionnement nouveau autour de la problématique

¹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., pp. 314-315.

² BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public*, op. cit., p. 313.

identitaire, dans la mesure où « l'identité constitue donc l'ancrage de la personne. »¹ Si la concrétisation de la personne implique une prise en compte de l'identité du sujet, elle est aussi la réaffirmation des frontières identitaires de ce sujet : « la reconnaissance juridique de choix personnels est souvent perçue comme la consécration de groupe minoritaire. »² La concrétisation vient confirmer l'indisponibilité de la personnalité. En effet, l'humanité est réaffirmée au cœur de chaque sujet³. L'humanité étant elle-même un concept *a priori* orienté, le pluralisme possible lié à la socialisation de la personne juridique s'inscrit toujours dans les interstices de ce qui est considéré comme digne des normes identitaires de l'humain.

283. L'ordre public de la personne humaine est lié à une représentation de cette humanité. L'État trouve ainsi sa matérialisation corporelle dans la dialectique de la dignité objective de l'humain, et la dignité subjective de la personnalité juridique du sujet. L'homme de 1789 est désormais situé. Paradoxalement, la dignité de la personne humaine est, aussi, ce qui rend vulnérable le sujet de droit au processus de reconnaissance et d'assujettissement, par lequel le droit public le saisit, à travers la figure de la personnalité juridique. Le pluralisme encadré par les normes morales de l'identité et du normal, vient enraciner le sujet juridique, titulaire des droits fondamentaux. Chaque droit fondamental vient réaffirmer les limites identitaires d'une collectivité, *i.e.* la force illocutoire de la dignité de la personne humaine. Le sujet est enfermé, s'agit-il d'une orientation identitaire, implicite ou explicite, dans une double condition de *dignité* et de *vulnérabilité*, dont on lui dicte les termes de constitution. L'orientation humaine de la personne n'est que l'explicitation d'une orientation identitaire de la personnalité. Elle s'inscrit dans cette *fragilité* liée au processus foucauldien d'assujettissement ou hégélien de reconnaissance : à l'adresse contextuée par laquelle un individu est interpellé correspond la réaffirmation d'un ordre public identitaire. L'universalisme juridique est construit autour de la promotion d'un certain dehors constitutif identitaire. Alors que le refoulement a démontré que la réitération traumatique de la Révolution permettait en creux de situer le sujet, ce dernier a été lui-même déjà identifié selon une certaine structure de normalité, à travers ce processus d'identification pathologique, qu'est la figure de la personnalité juridique. Le sujet de droit est sujet, lorsqu'il se conforme aux termes de cette identification. La personne est concaténation identitaire. Aussi, un mouvement corollaire vient *naturaliser* cette concaténation identitaire.

¹ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 528.

² BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 549.

³ BIOY (X.), *Le concept de personne humaine en droit public, op. cit.*, p. 697.

2- Identification et abstraction de l'identité du citoyen : naturalisations françaises

a- La dialectique identité / différence au fondement de l'abstraction : naturaliser

284. La naturalisation de l'identité du citoyen français s'explique par la dialectique identité / différence à la base de l'abstraction (a), qu'il est possible d'illustrer avec le féminisme (b). L'héritage de 1789 s'est traduit par un rejet de la différence comme inégalité de nature ; l'égalité a, de la sorte, était tournée vers l'identité¹. Le projet révolutionnaire d'une citoyenneté égalitaire, en réaction au féodalisme, impliquait *une identité politique de statut*. L'égalité politique des citoyens avait vocation à s'appliquer à l'ensemble des individus, encore fallait-il s'entendre sur ce qu'on entendait par les catégories « individus » « égalité » et « citoyenneté. » C'est, ainsi, que l'on peut lire cette remarque de M. Ozouf sur l'idée d'égalité durant la Révolution française : « c'est dans le terreau de l'égalité des droits (...) que fleurit l'infinie différenciation des individus. »² Le problème est bien celui de l'égalité *politique*³. Partant, « la possibilité d'extension illimitée de l'exclusion, puisque la ligne de démarcation entre les citoyens égaux et les étrangers à la nation est une frontière intérieure, déplaçable à merci. »⁴ Camouflant cette inégalité réelle derrière une égalité formelle, l'égalité juridique a contribué à une identité politique, soutenue par une différence de *nature*, toujours déplaçable.

285. Comme l'explique Scott, « l'universalisme – l'identité et la mêmeté de tous les individus – est défini comme l'antithèse du communautarisme. »⁵ L'universalisme républicain implique que la mêmeté soit la base de l'égalité ; cette mêmeté est une abstraction, destinée à achever l'égalité politique formelle des individus, devant le droit. Or, cette identité de statut n'est-elle pas elle-même l'abstraction d'une structure identitaire, construite à partir de différences axiologiques de nature ? La dialectique de l'identité et de la différence se construit à partir de la naturalisation d'une inégalité sociale intrinsèque, qui ne peut être résolue que par l'uniformisation dans l'identité, ou par la détermination de ce qu'est une différence pertinente. J. Scott le note parfaitement, « l'abstraction permet aux sujets d'être conçus comme le même (l'universel), la mêmeté étant mesurée à partir des termes concrets de l'être (français). »⁶ Le maintien de l'unité de la Nation passe par le refus de la reconnaissance de la différence, décrit

¹ ROSENFELD (M.), « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, pp. 177-194.

² OZOUF (M.), « Égalité », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *op. cit.*, 2007, pp. 139-163, p. 140.

³ OZOUF (M.), « Égalité », *op. cit.*, p. 152 : « l'égalité formelle n'est accordée que pour mieux refuser l'égalité réelle. »

⁴ OZOUF (M.), « Égalité », *op. cit.*, p. 155.

⁵ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2007, p. 11, (nous traduisons).

⁶ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, *op. cit.*, p.12, (nous traduisons).

par M. Rosenfeld, comme un processus dialectique en trois temps : la différence comme inégalité ; l'égalité comme identité ; l'égalité comme différence. Ce que ne souligne pas M. Rosenfeld dans le choix de ce concept dialectique, son *impensé*, est en réalité ce qui pose *problème* : le pluralisme nommé est naturalisé. Deux difficultés peuvent être soulignées.

286. D'une part, dans la dialectique hégélienne, ce processus dialectique débute par une scène constitutive d'assujettissement, où le maître et l'esclave se constituent mutuellement ; c'est une scène attributive d'identité dans la différence, une interpellation performative. À la vulnérabilité de l'un à l'autre, s'ajoute l'interpellation sociale attributive d'une différence de nature et de valeur, dans l'identité. La dialectique hégélienne débute par une reconnaissance performative inégale. L'attribution des identités n'est pas interrogée dans le schéma de M. Rosenfeld, alors que la question de l'égalité commence, précisément, dans la désignation de la différence pertinente. D'autre part, la dialectique hégélienne n'est pas un processus de recouvrement des contraires, dans une synthèse globale, mais une définition en déplacement. La naturalisation d'une différence dans l'identité, lors de la scène de reconnaissance, n'est pas remplacée par une égalité comme identité, mais toujours *resignifiée* dans un autre contexte¹.

287. Aussi, la même scène liminale d'interpellation est rejouée, sans cesse, tout en conservant la naturalité de l'identification. Cette dialectique ne réinterroge pas la scène introductive d'attribution d'une différence, mais prend la différence dans l'identité comme donnée. Cette dialectique conduit à naturaliser une différence de position. En somme, l'identification est bien pathologique, puisque l'artifice de l'attribution liminale d'identité est réduit par catachrèse à la réalité vécue du sujet. L'identification du sujet à travers la construction juridique fictive de la personnalité, s'est faite à partir de l'abstraction d'un individu social. Or, cette projection pathologique n'opère qu'à partir de l'abstraction d'identités et de différences déjà nommées et naturalisées. Partant, le débat sur l'identité fait l'objet d'une *dérive tropologique* consistant à politiser l'identité, et *catachrétique* consistant à naturaliser une identité, à travers un pluralisme nommé. Cette idée sera développée à partir du féminisme, possibilité souvent écartée². Comme le note J. Scott, « les féministes sont entrées dans l'histoire comme sujets politiques exclus. Leur agentivité était produite comme une

¹ BUTLER (J.), *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XXe siècle*, P.U.F., coll. Pratiques Théoriques, Paris, 2011.

² SCOTT (J.W.), *The Fantasy of Feminist History*, Duke U.P., coll. Next Wave Provocations, Durham and London, 2011.

contradiction pour le discours des droits universels de l'homme. »¹ Au-delà de la fiction du citoyen coupé de ses attaches identitaires, ce processus de l'abstraction est *masculinisé*.

b- Féminisme et République : l'ontologie masculine de la citoyenneté française

288. L'abstraction à la base de la personnalité du sujet serait essentiellement orientée vers une structure identitaire ; l'exemple du féminisme juridique en est patent. La démonstration aurait pu avoir pour objet l'orientation ontologiquement hétéronormatives et colonialiste de l'universalisme républicain, ainsi que des travaux l'ont démontré, par ailleurs². Le débat autour de la question du féminisme a été relancé en France avec deux controverses, marquant le paradoxe français du féminisme, dans l'héritage révolutionnaire et libéral des lumières³. La première avait trait à une révision de la Constitution, afin d'y inclure l'égalité de genre, entre l'homme et la femme, et les lois sur la parité. La seconde avait trait au port du voile par les femmes musulmanes. Dans les deux cas, faire la loi a consisté à faire le genre⁴ ; plus encore, faire le genre a contribué à faire la « bonne nation républicaine. »⁵

289. Ce débat autour du féminisme et du multiculturalisme a contribué à réaffirmer l'essence de l'être français, s'engageant, ainsi, dans la détermination virtuelle d'une *bonne* communauté nationale⁶. L'universalisme implique l'assimilation à une culture unique. Partant, assumer les termes du républicanisme permettait au féminin d'être intégré dans la construction d'un imaginaire national. Il s'agissait, en somme, d'assumer la naturalité du genre pour déplacer les frontières de la Nation. Ces controverses ont, en effet, révélé la difficulté française à déconstruire la catégorie socio-politique de *femme*⁷ et la naturalité dans laquelle elle est enchâssée. La difficulté à penser l'identité dans le constitutionnalisme se situe, précisément, dans le rôle politique des identités naturalisées : les féministes ont assumé la grammaire du

¹ SCOTT (J.W.), *Only Paradoxes to Offer. French Feminists and the Rights of Man*, Harvard U.P., Cambridge and London, 1996, p. 124, (nous traduisons).

² BERSANI (L.), « The Gay Outlaw », *Diacritics*, 1994, vol. 24, n°2-3, pp. 4-18 ; « Sociality and Sexuality », *Critical Inquiry*, 2000, vol. 26, n°4, pp. 641-656. MERRICK (J.) and SIBALIS (M.) (eds.), *Homosexuality in French History and Culture*, Journal of Homosexuality, n°41:3-4, 2001. JACKSON (J.), *Living in Arcadia. Homosexuality, politics and morality in France from the Liberation to AIDS*, The U. of Chicago P., Chicago and London, 2009. POSTORELLO (T.), *Sodome à Paris. Fin XVIIIème-milieu XIXème siècle : L'homosexualité masculine en construction*, Creaphis Éditions, Paris, 2011. SABSAY (L.), « The Emergence of the Other Sexual Citizen: Orientalism and the Modernization of Sexuality », *Citizenship Studies*, 2012, vol. 16, n°5-6, pp. 605-623.

³ BRUGÈRE (F.), « Le Féminisme et le Libéralisme. En marge des Lumières », *Esprit*, 2009, vol. 8, pp. 171-188.

⁴ LÉPINARD (É.), « Faire la loi, faire le genre : Conflits d'interprétations juridiques sur la parité », *Droit et Société*, 2006, vol. 62, n°1, pp. 45-66, p. 64.

⁵ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, *op. cit.*, p. 6 : « this image of France is mythical ; its power and appeals rests, to a large degree, on its negative portrayal of Islam. »

⁶ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, *op. cit.*, p. 10 : « the way in which the representation of a homogeneous and dangerous 'other' secured a mythic vision of the French republic, one and indivisible. »

⁷ LÉPINARD (É.), « « Malaise dans le concept ». Différence, Identité et Théorie féministe », *Cah. du Genre*, 2005, vol. 39, n°2, pp. 107-135.

républicanisme, ce qui a conduit à opposer féminisme et multiculturalisme, notamment¹. La réforme paritaire a traduit la force de la pensée du républicanisme à la française : l'égalité abstraite des citoyens, pensée à partir d'identités de nature, de l'ordre de la transcendance.

290. Le débat autour du voile révèle la difficulté liée à la différence des sexes, dans le processus d'abstraction configurant la citoyenneté politique du sujet, postérieur à 1789 : qu'est-ce qui est jugé comme universellement désirable ? Longtemps, l'obstacle à cette même chose fut la différence des sexes : les femmes représentaient la différence sexuelle et ne pouvaient de ce fait être abstraites de leur sexe, à la différence des hommes. Cet excès des femmes était réservé pour la transcendance naturelle. Par conséquent, l'individu abstrait était synonyme de masculinité : la différence sexuelle des femmes était entendue comme une distinction naturelle. En ce sens la naturalité de l'identité n'était pas qualifiable à la procédure d'abstraction, présidant à la désignation de la personnalité juridique. Étant naturalisées en tant que catégorie identitaire, le féminisme juridique allait, ainsi, chercher à faire reconnaître la nécessité de ce traitement différentiel, à assumer la différence de nature, et au déni du problème représenté par le sexe pour la théorie politique républicaine. Insister sur le caractère naturel de la différence des sexes a permis d'insister sur cette immutabilité de la République, dans sa présentation corporelle. Le mythe de l'universalisme républicain opère comme le voile d'une certaine structure identitaire. Un paradoxe certain s'y loge : afin d'être admises comme citoyennes politiques, les femmes devaient endosser la naturalité de l'identité *femme*, que lui propose l'universalisme français et, qui l'en exclut *ab initio*, comme incapable d'être abstraite d'une identité *de nature*. Ce paradoxe se loge au cœur du projet féministe du XVIII^{ème} siècle au milieu du XX^{ème} siècle, comme le démontre l'ouvrage de Joan Scott.

291. La période courant de 1789 à 1944, est révélatrice de cette essence sexuelle de la citoyenneté politique. En effet, par une sorte de logique circulaire, une essence présumée des hommes et des femmes devient la ressource justificatrice du droit et des politiques publiques. L'autorité ultime invoquée fut un argument de « nature. » Le paradoxe du féminisme de cette période était qu'afin de combattre l'exclusion dont elles étaient victimes, les femmes devaient assumer la différence même qu'elles cherchaient à combattre. Aussi, « la différence sexuelle était établie non seulement comme fait de nature, mais aussi comme base ontologique pour la différenciation sociale et politique. »² Le paradoxe construit sur le langage contradictoire du

¹ LÉPINARD (É.), « Malaise dans le concept », *op. cit.*, p. 125.

² SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer*, *op. cit.*, 1996, p. 3, (nous traduisons).

républicanisme, a assimilé l'individualité à la masculinité. Cette rhétorique révolutionnaire a fait de l'individu abstrait la base de sa philosophie – comme plus petit commun dénominateur – alors que l'histoire de cette République n'a jamais reposé sur une telle notion inclusive : l'individu abstrait a toujours reposé sur la définition de son « Autre. » La différence organique des sexes a signifié des *capacités* distinctes. La difficulté de l'universalisme vient clore les questions possibles sur les mécanismes, par lesquels il établit les limites à l'individualité, qui peut être abstraite. La masculinité était assimilée à l'individualité ; la féminité était l'Autre de l'individualité. La naturalité de la définition de la féminité assurait l'abstraction masculine politique de la citoyenneté : au-delà des contextes juridiques distincts, se loge, précisément, la répétition de cette dialectique, du politique et du naturel. Ainsi, si l'universalisme « à la française, » semble exclure la notion politique de minorité, c'est que l'abstraction individuelle est déjà construite sur la naturalité des prédicats identitaires, de hiérarchies et d'exclusions.

292. Le combat mené par O. de Gouges lors des années précédant et suivant la Révolution française, symbolise ce statut de la femme, *objet et sujet*, pour le législateur révolutionnaire. Alors que des droits civils sont garantis aux femmes en matière de mariage, notamment, elles demeurent objets de la citoyenneté politique. Avec la déclaration des droits de la femme de 1791, de Gouges entendait lancer une discussion sur la représentation de l'individu abstrait : la représentation reflète-t-elle une réalité antérieure ou crée-t-elle la possibilité d'imaginer une telle réalité ? Son combat vise à rechercher les termes par lesquels elle pourrait se représenter, et cette capacité à l'auto-représentation signifiait l'accès à la citoyenneté politique. Le combat pour la possibilité d'une représentation propre venait fragiliser la construction révolutionnaire d'une organisation naturelle et identifiée du monde social, la distinction du public et du privé, de la vertu et de la raison, du masculin et du féminin. La contradiction dans le discours de O. de Gouges, entre pertinence et absence de pertinence de la différence sexuelle, était qu'elle ne cherchait pas à établir la ressemblances des hommes et des femmes, et être qualifiée pour l'abstraction de la citoyenneté, mais à réfuter l'équation prédominante entre citoyenneté active et masculinité en associant les femmes, en tant que femmes, à cette citoyenneté active.

293. Cette distinction de la citoyenneté, active et passive, reposait sur des formes de raisonnement antérieures à 1789, et définies selon une ligne de genre à la Révolution, à partir d'une lecture des organes sexuels. Ainsi, elle assumait le rôle préservé de manière instrumentale aux hommes, afin de le rendre disponible pour les femmes. La subjectivité politique des femmes passait, donc, dans le projet de O. de Gouges par le fait d'assumer cet

assujettissement naturalisé de la différence sexuelle. Par conséquent, « elle cherchait à assurer l'individualité de la femme, non en rejetant la différence sexuelle, mais en en égalisant les effets. »¹ Cette identification imaginative des femmes aux hommes impliquait non pas de restructurer l'identité sexuelle elle-même, mais d'élargir ses possibilités sociales et politiques. L'abstraction procède d'une division genrée du monde : « viciant alors l'idée même de l'universalité la constituant comme couverture pour les intérêts (masculins) particuliers, »² en assurant et protégeant par conséquent une représentation masculine de l'universalité.

294. Cette contradiction au cœur du projet républicain de l'universalisme peut-être retracée tout au long du XIX^{ème} siècle, et notamment sous la figure de J. Deroin lors de la Révolution de 1848, avec la rhétorique des devoirs des citoyens³. Son projet, insistant sur la différence des femmes, est une forme de ré-articulation féministe de la critique de l'individualisme par le socialisme utopique : insister sur la différence sexuelle, comme unité de base de l'humanité, permettait de constituer une alternative à l'individualisme. C'est la dimension individualiste de l'universalisme républicain qui est réarticulée, toujours à partir de cette naturalité de la différence des femmes. Son projet se situait dans l'articulation des droits et des devoirs, dans le contexte de la Deuxième République : respecter ses devoirs, c'était aussi, avoir des droits et être incluses, dans la communauté politique. L'identité *femme* articulée sous cette République, fut la figure de *la Mère*. Assumer les devoirs de mère impliquait, selon Deroin, la possibilité d'avoir des droits : la maternité devient, dans le discours féministe, un travail productif et est assumée comme un trait définitoire d'une vision sociale de complémentarité de l'homme et de la femme. La distinction d'agentivité politique devait être effacée sous la naturalité de cette complémentarité. Le foyer était assimilé à l'État et la politique devenait, ainsi, le domaine des femmes : en intensifiant la naturalité des différences, Deroin cherchait à consolider, dans le contexte constitutionnel qui lui était disponible, une identité politique pour la femme. Deroin fait tomber l'exclusivité spatiale hommes – femmes fondée sur une nature de la différence sexuelle, mais vient construire une commune identité politique dérivant des devoirs politiques de citoyens, toujours, par contre, à partir de cette naturalité de la catégorie identitaire *femme*.

295. Le contexte constitutionnel de la Troisième République a vu la réarticulation de l'identité féminine avec le combat de H. Auclert⁴, et le développement de la question *sociale*.

¹ SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer, op. cit.*, 1996, p. 41, (nous traduisons).

² SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer, op. cit.*, 1996, p. 42, (nous traduisons).

³ SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer, op. cit.*, 1996, p. 57.

⁴ SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer, op. cit.*, 1996, p. 90.

Sa perspective vise à réévaluer l'individualisme républicain à travers la dialectique du groupe et de l'individu. Le citoyen abstrait commençait à être socialement situé : il n'y avait aucun moyen de faire cas d'un intérêt spécifique féminin, lorsque le but était l'égalité avec les hommes. C'est le paradoxe de la différence sexuelle. Par conséquent, c'est aussi, l'articulation entre homme et femme, qui était à réorganiser. L'intérêt de l'État pour le social, conduisait à abandonner la notion de masculinité, au fondement de l'État ou, plus spécifiquement, à *distribuer* la masculinité, parmi ses citoyens. Pour Auclert, l'explication de l'exclusion des femmes par la théorie de l'évolution, n'était pas recevable, ni compatible, avec les idéaux égalitaristes de 1789 : si les femmes étaient exclues, c'est parce que l'inégalité politique était un effet de la division sociale du travail. La privation de droits civiques pour les femmes était la conséquence d'une dépolitisation de la question sociale : si les femmes sont assimilées à la sphère sociale, alors leurs droits passent par la capacité de représentation politique du social.

296. Son discours était profondément républicain, puisqu'elle cherchait à démontrer que les femmes pouvaient être des citoyennes. Cependant, ce discours était ancré dans l'orientation genrée d'une différence de nature et en particulier « elles devaient aussi établir leur différence par rapport aux femmes qui symbolisaient tout ce qui était politiquement dangereux pour la République. »¹ Le corps féminin présentait deux dangers pour la République : le premier trope était celui d'un corps ultra-sexualisé, le second était celui d'un corps ultra-religieux². Le projet de Auclert est, donc, paradoxal autant dans sa mise en évidence des limites du projet de construction d'un sujet républicain masculinisé, que dans sa réaffirmation de cette partition ontologique du monde social. Cette analogie entre la famille et l'État laisse une place pour la promotion des intérêts des femmes ; la promotion d'une coopération parentale en lieu et place de la règle paternelle. La représentation politique des femmes était le moyen de viriliser la République, puisque la cosmologie républicaine était la complémentarité homme – femme.

297. Ce paradoxe a enfin, été réaffirmé cette fois sous les traits d'un individualisme radical, avec M. Pelletier, dans l'entre-deux-guerres³ : son but était de *faire* les femmes avant de leur *attribuer* un sexe. Aussi, le problème de Pelletier était celui de la signification. La partition du masculin et du féminin était, alors, respectivement celle de l'intellect et du mot. L'énonciation d'un mot implique une perte de masculinité. Par contre, il laisse la possibilité à une femme, si la masculinité n'est pas liée à une partition organique du monde, d'endosser cette masculinité

¹ SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer, op. cit.*, 1996, p. 100, (nous traduisons).

² SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer, op. cit.*, 1996, pp. 101-102.

³ SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer, op. cit.*, 1996, p. 125.

et de devenir, partant, un véritable sujet de droit. L'accès à la condition de sujet (juridique) était, une nouvelle fois liée à la masculinité et à cette partition genrée du monde : la différence sexuelle apparaissait comme une différence antérieure à toute signification¹. Cela impliquait que dans le féminisme de Pelletier, le statut propre du genre, en tant que représentation linguistique, n'est jamais devenu une préoccupation. L'individualité était une transcendance (masculinisée) vis-à-vis de toute appartenance groupale. La matérialité féminine du corps n'est pas jugée nécessaire pour accéder à l'individualité masculine de la subjectivité juridique. Le féminisme de Pelletier est donc construit autour d'une *répression* de cette partition genrée pré-linguistique du monde. La masculinité est dorénavant envisageable pour chacun des corps au-delà de leurs caractéristiques physiques : la finalité était de viriliser le corps des femmes. L'accès à la communauté politique consistait à avoir accès au *phallus* masculin, en dehors de la condition organique pré-linguistique dans laquelle renvoyait l'absence de pénis. Le but des femmes est d'être reçu, dans l'individualité abstraite du citoyen, ontologiquement masculine.

298. Ces éléments sur l'histoire du féminisme républicain démontrent que le « féminisme n'était pas une réaction au républicanisme, mais l'un de ses effets, résultant de propositions contradictoires relatives aux droits universels de l'individu, d'un côté, et aux exclusions attribuées à la 'différence sexuelle', de l'autre. »² L'inclusion politique dans la communauté des citoyens consiste à abstraire et à naturaliser les identités, et non pas à les dépasser. Le féminisme a donc toujours rejoué sa propre scène traumatique d'identification. Partant, la citoyenneté politique est ontologiquement construite sur un phénomène d'abstraction, orienté vers la promotion de certaines identités. La citoyenneté politique d'individus égaux est tournée vers la naturalisation de ces conditions identitaires de possibilité. Aussi, « à la différence de toutes les autres sociétés déchirées par la haine (...) la France offrirait le modèle heureux d'une société universaliste où la reconnaissance d'une identité commune à tous les citoyens garantirait à chacun ses droits. »³ Partant, « l'universalisme, **qui a toujours un contenu particulier**, se manifeste, comme il le fait dans le discours dominant sur (et contre) les identités minoritaires, **par une distribution inégale des particularités.** » L'hégémonie se serait déguisée sous les traits de l'universalisme naturalisant une différence identitaire, *en soi*.

299. La question du pluralisme au-delà de sa forclusion de principe est indépendante de la disponibilité d'instruments juridiques visant à sa promotion : le féminisme démontre dans

¹ SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer*, op. cit., 1996, p. 133.

² SCOTT (J.W.), *Only paradoxes to Offer*, op. cit., 1996, p. 168, (nous traduisons).

³ BERSANI (L.), *Homos : Repenser l'identité*, Fayart, Paris, 1998, p. 11.

quelle mesure l'agentivité dépend des contextes identitaires, au-delà de la perspective libérale de la protection de droits garantis. Par ailleurs, et surtout, cet exemple permet de déconstruire ce fantasme de l'égalité formelle de citoyens, abstraits de leurs appartenances, promue par l'universalisme juridique, postérieur à la Révolution de 1789. Le mécanisme de l'abstraction est ancré dans une structure identitaire : la dialectique identitaire de l'universalisme juridique français est celle du politique et de l'ontologie de nature. Le sujet est structurellement ancré dans une identité, l'identifiant et le situant sur l'espace public et, conditionnant son agentivité de sujet, au-delà de l'individualisme juridique libéral. Les sujets juridiques français ne sont, à aucun moment, égaux dans leurs relations à l'espace public. L'universalisme français est une certaine structure identitaire naturalisée. Cette orientation identitaire de l'universalisme en France révèle, en définitive, une gouvernamentalité administrative française du pluralisme.

C- L'État pluraliste et le pluralisme administratif : une particularité française

300. La généalogie matérielle du pluralisme démontre, en droit public, que ce dernier se manifesterait plutôt au niveau *administratif*. C'est, d'ailleurs, une conclusion à laquelle était parvenue une étude classique sur le pluralisme juridique dans le droit britannique¹. C'est, ainsi, que le différentialisme reconnaissant de O. Bui-Xian est un différentialisme *administratif* ; c'est, ainsi, que l'on peut lire, aussi, le développement de la problématique administrative des *droits subjectifs*². Par ailleurs, au-delà du rejet du différentialisme par l'universalisme, c'est au niveau administratif que l'on a vu se développer des accommodements identitaires³. Cela peut paraître paradoxal tant la garantie de l'État de droit semble liée en France, à la promotion de la norme constitutionnelle, à un contrôle de la constitutionnalité ou à la norme législative généralement. C'est logiquement que B. Kriegel oppose État de justice et État administratif⁴ puisque cela s'inscrit dans la critique tocquevillienne de l'Ancien Régime et du système post-révolutionnaire⁵. Or, N. Foulquier a démontré que le droit administratif s'était construit à travers une subjectivisation et, notamment, ces droits publics subjectifs des administrés. Cette subjectivisation du droit administratif serait un trompe l'œil se manifestant doublement pour

¹ ARTHURS (H.W.), *'Without the Law'. Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, U. of Toronto P., Toronto, 1985.

² FOULQUIER (N.), *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIXème au XXème siècle*, Dalloz, coll. Nlle Bibl. de Thèses, vol. 25, Paris, 2003.

³ SUHAS (M.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique : Approche comparative Québec-France*, Mémoire de Master 2, Droit Public Fondamental, Université Bordeaux IV, 2008.

⁴ KRIEDEL (B.), *Philosophie de la République*, *op. cit.*, pp. 86 et suivantes ; *État de droit ou Empire ?*, *op. cit.*, 2002.

⁵ KRIEDEL (B.), « Centralisation », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007, pp. 67-85, p. 68.

le professeur Delvolvé¹ à travers d'une part, la reconnaissance de droits subjectifs et d'autre part, la prise en compte de la situation subjective des administrés dans le rapport administratif.

301. En effet, l'étude historique du droit administratif démontre son profond ancrage libéral, s'agit-il de l'ouverture progressive du recours pour excès de pouvoir servant « à rendre supportable par les administrés la puissance de l'État. »² C'est en droit administratif que l'on voit, ainsi, se développer les recours contentieux, bien antérieurement au droit constitutionnel. L'État administratif est, aussi, le développement progressif et libéral d'un État de droit. Ce libéralisme est au cœur de l'histoire de l'administration pour P. Legendre, « l'État libéral, dont a hérité la France du XXème siècle, était une symbiose. » Aussi, « le libéralisme juridique consistait essentiellement à résister aux entreprises éventuelles de l'administration, à contenir l'État enfermé dans ses frontières naturelles. »³ Au delà du libéralisme, une double partition justifie cette gouvernamentalité administrative du pluralisme, entre État administratif et État constitutionnel, souveraineté et compétence **(1)**, illustrée à partir de l'exemple du juge administratif et de la laïcité **(2)**, et démontrant *l'identitarisation* du droit constitutionnel.

1- Le pluralisme et l'État administratif en France : vers un État pluraliste (?)

302. Deux hypothèses expliquent cette gouvernamentalité administrative : la distinction souveraineté et compétence (a) conduisant à une partition de la notion d'État (b).

a- Souveraineté et compétence⁴

303. Cette gouvernamentalité résulte de la volonté de limiter juridiquement la compétence d'un État en action, comme personne publique, face aux droits des individus. Comme le note O. Beaud, la notion de souveraineté est une notion du droit constitutionnel, ou en tout cas qui se rapporte presque exclusivement à l'État ou à l'un de ses organes ; la compétence, elle, peut être attribuée à n'importe quelle collectivité publique, et elle est le terrain historique du droit administratif. En effet, la souveraineté n'est pas un mot courant du lexique administrativiste : « bref, la souveraineté a mauvaise réputation dans la doctrine administrativiste alors que la

¹ DELVOLVÉ (P.), « Propos introductifs : Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, op. cit., pp. 3-19.

² BIGOT (G.), *Introduction Historique au Droit Administratif Français depuis 1789*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, 2002, p. 115.

³ LEGENDRE (P.), *Histoire de l'Administration. De 1750 à nos jours*, Paris, P.U.F., 1^{ère} édition, Paris, 1968, p. 22.

⁴ BEAUD (O.), « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Association Française pour la Recherche en Droit Administratif, Lexis Nexis/Litec, coll. Colloques et Débats, Paris, 2008, pp. 5-32, p. 5.

compétence est auréolée de l'idée d'État de droit. »¹ Autant la souveraineté, renverrait à un pouvoir illimité ou soustrait au droit de l'État, autant la compétence, renverrait à l'idée d'un encadrement juridique par des normes ; celle-ci est originaire, celle-là est déléguée.

304. Fondant la sphère politique, elle n'est pas de l'ordre de la pure normativité, elle est politico-juridique ; la compétence est juridique. La compétence peut être définie, positivement à partir de trois éléments² : elle est une qualité reconnue à une personne publique ; la sphère juridique à l'intérieure de laquelle, un agent juridique est autorisé à agir ; une pluralité d'organes compétents, en concurrence. Il n'est pas aisé de distinguer la compétence, du pouvoir, et deux sens peuvent être dégagés. Dans un premier sens, la compétence est l'instrument de bornage de l'exercice d'un pouvoir, elle détermine « les contours de l'exercice de cette puissance. »³ Dans un second sens, la compétence est définie comme un pouvoir légal, c'est-à-dire une autorisation par le droit objectif : l'agent public n'est compétent pour prendre un acte que lorsqu'il y a été autorisé par l'ordre juridique objectif. La compétence est, selon Jèze, « le pouvoir légal de faire des actes juridiques » ; il s'agit d'une habilitation. La distinction entre souveraineté et compétence proviendrait, en définitive, de l'absence dans le lexique constitutionnel, d'expression pour décrire la face *interne* de la souveraineté étatique.

305. Aussi, la compétence n'existe juridiquement que parce qu'il y a eu souveraineté⁴. La souveraineté semblerait échapper à l'analyse juridique, de même qu'à la limitation par le droit ; sur ce double plan, cela ne semblerait pas être le cas de la compétence. La compétence permettrait d'éclairer l'État en tant que personne publique : dans son pôle institutionnel en tant que pérennisation et impersonnalisation du pouvoir, l'État, comme institution, peut être remplacé par l'État, comme personne. La compétence est, dès lors, rattachée à la personnalité publique : les organes de l'État ont des compétences ; les titulaires de fonctions publiques ont des droits subjectifs. Dans cette perspective jellinéquienne, il s'agit de « penser l'État moderne comme étant l'opposé de l'État patrimonial qui confond le pouvoir et la chose »⁵. Jellinek construit ce pôle objectif de la théorie de l'État – interne – sur une dynamique de la reconnaissance (identitaire). La compétence permet de lutter contre l'État patrimonial. La compétence permettrait de penser le pôle objectif, ou institutionnel, de l'État, en dehors du trope politico-juridique de la souveraineté, qui représenterait la dimension subjective, et

¹ BEAUD (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, pp. 13-14.

² BEAUD (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 17.

³ BEAUD (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 21.

⁴ BEAUD (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 26.

⁵ BEAUD (O.), « Compétence et souveraineté », *op. cit.*, p. 31.

externe, de l'État. On a, donc, pu penser, en droit administratif, l'individu et la limitation juridique de l'État et, cette conception administrativiste de la compétence, permet d'expliquer, dans une certaine mesure, cette gouvernementalité administrative du pluralisme en France.

b- État en droit constitutionnel et État en droit administratif

306. Sans doute cette gouvernementalité administrative du pluralisme trouve-t-elle une explication dans une possible partition de la notion d'État, avec un État en droit constitutionnel, et un État administratif¹. Avec l'éclairage de la distinction entre la compétence et la souveraineté, il est possible d'évaluer cette hypothèse du professeur Beaud, selon laquelle l'État en droit administratif est un État qui agit, un État en action, qui « entre en contact par l'intermédiaire de son administration avec les individus, les particuliers et les groupements. »² Cette hypothèse découle d'un constat, étonnant, qui est celui d'une possible disparition, voire un oubli, de l'État, dans la doctrine administrativiste contemporaine. Peut-être cette gouvernementalité administrative du pluralisme tient-elle à la moindre prégnance épistémologique de la théorie de l'État en droit administratif, plus empreinte de pragmatisme dans la gestion des rapports avec les administrés. Ce constat est d'autant plus étonnant que les fondateurs de la discipline du droit administratif, l'ont bâti sur le fondement d'une certaine théorie de l'État. Ainsi, l'État coopération chez Duguit permet de saisir l'État en action³, il s'agit du droit des relations en tant que personne juridique, avec une autre personne juridique.

307. Par conséquent, « si le droit administratif saisit l'État dans sa relation directe avec des tiers, le plus souvent des administrés, c'est parce que l'État intervient de plus en plus dans la vie sociale »⁴ : le droit administratif maîtrise l'État. Et, on pourrait évoquer cette idée que, la maîtrise est double : une limitation juridique et une limitation épistémologique. En tant que fin de l'État patrimonial, le droit administratif est empreint d'une théorie libérale de l'État ou de ses relations avec les administrés : l'assujettissement de ces derniers est pensé dans leur individualité face à l'État, la reconnaissance de droits à faire valoir : « Duguit a voulu mettre à jour les principes structurants qui établissent une constitution libérale de l'administration. »⁵ Borner la compétence permet l'expression d'un pluralisme, ce bornage étant plus favorable à

¹ BEAUD (O.), « L'État », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.), *op. cit.*, 2011, pp. 1-68, p. 7.

² BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 8. L'on retrouve une idée assez similaire en droit constitutionnel canadien avec la distinction entre le droit constitutionnel relationnel et le droit constitutionnel organique : BROUILLET (E.), BRUN (H.), TREMBLAY (G.), *Droit constitutionnel : 5^{ème} Édition*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2008, Introduction de l'ouvrage.

³ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 15.

⁴ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 16.

⁵ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 16.

la garantie des droits des individus. Cette conception de l'État est normative chez Duguit, elle participe de cet « idéal de limitation du pouvoir administratif par le droit administratif. »¹ Pareillement chez Hauriou, la construction théorique du droit administratif s'adosse à une théorie de l'État² : administration et centralisation sont liées à un sentiment d'égalité. En somme, le droit administratif est émancipateur : c'est le service rendu aux particuliers³.

308. L'intérêt public irréductible aux intérêts privés, permet au Doyen de penser un régime administratif en lien avec un État social : « le droit administratif devient alors, par la voie du régime administratif, un vecteur de progrès social, »⁴ il est un « instrument d'émancipation des individus. » L'État, en droit administratif est un protecteur bienveillant, un producteur de liberté. L'effacement progressif de l'État dans la pensée administrativiste, peut-être liée à trois auteurs : G. Jèze, M. Waline, et G. Vedel, marquant l'influence de plus en plus importante du positivisme, dans la science du droit public. Pour Jèze, cet effacement s'adosse à une volonté de républicaniser l'État, et, donc, à la volonté de le faire disparaître en tant que personne juridique⁵. C'est moins cet effacement, que la signification de l'État en droit administratif, qui nous importe. À ce titre, la conception de l'État du Doyen Eisenmann et du professeur F.-P. Benoît est instructive. Ainsi que le note O. Beaud, il y a un rapprochement à faire entre la conception duguiste de l'État, et celle de Eisenmann, en ce que le phénomène de croissance de l'État peut être une chance pour l'individu, dans ce processus « d'individuation de la société. »⁶ Par ailleurs, l'État est une chose concrète, *i.e.* il n'est pas indépendant des individus, auxquels il s'applique. Instructive est la proposition de F.-P. Benoît de changer la nature de l'État selon qu'on l'analyse du point de vue du droit constitutionnel, ou du droit administratif : État-Nation pour le premier, État-Collectivité pour le second.

309. On peut adopter la proposition de O. Beaud d'une pluralité de significations du mot *État* : « le droit administratif a pour principale vocation de saisir l'État comme un appareil gouvernant dans la mesure où il saisit principalement l'action des agents de l'administration. C'est seulement de façon marginale qu'il saisit l'État comme collectivité politique, comme 'État tout entier' pour reprendre une expression d'Eisenmann. »⁷ Ainsi conceptualisé, l'État administratif échappe à la dialectique du politique et de la République, et l'arrêt que constitue

¹ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 17.

² BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 18.

³ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 19.

⁴ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 20.

⁵ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 23.

⁶ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, p. 29, citant Léo Hamon.

⁷ BEAUD (O.), « L'État », *op. cit.*, pp. 34-35.

la souveraineté. Si le constitutionnalisme est la limitation juridique de l'État, la limitation juridique du pouvoir administratif, ou de l'État administratif, peut-être définie comme un *constitutionnalisme administratif*. L'on trouve un équivalent du constitutionnalisme pluraliste canadien au niveau du constitutionnalisme administratif en France : il s'agit dès lors de penser le constitutionnalisme, à travers les outils conceptuels de la pensée administrative. Ainsi, disposer de cette théorie de l'État administratif, permet de se dégager des contraintes de la pensée juridique européenne de la souveraineté descendante, en pensant la limitation juridique du pouvoir et, en pensant l'individu dans sa situation juridique subjective (voire *pluraliste*).

2- La gouvernementalité administrative du pluralisme en France : l'exemple du juge administratif français face à la liberté de religion

310. Cet angle d'analyse permet d'interroger de deux points de vue la gouvernementalité de la liberté de religion en France : d'une part, l'administrativisation du pluralisme religieux **(a)**, et, d'autre part, les effets de l'intervention constitutionnelle **(b)**. Le pluralisme administratif démontre que la citoyenneté religieuse, au cœur de la République, n'est pas égale pour tous et que, l'intervention du juge constitutionnel universalise une certaine identité de l'espace public là où certains ont cru y trouver un assouplissement des exigences de la laïcité républicaine¹. Si la laïcité administrative traduit les exigences démocratiques d'un pluralisme religieux, la laïcité constitutionnelle traduit les paradoxes identitaires de la démocratie à la française. Il ne s'agira pas ici de distinguer entre *usager* et *agent* du service public, notamment, en regard des exigences de la laïcité, mais de souligner une protection administrative du pluralisme.

a- La gestion administrative du pluralisme : l'exemple de la laïcité

311. Le projet laïc d'un espace public orienté. La laïcité soutient le républicanisme, une philosophie morale et un ensemble complexe d'idéaux et d'engagements. Cet ensemble est lié à une certaine conception de la citoyenneté politique qui s'articule autour de trois idéaux : ceux d'égalité (la sécularité *stricto sensu*), de liberté (l'autonomie individuelle) et de fraternité (la loyauté civique) pour reprendre la devise de la République française. C'est dire si la laïcité est profondément ancrée dans la structuration de l'espace public français². Le projet laïque, en tant que doctrine de la séparation des sphères religieuses et politiques, est lié à un idéal de

¹ VIOLA (A.), *La notion de République, op. cit.*, pp. 184 et suivantes.

² LABORDE (C.), *Critical Republicanism. The Hijab Controversy and political philosophy*, Oxford U.P., Oxford, 2008, p. 7.

libéralisme politique ; il est une première formulation de cette volonté libérale de combiner la protection des libertés individuelles et la diversité des conceptions du bien, dans un projet plus large de l'égalité de statut, comme norme d'appartenance politique¹. La laïcité est plus ambitieuse, en ce qu'elle produit de véritables normes d'organisation de la sphère publique². La laïcité trouve ses origines dans les principes révolutionnaires de 1789. Elle est, depuis, un principe structurant tant du droit public que du vivre ensemble, elle est un régulateur social³. De combat contre l'Ancien Régime, le laïcisme devient rapidement une religion d'État, avant d'évoluer vers une laïcité *passive* avec la loi de séparation des Églises et de l'État, de 1905⁴.

312. Dans l'esprit révolutionnaire, la laïcité se présente doublement, comme une obligation négative de non-intervention de l'État dans les consciences individuelles et, comme une obligation positive d'action, en cas de violation des droits et libertés individuels. La laïcité est entendue comme une liberté ; elle est, aussi, reliée au principe d'égalité, puisque l'État doit protéger les individus contre toute forme de discrimination. Assurant liberté et égalité, la laïcité est le terreau du tissu social de l'universalisme français⁵ ; elle est constitutive de la structure de l'État français, en tant que vecteur de transmission de valeurs⁶. Le principe de laïcité s'articule autour de plusieurs idéaux axiologiques. Il est un principe *libertarien* : l'État permet la pratique de n'importe quelle religion, dans les limites posées par l'ordre public et la protection des droits fondamentaux, et ce n'est qu'exceptionnellement que l'État intervient. Il est un principe *égalitarien* : l'État ne peut discriminer entre les religions. Il est un principe *agnostique* : l'État ne doit favoriser, ni défavoriser, une/la religion, en tant que telle. Il est un principe *individualiste* : l'appartenance groupale ne peut entraîner de traitement différencié des individus par l'État et, par ailleurs, si une reconnaissance est accordée au groupe, cela ne peut être au dépens des droits individuels. Il est un principe *d'équité* en traitant justement les individus sans attachement à leur foi : le pluralisme religieux se développe dans les interstices de l'universalisme juridique. Il est, enfin, à la fois *une identité publique homogène* et *une éthique publique* considérée comme neutre. La laïcité est une *conception* de l'espace public.

¹ LABORDE (C.), *Critical Republicanism, op. cit.*, 2008, p. 31.

² LABORDE (C.), *Critical Republicanism, op. cit.*, 2008, p. 32 : « republican laïcité endorses a more expansive conception of the public sphere than political liberalism, as well as a thicker construal of the 'public selves' which make up the citizens. »

³ BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité en droit public français*, PACTEAU (B.) (préf.), L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2011, p. 21.

⁴ VIOLA (A.), *La notion de République, op. cit.*, pp. 178-179.

⁵ BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité, op. cit.*, p. 33.

⁶ LABORDE (C.), *Critical Republicanism, op. cit.*, 2008, pp. 34-44.

313. La laïcisation a été un processus en deux temps : une *phase de tâtonnement* qui correspond au développement de l'acquis révolutionnaire et à une première dissociation entre l'Église Catholique et l'État, et une *phase d'élaboration* qui correspond à l'acquis républicain de la III^{ème} République. Dans un premier temps, l'émergence de ce droit laïc est lié à la protection de la liberté de conscience par l'article 10 de la Déclaration des droits de 1789 : la laïcité est une doctrine de la conscience¹, qui tout en allant effectivement dans le sens d'une neutralité institutionnelle face aux choix des individus, prescrit certaines normes de conduite pour les organisations religieuses. C'est, en creux, qu'il faut lire cette doctrine, puisque la Déclaration ne prévoit rien pour les pratiques collectives, découlant de la liberté individuelle : la liberté individuelle soutient le principe de laïcité, et permet un pluralisme religieux. En plaçant la Déclaration sous le patronage de « l'Être suprême, » la Révolution ne se montre pas hostile aux sentiments religieux. On fait remonter l'origine de la laïcité à l'Édit de Nantes de 1598, l'Édit de Tolérance (en faveur des protestants) de 1787 et aux doctrines philosophiques des XVII^{ème} et XVIII^{ème}². La séparation trouve un fondement dans la liberté individuelle.

314. Cette première laïcisation passe, avec la Constitution civile du clergé des 12 juillet et 24 août 1790, par la séparation de l'Église Catholique officielle de l'Église des insermentés³ venant institutionnaliser, voire nationaliser, l'Église Catholique, indiquant que les normes de la sécularité sont, historiquement, les normes religieuses du catholicisme⁴. Les fonctions ecclésiastiques deviennent un rouage de l'Administration et notamment de la centralisation du territoire ; le décret, par exemple, du 21 novembre 1790 voté par l'Assemblée, vient imposer le serment à l'ensemble des ecclésiastiques. La Constitution de 1791 consacre la liberté des cultes, et l'état des personnes est laïcisé dans sa totalité par une loi du 20 septembre 1792. La parenté civile, auparavant construite par les normes du catholicisme, est simplement retirée des mains du clergé, et confiée aux communes, qui se réapproprient les normes catholiques de la parenté. La laïcisation peut être lue comme la naturalisation de normes identitaires : même si la loi civile est l'unique loi, l'universalisme juridique est catholique. La première séparation date de la Constitution du 5 fructidor an III (1795). Une brèche est manifeste avec le Concordat du 15 juillet 1801, venant faire du culte catholique la religion d'État, et rappelant la tradition du gallicanisme : le pluralisme religieux à travers le régime des cultes reconnus.

¹ LABORDE (C.), *Critical Republicanism*, op. cit., 2008, p. 44.

² CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralisme et Convergences*, LOCHAK (D.) (préf.), L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2002, p. 19.

³ L'Église des Insermentés est aussi appelée Clergé réfractaire, c'est-à-dire cette branche des ecclésiastiques qui se sont opposés à la Constitution civile du clergé au moment de la Révolution française.

⁴ Cette constitution civile du clergé de 1790 déclenche un conflit entre les chefs de l'Église et la Révolution.

Le régime concordataire vient faire une distinction, entre régimes tolérés et régimes reconnus. En rappelant que Portalis est directeur des cultes en 1801, ces articles organiques viennent placer l'État « en régisseur des croyances. »¹ Les principes du Concordat ont organisé le XIX^{ème} siècle et M.-D. Charlier-Dagras note que si le principe de séparation est existant, il alterne entre attraction et répulsion², indiquant, par là, que si la laïcité trouve ses origines dans le projet révolutionnaire, la loi de 1905 fait figure d'exception dans l'histoire française : la sécularité laïque est déjà identifiée. Elle est un « costume mal taillé à souhait. »³

315. La proclamation de la III^{ème} République en 1870 marquerait un second temps de ce processus de consécration de la laïcité, avec un ancrage formellement législatif, et notamment à travers les nombreuses lois scolaires, portant l'illustre patronage de Jules Ferry : le 28 mars 1882, l'instruction religieuse est supprimée dans les écoles primaires. À partir de 1884, les prières publiques sont abrogées lors de la rentrée des Chambres, l'on supprime les aumôneries militaires, de même que les hôpitaux et cimetières sont laïcisés⁴. L'on retient la loi de 1905 comme ayant conduit à une double libération : les Églises, affranchies du contrôle étatique, avec la fin du régime des cultes reconnus, et l'État « libéré d'une tutelle confessionnelle. »⁵ La symbiose est scellée entre l'universalisme républicain et la laïcité, autour de cette loi de 1905, qui en devient assurément la clé de voûte. La laïcité est libérale et vient réaffirmer deux principes : la liberté de conscience et le principe de séparation, que l'on peut lire dans les premiers articles de la loi de 1905. L'article 1^{er} de la loi conduit l'État à respecter les religions et en prévenir les violations, assurant la liberté religieuse ; l'article 2^{ème} impose à l'État de ne reconnaître ni de subventionner aucun culte. L'État assure un pluralisme religieux, en ne venant pas s'immiscer dans les affaires des Églises, ce qui passe, notamment, par une absence de soutien financier, avec de multiples exceptions⁶. La loi de 1905 instaure une égalité entre les cultes, sert de fondement à l'autonomie institutionnelle des Églises et régule l'expression juridique de l'identité religieuse. La loi de 1905 est complétée, par ailleurs, par une loi du 2 janvier 1907 sur l'exercice public des cultes, et qui vient attribuer une jouissance gratuite des édifices du culte catholique aux fidèles et ministres du culte. L'affirmation de principe suffit-elle à effacer l'ancrage identitaire du catholicisme comme norme structurant l'espace public ?

¹ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 65.

² CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 20.

³ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 106.

⁴ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 75.

⁵ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 85.

⁶ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., pp. 119-124.

316. Cet idéal de structuration de l'espace public reconnu constitutionnellement en 1946, en interdisant, dans son préambule, toute discrimination fondée sur la religion, est, en revanche, plus laconique, sur la séparation des Églises et de l'État, puisque la laïcité est incluse dans le principe de neutralité. C'est une constitutionnalisation qui, principalement, vient privilégier la liberté religieuse, comprenant à la fois la liberté de pratique, et la liberté de conscience¹. La neutralité devient une garantie de la liberté de conscience² et la liberté religieuse est garantie par ricochet par le Conseil constitutionnel, à travers certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, notamment ceux relatifs à la liberté d'enseignement et de conscience, le respect de la vie privée, la liberté de communication, et d'association. Ainsi, en 1977, le Conseil rappelle que ce préambule n'implique pas un enseignement unique³ : l'État encourage le pluralisme religieux à travers le financement (obligatoire) des écoles privées⁴. L'enseignement traduirait le développement d'une laïcité tolérante confirmée en 1994⁵. La constitutionnalisation de la laïcité ancre certaines normes identitaires dans la définition des frontières de la liberté de religion. Ces normes viennent par conséquent réguler l'appartenance religieuse potentielle des citoyens, identifiés indirectement sur la base de cette appartenance.

317. C'est, précisément, le rôle de la laïcité en tant que doctrine de la conscience : la laïcisation des religions et une retenue religieuse dans la sphère publique. Avec l'obligation du respect de l'universalisme des lois républicaines, la transformation des dogmes religieux⁶ s'est faite à travers une privatisation et une individualisation de la vie religieuse, une révision des dogmes, afin d'assurer la prééminence des prescriptions étatiques, et une nationalisation des religions : l'allégeance est due à l'État. Le pluralisme est assurément très contrôlé d'un point de vue identitaire, puisque son expression sur l'espace public est une identité nationale. Ainsi, il devient évident que la laïcité vient même publiciser, en dépolitisant, le for intérieur de l'individu, qui relève, dès lors, du champ public⁷. Cette conception formelle et, *a priori* égalitaire, de l'espace universaliste laïc, a fait l'objet de nombreuses critiques marquant, ainsi, l'impossibilité d'une « laïcité pure. »⁸ L'histoire de la laïcité est liée à la structuration de l'espace, soutenant l'universalisme républicain et, à des enjeux identitaires catholiques. La laïcité est une norme identitaire *d'orientation*, conduisant à une citoyenneté différenciée.

¹ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 29.

² Décision n° 77-87 D.C. du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec. p. 42, cons. 3, P.F.R.L.R..

³ Décision n° 77-87 D.C. du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, précitée, cons. 4.

⁴ Décision n° 84-184 D.C. du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec. p. 94, cons. 41 et 42.

⁵ Décision n° 93-329 D.C. du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. p. 9 (dite Révision de la loi Falloux). VIOLA (A.), *La notion de République*, op. cit., p. 190.

⁶ LABORDE (C.), *Critical Republicanism*, op. cit., 2008, pp. 45-46.

⁷ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 38.

⁸ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 34.

318. Le juge administratif et le pluralisme. La jurisprudence administrative démontre que la laïcité n'a pas été considérée comme un laïcisme d'État ou comme une laïcité négative¹. Au contraire, jusqu'au début des années 2000 et l'affirmation de la laïcité comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République en 2001², on peut affirmer que c'est à une véritable reconnaissance positive des identités que s'est livré le juge administratif, dans une approche libérale, et même pluraliste³, du fait religieux. Il faut distinguer, du point de vue des politiques identitaires, la période administrative des libertés publiques, et constitutionnelle des droits fondamentaux. Ainsi, à une conception laïciste du fait religieux, qui correspond à une séparation stricte des deux sphères⁴, le juge administratif a préféré une approche plus pluraliste, depuis son avis du 27 novembre 1989, qui marque le bicentenaire de la Révolution française et le début de *l'Affaire du foulard*. Contrairement à A. Viola, c'est le Conseil d'État, et non le Conseil constitutionnel qui a tiré les conséquences des contraintes démocratiques du pluralisme, traduisant la profonde difficulté à interroger l'identité en droit constitutionnel⁵.

319. Le juge administratif est venu concrétiser et contextualiser la laïcité ; il est devenu l'interprète de la laïcité constitutionnelle, au détriment, dans un premier temps, du Conseil constitutionnel⁶. Il a contribué à en définir, concrètement, les frontières identitaires : cette voie, libérale, du juge administratif, a conduit à une « acceptation des divergences dans la confrontation des points de vues »⁷ ; et, à une conception « tolérante plutôt que militante » de la laïcité, ce qui le conduit à rejeter des interdictions générales et absolues, notamment en matière de ports de signes, considérés comme religieux. La laïcité, liée à la liberté religieuse, ne pouvait être utilisée pour venir restreindre la liberté de conscience. L'avis de 1989 est confirmé dans un arrêt d'assemblée de 1992, *Kherouaa*⁸. Un même pragmatisme a gouverné la solution du juge administratif, lorsqu'il dut se prononcer sur la légalité des autorisations d'absence individuelles accordées aux élèves, afin de pratiquer leur religion⁹. Les normes laïques conduisent à une différence de relation à l'espace public, évidente avec la loi du 15 mars 2004, sur l'interdiction du port des signes religieux à l'école publique.

¹ TAWIL (E.), *Normes religieuses et droit français*, op. cit., p. 29 : « la jurisprudence a clairement rejeté toute conception négative de la laïcité, refusant d'identifier la laïcité de la République à un laïcisme l'État. »

² C.E., 6 avril 2001, *S.N.E.S., Lebon* p. 171, req. n°219379, cons. 5, sur le recrutement de professeurs certifiés d'enseignements religieux.

³ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 174.

⁴ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., pp. 155-156.

⁵ VIOLA (A.), *La notion de République*, op. cit., pp. 191-194.

⁶ BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité*, op. cit., p. 123.

⁷ BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité*, op. cit., p. 124.

⁸ C.E., 2 novembre 1992, *Kherouaa et autres, Lebon* p. 389, req. n°130394 ; *A.J.D.A.*, 1992, p. 833, sur le port de signes religieux (voile) à l'école.

⁹ C.E. Ass., 14 avril 1995, *Consistoire central des Israélites de France et autres, Lebon* p. 168, req. n°125148 ; *A.J.D.A.*, 1995, p. 501.

320. L'interprétation constitutionnelle de la laïcité par le Conseil d'État traduirait un particularisme identitaire¹. En effet, la jurisprudence du Conseil d'État permet d'établir une distinction entre la laïcité constitutionnelle et le principe de séparation des Églises et de l'État. C'est l'interprétation *administrative* de la laïcité comme principe de valeur constitutionnelle. Dans ce premier cas, le juge administratif semble associer la laïcité à la neutralité et à l'égalité, en protégeant les citoyens contre toute forme de discrimination, ce qui peut le conduire à tenir compte de l'identité religieuse du citoyen. La laïcité constitutionnelle, telle qu'interprétée par le juge administratif, est souple et se fonde sur une conception égalitariste, qui peut conduire à des formes d'accommodements religieux, à l'image du droit public canadien. Dans ce contexte de l'interprétation administrative d'un principe constitutionnel, on peut définir une gouvernementalité administrative du pluralisme qui correspond chronologiquement à deux périodes : de 1989 à 1995 avec une affirmation des particularismes individuels et de 1995 à 2004 avec la consécration d'une politique de reconnaissance.

321. L'affirmation des *particularismes individuels* à travers le principe de laïcité – donc le développement des normes identitaires de la laïcité comme principe d'orientation sur l'espace public – est congruente précisément à cet avis de 1989 dans lequel le juge administratif insiste sur le respect du pluralisme et de la liberté individuelle : « le Conseil d'État a présenté avec précision sa conception de la laïcité en l'affirmant résolument ouverte et pluraliste. »² L'expression religieuse est autorisée dans les limites de l'ordre public, corporel et identitaire. Ainsi, dans la situation particulière des entreprises de tendance et des relations contractuelles qui peuvent donner lieu à l'expression d'un pluralisme juridique, la Cour d'Appel de Paris a ainsi décidé que l'absence de 25 jours d'un surveillant rituel chargé de vérifier le respect des rites alimentaires, qui avait été désigné par le *Beth Din* (tribunal rabbinique), ne pouvait valablement fonder le licenciement de ce dernier, au motif que le contrat ne prévoyait que 3 jours d'absence. La Cour d'Appel s'est fondée, expressément, sur les obligations religieuses juives³. Dans cette veine, se situent les arrêts *Kherouaa*, *Yilmaz*⁴ et *Consistoire central*, du Conseil d'État. Ces décisions viennent reconnaître un espace d'autonomie plus important pour l'expression de l'identité religieuse de l'individu et le juge doit se prononcer au cas par cas. L'accommodement est évalué avec les normes identitaires catholiques de l'espace public.

¹ VIOLA (A.), *La notion de République*, op. cit., pp. 192-193.

² CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 175.

³ C.A. Paris, 25 mai 1990, *Brami c. Arbib*, *Recueil D.*, 1990, p. 596.

⁴ C.E., 14 mars 1994, *Yilmaz*, req. n°145656, *Recueil D.*, 1995, p. 135, annulant une disposition d'un règlement intérieur d'un lycée.

322. Une *politique de reconnaissance*, à partir de 1995, conduit à une protection accrue des croyances religieuses qui traduit une « volonté d'affirmation des particularismes au sein de la collectivité et un besoin de reconnaissance de ces derniers au sein de la sphère publique. »¹ Cette publicisation des identités est, aussi, une régulation de l'expression identitaire autorisée de ces particularismes. La laïcité est bien une norme de régulation des relations de l'individu à l'espace public. Ainsi, le tribunal administratif de Lille a jugé, en 1995, que l'on ne pouvait, sous couvert de simples menaces de troubles à l'ordre public, exclure des jeunes filles qui portent le voile, dans l'enceinte de l'université². Le tribunal administratif de Bordeaux a jugé dans un sens similaire, dans le cas d'une école d'infirmière et la présence du voile à l'hôpital³ ; ou la réintégration d'un élève, par le tribunal administratif de Clermont Ferrand, en 1995⁴. Toutefois, dans le même temps, le Conseil d'État a pu rendre des arrêts en sens contraire, comme en 1995 dans *Aoukili*⁵ et en 1996 dans *Ligue Islamique du Nord*⁶, tout en ouvrant la possibilité d'une demande en indemnisation pour les familles en 1999⁷. On retrouve cette même évolution dans le cas des absences autorisées pour respect des obligations religieuses dans deux arrêts d'assemblée de 1995⁸, qui ne peuvent être recevables dans le cas d'une absence répétée (les samedis matins en classe préparatoire). Cette politique de reconnaissance découle, pour la doctrine, de la protection de la liberté religieuse, administrative, qui peut donc prendre très distinctement une dimension *groupale*.

323. Un pluralisme administratif de la laïcité. La laïcité conduit le juge administratif à définir positivement les conditions de publicisation de l'identité religieuse : cette publicisation trouve juridiquement un double fondement, d'abord dans la prégnance de la liberté religieuse au détriment de la séparation et, par ailleurs, à travers une conception égalitariste de la liberté religieuse. Cette même égalité rhétorique ou fondement égalitaire de la liberté, se retrouve en droit canadien. C'est dans ce cadre général que l'on peut évoquer une gouvernementalité administrative du pluralisme puisque cette ouverture au fait religieux est patente en matière de circulaires administratives. Au-delà de leur normativité, les circulaires administratives sont venues organiser la vie pluraliste de l'administration. On assiste donc depuis quelques années

¹ CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne*, op. cit., p. 181.

² T.A. Lille, 13 avril 1995, *El Massi Kannouh et Achouch*, req. n°95-282, 95-283, 95-284. Confirmée : C.E., 26 juillet 1996, *Université de Lille II*, req. n°170106, écartant la demande d'annulation de la décision du T.A. de Lille, confirmant l'annulation des arrêtés du doyen.

³ T.A. Bordeaux, 20 octobre 1994, *Lekfif c. C.H.U. de Bordeaux*, note Verdier, *L.P.A.*, 1995, n°86, pp. 40-43.

⁴ T.A. Clermont-Ferrand, 6 avril 1995, *Époux Naderan*, req. n°941321-9590.

⁵ C.E., 10 mars 1995, *Aoukili, Lebon* p. 122, req. n°159981.

⁶ C.E., 27 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord, Lebon* p. 461, req. n°170207 et 170208, J.C.P. G., 1997, n°2, p. 22808.

⁷ C.E., 20 octobre 1999, *Époux Ait Ahmad*, req. 181486, *A.J.D.A.*, 20 février 2000, p. 165. Pour ce constat de frilosité : ANSEUR (Z.), « Le couple laïcité – liberté religieuse : de l'union à la rupture ? Réflexions à partir de l'affaire Ait Ahmad », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 77-94.

⁸ C.E. Ass., 14 avril 1995, *Koen*, req. n° 157653 ; *R.F.D.A.*, 1995, p. 597. C.E. Ass., 14 avril 1995, *Consistoire central, précitée*.

à une « reconnaissance implicite des groupes religieux par le droit public, »¹ et des assouplissements peuvent mener à de véritables accommodements. Cette ouverture peut se retrouver en matière de prescriptions alimentaires, s'agit-il de la question des abattages rituels qui, depuis un décret de 1997, sont soumis à agrément, le préfet de département pouvant accorder des autorisations individuelles² ; ou s'agit-il, encore, des cantines scolaires qui, depuis une note de service de 1982, peuvent proposer des repas adaptés aux confessions religieuses – des accommodements – même si ces derniers ne sont pas obligatoires³.

324. Toujours dans un cadre scolaire, l'on peut penser aux circulaires administratives venant établir la liste des jours fériés dans les différentes confessions religieuses et les autorisations d'absence⁴. Cette ouverture est, aussi, manifeste dans le cas d'adaptations de services dans les hôpitaux, les piscines, ou, encore, les carrés confessionnels dans les cimetières, si l'on pense, notamment, à la circulaire du 19 février 2008. Partant, « la parade est trouvée : au lieu de régler par voie législative la question et de se voir opposer un refus catégorique pour violation des principes de neutralité et la laïcité, les pouvoirs publics recourent aux circulaires, censées être plus 'souples'. »⁵ Toutefois, cette gouvernementalité administrative confronte le juriste, issu de l'universalisme républicain, à deux difficultés : la question de la sécurité juridique, et la question de la dislocation de l'identité nationale. C'est ainsi qu'il faut voir la *régularisation* constitutionnelle comme tentative de s'opposer à ce que l'on qualifie de dislocation de la République, à travers la protection d'ordre public identitaire. L'interprétation administrative des droits et libertés constitutionnels se fonde sur une égalité rhétorique, faisant droit à un pluralisme explicite au cœur de l'universalisme, alors que l'interprétation constitutionnelle est fondée sur un principe d'égalité formelle. Dans les deux cas, il s'agit d'organiser les normes identitaires de structuration. Le problème *constitutionnel* est, donc, *l'identité*.

b- La constitutionnalisation et la laïcité comme ordre public identitaire

325. Les prémisses administratives : un ordre public identitaire. Cette régularisation constitutionnelle de la laïcité est consécutive à la loi de mars 2004 sur l'interdiction du port de signes religieux dans les écoles primaires ; l'on peut trouver, toutefois, des prémisses de cette

¹ BUI-XIAN (O.), *Le droit public français entre universalisme et différencialisme*, op. cit., p. 486.

² BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité*, op. cit., p. 447.

³ C.E., Ordonnance du 25 octobre 2002, *Mme Renault*, req. n°251261.

⁴ La dernière a été signée le 10 février 2012 : *Circulaire relative aux autorisations d'absence pouvant être accordées à l'occasion des principales fêtes religieuses des différences confessions* (disponible sur www.circulaires.legifrance.gouv.fr).

⁵ BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité*, op. cit., p. 457.

régularisation dans le lien qui a été, progressivement, tissé par le juge administratif, entre la sécurité publique et la religion – l'Islam. Dans cette optique, c'est la référence à l'ordre public et à la sécurité publique qui va venir réguler l'expression autorisée du pluralisme, sur l'espace public et rendre plus explicites ses normes identitaires d'organisation. Dans une jurisprudence nettement établie en matière de nationalité, c'est à une interprétation libérale de la religion que s'est employé le Conseil d'État, puisque la condition du défaut d'assimilation, justifiant le refus de l'octroi de la nationalité française, a été justifiée par la démonstration d'une pratique radicale de la religion, et la majorité des décisions tendent à viser, plus spécifiquement, la religion musulmane. Ainsi, dans deux arrêts de 2007, le Conseil d'État a souligné que les comportements en cause étaient de nature à exprimer un rejet des valeurs fondatrices de la société française, faisant obstacle à l'acquisition de la nationalité. Dans ces arrêts, le comportement des demandeurs est jugé à partir d'une hiérarchie de valeurs : ce comportement rend explicite un certain agencement identitaire impactant la capacité à être un citoyen. Dans le premier cas, il s'agissait du défaut d'assimilation d'un trésorier d'une organisation salafiste.¹ Dans le second cas, il s'agissait de la réitération de propos hostiles à la laïcité².

326. L'identité religieuse est profondément régulée ; elle doit être libérale. Cet agencement est plus clair encore dans le cas d'un refus du Conseil d'État en 2008³, qualifié par le port de la *Burqa*, pour violation des valeurs essentielles de la société au titre desquelles l'égalité entre l'homme et la femme. L'ordre public est un certain ordre, genré et sexualisé, encadrant les limites identitaires de l'identité religieuse. L'ordre public qui est le pendant de l'égalitarisme de la liberté religieuse, est un ordre public dont les frontières identitaires sont définies avec précision par le Conseil d'État, orientant les sujets de droit sur l'espace public. L'on retrouve cette justification avec la question des photographies d'identité et le refus d'accommodements fondés sur des prescriptions religieuses. Dans de nouvelles formes d'agencements des sujets juridiques, le Conseil d'État a décidé à plusieurs reprises que le port du voile ou du foulard pouvait faire l'objet de restrictions⁴. Le même type de restriction a été opéré dans le cas du port du turban *sikh* s'agissait-il de l'obligation du port du casque en moto⁵ ou du retrait pour des contrôles à l'aéroport⁶. Une pièce de vêtement devient un dispositif identitaire interprété

¹ C.E., 14 février 2007, *Farid A.*, req. n°279704 ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 654.

² C.E., 21 décembre 2007, *Naïmi* ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 372. Pareillement : C.E., 29 juillet 2002, *Bouaffad* ; *A.J.D.A.*, 2002, p. 1054 ; C.E., 13 février 2008, *Lyes-Hacène* ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 1284. CHRESTIA (P.), « La Burqa est incompatible avec la nationalité française », *A.J.D.A.*, 2008, p. 2013.

³ C.E., 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, req. n°286798 ; *A.J.D.A.*, 2008, p. 1296.

⁴ C.E., 27 juillet 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice, Lebon* p. 400, req. n° 216903, pour le cas de photos d'identité ; C.E., 24 octobre 2003, *Mme Benchemackh*, req. n°250084, pour une photographie sur un passeport ; *A.J.D.A.*, 2004, p. 108.

⁵ C.E., 15 décembre 2006, *Association United Sikhs, Lebon* p. 565 ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 313.

⁶ BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité, op. cit.*, p. 293.

selon une orientation de la religion, de sorte que cette pièce en vient à agencer directement l'ensemble du corps du sujet juridique sur l'espace public. Une telle interprétation publicise et régularise l'identité religieuse, tout en la dépolitisant ; les frontières identitaires de la liberté religieuse sont régulées par la structure identitaire de l'ordre public. Ces régulations, avec la laïcité comme opérateur, modifient la relation des sujets juridiques à l'espace public. Cette tendance du juge administratif fait suite à l'intervention *identitaire* du Conseil constitutionnel.

327. La constitutionnalisation de l'identité nationale. Cette conclusion est quelque peu paradoxale. En effet, dans l'idéologie de l'État de droit, c'est la protection constitutionnelle des droits qui est censée illustrer l'aboutissement des idéaux du constitutionnalisme. Or, dans le cas français, l'on remarque non seulement que le pluralisme est un objet administratif, mais que c'est l'interprétation constitutionnelle qui vient cristalliser ce pluralisme, et les frontières identitaires de la Nation : le Conseil constitutionnel est garant de l'orthodoxie républicaine. Là où le pluralisme est plus ou moins explicite au niveau administratif, il est réprimé au niveau constitutionnel, en tant qu'opérateur de structuration de l'espace public. Même, l'intervention constitutionnelle est venue modifier le pluralisme, plus explicite du juge administratif, dans un sens plus restrictif : c'est une convergence juridique, certes, puisque les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à l'ensemble des pouvoirs publics, mais c'est aussi une convergence identitaire. À plusieurs reprises le Conseil constitutionnel a évoqué l'identité constitutionnelle de la France dont on trouverait potentiellement une définition à l'article 1^{er} de la Constitution de 1958 : il l'a fait dans une décision de 2004¹, puis plus clairement dans deux décisions de 2006, réaffirmées en 2008 et 2010². S'agissant de l'interprétation constitutionnelle de la laïcité, le Conseil constitutionnel est venu confirmer la constitutionnalité de la loi de mars 2004³, s'inscrivant dans le développement européen de la laïcité comme valeur⁴. Le Conseil d'État est, par ailleurs, venu, lui aussi, confirmer la conformité de la loi de 2004 à la Convention Européenne⁵. Cette loi vient mettre fin à une conception ouverte de la laïcité et lier plus directement la pratique de la religion islamique à un affect de terrorisme et de sécurité publique – de la même manière que le Conseil constitutionnel confirmera la constitutionnalité de la loi interdisant le port de la *Burqa* sur

¹ Décision n° 2004-496 D.C. du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101, cons. 7, implicitement.

² Décision n° 2006-540 D.C. du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88, cons. 19 et 28 ; Décision n°2006-543 du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120, cons. 6 ; Décision n° 2008-564 D.C. du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. p. 313, cons. 44 ; Décision n° 2010-605 D.C. du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence*, Rec. p. 78, cons. 18.

³ Décision n° 2004-505 D.C. du 9 novembre 2004, *Traité établissant une constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173, cons. 18.

⁴ BENELBAZ (C.), *Le principe de laïcité*, op. cit., p. 246.

⁵ C.E., 8 octobre 2004, *Union Française pour la Cohésion Nationale*, Lebon p. 367, req. n°269077, cons. 4, 5 et 6.

l'espace public (*infra*). Cette conception de la laïcité vise plus spécifiquement les manifestations de l'Islam confirmant par là que les normes de la laïcité ne sont pas les mêmes pour toutes les confessions religieuses. Le Conseil d'État a lui-même élargi la portée de la loi de 2004, confirmant une interprétation plus stricte de la laïcité dans deux arrêts rendus le 5 décembre 2007¹ : le Conseil d'État définit, très largement, les signes manifestant « ostensiblement » une appartenance religieuse. Ce sont les signes marquant ostensiblement une « appartenance religieuse » qui sont interdits. La Cour européenne des droits de l'homme est venue récemment confirmer la conventionnalité du dispositif d'interdiction prévu par la loi de 2010 sur l'interdiction du voile intégral². Le problème, dès lors, est celui de l'identité du sujet, rendue *indisponible* par le Conseil. Les juridictions agencent les sujets identifiés comme islamiques à partir de la laïcité comme ordre identitaire, *danger* pour la République. Le récent arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire Baby-Loup ne fait que confirmer cette tendance restrictive de l'identité du sujet après avoir transité par le discours du Conseil constitutionnel, en confirmant la décision de la Cour d'appel de Paris qui a avait elle-même confirmé le licenciement pour faute grave de la requérante Mme X, qui avait refusé de retirer le voile et ce, contrairement au règlement intérieur de l'association, qualifiant alors l'insubordination³.

328. Conclusion. L'universalisme juridique à la française aurait conduit à une répression matérielle du pluralisme, qui se manifeste triplement. Tout d'abord, le pluralisme est refoulé à travers le fantasme de l'universalisme de la norme juridique. Le fantasme de ce refoulement réussi ne cache plus un certain nombre de foyers de *pluralisme institutionnel*. D'un point de vue identitaire, l'universalisme de la norme juridique vient situer le sujet juridique. Ensuite, le pluralisme est réprimé à travers le mécanisme de l'identification pathologique démontrant que l'universalisme du sujet traduit un processus d'abstraction identitaire de la personnalité juridique. L'abstraction conduit à naturaliser les identités du sujet juridique : l'universalisme est soutenu par un *pluralisme par concaténations*. Enfin, l'universalisme juridique est soutenu par un *pluralisme administratif* ; la laïcité a permis d'illustrer l'idée d'une gouvernementalité

¹ C.E., 5 décembre 2007, *Ranjit A., Lebon* p. 463, req. n°385394 ; *R.F.D.A.*, 2008, p. 529. Son considérant 4 distingue entre signes *discrets* et signes manifestant *ostensiblement* une appartenance religieuse. C.E., 5 décembre 2007, *M. et Mme. Ghazal, Lebon* p. 465, req. n°295671.

² C.E.D.H., *S.A.S. c/ France*, 1^{er} juillet 2014, G.C., req. n°43835/11. Grievs tirés de la violation des articles 3, 8, 9, 10 et 11 pris isolément et en combinaison avec l'article 14, écartés. En dépit de nombreuses dissidences, et d'une motivation pour le moins alambiquée où l'arrêt de Grande Chambre souligne les risques de stigmatisation de l'interdiction pour la communauté musulmane, valide le dispositif français d'interdiction en se basant sur les articles 8 et 9 de la Convention, la protection des droits et libertés d'autrui et les exigences minimales du vivre ensemble. Une large marge d'appréciation est laissée au législateur français. La motivation est toutefois distincte de celle du Conseil constitutionnel qui en visant l'article 5 de la Déclaration de 1789 avait inscrit sa motivation dans une forme d'ordre public social. L'arrêt de Grande Chambre écarte cependant les motifs tirés de la protection de l'ordre public, de la sécurité et de la sûreté publiques.

³ C.Cass., Ass. Plén., arrêt n°612, 25 juin 2014. La Chambre sociale avait écarté l'application du principe constitutionnel de laïcité dans la mesure où l'association n'était pas considérée « comme en charge de la gestion d'un service public. La Chambre plénière écarte ici la notion d'entreprise de tendance pour fonder sa décision, pragmatique, sur les droits et libertés du travailleur de l'art. 1121-1 C. du travail.

administrative du pluralisme en France. Partant, la laïcité peut être définie comme un opérateur de structuration des normes identitaires de l'espace public. L'universalisme laïc, français, conduit à la promotion d'une certaine structure identitaire. La répression matérielle du pluralisme en droit constitutionnel français, lorsqu'il est comparé au droit canadien permet de faire tomber l'universalisme républicain en démontrant que la répression *situe, identifie et organise* la relation du sujet juridique à l'espace public à travers trois *orientations* pluralistes. Si le droit français ne reconnaît pas de minorités sociales, en tout cas, il en *produit*, nettement.

§ 2 - GÉNÉALOGIE MATÉRIELLE DE LA PARENTÉ PLURALISTE AU CANADA : VERS UN
« PLURALISME CLASSIFICATOIRE »

329. Le Canada est présenté comme un « modèle » de gestion des minorités à travers une architecture fédérale, une politique du multiculturalisme et une dimension personnelle par la protection des droits fondamentaux¹. Aussi, il s'agirait d'un exemple archétypal de gestion constitutionnelle du pluralisme : « le Canada a longtemps fait l'objet d'une attention renforcée pour son succès comme société multiculturelle et, en particulier, pour sa capacité à gérer sa diversité culturelle par une constitution fédérale. »² L'on réplique que le modèle canadien serait difficilement exportable, étant le fruit d'une configuration historique spécifique, et qu'il ne serait plus en mesure de gérer le pluralisme *national* venant du Québec³. La qualification de « fédéralisme pluraliste » a été proposée par LaSelva pour expliquer ce lien particulier entre la structure fédérative, la gestion des identités, et l'identité constitutionnelle. Or, cette proposition doctrinale ne prend pas en compte l'évolution qui a touché la notion même de *pluralisme*, au sein de ce discours. En effet, si l'identité constitutionnelle était liée à un pluralisme, constitutif et régulateur, avec le fédéralisme, l'identité constitutionnelle est dorénavant liée à un pluralisme classificatoire, avec la *Charte*. Avec le pluralisme identitaire, c'est la fonction intégrative, même, de la Constitution qui est modifiée. Il n'est pas aisé d'identifier les raisons présidant à cette qualification de modèle. Cela peut avoir trait à un ensemble de valeurs politiques, à une structure politique, à un modèle de défense des droits fondamentaux, ou encore à la superposition d'un modèle de forme d'État fédéral prévue par la Loi constitutionnelle de 1867, à la Charte canadienne des droits et libertés de 1982⁴.

330. L'histoire constitutionnelle et la théorie du constitutionnalisme seraient structurées par cette référence (normative) au pluralisme. La Cour suprême l'a reconnu en 1998 en dégagant les principes constitutionnels non écrits structurant l'ordre constitutionnel canadien⁵ : « dans notre tradition constitutionnelle légalité et légitimité sont liées » (...) « le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques » (...) « conformément à cette longue tradition du respect des minorités, qui est

¹ WOEHRLING (J.), « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *R.D.U.S.*, 2003-2004, no. 34, pp. 94-155.

² TIERNEY (S.), « Introduction: Constitution Building in a Multicultural State », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 3-26, p. 3.

³ CHOUDHRY (S.), « Does the world need more Canada ? », *op. cit.*, p. 606.

⁴ DODEK (A.M.), « Canada as Constitutional Exportator. The Rise of the Canadian Model of Constitutionalism », *S.C.L.R.* (2d), 2007, vol. 26, pp. 309-336, p. 312.

⁵ Le Fédéralisme, la démocratie, le constitutionnalisme et la primauté du droit, et la protection des minorités.

au moins aussi ancienne que le Canada. »¹ Le pluralisme appert *structurel*. Le modèle canadien découlerait d'un modèle spécifique de constitutionnalisme à travers la Charte et, de plus particulièrement, deux instruments juridiques : la limitation des droits garantis prévue à l'article 1^{er} et la clause « nonobstant » prévue à l'article 33, créant une forme d'alternative entre la déférence judiciaire et la suprématie du Parlement. C'est un modèle spécifique de protection des droits fondamentaux réconciliant libertés individuelles et droits de groupe dans un contexte de multiculturalisme. L'encadrement constitutionnel de la diversité culturelle s'opère donc sur le double plan de la forme de l'État et sur le plan de la protection des droits.

331. La Charte reflète les enjeux constitutionnels liés à la protection du multiculturalisme, de sorte qu'elle « doit par conséquent être susceptible d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques. »² Le constitutionnalisme canadien vise la tolérance et l'esprit d'ouverture, pour une société multiculturelle valorisant l'égalité ; le multiculturalisme étant une caractéristique de sa personnalité nationale³. La Cour parle, même, d'atteindre la quintessence des sociétés démocratique⁴. Ce modèle doit, donc, être envisagé à travers les principes constitutionnels non écrits, structurant l'ordre constitutionnel canadien, dégagés par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*⁵ : la démocratie, le constitutionnalisme et l'État de droit, le fédéralisme, et la protection des minorités. Selon la Cour, ces principes traduisent quatre techniques de gestion, de protection, du pluralisme. Réduire ce *modèle* pluraliste à la protection des droits organisée par la Charte, c'est passer sous silence cette rhétorique du pouvoir qu'est la mobilisation d'un concept, changeant, de *pluralisme*. Par ailleurs, cette évolution sémantique du pluralisme est liée à une évolution de la texture, même, de la théorie du constitutionnalisme canadien : du laissez-faire libéral issu de l'utilitarisme benthamien au néolibéralisme de la Charte⁶. Si le pluralisme est de l'ordre de la parenté – de l'organisation d'un lignage constitutionnel –, une double évolution la caractérise : une évolution dans la mobilisation du concept de pluralisme (A) et une évolution de cette texture (normative) pluraliste, même, du constitutionnalisme (B).

¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, respectivement §33, 59 et 82.

² *Hunter et autres c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155.

³ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

⁴ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

⁵ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §49.

⁶ Pour une remarque similaire : LAJOIE (A.), *Jugements de Valeurs*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 1997, pp. 63 et suivantes.

A- Un lignage pluraliste : du pluralisme conditionnel au pluralisme classificatoire

332. Si le pluralisme apparaît être inscrit dans l'ordre de la parenté, il est un lignage pluraliste **(1)**. L'étude de l'évolution constitutionnelle du pluralisme démontre que ce dernier est passé de principe constitutionnel conditionnel à régulateur, avec l'instrument juridique du fédéralisme pluraliste **(2)**, à un pluralisme classificatoire avec l'instrument juridique des droits individuels **(3)**. Le jeu du pluralisme est donc différent selon ce que l'on entend par *diversité*. Le pluralisme est protégé par les principes de démocratie, de fédéralisme et de minorités, ainsi que la Cour suprême en a fait état dans son *Renvoi sur la Sécession du Québec*, et qui sont les principes *non écrits* structurant l'interprétation de la Constitution : « ces règles et principes ressortent de la compréhension du texte constitutionnel lui-même, de son contexte historique et des diverses interprétations données par les tribunaux en matière constitutionnelle. »¹ Ces principes traduisent l'importance du contexte historique ayant rendu *possible* la Fédération, et ayant rendu possible *l'évolution* de la Fédération, face à de nouvelles valeurs sociales.

1- Un lignage pluraliste du constitutionnalisme canadien : une parenté pluraliste

333. Selon E. Mendes, l'histoire canadienne présenterait un « gène de la diversité » bien plus ancien que la notion de personnalité pluraliste proposée par la Charte². Or, la tendance est de réduire la question du pluralisme au Canada à la question du multiculturalisme³. Derrière la qualification de « fédéralisme pluraliste » se cache une mobilisation changeante du recours à l'expression de *pluralisme*, ce qui n'est pas facilité par l'utilisation protéiforme que fait la Cour suprême du qualificatif de *diversité*. Aussi, ce pluralisme canadien serait passé de fédéralisme national à fédéralisme identitaire, de la nation à l'individu, du politique au public. Le pluralisme a d'abord été mobilisé dans le cadre d'une gestion fédérale de la diversité, où le pluralisme était lié à une conception territoriale de la nation et une territorialisation spatiale de l'identité nationale ; il s'agissait alors d'une conception proprement politique de l'identité. Avec le multiculturalisme et le développement d'un discours juridique centré sur les droits fondamentaux, le pluralisme est mobilisé dans le cadre d'une nouvelle régulation des identités

¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §32.

² MENDES (E.P.), « The Charter and its Constitutional Lineage », *op. cit.*, p. 61.

³ KYMLICKA (W.), *La voie canadienne*, *op. cit.*, 2003.

avec des droits identitaires ; il s'agit à la fois d'une publicisation et d'une dépolitisation de ces identités, l'expression identitaire n'est plus liée à la production d'un discours politique¹.

334. Si la Cour mobilisait une diversité fédérale, cela semble être le monopole, désormais, des droits. À plusieurs reprises, dans ses décisions concernant la Charte canadienne des droits et libertés, la Cour suprême a fait référence à un « patrimoine multiculturel du Canada, »² héritage libéral insistant sur la *vulnérabilité multiculturelle* comme facteur de variation, dans l'appartenance à la Nation canadienne³. La référence au multiculturalisme tient à une rhétorique implicite de l'unité et de la citoyenneté, face à ce qui a été qualifié de « crise de la nation canadienne. » C'est le juge en chef Dickson⁴ qui, systématisant les premières affaires liées à la Charte, fit ce lien entre le respect d'un héritage multiculturel, la protection des personnes vulnérables et la citoyenneté. Ainsi en est-il de la décision *Big M Drug Mart* sur l'inconstitutionnalité d'une loi pénale interdisant le travail le dimanche⁵ ; ou de la décision *Edwards Books*, elle aussi relative à la constitutionnalité d'une loi sur la fermeture le dimanche⁶. C'est avec l'interprétation de « libre et démocratique »⁷ dans l'arrêt *Oakes*, que la Cour a fait le lien le plus direct entre l'individualisme de la Charte et la citoyenneté⁸.

335. La diversité identitaire permettrait de souder un fédéralisme plurinational conflictuel. La dignité est ainsi reconnue dans la décision *Vriend* comme participant de la reconnaissance de la vulnérabilité sociale d'un groupe – les homosexuels – définissant le sentiment de participation à la Nation⁹. Une idée similaire a été réaffirmée par la Cour dans le cadre de la liberté de religion (et un accommodement raisonnable non consenti) « de nature individuelle quoique profondément communautaire. »¹⁰ Aussi, l'ensemble du contexte social multiculturel doit être pris en compte. Cette référence à un héritage multiculturel est celle du pluralisme identitaire des sujets juridiques dans le cadre d'une reconnaissance de droits individuels. Cette conception du pluralisme est ainsi distincte de celle plus *nationaliste* qui a présidé à la formation de la fédération canadienne. Aussi, l'avènement du multiculturalisme a impliqué

¹ LAJOIE (A.), *Quand les minorités font la loi*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 2002, pour un tel constat.

² Suivant ainsi la mention qui en est faite à l'article 27 de la Charte canadienne.

³ KYMLICKA (W.), *La citoyenneté multiculturelle*, op. cit., 2001.

⁴ DOIG (J.W.), « New Constitutions and Vulnerable Groups: Brian Dickson's Strategies in Interpreting the 1982 Charter », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 164-181, p. 164.

⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295, au §94.

⁶ *R. c. Edwards Books and Art Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713, au §97.

⁷ Sur l'analyse rhétorique de cette notion mobilisée par la Cour suprême, voir : LAJOIE (A.), *Jugements de valeurs*, op. cit., 1997.

⁸ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, au §64 : « le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. »

⁹ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au §67.

¹⁰ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, au §89, J.C. McLachlin.

une transformation de la référence au pluralisme. La référence au pluralisme est ambiguë. Partant, qu'est-ce donc que cette référence pluraliste qui serait une *spécificité* canadienne ?¹

336. Ce nouveau pluralisme impliquerait le passage d'un fédéralisme spatial à fédéralisme personnel des identités, avec la Charte. Là où les régulations étaient critiquées dans le cadre d'une gestion fédérale des identités, cette dépolitisation implique que soient passés sous silence les discours politiques qui, dans le cadre des droits fondamentaux identitaires, dressent les frontières de la citoyenneté. L'identité nationale était produite par la régulation juridique des frontières du fédéralisme, l'identité serait, dès lors, produite par la régulation des frontières de l'identité à travers le contentieux de la Charte canadienne. En effet, « cette apparente ouverture à la diversité, protégée par la Constitution de 1982, l'a été au détriment de la volonté du Canada d'accommoder un aspect fondamental de sa diversité profonde – la dualité linguistique et culturelle du pays – dont le fédéralisme était l'accomplissement le plus important. »² De même, A. Lajoie note, relativement à l'intégration des identités, une consécration généreuse des droits des minorités sociales aux dépens des minorités politiques : « les États-Nations – mêmes fédéraux et sans doute surtout lorsqu'ils s'identifient à leur réputation de multiculturalisme – sont néanmoins hégémonisés. »³ Or, ceci reste à préciser.

337. Il faut nuancer cette lecture, puisque la Cour est venue réaffirmer l'importance du fédéralisme dans la définition de l'identité nationale. Elle l'a fait dans son *Renvoi sur la Cour suprême*, écartant le pouvoir supposé du Parlement de modification unilatérale de la *Loi sur la Cour suprême*. La Cour rappelle son rôle « vital » en tant qu'arbitre du fédéralisme visant, par la protection de la répartition des compétences, le bijuridisme cohérent et inhérent à l'histoire canadienne⁴ : « l'objectif de l'art. 6 est de garantir (...) que les traditions juridiques et les valeurs sociales distinctes du Québec y soient représentées, pour renforcer la confiance des Québécois envers la Cour en tant qu'arbitre ultime de leurs droits. » La même remarque vaut pour la modification unilatérale du Sénat qui viendrait modifier les équilibres constitutionnels de la fédération et les procédures de modification constitutionnelle, assurant à la fois une forme de pluralisme démocratique à travers la représentation des régions équitable du fait de la règle de l'égalité et en donnant une voix à des minorités de la Chambre basse : « il a servi

¹ TEMELINI (M.), « Multicultural Rights, Multicultural Virtues », *op. cit.*, p. 43.

² ADAM (M.-A.), « The Constitution Act, 1982 and the Dilemma of Canadian Duality since 1760 », in PEACH (I.), MITCHELL (G.), SMITH (D.), WHITE (J.) (eds.), *A Living Tree: The legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, LexisNexis, Markham, 2007, pp. 625-648, p. 647. C'est donc une perspective que l'on peut qualifier de nettement « nationaliste. »

³ LAJOIE (A.) *et alii*, « L'intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadiens », *Osgoode Hall L.J.*, 2000, vol. 38, n°1, pp. 143-194, p. 177. C'est une perspective que l'on a qualifié de « sécessionniste » ou « indépendantiste. »

⁴ *Renvoi relatif à la loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, (2014) CSC 21, aux §§85-86.

de tribune aux femmes ainsi qu'à des groupes ethniques, religieux, linguistiques et autochtones auxquels le processus démocratique populaire n'avait pas toujours donné une opportunité réelle de faire valoir leurs opinions. »¹ L'identité par le fédéralisme est pérenne.

338. Il est erroné d'évoquer un multiculturalisme constitutif de la fédération canadienne, d'une part car ce concept fait référence à certains débats de théories politiques, et d'autre part, car ce concept n'est apparu que lors des débats des XXIV^{ème} et XXV^{ème} législatures ayant conduit à la constitution de la *Commission Royale sur le Bilinguisme et le Biculturalisme* (1963-1971), puis à l'adoption par le gouvernement Trudeau en 1971 de la première politique internationale relative à la promotion du multiculturalisme². Il s'agit plutôt de considérations historiques pluralistes ayant permis la construction de la Fédération canadienne. Une structure identitaire est au fondement de l'ordre juridique canadien³. C'est durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle que la question du pluralisme s'est distinguée de la conception biculturelle de l'héritage des XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles. Cette conception était celle d'un pacte entre deux nations (*Compact Theory*), la nation anglophone structurée par la langue anglaise, un droit de *Common Law*, et une religion protestante, et la nation francophone, structurée par la langue française, un droit civil, une religion catholique, et un ancrage territorial dans la province du Québec. Cette conception d'un pacte entre deux nations est majoritairement une version québécoise, les juristes « hors-Québec » évoquant l'idée d'un pacte entre plusieurs provinces⁴. Selon J. Webber, le Canada serait toujours en train de lutter face à ces deux tendances politiques contraires : celle insistant sur l'unité de la Nation pluralisant ses citoyens par l'attribution de libertés, et celle insistant sur la spécificité du Canada francophone⁵.

2- Du pluralisme conditionnel au pluralisme régulateur

339. La politique multiculturelle de 1971 a contribué à l'adoption du multiculturalisme comme idéologie de l'État, mais n'est pas à l'origine proprement dite de ce « gène de la diversité. » Il faut distinguer trois périodes dans cette histoire constitutionnelle pluraliste, correspondant à trois moments de la construction de la fédération canadienne. Chacune voit

¹ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, (2014) CSC 32, aux §15-16.

² C'est en 1971 que le Premier ministre Pierre Elliott Trudeau introduit la politique officielle fédérale relative au multiculturalisme, qui conduit à l'adoption en 1988 de la *Loi sur le multiculturalisme canadien*, L.R.C., c. 24 (1985) (Can.).

³ KYMLICKA (W.), *La voie canadienne*, op. cit., pp. 209 et suivantes.

⁴ Pour une critique de la Cour suprême de cette notion de « dualité canadienne » écartant un droit de veto conventionnel, voir *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 812.

⁵ WEBBER (J.), *Reimagining Canada. Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, McGill – Queen's U.P., Montréal, 1991, p. 90.

l'affirmation du pluralisme comme constitutif de la structure constitutionnelle canadienne et la construction d'un univers national. Le pluralisme est *conditionnel, constitutif et régulateur*. Aussi, la Constitution est bien cet « aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif » souligné par la Cour suprême¹ où la structure normative qu'est la primauté du droit est liée à une idée (normative) pluraliste.

a- Le XVIIIème siècle et le « pluralisme conditionnel »

340. Tout d'abord, ce gène trouverait son origine au XVIIIème siècle avec la mise en place progressive du Canada, tel qu'on le connaît aujourd'hui. Le Canada a reçu son système juridique des anciens pouvoirs impériaux que sont le Royaume-Uni et la France ; comme le rappelle le professeur Hogg, les règles de réception de cet ordre juridique sont celles issues du droit colonial du *Common Law* britannique, distinguant les colonies d'établissement des colonies de conquête². La tendance principale des cours de justice a été d'une part, de ne pas faire cas de la présence autochtone, et d'autre part d'avoir privilégié les règles d'établissement – et donc la réception automatique du droit britannique, à l'exception de ce qui deviendra le Québec et l'Ontario (les trois provinces maritimes viennent d'une cession de la France, à partir des années 1713). L'Ontario et le Québec qui faisaient parties des colonies françaises de Nouvelle France, ont été cédées à l'issue du *Traité de Paris* de 1763, à la suite de la victoire britannique des Plaines d'Abraham, de 1759. Dans les autres cas, les législatures coloniales pouvaient elles-mêmes faire le choix de recevoir la *Common Law* à partir d'une certaine date, ou sa réception pouvait être imposée par le pouvoir impérial. Dans le cas des colonies d'établissement, l'ensemble de la *Common Law* est réputée reçue (en totalité ou à partir d'une certaine date), sauf si le droit n'était pas applicable dans la colonie ; l'unité d'interprétation étant assurée par le contrôle du Conseil Privé de la Reine au Parlement de Westminster. Selon Kymlicka, le pluralisme remonterait, donc, à la Proclamation Royale et à l'Acte de Québec³.

341. Ce gène pluraliste remonterait à l'adoption en 1763 de la *Proclamation Royale* réglant les relations entre les Premières Nations et la Couronne – ce que l'on qualifiera de relation fiduciaire – la signature des Traités entre les gouvernements provinciaux et les Premières Nations, et qui jeta les premières bases juridiques du titre ancestral et des droits ancestraux.

¹ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, au §64.

² HOGG (P. W.), *Constitutional Law of Canada*, 2007 Student Edition, Thompson/Carswell, Toronto, 2007, p. 31.

³ KYMLICKA (W.), *La voie Canadienne*, *op. cit.*, p. 16 et p. 51.

On peut ainsi y lire : « Attendu qu'il est juste, raisonnable et essentiel pour Notre Intérêt et la sécurité de Nos Colonies de prendre des mesures pour assurer aux nations ou tribus indiennes qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre Protection, la possession entière et paisible des parties de Nos Possessions et Territoires qui ont été ni concédées ni achetées et ont été réservées pour ces tribus ou quelques-unes d'entre elles comme territoires de chasse. » La proclamation précise, « nous déclarons de plus que c'est Notre Plaisir royal ainsi que Notre Volonté de réserver pour le présent, sous notre Souveraineté, Notre Protection et Notre Autorité pour l'usage desdits Indiens, toutes les Terres et tous les Territoires non compris dans les Limites de Nos Trois Gouvernements. »¹ Et, « Attendu que s'il s'est commis des Fraudes et des Abus dans les achats des Terres des Indiens au préjudice de Nos Intérêts et au grand mécontentement de ces derniers, et afin d'empêcher qu'il ne se commette de telles irrégularités à l'avenir et de convaincre les Indiens de notre Esprit de Justice et de Notre Résolution bien arrêtée de faire disparaître tout sujet de mécontentement. »

342. Pour une partie de la doctrine, la proclamation décrirait en termes larges la nature confédérale des relations entre les Premières Nations et la Couronne, ce qui avait pour but de respecter une première forme de diversité, mais aussi de potentiellement constituer les Premières Nations en tant que « souverains constitutionnels, » à défaut de souverains politiques. La Cour suprême du Canada a limité la portée d'une telle interprétation *lato sensu* dans son arrêt *Mitchell* : les autochtones ne s'opposent pas à la souveraineté canadienne, ils en font partie². À défaut d'une nation *unitaire*, la souveraineté constitutionnelle semble liée à une notion de diversité. Or cette Proclamation a aussi imposé l'ensemble du droit britannique à la Colonie, ainsi que l'on peut en attester : de décréter et de sanctionner des lois, des statuts et des ordonnances pour assurer la paix publique, le bon ordre ainsi que le bon gouvernement desdites colonies, de leurs populations et de leurs habitants, conformément autant que possible aux lois d'Angleterre et aux règlements et restrictions en usage dans les autres colonies. » Il faut nuancer l'idée d'un gène inhérent du pluralisme à la *Proclamation Royale*, dans la mesure où cette ouverture ne s'est pas faite à l'endroit du droit civil marquant le début des controverses liées à l'identité nationale du Québec. Ce pluralisme appert « conditionnel. »

¹ *Royal Proclamation* du Roi d'Angleterre George III adoptée par le Parlement de Westminster le 7 octobre 1963.

² *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911.

343. Ce gène de la diversité se retrouverait avec *l'Acte de Québec* de 1774¹ assurant une pérennité du système juridique de droit civil : la restauration du droit privé français en matière de propriété et de droits privés. Selon M. Bissonnette, « c'est dans l'Acte de Québec de 1774 que les canadiens français obtiendront la véritable reconnaissance des droits inhérents à une minorité. »² Ainsi, « la 'province du Québec' est devenue de juridiction mixte, où les sources du droit émanent d'au moins deux traditions juridiques et où aucune de ces traditions ne peut prétendre au monopole. »³ Or, cet Acte ne garantissait pas un système de représentation par une Assemblée législative ce qui devenait source de troubles avec l'arrivée des loyalistes américains fuyant l'indépendance des Etats-Unis (dans les provinces maritimes, puis dans ce qui deviendra l'Ontario, opérant un déséquilibre entre les anglophones et les francophones). Ce conflit de systèmes juridiques est aussi un conflit plus large de cultures juridiques. *L'Acte Constitutionnel* de 1791⁴, adopté par le Parlement de Westminster, opéra cette division entre Haut-Canada (Ontario) le Bas-Canada (Québec) (art. 34) produisant une division entre deux cultures : « cette subdivision a eu d'importants effets juridiques et ethnoculturels qui ont perduré jusqu'à aujourd'hui. »⁵ Une division territoriale implique une géographie identitaire⁶ et une répartition culturelle se reflétant dans la structure constitutionnelle même du Canada.

b- Le XIX^{ème} siècle et le « pluralisme constitutif »

344. Ensuite, ce gène de la diversité a clairement favorisé la constitution de la fédération canadienne au XIX^{ème}, en raison des divisions culturelles précédant la Confédération et l'adoption de la Constitution de 1867, à la suite des résolutions de Québec de 1864 et de Charlottetown de 1867. Il s'agit d'un « esprit fédératif » : « le B.N.A.A. doit servir à unir les deux nationalités, et il serait odieux de tolérer que celles-ci en soient les esclaves. »⁷ Ainsi, « sous l'aspect historique, on peut donc affirmer avec certitude que l'adoption du B.N.A.A. était l'homologation et l'entérinement d'un accord entre les deux nationalités. »⁸ Cette relecture de l'histoire constitutionnelle canadienne par la doctrine québécoise, ancienne, procède d'une vision politique de la fédération – une vision *duplessiste* – qui a été largement

¹ *Acte de Québec de 1774*, L.R.C. (1985), app. II, n° 2.

² BISSONNETTE (B.), « Origines de nos lois politiques », in BISSONNETTE (B.), *Essais sur la Constitution du Canada*, BEAUDOIN (L.) (préf.), Les Éd. du Jour, Montréal, 1963, pp. 24 et suivantes.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity », *op. cit.*, p. 197, (nous traduisons).

⁴ *The Constitutional Act, 1791* (U.K.) 31 Geo. III, ch. 31.

⁵ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity », *op. cit.*, p. 198, (nous traduisons).

⁶ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Éditions Thémis, Montréal, 2005, Introduction : « la géographie culturelle du bijuridisme. »

⁷ BISSONNETTE (B.), « Introduction : le conflit constitutionnel », in BISSONNETTE (B.), *op. cit.*, 1963, p. XIV.

⁸ BISSONNETTE (B.), « L'Acte de l'Amérique du Nord Brintannique », in BISSONNETTE (B.), *op. cit.*, 1963, p. 46.

nuancée sur le champ du droit, et notamment par la Cour suprême du Canada dans plusieurs Renvois : le *Re : Résolution pour modifier la Constitution*¹, le *Renvoi sur l'opposition du Québec*², et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*³. Alors que l'Acte Constitutionnel de 1791 a favorisé une structure pluraliste, le *rapport Durham* de 1839 sur l'Union des deux Canada – et la mise en place de l'institution du gouvernement responsable – a été juridiquement entériné avec l'Acte d'Union de 1840⁴ qui unifia les deux systèmes juridiques dans le but d'assimiler les francophones, voire étouffer le nationalisme francophone. Ce système unifié sous tension s'est poursuivi jusqu'en 1867 avec la création de la fédération.

345. La fédération canadienne a vu s'opposer les partisans d'une union législative qui aurait favorisé une unité – majoritairement soutenue par le Canada anglophone –, et les partisans d'une Confédération, qui aurait respecté les particularités culturelles de chacun. Le projet de Fédération a été un compromis entre ces deux propositions, cette Constitution protégeant un pluralisme constitutif : « le Bas-Canada craignait que s'il participait d'une union législative, ses institutions, culture et langue françaises et sa religion catholique seraient en danger face à la majorité protestante et anglophone. »⁵ C'est, aussi, la protection du pluralisme qui a conduit à l'adoption de la constitution fédérale de 1867, « le compromis entre ces deux tendances a été une fédération assurant **l'unité nécessaire** (...), tout en **assurant la diversité** linguistique, de culture, de religion et des gouvernements locaux. »⁶ L'outil fédéral a permis la création d'une « nation canadienne » pluraliste, union territoriale de cultures nationales. La fédération de 1867 est un agencement pluraliste territorialisé. La rhétorique du pluralisme est, partant, mobilisée dans le cadre de discours nationalistes, comme il était possible de le constater avec les discours de G.-É. Cartier et de J. A. Macdonald, lors des débats confédératifs en 1867. Et, la Cour cite Cartier dans son *Renvoi sur la Sécession* : « Lorsque nous serons unis, si toutefois nous le devenons, nous formerons une nationalité politique indépendante de l'origine nationale, ou de la religion d'aucun individu. (...) Dans notre propre fédération, nous aurons des catholiques et des protestants, des anglais, des français, des irlandais et des écossais, et chacun, par ses efforts et ses succès, ajoutera à la prospérité et à la gloire de la nouvelle confédération. »⁷ Le pluralisme, protéiforme, serait *constitutif* durant la période confédérative.

¹ *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

² *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

³ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁴ *Acte d'Union de 1840* (R.-U.), 3-4 Vict., ch. 35.

⁵ HOGG (P.W.), *Constitutional Law of Canada*, op. cit., p. 114, (nous traduisons).

⁶ HOGG (P.W.), *Constitutional Law of Canada*, op. cit., p. 114, (nous soulignons et nous traduisons).

⁷ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §43.

346. En effet, dans ce qui peut être qualifié de production d'un récit national pluraliste, la Cour a rappelé que la protection de la diversité et le maintien des droits des minorités étaient bien la condition *sine qua non* de la Fédération canadienne, un « compromis » qui a structuré le texte constitutionnel en 1867¹. Lord Sankey pour le Conseil privé écrit même en 1932 que l'Acte « renferme un compromis en vertu duquel les provinces primitives consentaient à se fédérer, il est important de ne pas perdre de vue que le maintien des droits des minorités était une des conditions auxquelles ces minorités consentaient à entrer dans la Fédération et qu'il constituait la base sur laquelle toute la structure allait par la suite être érigée. »² La Cour va rappeler que ce compromis ayant mené à l'adoption de l'article 93 sur la protection des droits religieux des minorités « constituait une préoccupation majeure lors des négociations qui ont abouti à la Confédération. » Ce compromis est « l'élément fondamental » de la Fédération.³ Cette « diversité de notre mosaïque sociale » procédant de la « reconnaissance nécessaire des cultures et des groupes » passe aussi par une protection *démocratique* de la diversité⁴, *i.e.* à travers les mécanismes de *représentation politique*. La « structure fondamentale de notre Constitution » passe par des institutions politiques – les corps législatifs – qui doivent assurer la représentation de cette diversité⁵. Le principe constitutionnel de « démocratie » assure la protection de l'autonomie gouvernementale⁶, et par son truchement, les identités culturelles et collectives⁷. À ces principes s'ajoute, naturellement, le choix de la formule *fédérale*.

347. Le pluralisme constitutif de la structure constitutionnelle canadienne passe par trois outils juridiques principaux – la démocratie, le fédéralisme, les droits des minorités – chacun produisant un récit spécifique de la Nation et ayant supporté le passage d'un pluralisme que l'on peut qualifier de *nationaliste* à travers la particularité de l'identité québécoise, à un récit *multiculturaliste* à travers la protection des identités par la Charte. C'est dans son *Renvoi sur la Sécession du Québec*, que la Cour suprême tente de donner un sens à cette narration, visant la réconciliation (normative) de ces principes, en revenant aux origines des débats fédératifs. Le projet d'union fédérale est acceptée dès la conférence de Charlottetown en septembre 1864 et c'est la conférence politique de Québec en octobre de la même année qui constitue l'ordre du jour politique : la protection des minorités par des garanties « visant à protéger la langue et

¹ *Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute*, [1980] 1 R.C.S. 54.

² *Re : La réglementation et le contrôle de l'aéronautique au Canada*, [1932] A.C. 54.

³ *Renvoi relatif au projet de loi 30 (Ont.)*, [1987] 1 R.C.S. 1148, aux §27 et §28. Voir *Renvoi relatif à la loi sur l'instruction publique*, [1993] 2 R.C.S. 511.

⁴ *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158.

⁵ *Ontario (P.G.) c. SEFPO*, [1987] 2 R.C.S. 2, au §151.

⁶ *Switzman c. Elbing et P.G. du Québec*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306.

⁷ *Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, à la p. 188.

la culture françaises, à la fois directement (en faisant du français une langue officielle au Québec et dans l'ensemble du Canada) et indirectement (en attribuant aux provinces la compétence sur l'éducation et sur 'la propriété et les droits civils dans la province'). »¹ Les identités culturelles / juridiques sont protégées par l'attribution d'une autonomie souveraine dans les domaines précisés par la Constitution (art. 91 et 92), pluralisme assuré par le contrôle du Conseil privé de la Reine. La structure constitutionnelle est attribuée et protégée par le Parlement de Westminster. L'accord est trouvé sur les articles 93 et 133, pour les minorités linguistiques et religieuses. Ainsi, « à l'époque de la Confédération, les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l'union canadienne permettrait de concilier unité et diversité » et « le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces était une reconnaissance juridique de la diversité des premiers membres de la Confédération, et il témoignait du souci de respecter cette diversité au sein d'une seule et même nation. »² La loi constitutionnelle est donc « un acte d'édification d'une nation » que l'on comprend *pluraliste*.

c- Le XXI^{ème} siècle et le « pluralisme régulateur »

348. Enfin, la troisième période qui marque la permanence de ce gène pluraliste, peut être qualifiée comme étant la période des « débats constitutionnels » au XX^{ème} siècle, autour de la modification constitutionnelle et du rapatriement de la Constitution, ainsi que les évolutions des équilibres fédératifs. Le pluralisme est devenu un *arbitre* des évolutions du fédéralisme.

349. Le pluralisme comme régulateur des débats constitutionnels. La rhétorique du pluralisme toujours mobilisée dans le cadre d'un discours nationaliste a participé des échecs et des évolutions de l'indépendance du Canada. Il faut distinguer à ce titre la souveraineté internationale et la souveraineté constitutionnelle de la Fédération canadienne. Selon la Cour suprême du Canada, la souveraineté internationale du Canada a été acquise en pratique entre la signature du *Traité de Versailles* de 1919 et le *Statut de Westminster* de 1931³ ; le *Colonial Laws Validity Act* de 1865⁴ avait institué un contrôle de constitutionnalité en regard duquel les actes coloniaux étaient déclarés nuls si contraires à un Statut Impérial. En effet, la souveraineté du Canada après la Constitution de 1867 souffrait de deux limitations : la souveraineté absolue du Parlement de Westminster et l'exigence de conformité légale aux lois

¹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux §37-38.

² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §43.

³ *Re Offshore Mineral Rights of B. C.*, [1967] R.C.S. 792, à la p. 816.

⁴ *Colonial Laws Validity Act de 1865* (R.-U.), 28 & 29 Vict., ch. 63, art. 2.

du Parlement Britannique¹. Le *Statut de Westminster* adopté en 1931² a assuré une pleine souveraineté du Parlement canadien en matières d'affaires extraterritoriales et abrogé le *Colonial Laws Validity Act* (art. 2(1)). Lors de la conférence de Lord Balfour en 1926, cette indépendance internationale fut discutée et refusée par le Québec craignant pour le respect du pluralisme interne à la fédération, faisant davantage confiance au Parlement Britannique pour la garantie du pluralisme. Une même considération liée au pluralisme explique le refus de modifier la Constitution en 1931. En effet, lors de cette conférence, un accord n'est pas trouvé autour d'une formule de rapatriement, les justifications tenant au respect du pluralisme constitutif de la Constitution de 1867 et de la formule fédérale. Ainsi, l'article 7(3) du *Statut* assure que cette souveraineté internationale ne viendra ni diminuer ni abroger les droits des provinces canadiennes constitutionnalisés en 1867. Une autre garantie est venue de l'article 7(1) assurant cette fois la continuité juridique en matière de modification constitutionnelle : le Parlement Britannique ne peut modifier cette Constitution qu'à la demande expresse des autorités canadiennes. Les provinces canadiennes – et le Québec – ont jugé cette disposition suffisante : serait née une convention à partir de 1926 selon laquelle les autorités fédérales ne pourraient demander une telle modification qu'avec le soutien de l'unanimité des provinces. Cette souveraineté aurait été acquise définitivement dans sa dimension externe en 1931.

350. Une question similaire entoure la formule du rapatriement de la Constitution canadienne en 1982³, suite à son autorisation royale d'abord, et le vote d'une loi autorisant son rapatriement par le Parlement Britannique du 29 mars 1982, ensuite. L'acquisition de la souveraineté constitutionnelle était liée à des arguments relatifs au respect d'un pluralisme constitutif, puisque l'enjeu était autant de canadianiser la Constitution que de confirmer son inscription en droit positif au sommet de la hiérarchie des normes (Article 52). C'est un *pluralisme* que l'on peut qualifier de *régulatoire*, dans la mesure où il devient une rhétorique visant à réguler les grands débats constitutionnels. C'est aussi cette formule de rapatriement et de modification qui marque la transition entre un pluralisme régulateur à un pluralisme classificatoire, puisque l'on va insister sur les droits individuels constitutionnellement garantis par la Charte. L'adoption d'une procédure de modification constitutionnelle rend, dès lors, non nécessaire le pouvoir du Parlement de Westminster, ce qui marque une évolution par

¹ PELLETIER (B.), *La Modification Constitutionnelle au Canada*, Carswell, Toronto, 1996, p. 19. Il faut, toutefois, noter que la doctrine de la « Repugnancy » contenue potentiellement dans le Colonial Laws Validity Act de 1865, était interprétée de façon très restrictive laissant une détermination interne assez large au Canada.

² *Statut de Westminster de 1931* (R.-U.), 22 & 23 Geo. 5, ch. 4. WHEARE (K.C.), *The Statute of Westminster and Dominion Status*, Oxford U.P., 3^{ème} édition, Oxford, 1947.

³ MARSHALL (G.), *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Clarendon P., Oxford, 1984, p. 180.

rapport à la doctrine de 1931 en vertu de laquelle la souveraineté du Parlement empêchait que ce dernier n'abdique une part de sa souveraineté. Le respect de ce pluralisme est lié, une nouvelle fois, à la consécration de la souveraineté, cette fois, constitutionnelle du Canada¹.

351. Alors que le rapport Durham a marqué une atteinte à ce pluralisme constitutif, le rapatriement de 1982 marque la transition vers une nouvelle rhétorique du pluralisme, qui est non plus nationale, mais celle d'un pluralisme identitaire. En effet, dans son *Renvoi sur la modification* de la Constitution de 1981², la Cour suprême a précisé qu'en droit l'unanimité des provinces n'était pas requise pour modifier la Constitution, mais que d'un point de vue politique un nombre suffisant de provinces était requis, voire l'unanimité. Cette décision – confirmée en 1982³ – est venue palier le refus du Québec d'accepter ce rapatriement, une controverse constitutionnelle qui débuta dès 1926⁴. La nouvelle formule de modification n'accorde pas au Québec un statut de société distincte, et n'octroie pas non plus à la province un veto sur la procédure de modification – cependant, les modifications visées par l'article 41 de la Constitution confient un droit de veto à chaque province (*consentement unanime*), et une possibilité d'*opting out* est prévue par l'article 38(3). Le fédéralisme est « rigidifié, » en droit.

352. La Constitution de 1982 prévoit cinq procédures de modification constitutionnelle, et cette rigidité accrue peut être interprétée comme la volonté de préserver le pluralisme constitutif de la Confédération de 1867. Le respect du pluralisme est le principe régulateur des procédures de modification constitutionnelle. En effet, une limite commune à ces procédures tient au respect des conditions de l'équilibre fédératif de 1867. L'article 41 sur le consentement unanime pour la modification de certaines dispositions en est caractéristique et de la plus haute importance « dans notre dynamique constitutionnelle, en ce qu'elle est de nature à assurer le maintien des valeurs canadiennes les plus fondamentales. »⁵ L'article 45 de la Loi Constitutionnelle de 1982⁶ encadre la modification constitutionnelle au niveau des provinces canadiennes dont la compétence exclusive incombe aux législatures provinciales. Les dispositions constitutionnelles ayant constitué des conditions essentielles du compromis fédératif de 1867 pourraient-elles être substantiellement modifiées ? Si assurément d'un point de vue juridique il appert possible de modifier certains articles qui ont permis le compromis

¹ PELLETIER (B.), *La Modification Constitutionnelle au Canada*, op. cit., p. 3.

² *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

³ *Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793.

⁴ Le nationalisme québécois : TIERNEY (S.), *Constitutional Law and National Pluralism*, O.U.P., Oxford, 2006, pp. 68-70.

⁵ PELLETIER (B.), *La Modification Constitutionnelle au Canada*, op. cit., p. 208.

⁶ Article 45 : « sous réserve de l'article 41, une législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. »

de 1867, à l'image des articles 93 et 133 de la Constitution de 1867, il nous sera permis de douter de la possibilité de modifier en substance ces articles dans le but de remettre en question cette substance pluraliste de l'histoire constitutionnelle¹. Par un effet de cliquet, la modification ne pourrait aller que dans le sens d'un approfondissement des garanties de l'art. 133, ainsi que le note la Cour : « l'art. 133 est une disposition intangible qui (...) interdit au Parlement et à la législature du Québec de le modifier unilatéralement. »² Cet article ne fait pas partie de la « Constitution de la Province » et qui permettrait au Québec de le modifier. On pourrait alors adopter la distinction que fait C. Schmitt entre les *Lois constitutionnelles* et la *Constitution*, la seconde – matérielle – déborde de son expression formelle contenue dans les premières. Le pluralisme constitutionnel, de ce fait, ne pourrait qu'être approfondi.

353. Ainsi, nous dirons que les Lois constitutionnelles canadiennes peuvent être modifiées dans les conditions prévues aux articles 38 et suivants de la Constitution de 1982, avec la limite substantielle que constituerait le respect du pluralisme. Ainsi, un certain nombre de limites à la modification découleraient des conditions constitutives de 1867, du principe fédératif, et du pluralisme plus généralement : ces limites tiennent particulièrement à l'art. 133 de la Constitution de 1867 relatif à l'usage du français et de l'anglais ou bilinguisme / biculturalisme. L'on ne pourrait substantiellement aller à l'encontre des dispositions de l'art. 133, sous réserve des dispositions de l'art. 43. Cette solution vaut aussi pour certaines dispositions de l'art. 93 de la Constitution de 1867 sur les droits des écoles confessionnelles, parties intégrantes du compromis fédéral de 1867. Cette limite vaut contre toute modification unilatérale visant la composition de la Cour suprême du Canada en tant qu'elle est dépositaire de la protection du bijuridisme historique³, ou pour la réforme du Sénat condition historique de la Fédération⁴. Toute modification du pacte constitutionnel exigerait une procédure de modification renforcée. L'on pourrait évoquer ce précédent de 1997 lorsque le Québec a utilisé cette procédure de modification bilatérale de la Constitution prévue à l'art. 43 de la Constitution (législature de la province et législature fédérale), afin de modifier l'art. 93, ainsi rédigé : 93(A) « les paragraphes (1) à (4) de l'article 93 ne s'appliquent pas au Québec. »

¹ Par exemple, dans la décision *Québec (P.G.) c. Blaikie et autres*, [1979] 2 R.C.S. 1016, la Cour suprême du Canada vient déclarer *ultra vires* le Chapitre III du Titre premier de la Charte de la langue française de 1977, qui vient imposer le français comme langue officielle du Québec et dans les procédures judiciaires, comme contraire à l'art. 133, même si ces dispositions visent la législature et les tribunaux du Québec.

² *Québec (P.G.) c. Blaikie et autres*, précitée, aux pp. 1026-1027.

³ *Renvoi relatif à la loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, (2014) C.S.C. 21, précitée.

⁴ *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, (2014) C.S.C. 32, précitée.

354. Lorsque l'on évoque cette idée de limite substantielle à la modification, constituée par le respect du pluralisme, il est possible de se reporter au discours du ministre Dion devant la Chambre des Communes en 1997, visant à présenter cette modification. Il est évident que si ce projet vise à mettre fin au système des commissions scolaires confessionnelles pour se diriger vers un système de commissions scolaires linguistiques, le ministre justifie bien qu'il ne s'agit en aucune manière de venir limiter la liberté de religion, et l'enseignement religieux, eux-mêmes prévus par la Charte, mais au contraire d'inclure dans le système scolaire un nombre plus important de personnes, issues notamment de l'immigration¹. De plus, il faut noter que chacun des droits et libertés enchâssés dans la Charte des droits et libertés peut constituer une limite à la modification constitutionnelle prévue par l'article 45 – sauf usage du pouvoir dérogatoire prévu à l'article 33 de la Charte. Des limites matérielles similaires s'appliquent à la procédure de révision prévue par l'article 44². Il appert possible de soulever, en conclusion, cette idée que, en substance, le pluralisme constitue une limite matérielle à la modification constitutionnelle au Canada. Si la complexité des règles relatives à la modification constitutionnelle rend plus difficile la remise en cause des principes constitutifs du compromis pluraliste fédéral de 1867, cette complexité rend aussi plus difficile l'évolution de cette constitution dans le temps, ce qui laisse cette tâche aux tribunaux à travers l'interprétation constitutionnelle. C'est une telle interprétation constitutionnelle qui va faire évoluer les équilibres fédératifs au XX^{ème} siècle : le pluralisme est toujours *régulateur*.

355. Le pluralisme comme régulateur du fédéralisme. Tel qu'en a disposé la Cour suprême dans une décision de 2007, « il est incontestable que le fédéralisme a constitué un 'principe directeur fondamental' de notre ordre Constitutionnel depuis le début de la Confédération. »³ Le fédéralisme fait partie des principes non écrits dégagés par la Cour suprême dans son *Renvoi sur la Sécession du Québec* de 1998 rappelant que « le fédéralisme était la structure qui permettait de concilier unité et diversité. »⁴ La Cour a depuis réaffirmé de façon continue que le fédéralisme est bien un principe constitutionnel⁵ : c'est ce caractère constitutionnel qui fait du fédéralisme une structure proprement identitaire. Si le principe de fédéralisme a été largement mobilisé au point de devenir *normatif*, il est difficile de dégager avec certitude et cohérence, les conséquences elles-mêmes normatives de ce recours à la

¹ <http://www.pco-bcp.gc.ca/aia/index.asp?lang=fra&page=archive&sub=speeches-discours&doc=19970422-fra.htm>.

² Article 44 : « sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes. »

³ *Banque Canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, au §21.

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §43.

⁵ *Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority* [1999] 3 R.C.S. 134, au §16; *R. c. Demers* [2004] 2 R.C.S. 489, au §78 ; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters* [2009] 3 R.C.S. 407, au §29.

notion de principe de fédéralisme. En 2011, la Cour suprême a rappelé sur le « principe de fédéralisme » suppose un respect des équilibres constitutionnels inhérents à un État fédéral, protégé par le texte formel¹. Si ce principe n'appert guère offrir, en l'état, de cohérence, il pourrait constituer un puissant terreau d'expression pour l'identité nationale canadienne, souvent caractérisée de faible², autour de valeurs communes. La Cour l'avait déjà précisé dans un arrêt de 2003, « le fédéralisme (...) contribue à définir la démocratie canadienne »³ et chaque gouvernement étant souverain dans sa propre sphère de compétence, protégeant une diversité culturelle à travers les droits privés, l'éducation, et la langue, notamment, alors « le principe dominant du droit constitutionnel canadien est le fédéralisme. »⁴ Le respect du pluralisme à travers la formule du fédéralisme est bien cette « étoile » qui a guidé la Cour⁵.

356. La nature constitutionnelle de la loi de 1867 a été reconnue bien qu'étant un statut du Parlement de Westminster⁶. H. De Gail évoque ainsi en 1901 « les colonies anglaises ayant une constitution fédérative, »⁷ Jellinek qualifiant le Canada d'État sans souveraineté. Aussi, « le Canada a grandement contribué à la destruction des idées austiniennes. »⁸ Les débats pré-confédératifs⁹ démontrent que le choix d'un modèle fédéral était lié à des motifs d'ordre économique et politique¹⁰. Avec les agitations grandissantes après 1840, le Canada craint une annexion américaine et le modèle de la fédération permettrait de mieux gérer les oppositions entre canadiens anglophones et francophones, la construction de voies de chemin de fers, de réseaux d'électrification, le perfectionnement des canaux et l'aménagement du territoire, tout en répartissant les coûts. Ces motifs d'ordre économique seront de poids afin de convaincre les provinces maritimes. Le pluralisme est constitutif car l'une des volontés des partenaires fédératifs est de ne pas effacer les particularités culturelles afin d'assurer la réalisation de cette fédération¹¹. Ce choix fait naître la conscience d'un soi pluraliste¹ non

¹ Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The 'Principle of Federalism' and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », *S.C.L.R. (2d)*, 2011, vol. 54, pp. 78-115.

³ *Figueroa c. Canada* (P. G.), [2003] 1 R.C.S. 912.

⁴ Renvoi relatif au rapatriement de la Constitution, 1981, *précitée*, p. 821.

⁵ Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, au §56.

⁶ La décision *Campbell v. Hall* (1774) 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.) reconnaît l'autorité constitutionnelle du Roi sur les Dominions, pour les colonies de conquête, qui est absolue jusqu'à la détermination de gouvernements représentatifs locaux. Dès lors, la souveraineté de la Reine est limitée : Lord Mansfield CJ, at 209-210. Ceci conduira à l'Acte de Québec de 1774, mais aussi à articuler la souveraineté canadienne avec le *Colonial Laws Validity Act* de 1865. Voir READ (J. E.), « The Early Provincial Constitutions », *Can. Bar Rev.*, 1948, vol. 26, n°4, pp. 621-637.

⁷ DE GAIL (H.), *Les États à forme fédérative*, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Paris, 1901, p. 109.

⁸ KENNEDY (W.P.M.), *The Nature of Canadian Federalism*, Toronto U.P., Toronto, 1921, p. 59, (nous soulignons et nous traduisons).

⁹ BOURINOT (J. G.), *Federal Government in Canada*, John Hopkins U. P., Baltimore, 1889. BYERS (R. B.) and REFORD (R. W.) (eds.), *Canada Challenged: the Viability of Confederation*, Canadian Institute of International Affairs, Toronto, 1979, p. 3. STEVENSON (G.), *Ex Uno Plures. Federal-Provincial relations in Canada (1867-1896)*, McGill-Queen's U. P., Montréal, 1993 ; *Unfulfilled Union. Canadian Federalism and Unity*, McGill-Queen's U.P., 5^{ème} édition, Montréal, 2009, p. 20.

¹⁰ LAMONTAGNE (M.), *Le fédéralisme canadien. Évolutions et problèmes*, Les Presses Universitaires Laval, Québec, 1954, p. 7.

¹¹ McWHINNEY (E.), « Constitutional Particularism and the New Pluralistic Federalism », in BYERS (R. B.) and REFORD (R. W.) (eds.), *op. cit.*, 1979, pp. 38-56, p. 44.

subsumé sous une identité nationale. Québec « devenait le lien entre la réalité culturelle et politique du Canada français et la dynamique institutionnelle d'un système constitutionnel fédéralisé à travers lequel le Canada français se devait de partager le pouvoir politique. »²

357. Les spécificités du fédéralisme canadien sont multiples : l'idée fédérale a été combinée avec le modèle du régime et de la souveraineté parlementaire, et la tradition constitutionnelle non écrite³. Le rôle de la Cour Suprême dans l'évolution pluraliste du fédéralisme a donc été important, soit par l'impossibilité de réviser (avant 1982), soit la très grande difficulté à réviser la Constitution canadienne (après 1982). Si la répartition des compétences entre ordres de gouvernements organisée par les articles 91 et 92 de la Loi Constitutionnelle de 1867, est, selon la Cour suprême, « le fondement de notre système fédéral »⁴ ; elle n'est que « l'un des éléments fondamentaux » du fédéralisme, qui vise à « respecter cette diversité au sein d'une même nation. » Aussi, « la vie du fédéralisme ne se réduit pas qu'à des problèmes juridiques. La Constitution fournit un cadre de vie et d'action politique à l'intérieur d'un État fédéral. »⁵ C'est donc bien un principe d'interprétation évolutif qui organise le pacte fédératif⁶. L'interprétation est sous-tendue par un récit national qui fait droit au pluralisme ayant conduit au pacte de 1867 : « la séparation des pouvoirs était un simple problème de surface pour un dialogue plus profond sur l'identité constitutionnelle. »⁷ La fédération est un accommodement culturel par ricochet⁸. La cour précise, alors, « le principe du fédéralisme facilite la poursuite d'objectifs collectifs par des minorités culturelles ou linguistiques qui constituent la majorité dans une province donnée. C'est le cas au Québec (...) qui possède une culture distincte. »⁹

358. Le voisin américain a été un point de repère pour les Pères de la fédération canadienne qui les a conduit à adopter un fédéralisme que l'on a qualifié de centralisé. La définition de Wheare¹⁰ d'une constitution unitaire et d'un gouvernement fédéral est éloquente. Ces éléments, outre la clause résiduelle de compétence qui appartient au gouvernement fédéral

¹ BURGESS (M.), « Federalism and Federation: a Reappraisal », in BURGESS (M.) and GAGNON (A.-G.) (eds.), *Comparative Federalism and Federation. Competing Traditions and Future Directions*, U. of Toronto P., Toronto, 1993, pp. 3-14, p. 4.

² TIERNEY (S.), *Constitutional Law and National Pluralism*, op. cit., p. 69, (nous traduisons).

³ DENNING (A.), « The spirit of the British Constitution », *Can. Bar. Rev.*, 1951, vol. 29, pp. 1180-1195.

⁴ *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters* [2009] 3 R.C.S. 407, au §29.

⁵ *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, au §42.

⁶ *Renvoi relatif à la loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, [2005] 2 R.C.S. 669, au §9.

⁷ CONKLIN (W. E.), *Images of a Constitution*, op. cit., 1989, p. 35, (nous traduisons).

⁸ SCOTT (F. R.), « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism », in SCOTT (F. R.), *Essays on the Constitution. Aspects of Canadian Law and Politics*, U. of Toronto P., Toronto and Buffalo, 1977, pp. 251 et suivantes. Publié dans *Can. Bar Rev.*, 1951, vol. 29, no. 10, pp. 1095-1125.

⁹ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §59.

¹⁰ WHEARE (K. C.), *Federal government*, New York U. P., 4^{ème} édition, New York, 1964, p. 10 et p. 20.

(Art. 91(29)), sont la maîtrise du pouvoir de dépenser¹, le contrôle du gouverneur général, le pouvoir de désaveu, le pouvoir déclaratoire et la politique d'acquisition des propriétés publiques. La Cour, en 1998, va noter ces éléments tout en confirmant le caractère *fédéral*: les usages politiques depuis 1867 visent le respect du pluralisme ayant conduit à la spécificité du Québec². L'accommodement de cette diversité culturelle s'étant traduit par un fédéralisme asymétrique, le pluralisme a été le régulateur de l'expression de cette identité à travers les conflits de compétences³. La texture pluraliste est liée à cette répartition. La définition de l'identité est conflictuelle et dépend de la théorie de l'interprétation retenue. W. Lederman⁴ démontre qu'il s'agit de 30 champs de compétences fédérales en totale compétition avec les 16 champs provinciaux. Il précise même que rien ne permet de déterminer qu'un domaine est *per se* de nature provinciale ou fédérale, certains étant le fruit d'une histoire longue comme la compétence provinciale en matière de droit privé⁵. En 1915, le Conseil Privé a pu écrire à propos de cette répartition de compétences que « les termes des art. 91 et 92 et de tous les titres qu'ils contiennent ne peuvent naturellement être compris comme ayant été destinés à assurer les distinctions d'un système de pure logique. »⁶ La Cour définit alors *l'identité*.

359. Le pouvoir judiciaire est le principal agent de l'évolution de la fédération⁷ : « C'est de l'essence de la Constitution du Canada que la détermination des compétences du Dominion et des provinces, respectives, ne devait être retirée du pouvoir judiciaire. »⁸ Trois dispositions ont joué un rôle pivot dans cette expression pluraliste des identités : la clause fédérale « Paix, ordre et bon gouvernement »⁹ de l'art. 91, la compétence provinciale en matière de droit privé des articles 92(13) et (16), et la compétence fédérale en matière criminelle (art. 91(27)). Cette nature constitutionnelle d'une part, et identitaire d'autre part, implique selon Lederman que le sens est déjà construit avant l'interprétation, ce qui implique que seule une reconstruction des décisions permet de retrouver cette conception de la fédération comme identité nationale. Dès lors que nous sortons de la logique formelle devant l'obligation d'interpréter ces dispositions,

¹ TELFORD (H.), « The Federal Spending Power in Canada: Nation-building or Nation-destroying? », *Publius*, 2003, vol. 33, n°1, pp. 23-44. La maîtrise du pouvoir de dépenser n'est pas expressément prévue comme clause constitutionnelle.

² *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux §§55-56.

³ JACQUETT (W. R.), « Section 91 and Section 92 of the B.N.A. Act and the Privy Council », in CORRY (J.A.), MOXON (A.) (eds.), *Legal essays in honour of Arthur Moxon*, University of Saskatchewan, U. of Toronto P., Toronto, 1953, pp. 156 et suivantes, p. 156.

⁴ LEDERMAN (W. R.), « Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation », *Alta L.Rev.*, 1976, vol. 14, n°1, pp. 34-49.

⁵ READ (J. E.), « The early provincial constitutions », *op. cit.*, pp. 621 et suivantes pour une perspective historique sur la compétence.

⁶ *Wharton*, [1915] A.C. 330 ; 18 D.L.R. 353 ; à la p. 338, (nous traduisons).

⁷ LOUNGNARATH (V.), « Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la Fédération Canadienne », *La Rev. du Barreau*, 1997, vol. 57, n°4, pp. 1103 et suivantes, p. 1107. HOGG (P. W.) and WRIGHT (W. K.), « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections On the Debates About Canadian Federalism », *U.B.C. L.Rev.*, 2005, vol. 38, n°2, pp. 329-352.

⁸ *Ottawa Valley Power Co. v. Ontario (A.-G.)*, [1936] 4 D.L.R. 594, à la p. 603, (nous traduisons).

⁹ LASKIN (B.), « « Peace, Order and Good Government » re-examined », *Can. Bar Rev.*, 1947, vol. 25, no. 10, pp. 1054-1087 (*P.O.G.G.*).

alors le professeur (qui écrit en 1975) propose différents critères d'importance qui ont tous trait à la nature pluraliste de la fédération canadienne : la valeur relative de l'uniformité et la protection de la diversité régionale, le gouvernement local contre l'administration constitutionnelle et les droits des minorités. Le Conseil Privé aurait ainsi décentralisé le fédéralisme¹ avec une jurisprudence favorable aux provinces : « cette période a été l'âge d'or des provinces lorsque le Conseil privé a progressivement donné vie à la nature essentielle fédérale de la Constitution du Canada. »² Il a limité la portée de la clause *P.O.G.G.* aux cas d'urgence³ et élargi le champs de la clause *propriété et droits civils* de l'article 92(13). En général, cette action a été louée de la part des juristes québécois⁴, et a été critiquée de la part des juristes « hors-Québec. »⁵ Les arrêts au Conseil privés sont stoppés en 1949. De même que le Conseil ne s'est jamais considéré comme lié par ses précédents, la Cour suprême du Canada a décidé ne pas être liée par les précédents du Conseil privé (C.J.P.C.) de Londres⁶.

360. La jurisprudence de la Cour, en matière de fédéralisme, a été jugée par certains juristes québécois comme favorable au gouvernement fédéral⁷. La Cour Suprême aurait, notamment, étendu la portée de la clause *P.O.G.G.* aux questions de dimensions nationales. Un coup d'arrêt à la centralisation de la Cour aurait été le *Renvoi sur la loi anti-inflation* de 1976⁸; ce renvoi est considéré comme le début d'une jurisprudence bigarée. La tendance centralisatrice de la Cour Suprême se manifesterait dorénavant par le truchement du droit criminel⁹. Les juristes hors Québec ont jugé que la Cour Suprême avait poursuivi dans le sens du C.J.P.C. avec une jurisprudence équilibrée. Selon A. Lajoie, le fédéralisme canadien n'aurait jamais cessé de suivre une trajectoire centralisatrice. Le fédéralisme canadien serait destiné à devenir, à terme, un État Unitaire¹⁰. Cette lecture a été critiquée comme une forme de

¹ HOGG (P. W.), « The legacy of the Privy Council in Canadian Federalism », in KERNERMAN (G.) and RESNICK (P.) (eds.), *Insiders and Outsiders. Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2004, pp. 65-70. MACDONALD (V. C.), « The Privy Council and the Canadian Constitution », *Can. Bar Rev.*, 1951, vol. 29, no. 10, pp. 1021-1037. BROUILLET (E.), « Le principe fédératif et l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada », *Rev. B. de D. Const.*, 2007, n°1, pp. 39-60.

² KENNEDY (W.P.M.), *The Nature of Canadian Federalism*, *op. cit.*, p. 50, (nous traduisons).

³ *Ontario (A.-G.) v. Dominion (A.-G.) (Local prohibition Case)*, [1896] A.C. 348; *Re the Board of Commerce Act*, [1922] 1 A.C. 191.

⁴ PIGEON (L.-P.), « The Meaning of Provincial Autonomy », *Can. Bar Rev.*, 1951, vol. 29, pp. 1126-1135. LAJOIE (A.), « Garantir l'intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.), *op. cit.*, pp. 365-381. BROUILLET (E.), « The Federal principle and the 2005 Balance of Powers in Canada », *S.C.L.R. (2d)*, 2006, vol. 34, n°2, pp. 307-333.

⁵ SCOTT (F. R.), « Political Nationalism and Confederation », *Can. J. of Eco. & Pol. Sc.*, 1942, vol. 8, n°3, pp. 386-415, p. 399.

⁶ *Re : Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

⁷ LECLAIR (J.), « The Supreme Court's understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.), *op. cit.*, 2005, pp. 383-414, p. 408.

⁸ *Re : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, sur l'urgence nationale fédérale en temps de paix.

⁹ *R. c. Hydro-Québec* [1997] 3 R.C.S. 213.

¹⁰ LAJOIE (A.), « Égalité et Asymétrie dans le fédéralisme Canadien », in LE POURHIET (A.-M.) *Liberté et égalité locale*, P.U.A.-M., Aix-en-Provence, 1999, pp. 325-340.

fétichisme textuel, plus qu'une réalité constitutionnelle¹. D'ailleurs, la Cour suprême a rappelé ce maintien des équilibres inhérents au choix d'une formule fédérale : flexibilité et coopération ne peuvent l'emporter sur le partage des compétences. Aussi, « même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. » Cette souplesse ne peut « éroder l'équilibre constitutionnel inhérent à l'État fédéral canadien. »² Face à cette expression conflictuelle des identités nationales par la répartition des compétences, l'on évoque une crise de la Fédération canadienne à laquelle tentera de répondre la Charte de 1982. La conflictualité des identités serait la justification du fédéralisme, ce que M. Chevrier appelle « un monde de définitions et de visions en compétition. »³ Or, la formule fédérale ne peut pas tout et la rhétorique pluraliste serait aujourd'hui moins mobilisée dans le cadre du fédéralisme que dans le cadre du contentieux des droits fondamentaux, répondant à cette crise de la fédération⁴.

d- La Charte canadienne et le « pluralisme classificatoire »

361. La controverse sur le rapatriement de la Constitution marque une transition dans la mobilisation rhétorique du pluralisme ; une transition aidée en partie par l'arrivée du nouveau juge en chef Dickson qui privilégia l'interprétation constitutionnelle de la primauté du droit et la défense des droits fondamentaux au dépens du fédéralisme, encourageant des formes de coopération avec la technique des chevauchements de compétences⁵. L'enchâssement de la Charte marque une transformation : « la réforme constitutionnelle de 1982 intervenue au Canada, sans abolir ces protections et la nature fédérale du régime, y juxtapose une autre 'structure identitaire', qui combine la garantie des droits individuels et la reconnaissance de droits communautaires. »⁶ Avec la question du multiculturalisme, les frontières de la citoyenneté ne sont plus liées aux frontières de la nation – particulièrement québécoise – mais aux limites de la citoyenneté identitaire. Le pluralisme ne se représente plus en termes de territoires géographiques, mais en termes de géographies identitaires. La fonction intégrative de la constitution serait désormais liée à un minoritarisme constitutionnel, centrifuge.

¹ Pour une déconstruction : GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives about Law, Democracy, and Identity », *Vt. L.Rev.*, 1999, vol. 24, pp. 792-843.

² *Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, aux §61-62.

³ CHEVRIER (M.), *Federalism in Canada: A World of Competing Definitions and Views*, in TIERNEY (S.) (ed.), *op. cit.*, pp. 108-127, (nous traduisons).

⁴ LUSZTIG (M.), « Deeper and Deeper: Deep Diversity, Federalism and Redistributive Politics in Canada », in JAMES (P.), ABELSON (D. E.), LUSZTIG (M.) (eds.) *The Myth of the Sacred. The Charter, the Courts, and the Politics of the Constitution in Canada*, McGill-Queen's U. P., Montréal, 2002, pp. 207-218.

⁵ SHARPE (R.J.), « The Constitutional Legacy of Chief Justice Brian Dickson », *Osg. Hall L.J.*, 2000, vol. 38, n°1, pp. 189-224.

⁶ CHEVRIER (M.), « Trois visions de la Constitution et du constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 112.

362. Selon M. Temelini, le multiculturalisme ne peut pas être compris comme une doctrine de l'État de droit, mais comme un humanisme civique, une forme de vertu constitutionnelle. Le concept de multiculturalisme est lié à la construction politique d'un discours national, qui n'est plus celui du biculturalisme : « le concept de multiculturalisme a eu une finalité pratique durant la Révolution silencieuse, interrogeant ce consensus émergent au sein des canadiens d'origine française ou britannique quant à un biculturalisme constitutif. »¹ Le concept trouve son origine dans un contexte de crise de l'unité nationale et le développement d'une identité spécifiquement canadienne enracinée dans la diversité linguistique et culturelle, et associée à une définition dynamique de la citoyenneté identitaire. C'est, ainsi, qu'il faut comprendre l'adoption de la politique fédérale sur le multiculturalisme en 1971 : « le but de cette politique était de promouvoir **un nouveau mode de vie** présupposant une **conception compréhensive du bien.** »² Le développement d'une personnalité pluraliste provient de cette transition multiculturelle dans la rhétorique pluraliste. C'est un *nouveau* pluralisme qui est ici mobilisé.

363. Or, la multiplication des références au concept de multiculturalisme ne peut masquer l'absence d'accord sur sa signification³. Pour certains, ce modèle tient essentiellement à une structure pluraliste d'une Charte des droits. Trois arguments sont, alors, mobilisés : la Charte proposerait une culture spécifiquement canadienne des droits à travers, d'abord, la protection des individus et, ensuite, celle des groupes ; enfin, le dernier argument tient à la clause de limitation à un droit garanti par la Charte, tel qu'en dispose l'article 1^{er} de la Charte – associé à l'article 33 qui prévoit que le législateur peut explicitement, dans une loi, permettre la violations de certains droits : « le modèle canadien a ouvert des possibilités constitutionnelles pour la protection des droits plus que fourni un prototype unique devant être imposé ou adapté comme structure préfigurée. »⁴ Par ailleurs, une vision de l'égalité substantielle associée au développement de la dignité et la vulnérabilité du sujet juridique a conduit au développement de libertés culturelles : des libertés individuelles à dimension groupale. Ce principe de justice distributive repose sur la prise en compte matérielle des identités comme principe de justice sociale. La Charte aurait conduit aux identités, ou transition *matérielle* du constitutionnalisme.

¹ TEMELINI (M.), « Multicultural rights », *op. cit.*, 2007, p. 43 et p. 46, (nous traduisons).

² TEMELINI (M.), « Multicultural rights », *op. cit.*, 2007, p. 56, (nous soulignons et nous traduisons).

³ MAGNET (J.E.), « Multiculturalism and Collective Rights », *op. cit.*, 2005, p. 1267.

⁴ DODEK (A.M.), « Canada as Constitutional Exportator », *op. cit.*, p. 319, (nous traduisons).

364. Il faut, toutefois, distinguer certaines dispositions de la Charte qui vise des droits de groupes particuliers. Ainsi, l'article 35 de la Constitution protège les droits ancestraux et les droits issus de traités, dont le titulaire et le bénéficiaire sont des groupes autochtones. Il s'agit de la seule « vraie » disposition groupale sans que cette disposition ne permette d'évoquer la constitution d'une minorité politique. On trouve, ensuite, des libertés publiques traditionnelles qui peuvent être qualifiées de droits collectifs, comme la liberté d'association ou la liberté d'expression. Ces droits collectifs peuvent avoir une dimension groupale, lorsqu'ils sont garantis dans le cadre d'une certaine identité. On trouve, ensuite, des dispositions protégeant des proto-groupes comme les dispositions relatives aux droits linguistiques. En effet, le juge Dickson a pu souligner dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*¹ que l'expression linguistique était liée à l'expression d'une certaine culture dans ses dimensions individuelles comme groupales : « l'importance des droits en matière linguistique est fondée sur le rôle essentiel que joue la langue dans l'existence, le développement et la dignité de l'être humain. C'est par le langage que nous pouvons former des concepts, structurer et ordonner le monde autour de nous. Le langage constitue le pont entre l'isolement et la collectivité, qui permet aux êtres humains de délimiter les droits et obligations qu'ils ont les uns envers les autres, et ainsi, de vivre en société. » La Cour précisera explicitement ce lien avec une dimension culturelle, quelques années après : le langage est « aussi pour un peuple le moyen d'exprimer son identité culturelle. C'est aussi le moyen par lequel un individu exprime son identité personnelle et son individualité. »² Il apparaît, dès lors, que la Charte lie une protection des droits et libertés à une certaine dimension identitaire. On trouve, enfin, des droits et libertés qui peuvent avoir une dimension groupale comme la liberté de religion ou le droit à l'égalité. Le juge Dickson a pu souligner que la liberté de religion présentait une dimension individuelle et une dimension collective, sans que cela ne soit juridiquement un droit de groupes³. Le droit à l'égalité fondé sur l'orientation sexuelle a ainsi pu conduire la Cour suprême à qualifier les homosexuels en tant que groupe identifiable et vulnérable⁴.

365. Il s'agit d'une publicisation et d'une dépolitisation de l'expression identitaire dans la mesure où ces minorités sont sociales, et non politiques. Les frontières de ces groupes sont encadrées et limitées par la référence au pluralisme, dans le cadre du contentieux des droits. L'on est passé d'une compréhension politique et nationaliste de la diversité à une conception

¹ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, au §744.

² *Ford c. Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712, au §40.

³ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295.

⁴ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

juridique et individualiste, conduisant à une identitarisation du droit constitutionnel canadien : « la politique identitaire a récemment évolué vers une identité nationale centripète orientée vers une pluralité d'identités sociales soutenues par des mouvements sociaux présentant une force centrifuge. » Le droit constitutionnel devient un espace de luttes sociales et identitaires, et la multiplication de mouvements sociaux rend plus compliquée la pensée d'une nation unifiée. La rhétorique du multiculturalisme tend à maintenir les frontières identitaires de la nation à travers les libertés individuelles¹. La référence au multiculturalisme est un argument discursif visant à dresser les frontières de cette identité pluraliste, à travers le discours juridique des droits fondamentaux : « tel un exosquelette, la Constitution va imposer ses propres contraintes et va modeler alors des communautés à partir de sa propre image. »² Se développe un nouveau pluralisme remplaçant le fédéralisme dans la définition de la nation³.

366. Cette mobilisation du pluralisme provient d'un nouvel horizon d'égalité substantielle développée avec la Charte. En effet, « la valeur de l'égalité substantielle serait d'autant plus importante que d'avoir un système de démocratie formelle dans une société multiethnique. »⁴ L'égalité substantielle s'oppose à l'égalité formelle dans la mesure où la première « viendrait traiter tous les groupes d'une société multiethnique avec une égalité d'intérêt et de respect, ce qui souvent conduit à des traitements différentiels, alors que l'égalité formelle viendrait traiter de façon similaire toutes les minorités, régions ou citoyens. »⁵ Or, la Charte reproduirait une logique paradoxale : « le **pluralisme classificatoire** qui produit du citoyen et de l'ethnique. »⁶ Le pluralisme classificatoire est le revers de la médaille du principe d'égalité substantielle. La Charte porte une logique de classification liée à une dialectique plus globale qui est celle de l'inclusion et de l'exclusion. Cette logique classificatoire aboutit à « une concaténation de marques supposées somatiques ou culturelles et un statut qui ne relèverait pas du providentiel voire d'ignorance ou d'une régulation aléatoire. » En cherchant à agir sur les discriminations, l'on hypostasie des caractéristiques identitaires de groupes socialement construits. Il s'agit de l'imposition d'une structure de l'humanité au cœur même de la structure du sujet juridique.

¹ ANGUS (I.), *A border within*, op. cit., p. 7 et p. 146, (nous traduisons).

² WEBBER (J.), *Reimagining Canada*, op. cit., 1991, p. 28, (nous traduisons).

³ HIEBERT (J.), « The Charter and Federalism: Revisiting the Nation Building Thesis », in BROWN (D. M.) and HIEBERT (J.) (eds.), *Canada: The state of the Federation, 1994*, Institute of Intergovernmental Relations, 1994, pp. 153-178.

⁴ WEBBER (J.), *Reimagining Canada*, op. cit., 1991, p. 70, (nous traduisons).

⁵ WEBBER (J.), *Reimagining Canada*, op. cit., 1991, p. 71, (nous traduisons).

⁶ ELBAZ (M.) et MURBACH (U.R.), « Des préférences, des différences et des sacrifices : l'action positive et le pluralisme juridique au Canada », dans BELLEY (J.-G.) (dir.), *Le Droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, n°16, Paris, 1996, pp. 69-94, p. 69.

367. Le pluralisme classificatoire sera défini comme « les effets non intentionnels de l'action positive nommément en forçant l'individu à s'identifier involontairement avec leur groupe d'origine. » Ses effets sont la création de « **communautés imaginaires** soudées par des **marques imputées et réputées être somatiques.** »¹ Les corps des individus sont marqués par ces réalisations identitaires, ce qui est une régulation de la capacité à être sur l'espace public. La référence au « pluralisme » ne peut conduire à ignorer la pluralité de sens et la transition dans l'utilisation rhétorique. Cette sensibilité culturelle ne prend pas le même sens lorsqu'elle est envisagée dans le cadre d'un fédéralisme national avec une territorialisation de minorités politiques et dans le cadre d'un fédéralisme identitaire avec une production de minorités sociales. Le premier politisait les identités en étant une expression directe de la souveraineté territoriale ; le second publicise les identités en étant une expression implicite de la souveraineté dans le domaine identitaire. Le pluralisme classificatoire a une double fonction évidente de clôture identitaire du sujet juridique et de l'identité nationale.

B- Un constitutionnalisme normatif à texture pluraliste : un pluralisme constitutionnel

368. Le *Renvoi sur la Sécession* a fait de l'État de droit et du constitutionnalisme, associé à la démocratie, au fédéralisme et à la protection des minorités, un principe non écrit structurant l'ordre constitutionnel. Ce *Renvoi* s'inscrit dans une tradition réaffirmant la structuration non écrite de la substance constitutionnelle canadienne² : la force normative de ces principes guide l'interprétation constitutionnelle, comble les vides des dispositions écrites, voire fonde des obligations constitutionnelles. Comme la Cour l'a rappelé, ces principes expriment un jugement de valeur sur les biens normativement désirables de la constitutionnalité³. La substance constitutionnelle trouve un périmètre de définition dans une vision *normative* d'une société canadienne *légitime*. Dans ce même *Renvoi* que la Cour rappelle que la Constitution est l'expression de la souveraineté du peuple canadien dans son ensemble, et introduisant, partant, une catégorie intermédiaire entre les conventions constitutionnelles politiques et le droit de la Constitution juridique⁴. Ce *Renvoi*, associé à l'enchâssement de la Charte marque une transition vers un nouveau type de constitutionnalisme. Cette texture pluraliste provient de deux éléments principaux : les spécificités d'un constitutionnalisme de *Common Law* **(1)** ;

¹ ELBAZ (M.) et MURBACH (U.R.), « Des préférences, des différences et des sacrifices », *op. cit.*, p. 88, (nous soulignons).

² *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

³ *Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753.

⁴ WOERLHING (J.), « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », *R.F.D.C.*, 1999, vol. 37, pp. 3-27.

et, une évolution matérielle du constitutionnalisme avec la Charte canadienne (2). Un positivisme empirique ne permet pas de définir la substance constitutionnelle profondément inscrite dans une vision normative – pluraliste – de l'identité constitutionnelle canadienne.

1- Les spécificités canadiennes d'un constitutionnalisme de *Common Law*

369. Les spécificités du constitutionnalisme canadien viennent de la rencontre de deux traditions: le constitutionnalisme britannique et le constitutionnalisme américain¹ conduisant à l'articulation du régime parlementaire et d'une structure fédérale. Toutefois, ce n'est que progressivement qu'un rapprochement avec le constitutionnalisme américain, s'agissant de la suprématie de la Constitution ou de la souveraineté populaire, s'établit. Ces spécificités viennent, d'un point de vue de théorie constitutionnelle, de l'importance qu'a eu la pensée de Dicey (a). Il en découle deux spécificités : l'importance de la *Common Law* et le rôle joué par l'interprétation constitutionnelle dans l'évolution pluraliste du constitutionnalisme (b); la texture pluraliste par des conventions constitutionnelles (c). La spécificité du modèle canadien proviendrait de ces éléments combinés : un constitutionnalisme de type diceyien associé à un positivisme de type hartien ; et, une interprétation judiciaire des normes constitutionnelles.

370. La source constitutionnelle n'est pas la norme formelle, mais un constitutionnalisme matériel : le caractère constitutionnel provient de leur correspondance déterminée par les tribunaux avec un principe de démocratie pluraliste. Ce pluralisme semble être à la fois le fondement normatif du principe de proportionnalité² guidant la justification d'une limitation à un droit constitutionnel garanti, que celui plus général de détermination de la substance constitutionnelle. La rationalité s'associe à la légitimité dans la détermination de la constitutionnalité. Cette spécificité implique plus généralement de se dégager d'un cadre de positivisme empirique afin de comprendre la détermination profondément normative de la constitutionnalité au Canada : même le positivisme le plus descriptif est engagé sur des prédicats normatifs³. Le fondement normatif du constitutionnalisme canadien serait celui pluraliste de l'optimisation des valeurs. Le comparatiste français rencontrerait des obstacles épistémologiques, donc, en cherchant à déterminer la substance constitutionnelle canadienne.

¹ TREMBLAY (L.B.), « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », *The Geo. Wash. Int'l L. Rev.*, 2004, vol. 36, pp. 515-541, p. 516.

² Sur l'idée de « fondement normatif » : TREMBLAY (L.B.), « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie du droit », in TREMBLAY (L.B.) et WEBBER (G.C.N.) (dir.), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes*, Éditions Thémis, Montréal, 2009, pp. 77-114.

³ TREMBLAY (L.B.), « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », *R.D.U.S.*, 2002, vol. 33, pp. 69-95.

a- Une dualité du constitutionnalisme et l'importance de la théorie diceyenne

371. Une dualité du constitutionnalisme. Le droit constitutionnel canadien est un droit de *Common Law*, de telle sorte que le préambule de la Loi Constitutionnelle de 1867 dispose que la Constitution canadienne « repose sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni. » Cette précision interroge deux tropes du droit constitutionnel français : le caractère écrit des normes constitutionnelles associé à une présentation hiérarchique. Aussi, la Cour suprême note que « dans notre tradition constitutionnelle, légalité et légitimité sont liées. »¹ Le texte n'épuise pas le champ constitutionnel largement organisé par des conventions constitutionnelles², et par les principes non écrits³. Avec B. Pelletier, « la distinction entre Constitution souple et constitution rigide se trouve au cœur de la dynamique constitutionnelle de notre pays. »⁴ Il faut, en effet, faire une distinction entre ce qui relève de la Constitution formelle et qui doit faire l'objet d'une procédure spéciale de modification – le champ constitutionnel formel et rigide – et la Constitution matérielle qui peut être modifiée de la même façon que les lois ordinaires ; et, partant, une distinction entre les conventions constitutionnelles juridiques et politiques⁵. Enfin, le concept de *hiérarchie* n'est pas adéquat : la pluralité des procédures de modification conduit à des normes à constitutionnalité différenciée où certaines dispositions sont mieux protégées ; les articles 1 et 33 de la Charte conduisent à une hiérarchie variable où des dispositions législatives non constitutionnelles, reconnues comme telles, demeurent dans l'ordre juridique ; où, certaines normes matérielles constitutionnelles ne bénéficient pas d'une valeur formelle (les conventions). Le terme de *constitutionnel* participe d'une texture *normative* du constitutionnalisme à interroger.

372. Il n'est pas aisé de déterminer avec précision les règles constitutionnelles qui disposent d'une autorité supra-législative (formelle) ; l'article 52 de la Constitution de 1982, tout en venant réaffirmer la suprématie de la Constitution, présente une liste ouverte des dispositions appartenant à la Constitution formelle, ce qui laisse une marge interprétative importante au juge. Cette difficulté du positiviste à déterminer la liste des dispositions constitutionnelles se retrouve dans le manuel de droit constitutionnel de P. Hogg⁶. La Constitution du Canada, telle

¹ Renvoi sur la Sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217, au §33.

² MARSHALL (G.), *Constitutional Conventions*, op. cit., 1984.

³ Renvoi: Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753.

⁴ PELLETIER (B.), *La modification constitutionnelle*, op. cit., 1996, p. 41.

⁵ Renvoi sur la Sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁶ HOGG (P.W.), *Constitutional law of Canada*, op. cit., p. 1-7.

qu'en dispose l'article 52 de la Loi Constitutionnelle de 1982 est composée de trois catégories de texte¹ : (a) la Loi de 1982 sur le Canada, y compris la Loi constitutionnelle de 1982, (b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe, (c) les modifications des textes législatifs et des décrets. Des dispositions législatives et de *Common Law* appartiennent au droit constitutionnel formel et certaines dispositions matériellement constitutionnelles n'en font pas partie (formellement). Il faut donc distinguer, au Canada, à la manière de C. Schmitt, les Lois constitutionnelles (formelles) de la Constitution. Cette texture pluraliste du concept même de Constitution complique l'analyse dans la mesure où l'article 52 sert tant à référencer les normes du contrôle de constitutionnalité, que l'articulation entre les différentes procédures de modification constitutionnelle. La Cour suprême a adopté, en 1993, une définition libérale et non exhaustive du sens à accorder à l'article 52, interprétation découlant de la référence au constitutionnalisme britannique dans le préambule de 1867 et de cette conception canadienne du droit constitutionnel matériel – il s'agissait du principe de privilège parlementaire².

373. Dans cette décision de 1993, la majorité des juges rappelle que le terme « inclut, » tel qu'en dispose l'article 52, implique que la liste des dispositions n'est pas exhaustive, mais susceptible d'expansion, par implications des autres dispositions de la Constitution, notamment le préambule. Par cette décision de 1993, la Cour rappelait ce principe que l'on ne peut réduire la Constitution canadienne à des dispositions écrites, s'agit-il de la Constitution formelle ou matérielle. De même, en 1994, la Cour rappelle que la définition de *Constitution* au sens de l'article 52 est susceptible d'expansion judiciaire par interprétation systémique du corpus constitutionnel³. En matière de contrôle de constitutionnalité, le réservoir de normes de contrôle serait plus large que la Constitution du Canada, entendue au sens de la procédure de modification, bien qu'il faille, selon P. Hogg, considérer la liste, ouverte, de l'article 52 comme exhaustive. Selon lui, il faut restreindre la décision de 1993 à la dimension non écrite de la Constitution : en ce sens, les dispositions écrites de la Constitution seraient limitées par le texte de l'article 52. Tout dépend, donc, du contexte dans lequel on s'interroge sur la substance constitutionnelle⁴, puisque la *substance* constitutionnelle n'est pas limitée, elle, par l'article 52. Aussi trois niveaux de constitutionnalité interagissent : la modification de la Constitution (restreint) ; le contrôle de constitutionnalité ; et, la Constitution matérielle. La

¹ Article 52 de la *Loi Constitutionnelle* de 1982.

² *N. B. Broadcasting Co, c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

³ *Colombie-Britannique (P.G.) c. Canada ; Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

⁴ HOGG (P.W.), *Constitutional law of Canada, op. cit.*, p. 1-10.

texture pluraliste tient largement à une interprétation non formaliste du texte constitutionnel, de même qu'une absence de délimitation précise de la substance constitutionnelle au Canada.

374. Partant, le comparatiste de droit français fait face à deux obstacles que sont l'écrit pour la Constitution matérielle et la hiérarchie pour la Constitution formelle. Pour la première, en effet, l'écrit n'épuise pas la substance constitutionnelle. Il faut y ajouter les conventions de la Constitution et les principes non écrits, et ces dispositions n'appartiennent pas forcément à la Constitution *formelle*. Dans son *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, la Cour suprême rappelle que la Constitution est « l'aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif. »¹ Une telle formulation pourrait être surprenante si l'on n'inscrit pas la détermination de cette norme constitutionnelle dans une vision normative du constitutionnalisme. La Cour précise alors que l'interprétation du texte ne doit pas être littérale et étroite mais doit être historique, prenant en compte son contexte et son objet (§65). La « structure fondamentale »² de la Constitution comprend les principes constitutionnels dégagés « des préambules des lois constitutionnelles et de l'objet général de la Constitution. » Ces « postulats non écrits » sont « le fondement même de la Constitution du Canada. »³ La compréhension du constitutionnalisme canadien passe donc par le rôle (normatif) joué par le préambule de 1867. Par exemple, la Cour avait déjà dégagé l'indépendance de la magistrature comme principe non écrit en 1997⁴ découlant du préambule de 1867, principe constituant « un ensemble plus profond » de la Constitution (au §89), alors qu'en 1993, la Cour les avait fondé sur les termes de l'Art. 52 du texte de 1982.

375. En 1997, la Cour souligne ce rôle juridique du préambule au-delà d'énoncer « la thèse politique que la Loi exprime » (§95). En effet, le préambule de 1867 « reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles » du texte de 1867 (et de 1982). Il est un dispositif interprétatif et comble les lacunes de l'écrit. Aussi, il « est le moyen qui permet de donner force de loi à la logique qui sous-tend la loi » (§95). La Constitution est inscrite ici dans une vision normative du constitutionnalisme : le préambule renvoie « également au type de démocratie constitutionnelle consacrée dans notre Constitution » (au §100) invitant les juges « à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle » (§104). Le préambule propose une conception *normative* de la

¹ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, au §64.

² *Ontario (P.G.) c. SEFPO*, précitée, p. 57.

³ *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, précitée, au §66.

⁴ *Renvoi relatif à l'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3, au §83.

substance constitutionnelle, expliquant les obstacles épistémologiques du comparatiste. Cette conception normative de la substance peut être qualifiée de *pluraliste* au regard de la systématisation des principes non écrits dans le *Renvoi sur la Sécession* : la substance de la norme constitutionnelle est l'expression d'une conception de la société canadienne assurant une unité dans la diversité si l'on suit la présentation du contexte confédératif proposée par la Cour suprême¹. Les principes non écrits sont « les prémisses inexprimées » qui « inspirent et nourrissent le texte de la Constitution » (§49) : l'état de droit et le constitutionnalisme, le fédéralisme, la démocratie, et le droit des minorités. L'on sait (*supra*) que ces principes sont l'expression de formes de pluralisme. Ces principes sont la « force vitale » du texte écrit et si les juges tiennent naturellement compte de l'écrit, ces principes « guident l'interprétation » – *orientent* – et peuvent « donner lieu à des obligations juridiques substantielles », et la Cour va préciser, « qui posent des limites substantielles à l'action gouvernementale » (§54). La force normative des principes va être de déterminer ce qu'est un gouvernement légitime et l'idéologie politique d'un vivre ensemble. Comment expliquer ce caractère *normatif* ?

376. Une explication réside dans une conception spécifique du constitutionnalisme. Le constitutionnalisme historique canadien était basé sur la souveraineté du Parlement britannique, une souveraineté parlementaire et impériale : la souveraineté de la Constitution (1867) n'était pas basée sur une conception populaire de la souveraineté, mais comme un corollaire de la doctrine de la souveraineté parlementaire². La souveraineté du législateur fédéral canadien était subordonnée à l'autorité du Parlement de Westminster, de même que le devoir de « *judicial review* » des cours de justice ne découlait pas de l'expression d'un souveraineté populaire enchâssée dans une Constitution, mais de la tradition du constitutionnalisme britannique. En découlait une interprétation statutaire de la Constitution, similaire à l'interprétation de toute autre loi britannique³. Dans le constitutionnalisme américain, à la suite du juge en chef Marshall, les principes constitutionnels deviennent la source d'un gouvernement légitime. Le modèle de Dicey est, lui, conséquentiel : les principes constitutionnels doivent être considérés comme tels lorsqu'ils sont la conséquence d'un gouvernement légitime. Il y a une légitimité téléologique en valeur dans la détermination de la norme constitutionnelle dans le modèle de Dicey⁴. Il s'agit de deux constitutionnalismes

¹ *Renvoi sur la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, aux §49-54.

² TREMBLAY (L.B.), « *Marbury v. Madison* », *op. cit.*, p. 523.

³ *Bank of Toronto v. Lambe*, [1887] 12 A.C. 575 ; *Edwards v. Canada (A.G.)*, [1930] A.C. 124.

⁴ TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law: Dicey or Marshall? », *Oxf. Univ. Comm. L.J.*, 2006, vol. 6, n°1, pp. 77-101.

distincts et le constitutionnalisme canadien se rapprocherait du modèle proposé par Dicey où ce qui fait la substance constitutionnelle découle d'un gouvernement *légitime*.

377. En réalité, les deux modèles interagissent. La rhétorique du constitutionnalisme canadien a changé avec le rapatriement de la Constitution en 1982. Ainsi, la Cour suprême du Canada a considéré que si l'origine de la Constitution canadienne résidait dans le vote d'une loi par le Parlement Britannique, il ne s'agit que d'une particularité historique, cette Constitution devant être considérée comme l'expression d'une nation¹, l'expression de la souveraineté du peuple canadien². De même dans le *Renvoi sur la Sécession*, la légitimité constitutionnelle provenait de l'expression d'un corps de représentants élus et non pas d'une initiative impériale³. C'est à partir de 1982, que l'on évoque une constitutionnalisation progressive de l'ordre juridique : la Constitution est suprême⁴. Ainsi, ce constitutionnalisme a d'abord été compris comme un constitutionnalisme américain : la légitimité du gouvernement découlait d'une source constitutionnelle. Le rapprochement avec le constitutionnalisme américain s'arrêterait ici dans la mesure où les méthodes interprétatives développées en pratique par la Cour suprême sont originales. Deux arguments soutiennent cette idée : l'interprétation constitutionnelle et le réservoir de normes constitutionnelles. Sur ces deux plans, le Canada se rapprocherait d'un constitutionnalisme de type Dicey⁵.

378. La spécificité du constitutionnalisme résiderait dans les théories de l'interprétation retenues par la Cour. Notamment, la Cour suprême a rejeté très tôt une méthode originaliste d'interprétation de la Constitution⁶, au profit de ce que l'on a qualifié de la métaphore de « l'arbre vivant. » Cette métaphore a été initialement évoquée par Lord Sankey en 1930 : « le A.A.N.B. a planté au Canada un arbre capable de grandir et de grossir dans ses limites naturelles. »⁷ L'interprétation évolue en fonction des besoins sociaux⁸ privilégiant une forme d'interprétation téléologique du texte constitutionnel⁹ : « les finalités naissent d'une forme de raisonnement qui reprend les larges objectifs de la Constitution du Canada et ses 'contextes linguistique, philosophique et historique appropriés'¹⁰. »¹¹ Le rejet de l'originalisme ou

¹ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

² *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.

³ *Renvoi sur la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §35.

⁴ *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, précitée, p. 746.

⁵ TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law », *op. cit.*, p. 83.

⁶ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précitée.

⁷ *Edwards c. Canada (P.-G.)*, [1930] A.C. 124, p. 136.

⁸ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précitée, p. 509.

⁹ *Hunter et autres c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

¹⁰ *R. c. Big M. Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, au §117.

¹¹ TREMBLAY (L.B.), « *Marbury v. Madison* », *op. cit.*, p. 532, (nous traduisons).

« frozen concepts » a trouvé une confirmation dans le *Renvoi sur le mariage entre personnes du même sexe* en 2004, confirmant que le Canada était une société pluraliste : « Notre Constitution est un arbre vivant qui, grâce à une interprétation progressiste, s'adapte et répond aux réalités de la vie moderne. »¹ Cette interprétation a été confirmée en 2005² : la Cour adopte une interprétation évolutive de sorte à accommoder la Confédération aux réalités pluralistes de la société canadienne. L'interprétation participe donc, de cette texture pluraliste.

379. La Cour suprême a privilégié une analyse téléologique en légitimité et généreuse du texte³. L'approche téléologique privilégiant la substance et la finalité d'un droit est associée à une interprétation progressiste des dispositions constitutionnelles participant de ce fondement normatif. La seule contrainte à l'interprétation constitutionnelle peut être qualifiée d'orthodoxe : le contrôle judiciaire de constitutionnalité est acceptable s'il est *cohérent* vis-à-vis des dispositions écrites⁴. Aussi, « les règles d'interprétation et l'ensemble des principes non-écrits produisent une rhétorique flexible qui permet aux juges de lire la signification des dispositions constitutionnelles en termes de normes, qui, lorsqu'appliquées, contribuent au maintien de la légitimité, de la morale et du caractère raisonnable de l'action et des décisions gouvernementales. »⁵ C'est ce qui ressort notamment de l'opinion du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Holmes* : les valeurs de la société canadiennes sont celles de la liberté et de la démocratie pluraliste⁶. La détermination de la norme constitutionnelle est normativement orientée. Le problème de la détermination de la norme constitutionnelle pourrait donc être expliqué *a posteriori* à partir du choix d'un modèle explicatif issu du positivisme empirique hartien, choix qui aurait privilégié une théorie du droit non adaptée à la « suprématie du droit » en droit canadien. Il ne s'agit pas de renoncer au projet descriptif de la primauté du droit, mais au choix d'un positivisme empirique en théorie constitutionnelle au profit d'une compréhension herméneutique des pratiques et actions humaines⁷, contraintes guidant la détermination constitutionnelle, résidant dans la valeur normative d'une démocratie pluraliste.

380. La théorie diceyenne. Cette référence au droit constitutionnel britannique, et au fait que le droit constitutionnel canadien soit un droit de *Common Law* explique l'importance qu'a eu Dicey sur la pensée constitutionnelle. C'est de cette articulation entre droit constitutionnel

¹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, au §22.

² *Renvoi relatif à la loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, [2005] 2 R.C.S. 669, au §9.

³ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §117.

⁴ TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law », *op. cit.*, p. 91.

⁵ TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law », *op. cit.*, p. 92, (nous traduisons).

⁶ *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, pp. 931-932.

⁷ TREMBLAY (L.B.), « La théorie constitutionnelle canadienne », *op. cit.*, p. 140.

écrit et conventionnel que vient la spécificité de l'ordre constitutionnel canadien. En effet, le constitutionnalisme de Dicey provient de trois éléments : la souveraineté du Parlement, l'État de droit et les conventions constitutionnelles¹. Son concept d'État de droit inclut trois éléments distincts mais liés : l'absence d'arbitraire, l'égalité devant le droit, et la Constitution comme conséquence du droit des personnes privées, déterminées par les cours de justice, dans des cas particuliers. Le constitutionnalisme de Dicey est un engagement (quasi) normatif en faveur de la protection des libertés individuelles face au gouvernement. Si ce qui fait le caractère constitutionnel des normes est leur conformité à un modèle de légitimité, cela suppose l'engagement des cours envers un modèle de légitimité politique et, selon cette conception, la nature du droit et de la Constitution peut varier². La nature de la norme constitutionnelle découle d'un précédent logique qui est un ensemble de critères normatifs de légitimité politique³. Les conséquences de ce constitutionnalisme sont observables au plan de l'interprétation constitutionnelle et de la détermination des textes constitutionnels : ainsi que le note le professeur Tremblay, ce textualisme de Dicey n'est pas très contraignant⁴.

381. En ce sens, et dans le contexte pluraliste canadien, le constitutionnalisme de Dicey participerait d'une ouverture pluraliste. C'est une conception principielle du droit qui ne doit toutefois pas être détachée des règles constitutionnelles formelles : « la méthode visant à traduire la constitution en termes de principes plus que par sa description détaillée attire les politologues, mais il revient aux juristes d'assurer que les règles constitutionnelles existantes ne sont pas perdues dans les généralisations qui accompagnent nécessairement l'exposition de ces principes. »⁵ Cette texture pluraliste provient dès lors de cette dimension principielle. De même, cette dimension de *Common Law*, qui explique une évolution du droit constitutionnel sans la figure de la révolution, mais « étant accoutumés à une évolution de la Constitution en dehors de la figure de la révolution nous avons tendance à oublier les dangers qui pourraient en découler. »⁶ Le caractère écrit d'une constitution n'est pas un trait déterminant de l'État de droit – la protection des libertés civiles étant assurée par le *Common Law* et le respect de l'indépendance des juges. La nature non écrite implique un travail interdisciplinaire pour retrouver un sens que Dicey qualifie de labyrinthe : « ce continent dudit 'droit constitutionnel' est une sorte de dédale au sein duquel l'explorateur est intrigué par le caractère irréel ou le

¹ TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law », *op. cit.*, p. 79.

² TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law », *op. cit.*, p. 81.

³ TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law », *op. cit.*, p. 88.

⁴ TREMBLAY (L.B.), « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law », *op. cit.*, p. 89.

⁵ DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, New York-St Martin's P., London, 1960, (nous traduisons).

⁶ DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law*, *op. cit.*, 1960, « Introduction », (nous traduisons).

caractère antique, ou par ce caractère conventionnaliste. »¹ L'interprétation constitutionnelle appert historique et politique procédant d'une forme de reconstruction *normative* de l'histoire.

382. Le droit constitutionnel est un monde de fictions : « nous ne pouvons être certains des relations exactes entre les faits du gouvernement constitutionnel et la phraséologie plus ou moins artificielle sous laquelle ils sont cachés. »² Il y a donc une liberté certaine par rapport au texte écrit. Selon Dicey, la nature historique et philosophique du droit constitutionnel britannique interroge cette prétention des juristes à clore le constitutionnel derrière des concepts techniques : « de façon surprenante, la notion de constitution idéale, biaisée par les technicités du juriste, est, au fond, l'illusion de l'imagination juridique. »³ Cette fiction se prolonge par les références judiciaires aux précédents qui sont des tentatives pour fonder une décision sur une autorité historique parfois transformée en loi. Cet exercice d'argumentation est fictif dans la mesure où le sens constitutionnel n'a pas non plus de sens définitif. Le recours au précédent est une technique argumentative pour encadrer le champ des interprétations disponibles en regard de certains principes : le sens est sans cesse reconstruit. Aussi, ni l'interprétation formaliste de Blackstone, ni l'interprétation historique de Freeman, ni l'interprétation politique de Bagehot ne sont en mesure de *clore* le sens constitutionnel.

383. Il est sans doute exact de dire avec J. Bell que la notion de souveraineté présente une signification dans le monde britannique : il s'agit de la souveraineté du Parlement⁴. Ainsi, comme le montre la définition du droit constitutionnel de Dicey, la figure de l'État et de la souveraineté ont été constitutives de la construction doctrinale de la matière constitutionnelle : « le **droit constitutionnel**, tel qu'utilisé en Angleterre, **semble inclure** toutes les **règles** qui affectent **directement** or **indirectement** la distribution de l'exercice du pouvoir **souverain** dans l'**état**. »⁵ Le pouvoir souverain est le Parlement. À partir de cette définition du droit, Dicey distingue deux dimensions qui ouvrent sa définition du droit constitutionnel. Il y a les règles *stricto sensu* de droit constitutionnel qui sont formellement constitutionnelles, mais pas matériellement écrites : « cet **ensemble de règles** est le '**droit**' *stricto sensu* car il s'agit de règles qui (**écrites** ou **non-écrites**, prises par des **lois** ou dérivant de la masse des **coutumes**, **traditions** ou **maximes** judiciaires connue comme le **Common Law**) sont **appliquées par les**

¹ DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law*, *op. cit.*, 1960, p. 7, (nous traduisons).

² DICEY (A.V.), *Introduction to the Study of the Law*, *op. cit.*, 1960, p. 11.

³ DICEY (A.V.), *Introduction to the study of the law*, *op. cit.*, 1960, p. 18.

⁴ BELL (J.), « Que représente la souveraineté pour un britannique ? », *op. cit.*, p. 67.

⁵ DICEY (A.V.), *Introduction to the study of the law*, *op. cit.*, 1960, p. 23, (nous soulignons et nous traduisons).

cours. »¹ La juridicité est distinguée par Dicey de la condition matérielle de l'écrit. Aussi, le droit canadien se comprend dans ce schéma dans la mesure où le droit constitutionnel formel n'est pas nécessairement écrit. Il y a, ensuite, les conventions ou moralités constitutionnelles, « les conventions, accords, habitudes ou pratiques qui bien que régulant les conduites de plusieurs membres du pouvoir souverain (...) ne sont pas, en réalité, du droit, car ils ne sont pas appliqués par les tribunaux. »² Le droit constitutionnel est juridique et politique, au moins d'un point de vue matériel – selon Dicey les règles d'organisation du pouvoir souverain. Il s'agit d'un droit *politique*. La juridicité du droit constitutionnel (formel) n'est pas réduite à l'écrit (matériel), ainsi que le droit constitutionnel n'est pas réduit aux règles (formelles) d'une Constitution, mais à l'ensemble de la matière constitutionnelle (matérielle). La Constitution canadienne étant similaire à la constitution britannique, l'on retrouve cette texture pluraliste dans l'ouverture non écrite et matérielle du droit constitutionnel au Canada.

384. Dicey en conclut qu'il faut apprécier le droit constitutionnel comme l'exploration d'un « continent du droit qui **n'a pas été encore entièrement réduit à la figure de l'ordre.** »³ Au total, deux dimensions spécifiques du droit constitutionnel canadien apparaissent et participent de cette texture pluraliste : d'un côté, la dimension non-écrite du *Common Law* et du rôle joué par les tribunaux dans l'évolution de la Constitution, en contexte pluraliste ; et, de l'autre, l'importance prise par les conventions constitutionnelles politiques.

b- Le *Common Law* constitutionnel et le constitutionnalisme pluraliste canadien

385. L'argument est double ici. Tout d'abord, le fait qu'il s'agit d'un droit de *Common Law* modifie la dogmatique et le raisonnement juridiques en ouvrant le domaine constitutionnel par une texture pluraliste : « les régimes de *Common Law* présentent, dans leur rapport au pluralisme juridique, un cas particulier. La théorie que la *Common Law* cautionne a de tout temps été obligée de reconnaître une forme relativement affirmée de pluralisme juridique. »⁴ Aussi, le droit colonial britannique était construit à partir d'un pluralisme administratif. Ensuite, ce *Common Law* a été orienté, à la suite des évolutions de la doctrine britannique et l'indépendance canadienne, vers le respect d'un lignage pluraliste⁵. Le droit est explicitement ou implicitement le produit des considérations théoriques ou philosophiques dominantes, ainsi

¹ DICEY (A.V.), *Introduction to the study of the law, op. cit.*, 1960, p. 23, (nous soulignons et nous traduisons).

² DICEY (A.V.), *Introduction to the study of the law, op. cit.*, 1960, p. 24, (nous traduisons).

³ DICEY (A.V.), *Introduction to the study of the law, op. cit.*, 1960, p. 34, (nous soulignons et nous traduisons).

⁴ LEBEL-GRENIER (S.), *Pour un pluralisme juridique radical, op. cit.*, p. 32.

⁵ JENNINGS (W.I.), *The Law and the Constitution*, U. of London P., 3^{ème} édition, London, 1948.

est-ce le cas du droit constitutionnel canadien face aux évolutions de l'Empire britannique¹. Au cours du Moyen-Âge, en Grande-Bretagne, cette bataille du droit était celle d'une multiplicité pluraliste de juridictions se chevauchant, avec des allégeances tant locales que paroissiales, produisant des coutumes et des traditions rivales². Le droit royal finit par s'imposer comme ce que l'on connaît comme le *Common Law* : « alors le *Common Law* a non seulement gagné la victoire finale, mais aussi acquis une position d'extraordinaire révérence et admiration. »³ Si le *Common Law* doit beaucoup au régime féodal britannique, il s'est rapidement structuré comme une véritable théorie du droit, protégée comme une « rigidité religieuse » : « il apparaît ici comme une chose délivrée depuis le mont Sinaï de l'Histoire, au cœur des tonnerres et lumières des traditions, sanctifié avec dignité et représentant les plus profonds principes de la raison. »⁴ Le *Common Law* apparaît comme religieusement idéalisé.

386. La transition vient avec les Stuart. Ces derniers manquent selon Kennedy de la sagesse politique des Tudor qui ont consacré ce principe que le *Common Law* était fondamental, au-dessus du Roi ou du Parlement, comme on le retrouve chez E. Coke. C'est dans le *Common Law* que le peuple britannique trouvait ses droits inaliénables et dans le contrôle des juges qu'il trouvait le droit ; cette transition des Tudor venant de la consécration de cette idée que le droit anglais était le droit d'un homme raisonnable de *Common Law*. Lorsque le Parlement pris part à ces batailles constitutionnelles, à partir de la *Magna Carta*, puis avec la Révolution de 1688, une large part de l'histoire constitutionnelle britannique fut réécrite de sorte à justifier une organisation institutionnelle du droit. L'affirmation de la souveraineté du Parlement conduisit à une vénération équivalente à celle du *Common Law* et des droits naturels. Il s'agit d'une transition dans la théorie constitutionnelle du raisonnement juridique⁵. Une explication à l'indépendance américaine provient de ce changement de théorie constitutionnelle : les américains étaient des juristes de *Common Law*. Les sources de leur droit se situaient à la période des Tudor, antérieurement à la Glorieuse Révolution.

387. Selon Kennedy, si la Révolution de 1688 a permis de satisfaire les aspirations politiques en Angleterre, il en a résulté une infériorité juridique des colonies : « la domination commerciale était leur destin juridique à la Restauration ; la domination politique était leur

¹ KENNEDY (W.P.M.), *Theories of Law and the Constitutional Law of the British Empire*, Can. Bar Assoc., Québec, 1929.

² LEGRAND (P.) et SAMUEL (G.), *Introduction au common law*, La Découverte, Paris, 2008.

³ KENNEDY (W.P.M.), *Theories of Law*, op. cit., p. 5, (nous traduisons).

⁴ KENNEDY (W.P.M.), *Theories of Law*, op. cit., p. 5, (nous traduisons).

⁵ BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite. Introduction au droit politique britannique*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 2008, pp. 51 et suivantes.

destin juridique à la Révolution. »¹ Il s'agissait d'un Empire qui avait développé deux conceptions opposées du droit ; les tensions sont nées, conséquemment, lorsque le Parlement a adopté des lois qui venaient contredire cette tradition historique du *Common Law*. Alors que la référence aux droits inaliénables permettait d'accorder un statut constitutionnel équivalent à l'Angleterre, l'application de cette nouvelle théorie du droit venait soumettre les autorités de ces colonies à la souveraineté parlementaire. Un changement de théorie du droit a impliqué un changement de statut constitutionnel. Alors que la théorie du droit des colonies britanniques était le *Common Law* de Coke, les droits naturels et fondamentaux du peuple britannique, la théorie du droit britannique était celle de la formalisation juridique du droit, par référence au *Declaratory Act* de 1776. C'est ainsi qu'après la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis, toute demande de droit de la part des colonies se basant sur ces droits inaliénables était regardée avec mépris, puisque cela ne correspondait plus à l'esprit de 1688 : la souveraineté parlementaire est indivisible. Il faut voir les relations entre le Dominion canadien et le Parlement de Westminster à partir de l'exil des loyalistes britanniques au Canada, qui acceptaient largement cette théorie du droit de la souveraineté parlementaire. C'est ainsi que l'histoire canadienne au XVIII et XIX^{ème} siècle est moins celle d'une indépendance, que de la gestion interne des dissensions liées au pluralisme interne du Commonwealth britannique.

388. Un troisième changement survint au sein de la théorie constitutionnaliste britannique avec le développement de l'utilitarisme benthamien. Il s'agit d'une nouvelle philosophie du droit liée à une transition au sein de la théorie économique : « la fin du droit est de protéger le plus grand bien du plus grand nombre. »² La doctrine juridique du laissez-faire avait pour corollaire l'indépendance de la Fédération canadienne ; mais l'indépendance du Canada « pour protéger les intérêts de l'Empire britannique. » Cette forme de libéralisme économique au moment de la Confédération canadienne explique le choix d'une structure fédérale pour gérer la diversité culturelle. Ainsi, Kennedy précise : « l'Empire devait être préservé comme bien d'une communauté de nations. »³ C'est ce que Dicey caractérise de principe collectiviste en matière d'interprétation constitutionnelle et a guidé la gestion coloniale de l'indépendance fédérale canadienne. Aussi, « le principe spécifique individualiste de l'école du laissez-faire était que n'importe quel pouvoir discrétionnaire était un danger pour la liberté. »⁴ C'est une forme d'individualisme libéral associé, au Canada, à une protection d'un gouvernement

¹ KENNEDY (W.P.M.), *Theories of Law, op. cit.*, p. 10, (nous traduisons).

² KENNEDY (W.P.M.), *Theories of Law, op. cit.*, p. 16, (nous traduisons).

³ KENNEDY (W.P.M.), *Theories of Law, op. cit.*, p. 18, (nous traduisons).

⁴ JENNINGS (W.I.), *The Law and the Constitution, op. cit.*, 1948, p. 53, (nous traduisons).

économique de la fédération, ce qui passait alors par la reconnaissance du pluralisme national (comme instrument de gouvernance économique). Au cœur de cette construction fédérale se trouve la volonté d'un libéralisme respectueux de la construction de communautés nationales dans le but de favoriser les échanges et les intérêts de et avec l'Angleterre. C'est ainsi qu'il faut comprendre la théorie juridique encadrant le droit constitutionnel canadien au moment de l'indépendance et justifiant le pluralisme : « un vaste complexe de forces sociales est en jeu au cœur de notre théorie du droit » ; il précise « l'État réalise ses buts par consentement social non plus opposant gouvernants et gouvernés, et les individus les uns contre les autres en tant que porteurs de droit, atomisés, mais en tant que membres de groupes et d'associations, dont les intérêts sont bénéfiques. »¹ Cet héritage du *Common Law* est bien plus complexe qu'une simple réception et doit être interprété en fonction de cette nouvelle philosophie libérale du droit. C'est une unité de nations par le *Common Law* et non pas d'une uniformité nationale.

389. Lorsque la Confédération fut décidée en 1867 et que la Constitution fut adoptée, l'on pouvait trouver dans les manuels de droit constitutionnel de cette période l'idée selon laquelle ce qui a permis de constituer la fédération fut la réception de ce *Common Law* constitutionnel selon certaines projections locales et devant être interprétées en regard de cette évolution de la philosophie du droit : « la constitution du Canada, en raison de sa promulgation en tant que loi du Parlement du Royaume-Uni, est intégrée comme branche de l'ancienne constitution de cet Empire souverain, *i.e.*, le berceau maternel projette en direction de ces colonies un bras de puissance – qu'il se prouve être notre soutien fort, ô Seigneur. » Ce même manuel précise, « il est vrai, dans son idée et selon nos projections », ainsi, « nos provinces sentent, au moins, leur capacité aux efforts et progrès collectifs, tout en étant régies séparément. »² La tâche de ce droit constitutionnel était celui de produire une nation gouvernable selon un principe économique de laissez-faire: « ce gouvernement spécifique était porté par un respect à l'égard du bien-être des communautés particulières, compatible avec le bien-être collectif. »³ Le préambule de 1867 illustre cette finalité associant *Common Law* et pluralités au sein d'une Nation : « Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (Dominion) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande (...); Considérant de plus qu'une telle union aurait l'effet de développer la prospérité des provinces et de favoriser les intérêts de l'Empire Britannique. »

¹ KENNEDY (W.P.M.), *Theories of Law, op. cit.*, p. 19, (nous traduisons).

² GOOCH (J.), *Manual of the Constitution of Canada*, Coll. Chapleau, Ottawa, 1867, p. 1, (nous traduisons).

³ GOOCH (J.), *Manual of the Constitution of Canada, op. cit.*, p. 3, (nous traduisons).

390. Le droit canadien est proche de ce que D. Baranger qualifie de « droit politique » : « ce que les juristes appellent droit positif contient des traces d'époques différentes, » qualifiant cela de « étourdissant assemblage. »¹ Il s'agit d'un phénomène historique et politique. Cette spécificité du droit politique britannique viendrait de la capacité à « fabriquer de la nouveauté politique à partir de la continuité institutionnelle. »² Cette tradition du *Common Law* antérieure à l'établissement du principe de souveraineté parlementaire (notamment à partir de 1660), implique que le droit est antérieur à la Constitution. Il faut voir ce droit politique comme une dogmatique très spécifique de construction du droit constitutionnel, fruit d'une sédimentation historique. Ce mode spécifique d'appréhension du phénomène juridique serait construit à partir d'un « esprit coutumier. »³ C'est l'appareil justificatif du droit anglais se caractérisant par une idée de préexistence et une forme de préjugé en faveur des choses anciennes. Il s'agit d'une manière de penser le monde : « elle signifie que, en retrait de ce qui fait partie du monde présent, les causes explicatives du droit se trouvent **dans un passé construit d'une certaine manière.** »⁴ La détermination du droit commence dans un rapport d'interprétation, une union de l'objet interprété et de l'interprète, et dans un rapport de reconnaissance : faire passer une chose comme historique alors que la chose est extraite de l'histoire par cette reconnaissance. La fiction sur laquelle repose ce raisonnement juridique est celle de l'historicité et du consentement tacite de la communauté ou une forme de *naturalité*. Une constitution écrite n'est qu'une tentative arbitraire pour faire cesser le flot continu de ce droit. Les controverses sont la texture du *Common Law* permettant « une démultiplication des horizons de référence dans lesquelles elles se projettent. »⁵ Ce sont des liens d'élasticité qui s'établissent comme liens de sens dans le processus interprétatif : le juge en est le médiateur. Les deux idées de ce raisonnement juridique qu'est le *Common Law* sont les idées de la préexistence et de la coexistence. L'empilement constitutionnel au Canada est topique.

391. En effet, ces évolutions du *Common Law* ont contribué aux modalités distinctes d'interprétation de la Constitution canadienne⁶ : « comment l'évolution de la Constitution est-elle possible dans un contexte pluraliste ? »⁷ On retrouve à la fois cet esprit du *Common Law*

¹ BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite, op. cit.*, p. 3.

² BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite, op. cit.*, p. 3.

³ BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite, op. cit.*, p. 17.

⁴ BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite, op. cit.*, p. 21, (nous soulignons).

⁵ BARANGER (D.), *Écrire la Constitution non écrite, op. cit.*, p. 32.

⁶ Sur les différentes techniques : HOGG (P.W.), « Canada: From Privy Council to Supreme Court », in GOLDSWORTHY (J.) (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 55-105.

⁷ BERNATCHEZ (S.), « L'évolution continue de la Constitution Canadienne par les tribunaux: Arbre vivant ou dialogue? », *S. C. L. Rev.* (2d), 2007, vol. 37, pp. 47-86.

et les limitations dues à l'affirmation de la souveraineté parlementaire, issus de la tradition britannique. Les tribunaux canadiens ont permis de faire évoluer la Constitution par leur activité interprétative lorsque la modification constitutionnelle était rendue impossible, ou très difficile. Le contrôle de la constitutionnalité s'est d'abord développé dans le droit prétorien¹, avant d'être enchâssé constitutionnellement. Le contrôle de constitutionnalité portait d'abord sur le partage des compétences², pour se développer à partir de 1938 dans le domaine des droits fondamentaux³. Dans une décision de 1985⁴, la Cour suprême a fait le choix d'une interprétation évolutive de la Constitution ; elle reprenait alors la métaphore de *l'arbre vivant* développée par Lord Sankey⁵. Ainsi que le juge en chef Dickson le rappelait, « les tribunaux sont les gardiens de la Constitution et ils doivent tenir compte de ces facteurs lorsqu'ils interprètent ses dispositions. »⁶ Cette tradition a favorisé le rôle constitutionnel de la Cour suprême en tant que lieu privilégié du débat public et politique, un rôle accru à partir de 1982⁷, lorsque l'on a demandé aux tribunaux de trancher des débats sociaux et identitaires. Le débat démocratique est élargi pour inclure le contentieux constitutionnel. Le *Common Law* a joué un rôle important dans la construction de ce constitutionnalisme pluraliste canadien.

c- Le constitutionnalisme canadien et les conventions constitutionnelles

392. Ce trait caractéristique de la connaissance constitutionnelle élargit les modalités de réflexion en insistant sur une dimension politique et sur la structuration normative de la substance constitutionnelle. Ces conventions modifient la dogmatique constitutionnelle dans un sens pluraliste, et ces conventions protègent un certain lignage pluraliste. Les conventions sont des règles de la Constitution qui ne sont pas appliquées par les tribunaux⁸. Elles font toutefois parties du droit constitutionnel *lato sensu*. Ainsi que le note Wheare dans le contexte du *Statut de Westminster*, « ici comme ailleurs dans les développements constitutionnels britanniques, ce n'est pas la séparation du droit et des conventions, **mais** leur association au sein d'une structure constitutionnelle qui en est la caractéristique essentielle. »⁹ Une partie des règles encadrant une Constitution est juridique et une partie est conventionnelle¹⁰. La

¹ LAJOIE (A.), *Jugements de Valeurs*, op. cit., p. 9.

² *Mercer c. Ontario (P.-G.)*, [1881] 5 S.C.R. 538.

³ Dans un obiter : *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100.

⁴ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 480.

⁵ *Edwards*, précitée, p. 136.

⁶ *Hunter*, précitée, p. 155.

⁷ JUTRAS (D.), « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada : un autoportrait », *Cah. Cons. Const.*, 2008, vol. 24, pp. 65-71.

⁸ HOGG (P.W.), *Constitutional Law of Canada*, op. cit., 2010, p. 1-21.

⁹ WHEARE (K.C.), *The Statute of Westminster and Dominion Status*, op. cit., 1947, p. 4, (nous soulignons et nous traduisons).

¹⁰ WHEARE (K.C.), *Modern Constitutions*, Oxford U.P., Oxford, 1951, p. 1.

tradition des conventions remonte à sa formulation paradigmatique par le juriste britannique Dicey : la sanction des conventions n'est pas judiciaire, mais politique, avec la question de la responsabilité politique. Le respect des conventions est ce qui différencie ces dernières des usages constitutionnels¹. Une convention est respectée, d'une part, car dans le cas contraire sa violation entraînerait des conséquences politiques et, d'autre part, car leur force obligatoire découle d'une croyance ou d'un sentiment d'obligatorité². Les conventions sont un corps de *moralité constitutionnelle*. Marshall en distingue deux types : « duty-imposing, » imposant des obligations, et « entitlement-conferring, » encadrant droits, pouvoirs et devoirs.

393. La controverse autour du *Rapatriement de la Constitution* a permis de rappeler trois des fondements justifiant l'existence d'une convention : (1) une série de précédents ; (2) un accord au sein d'un groupe afin d'encadrer leurs actions dans un certain sens ou d'adopter certaines règles de conduite ; (3) formulée à partir de la reconnaissance de principes de gouvernement leur fournissant les raisons ou justifications. La mise en évidence d'une convention est toujours problématique³. Les conventions, dans la perspective dressée par Dicey, ont donc été définies comme ces règles qui sont jugées obligatoires par ceux qui les suivent. En ce sens, selon Marshall⁴, l'on fait face à une alternative : soit les conventions sont la moralité positive de la Constitution (l'existence d'une convention est une question de faits historiques et sociologiques), soit les conventions sont les règles que les acteurs politiques se sentent obligés de suivre (ce que Marshall qualifie de moralité critique de la Constitution). La Cour suprême du Canada dans son *Renvoi* de 1981 a rejeté la possibilité qu'une convention puisse recevoir une sanction juridictionnelle ; il s'agit de règles politiques. Une convention peut voir, toutefois, son existence reconnue par une cour. Cela étant, l'ensemble des partenaires fédératifs doivent avoir accepté cette convention : ce qui n'était pas le cas avec la sécession du Québec. L'enjeu était de protéger le fédéralisme pluraliste. Il faut noter que dans le régime constitutionnel britannique, les relations entre les conventions et le droit ne sont pas une exclusion mutuelle, mais dans certains cas, peut être donné un effet juridique et certaines conséquences juridiques peuvent être tirées d'une convention. Un tribunal peut reconnaître qu'une loi, pour une certaine application, est basée sur une convention ; ce fut le cas avec le *Statut de Westminster* de 1931. Certaines conventions peuvent être incorporées à une loi⁵ ou

¹ MARSHALL (G.), *Constitutional Conventions*, op. cit., p. 6.

² *Renvoi sur l'Opposition du Québec à une résolution, précitée*, aux pp. 812-814. Ou *Renvoi sur le rapatriement, précitée* pour les définitions des conventions.

³ *Renvoi : Opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, précitée*, aux pp. 812-814.

⁴ MARSHALL (G.), *Constitutional Conventions*, op. cit., p. 11.

⁵ *Osborne c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 69.

au corps constitutionnel ; par exemple la référence du préambule de la Constitution de 1867 renvoie à un nombre important de conventions constitutionnelles britanniques. Enfin, une convention peut être, aussi, analysée par un tribunal, dans la détermination du sens d'une loi.

394. Les conventions constitutionnelles sont mobilisées afin de clarifier le sens à accorder à une loi ou à certaines dispositions constitutionnelles. Marshall rappelle que si une convention peut ne pas faire l'objet d'une sanction juridique, elle est, en revanche, un contexte utile d'interprétation : « une compétence consultative, utilisée de façon sélective, est un outil utile d'interprétation dans un système politique où les règles constitutionnelles importantes sont conventionnelles et non codifiées. »¹ Aussi, les conventions « permettent de ramener des compétences juridiques obsolètes en conformité avec les règles actuelles du gouvernement. »² Les conventions constitutionnelles sont des principes d'arbitrage judiciaire. Elles constituent un « régime normatif. »³ Il faut voir ces conventions, au même titre que les principes non écrits développés par la Cour suprême dans le *Renvoi sur la Sécession du Québec*, comme participant d'une interprétation contextualisée et pluraliste de la Constitution. Cette référence aux principes non écrits, politiques pour les conventions, juridiques pour les autres, est partiellement couverte par un formalisme argumentatif soutenant le *Renvoi sur le Rapatriement* : « les conventions constitutionnelles ont pour objet d'assurer que le cadre juridique de la Constitution fonctionnera selon les principes ou les valeurs dominantes de l'époque, » de sorte que « par le biais des principes non écrits, la Cour a rapatrié vers le pouvoir judiciaire, le rôle constitutionnel historique du juge dans la tradition de Common Law. »⁴ À cette texture pluraliste est associé le respect d'un certain lignage pluraliste. Par exemple, dans le *Statut de Westminster*, si la modification constitutionnelle n'était pas attribuée au Canada, le Parlement de Westminster ne pouvait procéder à cette modification de son propre fait, il devait y avoir été invité par le gouvernement fédéral canadien et, cette demande de modification constitutionnelle devait être soutenue par l'unanimité des provinces. Cette disposition avait pour but de protéger les droits des provinces face à une uniformisation par le pouvoir fédéral. C'est cette convention qui posa problème lors du *Renvoi sur le rapatriement de la Constitution* de 1981, puisque la formule de 1982 fait suite à au moins huit échecs précédents (1927, 1936, 1950, 1961, 1964, 1971, 1976 et 1979). Il n'est pas étonnant

¹ MARSHALL (G.), *Constitutional Conventions*, *op. cit.*, p. 17, (nous traduisons).

² HOGG (P.W.), *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, p. 29, (nous traduisons).

³ GÉLINAS (F.), « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *Cah.C.C.*, 2008, n°24.

⁴ GÉLINAS (F.), « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *op. cit.*, p. 75.

que le non respect de cette convention, de 1931, ait impliqué l'enchâssement d'une Charte des droits, marquant progressivement une transformation du constitutionnalisme canadien.

395. Ces nouvelles normes du droit non écrit pluraliste peuvent être lues à partir du *Renvoi sur la Sécession du Québec* qui mobilise tant un retour de la tradition de *Common Law*, que l'utilisation de cette tradition britannique des conventions. Les principes constitutionnels non écrits sont des principes d'interprétation de la Constitution canadienne¹. Il s'agit de ce que le professeur Leclair définit comme « les silences de Polybe » : « la Constitution renvoie bien sûr aux règles juridiques, mais plus généralement aux mœurs d'une société. »² Ces mœurs assurent une structuration normativement pluraliste dans la détermination de la substance constitutionnelle. Sont ainsi mobilisées les modalités d'argumentation propres au *Common Law* constitutionnel et la tradition du droit non écrit, démontrant que la transition formaliste de la Cour dans le *Renvoi* de 1981 était rhétorique. Dans ce *Renvoi sur la Sécession*, la Cour démontre qu'il y a une architecture interne à la Constitution ; légalité et légitimité s'arcboutent : il s'agit du développement d'un nouveau principe de légitimité pluraliste comme contexte de sens à l'interprétation constitutionnelle. Il faut, toutefois, rappeler que c'est dans un *Renvoi* de 1985 que la Cour suprême avait souligné que les cours inférieures devaient regarder ces principes comme formant la structure de la Constitution³. Par conséquent, les principes doivent être interprétés les uns avec les autres, et conciliés.

396. Ainsi, J.-F. Gaudreault-DesBiens démontre dans quelle mesure la référence à l'histoire constitutionnelle est une technique narrative de légitimation d'une identité : le *Renvoi* de 1998 fait des principes non écrits des méta-principes au service du contentieux constitutionnel⁴. Il ne s'agirait plus de la spécificité du Québec⁵, mais de l'accommodement d'une légitimité pluraliste plus large et individuelle, celle des identités. En effet, le *Renvoi* de 1998 conduirait, en combinant les principes de démocratie et de respect des minorités, à associer une pluralité d'identités à l'ordre constitutionnel canadien⁶. Comme le note J.-F. Gaudreault-DesBiens, « dans le contexte du *zeitgeist* constitutionnel canadien, où les extrémistes de chaque clan sont enclins à progressivement défendre la multiplication des identités, l'opinion de la Cour

¹ HOGG (P.W.), *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, 2010, p. 15-51.

² LECLAIR (J.), « Les silences de Polybe et le Renvoi sur la Sécession du Québec », dans BOISNEAU (J.) *Personne et Res Publica*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 135-150.

³ *Renvoi: Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, aux §63 à 65.

⁴ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration », *op. cit.*, p. 824.

⁵ LECLAIR (J.), « The Secession Reference: A Ruling in Search of a Nation », *Rev. J. Thémis*, 2002, vol. 34, pp. 885-890.

⁶ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration », *op. cit.*, p. 827.

est une contribution utile à une approche plus complexe de la crise existentielle du Canada. »¹ Déjà en 1985, la Cour par l'intermédiaire du principe non écrit de l'État de droit avait assuré le respect du bilinguisme et la garantie d'un ordre juridique aux manitobains.

397. La redécouverte de cette tradition non écrite du *Common Law* démontre que la sensibilité pluraliste de ce droit non écrit a informé l'interprétation constitutionnelle de la Cour, qui doit aussi assurer l'intégrité de ces principes sans en étendre indûment la catégorie. Les principes constitutionnels non écrits sont susceptibles de jouer comme une structure normative pluraliste pour la détermination de la substance constitutionnelle ; ils sont associés très nettement, par ailleurs, à partir du *Renvoi* de 1998 à une perspective matérielle et identitaire liée à une identité constitutionnelle canadienne pluraliste et complexe².

2- Une transformation matérielle et néo-libérale³ avec la Charte

398. C'est avec ce *Renvoi* de 1998 que l'on démontre une transition entre deux types de narration nationale par le truchement d'une transformation du constitutionnalisme : d'un modèle fédéral de protection du pluralisme à un modèle de libéralisme individuel des droits fondamentaux. Dans le *Renvoi sur la Sécession*, la Cour suprême fait une distinction entre le constitutionnalisme et l'État de droit. Selon A. Lajoie, le principe canadien de la *Rule of Law* « matérialise une primauté du droit fondé sur une double hiérarchie des normes. »⁴ Cette double hiérarchie est celle légale de la tradition juridique britannique et celle constitutionnelle de la tradition du constitutionnalisme américain. L'État de Droit serait l'idéologie permettant de conforter les structures politiques caractéristiques de la modernité. Ainsi, « l'effet de la *Rule of Law*, c'est précisément de fournir la représentation symbolique, le mythe créateur qui fonde l'autorité d'un État donné. »⁵ Si l'on associe cette évolution du droit non écrit à la fiction qu'est l'État de Droit, alors « la suprématie de la Constitution, qui a remplacé la

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration », *op. cit.*, p. 839, (nous traduisons).

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration », *op. cit.*, p. 843.

³ DUGGAN (L.), *The Twilight of Equality ? Neoliberalism, Cultural Politics, and the Attack on Democracy*, Beacon P., Boston, 2004, pp. IV-V : La politique du multiculturalisme marque une évolution vers une nouvelle économie du pouvoir : « emergent 'multicultural', néolibéral 'equality' politics – a stripped-down, nonredistributive form of 'equality' designed for global consumption during the twenty-first century, and compatible with continued upward redistribution of resources. » Selon Brown (BROWN (W.)), « Neo-Liberalism and the End of Liberal Democracy », *Theory and Event*, 2003, vol. 7, n°1, (disponible en ligne), plusieurs caractéristiques du néo-libéralisme sont à souligner : (1) toutes les dimensions de la vie humaine sont exprimées en termes de rationalité de marché (utilité, profit, satisfaction, neutralité). (2) Le néo-libéralisme est un projet répondant aux besoins du marché. (3) Cette rationalité s'étend aux comportements individuels ; la responsabilité morale est rendue équivalente à l'action rationnelle. (4) Cette rationalité transforme le critère de ce qui fait une bonne politique sociale.

⁴ LAJOIE (A.), « La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la Sécession du Québec », *Politique et Sociétés*, 2000, vol. 19, n°2-3, pp. 31-41, p. 32.

⁵ LAJOIE (A.), « La primauté du droit et la légitimité démocratique », *op. cit.*, p. 35.

suprématie parlementaire, fait de la Cour suprême le lieu privilégié d'élaboration d'une vision cohérente de la Constitution »¹ ou structuration normative de la substance constitutionnelle.

399. Ainsi, avec cette transition du constitutionnalisme, « ce concept qui **'nous'** construit comme peuple, justifie le **monopole normatif de l'État** qui **représente ce** peuple, désormais devenu **le** peuple. »² La fiction de l'État de droit implique du point de vue de la production de l'identité constitutionnelle que cette dernière se fasse désormais à travers le discours de la Cour suprême et le contentieux de la Charte. Le peuple est le peuple canadien multiculturel : le multiculturalisme devient la structure de légitimité d'une souveraineté populaire inscrite dans le modèle libéral d'un individu titulaire de droits fondamentaux. Ce *Renvoi* articule donc « une théorie normative de l'ordre constitutionnel »³ avec une nouvelle théorie normative de la nation⁴ qui n'est plus celle du nationalisme. La représentation normative de cette nation est celle du « peuple canadien pluraliste » régulé par une approche identitaire du contentieux. Le pluralisme classificatoire permet de produire une nouvelle identité constitutionnelle.

400. Cette transition fige un certain rapport de force identitaire historique. Il faut souligner cette mise en garde de A. Lajoie, « notre Constitution, aussi bien que la *Rule of Law*, ne sont pas descriptives de la réalité, elles ne reflètent pas les faits sociaux : ce sont des constructions programmatoires. »⁵ L'enjeu de ce *Renvoi* a été de lier État de droit, constitutionnalisme, pluralisme et intégrité de l'État-Nation. Par conséquent, « la Constitution de 1982 promeut aussi un transfert formel des allégeances démocratiques de la souveraineté parlementaire aux droits constitutionnels. »⁶ Avec cette structure pluraliste de la légitimité, le pouvoir judiciaire devient un forum de gestion des conflits sociaux. La solution issue de la Charte n'a pas été l'uniformisation, mais la régulation classificatoire : une économie constitutionnelle du laissez-faire à une économie néo-libérale de publicisation des identités. Cette solution marque une transition du constitutionnalisme dont la détermination (normative) passe, alors, par l'identité.

¹ JUTRAS (D.), « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada », *op. cit.*, p. 68.

² LAJOIE (A.), « La primauté du droit et la légitimité démocratique », *op. cit.*, p. 35, (nous soulignons).

³ CHOUDHRY (S.) and HOWSE (R.), « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », *Can. J. of L. & J.*, 2000, vol. 13, n°2, pp. 143-169, p. 164, (nous traduisons).

⁴ MOORE (M.), « The Ethics of Secession and a Normative Theory of Nationalism », *The Can. J. of L. & J.*, 2000, vol. 13, n°2, pp. 225-250.

⁵ LAJOIE (A.), « La primauté du droit et la légitimité démocratique », *op. cit.*, p. 36.

⁶ HUTCHINSON (A.C.), *Waiting for Coraf. A critique of law and rights*, U. of Toronto P., Toronto, 1995, p. 16, (nous traduisons).

401. Selon L. Weinrib, « l'enjeu était de transformer la démocratie canadienne fédérale et parlementaire, en un système politique protecteur des droits humains. »¹ Ainsi, la rhétorique constitutionnelle derrière la Charte ne vise pas la protection d'un pluralisme par une structure fédérative, mais le pluralisme des droits individuels. La Charte a produit une transformation de la société canadienne autour de la narration constitutionnelle produite par les tribunaux. Cette Charte se situe dans le contexte du modèle postérieur à la Seconde Guerre Mondiale qui « contraint le gouvernement à respecter l'égalité de citoyennetés dans un État nation pluraliste et multiculturel. »² Aussi « ces instruments présentent le détenteur comme un individu dont l'identité personnelle s'inscrit dans une communauté choisie ou donnée, incluant la famille, dans une société démocratique protégeant les droits. »³ L'idée est de combiner fiction de l'État de droit, légalité et légitimité du pluralisme, à l'égale dignité de la personne humaine. La Charte participe d'un certain projet « d'humanisation de la mise en œuvre du droit. »⁴ En effet, la modification de l'argumentation et de la dogmatique juridiques impliquées par la Charte auraient conduit à tenir compte des phénomènes identitaires dans la fonction de dire le droit : « ce retour du juste dans le droit est en toute hypothèse lié à des revendications exigeant la prise en compte, dans le champ du droit, de certains faits du contexte social. »⁵

402. La Charte ayant impliqué une multiplication des revendications identitaires et la prise en compte d'éléments du contexte social du droit, l'on peut parler d'une transition matérielle du contentieux constitutionnel. Comme le note M. Chevrier, « la reconnaissance de droits même individuels peut susciter un effet de mobilisation et de cristallisation identitaire sur des groupes qui voient dans la Constitution à la fois une ressource pour l'action politique et une bannière identitaire. »⁶ Ainsi, « les Chartes ont clairement encouragé un certain éclatement des horizons normatifs. »⁷ La prise en compte du contexte social dans l'interprétation judiciaire de l'intention du législateur avait été retenue à partir d'une décision controversée de la Cour suprême du Canada rendue par la juge L'Heureux-Dubé, dans une affaire relative aux pensions alimentaires et à l'appauvrissement féminin (qui n'est pas liée à la Charte). Dans cette décision *Moge c. Moge*, on peut en effet y lire que « ces observations de nature socio-économiques appuient les objectifs énoncés dans la Loi puisqu'elles fournissent des

¹ WEINRIB (L.), « Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost? », *Rev. Of Const. Stud.*, 2002, vol. 6, n°2, pp. 119-178, p. 120, (nous traduisons).

² WEINRIB (L.), « Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost? », *op. cit.*, p. 126, (nous traduisons).

³ WEINRIB (L.), « Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost? », *op. cit.*, p. 126, (nous traduisons).

⁴ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit*, *op. cit.*, p. X.

⁵ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit*, *op. cit.*, p. 65.

⁶ CHEVRIER (M.), « Trois visions de la Constitution et du constitutionnalisme contemporain », *op. cit.*, p. 112.

⁷ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit*, *op. cit.*, p. 67.

renseignements généraux utiles pour cerner l'intention du législateur en cas de doute à cet égard. » L'opinion majoritaire précise que « l'on doit supposer que le législateur est conscient du contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention. »¹ Cette décision souligne la nécessité de tenir compte des données sociologiques, économiques et historiques qui pourront informer l'interprétation de la loi. La juge confirmera une telle approche dans le contexte de la démonstration d'une discrimination prohibée par l'article 15 de la Charte relative à l'orientation sexuelle : « en réalité, ce qui importe ce ne sont plus tant les 'motifs', mais plutôt le contexte social de la distinction. »² Le matériel devient identitaire et social.

403. En régulant non pas des sujets juridiques, mais des sujets identifiés par l'attribution de communautés normatives, la Charte conduit à de nouvelles cartographies identitaires. Ce nouveau constitutionnalisme pluraliste découlerait d'un certain horizon d'égalité substantielle, d'un retour de considérations liées à la justice sociale, ainsi qu'une transition matérielle du contentieux constitutionnel : « l'égalité concrète constitue un principe implicite de l'ordre constitutionnel canadien. »³ Il faut distinguer l'égalité concrète qui informe l'interprétation des dispositions de la Charte, de l'égalité substantielle protégée par l'article 15. Cette égalité concrète impliquant une analyse matérielle des droits et libertés peut s'observer dès les premières décisions rendues par la Cour suprême du Canada en matière de liberté de religion. En effet, dans la décision *Big M Drug Mart* dans laquelle le juge en chef Dickson formula une première définition de la liberté de religion dans le contexte de la Charte précisant que « une société vraiment libre vise à assurer à tous **l'égalité** quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela **sans m'appuyer sur l'article 15 de la Charte**. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. »⁴

404. Si l'article 15 de la Charte n'était pas encore contraignant pour le législateur, il y a un principe général d'égalité – que J. Raz qualifie d'égalité *rhétorique* – qui imprègne l'analyse des droits garantis par la Charte. La Cour le précise dans le même arrêt, l'interprétation doit être libérale et non formaliste et vise « à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte » ; précisant que l'interprétation « doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. »⁵ La garantie d'une liberté implique une approche égalitaire de son objet : « l'égalité nécessaire pour soutenir la liberté

¹ *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, au §54.

² *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au §80.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit*, op. cit., p. 99.

⁴ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 R.C.S. 295, au §94.

⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §117.

de religion. »¹ En délimitant les contours de ce qu'est la liberté de religion, le juge délimite des groupes identitaires. Cette horizon conduira la Cour à envisager une dimension groupale : la liberté de religion « comporte des aspects à la fois individuels et collectifs. »²

405. Cette approche identitaire se retrouve particulièrement en matière de principe d'égalité à partir de sa première systématisation dans l'arrêt *Andrews* de 1989³, ce que l'on qualifie « d'égalité réelle. » Le juge McIntyre pour la majorité : « pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi – et dans les affaires humaines une approche est tout à ce à quoi on peut s'attendre – la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné » (p. 28). Ainsi, « il faut tenir compte du contenu de la loi, de son objet, et de son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application » (p. 32). Dans cette même décision, la Cour tente de distinguer ce qu'est l'égalité rhétorique qui informe l'ensemble des dispositions de la Charte (p. 34 et 48), et l'égalité substantielle protégée par l'article 15 (*infra*, partie 2^{ème}).

406. La Cour systématisera cette approche contextuelle de la démonstration d'une violation de l'égalité dans sa décision *Law*⁴ de 1999 ; et ainsi qu'elle le soulignera dans l'arrêt *Kapp* de 2008, « la protection de tous les droits garantis par la Charte est guidée par la promotion de la dignité de l'être humain, »⁵ intégrant en plus d'une interprétation matérielle, des notions interprétatives à texture ouverte. Cette méthode d'analyse conduira la Cour à discuter de l'évolution de la notion de « famille » traditionnelle dans l'arrêt *Mossop*⁶ et savoir si un couple homosexuel pouvait être considéré comme une « famille. » De même, l'arrêt *Egan*⁷ reconnaît l'orientation sexuelle comme fondement prohibé de discrimination : les homosexuels y sont reconnus comme un *groupe* vulnérable ayant souffert de discriminations.

407. Selon L. Trakman, les Canadiens « ont réalisé que dans une société postmoderne, ils sont unis par une identité dans les différences. »⁸ Plusieurs arguments militent en faveur de cette texture pluraliste : une redéfinition du principe de liberté, un horizon égalitaire ou une libération de la dogmatique positiviste. Les droits ne sont plus des libertés privées, mais un

¹ *R. c. Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §123.

² *R. c. Edwards Books & Art Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 713.

³ *Andrews c. Law Society of B.C.*, [1989] 1 R.C.S. 143.

⁴ *Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, aux §59 et suivants.

⁵ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, 2008.

⁶ *Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

⁷ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

⁸ TRAKMAN (L.E.), *Reasoning with the Charter*, Butterworths, Toronto, 1991, p. 1, (nous traduisons).

sous-ensemble de la sphère publique. Aussi, la Charte aurait libéré une forme de liberté identitaire, une approche substantielle des libertés négatives garanties par la Charte, dépassant la distinction liberté positive et négative : « l'individu défend ses droits par son association continue avec les autres, et non par son autonomie envers eux. »¹ Cette dimension identitaire a conduit la Cour à proposer différentes conceptions des communautés identitaires et à en réguler les frontières. La protection des libertés individuelles pluralistes s'insère dans une construction sociale : les identités soutenues par des droits sont matériellement normées. La Charte a modifié le raisonnement juridique en impliquant directement les tribunaux dans la résolution de conflits identitaires² ; cette implication a produit une transition du principe démocratique du Parlement, vers le discours des droits³. À travers la référence à une société démocratique, les tribunaux régulent les frontières identitaires de la citoyenneté pluraliste.

¹ TRAKMAN (L.E.), *Reasoning with the Charter*, p. 53, (nous traduisons).

² BAKAN (J.), *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, U. of Toronto P., Toronto, 1997.

³ HIEBERT (J.L.), *Charter Conflicts. What is Parliament's Role?*, McGill-Queen's U.P., Montréal, 2002.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 -PREMIÈRE PARTIE

408. La notion de constitutionnalisme pluraliste dans la rhétorique canadienne a fait l'objet d'une généalogie critique. Le pluralisme est passé de conditionnel, à régulateur, pour enfin s'établir comme classificatoire. De même, la texture du constitutionnalisme canadien liée au *Common Law* d'origine britannique est passée du laissez-faire à une régulation néolibérale de l'identité nationale par le discours des droits. Ces deux paragraphes ont amené à comprendre le constitutionnalisme comme un discours de pouvoir, identifiant et régulant les identités, associé à la phénoménologie de l'exclusion du chapitre 1 : un pluralisme classificatoire pour un constitutionnalisme néo-libéral dans le cas canadien ; un individu situé et identifié pour un pluralisme par concaténations dans le cas français. Cette structure pluraliste canadienne de la légitimité devient un principe normatif de régulation de la légalité : le constitutionnalisme pluraliste est lié à une certaine identité. Cette conclusion apparaît commune à la France et au Canada : l'orientation pluraliste du constitutionnalisme est une forme de gouvernementalité, au-delà d'une promotion implicite ou explicite du pluralisme, au-delà de la disponibilité ou non d'instruments juridiques visant à la reconnaissance explicite du *pluralisme*. L'orientation pluraliste est liée à une théorie du pouvoir disciplinaire en droit : le constitutionnalisme a une identité régulant ce que les corps peuvent faire dans l'espace public. Le pluralisme est une orientation phénoménologique tournée vers un « dehors constitutif » identitaire à identifier.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

409. Le premier chapitre a démontré, à partir d'une généalogie *formelle*, le partage d'une commune réalité de l'exclusion constitutive du constitutionnalisme. Cette phénoménologie est implicite en France et explicite au Canada. Cette orientation pluraliste du constitutionnalisme a été confirmée avec une généalogie matérielle au chapitre 2, démontrant que la République situe et identifie les sujets de droit là où le pluralisme canadien classe les individus, après cette transition identitaire de la légitimité constitutionnelle. L'orientation pluraliste agit sur les appartenances identitaires et cette régulation de la personnalité juridique des sujets identifiés participe d'une identité nationale racialisée, s'agit-il du multiculturalisme ou de la laïcité. Le problème pluraliste n'est pas le pluralisme en France, mais « l'identité » et se joue dans la circulation entre droit administratif et droit constitutionnel : l'identité est rendue indisponible.

410. Cette perspective vient déplacer la dialectique différentielle de l'universalisme et du différentialisme : l'exclusion en tant que phénoménologie identitaire du constitutionnalisme est commune aux deux cultures constitutionnelles au-delà des rhétoriques officielles où le pluralisme joue le rôle de « fantasme. » En somme, cette phénoménologie identitaire qu'est l'orientation pluraliste du constitutionnalisme est la condition même de cette *vie psychique du pouvoir juridique* dont la présente partie était la recherche généalogique. Que peut faire un corps dans l'espace public ? Cette orientation fonctionne à travers des vecteurs juridiques de subjectivations identitaires qui territorialisent les sujets. Ces vecteurs impliquent différents types d'exclusions qui conditionnent le fonctionnement même de l'ordre juridique comme ordre identitaire. Les vecteurs juridiques du pluralisme permettent de mettre en évidence la structure identitaire de la souveraineté, dont la substance s'établit en France et au Canada.

DEUXIÈME PARTIE

LA STRUCTURE IDENTITAIRE DU CONSTITUTIONNALISME

« La réalité juridique résulte de la fonction historique des engagements idéologiques qui structurent une communauté juridique – à un moment donné, une communauté dont l'identité et l'expression sont elles-mêmes un artefact interprétatif qui ne présente jamais comme un fait positif. »¹

Introduction: *Républicanisme français c. Multiculturalisme canadien*

411. En matière de protection de la diversité, l'on oppose à un modèle républicain français, un modèle multiculturel canadien : une vision normative de l'espace public démocratique justifierait l'ordre juridique et l'identité d'une communauté juridique. Le républicanisme français proposerait une subjectivité juridique abstraite, où l'État dispose du monopole pour définir l'identité du sujet de droit ; l'État nomme, alors, différentes catégories d'identités, à travers lesquelles le sujet de droit doit se concevoir et s'exprimer. À l'inverse, le libéralisme pluraliste canadien associé à une forme d'expérience concrète de la norme juridique, promeut une subjectivité juridique pluraliste où la définition de l'identité est le fruit d'une capacité individuelle et groupale de productions subjectives de normes². Aussi, le droit constitutionnel canadien présenterait deux vecteurs spécifiques de pluralisme : l'égalité rhétorique (CHAPITRE 3) et l'égalité substantielle (CHAPITRE 4). L'objet sera, partant, de déplacer cette comparaison différentielle en démontrant que ces deux contextes constitutionnels sont similaires dans leur *orientation* vers une certaine structure identitaire du constitutionnalisme, au-delà de l'indisponibilité de ces vecteurs de pluralisme en droit constitutionnel français. Le caractère spécifique de ces vecteurs tient précisément, à leur promotion explicite de *l'identité*.

412. Le droit est lié à un ensemble de valeurs comme réservoir de justifications pratiques dont « la responsabilité est liée au concept même de **démocratie**. »³ Cette échelle de valeurs démocratiques sert à interpréter la norme. Cette hiérarchie de valeurs est aussi une hiérarchie d'identités et constitue le contexte phénoménologique de l'interprétation juridique. Le processus même d'énonciation de la norme juridique est soutenu car il s'inscrit dans une structure identitaire. Cette sédimentation identitaire peut être qualifiée avec J.-F. Gaudreault-DesBiens de *charge* ou de *condensation*⁴. La question posée par la comparaison est alors celle

¹ HUTCHINSON (A.C.), *Waiting for Coraf*, *op. cit.*, p. 159, (nous traduisons).

² MACDONALD (R.), « L'identité en deux temps », *op. cit.*, 2007, pp. 274-277.

³ AARNIO (A.), *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, p. XI (nous soulignons).

⁴ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression », *Cah. de D.*, 1998, vol. 39, n°4, pp. 717-752 ; « Angoisse identitaire et critique du droit. La 'critique juridique identitaire américaine' comme objet et source de réflexion théorique », *R.I.E.J.*, 2003, vol. 50, 1-80.

de la « phénoménologie identitaire de l'interprétation, » dont il s'agit d'identifier le contenu substantiel. La question comparative devient celle de la recherche critique des principes identitaires constituant cette phénoménologie : l'identification de cette structure identitaire du constitutionnalisme, partagée par la France et le Canada. Partir d'une opposition de théories normatives permet de s'intéresser aux effets d'exclusions corporelles, basées sur l'identité.

413. Le conflit entre républicanisme français et libéralisme canadien est un conflit d'ordre normatif sur la théorie du politique¹. Pour autant, la question n'est pas aussi simple, compte tenu des difficultés pour la théorie normative à penser le pluralisme². La distinction³ repose, d'une part, sur une conception distincte de la liberté négative, qui renverrait à l'idée d'être libre de toute ingérence d'autrui afin, d'accomplir toutes les « activités que l'on est capable dans une culture donnée, d'exercer sans l'aide d'autrui. »⁴ Le libéralisme chercherait de l'État la réalisation maximale de la liberté négative, alors que le républicanisme serait lié à une définition de la non ingérence comme absence de domination. La domination serait une forme de surveillance : « elle implique une forme virtuelle de contrôle où le surveillant est prêt à intervenir mais seulement en cas de nécessité. »⁵ La domination se trouve dans la *potentialité*.

414. D'autre part, la distinction tiendrait à la façon « dont ils imaginent que **les sociétés démocratiques** fonctionnent et **devraient fonctionner.** »⁶ Pour le libéralisme, la loi par elle-même n'est pas adaptée à la promotion de la liberté, puisqu'elle est une forme d'invasion dans la liberté des individus. Pour les républicains, la liberté, dont jouissent les citoyens, est créée par les lois *acceptables* de l'État. Les lois sont *convenables* si elles ne sont pas l'expression autoritaire d'une domination ; être libre est lié au statut de citoyen. Aussi, de nombreuses controverses existent s'agissant de la possibilité de prise en compte du pluralisme dans une théorie normative de la démocratie, difficulté relative, notamment, à la portée à accorder au pluralisme⁷. La question du pluralisme pourrait être intégrée, non pas en tant qu'idéal

¹ PIERCESON (J.), *Courts, Liberalism, and Rights. Gay Law and Politics in the United States and Canada*, Temple U.P., Philadelphia, 2005.

² LADEN (A.S.) and OWEN (D.) (eds.), *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge U.P., Cambridge, 2007.

³ PETTIT (P.), « Libéralisme », in CANTO-SPERBER (M.) (dir.), *Dictionnaire d'Éthique et de Philosophie Morale, T.2*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2004, pp. 1078-1087.

⁴ PETTIT (P.), « Libéralisme », *op. cit.*, p. 1080.

⁵ PETTIT (P.), « Freedom as Antipower », *Ethics*, 1996, vol. 106, n°3, pp. 576-604, (nous traduisons) ; « Minority Claims Under Two Conceptions of Democracy, Chapter 11 », in IVISON (D.), PATTON (P.), SANDERS (W.) (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous People*, Cambridge U.P., Cambridge, 2000, pp. 199-215 ; « Republican Freedom: 3 Axioms, 4 Theorems », in LABORDE (C.) & MAYNOR (J.) (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Oxford, Blackwells, 2008, pp. 102-130.

⁶ PETTIT (P.), « Libéralisme », *op. cit.*, p. 1079 (nous soulignons).

⁷ McRAE (K.D.), « The Plural Society and the Western Political Tradition », *Can. J. of Pol. Sc.*, 1979, vol. 12, n°4, pp. 675-688. BRINK (P.A.), *The Idea of a Pluralist Politics: Pluralism and Consensus in John Rawls's Political Liberalism*, Doct. Of Phil., Notre Dame, Indiana, 2005, p. 3. GALSTON (W.A.), « Value Pluralism and Liberal Political Theory », *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1999, vol. 93, no. 4, pp. 769-778 ; « Two Concepts of Liberal Pluralism », *Pol. Theory*, 2007, vol. 35, n°2, pp. 121-146 ; *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge U.P., Cambridge, 2002.

normatif, mais en tant qu'outil de lutte contre la domination : la *différence* identitaire ne doit pas faire la *différence* dans la *capacité* à être des citoyens égaux dans l'espace public. Il s'agit d'évaluer, d'un point de vue critique, une demande minoritaire, selon ce que cette minorité *peut faire* sur l'espace public. L'absence d'égalité de citoyennetés provient de cette idée que l'espace public est traversé par des normes identitaires *d'orientation*. L'égalité de citoyenneté « implique d'écarter tout obstacle à une participation entière à la citoyenneté des membres des minorités. »¹ De ce point de vue, le Canada apparaîtrait davantage républicain que la France.

415. Selon S. Ahmed, la frontière de l'identité nationale est la frontière phénoménologique du désir de l'État, son *orientation*². L'orientation est ce qui nous permet de percevoir certains objets et certains corps, ou de faire certaines actions. L'orientation du désir de l'État lui permet de se déployer : cette habitation se fait au détriment de tous ceux qui n'ont pas été reconnus dans la sphère du *familier*³. Aussi, l'expérience du désir⁴ n'est possible qu'à partir d'une occupation spatiale d'un objet déjà perçu. La communauté nationale ne prend, alors, *forme* et *n'apparaît* qu'en présentant une adresse aux corps désirés. Cette structure sociale du désir est ce que l'on peut qualifier de « sémiotique sociale du désir »⁵ : les matrices linguistiques, normatives et identitaires, à partir desquelles les demandes d'objet sont formulées. En somme, le désir national ne prend *corps* que territorialisé, et opposé, à ce qu'il n'est pas. Ainsi, « les orientations sont les directions prises et mettant certains objets, et non d'autres, à notre portée. »⁶ Cette orientation est le résultat d'une histoire phénoménologique⁷ dont il faut identifier les sédimentations : le pluralisme serait l'orientation de ce désir (*supra*).

416. Afin de *faire* dans l'espace public, le corps se transforme pour réaliser l'orientation du désir de l'État⁸, leur attribuant une certaine *directionnalité*. Le corps du sujet peut s'étendre dans l'espace en étant désiré, et le corps public s'étend en saisissant ce corps. Les orientations deviennent des manières d'habiter et de coexister dans l'espace. Si le désir est orienté vers ce qui est différent, l'éthique de la différence devient une éthique de l'étranger-été (l'étranger et l'étrangeté). Ainsi, chercher la protection d'un droit fondamental, c'est accepter d'être *territorialisé* par l'orientation identitaire qui le soutient. Deleuze et Guattari définissaient la

¹ LABORDE (C.), *Critical Republicanism*, *op. cit.*, p. 18, (nous traduisons).

² AHMED (S.), *Queer Phenomenology. Orientations, Objects, Others*, Duke U.P., Durham and London, 2007.

³ Sur la critique du « minoritaire » : BERLANT (L.), « '68, or Something », *Critical Inquiry*, 1994, vol. 21, n°1, pp. 124-155, p. 134.

⁴ BERLANT (L.), *Desire/Love*, Puncton Books, coll. Dead Letter Office, Brooklyn, 2012, p. 19.

⁵ CAMERON (D.) and KULICK (D.), *Language and Sexuality*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003, p. 114.

⁶ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, loc. 851 of 3325, (livre électronique), (nous traduisons).

⁷ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, loc. 877, (livre électronique).

⁸ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, loc. 984, (livre électronique).

déterritorialisation comme le fait d'«échapper à une aliénation, à des processus de subjectivations précis.»¹ La déterritorialisation est le mouvement de décodage d'un agencement vers un nouvel agencement : déterritorialisation et reterritorialisation sont des processus congruents. Chaque territoire est codé, et le code est un ensemble d'organisations et de justifications du territoire en tant que territoire. Un territoire « comporte en lui-même un milieu extérieur, un milieu intérieur, un intermédiaire, un annexé.»² Un agencement territorial ne vient à être que lorsque des marques d'un milieu deviennent *dimensionnelles* et non plus seulement directionnelles. Ces qualités expressives « sont auto-objectives, c'est-à-dire trouvent une objectivité dans le territoire qu'elles tracent. »³ Le territoire est la distance critique entre deux êtres de même espèce, et entre l'être et son chaos extérieur. La formation d'agencements se fait par des vecteurs de territorialisation, assurant leur consistance formelle et matérielle. Il s'agit, donc, d'identifier ces vecteurs de territorialisation du pluralisme.

417. Les droits fondamentaux sont ces *vecteurs*, et le système constitutionnel, *l'agencement territorial* qui se différencie ; le pluralisme en est *le coefficient de consistance*. À partir de deux vecteurs considérés comme canadiens de pluralisme, la dialectique républicanisme français et pluralisme canadien sera déplacée vers la phénoménologie identitaire de l'interprétation et ses effets corporels : la structure identitaire du constitutionnalisme encadre ce que peuvent faire les corps dans l'espace public. Ces vecteurs sont des vecteurs de territorialisation dont les orientations sont partagées par les deux systèmes constitutionnels : l'analyse des vecteurs de pluralisme permet d'identifier ces sédimentations identitaires. Au terme de cette partie, aura été démontré que ce phénomène de territorialisation identitaire est partagé par la France et le Canada, au-delà de l'indisponibilité des vecteurs de pluralisme, en droit français. Interroger les silences de la comparaison différentielle permet d'identifier cette structure identitaire : *homosociale, hétéropatriarcale et hétéronormative*. La démonstration se fera en deux temps : l'identification des normes donnant consistance à *l'égalité rhétorique*, puis donnant consistance à *l'égalité substantielle*. Quelles sont les identités du souverain ?

¹ DELEUZE (G.) et GUATTARI (F.), *Capitalisme et Schizophrénie. L'anti-Œdipe*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1972, p. 162.

² DELEUZE (G.) et GUATTARI (F.), *Capitalisme et Schizophrénie 2. Mille Plateaux*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1980, pp. 386-387.

³ DELEUZE (G.) et GUATTARI (F.), *Capitalisme et Schizophrénie 2. Mille Plateaux, op. cit.*, p. 390.

CHAPITRE 3 – LES ORIENTATIONS IDENTITAIRES DE *L'ÉGALITÉ RHÉTORIQUE* :
ASCENDANT BLANC ET PATRIARCALISME DU CONSTITUTIONNALISME

418. L'interprétation de la Charte canadienne proposerait les fondations axiologiques d'une société *juste*¹. Or, si ces mots servent les idéaux les plus élevés en termes de justice sociale, ils sont « constitués par des discours idéologiques sur le droit, les droits et la société. » Par conséquent, « ils sont inscrits et réaffirment certains modèles spécifiques de relations sociales et d'ordre politique. »² Ces mots ne prennent sens que s'ils s'intègrent dans un contexte de valeur. Aussi, ce qui légitime l'interprétation des juges, et oriente le sens des mots, découle de leur capacité à inscrire cette interprétation dans une certaine orientation : « en raison de qui ils sont, d'où ils viennent, et comment ils sont socialisés et entraînés, les juges vont certainement se reposer, de façon non critique et non questionnée, sur les discours idéologiques dominants lorsqu'ils interprètent et appliquent la Charte. »³ Partant, le discours des droits est politique, régulant le partage de l'espace public, en donnant une orientation à ce que peuvent y faire les *corps* : c'est la phénoménologie identitaire de l'interprétation constitutionnelle déterminant la relation aux mots et aux contextes⁴. Si ces mots apparaissent justes, ils ne sont juste que des mots : les mots des uns ne prennent sens que dans la phénoménalité des « maux des autres. »

419. Partant, l'objet de ce chapitre est de mettre en évidence le vecteur canadien spécifique du pluralisme qu'est l'égalité rhétorique et identifier l'orientation identitaire dans laquelle ce vecteur s'inscrit, et lui donne sens. La méthode de cette partie consiste, donc, à comparer des décisions constitutionnelles canadienne et française, le contexte juridique dans lequel elles s'inscrivent, et leurs normes identitaires de régulation, de l'espace public. Deux vecteurs principaux peuvent être mis en évidence au cœur de l'égalité rhétorique. Il s'agit tout d'abord, de la notion de *droits collectifs* avec les notions de droit ancestral et de titre aborigène en droit canadien : si la France n'admet pas cette notion de droit collectif, il appert, toutefois, que dans les deux cas, la norme identitaire de régulation des droits fondamentaux est homosociale⁵, et plus précisément, un « néo-libéralisme blanc » (§1-). Il s'agit, ensuite, de la notion de liberté culturelle, avec la liberté de religion et le port du *niqab* : les deux décisions partagent un principe d'orientation « hétéropatriarcale » (§2-). Une structure identitaire commune s'établit.

¹ BAKAN (J.), *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 3.

² BAKAN (J.), *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 4, (nous traduisons).

³ BAKAN (J.), *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 112, (nous traduisons).

⁴ HUTCHINSON (A.C.), *Waiting for Coraf*, op. cit., p. 84.

⁵ KOSOVSKY-SEDGWICK (E.), *Épistémologie du placard*, Paris, Éditions Amsterdam, Paris, 2008 (*infra*, chap. 3^{ème}, §1).

§ 1 - « DELGAMUUKW C. 91-290 DC » : DROITS COLLECTIFS ET « ASCENDANT BLANC »

420. La première affaire a été jugée en 1997 par la Cour suprême du Canada et concerne la définition d'un titre aborigène¹, protégé aux titres des droits ancestraux, par l'article 35(1) de la Constitution de 1982². Il s'agissait d'une action en revendication, engagée en Colombie-Britannique, par les chefs héréditaires Wet'suwet'en et Gitksan, pour un territoire de 58.000 km², qui, dans la continuité de l'affaire *Van der Peet* jugée en 1996³, a contribué à définir l'objet et la preuve d'un titre ancestral, comme aspect distinctif de la société autochtone, visant à concilier l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l'affirmation de la souveraineté britannique sur le territoire du Canada⁴. Jusqu'à très récemment, la Colombie-Britannique n'avait pas eu à se prononcer de nouveau sur l'existence d'un titre aborigène. Cette décision récente a, par ailleurs, restreint la revendication d'un titre ancestral à un « territoire spécifique » géographiquement délimité⁵ ; il s'agissait en l'espèce d'une revendication d'un gouvernement Xeni Gwet'in. Il s'agit, donc, de « droits collectifs. » Sans doute pour revenir sur les critiques que la doctrine lui avait adressée⁶, et notamment le fait de trop reposer sur l'occupation physique du territoire au détriment du droit autochtone, la Cour suprême a renversé récemment la décision de la Cour d'appel de Colombie-Britannique en qualifiant un titre ancestral au bénéfice d'un groupe semi-nomade. La Cour reprend les critères de *Delgamuukw* : l'occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté suffisante, continue et exclusive⁷. La Cour suprême écarte le critère restreint du « territoire spécifique » : prendre en compte la perspective autochtone et ne pas dénaturer les « pratiques ancestrales. »

421. La seconde action a été tranchée par le Conseil constitutionnel français en 1991, dans le cadre d'un contrôle *a priori*⁸ de la loi, portant statut de la collectivité territoriale de Corse ; était, notamment, soulevé le moyen tiré de l'inconstitutionnalité de la notion de « peuple corse, » rejetée par le Conseil constitutionnel. En dépit de la réaffirmation de collectivités identitaires dans le préambule de la Constitution de 1946 (la famille, par exemple), la notion

¹ Sur l'origine du titre : MCNEIL (K.), « Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening ? », *Sask. L.Rev.*, 2006, vol. 69, pp. 281-308, spéc. pp. 282-284. La question de la source du titre aborigène n'est réglée ni dans *Delgamuukw*, ni dans la décision de 2014.

² *Delgamuukw c. Colombie Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

³ Dans le cadre spécifique d'un droit ancestral : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

⁴ Sur l'usage de la notion de « coexistence » et ses effets identitaires : GRAMMOND (S.), *Aménager la Coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruylant/Yvon Blais, Bruxelles/Cowansville, 2003.

⁵ *William v. British Columbia*, 2012 B.C.C.A. 285 (B.C. C.A.) du 27 juin 2012.

⁶ MCNEIL (K.), « Aboriginal Title », *op. cit.*, pp. 305-307. La Cour suprême du Canada cite d'ailleurs expressément cette contribution.

⁷ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, (2014) C.S.C. 44, au §25. La Cour suprême applique donc la décision *Delgamuukw*.

⁸ Décision n° 91-290 D.C. du 9 mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse*, *Rec.* p. 50.

de « droits collectifs » a été expressément rejetée en droit constitutionnel français¹. Aussi, le vecteur spécifique de pluralisme est la notion de droits collectifs, dans une tradition libérale et individuelle, notion qui, en droit constitutionnel canadien, se restreint largement aux droits ancestraux (A). Alors que la première décision *particularise* la différence, la seconde *l'efface*. Pourtant, dans chacune, le territoire est une réalisation identitaire de la souveraineté où cette dernière ne sert pas à désigner un ensemble de pouvoirs, mais une « présence identitaire négative. »² Si cette notion de « droit collectif » semble renvoyer dos-à-dos le Canada et la France, ces deux systèmes se rejoignent sur l'orientation identitaire présidant à l'interprétation des droits fondamentaux : une orientation homosociale, vers un néolibéralisme blanc. Partant, même en dehors de l'indisponibilité d'instruments juridiques, en France, les deux systèmes sont comparables sur le plan des principes « orientant » l'interprétation constitutionnelle (B).

A- Les « droits collectifs » comme vecteur canadien de pluralisme juridique

422. De prime abord, les principes d'interprétation de ces décisions s'opposent. On aurait d'un côté, une approche en termes de pluralisme, et de l'autre, une forme d'universalisation. La première « est une critique de l'idée traditionnelle du droit comme représentation de l'État – produisant le droit, tranchant les litiges, interprétant précédents et coutumes. »³ Le droit n'est, dès lors, pas défini comme un ensemble de règles formelles imposées hiérarchiquement, mais comme des règles émergeant des interactions humaines. Ce principe de « pluralisme juridique » découlerait de l'existence de droits collectifs (1). Cette notion de droit collectif se restreint, toutefois, au sens strict, aux droits ancestraux protégés par l'article 35(1) de la Constitution de 1982 (2). En ce sens, le pluralisme participe d'une *gouvernance autochtone*⁴.

1- « Droits collectifs » et « libéralisme juridique » : quelles conciliations ?

423. Le système canadien est présenté comme protégeant les droits collectifs, s'agit-il de droits individuels présentant une dimension collective, de droits de groupes, ou de droits proprement collectifs. Il n'est, toutefois, pas aisé d'intégrer ces notions dans une tradition

¹ Décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, *précitée* ; Décision n° 2004-505 D.C. du 19 novembre 2004, *précitée*, cons. 16 et 18. De même la Cour de Cassation écarte la possibilité d'un accommodement religieux : C.Cass., Ass. Plén., arrêt n°612, 25 juin 2014.

² RIFKIN (M.), « Indigenizing Agamben. Rethinking Sovereignty in Light of the 'Peculiar' Status of Native Peoples », *Cultural Critique*, 2009, vol. 73, pp. 88-124, p. 89.

³ Définis dans un autre contexte (le *Mahr*): FOURNIER (P.), *Muslim Marriage in Western Courts*, *op. cit.*, p. 65, (nous traduisons).

⁴ Nous permettons de renvoyer à : BLANC (N.), « Pluralisme identitaire et gouvernance autochtone : le Nunavut, un modèle ? », *Éthique Publique*, 2012, vol. 14, n°1, pp. 105-140. Pour une application du pluralisme dialogique dans le cas des ordres juridiques Inuit.

juridique, pourtant libérale. En ce sens, le libéralisme appert aussi rétif que le républicanisme français à la protection de droits collectifs. Selon G. Rocher, « la Charte canadienne est axée avant tout sur la protection par l'État et surtout contre l'État des droits et libertés de la personne individuelle. »¹ Les droits de la personne – « gestes symboliques, rituels et cérémoniels, par lesquels les membres d'une société soulignent la valeur qu'ils accordent à des objets culturels privilégiés »² – ont principalement été interprétés de façon individualiste. C'est de considérations égalitaristes que l'on fait découler des prétentions juridiques à la protection d'un droit de nature collective, qui dispose d'un ancrage constitutionnel distinct, à la fois du droit à l'égalité protégé par l'art. 15 de la Charte, ou de droits individuels de nature groupale, telle la liberté de religion protégée par l'art. 2. Cette perspective égalitarienne a contribué à l'ancrage constitutionnel de ces droits, à l'art. 35(1) de la Constitution de 1982.

a- Droits collectifs et Droits de groupe : quelles distinctions?

424. Il n'est pas aisé de définir avec précision la notion de droit collectif, distincte de celle de droits de groupes. Cette notion de « droits collectifs » a fait l'objet de critiques et, notamment, celle de la vacuité rhétorique du terme de « collectif, » qui ne ferait référence *in fine* qu'aux droits individuels potentiellement groupaux³. Avec L. Green, on peut souligner deux approches distinctes des droits collectifs⁴ : d'un côté le titulaire du droit est un « agent collectif » (*a collective agent*), d'un autre le titulaire est un « individu qui a des intérêts » participant d'un bien partagé (*shared participatory good*). À cet égard, la France apparaît méfiante à l'existence de tout corps intermédiaire entre l'individu et l'État, ces groupes seraient contraires à l'exigence d'homogénéité du corps social⁵. L'identité de groupe est rejetée dans la sphère privée ; et la valeur constitutionnelle du principe d'unicité du peuple français écarte la protection des droits de groupe. L'individualisme des droits de l'homme reconnu à partir de 1789, ne fait droit qu'à l'individu *en lui-même*. Si H. Moutouh fait remonter l'origine du droit de groupe à la contre-culture américaine des années 1960, l'exemple des droits ancestraux démontre une parenté plus ancienne avec le *Common Law*.

¹ ROCHER (G.), « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », in ROCHER (G.), *Études de Sociologie du Droit et de l'Éthique*, Thémis, Montréal, 1996, pp. 67-82, p. 79.

² ROCHER (G.), « Tensions et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs », in ROCHER (G.), *op. cit.*, pp. 99-108, p. 100.

³ CHARRETTE (F.), « Des usages intempestifs de l'expression 'droits collectifs' », *Cah. de D.*, 1997, vol. 38, n°3, pp. 691-711.

⁴ GREEN (L.), « Two Views of Collective Rights », *Can. J. of L. & Jur.*, 1991, vol. 4, n°2, pp. 315-325.

⁵ MOUTOUH (H.), « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *R.D.P.*, 2007, n°2, pp. 479-493, p. 480.

425. Il faut distinguer alors les « droits de groupe, » les « droits collectifs » et les « droits individuels » : H. Moutouh propose de définir les droits de groupe à partir de leur finalité, la préservation du groupe en tant que tel. Il ne s'agit pas d'une question de titularité *stricto sensu* mais de *finalité*. Un droit collectif est un droit qui est exercé individuellement de façon collective (liberté d'association) ; la finalité du droit de groupe est la perpétuation du groupe. Les droits de groupe peuvent être exercés individuellement, collectivement, ou par le biais d'un groupe comme entité. Selon ces précisions terminologiques, le droit ancestral au Canada est un droit de groupe, puisque sa finalité est aussi la reconnaissance de la contribution des peuples autochtones à la Nation canadienne. De ce point de vue, le droit français pourrait admettre des droits de groupe, si ces derniers sont exercés individuellement. Aussi¹, les droits collectifs demandent une mise en œuvre collective, même si chaque individu exerce son droit de façon concomitante (liberté d'association ou liberté syndicale) ; les droits de groupe sont généralement attribués à une collectivité (par exemple autochtone), dont la finalité est la perpétuation du groupe. Selon cette définition, les droits ancestraux sont des « droits de groupe » et non des droits individuels de nature groupale, ni non plus des « droits collectifs. »

b- Individualisme et narration nationale : une justification normative

426. *A priori* la tradition libérale est rétive aux « droits de groupe. » Aussi, *stricto sensu*, seuls les droits ancestraux protégés par l'article 35 de la Constitution sont des droits de groupe². Les autres droits et libertés protégés par la Charte sont potentiellement des droits de nature groupale dont l'individu en est le titulaire. Il n'est pas évident de réconcilier la notion de droit de groupe avec « l'héritage normatif » du libéralisme dans la pensée canadienne. Sans doute est-ce pour cette raison que les potentialités égalitariennes et de justices distributives contenues dans la Charte canadienne sont laissées à l'état latent³. Les droits protégés par la Charte ne prennent sens qu'au sein d'un discours « libéral, anti-étatiste, et atomiste. » L'anti-étatisme est la protection de l'individu contre une interférence de l'État, dans ses affaires privées, et non comme requérant son action positive. Dans plusieurs décisions, la Cour suprême du Canada a rappelé que le champ d'application de la Charte ne visait pas les acteurs privés, mais les gouvernements *publics* : ainsi est-ce le cas d'une université dans sa décision *McKinney*⁴ de 1990, ou dans sa décision *Dolphin Delivery* où la Cour a rappelé que la Charte

¹ PONTHEOREAU (M.-C.), *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, op. cit., 2010, pp. 362-364, sur ces distinctions.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et PINARD (D.), *Les minorités en droit public canadien*, op. cit., p. 225.

³ BAKAN (J.), *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 9.

⁴ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

ne s'applique pas aux relations privées sauf si une règle de droit qui les régit est gouvernementale, les valeurs de la Charte imprégnant le *Common Law*¹. L'atomisme fait référence à l'individualisme et la déhistoricisation du contexte dans lequel l'individu demande la protection d'un droit². Le contexte présidant à l'interprétation de la Charte ne dépasse pas cette vision désincarnée. Aussi, ce discours préserverait la domination³ et serait fondé sur une notion appauvrie de vie sociale. Selon A. Hutchinson, « il fournit les moyens institutionnels afin d'exprimer et assurer **la moralité pseudo-tolérante du libéralisme juridique.** »⁴

427. Un autre argument vient soutenir l'existence de droits de groupe : la dimension identitaire de la Charte. Les droits fondamentaux individuels, collectifs ou groupaux, sont liés à un projet de citoyenneté pluraliste. Il faut rappeler que le rapatriement de la Constitution en 1982 et l'enchâssement d'une Charte des droits – le *Common Law* protégeait déjà certaines libertés individuelles, cette dimension historique étant reconnue par l'article 26 de la Charte⁵ – devaient contribuer à modifier l'identité constitutionnelle canadienne en insistant sur la dimension multiculturelle du Canada. C'est pour cette raison que l'on trouve des dispositions liées à la protection constitutionnelle des droits ancestraux. Si le discours des droits est un discours politique, il est inscrit à la fois dans une culture libérale, mais aussi dans les valeurs politiques plus larges qui viennent lui donner sens, l'interpréter. Le discours des droits est toujours sujet à réinterprétation : « combiner hégémonie et indétermination (...) donne aux discours des droits une capacité unique de mobilisation des mouvements sociaux, affirmer les identités marginalisées et assurer un soutien aux finalités progressives. »⁶ En plus de favoriser un héritage multiculturel, la Charte favoriserait un idéal marqué par une absence sociale de domination de l'individu. La lutte contre la domination caractériserait le raisonnement de la Charte selon L. Trakman. En effet, « les Canadiens ont souvent résisté à l'influence de la hiérarchie, en dépit de leurs traditions conservatrices. » La liberté protégée par la Charte « présente une dimension explicitement collective, »⁷ articulant une pluralité de conceptions de la vie bonne. La Charte est en tension interprétative entre la lutte contre la domination et la production d'une identité collective. Le pluralisme est un moyen d'assurer l'unité sociale. Il faut donc bien distinguer ce qui a trait à la reconnaissance de l'inscription communautaire de

¹ *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, [1986] 2 R.C.S. 573.

² BAKAN (J.), *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 48.

³ HUTCHINSON (A.C.), *Waiting for Coraf*, op. cit., p. 8.

⁴ HUTCHINSON (A.C.), *Waiting for Coraf*, op. cit., p. 24, (nous traduisons).

⁵ Article 26 de la Charte Canadienne des droits et libertés de 1982 : « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits ou libertés qui existent au Canada. »

⁶ BAKAN (J.), *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, op. cit., p. 118, (nous traduisons).

⁷ TRAKMAN (L.E.), *Reasoning with the Charter*, op. cit., 1991, respectivement p. 1 et p. 16, (nous traduisons).

l'individu, assurant son autonomie personnelle ; et ce qui a trait à assurer la production d'une identité nationale, à travers l'individu en tant que membre d'une communauté identitaire.

428. Cette notion de droits collectifs trouve une justification normative avec le libéralisme de Raz, qui tente de réconcilier perfectionnisme et pluralisme moral¹ en soulignant l'ancrage des droits dans une vision normative de la « socialité. » Il faut revenir à la conception morale d'un droit fondamental chez Raz, qui « protège des formes précieuses de vie en tant que but social et non individuel. » La protection d'un droit fondamental est liée, d'un point de vue moral, à la protection d'un mode de vie qui est considéré comme un « bien social, » un bien moral : « 'X a un droit' si et seulement si X peut avoir des droits, et, toute chose égale par ailleurs, un aspect du bien-être de X (son intérêt) est une raison suffisante pour tenir en débiteur un autre sujet. »² Avoir un droit – Raz ne définit pas le titulaire – c'est faire supporter une obligation à son débiteur. La liberté personnelle étant le droit le plus fondamental, les autres droits en sont dérivés : ce n'est pas une relation d'implication, mais de *justification*. La définition d'un droit ne préjuge pas de la capacité à en être le titulaire : « les titulaires sont des êtres ayant un intérêt. » La titularité est liée à « l'intérêt. » Les caractéristiques de cette titularité sont une question morale : « les qualités qui permettent de qualifier la titularité d'un droit est une question liée à des problèmes d'ordre moral. » Raz déplace la question de la titularité à une question de moralité : les caractéristiques de la titularité dépendent de ce qui constituent les plus hautes valeurs morales d'une société, à un moment donné. Ainsi, « seuls ceux dont le bien-être est **par essence de valeur peuvent avoir des droits**; mais ce droit peut reposer sur **la valeur instrumentale soutenant les intérêts** de ces sujets. »³ L'instrumentalité morale potentielle d'un droit – la valeur – est évaluée pour la détermination secondaire de la titularité : la croyance dans les droits fondamentaux n'implique *ipso facto* l'individualisme.

429. Un droit est *fondamental*, dès lors qu'il sert les plus hautes valeurs morales : c'est cette communauté morale qui va contribuer à en définir les caractéristiques, puisque l'on doit justifier moralement de tenir l'autre en débiteur. Raz explique que sa conception des droits est ancrée dans un principe d'humanisme, établissant les conditions de l'acceptabilité morale. La *valeur* d'un mode de vie, et donc des limites du droit qui les soutient juridiquement, dépend

¹ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, Clarendon P., Oxford, 1986, p. 161 : « Perfectionism is, however, compatible with moral pluralism, which allows that there are many morally valuable forms of life which are incompatible with each other. »

² RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, respectivement p. 162 et 167, (nous traduisons).

³ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, respectivement p. 176 et p. 179-180, (nous soulignons et nous traduisons).

de la *qualité* de ces modes de vie¹. Raz écarte un humanisme individualiste, en vertu duquel, la notion de bien commun n'a qu'une valeur instrumentale. Selon lui, la valeur de l'autonomie individuelle, en tant qu'idéal d'une société libérale, implique que certains biens *communs* soient, par nature, *désirables*. La notion d'autonomie individuelle implique qu'une personne puisse choisir entre une pluralité acceptable d'options ou de modes de vie ; une personne n'est autonome que si elle peut mener une vie autonome, ce qui peut passer par la valeur d'une vie collective. Ces biens sont *bons* : « l'idéal d'autonomie personnelle n'est pas compatible avec l'individualisme moral. »² L'autonomie personnelle (collective) n'est pas qu'individualiste.

430. Partant, Raz propose une notion de *droits collectifs*, visant en fait un *droit de groupe*. Là où le républicanisme individualiste pourrait reconnaître la valeur collective au nom d'une *absence de domination*, le libéralisme reconnaît la valeur collective au titre de l'*autonomie personnelle*. Ces deux notions apparaissent aisément comme les deux faces d'une même médaille, puisque l'absence de domination est une condition à l'autonomie personnelle et *vice versa*. Trois conditions doivent être réunies pour qualifier un droit de groupe dans la tradition libérale : **(1)** il n'existe que parce qu'il est un aspect d'un intérêt de l'être humain ; **(2)** les intérêts sont ceux d'individus, qui sont membres du groupe comme bien collectif, et le droit est un droit à ce « bien collectif » ; **(3)** l'intérêt d'un individu seul, de ce groupe, n'est pas suffisant. L'autonomie individuelle permet de reconnaître que certains aspects du sentiment d'identité personnelle sont liés à l'existence de communautés. De l'appartenance à une communauté peut en découler une obligation pour un débiteur, et ainsi produire un droit fondamental moralement justifié. Cela étant, les limites normatives d'un droit collectif dépendent de l'état de moralité d'une certaine société, dont il est laissé aux juges la tâche d'en délimiter les frontières. Ainsi, tout dépend de ce que la société valorise comme mode de vie collectivement organisé, moralement acceptable. En effet, Raz ne défend pas un séparatisme, « l'important est que le droit est destiné à assurer une culture publique qui permet aux sujets d'être fiers de leurs identités comme membres de la collectivité. »³ L'autonomie personnelle, liée à l'absence de domination, vise à assurer une participation égalitaire à l'espace public.

431. La tension démocratique de la liberté et de l'égalité trouve un compromis canadien à travers ces analyses en termes de « domination. » Les droits fondamentaux seraient liés à la

¹ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 194, (nous traduisons).

² RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 205, (nous traduisons).

³ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 254, (nous traduisons).

construction d'une citoyenneté canadienne « plurielle. »¹ La citoyenneté est toujours définie comme une égalité de partage de l'espace public et comme lutte contre la domination, définie cette fois en termes d'appartenances plurielles. Le pluralisme associe une dimension culturelle à la définition traditionnelle de la citoyenneté. Partant, le pluralisme culturel renouvelle la controverse entre droits individuels et droits collectifs². Le droit constitutionnel est bien un univers de valeurs, un univers symbolique où les frontières entre le droit, le pouvoir et la morale ne sont pas aussi étanches que veut le faire croire le positivisme juridique : « l'idée de pouvoir fait partie de la représentation mythique du droit. Pour que le droit soit efficace, il faut qu'il soit reconnu comme pouvoir. En tant que discours, ce qu'il est au départ, le droit doit être un 'discours de pouvoir'. »³ Cette appartenance est donc « moralement orientée. »

2- Les droits ancestraux comme vecteurs de pluralisme juridique

a- Les droits ancestraux et la protection d'un pluralisme juridique personnel⁴

432. La question d'une citoyenneté « culturelle » se retrouve directement avec la question des droits ancestraux⁵. Comme le note la Cour suprême du Canada dans sa décision *Van der Peet*, la reconnaissance des droits ancestraux dans la Charte canadienne, ne procède pas de la logique libérale et individualiste des droits fondamentaux : « les droits ancestraux ne peuvent être définis par l'application des préceptes de cette philosophie. » Ces droits « sont détenus seulement par les autochtones au sein de la société canadienne. Les droits ancestraux tirent leur origine du fait que les peuples autochtones sont des autochtones. »⁶ Ils sont liés à la quiddité autochtone, *au sein* de la société canadienne. La dimension groupale des droits ancestraux est liée à la contribution particulière des peuples autochtones à la société canadienne – une citoyenneté – soulignée par le double aspect « droit » et « ancestral » de « droit ancestral. »⁷ Cette formulation de droit ancestral, ainsi que son enchâssement au cœur de la *Loi Constitutionnelle* en 1982, avaient pour finalité de remédier au rôle *d'objet* relevant de la compétence fédérale, telle qu'en dispose la répartition des compétences, organisée par la

¹ COUTU (M.), « Introduction : Droits fondamentaux et citoyenneté », in COUTU (M.), BOSSET (P.), GENDREAU (C.), VILLENEUVE (D.) (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Thémis, Montréal, 1999, pp. 1-20, p. 13.

² ROCHER (G.), « Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires », in COUTU (M.), *et alii*, *op. cit.*, pp. 25-41, p. 39.

³ ROCHER (G.), « Droit, pouvoir et domination », in ROCHER (G.), *op. cit.*, 1996, pp. 235-258, p. 253.

⁴ Dans le cas particulier des Inuits avec un pluralisme dialogique : GRAMMOND (S.) « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik. Un cas de réception de l'ordre juridique Inuit ? », *Can. J. of L. & Soc.*, 2008, vol. 23, no. 1-2, pp. 93-119.

⁵ ASCH (M.), « The Judicial Conceptualization of Culture after Delgamuukw and Van der Peet », *Rev. of Const. Stud.*, 2000, vol. 5, no. 2, pp. 119-137.

⁶ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, aux §18-19.

⁷ *R. c. Van der Peet*, précitée, au §20.

Constitution de 1867 (Art. 91(24))¹, et au paternalisme ayant organisé les relations avec les autochtones, jusqu'à la reconnaissance liminaire du titre aborigène avec la décision *Calder*².

433. L'inscription des droits ancestraux avait pour but de lutter contre la domination des autochtones, en tant qu'autochtones. Ce projet est déjà colonialiste, pour V. Napoleon, dans la mesure où il vise à rationaliser les droits collectifs, sur la base d'un désavantage social et historique : par essence, les droits ancestraux, passéistes, sont opposés, selon une orientation identitaire coloniale, à la modernité des droits individuels de la personne³. L'orientation colonialiste découlerait du fait même de poser la spécificité identitaire des droits collectifs : les droits collectifs étatiques ne peuvent, en aucun cas, prétendre décrire la nature même des droits autochtones, dont l'aspect « relationnel » ne peut être saisi à travers la dichotomie de l'individuel et du collectif⁴. La dimension personnelle des droits ancestraux, protégés par l'article 35 (*Loi Constitutionnelle 1982*), conduit à une forme de citoyenneté différenciée et de régime de personnalité des lois, où pluralismes culturel et juridique sont entremêlés⁵. Le partage de l'espace public est différencié selon le rattachement personnel à un groupe titulaire de droits ancestraux. L'article 35 constitue « les prémices d'un véritable ordre autonome autochtone fondé en grande partie sur le principe de personnalité – c'est-à-dire sur le rattachement personnel des individus au groupe. »⁶ La lecture de l'article 35 confirme cette nature « groupale » du droit ancestral, disposition constitutionnelle qui doit être interprétée de façon libérale et généreuse selon la Cour⁷. L'article 35 de la Constitution se lit comme suit :

« 35. (1) Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, 'peuples autochtones du Canada' s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits — ancestraux ou issus de traités — visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes. »

¹ CHARTIER (C.), « Indian: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the *British North America Act, 1867* », *Sask. L.Rev.*, vol. 43, 1978-1979, pp. 37-80.

² *Calder c. Colombie Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313.

³ NAPOLEON (V.), « Raven's Garden: A Discussion About Aboriginal Sexual Orientation and Transgender Issues », *Can. J. of L. & Soc.*, 2002, vol. 17, n°2, pp. 149-171, p. 164.

⁴ NAPOLEON (V.), « Raven's Garden », *op. cit.*, pp. 165-166.

⁵ OTIS (G.), « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis ? », *McGill L.J.*, 2007, vol. 52, pp. 657-679.

⁶ OTIS (G.), « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 659.

⁷ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, à la p. 1106.

434. Le pluralisme découlerait d'une capacité normative, corollaire de la reconnaissance du caractère *groupal* de ces droits : « la validation d'un régime normatif autochtone en matière d'organisation interne de l'exercice des droits ancestraux constitue le corollaire du caractère 'groupal' de ces droits. En effet, au regard du droit étatique, seul le groupe peut être titulaire d'un droit ancestral. »¹ La Cour suprême a noté expressément, cette dimension groupale dans sa décision *Sparrow* de 1990², relative à un droit ancestral de pêche, où était, notamment, contestée la limitation de la taille des filets : les droits de pêche ancestraux ne sont pas des droits comme les autres, « il s'agit de droits qui appartiennent à un groupe et qui sont en harmonie avec la culture et le mode de vie de ce groupe. »³ La protection du droit ancestral est liée à son objet particulier, qui est la protection d'un groupe *distinctif* en tant qu'il est *distinctif*. La protection découle de la projection d'une différence essentielle, puisqu'elle est de l'ordre de la *quiddité*. Dans sa décision *Van der Peet* relative à la possibilité de vente de poissons par la communauté Sto :lo, la Cour rappelle que les droits autochtones appartiennent aux autochtones *en tant qu'autochtones*⁴, et que l'interprétation constitutionnelle de l'article 35 vise à protéger l'intérêt sous-jacent relatif aux relations intersociétales entre les peuples autochtones et le gouvernement canadien. Une nouvelle fois, la dimension groupale est liée à « l'objet » de ces droits, venant confirmer la localisation des peuples autochtones sur l'espace public : leur quiddité provient d'un *excès*. La décision *Delgamuukw* de 1997 relative au titre aborigène protégé par l'article 35(1), est encore plus claire : « une dimension supplémentaire du titre aborigène est qu'il est détenu collectivement. Le titre aborigène ne peut pas être détenu par un autochtone en particulier ; il est un droit foncier collectif, détenu par tous les membres d'une nation autochtone. Les décisions relatives aux terres visées sont également prises par cette collectivité. »⁵ La Cour suprême du Canada a confirmé cela, à de nombreuses reprises, dans ses décisions *Paul c. C.B.*⁶, *R. c. Powley*⁷ sur un droit ancestral à la chasse pour les Métis, ou *R. c. Sappier*⁸ sur le droit de récolter du bois à des fins personnelles ; de même que dans le cas d'un droit issu de traité dans sa décision *Sundown*⁹, relative à un droit ancestral sur la cabane de chasse. Les droits ancestraux « participent de l'essence même de

¹ OTIS (G.), « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *Cah. de D.*, 1999, vol. 40, n°3, pp. 591-620, p. 611.

² GRAMMOND (S.), « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt Sparrow », *McGill L.J.*, 1991, vol. 36, n°4, pp. 1382-1415.

³ *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pp. 1111-1112.

⁴ *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, aux §20-21.

⁵ *Delgamuukw c. Colombie Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au §115 (souligné dans la décision).

⁶ *Paul c. Colombie Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 585, au §36.

⁷ *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, au §24 : « les droits ancestraux sont des droits collectifs : ils doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales. »

⁸ *R. c. Sappier, R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, au §26 : « la nature collective du droit comporte un deuxième volet. L'article 35 reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités – dans le but d'assurer la survie de ces sociétés. »

⁹ *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, au §36 : « tout droit sur la cabane de chasse est un droit collectif découlant du traité et de la méthode de chasse traditionnelle (...). Ce droit appartient à l'ensemble de la bande et non à M. Sundown. »

‘l’autochtonité’. »¹ Le caractère « intersociétal » de ces droits relie la nature « groupale » au caractère « identitaire » du droit, à la citoyenneté autochtone, au sein de la nation canadienne.

435. La protection du pluralisme juridique découle, précisément, de la nature « groupale » de ces droits. Il en résulte une modification dans la manière de penser la territorialité du droit. Le pluralisme devient, alors, un enjeu pour la gouvernance autochtone: s’agit-il du pluralisme protégé par la Charte, respecté par les gouvernements autochtones, même dans le cadre de l’exercice d’un droit ancestral (avec la limite de l’article 25), ou du pluralisme juridique. La protection constitutionnelle des droits ancestraux conduit à la reconnaissance d’une puissante « logique autonome » qu’il ne faut, toutefois, pas assimiler à un droit à l’autonomie gouvernementale, en faveur duquel, la Cour s’est toujours refusée à se prononcer². Si les droits ancestraux trouvent leur source formelle dans l’article 35, et si le droit étatique peut se réserver la possibilité de venir limiter un droit ancestral en vertu du test dégagé par la Cour suprême dans sa décision *Sparrow* précitée (confirmée par les décisions *Gladstone*³ et *Delgamuukw*), c’est bien, en revanche, le « droit autochtone » propre à chaque communauté qui est chargé d’encadrer « l’exercice interne de ce droit, y compris la constitution des institutions normatives elles-mêmes. »⁴ Cet exemple de pluralisme juridique à travers un « corpus normatif » propre aux communautés autochtones est qualifié de « droit autochtone. »

436. Ce pluralisme juridique est protégé constitutionnellement par l’article 35, organisant une réception et une validation expresses des normes autochtones au sein du droit étatique⁵, normes auxquelles le juge étatique devra faire référence en cas de conflits internes à la communauté : « le fondement de la capacité normative du groupe n’est en effet pas la continuité formelle du droit autochtone originaire mais bien le statut de titulaire conféré au groupe par le droit étatique. »⁶ Par ailleurs, la protection de ce pluralisme juridique est personnelle, et non territoriale, puisque la protection d’un droit ancestral et l’expression de ce pluralisme, n’ont pas besoin de disposer « d’arrimage territorial, » la seule exception étant le titre aborigène. Partant, comme le note S. Grammond, la notion de « titre » fait référence à un droit ancestral lié plus spécifiquement au territoire, alors que la notion de droit ancestral inclut

¹ *Van der Peet*, précitée, aux §19 et §26-43.

² MCNEIL (K.), « First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination », *McGill L.J.*, 1991, vol. 36, pp. 382-456.

³ Sur le droit ancestral de récolter et de vendre du poisson : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723.

⁴ OTIS (G.), « L’autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 663.

⁵ OTIS (G.), « L’autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 665.

⁶ OTIS (G.), « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *op. cit.*, 1999, p. 612.

le titre ancestral tout en disposant d'un objet plus large¹. Le titre ancestral est *collectif*, à l'image des droits ancestraux, *i.e.* il ne peut être détenu par un particulier, et concerne un droit de « propriété sur le territoire, » et non la protection de coutumes, qui pourraient s'y rattacher (droits de pêche, chasse, par exemple) : c'est une occupation « exclusive » d'un territoire.

437. Les droits ancestraux sont, dès lors, dissociés du territoire « comme support matériel nécessaire à l'autorité collective, ces droits ont pour assise le groupe lui-même agissant comme un corps politique autonome constitué sur une base personnelle, »² posant la question de l'applicabilité de la Charte aux proto-gouvernements autochtones reconnus sur la base des droits ancestraux³. Sur le même territoire canadien, et selon cette logique personnelle, coexistent différents citoyens, soumis potentiellement à des ordres normatifs distincts « en fonction de leur statut ethnoculturel. »⁴ Cette logique de *personnalisation* est une logique de « territorialisation », aussi, puisque le sujet juridique autochtone est agencé selon une logique ethno culturelle définie par la Cour. En effet, l'ordre étatique n'est pas un simple « réceptacle passif des systèmes juridiques autochtones, » et comme le précise G. Otis, « le contenu des droits ancestraux ne doit pas être arrêté en fonction des droits existant dans l'ordre juridique autochtone originaire mais à la lumière du but singulier de la reconnaissance des droits ancestraux dans l'ordre étatique. »⁵ Ce but est une logique de coexistence entre autochtones et « non autochtones. » La nature particulière de ces droits est liée à la source des droits ancestraux et à la preuve de l'existence d'un droit ancestral. La *logique identitaire* est une *territorialisation culturelle* par ce principe de personnalité⁶ : quel partage, alors, de l'espace public, pour les sujets identifiés comme autochtones, et associés à un « groupe normatif » ?

b- Sources et preuves des droits ancestraux : une territorialisation culturelle

438. Les droits ancestraux sont le seul exemple convaincant de droits collectifs reconnus à un groupe culturel déterminé⁷, en tout cas de l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques au Canada, protégés constitutionnellement⁸. Si l'objet des droits ancestraux peut être défini à

¹ GRAMMOND (S.), « La protection constitutionnelle des droits ancestraux », *op. cit.*, 1991, p. 1386.

² OTIS (G.), « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 671.

³ Sur cette question, voir : OTIS (G.), « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne ? », *Ottawa L.Rev.*, 2004-2005, vol. 36, pp. 207-257. MCNEIL (K.), « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osg. Hall L.J.*, 1996, vol. 34, n°1, pp. 61-99.

⁴ OTIS (G.), « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis ? », *op. cit.*, p. 672.

⁵ OTIS (G.), « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *op. cit.*, 1999, pp. 602-603.

⁶ GRAMMOND (S.), « L'identité autochtone saisie par le droit, » in *Mélanges Andrée Lajoie*, Thémis, Montréal, 2008, pp. 285-329.

⁷ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada », *op. cit.*, pp. 215-216.

⁸ BORROWS (J.), « Indigenous Legal traditions in Canada », *J. of L. & Pol.*, 2005, vol. 19, pp. 167-223.

partir du test de la culture distinctive dressé par le juge en chef Lamer dans *Van der Peet*, la source des droits ancestraux a fait l'objet d'une controverse au sein de la doctrine canadienne. Ces droits ancestraux trouvent-ils leurs sources dans l'article 35(1) ou en tant que partie du *Common Law* ? La controverse n'en est pas une si l'on suit G. Otis qui distingue les sources formelles des sources matérielles. Selon lui, la Cour suprême vise les droits autochtones et le *Common Law* au titre des sources « matérielles » et non formelles des droits ancestraux. La principale difficulté est-elle ailleurs, dans la détermination de « l'objet » de ces droits ancestraux qui réaffirment l'idéologie coloniale canadienne, notamment à travers l'application des catégories juridiques anglo-canadiennes aux contextes autochtones¹. Ce colonialisme se marque sans doute dans la détermination de l'objet de ces droits. Les droits ancestraux sont censés refléter le caractère « intersociétal » de la coexistence des autochtones et des non-autochtones au Canada. C'est ainsi que la Cour décrit l'intérêt sous-jacent à la protection des droits ancestraux servant de principes interprétatifs à la démonstration de ces droits (le titre) : « le droit du titre ancestral a rapidement reflété le caractère intersociétal des normes qui visent à assurer la coexistence mutuelle des colons et des peuples autochtones sur le continent nord-américain. »² Cette narration intersociétale cache mal une dimension coloniale : « un contre-discours voit le possible développement de ces normes dans le contexte d'une imagination juridique coloniale qui a protégé d'injustes revendications de souveraineté de la Couronne sur ces titres sous-jacents. »³ La démonstration d'un droit ancestral serait imprégnée d'une vision colonialiste et paternaliste enfermant le sujet juridique autochtone dans un *passéisme culturel*.

439. C'est la détermination de l'objet des droits ancestraux, ainsi que la relation générale de fiduciaire, qui ont conduit à la thèse de la continuité. *Van der Peet* est venue rappeler que la doctrine juridique de *Common Law* des droits autochtones ne s'était vue que conférer un statut constitutionnel en 1982, établissant, dès lors, une continuité historique et juridique. G. Otis définit le principe de continuité comme suit : « la *Common Law* ne ferait que maintenir en vigueur en droit canadien le droit autochtone d'origine précoloniale. »⁴ L'utilisation des règles coutumières autochtones, par le droit canadien, résulterait de cette continuité⁵. La coexistence des traditions juridiques, dans ce paradigme de la continuité, conduirait à l'idée que les droits ancestraux seraient le fruit d'une « considération simultanée » des perspectives

¹ MCNEIL (K.), « First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination », *op. cit.*, p. 391.

² MCKLEM (P.), « What's law got to do with it? The protection of Aboriginal Title in Canada », *Osgoode Hall L.J.*, 1997, vol. 35, n°1, pp. 125-137, p. 127, (nous traduisons).

³ MCKLEM (P.), « What's law got to do with it? », *op. cit.*, p. 136, (nous traduisons).

⁴ OTIS (G.), « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *op. cit.*, 1999, p. 600.

⁵ BORROWS (J.), « With or Without You: First Nations Law (in Canada) », *McGill L.J.*, 1996, vol. 41, pp. 629-665, p. 636.

autochtones et non autochtones. Or, la Cour suprême ne s'est pas, elle-même, fondée sur un quelconque système juridique autochtone pour définir la source formelle des droits ancestraux qu'elle trouve dans l'article 35(1). Cela dit, cette controverse est intéressante sur le plan des « sources matérielles » présidant à la délimitation de « l'objet » des droits ancestraux.

440. L'on sait ainsi avec la décision *Guerin* de 1984¹ qu'il faut placer les relations, entre le gouvernement canadien et les peuples autochtones, dans ce que l'on qualifie de « relation de fiduciaire, » responsabilité étendue par la suite, sur la base de l'article 35, à l'ensemble des peuples autochtones. La difficulté à réconcilier la préexistence des peuples autochtones avec la souveraineté de la Couronne trouve une formulation évidente dans l'arrêt *Sparrow*, démontrant l'ambiguïté de cette relation : « il convient de rappeler que la politique britannique envers la population autochtone fût fondée sur le respect de leur droit d'occuper leurs terres ancestrales, comme en faisait foi la Proclamation Royale de 1763, dès le départ, on n'a jamais douté que la souveraineté et la compétence législative, et même le titre sous-jacent, à l'égard de ces terres, revenaient à sa Majesté. »² La Cour précise un peu plus loin, « nous estimons pourtant que l'expression 'reconnaissance et confirmation' comporte les rapports de fiduciaire. »³ La Proclamation Royale de 1763 avait, en effet, inscrit dans un texte constitutionnel, un principe de consensualisme, organisant la politique impériale d'accès aux terres ancestrales des autochtones⁴ et ainsi, éviter des transactions dolosives pour les autochtones. Un relation de fiduciaire se définit telle que : « des obligations de fiduciaire existent quand une personne promet d'agir au profit d'une autre et que son engagement est assorti d'un pouvoir discrétionnaire. »⁵ La nature de ces obligations dépend, par conséquent, du contexte factuel des rapports qui leur a donné naissance, et donc sur les droits ancestraux.

441. Cette relation de fiduciaire se retrouve au cœur de la décision *Van der Peet*, lorsque la Cour se propose de dresser le cadre général, présidant aux relations entre la Couronne et les peuples autochtones : « l'État a, envers les peuples autochtones, une obligation de fiduciaire qui a pour conséquence de mettre son honneur en jeu lorsqu'il traite avec eux. »⁶ La controverse, autour des sources des droits ancestraux, trouve un point d'ancrage dans cette même décision, lorsque la Cour écrit qu'il « ne faut pas oublier que le paragraphe 35(1) n'a

¹ *Guerin c. R.*, [1984] 2 R.C.S. 335.

² *Sparrow*, précitée, à la p. 1103.

³ *Sparrow*, précitée, à la p. 1109.

⁴ OTIS (G.) et ÉMOND (A.), « L'identité autochtone dans les traités contemporains : De l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », *McGill L.J.*, 1996, vol. 41, pp. 543-570, p. 548.

⁵ OTIS (G.) et ÉMOND (A.), « L'identité autochtone dans les traités contemporains », *op. cit.*, p. 551.

⁶ *Van der Peet*, précitée, au §24.

pas créé la doctrine des droits ancestraux. En effet, ces droits existaient déjà et ils étaient reconnus en common law. » La différence tient à ce que, désormais, ces droits bénéficient d'un ancrage constitutionnel. Ils ne peuvent être éteints ou limités, en vertu de l'article 1 de la Charte, mais bien selon le test de l'arrêt *Sparrow*. Partant, la détermination de l'objet de l'article 35(1) passe par « l'analyse historique » de la doctrine juridique de *Common Law* des droits ancestraux – non pas les raisons de sa constitutionnalisation, mais les raisons de son existence « en tant que doctrine juridique. » Les §30 et 31 de *Van der Peet* proposent un cadre d'analyse de l'objet des droits ancestraux fondés sur la coexistence entre le caractère *distinctif* des sociétés autochtones préexistantes et l'affirmation de la souveraineté de la Couronne.

442. Comme le note la Cour, lorsque les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les sociétés autochtones existaient déjà et « participaient à des cultures distinctives. » Partant, « le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les peuples autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de sa Majesté. » Ce cadre conduit à délimiter le « contenu substantiel » des droits visés par l'article 35(1) ; la nature des droits ancestraux constitutionnels réaffirme l'objet de la doctrine de *Common Law* : les droits ancestraux visent à faire coexister la préexistence des peuples autochtones, et l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. Cette « logique culturaliste et empreinte de passéisme » qui préside à la détermination de l'objet des droits ancestraux¹ est réaffirmée dans *R. c. Côté* : « le noble objet visé par le par. 35(1), savoir la préservation des caractéristiques déterminantes qui font partie intégrante des sociétés autochtones distinctives. »² Ces droits protègent les « pratiques matérielles caractéristiques » des sociétés autochtones distinctives *avant* le contact avec les européens. La finalité des droits ancestraux est *identitaire*, s'agit-il de déterminer le rôle joué par les peuples autochtones dans la fédération, ou la substance de la souveraineté de la Couronne. Une pratique matérielle pourra faire l'objet d'une protection au titre d'un droit ancestral garanti par l'article 35(1) si cette pratique satisfait à un test en deux étapes³ : les « racines historiques » de cette pratique, afin de déterminer si elle est *centrale* aux cultures autochtones *précoloniales* (centralité) ; ensuite, cette pratique doit pouvoir être *modifiée* afin d'être *reçue* par le système juridique canadien (réconciliation). La logique est paternaliste⁴.

¹ OTIS (G.), « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *op. cit.*, 1999, p. 604.

² *R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139, au §52.

³ BARSH (R.L.) and HENDERSON (J.L.), « The Supreme Court's Van der Peet Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand », *McGill L.J.*, 1997, vol. 42, pp. 993-1009, p. 998.

⁴ OTIS (G.), « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *op. cit.*, 1999, p. 608.

443. Dans *Van der Peet*, la Cour s'appuie très largement sur un article de B. Slattery qui, en 1987, avait proposé une explication aux droits ancestraux, à la suite de l'arrêt *Guérin*, relative à la relation de fiduciaire comme cadre des relations entre la Couronne et les autochtones¹. Selon le professeur, la doctrine juridique des droits autochtones est un principe non écrit de base de *Common Law*, appliquée par les tribunaux canadiens². Ce corps de règles s'applique selon la distinction du droit colonial britannique entre colonies de conquêtes et colonies de peuplement : il s'applique, notamment, automatiquement lorsque la colonie est acquise. La doctrine appartient à un ensemble de règles constitutionnelles fondamentales qui étaient non seulement, antérieures à l'affirmation de la souveraineté de la Couronne, mais organisaient son application sur le territoire³. Cette doctrine s'appliquait en dehors du *Common Law* britannique, mais servait, par ailleurs, à modifier ce *Common Law* lorsqu'il venait s'appliquer aux autochtones. Cette doctrine favorisait la pérennité des systèmes juridiques autochtones coutumiers. Slattery cite *Connolly v. Woolrich*, de 1867 qui reconnaît cette pérennité⁴.

444. Cette dernière affaire concernait la reconnaissance de la légitimité d'un enfant et la validité d'un contrat de mariage entre une indienne *Cree*, et un chrétien, alors que la communauté *Cree* reconnaissait les pratiques de la polygamie et de la répudiation : le mariage consacré au sein de la communauté est reconnu valide aux yeux du *Common Law*, ainsi que la légitimité de leur enfant, et l'impossibilité par contre est confirmée pour le mari de répudier sa femme *Cree*. On peut ainsi y lire que « le *Common Law* britannique prévalant dans territoires de la Baie d'Hudson, ne s'applique pas aux natifs, occupants de ces Territoires ; ne remplace ni abroge, même dans les limites de la Charte, les normes, usages, et coutumes de ces peuples autochtones. » La doctrine du droit colonial britannique a participé de la protection de ces normes coutumières : cette doctrine du droit autochtone a, par la suite, été réintégrée au sein du *Common Law*. La relation de fiduciaire découle de ces relations entre la Couronne et les autochtones, reconnues par la Proclamation Royale de 1763⁵. Par conséquent, la doctrine des droits autochtones a toujours fait partie de la structure juridique de base de la fédération canadienne⁶ dont l'article 35(1) participerait d'une reconnaissance constitutionnelle.

¹ SLATTERY (B.), « Understanding Aboriginal Rights », *Can. Bar Rev.*, 1987, vol. 66, pp. 727-783.

² SLATTERY (B.), « Understanding Aboriginal Rights », *op. cit.*, p. 732.

³ SLATTERY (B.), « Understanding Aboriginal Rights », *op. cit.*, pp. 737-738.

⁴ *Connolly c. Woolrich and Jonhston and al.* (1867), 17 R.J.R.Q. 75 (CSQ).

⁵ SLATTERY (B.), « Understanding Aboriginal Rights », *op. cit.*, p. 754.

⁶ SLATTERY (B.), « Understanding Aboriginal Rights », *op. cit.*, p. 782.

445. Cette doctrine de *Common Law* disposerait de deux sources juridiques principales : les coutumes anciennes et les principes fondamentaux de justice¹. Selon la Cour dans *Van der Peet*, cet objet particulier de la doctrine juridique des droits autochtones préside directement à l'objet du test de la culture distinctive permettant de délimiter substantiellement les droits protégés au titre de l'article 35(1). En s'engouffrant dans cette voie, la Cour passe à côté de la mise en garde du professeur Slattery : « le danger est que l'art. 35 soit une prison juridique venant enfermer les autochtones dans des structures historiques les empêchant de jouer un rôle dans la société canadienne contemporaine. »² Cette continuité des coutumes juridiques autochtones réaffirmée par la Cour tient du paradoxe³ : elle implique la reconstruction judiciaire des précédents juridiques impériaux et coloniaux dans un contexte post-impérial et post-colonial, afin de protéger des droits autochtones, eux mêmes généralement refusés par le colonialisme. Selon Walters, la décision *Connolly* serait caractéristique d'une conception impérialiste ou « inclusive » de la continuité, traduisant l'incorporation du droit local au droit britannique, là où la conception américaine « exclusive, » soulignait la coexistence de deux corpus normatifs distincts⁴. En ce sens, la théorie de la continuité, mobilisée par le juge en chef Lamer, est distincte de la théorie coloniale de la continuité, et traduit une interprétation normative⁵. Même si la justification est, sans doute, noble, puisqu'elle vise à élargir les droits reconnus aux autochtones limités par la doctrine impériale, elle marque, toutefois, le danger d'interpréter « l'histoire » en droit, ainsi que le démontre l'arrêt *Marshall* où la Cour devait interpréter des traités de 1760-1761, conclus oralement entre la Couronne et les indiens *Mi'kmaq*⁶. Les droits issus de traité se limitent à la possibilité de pouvoir se « procurer des biens nécessaires, » écartant un droit général de commercer : une « subsistance convenable » qui ne s'étend pas à l'accumulation de richesses illimitées. La Cour a recours à une preuve extrinsèque pour interpréter l'étendue des droits contenus, prenant le point de vue des indiens. Les indiens *Mi'kmaq* avaient en l'espèce pêcher et tirer des bénéfices de la vente d'anguilles. L'honneur de la Couronne doit donner sens et substance aux promesses faites par elle (§52) : en limitant la nature commerciale du droit à la subsistance nécessaire, *Marshall* est acquitté

446. Partant, si la détermination de l'objet des droits ancestraux décrit dans *Van der Peet* est profondément liée à leurs sources dans la doctrine de *Common Law*, cette perspective peut

¹ SLATTERY (B.), « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights », *Can. Bar Rev.*, 2000, vol. 79, pp. 196-224, p. 197.

² SLATTERY (B.), « Understanding Aboriginal Rights », *op. cit.*, p. 783, (nous traduisons).

³ WALTERS (M.D.), « The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 », *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, pp. 711-752, p. 713.

⁴ WALTERS (M.D.), « The 'Golden Thread' of Continuity », *op. cit.*, pp. 716-718.

⁵ WALTERS (M.D.), « The 'Golden Thread' of Continuity », *op. cit.*, p. 744.

⁶ *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456 : pour une reconstruction historique des relations, voir aux §22 à 40.

être critiquée, comme essentiellement paternaliste, réifiant les sociétés autochtones. Le test de la culture distinctive, notamment, conduit à reconstruire culturellement ces groupes¹ : les communautés sont produites par la projection de ce que l'on considère comme trait *distinctif* d'une collectivité autochtone ou caractère fallacieux de la quiddité autochtone². Cette vision contribue à se réapproprier l'histoire et à reconstruire des cultures, selon la vision *orientée* du juge : « la communauté est largement une question de perspective. »³ Selon K. McNeil, l'héritage colonial a été déterminant, sur la pensée canadienne⁴. Même, la relation de fiduciaire, non paternaliste à l'origine, est-elle l'effet d'une mauvaise lecture de la doctrine de la découverte – ou plutôt à plusieurs révisions successives de cette doctrine⁵ – en est venue à progressivement effacer une souveraineté *internationale* des peuples autochtones. En somme, la doctrine du fiduciaire a contribué à renforcer le colonialisme britannique. Cette conception de la Constitution est coloniale : le colonialisme demeure la matrice permettant de penser le droit canadien⁶. Comme le notent G. Otis et A. Émond, « les tribunaux ont donc inscrit dans l'ordre juridique une conception archaïque, immobiliste et foncièrement stéréotypée de l'identité autochtone, »⁷ évoquant, alors, une dépossession identitaire, et une « dogmatisation de la spécificité culturelle. » La reconnaissance des droits ancestraux procède d'une certaine orientation identitaire : un paternalisme colonialiste⁸. Cet impérialisme, selon J. Tully⁹, inscrirait les peuples autochtones dans une colonisation narrative interne¹⁰, les construisant comme inclus, dans l'ordre juridique, mais profondément distincts. La dimension identitaire du droit ancestral qui favorise la reconnaissance d'un pluralisme et place le Canada dans une relation différentielle à la France, se trouve orientée selon un coefficient pluraliste homosocial, partagé par les deux pays, au-delà de la disponibilité d'instruments juridiques.

¹ OLTHUIS (B.), « The Constitution's Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the Constitution Act, 1982 », *McGill L.J.*, 2009, vol. 54, pp. 1-43.

² OLTHUIS (B.), « The Constitution's Peoples », *op. cit.*, p. 10.

³ OLTHUIS (B.), « The Constitution's Peoples », *op. cit.*, p. 28, (nous traduisons).

⁴ MCNEIL (K.), « The Decolonization of Canada: Moving Toward Recognition of Aboriginal Governments », *Western Legal Hist.*, 1994, vol. 7, n°1, pp. 113-141, p. 116.

⁵ ÉMOND (A.), « Les mutations de la 'découverte' ou l'émergence des droits des peuples autochtones en droit colonial britannique », in OTIS (G.) (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2004, pp. 13-30.

⁶ SLATTERY (B.), « The Organic Constitution: Aboriginal Peoples and the Evolution of Canada », *Osgoode Hall L.J.*, 1999, vol. 34, n°1, pp. 101-112, p. 103.

⁷ OTIS (G.) et ÉMOND (A.), « L'identité autochtone dans les traités contemporains », *op. cit.*, p. 560.

⁸ BARSH (R.L.) and HENDERSON (J.L.), « The Supreme Court's Van der Peet Trilogy », *op. cit.*, 1997, pp. 1000-1008.

⁹ TULLY (J.), « Modern Constitutional Democracy and Imperialism », *Osgoode Hall L.J.*, 2008, vol. 46, pp. 461-493.

¹⁰ TULLY (J.), « Défi constitutionnel et art de la résistance : la question des peuples autochtones au Canada », in VIBERT (S.) (dir.), *Pluralisme et Démocratie, entre culture, droit et politique*, Éditions Québec Amérique, C.R.É.Q.C., Montréal, 2007, pp. 309-354, p. 309.

B- Titre ancestral c. peuple corse : l'homosocialité blanche du constitutionnalisme

447. La mise en évidence du colonialisme a été faite dans la démonstration de la notion de droit collectif, et de l'objet de ce droit ancestral, tel qu'ils ont été définis par la Cour suprême du Canada. La deuxième partie de la démonstration souligne un premier pilier de l'orientation identitaire du constitutionnalisme (l'homosocialité de l'ascendant libéral blanc) **(1)** à travers la territorialisation du « territoire » au Canada et en France : le « titre ancestral » **(2)** et le « peuple corse » **(3)**. Ces principes identitaires d'orientation sont partagés par les deux pays, au-delà de la disponibilité des droits collectifs, pour le premier, et leur rejet, pour le second.

1- Orientation identitaire : homosocialité et libéralisme blanc

448. Au-delà de l'opposition apparente des deux décisions, elles sont chacune une modalité de régulation de l'identitaire, s'agit-il de « spécifier » ou « d'effacer » les différences culturelles : la réaffirmation de la souveraineté est une performance culturelle. En effet, ces décisions présentent des principes d'interprétation distincts de la diversité culturelle, ce qui se marque notamment par l'indisponibilité de la notion de droit collectif en droit constitutionnel français ; par contre, elles partagent très nettement un même principe normatif d'agencement, qui est *homosocial*. L'homosocialité peut recevoir un contenu identitaire spécifique selon le type de relations en question. Son contenu est ici la promotion d'un *libéralisme blanc*. Cette conclusion traduit les paradoxes identitaires du pluralisme à la française : les droits collectifs sont « écartés, » comme *danger* pour l'uniformité identitaire, alors que l'identité est *produite*.

449. **Un coefficient homosocial.** La notion d'homosocialité (*homosociality*) a été définie par E. Kosovsky Sedgwick¹ pour caractériser « l'homoérotisme » en littérature. Il s'agissait d'un lien *affectif* entre hommes construit autour d'une structure triangulaire patriarcale : cette structure passait à la fois par la stigmatisation patriarcale du corps féminin et la stigmatisation hétéronormative du corps homosexuel. Dans cette relation triangulaire entre deux hommes et une femme, les hommes ont entre eux des liens affectifs intenses qui ne sont pas de nature sexuelle, et les femmes sont le canal à travers lequel ces liens affectifs sont exprimés. Les femmes sont le troisième terme, suturant la relation entre les deux hommes. La rivalité pour la conquête féminine cache une attraction patriarcale entre les deux hommes : « selon Sedgwick,

¹ KOSOVSKY-SEDGWICK (E.), *Épistémologie du placard*, Éditions Amsterdam, Paris, 2008.

la capacité à projeter ces liens érotiques sur une figure marginalisée – le corps stigmatisé de l’homosexuel – a été cruciale pour la création moderne de l’homosocialité, qui a assuré alors la domination masculine. »¹ Il est possible de mobiliser cette « structure homosociale » – trois acteurs entrent en relation soutenue par certaines normes identitaires – dans un contexte distinct. L’homosocialité est une « substance identitaire » qui soutient une triangulation : l’homosocialité est une préférence identitaire dans une structure de socialisation ; il s’agit d’un « désir social de coexister avec ce qui nous ressemble. » Selon la norme identitaire qui soutient cette structure de triangulation, un troisième terme – fétiche – stabilise et suture le lien entre les deux premiers : l’autochtonité, ici. « L’Autre » renforce le lien d’attachement au sein du groupe « affirmant leur engagement à respecter un ensemble partagé de normes. »² L’homosocialité est, donc, une norme relationnelle, précisée par d’autres normes identitaires.

450. Libéralisme et ascendant blanc. L’homosocialité est liée ici au « postcolonialisme, » qui étudie l’héritage critique du colonialisme. La reconnaissance de « l’autochtonité, » dans la décision canadienne, est la « réaffirmation homosociale » de la structure même du pouvoir colonial³. Les études postcoloniales sont une déconstruction critique des narrations liées à « l’étranger » et aux origines culturelles, telles que « le foyer » ou « la nation, » toujours déjà attribuées au sujet auquel on attache une différence, et constituant la matrice d’intelligibilité de la reconnaissance culturelle. Chow la qualifie « de caractère insurmontable des identités culturelles. »⁴ La souveraineté fonctionne comme concaténation en reliant un sujet juridique à une identité dans le processus de « subjectivation. » Or, la subjectivation ethnique, *i.e.* être identifié comme « toujours déjà » membre d’une communauté, projette un élément imaginaire « étranger » au sein d’un système constitutionnel⁵, ce qu’on a pu qualifier de « géographie imaginaire, »⁶ notion empruntée à Edward W. Said⁷. L’orientalisme est la production de « l’Orient » par un savoir de type positif⁸, *i.e.* par l’Occident. Cet orientalisme produit une réalité fictive de « l’Orient » en opérant des distinctions et classifications, produisant le « pays

¹ WARNER (M.), « Introduction », in WARNER (M.) (ed.), *Fear of a Queer Planet. Queer Politics and Social Theory*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 1993, pp. VII-XXI, p. XIV, (nous traduisons).

² CAMERON (D.) and KULICK (D.), *Language and Sexuality*, *op. cit.*, p. 68, (nous traduisons).

³ COULTHARD (G.S.), « Subjects of Empire: Indigenous people and the ‘politics of recognition’ in Canada », *Cont. Pol. Th.*, 2007, vol. 6, pp. 437-460.

⁴ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the spirit of capitalism*, *op. cit.*, p. 13, (nous traduisons).

⁵ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the spirit of capitalism*, *op. cit.*, p. 35: « ethnicity stands more precisely as a society’s way of projecting onto some imaginary outside elements it deems foreign and inferior. »

⁶ PUAR (J.K.), *Terrorist Assemblages*, *op. cit.*, p. 39: « Certain desired truths become lived truths, as if they were truths, thus producing material traces and evidences of these truths, despite what counterevidence may exist. In other words, Gregory argues, imaginative geographies are performative: they produce the effect that they name and describe. Importantly, imaginative geographies endeavor to reconcile otherwise irreconcilable truths; they are mechanisms of, in Freudian terms, disavowal. »

⁷ SAID (E.W.), *L’Orientalisme. L’Orient créé par l’Occident*, Seuil, coll. La Couleur des idées, Paris, 2005, pp. 66 et suivantes: « la géographie imaginaire et ses représentations: orientaliser l’Oriental. »

⁸ SAID (E.W.), *L’Orientalisme. L’Orient créé par l’Occident*, *op. cit.*, p. 69.

des barbares » : « la pratique universelle qui consiste à désigner dans son esprit **un espace familier comme le ‘nôtre’ et un espace qui ne l’est pas comme le ‘leur’**, est une manière de faire des **distinctions géographiques**. » Ainsi, « il **‘nous’** suffit de **tracer** ces **frontières** dans notre **esprit**, ainsi **‘ils’** deviennent **‘eux’**, et leur **territoire** comme leur **mentalité** sont désignés **comme différent des ‘nôtres’**. »¹ L’Occident acquiert, alors, une identité par la production « différentielle » d’un « espace imaginaire étranger, » un « dehors constitutif. »

451. En articulant l’Orient, l’Europe ou l’Occident ont un véritable « pouvoir créateur » ; il s’agit de représenter, de constituer « l’espace d’au-delà des frontières familières. »² L’Orient est dangereux, non familier, excessif, mystérieux. Il est une catégorie nouvelle « qui permet de considérer les nouveautés, les choses vues pour la première fois comme des versions de choses déjà connues. »³ L’Orient est, alors, par essence quelque chose « d’étranger » que l’on suppose « déjà toujours » connaître en lui attribuant une pré-signification objective et unitaire : on s’attend de l’Oriental à ce qu’il agisse, et on le fait agir comme tel, comme ce par quoi on l’a déjà reconstruit. C’est une domestication de l’exotique par une représentation. Une telle construction est oubliée; elle devient un cercle interprétatif et performatif, jamais rompu. L’orientalisme produit une « image » qui n’a pas vocation à représenter l’Oriental en lui-même, mais à représenter l’Oriental pour l’Occident. Une image permet de saisir et de voir ce qui est trop diffus en l’empêchant d’errer, dans un système mythologique et épistémologique fermé. Ainsi, « on considère alors que ce terme ou cette expression a acquis une certaine réalité, ou, tout simplement, est la réalité. » Une géographie imaginaire trace des « frontières spectaculaires, »⁴ qui servent à représenter pour « nous » ces « eux » toujours déjà étrangers.

452. Aussi, « le colonialisme, telle une rencontre, implique non seulement la domination territoriale d’une culture sur une autre, mais aussi des formes d’appropriations discursives : les autres cultures sont réappropriées dans la globalité imaginaire de la nation colonisante. »⁵ Une telle perspective produit une critique du processus imaginaire de construction d’un sujet, objet du désir national, à travers une « altérisation » continue de « l’étranger. » Le sujet qui devient juridique, lorsqu’il est saisi par le droit, se voit confronté à un « paradoxe » : l’impossibilité « d’habiter » un espace au sein duquel « déjà » il appartient. Le droit devient le

¹ SAID (E.W.), *L’Orientalisme. L’Orient créé par l’Occident*, op. cit., p. 70, (nous soulignons).

² SAID (E.W.), *L’Orientalisme. L’Orient créé par l’Occident*, op. cit., p. 73.

³ SAID (E.W.), *L’Orientalisme. L’Orient créé par l’Occident*, op. cit., p. 75.

⁴ SAID (E.W.), *L’Orientalisme. L’Orient créé par l’Occident*, op. cit., p. 90.

⁵ AHMED (S.), *Strange Encounters. Embodied Others in Post-Coloniality*, Routledge, London and New-York, 2000, p. 11, (nous traduisons).

moment d'historicisation du sujet¹, un événement enclenchant ce qui attendait d'être saisi, mais qui était toujours déjà présent comme saisissable. En cela, le sujet de droit est toujours un sujet qui est activé au sein d'une certaine culture imaginaire. Le titulaire des droits fondamentaux est bien le corps du sujet juridique qui est représentable. L'individu devient sujet selon une définition humaine de la subjectivité régulant « l'en dehors » de l'espace public. Le regard colonial est une habitation phénoménologique de l'espace public et la norme blanche est une « orientation phénoménologique » du droit². C'est un « ascendant blanc » (*ascendency of whiteness*)³ : l'humain est « toujours déjà » une figure blanche occidentale. « L'homme » du droit est reconstruit à travers une matrice raciale et ethnique occidentale⁴.

453. La régulation juridique des peuples autochtones est renvoyée dans un *excès* par rapport à la « norme blanche, » une spécificité que l'on juge historique, culturelle et passiste. Les peuples autochtones sont enfermés dans une « narration historique » définie par des normes blanches. L'ascendant blanc est la grammaire du discours juridique ; l'orientation qui donne précisément sens à l'interprétation juridique. C'est ce « privilège identitaire » qui gouverne la problématique même du multiculturalisme. De la problématique du racisme, l'ascendant blanc se manifeste désormais dans le caractère *insurmontable* de la différence culturelle, traduisant intrinsèquement une différence de valeur, distinguant ce qui est spécifié dans le discours de ce qui en constitue le contexte d'énonciation. Ces normes ethniques, raciales ou sexuelles sont en quelques sortes les normes identitaires non écrites gardant captifs ceux dont la spécificité est marquée (Canada) ou effacée (France). Le discours libéral est donc construit à partir d'une vision de l'ethnicité et cette vision d'une frontière de l'altérité emporte aussi une vision de ce qui est hiérarchiquement supérieur et bon. Le discours devient celui de la dialectique de la captivité et de l'émancipation, de la vulnérabilité et de la reconnaissance : « ici, être ethnique signifie revendiquer. »⁵ Ce discours prolonge le racisme dans lequel le système inscrit déjà les sujets qu'il identifie⁶. Le vecteur de pluralisme fonctionne par une structure triangulaire homosociale où le lien, entre les deux premiers piliers, est une forme de libéralisme blanc, et où « l'excès » est projeté sur le troisième terme, renforçant les liens entre les deux premiers.

¹ SHOMURA (C.), « 'These are Bad People'. Enemy Combatants and the Homopolitics of the 'War on Terror' », *Theory and Event*, 2010, vol. 13, n°1, (disponible en ligne).

² AHMED (S.), « A Phenomenology of Whiteness », *Fem. Theory*, 2007, vol. 8, n°2, pp. 149-168, p. 150.

³ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, *op. cit.*, p. 2.

⁴ TEHRANIAN (J.), « Performing Whiteness: Naturalization Litigation and the Construction of Racial Identity in America », *Yale L.J.*, 2000, vol. 109, n°4, pp. 817-848.

⁵ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, *op. cit.*, p. 39, (nous traduisons).

⁶ AYWARD (C.A.), *Canadian Critical Race Theory. Racism and the Law*, *op. cit.*, 1999.

2- La définition du « titre ancestral » dans *Delgamuukw*

454. Les droits ancestraux protégés par l'article 35 de la Loi Constitutionnelle de 1982 sont des droits « hybrides » visant à la réconciliation de deux cultures distinctes : « bien que la doctrine des droits ancestraux soit une doctrine de *Common Law*, les droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu'il faut au point de vue des peuples autochtones. »¹ Dans *Van der Peet*, le juge Lamer notait, ainsi, que « l'essence des droits ancestraux est que ceux-ci établissent un rapprochement entre les cultures autochtones et non autochtones. »² Plusieurs questions se posaient : les liens entre les droits ancestraux et le titre aborigène ; le contenu et les facteurs de définition de ce titre ; l'admissibilité des spécificités autochtones dans les règles de preuves. La spécificité des peuples autochtones en tant que minorité tient à cette vie en collectivité sur un territoire dans le cadre d'une culture distinctive³ : « tant le titre aborigène que les droits ancestraux découlent de l'existence de collectivités autochtones distinctives, occupant 'les terres comme leurs ancêtres l'avaient fait depuis des siècles'. » Les droits territoriaux des peuples autochtones trouvent leur origine dans la *Proclamation Royale* qui leur réservait des territoires de chasse sur toutes les terres non cédées à la Couronne, avec la pratique, notamment, des Traités, que le Canada utilisa très largement à partir des années 1980 lors des ententes sur les revendications territoriales (globales ou limitées). Ces droits ont trouvé aussi une assise judiciaire depuis une décision du Conseil privé de 1888⁴, Lord Watson évoquant alors un *droit personnel et usufruitaire* à la terre, dont l'origine serait distincte de la seule *Proclamation Royale* (voir *supra* sur la continuité). Sans préciser cependant, si le titre ancestral était qualifié, *Delgamuukw* en a donné un cadre d'analyse détaillé, confirmé ensuite. Le droit ancestral est bien un droit de propriété, qui n'est pas limité aux *usages traditionnels*.

455. Cela étant, la spécificité et la limite, inhérentes, au titre ancestral, tiennent à la nature *sui generis* du droit : par rapport à la propriété en fief simple, l'inaliénabilité, sa possession en communauté, et sa source, antérieure à l'affirmation de la souveraineté. C'est bien un *droit collectif*. Aussi plusieurs éléments reviennent en leitmotiv dans cette décision : la spécificité culturelle de *la quiddité autochtone* (ou *indianité*) ; l'exceptionnalisme de cet encadrement juridique par le droit canadien ; l'obligation fiduciaire de la Couronne et l'affirmation de la

¹ *Delgamuukw*, précitée, au §82.

² *Van der Peet*, précitée, J.C. Lamer, au §42.

³ *Van der Peet*, précitée, J.C. Lamer, au §30.

⁴ *Ste. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen*, [1888] 14 A.C. 46.

souveraineté. Si ces droits ancestraux – auxquels appartient le titre – sont antérieurs à la souveraineté, ils doivent être définis dans l’horizon de la souveraineté. Le juge en chef Lamer débute, donc, son analyse à partir de cette conception de la nature *sui generis* des droits ancestraux : leur « spécificité culturelle » est marquée et c’est cette « nature même » qui est la justification à une approche spéciale¹. Les facteurs de démonstration d’un droit ancestral développés dans *Van der Peet* s’appliquent à la démonstration d’un titre aborigène, insistant particulièrement sur le caractère distinctif de ces pratiques culturelles et sur leur continuité² ; la différence tient à ce que « l’appropriation exclusive » d’un territoire doit être prouvée au moment de l’affirmation de la souveraineté et non du premier contact avec les Européens. La « coutume, pratique ou tradition » doit être *déterminante*³. Si ce « lien substantiel, » entre un peuple et son territoire, doit exister avant l’affirmation de cette souveraineté, le fait que la nature de l’occupation ait changé ne fait pas obstacle à la revendication de ce titre si, en vertu d’un principe de continuité, ce lien substantiel a été maintenu⁴. La perspective autochtone *distincte* doit être prise en compte dans la détermination du lien : le droit autochtone n’est pas la source *per se* du titre, mais une preuve dans la détermination de l’occupation exclusive⁵. Or si le droit autochtone n’en est pas la source, ce sont bien ses règles qui s’y appliqueront. La décision de 2014 ne règle, d’ailleurs, par la question de la source du titre ancestral. Le juge en chef distingue donc deux critères de définition du titre, récemment réaffirmés⁶, que sont l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté, la preuve devant être apportée d’une *occupation* qui soit *suffisante, continue et exclusive*⁷. Se pose la question de la *preuve* : la seule occupation physique n’est pas suffisante, mais le droit autochtone est pris en compte. Aussi, *Delgamuukw* associe donc et Common Law et culture distinctive, du droit autochtone.

456. Selon le juge en Chef, doivent être appliqués dans le présent pourvoi, tant le principe du trait distinctif et antérieur des cultures autochtones, que l’affirmation de cette souveraineté. Ces principes exigent une modification des règles de preuves, et notamment la modification de l’inadmissibilité de la règle du ouï-dire (*hearsay*) : « nous adaptons les règles du droit de la preuve de manière à ce que les tribunaux accordent le poids qui convient au point de vue des autochtones sur leurs coutumes, pratiques et traditions, de même que les rapports qu’ils entretiennent avec le territoire. » La spécificité culturelle de l’autochtonité tient, donc, à la

¹ *Delgamuukw*, précitée, au §81.

² La décision *Van der Peet* évoque au §45 « les éléments **fondamentaux** des sociétés autochtones **distinctives** » (nous soulignons).

³ *Van der Peet*, précitée, au §59

⁴ *Delgamuukw*, précitée, au §154.

⁵ Ce n’est donc pas une application de la « doctrine de la continuité » : MCNEIL (K.), « Aboriginal Title », *op. cit.*, pp. 288-290.

⁶ *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, précitée, §25. Ce récent arrêt ne règle pas la question de l’origine du titre ancestral.

⁷ *Delgamuukw*, précitée, au §143. Le *Common Law* est donc la source juridique du titre ancestral et non le *droit autochtone*.

particularisation des règles de preuve, et l'acceptation des récits oraux, dont la caractéristique est leur « rôle social général, » « en tant que moyen de conservation d'un savoir historique d'une culture' mais aussi comme expression 'des valeurs et des mœurs de cette culture'. » La difficulté est venue de ce que le juge en chef de la Cour suprême de Colombie Britannique – le très honorable McEachern – n'a pas accordé de force probante suffisante aux « *adaawk* » de la nation Gitksan et aux « *kungax* » de la nation Wet'suwet'en, en raison de l'incertitude découlant du caractère oral de ces preuves et l'impossibilité d'établir une « vérité historique. » Tout en particularisant ces spécificités culturelles de la quiddité autochtone, le juge du procès « attendait beaucoup trop des récits oraux des appelants. » Si le droit de la preuve doit être adapté de sorte à souligner cette spécificité, le fardeau de la preuve ne doit pas être excessif.

457. Le juge en chef en vient, ensuite, à considérer la nature du titre aborigène et les droits qui en découlent : « il confère plutôt le droit d'utiliser des terres pour y exercer différentes activités **qui ne doivent pas nécessairement toutes être des aspects** de coutumes, pratiques et traditions faisant partie intégrante des cultures distinctives des sociétés autochtones. »¹ Or, en raison de la nature collective du droit, la limite *intrinsèque* tient à la conciliation de ces utilisations avec ce caractère *collectif* et *l'attachement* au territoire visé². Le titre aborigène est, une nouvelle fois, particularisé, en fonction de cette spécificité culturelle des règles de la propriété ordinaire de *Common law*, comme le fief simple. Ainsi, la spécificité de l'autochtonité, et le « vide juridique » du droit canadien, exigent d'adopter un régime juridique *d'exception*: « il est **impossible d'expliquer entièrement ses caractéristiques** en fonction **soit** des règles du droit des biens en common law **soit** des règles relatives à la propriété prévues par les régimes juridiques autochtones. »³ Or, c'est la *possession* antérieure, en raison d'un lien culturel spécial, qui justifie une action en revendication d'un titre en vertu des règles de *common law*. Elle exige de tenir compte « notamment de leurs régimes juridiques » territorialisés par la Couronne (ce lien *spécial*). Cette qualité *sui generis* est « le principe unificateur qui sous-tend les différentes dimensions de ce titre » ; en découlent, notamment, l'inaliénabilité du titre ancestral, un droit foncier détenu collectivement, et son origine découlant de la possession d'une terre, antérieurement à l'affirmation de la souveraineté. Il y a une difficulté temporelle dans un but toutefois de conciliation des intérêts.

¹ *Delgamuukw, précitée*, au §111, (nous soulignons).

² Limite intrinsèque reprise dans *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, précitée*, §67.

³ *Delgamuukw, précitée*, au §112, (nous soulignons).

458. La terre est territorialisée, comme territoire autochtone, avec une rupture temporelle : elle est antérieure à l'affirmation de la souveraineté, mais elle est définie comme droit *sui generis*, dans le cadre de la souveraineté. Cette territorialisation culturelle du titre ancestral justifie que ce dernier ne puisse être utilisé « d'une manière incompatible avec la nature de l'attachement qu'a le groupe autochtone concerné pour le territoire et qui est à la base de sa revendication du titre aborigène. » Cette limite est loin d'être cohérente, et le territoire autochtone devient une demeure *culturellement close*. Cette limite est justifiée par la nature *sui generis* du titre aborigène qui, bien qu'étant une terre possédée antérieurement à l'affirmation de la Couronne « ressort explicitement de la protection des modalités historiques de l'occupation, » ce qui est un raisonnement tautologique. Si la terre a été utilisée en fonction d'activités *distinctives* de l'autochtonité, alors il existera un « lien spécial tel que les terres feront partie intégrante de la définition de la culture distinctive du groupe. » Cet élément découle de la modification de la démonstration d'un titre ancestral dans *Van der Peet* avec son test de la *culture distinctive*. La spécification culturelle de l'autochtonité en tant que *sui generis* justifie un régime d'exception et une territorialisation autochtone : « les terres en elles-mêmes ont une valeur intrinsèque et unique dont jouit la collectivité qui possède le titre aborigène sur celles-ci – la collectivité ne peut pas faire de ces terres des utilisations qui détruiraient cette valeur. » Cette limite ne découle pas directement de la particularisation de l'autochtonité, mais de cette « quiddité autochtone » *dans l'horizon de* la souveraineté. La limite à l'utilisation des terres tient à ce que la Couronne, au titre de la relation de fiduciaire, détermine comme étant un « danger, » pour cette culture distinctive, dont la spécificité doit avoir été démontrée avant le contact avec les Européens (tel que découlant de *Van der Peet*).

459. Cette territorialisation de la terre est évidente lorsque le juge en chef Lamer en vient à considérer les liens entre le titre ancestral et les droits ancestraux protégés par l'article 35. En effet, « il est distinct des autres droits ancestraux parce qu'il naît lorsque le rapport entre un territoire et un groupe 'avant, pour sa culture distinctive, une importance fondamentale'. » Il s'agit bien de ce que la Couronne *projette*, comme étant « distinctif et fondamental » : la particularisation culturelle de la quiddité autochtone joue au moment de la définition d'un titre ancestral, et au niveau de la limite intrinsèque à son utilisation. Ce qui a été dit par le juge en Chef manquera de logique plus tard lorsque, dans la preuve de l'existence d'un titre aborigène, il évoquera cette idée que « l'exigence que le territoire fasse partie intégrante de la culture distincte des demandeurs est subsumée sous l'exigence d'occupation. » Or, une occupation autochtone est justifiée elle-même par ce lien spécial défini par la Couronne d'un

peuple à un territoire. Ce territoire deviendra « spécifique » avec la décision *William*. Ainsi, le juge en chef rappellera que ces coutumes exercées sur le territoire doivent être un « élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. » On peut se questionner sur cette distinction entre « fondamental » et « important » : il est vu comme fondamental par la Couronne *pour* la culture autochtone, et il doit être vu comme important *pour* la Couronne imposant de grever son titre. Le « lien substantiel » entre un peuple et son territoire doit être « continu » et « exclusif » (principes de *Common Law* dérivé de la propriété en fief simple).

460. Comme le précise le juge en chef, après avoir distingué le titre ancestral des droits ancestraux le long d'un spectre, « ce que le titre aborigène confère c'est le droit au territoire lui-même. » Même si les droits ancestraux « à une extrémité du spectre » ou « au milieu du spectre » ne supposent pas la preuve de l'existence d'un tel titre, la territorialisation de la terre par le titre ancestral n'est que la manifestation extrême de ce phénomène d'intra-agencement de l'autochtonité. La détermination de la possession (régime de *common law*) suppose de tenir compte du point de vue juridique autochtone, et « les règles de droit pertinentes pourraient notamment inclure un régime de tenure foncière ou des règles régissant l'utilisation des terres. » La particularité autochtone est bien définie, dans l'horizon juridique du *Common Law*, s'agit-il de ses règles (comme la possession ou l'exclusivité) ou de ses modalités de raisonnement juridique. Ce paradoxe est une usurpation de la souveraineté autochtone¹ et la manifestation de la présence négative de la souveraineté étatique. La motivation du juge en chef se termine sur « l'ombre projetée » de la souveraineté de la Couronne qui est le second critère de justification d'un titre aborigène. Il s'agit de savoir si « l'atteinte est compatible avec les rapports spéciaux de fiduciaire qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones. »² Le juge en chef précise, alors, que l'obligation de fiduciaire n'exige pas que la priorité soit accordée toujours aux droits ancestraux, cette obligation pouvant se manifester autrement, que par cette idée de priorité, comme par une obligation de consultation. La Cour va réaffirmer en 2014³ la justification en trois étapes de l'atteinte à un titre ancestral où à l'un de ses droits : (1) l'obligation procédurale de *consultation* et *d'accommodement*, (2) le caractère *impérieux* et *réel* de l'atteinte, (3) la compatibilité avec l'obligation de *fiduciaire* de la Couronne envers les autochtones (*supra*). C'est donc une forme de test de proportionnalité.

¹ Terme emprunté à MORIN (M.), *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Boréal, Montréal, 1997.

² *Delgamuukw*, précitée, au §162.

³ *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, précitée, §77 et suivants et particulièrement §86-88.

461. La territorialisation culturelle de l'identité autochtone, par une modification des règles de preuve, opère par une reterritorialisation, elle-même culturelle, des normes autochtones¹. Dans ce contexte, le groupe autochtone est un groupe « quasi-politique » dont les normes juridiques sont incorporées. En effet, comme le démontre V. Napoleon, les éléments de récits oraux ou les souvenirs sont normatifs, participant d'un ordre juridique autochtone Gitksan, notamment dans le cas des « ataawk. »² Le juge en chef vise ainsi explicitement les normes juridiques autochtones, dans la preuve de la possession exclusive d'un territoire, en vertu des règles de *Common Law*, et découlant de la propriété en fief simple. Ce visa est opéré au titre d'une source matérielle. Aussi, la souveraineté apparaît comme une performance identitaire découlant de l'exceptionnalisme avec lequel est traité le titre aborigène. Ce titre est un *vide* au sein du régime juridique canadien, remettant en question son imaginaire juridique. En faisant le parallèle avec ce que M. Rifkin explique, dans le cas américain, le titre aborigène « marque des discours américains à les englober tout en les évoquant comme s'ils étaient incorporés avec leurs incommensurabilités. »³ C'est le rôle joué par les droits ancestraux : réconcilier des cultures « incommensurables » par cet « exceptionnalisme culturel » de l'autochtonité. Ce qui apparaît comme une « exception » présente la souveraineté comme pouvant décider comment, quand et où l'ordre juridique formel va s'appliquer. Ainsi s'explique la spécificité culturelle soulignée de l'autochtonité, le parallèle avec le régime de la propriété de *Common Law* et la relation de fiduciaire. Aussi, le titre aborigène fonctionne comme une « inclusion exclusive » de l'autochtonité « au sein de la souveraineté » : « le langage de l'exception, de l'exclusion inclusive, insère discursivement les peuples autochtones dans le giron de la souveraineté. »⁴

462. Donc, dans *Delgamuukw*, le titre aborigène découle d'une possession exclusive de la terre, en parallèle à la propriété de fief simple de *Common Law*, sans que « la différence soulignée » du point de vue autochtone « ne fasse vraiment de différence. » La différence est soulignée au §112, afin que l'occupation du territoire soit définie en parallèle avec la possession de *common law* au §145 ; la spécificité du point de vue autochtone est de façon rhétorique soulignée au §148, pour que, toutefois, il soit « pris en considération en même temps que la *Common Law* » (au §149), et que le comparatif pertinent soit « l'exclusivité » de la possession de *Common Law* aux §155 à 158, pour souligner la pertinence de la notion de possession « exclusive » partagée de *Common Law* au §159. L'affirmation de l'exception

¹ NAPOLEON (V.), « Delgamuukw – A Legal Straightjacket for Oral Histories? », *Can. J. of L. & Soc.*, 2005, vol. 20, n°2, pp.123-155.

² NAPOLEON (V.), *Ayook : Gitksan Legal Order, Law, and Legal Theory*, D. Ph., Law, U. of Victoria, 2009.

³ RIFKIN (M.), « Indigenizing Agamben. Rethinking Sovereignty », *op. cit.*, p. 89, (nous traduisons).

⁴ RIFKIN (M.), « Indigenizing Agamben. Rethinking Sovereignty », *op. cit.*, p. 90, (nous traduisons).

culturelle de l'autochtonité est, chaque fois, une rhétorique, autorisant une « performance de souveraineté. » C'est une rhétorique circulaire auto-validante : « une projection rétrospective générée par et dépendant de la **particularisation des peuples autochtones.** »¹ Cette « performance négative » de souveraineté permettant de rendre « visible » la réalisation de l'imaginaire juridique canadien, par la localisation des peuples autochtones sur un territoire, a été parfaitement démontrée par M. Valverde². Ce coefficient pluraliste fonctionne comme un « jeu de frontières de la souveraineté. » En effet, la création d'un titre aborigène par la reconnaissance de la spécificité distinctive de l'autochtonité crée une impression de fermeture par une ouverture culturelle, ce que Rifkin qualifie à juste titre de « production topologique d'une impression de fermeture. »³ Cette « territorialisation » de la souveraineté grâce au titre « assure un script métropolitique des termes politiques de la collectivité elle-même. »⁴

463. La régulation des revendications de titres aborigènes s'opère par une « géopolitique imaginaire de l'État colonial » : *Delgamuukw* fonctionne selon une logique de colonialisme implicite, cachée derrière une « affirmation postcoloniale. »⁵ *Delgamuukw* aurait ajouté deux obstacles à la démonstration d'un droit ancestral, tenant au caractère « fondamental » de la pratique ancestrale dans la détermination du lien substantiel au territoire, et la conciliation avec la « souveraineté, » de la Couronne du droit britannique⁶. Cette logique impérialiste implicite est une « nouvelle forme de colonialisme » à travers la territorialisation culturelle du titre aborigène : « le test de *Van der Peet* enchâsse un paternalisme européen car les cours du colonisateur ont pris le pouvoir de définir la nature et la signification des cultures autochtones. »⁷ *Delgamuukw* fonctionne comme « agencement culturel du territoire. » Il s'agit d'un agencement dans le fait de souligner la spécificité culturelle et juridique de l'autochtonie dont les frontières sont délimitées et régulées par la souveraineté. La reconnaissance pluraliste du titre aborigène n'est qu'une performance culturelle de la souveraineté créant une « illusion de fermeture. » L'homosocialité blanche « oriente » la promotion canadienne du *pluralisme*.

¹ RIFKIN (M.), « Indigenizing Agamben. Rethinking Sovereignty », *op. cit.*, p. 91, (nous soulignons et traduisons).

² VALVERDE (M.), « 'The Honour of the Crown is at Stake': Aboriginal Land Claims Litigation and the Epistemology of Sovereignty », *U.C. Irvine L.Rev.*, 2011, vol. 1, n°3, pp. 955-974, (nous traduisons).

³ RIFKIN (M.), « Indigenizing Agamben. Rethinking Sovereignty », *op. cit.*, p. 98.

⁴ RIFKIN (M.), « Indigenizing Agamben. Rethinking Sovereignty », *op. cit.*, p. 98, (nous soulignons et traduisons).

⁵ LI XIU WOO (G.), *Ghost Dancing at the Supreme Court of Canada. Indigenous Rights During the First Quarter Century of s.35 of Canada's Constitution Act, 1982*, LL.D., Université de Montréal, 2007.

⁶ BARSH (R.L.) and HENDERSON (J.Y.), « The Supreme Court's Van Der Peet trilogy », *op. cit.*, p. 998.

⁷ BARSH (R.L.) and HENDERSON (J.Y.), « The Supreme Court's Van Der Peet trilogy », *op. cit.*, p. 1002, (nous traduisons).

3- Le rejet du « peuple Corse » par le Conseil : l'homosocialité « à la française »

464. Si la France n'admet pas les « droits collectifs » et efface la différence au profit d'un universalisme républicain, elle partage, toutefois, un même coefficient pluraliste *homosocial*. L'homosocialité oriente « l'effacement » du pluralisme. Une telle logique se retrouve dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative à la notion de « peuple corse ». Dans cette décision de 1991¹, le Conseil était amené à contrôler la constitutionnalité de la loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse ; deux moyens tirés de l'inconstitutionnalité de la loi étaient soulevés : le premier, tiré de l'irrégularité de la procédure d'amendement, est écarté par le Conseil; le second, tiré de l'inconstitutionnalité matérielle, de plusieurs dispositions de la loi. Deux, retiennent l'attention. La première (art. 1^{er}) avait trait à la notion de « peuple Corse, » la seconde (art. 53 al 2), à l'enseignement de la langue et de la culture corses pendant le temps scolaire. Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires – l'ancien ministre de la justice, A. Peyrefitte, dira, d'ailleurs, qu'aucune décision du Conseil n'avait été aussi attendue. Cette décision est importante, car elle met en évidence le *problème identitaire* de la République. En effet, tout en assouplissant le principe d'identité institutionnelle² entre les collectivités territoriales – une forme de pluralisme institutionnel (*supra*), cette décision, dans le même temps, constitutionnalise « l'indifférenciation identitaire » des citoyens politiques³. Si cette décision est présentée comme un parangon de républicanisme, il n'y a, rien, de moins républicain, que cette décision, à notre sens. Il faut l'envisager, donc, avec ses *conséquences*.

465. Il s'agissait, tout d'abord, de la constitutionnalité du principe juridique de « peuple corse. » Dans son considérant 12, le Conseil consacre le principe *constitutionnel* de « peuple français. » L'art. 2, de la Constitution de 1958, rend inconstitutionnel la mention juridique de « peuple Corse; » la Constitution « ne connaît que le peuple français, composé de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » (consid. 12). Cet article est déclaré inconstitutionnel, mais le Conseil constitutionnel atténue les effets de sa décision, en séparant l'article 1^{er} du reste de la loi. Le Conseil confirmera cette solution dans sa décision sur la Charte européenne des langues régionales⁴ en rappelant, dans son considérant 5, le principe d'unicité du peuple français. Il s'agit, ensuite, au considérant 35, de l'art. 53 alinéa 2, relatif à l'insertion de la langue et de la culture corses dans le temps scolaire. Aussi (consid. 37), tant

¹ Décision n° 91-290 D.C. du 09 Mai 1991, *Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse, précitée*.

² ROUX (A.), « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *R.F.D.A.*, 1992, p. 435.

³ Voir *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, Statut de la Corse*, no. 22, p. 243.

⁴ Décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, précitée*.

que cet enseignement n'est pas rendu *obligatoire*, alors le législateur a le loisir d'autoriser la promotion de la langue et de la culture corses. Une solution similaire, liée au caractère non obligatoire de l'enseignement linguistique et culturel, a été adoptée par le Conseil, en 1996, sur la Polynésie : la langue officielle est le français, les langues polynésiennes ou tahitiennes sont enseignées à titre facultatif¹. Cette solution sera confirmée aussi en 2000 dans le cas de la Corse². Le « peuple français » étant un principe constitutionnel qui n'accepte aucun démembrement, la notion de « peuple corse » est inconstitutionnelle. Le Conseil confirme qu'il ne saurait y avoir de distinctions, entre les citoyens français, en raison de leurs « attaches » à un territoire particulier. Il le confirmera, dans une décision de 1993, sur la loi portant réforme du code de la nationalité³ La Nation demeure un « tout homogène » et il n'appartient ni au législateur, ni au Conseil d'intervenir, mais au pouvoir constituant dérivé.

466. Il s'agit de la première consécration *constitutionnelle* du caractère unitaire du peuple et c'est presque « par hasard » que le Conseil s'est prononcé sur la notion de « peuple corse. »⁴ En effet, sur la question du degré de particularisme institutionnel que pouvait admettre l'État français, le Conseil d'État avait déjà émis un avis défavorable (en octobre 1990) et la notion de « peuple corse, » suite à une motion de l'Assemblée de Corse qui l'ajoute à l'art. 1^{er} de la loi, ne devait se trouver que dans « l'exposé des motifs » du texte (à l'image de la décision de 1982⁵), Assemblée qui, d'ailleurs, réaffirmera son attachement à l'unité nationale, cherchant à clarifier l'art. 1^{er}. Le gouvernement arguera d'une commodité de langage et d'une simple valeur politique. Afin de constitutionnaliser ce caractère unitaire, le Conseil s'appuie tant sur les principes de la Déclaration de 1789, sur l'art. 2 de la Constitution (les principes d'unité et d'indivisibilité) et le principe de souveraineté, extrait du préambule de 1958, que sur une relecture historique des Constitutions. Le Conseil va faire état des « justifications » produites par les Constitutions, sans interroger, pour autant, leurs significations. L'argument historique est délicat lorsque le Conseil s'en tient à un rappel. Le « peuple » est placé « hors-du-temps » puisque la décision s'inscrit dans une vague idée de « continuité constitutionnelle. » L'unité du peuple est liée aux principes d'indivisibilité de l'État et d'égalité. Le caractère unitaire de

¹ Décision n° 96-373 D.C. du 09 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*, Rec. p. 43.

² Décision n° 2001-454 D.C. du 17 janvier 2001, *Loi relative à la Corse*, Rec. p. 70, spéc. voir les cons. 22 à 25.

³ Décision n° 93-321 D.C. du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, Rec. p. 196, cons. 25 sur l'indivisibilité.

⁴ GENEVOIS (B.), « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse. (À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 91-290 DC du 9 mai 1991) », *R.F.D.A.*, 1991, p. 407.

⁵ Décision n° 82-138 D.C. du 25 février 1982, *Loi portant statut particulier de la région de Corse*, Rec. p. 41.

l'État est assuré en plus de l'uniformité identitaire : l'unité assure l'égalité devant la loi et *vice versa*. Aussi, avec cette décision, le Conseil associe les notions de peuple et de citoyenneté¹.

467. Cette décision a été analysée comme le symbole d'un retour du Conseil constitutionnel aux valeurs républicaines² : l'unicité du peuple, l'impossibilité d'établir des catégories, et le rejet du communautarisme. A. Viola évoque « le symbole du conservatisme républicain de la Haute juridiction, »³ une refondation des valeurs en retrouvant l'héritage révolutionnaire⁴. *L'universalité* des citoyens écarte la possibilité d'un « éclatement » du peuple français, qui aurait conduit à un différentialisme de « races. » Aussi, le Conseil a « refusé d'ouvrir la boîte de Pandore, c'est-à-dire faire de la société française une juxtaposition de communautés objectivement constituées sur des bases ethniques, religieuses ou linguistiques. »⁵ La Nation n'existe, donc, pas sans l'État et, l'État-Nation, qui a vocation à l'universalité, est le lieu de *toute* liberté. Que se cache-t-il derrière cette « alchimie politique »⁶ qui veut que l'unité de l'État personnifie, en droit, l'uniformité de la Nation? Sans doute, la « République » n'est-elle pas « républicaine » puisque empêcher l'exclusion en luttant contre toute distinction conduit, paradoxalement, à valoriser une « identité » du peuple français, en le mettant hors de portée constitutionnelle d'une interrogation sur la domination. Dans le cadre tracé par la décision de 1991, le pluralisme, que le principe d'égalité peut soutenir, n'est pas un pluralisme identitaire, mais institutionnel – des spécificités locales – comme le démontrent la « conception française des discriminations positives » et le rejet de l'identité institutionnelle entre collectivités. Aussi, la notion d'identité est-elle « bloquée » par le Conseil constitutionnel et inaugure le problème de « l'homosocialité à la française » : une conception de la décentralisation qui permet des particularismes locaux, associée à une égalité juridique, qui empêche d'interroger « l'identité » du « peuple français. »⁷ Cette décision entraîne deux conséquences : le refus de reconnaître un statut officiel aux langues régionales, et celui de quelconque minorités⁸. Or, le Conseil ne produit-t-il pas ces minorités, si l'on s'intéresse à « l'identité » de la décision ?

468. La décision de 1991 fonctionne autour d'une dialectique institutionnel – identité qui va assurer un pluralisme institutionnel, en maintenant « l'identité » du peuple, décidé sur la base

¹ HOUTEER (C.), « Le Conseil constitutionnel et la notion de peuple corse », *L.P.A.*, 21 juin 1991, no. 74, p. 17. ETIEN (B.), « L'indivisibilité du peuple français et le nouveau statut de la Corse », *Rev. A.*, 1991, no. 261, pp. 234-238.

² VIMBERT (C.), *La jurisprudence française et la « tradition républicaine »*, L'Harmattan, Paris, 2014, pp. 61 et suivantes.

³ VIOLA (A.), *La notion de République*, *op. cit.*, p. 238.

⁴ FAVOREU (L.), « La décision Statut de la Corse du 9 mai 1991 », *R.F.D.C.*, 1991, p. 306 et voir p. 308.

⁵ PIERRÉ-CAPS (S.), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *R.S.A.M.O.*, 1990, no. 31, pp. 141-151 et spéc. p. 148.

⁶ PIERRÉ-CAPS (S.), « Karl Renner et l'État multinational. Contribution juridique à la solution d'imbroglios politiques contemporains », *Droit et Société*, 1994, n° 27, pp. 421-441, spéc. p. 429.

⁷ VIMBERT (C.), *La jurisprudence française et la « tradition républicaine »*, *op. cit.*, p. 71.

⁸ DE WITTE (B.), « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, 1991, no. 57, p. 116.

de l'art. 72 al 1^{er} de la Constitution : le législateur « peut ainsi doter certaines collectivités d'un statut spécial qui en fait des catégories à part de collectivités territoriales. »¹ De façon similaire, le Conseil, en distinguant « peuple français » et « peuples d'Outre-mer, » distinction régularisée en 2000 où le Conseil vise la notion de « populations, »² puis avec la révision de 2003 (à l'art. 72-3 de la Constitution), autorise une lecture *pluraliste* de l'unité de l'État, à la fois au niveau de la décentralisation administrative et au niveau des statuts en Outre-mer, et particulièrement en Nouvelle-Calédonie : un droit à *la différence statutaire*. Le législateur peut, ainsi, créer des collectivités locales *sui generis*, ou établir des distinctions au sein des collectivités³. Si ce territoire unitaire autorise une lecture pluraliste, le territoire devient, à la manière du titre ancestral, une « cage culturelle » puisque le Conseil universalise une certaine conception de « l'identité du peuple. » Cela se manifeste, d'une part, par le refus d'un statut officiel des langues régionales, rassurant « ceux qui veulent préserver un statut officiel à la langue française tout en décevant les défenseurs des cultures régionales. »⁴ Le Conseil vient, donc, écarter une reconnaissance d'un « pluralisme culturel, » ce qu'il confirmera en 1999.

469. Ainsi, si la Charte européenne confère « des droits spécifiques à des groupes de 'locuteurs' de langues régionales ou minoritaires, à l'intérieur de 'territoires' dans lesquels ces langues sont pratiquées, » ces dispositions sont contraires « aux principes constitutionnels d'indivisibilité de la République, d'égalité devant la loi et d'unicité du peuple français » (consid. 10). Aussi, le Conseil souligne dans son consid. 6 que « ces principes s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance. » Comme le note A. Viola, le Conseil a « également rejeté une revendication plus profonde qui voudrait en finir avec la logique républicaine et aller vers une reconnaissance des minorités. »⁵ Il s'agit de garantir, *égalité* devant la loi et *unité* de l'État⁶. Ce droit à la différence linguistique sera, toutefois, confirmée par une révision de juillet 2008, avec la valorisation du patrimoine national que sont les langues régionales ou minoritaires. Son statut contentieux est, cependant, incertain. Il est intéressant de noter que la révision de 1992 faisant du français la langue de la République (à l'art. 2) n'est que le résultat d'une « instrumentalisation » de l'identité afin d'assurer l'unité politique de l'État, comme le démontre A. Blanc : « la langue devient dès lors pour l'État qui

¹ « Statut de la Corse », *Les Grandes décisions*, op. cit., p. 257.

² Décision n° 2000-428 D.C. du 4 mai 2000, *Loi organisant une Consultation de la population de Mayotte*, Rec. p. 70, cons. 9 et 10.

³ ROULAND (N.) et alii (dir.), *Droits des minorités*, op. cit., p. 310 et suivantes, et spéc. p. 312.

⁴ HOUTEER (C.), « Conseil constitutionnel et », op. cit., p. 26.

⁵ VIOLA (A.), *La notion de République*, op. cit., p. 244.

⁶ BERTILE (V.), *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

s'en empare un enjeu du pouvoir politique, et son instrumentalisation par le droit un moyen de réalisation de l'unité. »¹ L'unité du pluralisme institutionnel est assurée en rendant l'identité de la République, *indisponible*. Aussi, comme envisager, ici, la « domination linguistique » ?

470. Cette « instrumentalisation de l'identité, » d'autre part, visant à assurer « l'unité identitaire » de l'État – « l'identité » au même titre que les autres attributs de la souveraineté est « indisponible » – est caractéristique dans la décision de 1991 d'un deuxième versant de l'homosocialité, qu'est le rejet de toute notion de « droit collectifs » ou de « minorités. » Il est bien évident que l'unité de l'État assurée par la langue française crée, en elle-même et par conséquent, des minorités, par *l'orientation* identitaire de la souveraineté qui est universalisée à travers la citoyenneté et l'article 2 de la Constitution. « L'homosocialité à la française » vise à rendre indisponible l'identité de l'État – qui en tant que telle doit assurer la liberté et la lutte contre la domination – à la naturaliser et à l'universaliser : on s'attend à la retrouver chez tous les citoyens. Elle est, à l'image du pluralisme canadien, « l'orientation phénoménologique » organisant la régulation des corps, dans l'espace public. Cette orientation se caractérise par le refus de la notion de « minorité, » confirmée en 1999. Aussi, le Conseil avait-il confirmé en 2004 que la Constitution s'oppose « à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe que ce soit » et toute forme d'accommodement basée sur l'identité religieuse². En effet, l'exercice des droits fondamentaux ne saurait être fragmenté, ce que le Conseil a reconnu en 1985 sur l'ensemble du territoire de la République³. La décision de 1991 écarte, donc, toute application de l'article 27 du Pacte des Nations Unies, relative à la reconnaissance des minorités. Alors, elle a « fondamentalement rejeté l'existence de tout corps intermédiaire (quelle que soit la terminologie utilisée) entre le citoyen et le peuple, universalité de tous les citoyens. »⁴ Quelle est l'identité de la citoyenneté faisant du territoire une *cage culturelle* ?

471. L'enjeu de la décision de 1991 n'est pas, en effet, le rejet de la notion de « minorité » ou de « droits collectifs. » L'enjeu est, proprement, de déterminer l'identité universalisée avec la référence constitutionnelle au « peuple français. » Cette orientation identitaire du peuple est bien ce qui produit de l'exclusion : l'homosocialité est associée à une ou des identités. Aussi, la décision de 1991 est à lire en complémentarité avec deux autres décisions : la décision dite

¹ BLANC (A.), *La langue du Roi est le français. Essai sur la construction juridique d'un principe d'unicité de langue de l'État royal (842-1789)*, L'Harmattan, Paris, 2010, spéc. pp. 19-22 pour les relations théoriques entre langue(s) et pouvoir.

² Décision n° 2004-505 D.C. du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, considér. 16.

³ Décision n° 84-185 D.C. du 18 janvier 1985, *Loi portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36, cons. 18.

⁴ VIOLA (A.), *La notion de République*, op. cit., p. 245.

« quotas par sexe » de 1982¹ et la décision de 2007 sur le contrôle de l'immigration². Cette décision de 1982 réaffirme l'idéologie républicaine de l'homme *indifférencié*, au détriment de l'homme *situé*, dans la continuité des principes révolutionnaires et tel que le confirme l'article 1^{er} de la Constitution de 1958. Cette décision touchait au droit électoral, et au fondement de la citoyenneté, au point où le Conseil a soulevé d'office la question : la limitation à 75% d'un même sexe sur les listes présentées aux élections municipales est une atteinte aux dogmes de l'unité et de l'homogénéité des citoyens. Le Conseil défend une conception universaliste de la citoyenneté : il n'y a pas d'essence « femme » ou « homme. » Ce sera le pouvoir constituant dérivé, une nouvelle fois, qui viendra modifier la Constitution en juin 1999 pour contrecarrer la décision du Conseil. Or, si l'on rappelle que la citoyenneté est fondamentalement orientée vers une norme masculine (*supra*), alors « l'universalisation » de la citoyenneté, en 1982, est l'universalisation d'une orientation masculine, rendue *intangibile*, alors, par le Conseil. Une remarque similaire peut être apportée à propos de la décision de 2007, sur le contrôle de l'immigration, où le Conseil rappelle que « le législateur ne saurait, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines personnes à des règles spéciales et dérogatoires d'état civil. »

472. Selon les commentaires aux *Cahiers*, « le Conseil veille au respect des principes annoncés dans la Déclaration de 1789 qui interdisent tout communautarisme. » Toutefois, on peut se demander où placer la limite entre interdire une discrimination stéréotypée et limiter toute interrogation critique sur le « peuple » français comme « performance culturelle. » La remarque s'applique à la jurisprudence du Conseil relative aux statistiques ethniques. En effet, empêcher de « faire la différence, » c'est aussi, effacer toute critique de la différence. Et M. Möschel le note distinctement, commentant cette décision avec les outils des *Critical Race Theories*³. Le Conseil combine, une nouvelle fois, indivisibilité et égalité de sorte à écarter toute interrogation sur « l'identité » du peuple, de même qu'il établit une distinction délicate entre données objectives et données subjectives qui pourraient être utilisées comme critères de distinction par le législateur. Cette distinction repose très largement sur les présuppositions du Conseil – ses *orientations*. Le Conseil écartera tout programme de discriminations positives qui seraient fondées sur ces distinctions subjectives (cette conception française⁴) et en même temps, écarte tout programme qui viendrait tenter d'évaluer l'étendue des discriminations sur

¹ Décision n° 82-146 D.C. du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes*, *Rec.* p. 66, cons. 7 et 8.

² Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, *Rec.* p. 360, cons. 29.

³ MÖSCHEL (M.), « *Race Judicata*: The Ban on the Use of Ethnic and Racial Statistics in France », *Eur. Const. L.Rev.*, 2009, vol. 5, no. 2, pp. 197-217.

⁴ LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, no. 111, pp. 55-71, p. 58.

le sol français. Le Conseil assume donc ici aussi, une certaine identité « objective » du peuple, en écartant tout critère racial ou ethnique, associée à une conception territoriale du pluralisme¹. Comme dans le cas canadien, « l'ascendant blanc » n'est pas une « hypothèse » que d'école.

473. Le territoire français est une « demeure nationale » et une « performance culturelle. » Cette décision est très différente de celle de la Cour suprême qui reconnaît l'existence de territoires autochtones et de droits collectifs. Cela étant, le Conseil fonctionne, aussi, par une « territorialisation » du territoire, mais cette fois par une disparition de la différence au profit d'une universalisation de l'idéal républicain. Dans cette décision française, l'universalisation du territoire est liée à l'universalisation du peuple, associant indivisibilité du territoire, unité de l'État et du peuple, égalité et citoyenneté. La différence est donc effacée et l'homosocialité à la française dérive de l'universalisation d'un « peuple français » dont l'identité est rendue indisponible – attribut de la souveraineté – et protégée par les articles 1 et 2 de la Constitution de 1958. Le peuple n'admet pas de démembrement et son orientation identitaire universalisée. Le pluralisme institutionnel – la conception française de l'égalité territoriale – est unifié par une représentation du peuple. Le Conseil procède à une dépolitisation de l'identité Corse, tout en permettant son expression infra-constitutionnelle. Si dans le cas canadien, le territoire est une « cage culturelle » en soulignant la différence pour performer la souveraineté, dans le cas du peuple corse, il s'agit de performer la souveraineté en effaçant la différence. Il s'agit, dans les deux cas, d'une *performance culturelle* : les frontières de la souveraineté sont maintenues par une *impression de fermeture*, s'agit-il de l'orthodoxie républicaine en France, s'agit-il de la régulation culturelle de l'identité autochtone dans le cas canadien. *Souligne-t-on ou efface-t-on la différence, on fait la différence, et cette différence est subie par l'Autre homosocial. Or comment être adoubé par un principe républicain de non-domination, si l'exclusion est subie ?*

¹ La question délicate des statistiques ethniques demanderait à faire l'objet de développements plus importants dans la perspective de la démonstration d'un ascendant blanc dans la jurisprudence constitutionnelle française. En effet, la loi sur la CNIL de 1978 et modifiée en 2004 afin de tenir compte d'une directive communautaire de 1995 sur ces statistiques, n'empêche pas toute étude statistique. Si son article 8-I punit en renvoyant à l'article 226-19 C. Pénal toute étude discriminatoire, les articles suivants prévoient expressément des exceptions à cette interdiction (nature de l'organisme, respect de l'anonymat, finalité de l'étude, respect du consentement etc). Aussi, une étude des statistiques ethniques n'est pas impossible dans les limites de l'autorisation donnée par la CNIL. Il suffira non de classer les sondés sur la base d'un critère interdit, mais d'interroger le ressenti de l'appartenance et le ressenti de la discrimination, subjectifs. Cela étant, même si ces études statistiques permettent d'apprécier la situation discriminatoire des français d'origine étrangère ou de seconde génération, cet état du droit empêche toute étude relative à la race, respectant en cela l'article 1^{er} de la Constitution de 1958. Partant, la critique de cette jurisprudence porte sur la difficulté à évaluer la discrimination raciale. Cela dit, la question des statistiques est délicate, même en écartant les critiques liées à la réification ou au caractère performatif des études, lorsque ces études conduisent à structurer une identité publique ou politique, comme ce qui a été le cas en France après les émeutes de 2005 avec le C.R.A.N. Se pose alors le problème de la réitération d'une identité traumatique fondée sur l'expérience négative de la discrimination, mais aussi le problème de la violence épistémique, au sens de Gayatri Spivak, d'un tel captage politique : parler *au nom* d'une communauté faisant fi du pluralisme interne.

§ 2 - « R. c. N.S. C. 2010-613 DC » : LIBERTÉ CULTURELLE DE RELIGION ET « PATRIARCALISME »

474. La première affaire a été jugée par la Cour d'appel de l'Ontario en décembre 2010¹, a fait l'objet d'une autorisation d'appel et d'une audition devant la Cour suprême du Canada (8 déc. 2011) ; cette dernière a rendu sa décision confirmant pour partie la Cour d'appel de l'Ontario le 20 décembre 2012². Il s'agit, en l'espèce, d'un conflit entre la liberté de religion d'un témoin à un procès demandant à pouvoir porter le *niqab* lors d'une audience criminelle – lors de l'examen croisé de la crédibilité – et les droits constitutionnels à un procès équitable en matière criminelle, droits protégés par la Charte. La seconde a été rendue par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* en 2010 ; était soumise à son contrôle la *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*³. La Cour de cassation a, en audience plénière, d'ailleurs récemment écarté la requête de Mme X, visant à faire annuler la décision de la Cour d'appel de Paris qui avait confirmé le liencement pour faute grave de la requérante après plusieurs refus d'obtempérer au retrait du voile et ce en contrariété avec le règlement intérieur de l'Association Baby-Loup⁴. La possibilité d'un accommodement religieux est écartée. De la même manière, la Cour européenne des droits de l'homme est venue, aussi récemment, confirmer le dispositif de la loi française de 2010⁵.

475. La controverse autour du *niqab* traduit un vecteur spécifique de pluralisme qu'il est possible de qualifier de liberté culturelle (A). Si la ratio de ces deux décisions paraît opposée – accommodement du *niqab* au Canada, refus en France – il faut se garder, toutefois, d'une comparaison trop rapide. L'une comme l'autre de ces décisions territorialisent la religion – l'Islam – par une interprétation en termes d'égalité substantielle, et plus spécifiquement d'une égalité des genres⁶. Sécularité ne rime pas avec neutralité. Si ces décisions partagent un même principe normatif d'agencement de la sécularité, ce dernier se réalise différemment au sein des deux juridictions : le *niqab* est marqué différemment, et les corps des femmes sont agencés, eux aussi, différemment (B). L'égalité rhétorique inscrit la problématique identitaire au cœur même des libertés (négatives), en en faisant, dès lors, des « libertés culturelles. »

¹ R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670 (CanLII).

² R. c. N.S., [2012] 3 R.C.S. 726.

³ Décision n° 2010-613 D.C. du 07 Octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276.

⁴ C.Cass., Ass. Plén., arrêt n°612, 25 juin 2014.

⁵ C.E.D.H., *S.A.S. c/ France*, 1^{er} juillet 2014, req. n°43/835/11. Grieffs tirés de la violation des articles 8, 9, 10 et 14 écartés par la Cour.

⁶ SHACHAR (A.), « Religion, State, and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies », *McGill L.J.*, 2005, vol. 50, pp. 49-88.

A- La « liberté culturelle » comme vecteur canadien de pluralisme juridique

476. La décision canadienne procéderait d'une interprétation égalitaire venant identitariser la liberté négative, droit à. Ce principe se réalise par un vecteur spécifique au droit canadien. Le vecteur de pluralisme peut être qualifié de « liberté culturelle. » Il s'agit d'une liberté qui présente une dimension collective (1). La liberté de religion est topique en droit canadien (2). L'origine de la « liberté culturelle » se trouve dans l'effet ancillaire matériel de l'égalité qui constituant le cadre interprétatif des libertés fondamentales contribue non seulement à faire de ces dernières des vecteurs de pluralisme, mais à les ancrer dans la problématique identitaire.

1- « Liberté culturelle » et « libéralisme juridique » : quelle(s) conciliation(s) ?

477. Le vecteur juridique de liberté culturelle doit être compris comme un vecteur double. Il s'agit, d'une part, de la notion même de *liberté culturelle* et, d'autre part, de la *limitation constitutionnelle* à cette liberté. Le pluralisme « transite » doublement. Ces libertés culturelles sont un vecteur de pluralisme juridique et culturel¹, à la fois dans la définition judiciaire du champ de protection accordée à leur objet – ou bien collectif moralement acceptable – et dans les modalités de justification d'une limitation à un droit qui est constitutionnellement protégé.

a- La liberté collective/culturelle et le libéralisme : une justification égalitariste

478. **Définition.** Il faut faire une distinction entre la liberté *collective* et la liberté *culturelle*. La *liberté collective* est une liberté individuelle qui peut avoir pour finalité la promotion d'une identité de groupe comme s'agissant des communautés religieuses. La *liberté culturelle* est une liberté individuelle qui s'inscrit dans un contexte culturel qui promeut *explicitement* les appartenances concrètes et le pluralisme. La liberté de religion, par exemple, serait en France une liberté collective, alors qu'elle est une liberté culturelle au Canada. La *liberté culturelle* fait partie, selon P. Häberle, des caractéristiques particulières d'un *État constitutionnel*², dont le pluralisme est « l'élixir de vie. »³ Le résultat de la liberté culturelle est de protéger la

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada », *op. cit.*, p. 215.

² HÄBERLE (P.), *L'État constitutionnel*, *op. cit.*, 2004, pp. 150-155.

³ HÄBERLE (P.), *L'État constitutionnel*, *op. cit.*, 2004, p. 163.

culture d'un groupe auquel l'individu appartient, et d'inscrire la culture constitutionnelle dans un espace culturel qui sert, par ailleurs, à limiter le champ d'expression de la liberté.

479. Ainsi, la liberté culturelle est une liberté collective, c'est-à-dire une liberté garantie à l'individu par une Charte des droits, mais qui présente des dimensions collectives. La liberté est justifiée, d'un point de vue normatif par la défense de la culture. On observe une double tension : d'une part, entre la culture de l'individu particulier et la culture de la nation, et, d'autre part, entre l'orientation vers la culture et l'orientation normative vers la culture. En effet, « la culture est l'objet tant de la liberté de l'individu particulier et dans le particulier que de **la liberté comme situation globale** d'un peuple. »¹ La cristallisation culturelle est le passage d'une liberté « potentielle » à une liberté réalisée, prise entre l'individuel et le collectif. Si la liberté est le produit d'une culture, cette orientation conduit à la production d'un « autre » univers culturel. Cette dimension culturelle est ici un vecteur de pluralisme. La liberté culturelle est le support de droits fondamentaux respectant la culture des citoyens.

480. L'égalité rhétorique. On peut en trouver une justification chez J. Raz. L'égalitarisme n'est pas directement un droit à l'égalité, mais il est un ensemble de principes qui vient établir des droits ou « principes of entitlement. »² Cela n'est rien moins qu'un principe de théorie politique « mettant de l'avant un droit au respect et à la considération, et non un droit à l'égalité. »³ C'est ce que Raz qualifie *d'égalité rhétorique* : une interprétation égalitarienne des droits et libertés comme théorie normative. Ce principe est impliqué par une inégalité de distribution des richesses et de l'intérêt à ce qu'un maximum de personnes puisse également bénéficier de ces droits, tout en rappelant que la perspective est celle morale d'un libéralisme perfectionniste cherchant à promouvoir l'autonomie personnelle. L'égalité rhétorique n'est pas directement un droit à l'égalité : c'est l'invocation de l'égalité qui permet de promouvoir la cause de ceux qui se reconnaissent dans des principes distincts et par ailleurs valides. Ces principes sont réunis sous le titre égalité de respect et d'intérêt et « égalité de respect et de considération traduisent plus que l'idée que tous les êtres humains sont des sujets moraux. »⁴

481. Ces évocations de l'égalité ne sont pas destinées à accroître l'égalité, mais à reconnaître l'égalité de valeur de chaque être humain. L'égalité sert, alors, à la promotion d'autres

¹ HÄBERLE (P.), *L'État constitutionnel*, op. cit., 2004, p. 150, (nous soulignons).

² RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, op. cit., 1986, p. 217.

³ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, op. cit., 1986, p. 220, (nous traduisons).

⁴ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, op. cit., 1986, pp. 228-229, (nous traduisons).

principes. Ainsi que Raz le note clairement, « dans toutes ces situations le préjudice est autre que l'inégalité et l'action à prendre ne vise pas à assurer l'égalité, mais d'autres biens collectifs. »¹ L'égalité n'est que le résultat connexe de la réalisation d'un autre bien jugé moralement important. L'égalité rhétorique permet de venir soutenir la promotion de ces principes et, à ce titre, la liberté collective : en fondant cette liberté sur des considérations égalitaires, cette référence normative permet la garantie de cette liberté dans la mesure où elle permet la réalisation de principes et bien communs². L'égalité rhétorique vient protéger ce qui est valorisé en tant que bien commun, pour des raisons indépendantes et, qui ne peuvent faire l'objet d'une évaluation. C'est, précisément, sur ce point qu'apparaît, sur le plan de la justification normative, la distinction entre la liberté collective et la liberté culturelle. Dans la seconde, l'égalité vient soutenir une valeur morale explicite de pluralisme : la pluralité des cultures est valorisée *per se* et non au titre de l'autonomie et de l'évaluation personnelles.

482. Toutefois, il faut ajouter que si l'autonomie personnelle implique un pluralisme des valeurs sur ce qui constitue un bien à rechercher, cela n'implique pas que l'égalité rhétorique puisse venir soutenir n'importe quelle revendication. L'égalité n'est pas d'abord protégée car elle a une influence sur le résultat, mais parce que le résultat est d'abord jugé *bon*. Cela peut être le cas de la liberté religieuse, protégée en raison de ce que les communautés religieuses constituent un *bon* contexte d'expression de sa liberté, pour un individu. L'effet du principe d'égalité et la protection du bien collectif dépendra du jugement social sur la qualité morale de ce « bien. » Au même titre que la protection des droits de groupe, la protection de la liberté collective est justifiée afin de garantir l'autonomie personnelle des individus qui s'identifient publiquement avec un « bien collectif. » Cette autonomie sera limitée lorsque le bien collectif mettra en danger un bien « public » (*public good*). Une charte constitutionnelle protège des libertés individuelles, et elle protège l'égalité de ces individus à chercher l'accomplissement d'un certain bien collectif, tant que ce dernier sera jugé moralement compatible avec le bien public – il s'agit du test prévu par l'article 1^{er} de la Charte canadienne (voir *infra*).

483. La différence, entre liberté collective et culturelle, est marquée une nouvelle fois, sur le plan de la justification à la protection de cette liberté. Raz vise la liberté collective lorsqu'il explique que certains droits assurent la protection institutionnelle formelle ou informelle de

¹ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, 1986, p. 229, (nous traduisons).

² RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, p. 240: La question ne porte pas sur l'inégalité ou sur la comparaison comme dans le cas du droit à l'égalité, mais sur l'égalité de respect ou d'intérêt, pour la protection de ce bien commun : « equality is said to matter where it affects what is valued for independent reasons ; it matters only because what is to be discriminated is valuable for independent reasons. »

biens collectifs : « ils protègent ces biens collectifs attendu qu'un dommage qui leur serait causé met en danger les intérêts de certains individus identifiables. » Il précise « cela explique pourquoi la protection de ces biens collectifs relève de droits individuels. »¹ Une liberté devient « un droit à » la protection d'un bien collectif lorsque sa non-protection causerait un dommage à l'agent, *i.e.* à son autonomie personnelle. La justification est autre, dans le cadre de la liberté culturelle, puisque l'on défend cette liberté en tant que droit à sa culture, afin de respecter le pluralisme culturel. La justification de l'égalité rhétorique fait passer une liberté individuelle à *un droit à*, dans la tension de l'individuel et du collectif. L'égalité rhétorique modifie la distinction entre liberté et droit. La liberté collective est envisagée au sein d'une tradition libérale au titre de « l'autonomie personnelle » de l'agent.

484. L'on peut conclure au terme de cette exploration sur quatre points distincts : **(1)** avec cette égalité rhétorique, c'est l'individu qui bénéficie au titre d'une liberté protégée, d'un droit à la protection d'un bien collectif, traduisant la dimension individualiste des Chartes et la promotion libérale de l'autonomie personnelle ; **(2)** le décideur judiciaire décide du champ de l'objet du bien collectif qui sera protégé et cette délimitation rejaillit sur la portée de la protection accordée à la liberté individuelle ; **(3)** le décideur judiciaire justifie la limitation à ces libertés ou droits protégés en se plaçant sur l'objet du bien collectif, un vecteur de régulation du pluralisme *accepté* ; **(4)** enfin, le champ de l'objet du bien collectif, qui sera protégé ou limité, dépend étroitement de l'état *moral* de la société, donc de son orientation *identitaire*, ce qui l'insère dans la dialectique « identité individuelle » / « identité nationale. »

b- La liberté culturelle : « interprétation » et « limitation » pluralistes

485. Exemple. Ces éléments se retrouvent dans la décision éclatée *R. c. Holmes* de 1988 (sur le respect de la présomption d'innocence), lorsque le juge en chef Dickson rappelle que « le principe fondamental de l'examen judiciaire aux termes de la *Charte* porte sur le fait que la magistrature est chargée de veiller à ce que les législateurs ne portent pas atteinte d'une manière injustifiable à certains intérêts individuels et collectifs fondamentaux au nom d'un plus large intérêt commun. »² La protection d'un droit ou d'une liberté fondamentale, lors d'un examen judiciaire de constitutionnalité, vise à la protection possible d'un intérêt collectif potentiellement soutenu par cette liberté, en tant que cette défense est articulée à la promotion

¹ RAZ (J.), *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, 1986, p. 258, (nous traduisons).

² *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, au §36.

d'une culture plus large : une société libre et démocratique. Aussi « les libertés fondamentales servent aussi de tremplins pour des revendications culturelles. »¹ C'est le cas de la liberté de religion, des droits linguistiques, de la liberté d'association ou de la liberté d'expression².

486. Chacun de ces droits et libertés peut prendre une dimension groupale, et servir de vecteur à la promotion d'un pluralisme culturel. Cette dimension se retrouve aux trois moments distincts de l'analyse d'un droit garanti par la Charte : l'objet du droit, la méthode d'interprétation du droit, la limitation de ce droit. La promotion de la différence culturelle est liée tant à la préservation de l'autonomie personnelle qu'à la promotion d'une citoyenneté identitaire : « le principe de multiculturalisme crée une obligation d'accommoder la différence culturelle assurant la participation entière des minorités culturelles à la société canadienne. »³ Les juges Cory et Iacobucci écrivent de ce fait, dans une opinion dissidente sous la décision *Zundel* de la Cour suprême de 1992 relative à la liberté d'expression et au négationnisme, que le multiculturalisme « reconnaît que tous les groupes ethniques ont droit à la reconnaissance et à une protection égale, » précisant un peu plus loin que « les gens doivent pouvoir être fiers de leurs racines, de leur religion, et de leur culture. C'est seulement alors que les personnes de toute race, couleur, religion et nationalité pourront avoir la certitude qu'elles sont vraiment égales à tous les autres Canadiens. »⁴ Un exemple topique en est *la liberté d'expression*.

487. La liberté d'expression est protégée au titre des libertés fondamentales par l'article 2b) qui dispose que « chacun a les libertés fondamentales suivantes : b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de télécommunication. » Dans la tradition du libéralisme, il s'agit d'une liberté *négative*, dont le titulaire est l'individu, en tant qu'individu, pouvant en faire reconnaître la violation, par la puissance publique. Dans sa décision *Irwin Toy*⁵, la Cour suprême rappelle qu'il faut donner une interprétation large et fondée sur son objet, à la liberté d'expression. Tel que la Cour l'a rappelé à de nombreuses reprises, la liberté d'expression constitue l'essence de l'idée démocratique, avant l'enchâssement de la Charte⁶, comme après, et dans les termes du juge Cory en 1989 : « il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity », *op. cit.*, p. 220, (nous traduisons).

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et PINARD (D.), « Les minorités en droit public canadien », *op. cit.*, pp. 220-225.

³ MAGNET (J.E.), « Multiculturalism and Collective Rights », *op. cit.*, p. 1317, (nous traduisons).

⁴ Juges Cory et Iacobucci, dissidence sous *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux pp. 817-818.

⁵ *Irwin Toy Ltd c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁶ *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100 ; *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

liberté d'expression dans une société démocratique. »¹ Ce fut le cas, dans les décisions sur la propagande haineuse comme *Keegstra* où le juge en chef Dickson rappelle que sa protection est liée à ce que l'expression sert la promotion de valeurs individuelles comme collectives².

488. Dans sa décision *Ford*, la Cour suprême avait rappelé, à l'intersection du caractère collectif et culturel des droits linguistiques, que la liberté d'expression ne pouvait être restreinte à l'expression politique, n'étant que l'une des formes « d'expression dans la grande diversité des types d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir **certaines valeurs individuelles et collectives** dans une société libre et démocratique. »³ Toujours dans un cadre d'autonomie personnelle, il s'agit de protéger un large spectre d'options identitaires collectives pour l'individu. Dans sa décision *Irwin Toy*, la Cour rappelle les valeurs constitutionnelles qui sous-tendent la protection constitutionnelle de la liberté d'expression : « la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérance, même accueillante. »⁴ Cette liberté est dite fondamentale parce qu'elle est nécessaire à la réalisation de *l'autonomie individuelle*. Aussi, objets et finalités de la liberté d'expression seront évalués dans les zones grises de la théorie libérale, qui lui donne son contexte interprétatif général.

489. La dimension collective, en tant que finalité protégée de la liberté d'expression, trouve plusieurs sources de justifications juridiques dans la jurisprudence de la Cour suprême, et tient particulièrement à deux éléments : une méthode *contextuelle* d'analyse, ainsi qu'un paradigme *égalitariste*. Ces éléments peuvent, lorsqu'on y ajoute la protection de l'autonomie et la contribution à la société canadienne, être reliés à la notion d'égalité rhétorique. Ces valeurs seront prises en compte lorsque la Cour évaluera la *raisonnabilité* d'une restriction à la liberté d'expression, visant notamment le multiculturalisme. L'égalité devient le principe directeur « d'orientation » de la Charte : « sa mise en œuvre exige une vision systématique des problématiques sociales. »⁵ La vulnérabilité sociale, d'un groupe, peut venir justifier la protection, comme la limitation d'une liberté individuelle : ainsi la Cour est-elle venue limiter la liberté d'expression, en raison de la vulnérabilité des *enfants*, dans sa décision *Irwin Toy*.

¹ Juge Cory dans *Edmonton Journal c. Alberta (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336.

² *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 727.

³ *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712, au §54 (nous soulignons).

⁴ *Irwin Toy Ltd c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 976.

⁵ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Presses de l'Université Laval et Liber, Québec et Montréal, 1996, p. 173.

490. La mesure de limitation à la liberté d'expression doit répondre d'un besoin urgent et réel : « la préoccupation est de protéger **un groupe qui est particulièrement vulnérable** aux nombreuses techniques de séduction et de manipulation de la publicité. »¹ La Cour précise, d'ailleurs, que le législateur n'était pas tenu d'identifier le groupe le plus clairement vulnérable, mais « seulement d'exercer un jugement raisonnable dans l'identification du groupe vulnérable. »² Il s'agit d'une ouverture, assez nette, de la Cour, à l'extension de la « vulnérabilité de groupe. » Partant, dans la mesure où de nombreux groupes peuvent venir qualifier cette vulnérabilité, « leurs revendications remettent en question la conception négative de la liberté d'expression ainsi que la prééminence traditionnelle de cette liberté sur l'égalité. »³ La liberté d'expression, liberté individuelle et négative par excellence, peut alors présenter une dimension groupale ou collective qui est, précisément, prise en compte dans la protection ou la limitation de cette liberté. La propagande haineuse pouvant avoir pour cible un « groupe identifiable, » la spécificité canadienne en matière d'expression provient de ce double apport, de l'égalité et de l'analyse contextuelle, qui visent à évaluer l'impact de l'expression sur un groupe identifiable, et sur son « statut » au sein de la société canadienne.

491. Interprétation. Une perspective égalitariste sur les libertés négatives protégées par la Charte conduit à plusieurs contraintes interprétatives : une perspective identitaire et groupale, d'autonomie personnelle et de non domination ; une analyse de la vulnérabilité sociale d'un groupe identifiable ; une analyse contextuelle de la liberté individuelle. En ce sens, une liberté négative devient un « droit à » la protection de son identité de groupe, jugé vulnérable, et devient, alors, un vecteur de pluralisme dont les limites sont tracées par le juge, même si ce dernier laisse souvent au législateur le soin d'intervenir en matière identitaire. C'est une perspective qui a avait été évoquée par la Cour dans sa décision *Schachter* de 1992 : « d'autres droits seront davantage de la nature de droits 'négatifs', visant simplement à restreindre l'action gouvernementale. Toutefois, même dans ces cas, **les droits peuvent avoir certains aspects positifs.** »⁴ Au lieu d'évoquer une transformation de la liberté négative, il est plus correct d'établir « un aspect collectif. » C'est une perspective d'égalité rhétorique qui a transformé la nature de la liberté fondamentale en lui adjoignant une dimension implicite de « droit à » la protection d'intérêts collectifs, au titre de « l'autonomie individuelle » et de la « participation égalitaire » à l'espace public. L'égalité rhétorique transforme, donc, dans une

¹ *Irwin Toy Ltd, précitée*, à la p. 67, (nous soulignons).

² *Irwin Toy Ltd, précitée*, à la p. 70.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, op. cit., 1996, p. 175.

⁴ *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, (nous soulignons).

certaine mesure, la liberté négative en favorisant une finalité groupale. La différence entre une liberté collective et une liberté culturelle, provient de ce qu'explicitement le multiculturalisme est visé, comme « contexte identitaire d'interprétation » de ces libertés négatives. L'égalité rhétorique est le contexte axiologique de justification d'une dimension groupale, des libertés.

492. Ainsi, une lecture groupale d'une liberté négative doit être accompagnée d'une analyse de son principe d'interprétation – le multiculturalisme – et de la justification à sa restriction. La Charte doit être interprétée selon son héritage multiculturel : la liberté collective est une « liberté culturelle » dans le contexte de la Charte canadienne. En effet, la protection de cette dimension collective est liée au multiculturalisme comme principe d'interprétation. Tel qu'en dispose l'article 27 de la Charte: « toute interprétation de la présente Charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. » Selon F. Bhabha, si la Charte s'inscrit dans un paradigme libéral, l'article 27 présente le potentiel d'aller au-delà, vers un cadre d'analyse institutionnel¹. En effet, cette disposition suggère un contexte normatif au sein duquel la diversité culturelle et le pluralisme feraient partis d'un héritage commun spécifiquement canadien. Le multiculturalisme, visé par cette disposition, est pluraliste et non pas particulariste, puisqu'il vise l'inclusion égalitaire au sein de la société canadienne et non pas le séparatisme : « le langage de l'art. 27 implique que la spécificité culturelle de chaque personne ou groupe est un élément constitutif de l'héritage collectif des Canadiens plus qu'un ensemble de poches de communautés déconnectées. »²

493. Afin de lui donner un contenu substantiel, il faut lire cette disposition dans le cadre du principe non écrit relatif à la protection des minorités, dégagé par la Cour suprême dans son *Renvoi sur la Sécession du Québec*³, ainsi que la triple dimensionnalité du multiculturalisme dégagée dans sa décision *Zundel*. Dans son *Renvoi sur la Sécession*, la Cour suprême dégage quatre principes non écrits venant irriguer la Constitution: « ces principes inspirent et nourrissent le texte de la Constitution : ils en sont les prémisses inexprimées. »⁴ Ces principes doivent être interprétés en symbiose : ils en sont la « force vitale, » la structure interne. À ce titre, la Cour souligne la protection des minorités⁵ qui est une dimension structurante depuis la Confédération de 1867. Dans son arrêt *Zundel*, la Cour souligne trois dimensions du multiculturalisme : la reconnaissance et la protection des groupes ethniques, l'avancement de

¹ BHABHA (F.), « Between Exclusion and Assimilation », *op. cit.*, p. 52.

² BHABHA (F.), « Between Exclusion and Assimilation », *op. cit.*, p. 53, (nous traduisons).

³ *Renvoi relatif à la Sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, au §32.

⁴ *Renvoi relatif à la Sécession du Québec, précitée*, au §49.

⁵ *Renvoi relatif à la Sécession du Québec, précitée*, aux §79-82.

la dignité individuelle, la promotion de la société comme un tout. L'on retrouve tant le principe d'autonomie personnelle, que la tension démocratique entre l'individu et le groupe. La protection du groupe est avancée à travers l'autonomie personnelle de l'agent sans que cette protection ne conduise à une autonomie du groupe. C'est un principe que l'on peut qualifier de non-domination et de participation à l'espace public égalitaire.

494. Le principe d'interprétation multiculturelle protégé par l'article 27 est un principe ancillaire, *i.e.* il contribue à interpréter n'importe quel droit ou liberté dans le but de favoriser cette reconnaissance. Toutefois, l'absence d'accord sur la signification du multiculturalisme permet un large spectre d'interprétations, « imaginatives, polymorphes et innombrables. »¹ J. Magnet note que dans la décision *Edwards Books*², pas moins de trois interprétations du multiculturalisme sont mobilisées par la Cour au titre de l'art. 27. Par ailleurs, l'art. 27 ne confère en lui-même aucun droit substantiel ; il n'est qu'un principe d'interprétation. Ainsi que l'a précisé la Cour fédérale en 1994, « il ne s'agit pas non plus d'une disposition de droit substantiel qui peut être violée. Étant donné que l'art. 27 ne protège pas un droit ou une liberté en particulier, qu'il n'est pertinent que pour faciliter l'interprétation, il ne doit pas être plaidé comme il l'a été. »³ Par ailleurs, l'art. 27 « ne joue aucun rôle dans la délimitation du contenu intrinsèque des droits et libertés garantis dans la Charte. »⁴ La Cour renvoie cette délimitation, partant, à une analyse fondée sur l'article 1^{er} de la Charte ou limite à un droit.

495. Le principe de multiculturalisme n'est-il pas une source de droit substantiel ni non plus couramment cité *per se*, il est, toutefois, de première importance dans l'interprétation des droits et libertés garantis par la Charte, puisque tout en permettant la protection d'un intérêt collectif, ou la reconnaissance d'une dimension collective à l'existence humaine, au double titre de l'autonomie personnelle et de l'histoire constitutionnelle pluraliste du Canada, il est, aussi, un opérateur de variations des frontières morales et identitaires, de ce qu'est un espace public multiculturel. Il est un principe normatif. C'est, en ce sens, qu'il influencera l'issu du test de proportionnalité de la justification à la violation d'un droit garanti par la Charte, à l'article 1^{er}. Un vecteur de pluralisme se retrouve au niveau de la justification à la violation d'un droit protégé par la Charte. Ainsi noté par la Cour, dans sa décision *Canada c. Taylor* de 1990, « parmi les principes directeurs de l'analyse fondée sur l'article premier, figurent

¹ MAGNET (J.E.), « Multiculturalism and Collective Rights », *op. cit.*, p. 1271, (nous traduisons).

² *R. c. Edwards Books & Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

³ *Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté)*, [1994] 2 C.F. 406.

⁴ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et PINARD (D.), « Les minorités en droit public canadien », *op. cit.*, p. 218.

notamment le respect de la dignité et de l'égalité de l'individu et **la reconnaissance que la conception que l'on se fait de soi-même peut dépendre dans une large mesure de l'appartenance à un groupe culturel particulier.** »¹ C'est dans ce contexte identitaire que la Cour applique le test de *Oakes*, sur la limitation, au cas de la propagande haineuse.

496. Limitations. Dans *Oakes*² en 1986, la Cour suprême du Canada a systématisé le test pour justifier la violation d'un droit ou d'une liberté protégé(e) par la Charte, dans une société libre et démocratique, prévu par son article 1^{er}. Tel qu'en dispose l'article 1^{er} : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et les 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 une société libre et démocratique. » Ainsi, le juge en chef Dickson a dressé le cadre justificatif de l'article 1^{er} : la violation doit être le fait d'une règle de droit (donc gouvernementale, et non pas la violation par une personne privée, avec la limite de *Dolphin Delivery*), et par ailleurs, doit être une violation des principes et valeurs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la Charte, telle qu'en dispose une lecture cursive de l'article 1^{er}. La Cour rappelle que le test de l'article 1^{er} sert deux intérêts : le premier est la protection de l'objet de la Charte ; la délimitation précise des seuls critères justificatifs d'une violation d'un droit ou d'une liberté protégé(e). L'analyse de l'article 1^{er} ne vient qu'après que le demandeur ait démontré une violation d'un droit ou d'une liberté protégé par la Charte.

497. Le juge en chef a précisé ce contexte « axiologique et identitaire » de la Charte. Les tribunaux doivent être guidés par les valeurs suivantes : « le **respect de la dignité** inhérente de **l'être humain**, la promotion de la **justice et de l'égalité sociales**, **l'acceptation** d'une grande **diversité de croyances**, le **respect de chaque culture** et de **chaque groupe** et la **foi dans les institutions sociales et politiques** qui favorisent la **participation** des **particuliers** et des **groupes dans la société.** »³ Outre la mise en évidence, explicite, de la notion de « groupe, » qui informe les valeurs de la Charte, un argument normatif est établi. Bien loin du libéralisme pluraliste au sein duquel s'inscrit la Charte canadienne, c'est à un véritable essai de définition républicaine des valeurs de la Charte que s'emploie le juge en chef. C'est le cas lorsque le juge en chef insiste sur le respect, la justice sociale, une diversité de croyances, le respect des cultures et des groupes : cela se fait au titre d'une « foi » dans les institutions politiques, afin de faciliter la « participation » de ces agents à l'espace public. L'absence de domination,

¹ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 920 (nous soulignons).

² *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

³ *R. c. Oakes*, précitée, au §64.

l'autonomie personnelle et une citoyenneté égalitaire soutiennent la Charte. Partant, c'est dans ce cadre de valeurs qu'il faut évaluer la violation à un droit : « les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique » (...) « constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. »¹

498. La justification est opérée en deux temps, et inverse la charge de la preuve, qui pèse, désormais, sur le gouvernement. Tout d'abord, le gouvernement doit justifier que la mesure édictée répond à un besoin social, urgent et réel, dans une société « libre et démocratique. » Ensuite, dès lors que cet objectif important est reconnu, « la partie qui invoque l'article 1^{er} doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. »² Cette étape est structurée autour de trois questions : **(1)** le critère du lien rationnel entre les mesures et l'objectif à atteindre ; **(2)** le critère de la mesure la moins attentatoire possible ; **(3)** le critère de la proportionnalité, proprement dit, entre la mesure restreignant un droit et l'objectif reconnu comme important. À chaque étape du test de *Oakes*, la prise en compte du pluralisme est importante, sans être déterminante. Des termes mêmes de la Cour, « il se peut encore qu'en raison de la gravité de **ses effets préjudiciables sur des particuliers ou des groupes**, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. »³ Ce test a fait l'objet de nombreuses critiques et a été modifié à plusieurs reprises⁴, notamment dans *Dagenais*, au niveau du test de proportionnalité : « l'objectif qui sous-tend la mesure et les effets bénéfiques qui résultent du fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et droits fondamentaux. »⁵ En somme, l'enjeu réside dans la détermination proprement *normative* de que l'on considère comme « libre et démocratique. » Dans les décisions sur la liberté de religion, c'est au niveau de la *justification* que l'on distingue, donc, la conception du pluralisme que la Cour propose.

¹ *R. c. Oakes, précitée*, au §64.

² *R. c. Oakes, précitée*, au §70.

³ *R. c. Oakes, précitée*, au §71, (nous soulignons).

⁴ Il va au-delà du présent travail de faire une recension des critiques, mais avec S. Choudhry (CHOUHRY (S.), « So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 », *S.C.R.L.* (2d), 2006, vol. 34, pp. 501-535), deux critiques principales peuvent être soulignées. D'une part, le manque de systématique du test, qui a été modifié rapidement après *Oakes*, dans *Drug Mart*. Les catégories ne permettent pas aux Cours de calibrer avec précision, le degré de déférence législative – degré limité, pour ce qui nous intéresse, dans le cas de groupes jugés *vulnérables*. Les catégories ne structurent plus directement le test de la violation, mais ne sont, désormais, que des facteurs à prendre en compte. Par ailleurs, la Cour suprême n'a pas suffisamment tenu compte de l'importance des faits. Aussi (p. 524), la question, importante, devient celle de savoir qui doit supporter le coût de l'indétermination factuelle, lors de questions sociales nouvelles et dans la gestion des preuves issues des sciences sociales. Si la limitation à un droit est l'exception, la charge de la preuve pesant sur le gouvernement serait trop lourde, et le test dressé par la Cour, inadéquat (de « reasonable harm, » l'auteur propose « cogent and persuasive »). Comment gérer le contexte social ? L. Tremblay (TREMBLAY (L.), « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : Une affaire de légitimité ou de rationalité ? », *N.J.C.L.*, 1998, vol. 10, pp. 41-67) suggère que l'une des difficultés du test de *Oakes* est de tenter de concilier deux fondements justifiant la violation d'un droit : rationnel (des motifs valables) et légitime (de bons motifs). Les degrés de déférence donc sont distincts. L'on retrouve cette dialectique de la rationalité et de la légitimité.

⁵ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, au §92.

499. Un vecteur identifiable de pluralisme est la liberté collective ou culturelle, justifiée par un argument égalitariste. Elle découle d'une représentation du groupe et de la prise en compte de ses intérêts au titre de la défense d'un bien collectif et cadre à l'autonomie personnelle de l'agent. Ces dimensions pluralistes sont observées au niveau de l'objet de la liberté négative qui présente des aspects groupaux, du principe d'interprétation, et au niveau de la justification à la violation de cette liberté. La liberté de religion en est topique en droit canadien.

2- La liberté de religion comme exemple topique de liberté culturelle

500. L'exemple topique de la liberté culturelle en droit canadien est la liberté de religion qui sera étudiée sous un double angle spécifique : l'aspect collectif et sa justification égalitariste. La liberté de religion est la liberté négative qui sert sans doute le mieux les revendications collectives fondées sur la culture tant une interprétation et une protection extensives lui ont été accordées en droit constitutionnel canadien¹. Partant la liberté de religion a été qualifiée de droit associatif, marquant la capacité des individus à agir de façon collective². La liberté de religion est protégée par l'article 2 de la Charte canadienne qui dispose que « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : (a) liberté de conscience et de religion. » En guise de cadre général, rappelons avec la Commission ontarienne des droits de la personne, que « la perception subjective et personnelle de tout demandeur à l'égard de sa religion est ce qui importe, non les obligations réelles de la foi, ni les croyances et les pratiques d'autres membres de la même confession. »³ Partant, toute dimension collective de la religion repose, en dernier lieu sur les notions de choix et d'autonomie personnels. La Cour suprême a, ainsi, privilégié un test purement *subjectif* de la croyance sincère de l'individu⁴. Deux dimensions peuvent être soulignées en tant que combinaison de liberté et d'égalité : la liberté culturelle de religion et la problématique des accommodements raisonnables. Chacune présente la liberté de religion comme un vecteur de pluralisme. La liberté de religion est bien dans ce cadre « le droit à la liberté de religion » et « le droit à l'égalité religieuse. »⁵

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada », *op. cit.*, p. 220.

² SCHNEIDERMAN (D.), « Associational Rights, Religion, and the Charter », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 65-86.

³ Ontario Human Rights Commission, *Examen de la jurisprudence relative à la croyance*, mai 2012, disponible en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/examen-de-la-jurisprudence-relative-%C3%A0-la-croyance>.

⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, au §46 (le juge Iacobucci rédige les motifs pour la majorité).

⁵ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'. Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Éditions Thémis, Montréal, 2009, et voir, notamment, l'introduction de l'ouvrage.

501. Cette conception participe de ce que l'on a qualifié de citoyenneté religieuse égalitaire : « libertés et droits à l'égalité religieuses sont associés dans la promotion du droit des personnes religieuses à participer également à la société canadienne sans abandonner les principes de leur foi. »¹ Cette égalité citoyenne conduit à allier liberté et égalité religieuses. Deux idées y conduisent : l'on ne doit choisir entre les principes de sa foi et une participation pleine et entière à l'espace public ; l'identité religieuse n'est pas privatisée, mais publicisée. C'est en tant que citoyen religieux que l'on doit pouvoir également avoir accès à l'espace public². La liberté culturelle de religion tient à cette *publicisation de l'identité*. Au-delà de l'uniformité du monisme étatique dans la définition de la norme, c'est la question de l'uniformisation de l'identité nationale qui est posée par les phénomènes de compénétration des ordres juridiques religieux et étatiques : « une identité nationale commune ou partagée n'exige pas nécessairement l'imposition d'un régime juridique uniforme ou n'est pas automatiquement affaiblie du fait de la reconnaissance de régimes juridiques multiples ou d'exception aux régimes généraux. »³ Si la liberté de religion a été entendue largement au Canada, l'identité des groupes religieux a été aussi régulée afin de se conformer aux exigences du libéralisme⁴. Partant, si la prise en compte de *l'identité religieuse* au titre de la *liberté religieuse* découle de l'effet matériel du principe d'égalité⁵, cette identitarisation de la liberté de religion emporte une régulation proprement républicaine de l'identité nationale. Cette approche multiculturelle de la liberté de religion par la Cour suprême du Canada est critiquable car normative et « orientée » vers un paradigme de l'identité et de la différence⁶.

a- La liberté culturelle de religion : de la liberté de religion à l'identité religieuse

502. Drug Mart. La liberté culturelle peut être observée avec la première décision ayant contribué à définir la liberté de religion sous l'empire de la Charte Canadienne. La décision fondatrice *Drug Mart* est particulièrement claire quant aux effets pluralistes de la liberté de religion. La société *Big M Drug Mart* est accusée de s'être livrée à la vente de marchandises le dimanche, contrairement à la *Loi sur le dimanche*⁷. La question constitutionnelle qui se

¹ RYDER (B.), « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 87-109, (nous traduisons).

² RYDER (B.), « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *op. cit.*, p. 88.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'*, *op. cit.*, p. 24.

⁴ ESAU (A.), « Living by Different Law: Legal Pluralism, Freedom of Religion, and Illiberal Religious Groups », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 110-139.

⁵ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality », *U.B.C. L. Rev.*, 2012, vol. 45, n°2, pp. 497-550.

⁶ TREMBLAY (L.B.), « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) (dir.), *op. cit.*, 2009, pp. 213-259.

⁷ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

posait était de savoir si l'article 4(1) de la Loi sur le dimanche était contraire à l'article 2(a) de la Charte canadienne, et si cette violation était justifiée en vertu de l'article 1^{er} de la Charte. Le pourvoi est rejeté par la majorité de la Cour au motif que la liberté de religion est effectivement *violée* et que cette violation ne peut être qualifiée de *raisonnable* en vertu de l'article 1^{er}. Tout en rappelant que le critère des effets d'une loi ne peut être mobilisé afin de sauver une loi dont l'objet n'est pas valable, les changements de conditions sociales empêchent de conclure à la laïcité de l'objet de la *Loi sur le dimanche*. En rendant obligatoire l'observance religieuse, par restriction à un idéal sectaire chrétien, la liberté de religion est violée par la transformation des valeurs enracinées dans la moralité chrétienne en droit positif.

503. Cela viole la liberté de conscience des croyants comme des non-croyants en délimitant un espace public favorable à une religion, aux dépens des autres religions. Si la Cour vise effectivement l'autonomie personnelle de l'agent, c'est aussi un espace public exempt de domination qui est la finalité explicite. Ces motifs religieux empêchent d'exercer des activités qui sont jugées par la Cour « par ailleurs légales, morales et normales. » Le juge Dickson écarte la question de la titularité par une personne morale de la liberté de religion¹ tout en ancrant l'objet même religieux de la loi, dans son contexte moral chrétien. Il précise en effet que « il n'importe pas de savoir si l'accusé est chrétien, juif, musulman, hindou, bouddhiste, athée ou agnostique, ou s'il s'agit d'une personne physique ou morale. C'est la nature de la loi et non le statut de l'accusé, qui est en question. » Même si la justification est *a contrario*, le sujet de droit est placé dans son contexte identitaire, et sur l'espace public. L'on ne se place pas sur le plan d'un accommodement religieux, mais sur le plan de l'objet de la loi et de la liberté de religion. Le sujet est agencé dans la concrétude de ses attachements. Son autonomie et, sa participation égalitaire à l'espace public, passent par son intégration à une communauté.

504. Le juge en chef souligne « l'orientation identitaire » du regard du juriste à l'endroit d'un texte juridique : « il y a évidemment deux façons possibles de caractériser l'objet d'une loi sur le dimanche, » soit que l'on insiste sur son objet religieux visant à « l'observance par le public de l'institution chrétienne du Sabbat, » soit que l'on insiste sur son objet laïc prescrivant « un jour de repos uniforme. »² Ce qui permet de faire un choix entre les deux réside dans la lutte contre la « domination. » En faisant l'historique de cet entrecroisement des ordres juridiques dans la tradition anglo-canadienne, que le juge fait remonter à l'ère saxonne, « il semble peu

¹ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §40.

² R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §48.

douteux que la législation anglaise relative au dimanche a été adoptée à des fins religieuses. »¹ Le juge procède, donc, à une historicisation identitaire de l'espace public, celle de l'orientation du juriste et celle de l'orientation de l'objet de la loi, confirmant par là qu'un ordre juridique est une sédimentation identitaire particulière. La recherche est bien celle de « l'absence de domination en tant qu'agent religieux » dans la constitutionnalité de la loi.

505. Le juge passe, ensuite, à l'analyse de la liberté de religion, avec un paragraphe 94 d'une grande richesse qu'il convient d'analyser. Lorsque le juge débute son analyse par « **une société vraiment libre peut accepter,** » le juriste fait face à de nombreuses difficultés. La première est celle de l'auditoire : le juge évoque « une société » qui est démocratique. Partant, son auditoire est autant la société canadienne, par définition démocratique, que l'ensemble des démocraties. Renvoyant à ce réservoir symbolique de légitimation que sont les « démocraties occidentales, » le juge en chef justifie et universalise la portée de sa définition. Ensuite, le juge évoque le syntagme de « société libre, » plaçant la liberté négative dans l'horizon de la socialité. La liberté individuelle est *socialisée* et *contextualisée* : elle ne se comprend que dans l'horizon d'un Tout, établissant une relation métonymique entre l'identité de l'agent juridique et l'identité nationale. Cette relation métonymique se retrouve exprimée dans le curieux adverbe « vraiment, » pivot de l'argumentation du juge, qui semble indiquer une hiérarchie de conditions d'être libre. Le choix de cet adverbe implique, notamment, deux choses : le juge se place dans un contexte axiologique et identitaire de détermination de cette condition, et propose un concept de « vraie » liberté. Cette métonymie et cette axiologie sont marquées lorsque le juge évoque « peut accepter » : la possibilité et la probabilité ne sont pas l'obligatorité ni l'impérativité. Partant, une « vraie » liberté en valeur est *conditionnée* par un « choix » sur les conditions de cette liberté, par la société comme horizon de valeurs. Le choix du verbe « accepter » n'est pas neutre non plus d'un point de vue identitaire et de construction de la diversité, puisque l'acceptation marque un processus par lequel un agent A dans un contexte A, accepte un élément B qui devient A*, *i.e.* « accepté » tout en étant marqué par sa condition identitaire « *. » C'est dans cette proposition logique de la liberté culturelle que le juge fait référence au pluralisme : « **peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite.** » Le pluralisme est ici une « grande diversité, » ce qui indique un jugement normatif sur le champ et la nature du pluralisme. La *vraie* liberté est prise dans la métonymie du général et du particulier. Le pluralisme transite par la liberté culturelle comme canal *contraint*, pour une société qui soit « vraiment » libre.

¹ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §51.

506. La liberté culturelle est *justifiée* par la référence à un principe d'égalité rhétorique. En effet, le juge précise que « une **société vraiment libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales** et j'affirme cela **sans m'appuyer sur l'article 15** de la Charte. » Cette assertion pose des difficultés en venant préciser la première phrase du paragraphe : la répétition de l'adverbe « vraiment » crée une emphase rhétorique sur ce qui se révèle être la théorie *normative*. En effet, la précision vient de l'apparition de nombreux traits du républicanisme classique. La liberté est placée dans l'horizon de la socialité, d'une part, et la liberté est placée dans l'horizon d'une foi envers les droits fondamentaux, d'autre part. La liberté négative républicaine se place dans la foi *en la loi*, et plus généralement dans la foi *envers le droit* produit par les institutions publiques¹. Partant, la titularité et l'exercice d'une liberté sont pris dans la sédimentation identitaire d'un espace public. Le juge fait référence à *l'égalité rhétorique* : il s'agit d'une jouissance égale pour tous, et cette égalité ne trouve pas sa justification dans l'article 15, qui vient protéger le droit à l'égalité. La justification est axiologico-républicaine. La « vraie » liberté s'entend dans la possibilité de jouir de cette liberté dans les conditions de l'espace public. La potentialité de la diversité, limitée dans ses expressions possibles, se retrouve à travers le verbe téléologique de « viser à assurer, » qui n'indique pas une certitude, mais un objectif potentiel. La liberté culturelle est contrôlée parce qu'elle est une « théorie normative » de l'espace public, un « vivre ensemble métonymique. »

507. Le juge en chef le confirme : « la liberté **doit sûrement reposer** sur le **respect de la dignité** et des **droits inviolables de l'être humain**. » Étant une théorie de l'espace public, la liberté culturelle trouve une justification, normative, dans une socialité, constitutive de l'être humain, « un bien collectif, » mais surtout dans une certaine conception *normative* de l'être à laquelle font référence les concepts de « dignité, » de « inviolables » et de « être humain. » Le juge emploie, à dessein, le verbe « doit » à la différence de « pouvoir » et de la potentialité du verbe « vise, » le juge emploie l'adverbe « sûrement, » et plus « vraiment. » À la dimension axiologique s'ajoute une dimension « normative. » La liberté culturelle est un espace public républicain justifié par une conception axiologique de l'être humain. Le conflit de la liberté et de l'égalité trouve dans cette liberté culturelle comme théorie de l'espace public républicain, un contexte normatif et axiologique de réconciliation. En conséquence de quoi, le juge en chef propose sa définition *canonique* du concept de liberté de religion : « le concept de la **liberté**

¹ Sans doute pourrait-on établir ici une distinction entre une forme de républicanisme critique canadien avec une foi envers le droit (donc un État de droit), et une forme de républicanisme français, de combat, avec une foi en la loi (donc un État de loi).

de religion se définit **essentiellement** comme **le droit de croire** ce que l'on veut en matière religieuse, **le droit de professer ouvertement** des croyances religieuses **sans contrainte d'empêchement et de représailles**, et **le droit de manifester** ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. » La liberté de religion, comme liberté culturelle, est un « droit à » se manifestant par une publicisation de l'identité : la liberté de religion est protégée dans sa *relation* à l'espace public. C'est dans ce contexte, qu'il faut évaluer les *potentialités* de la liberté de religion comme liberté culturelle.

508. Le juge en chef vient confirmer cette lecture républicaine de la liberté au paragraphe suivant (95) : la liberté de religion est protégée en tant qu'elle assure l'autonomie personnelle et l'absence de domination sur l'espace public et promeut en cela une citoyenneté égalitaire. En effet, selon le juge en chef Dickson, « la **liberté** peut se caractériser **essentiellement** par **l'absence de coercition ou de contrainte**. » L'on retrouve la définition donnée par P. Pettit de la liberté comme absence de domination : « si une personne est **astreinte** par l'État ou par la volonté d'autrui à une **conduite** que, **sans cela**, elle n'aurait **pas choisi d'adopter**, cette personne n'agit pas **de son propre gré** et on ne peut pas dire qu'elle est **vraiment libre**. » Le juge en chef confirme que lorsqu'il évoquait « vraiment libre » dans la définition de la liberté de religion, il fallait y entendre une « liberté républicaine. » Il le confirme, lorsqu'il définit la contrainte : « la coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, **sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir** sous peine de sanction, mais également **les formes indirectes de contrôle** qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'actions d'autrui. » Il est loin d'être suffisant, partant, de dire que la liberté de religion est une « liberté négative » qui protège « l'autonomie personnelle. »

509. Elle est une véritable théorie de la domination sur un espace public égalitaire, dont les limites identitaires sont régulées par cette dialectique de la vulnérabilité et de la dignité. Le juge précise en cela que « l'un des objectifs importants de la Charte est de protéger, **dans des limites raisonnables**, contre la coercition et la contrainte. » L'égalité rhétorique soutient une citoyenneté républicaine : « la Charte protège les **minorités religieuses** contre la menace de 'tyrannie de la majorité'. »¹ L'espace public est organisé par des orientations identitaires qui viennent limiter *l'autonomie personnelle*. Ces orientations sont *discriminatoires* dans l'accès et la jouissance des citoyens identifiés à l'espace public : « le contenu théologique de la loi est un rappel **subtil** et **constant** aux **minorités** religieuses canadiennes des **différences** qui les

¹ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §96, (nous soulignons).

séparent de la culture religieuse dominante. »¹ Ces orientations identitaires produisent des « étranges étrangers. » La liberté culturelle, justifiée par l'égalité rhétorique, est « un vecteur contraint de pluralisme. » Cette discrimination dans l'accès à l'espace public est ce qui est contraire au principe de multiculturalisme²: « **l'égalité nécessaire pour soutenir** la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. »³ Avec l'égalité rhétorique, disposant d'un fondement juridique distinct de l'article 15, de la Charte comme soutien, la liberté devient un *droit à* exprimer la nature et l'étendu de ses obligations identitaires comme composante de l'autonomie personnelle⁴. Selon leurs identités, tous les citoyens ne « peuvent faire la même chose » sur l'espace public. Ici se trouve l'enjeu de la construction d'une citoyenneté religieuse « véritablement égalitaire » en droit canadien.

510. Edwards Books. Ces lignes de réflexion, dressées en 1985, sont confirmées par deux importantes décisions subséquentes. Très rapidement, la Cour a confirmé, dans sa décision *Edwards Books*⁵ cette lecture culturelle et égalitariste de la liberté de religion. Cette affaire, jugée en 1986, concernait, aussi, la constitutionnalité d'une loi de fermeture le dimanche, et confirme la « sédimentation historique » des normes identitaires sur l'espace public : « notre société est collectivement dans l'impossibilité de répudier son histoire, y compris l'héritage chrétien de la majorité. »⁶ L'égalitarisme conduit à une approche *critique* de cette relation à l'espace public en tenant compte de la relation de domination des groupes identitaires. La loi a des effets différents, selon les croyances respectives des individus. La Cour note, alors, de façon très explicite que la liberté de religion présente à la fois des aspects individuels et « collectifs » en tant qu'elle est un vecteur de pluralisme : « la liberté de religion, contrairement peut-être à la liberté de conscience, comporte des aspects à la fois **individuels et collectifs.** » Précisant que « les législateurs ont raison d'être conscient des **effets** d'une mesure législative autant sur l'ensemble des **groupes religieux** que sur les individus. »⁷

511. Bruker. Dans cette décision⁸, la Cour rappelle que le multiculturalisme n'était pas la base pour une détermination hégémonique de l'appartenance culturelle, conduisant à un « séparatisme identitaire. » La Cour était devant l'obligation d'apprécier la validité juridique

¹ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §97, (nous soulignons).

² R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §99.

³ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §124, (nous soulignons).

⁴ R. c. *Big M Drug Mart Ltd*, précitée, au §135.

⁵ R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

⁶ R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, précitée, au §59.

⁷ R. c. *Edwards Books and Art Ltd.*, précitée, au §145, (nous soulignons).

⁸ *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607.

d'une entente conclue entre des Époux qui comportait une dimension religieuse : l'obligation pour le mari de donner le *Get* à son épouse en cas de divorce, afin de permettre le maintien de cette dernière dans la communauté et se marier, de nouveau, au regard du droit hébraïque. L'échange des consentements avait été volontaire, il était, donc, valide aux yeux du droit civil québécois : la Cour ne se rend pas, ici, jusqu'à évaluer le degré d'interférence à la liberté de religion de l'époux. La juge Abella rappelle que la « culture » de l'agent participe de son autonomie personnelle et de sa « participation égalitaire » à l'espace public : « le Canada est fier avec raison de sa tolérance évolutive à l'égard de la diversité et du pluralisme. » Elle précise que, « le droit de chacun de s'intégrer dans la société canadienne avec ses différences – et malgré celles-ci – est devenu un élément déterminant de notre caractère national. »¹ Il s'agit d'un « droit à, » insistant sur la différence comme condition d'une intégration égalitaire.

512. Toutefois, « le droit à la protection des différences ne signifie pas que ces différences restent toujours prépondérantes. »² Partant, cette approche républicaine régule les frontières, identitaires, de l'expression publique de la différence religieuse. La juge revient sur la signification du *Get* dans la loi juive et sur les effets négatifs d'un refus d'octroi du *Get* en termes « d'autonomie » : « elle est considérée comme une *agunah* – une 'femme enchaînée'. »³ Le fait pour l'époux de se placer sur le terrain de la liberté de religion ne le libère pas de ses obligations envers son épouse. La juge souligne cette compénétration des ordres normatifs subséquents à la mobilisation de la liberté de religion : « pour déterminer si le droit à la liberté de religion que revendique une personne doit être protégé, un tribunal doit tenir compte de **cette religion en particulier**, du **droit religieux en cause** et des **conséquences précises**, y compris les conséquences religieuses, que la décision de faire respecter ce droit aura pour la personne et le public. »⁴ Partant, la Cour suprême régule les « frontières identitaires acceptables » de la liberté de religion pour la société canadienne : l'intégration et non le séparatisme culturel, l'intégration, non sous n'importe quelle condition.

¹ *Bruker c. Marcovitz*, précitée, au §1.

² *Bruker c. Marcovitz*, précitée, au §2.

³ *Bruker c. Marcovitz*, précitée, au §4.

⁴ *Bruker c. Marcovitz*, précitée, au §18, (nous soulignons).

b- Les accommodements raisonnables : le droit à l'égalité religieuse

513. Définition. Cette sensibilité imprègne les juges face aux conséquences potentielles négatives d'une pratique minoritaire¹. Cela se traduit par l'obligation d'accommodement, que les juges imposent aux organismes privés, comme publics, pour les individus touchés par des normes *a priori* neutres. Ainsi que le note J. Woehrling, « l'obligation d'accommodement raisonnable constitue un instrument de maintien des identités particulières et de gestion de la diversité ethnoculturelle. »² La problématique de l'accommodement est plus généralement liée à la place de l'appartenance culturelle dans la conception de l'autonomie : il s'agit de « chercher à atténuer certaines des inégalités entre les individus lorsque leur appartenance à des groupes particuliers leur impose un désavantage indu. »³ L'accommodement procède du raisonnement suivant : même si l'objectif d'une norme est légitime et même si cette norme est neutre dans son application à une majorité des individus, certains peuvent être indument et excessivement affectés par elle, sur la base d'un fondement interdit de discrimination⁴, la religion, en l'occurrence. Une organisation (même privée) ne pourrait se délivrer de cette obligation d'accommodement que si elle venait à prouver, par des preuves tangibles, que cette obligation « désorganiserait » le service et représenterait une « contrainte excessive. »

514. Partant, cette obligation est liée à la reconnaissance que l'espace public et ses normes, même neutres *prima facie*, sont orientés par des normes identitaires qui viennent restreindre l'égalité d'accès et de participation à l'espace public (s'agit-il d'institutions publiques ou privées). Ces orientations sont une contrainte pour les agents. En cela, l'accommodement favorise une expression publique de l'appartenance culturelle: « sans la capacité de demander que les règles neutres et politiques soient ajustées afin de répondre à leurs besoins religieux, ils ne **pourraient également participer à la vie social et économique.** »⁵ L'accommodement favoriserait tant l'expression du pluralisme que l'autonomie de l'agent par sa culture. Par exemple, il a été jugé que trois enseignants juifs pouvaient prendre plusieurs jours de congés, par an, afin de célébrer les fêtes les plus importantes de leur religion – *Yom Kippour* en

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada », *op. cit.*, p. 222.

² WOEHLING (J.), « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill L.J.*, 1998, vol. 43, pp. 325-401, p. 328.

³ DÉSY (M.), *Culture, autonomie et vulnérabilité : l'accommodement raisonnable comme outil de santé publique*, Ph. D., Philosophie, Université de Montréal, 2007, p. 12.

⁴ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Religious challenges to the secularized identity of insecure polity : A tentative of sociology of Québec's 'reasonable accommodation' debate », in GRILLO (R.) *et alii*, *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2009, pp. 151-174, p. 151.

⁵ RYDER (B.), « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *op. cit.*, p. 90, (nous soulignons et nous traduisons).

l'espèce – en dehors du calendrier chrétien et sans sanction financière¹. Si, dans la lignée de « l'autonomie » des Chartes de droit, un accommodement ne peut être demandé que sur la base d'un intérêt individuel, cette reconnaissance traduit, toutefois, la dimension collective de la religion, vecteur de pluralisme. Le débat a été relancé au Québec² avec la prolifération des accommodements religieux : « la prolifération de cas limites légaux d'accommodements, l'intensification et la radicalisation de ces demandes et toute une série, sur une courte période, de formes non légales d'accommodement, ont fourni la toile de fond pour ces débats. »³

515. Cette obligation d'accommodement raisonnable peut être fondée sur le droit à la liberté de religion et sur le droit à l'égalité⁴, soulignant bien cette égalité rhétorique qui imprègne la liberté culturelle de religion. L'obligation d'accommodement raisonnable trouve une origine dans la législation relative aux droits de la personne, et notamment aux relations de travail avec la décision inaugurale *Simpson-Sears Ltd* : l'obligation de travail les vendredi soir et samedi comme condition de son emploi, allait à l'encontre des croyances religieuses de la plaignante, qui lui prescrivent l'observance du Sabbat⁵. L'obligation d'accommodement découle de l'interdiction de la « discrimination indirecte. » Dans l'affaire *Bergevin* précitée, l'obligation d'accommodement découle directement du principe d'égalité protégée par la Charte québécoise. Cette obligation n'est pas limitée aux discriminations religieuses, elle peut être fondée sur l'âge⁶ par exemple, ou la situation de handicap. Cette obligation en étant le corollaire de l'interdiction des discriminations indirectes ferait partie intégrante du concept « d'égalité. » Dans la législation sur les droits de la personne, la limite à l'obligation d'accommodement découle de la contrainte excessive, ou le coût excessif pour le service : il devient une entrave indue à l'exploitation de l'entreprise ou il peut être un danger pour les droits d'autrui, et par exemple le droit à l'égalité des femmes. L'accommodement religieux est dorénavant fondé sur le droit à l'égalité ou sur la liberté de religion sous l'empire de la Charte Canadienne ; l'un comme l'autre pouvant servir de fondement juridique à la formulation d'une obligation d'accommodement⁷. J. Woehrling va plus loin en soumettant une idée qui trouve son origine dans la décision *Big M Drug Mart* : « la liberté de religion

¹ *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525.

² CHOUDHRY (S.), « Rights Adjudication in a Plurinational State: the Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation », *Osgoode Hall L.J.*, 2013, vol. 50, pp. 575-608. Établissant un parallèle avec les droits linguistiques, l'auteur démontre dans quelle mesure les juges de la Cour suprême tentent de parler, progressivement, de manière unanime, de sorte à établir une fois pour toute la notion de « sécularité » et régler les questions venant du Québec.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Religious challenges to the secularized identity of insecure polity », *op. cit.*, p. 153.

⁴ WOEHRLING (J.), « L'obligation d'accommodement raisonnable », *op. cit.*, pp. 328-329.

⁵ *Commission Ontarienne des droits de la personne c. Simpson Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

⁶ *Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733, (retraite obligatoire d'un policier à 60 ans, dispositif justifié par la Cour).

⁷ WOEHRLING (J.), « L'obligation d'accommodement raisonnable », *op. cit.*, p. 364.

inclut, de façon implicite, une certaine exigence d'égalité en matière religieuse. »¹ Partant, l'égalité rhétorique, qui sert de cadre interprétatif à la liberté culturelle de religion comme vecteur de pluralisme, rendrait superfétatoire le fondement juridique du « droit à l'égalité. »

516. Le champ de l'accommodement dépendra du groupe religieux en question, et de la pratique religieuse, dont il est demandé l'accommodation. Une certaine typologie des formes d'accommodement peut être établie² : **(1) le droit à l'exemption** : il est exercé en règle générale par un individu – en tout cas il dépend juridiquement de l'individu – qui appartient à un groupe dont l'une des pratiques se trouve gênée, ou entravée, par des lois *a priori* neutres. **(2) Le droit à l'assistance** : l'enjeu n'est pas pour un individu d'être libre de se livrer à une pratique, mais bien de *pouvoir* s'y livrer. C'est le cas des droits linguistiques ou encore des discriminations positives. **(3) Les restrictions internes** : il s'agit de « règles internes qui visent à restreindre certains des droits des membres des communautés concernées afin de protéger un particulier de leur culture. »³ C'est le cas pour des communautés Huttérites qui expulsent des membres de leurs communautés, suite à une conversion à une autre religion, traduisant une forme de pouvoir disciplinaire interne. L'équilibre se fait entre le maintien de l'identité du groupe et le respect de la dignité de citoyen. **(4) Le droit à la reconnaissance des lois coutumières** : cela vise l'application des normes traditionnelles ou groupales comme pour certaines minorités religieuses. L'accommodement vise à remédier à « l'oubli » de la culture par la théorie libérale classique, et assurer l'autonomie personnelle de l'agent.

517. Amselem. Plusieurs affaires permettent de faire des accommodements raisonnables un vecteur de pluralisme en droit constitutionnel canadien, contribuant par ailleurs, à délimiter les frontières identitaires de l'espace public. La première est relative à la construction de *souccahs* juives dans une résidence d'un quartier de Montréal⁴. Les plaignants détiennent des appartements en copropriété divisés dans une résidence, dont le règlement intérieur précise que tout en étant des parties communes, « l'usage exclusif » des balcons est réservé au copropriétaire de l'appartement. Contrairement au règlement, les plaignants construisent des *souccahs* sur le balcon, afin d'honorer les obligations que leur impose la Bible, pendant la fête juive du *Souccoth*. L'intimé demande leur démantèlement après avoir proposé d'accommoder la religion juive par la construction d'une *souccah* commune au centre de la résidence, mesure

¹ WOEHLING (J.), « L'obligation d'accommodement raisonnable », *op. cit.*, p. 365.

² DÉSY (M.), *Culture, autonomie et vulnérabilité*, *op. cit.*, 2007, pp. 90-130.

³ DÉSY (M.), *Culture, autonomie et vulnérabilité*, *op. cit.*, 2007, p. 106.

⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

rejetée par les appelants. La Cour supérieure du Québec et la Cour d'Appel ont répondu favorablement à la demande d'injonction formulée par l'intimé, d'interdire la construction des *souccahs* et, leur destruction, le cas échéant. Le juge Iacobucci, de la Cour suprême, pour la majorité, « le respect des droits des minorités doit également coexister avec des valeurs sociales qui sont au cœur de la composition et du fonctionnement d'une société libre et démocratique. »¹ Le juge rappelle « l'obligation » qui leur est faite d'habiter de façon temporaire cette cabane, pendant les neuf jours de la fête de Souccoth. Dans cette décision le juge relie l'obligation d'accommodement directement à la « liberté de religion » empreinte d'égalité rhétorique. La liberté de religion protège seulement les « croyances, convictions et pratiques tirant leur source d'une religion » et en ce sens, elle est une protection d'un ordre normatif religieux : « une religion s'entend typiquement **d'un système particulier et complet de dogmes et de pratiques.** »² La définition est purement subjective de la religion.

518. Le juge précise que la Cour a toujours donné une définition extensive de la liberté de religion, qui repose « sur les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu. »³ Ce qui est protégé est la sincérité de la croyance et non les opinions d'experts religieux, sur ce qui constituent des préceptes obligatoires d'une religion. C'est de l'individu dont découle la « normativité » des dispositions religieuses, au titre de son « autonomie personnelle » : partant, comme la Cour le précise, c'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui fera l'objet d'une protection, et non pas le fait de savoir si cette observance découle d'une obligatorité, objective ou subjective. Partant la liberté de religion ne protège pas la normativité religieuse *per se*, mais indirectement au titre de la protection des convictions religieuses. La liberté de religion accommode, dans l'espace public, d'autres ordres normatifs, par ricochet. La nature de l'obligation ne découle pas de son interprétation par le juge, mais de sa réception individuelle par le sujet de droit, qui devient précisément la source de normes juridiques, protégées par la liberté de religion. L'ordre juridique étatique accommode des ordres normatifs sous couvert de la liberté culturelle de religion. Le contrôle du juge se limite à la bonne foi, à l'honnêteté et à la sincérité de la croyance. L'ordre normatif religieux relève d'une forme de pluralisme juridique radical : « il peut fort bien arriver que le lien ou les rapports d'une personne avec le divin ou avec le sujet ou l'objet de sa foi spirituelle, ou **encore sa perception de l'obligation religieuse découlant de ces rapports changent et**

¹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, au §1.

² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, au §39, (nous soulignons).

³ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, au §40.

évoluent avec le temps. »¹ La protection du groupe est « indirecte, » à travers la protection de l'autonomie personnelle, la non-domination et la participation *égalitaire* à l'espace public.

519. La violation de la liberté de religion procède simplement de la démonstration qu'une croyance intime de l'individu est entravée, et ne peut s'exprimer, créant une discrimination indirecte. Toutefois, le terme « accommodement » précise bien, par lui-même, que toutes les croyances ne seront pas protégées dans leurs manifestations. Le juge procède, alors, à la détermination des frontières de l'acceptabilité des religions sur l'espace public, ou processus de normalisation de l'identité religieuse. Tout dépendra du contexte sous-jacent à la violation de la liberté de religion. Dès lors que le juge Iacobucci a démontré l'atteinte à la liberté de religion des appelants, il procède à l'analyse de la justification de cette violation. Le juge rappelle notamment dans quel cadre interprétatif doit être faite l'analyse de la justification : « dans un pays multiethnique et multiculturel comme le nôtre, qui souligne et fait connaître ses réalisations en matière de respect de la diversité culturelle et des droits de la personne, ainsi qu'en matière de promotion de la tolérance envers les minorités religieuses et culturelles – et qui constitue de bien des manières un exemple pour d'autres sociétés. » Il précise que « la tolérance mutuelle constitue l'une des pierres d'assise de toute société démocratique. »² Or, le terme de *tolérance* suppose alors, que toutes les pratiques de l'Autre ne sont pas reconnues. L'érection des souccahs ne constitue, face au droit de propriété, pas une contrainte excessive en regard de sa valorisation du pluralisme canadien. La Cour reconnaît que l'espace public est traversé par des normes identitaires, qui viennent réguler différemment la capacité des citoyens à *être* selon leur appartenance culturelle. La reconnaissance d'une obligation procède d'une analyse égalitariste de la liberté de religion au-delà du fondement juridique de l'égalité.

520. Multani. Ceci peut être observé dans une seconde affaire : il s'agissait pour un enfant de porter son coutelât *sikh* à l'école publique³. G. est identifié par la Cour comme un sikh orthodoxe dont la croyance sincère est qu'il doit porter en tout temps son *kirpan*, un coutelât fabriqué en métal. Alors que G. se trouve à l'école, son *kirpan* tombe de sous ses vêtements. La Commission scolaire enjoint B., son père, d'opter pour une représentation symbolique du coutelât ou pour un autre matériau. B. dépose devant la Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire, afin de rendre inopérante la décision de l'organe administratif. La Cour supérieure fait droit à la demande et réinstalle G. avec des conditions ; la Cour d'appel du

¹ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, au §53, (nous soulignons).

² *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée, au §87.

³ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.

Québec infirme la décision. La question pour la Cour suprême porte, notamment, sur le degré de la norme de contrôle des décisions, rendues par un organe administratif. Lorsqu'il est question de droits et libertés, la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, choisie par la Cour d'appel, n'est pas pertinente. La juge Charron rédigeant l'opinion de la majorité rappelle que si le contexte est administratif, on ne peut dissoudre les principes constitutionnels dans ceux du droit administratif, ce qui serait une restriction des droits et libertés protégés par la Charte : « c'est donc le rôle du droit constitutionnel de circonscrire l'étendue de la protection visant ces droits et libertés. » Le cadre approprié « pour l'examen des valeurs protégées par la Charte » est l'analyse fondée sur l'article 1^{er}, indiquant par là que si le contrôle judiciaire peut associer un volet administratif et un volet constitutionnel, « la norme de contrôle du droit administratif n'est pas applicable au volet constitutionnel du contrôle judiciaire. »¹

521. La démonstration de l'atteinte à la liberté de religion placera l'analyse de la Cour au stade de l'article 1^{er} : une analyse *contextuelle*. Selon la Cour, la décision de la Commission scolaire ne constitue pas une « atteinte minimale » aux droits de G. C'est au stade de l'atteinte minimale que la Cour opère une analogie avec l'accommodement. En effet, l'analogie avec l'obligation d'accommodement permet de saisir le fardeau qu'impose le critère de l'atteinte minimale, vis-à-vis d'un individu. L'interdiction absolue ne se situe pas dans une gamme de mesures raisonnables. La plainte repose sur un argument constitutionnel, sur la liberté de religion : l'obligation d'accommoder la croyance ne découle pas du principe d'égalité, mais bien d'une conception égalitariste de la liberté de religion et de la non discrimination, dans l'accès à l'espace public. La Cour n'a pas de difficulté à prouver que la liberté de religion a été violée, et que le premier stade du test de *Oakes* est rempli puisque l'objectif de sécurité dans les écoles constitue un objectif important. La Cour insiste à ce titre sur les obligations que doivent respecter les Sikhs orthodoxes, les « cinq K, »² et que l'interdiction de porter le kirpan viole à la fois la liberté de religion de G. et son droit de fréquenter une école publique.

522. De nouveau, la Cour souligne que l'argument constitutionnel contribue à promouvoir tant l'autonomie personnelle de l'agent que sa participation égalitaire à l'espace public. La norme de contrôle de la proportionnalité de la mesure est ainsi la même, s'agit-il d'une norme législative ou d'une décision rendue par attribution législative d'un pouvoir discrétionnaire. La Cour se place donc sur le plan de la liberté de religion protégée par l'article 2(a) et l'on

¹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, précitée, au §17.

² *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, précitée, au §36. Les « cinq K » sont *Kesh* (des cheveux longs), *Kangha* (un petit peigne en bois), *Kara* (un bracelet en argent), *Kacchera* (un morceau de vêtement), et le *Kirpan* (un petit couteau).

retrouve ainsi les conceptions égalitaristes qui président à cette liberté culturelle : cette égalité rhétorique se retrouve dans le parallèle établi par la juge Charron entre le test de la « limite raisonnable » prévu par l'article 1^{er} de la Charte (limitation d'une liberté constitutionnelle ici), et la notion « d'accommodement raisonnable » découlant de l'analyse du droit à l'égalité, protégé par l'article 15(1). L'analyse de la liberté de religion est effectuée dans le contexte matériel du droit à l'égalité. C'est une manifestation de *l'égalité rhétorique*. L'obligation est fondée *juridiquement* sur la liberté de religion et *axiologiquement* sur une analyse égalitariste. L'article 15(1) présente un effet juridique « ancillaire matériel » dans l'appréciation de la justification à la violation de la liberté de religion. Cette influence matérielle se retrouve dans le contexte interprétatif, que se donne la Cour, pour évaluer de la raisonnable de la mesure : « une telle prohibition empêche la promotion de valeurs comme le multiculturalisme, la diversité. »¹ Les orientations identitaires ne rendent pas égalitaires les relations d'un agent, identifié, à l'espace public, et modifient ce que son corps peut y faire. Des termes de la Cour : « la prohibition totale de porter le kirpan à l'école **dévalorise ce symbole religieux** et **envoie** aux élèves le **message** que certaines pratiques religieuses **ne méritent pas la même protection** que d'autres. »² L'obligation d'accommodement se situe dans la publicisation de l'identité sur l'espace public dont les normes identitaires régulent ce que peut y faire un corps.

523. Hutterian. Cet exemple démontre dans quelle mesure sont régulées les frontières de l'expression d'une pratique religieuse sur l'espace public, rappelant que l'accommodement est une *tolérance*. Dans une décision récente dont les motifs ont été rendus par la juge en chef McLachlin, la Cour suprême a refusé un accommodement des pratiques religieuses Hutterites d'Alberta, relatif à l'universalisation de la photo obligatoire sur les permis de conduire³ : ces communautés refusent de se laisser photographier, pour des convictions religieuses. Selon les plaignants, le refus d'octroi d'un permis de conduire menacerait à terme « la viabilité de leur mode de vie communautaire. »⁴ Cette obligation ne respecterait pas leur autonomie en venant les contraindre à faire un choix, indu, entre le respect de la photographie et, donc, ne pas respecter le deuxième commandement, et le choix de leur mode de vie rural. La juge en chef rappelle que la liberté de religion présente des aspects à la fois individuels et collectifs⁵ et, l'identification des appelants se fait par la reconnaissance d'un groupe religieux fermé sur la vie communautaire. Ces aspects collectifs sont limités toutefois, par la titularité individuelle

¹ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, précitée*, au §78.

² *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, précitée*, au §79, (nous soulignons).

³ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

⁴ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, précitée*, au §8.

⁵ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, précitée*, au §31.

de la liberté : « l'incidence de la mesure sur la communauté ne transforme toutefois pas la demande fondamentale – la demande individuelle des plaignants en vue d'obtenir un permis sans photo – **en revendication d'un droit collectif.** »¹ La communauté religieuse dispose, dès lors, d'une « représentation symbolique » dans le discours du juge. La liberté de religion des plaignants étant violée, la Cour suprême se place sur le terrain de l'article 1^{er} de la Charte.

524. Aussi, on retrouve une analyse *égalitariste* car la Cour ne se propose pas de trancher la question au niveau de l'analyse de la mesure la moins attentatoire, mais de déplacer l'analyse vers la proportionnalité des effets. La Cour distingue l'analyse fondée sur l'accommodement et de la validité constitutionnelle d'une mesure législative, qui se manifeste, notamment quant à leurs effets juridiques respectifs. En effet, si une pratique ou une norme porte atteinte à un droit protégé par la Charte, alors le pouvoir de réparation du tribunal relève de l'art. 24(1) de la Charte ; s'il s'agit de la constitutionnalité d'une mesure, le pouvoir de réparation relève du mécanisme d'inconstitutionnalité de l'art. 52 de la Constitution. Le mécanisme égalitariste de l'accommodement découlant de l'art. 15(1) dispose d'une portée ancillaire au niveau de l'appréciation de l'atteinte minimale d'une mesure « pour un individu en particulier. »² Pour opérer cette appréciation dans le cadre de l'article 1^{er} et évaluer la domination potentielle des plaignants, il faut procéder à « l'analyse du **contexte social** dans lequel s'applique la mesure législative. »³ C'est bien une critique de la domination structurant l'espace public. L'enjeu n'est pas le séparatisme, mais l'intégration : la religion « est de nature individuelle **quoique profondément communautaire.** »⁴ L'analyse porte sur la gravité de l'atteinte par la mesure sur le fidèle, donc sur ses *effets réels* : l'appréciation de la gravité est *in concreto*. La mesure n'empêche pas totalement le choix des membres Huttérites, mais en modifie les coûts, qui ne sont pas suffisamment élevés « pour priver les plaignants Huttérites de la liberté de faire un véritable choix relativement à leur pratique religieuse. »⁵ La juge Abella est en désaccord, sur ce point, dans sa dissidence. Il s'agit d'une violation de « l'égalitarisme » présidant à la participation autonome à l'espace public des communautés religieuses, promu par la Charte.

525. Au terme de cette analyse de la liberté culturelle de religion et du modèle égalitariste de l'accommodement appliqué à la liberté de religion, il est possible de conclure que la liberté de religion est bien un vecteur de pluralisme en droit canadien. Cette dimension pluraliste que

¹ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précitée, au §31, (nous soulignons).

² *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précitée, au §67.

³ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précitée, au §69.

⁴ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précitée, au §89, (nous soulignons).

⁵ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, précitée, au 96.

l'on retrouve au stade de la détermination du champ, et de la violation, de la liberté, du principe d'interprétation, ou de la justification à la violation, procède d'une analyse en termes d'égalité rhétorique : l'article 15(1) présente un effet *ancillaire matériel* qui conduit à évaluer la domination pesant sur l'autonomie personnelle des individus identifiés à une communauté religieuse, dans leur participation à l'espace public. Les éléments de la théorie normative du républicanisme sont présents. L'effet de débordement du principe d'égalité sur l'interprétation des autres dispositions de la Charte, conduit à contextualiser l'appartenance identitaire du sujet, et à réguler les termes de son appartenance. Cet effet produit *une image juridique des groupes*. L'égalité rhétorique contribue bien à identitariser la liberté de religion en en faisant dans le même temps une liberté culturelle, participant de l'identité nationale. Ce discours est très net dans l'arrêt *B.C.G.S.E.U.* où la norme juridique devient particulariste, et où l'analyse de la Cour suprême découle d'une analyse de la domination dont peuvent faire l'objet certains sujets dans l'espace public¹. La Cour note, ainsi, que la vraie égalité, « exige de tenir compte des différences. »² La liberté de religion est un vecteur de pluralisme « identitarisée. »

B- Controverses autour du niqab : un constitutionnalisme « patriarcal »

526. *A priori* tout oppose ces deux décisions : l'autorisation du *niqab* pour le Canada (**2**), son rejet pour la France (**3**) ; une liberté culturelle de religion, comme vecteur de pluralisme, pour le premier, un universalisme juridique pour le second. Le Conseil constitutionnel a rejeté ces dimensions de la liberté de religion, tant pour l'aspect *droit collectif* qu'*accommodement religieux*³. Toutefois, ces deux juridictions constitutionnelles partagent l'essentiel : un même principe identitaire patriarcal d'agencement des corps féminins et religieux sur l'espace public (**1**). Selon A. Shachar, « ce qui est souvent perdu sont les pressions réelles auxquelles font face les femmes qui se couvrent, négociant leur position au sein des communautés religieuses et au-delà des frontières communautaires dans les sociétés sécularisées qui les voient de plus en plus comme avant-garde de l'extrémisme religieux. »⁴ Au-delà d'une absence de principe de la liberté culturelle comme vecteur de pluralisme en droit français, les deux cultures partagent un principe *hétéropatriarcal* d'orientation identitaire des corps dans l'espace public.

¹ Pour une approche critique des aspects normatifs : TREMBLAY (L.B.), « Religion, tolérance et laïcité », *op. cit.*, pp. 251-256.

² *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3, au §81.

³ Décision n°2004-505 D.C., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, précitée, respectivement cons. 16 et 19.

⁴ SHACHAR (A.), « State, Religion, and the Family: The New Dilemmas of Multicultural Accommodation », in AHDAR (R.) and ARONEY (N.) (eds.), *Shari'a in the West*, Oxford U.P., Oxford, 2009, pp. 115-133, pp. 118, (nous traduisons).

1- Orientation hétéropatriarcale et sécularité identitaire de l'espace public

a- Le corps féminin et le niqab comme « agencements morbides »

527. Les conflits autour de la *burqa*, du *niqab* ou du *hijab*, sont un conflit autour de la signification nationale/iste que l'on projette sur le voile. En effet, le corps de la femme portant le *niqab* est territorialisé de façon morbide – que Mbembe qualifie de *nécropolitique* – est-elle vulnérable ou terroriste. Cette vision du voile appelle à un risque de mort (*the risk of death*). Selon Mbembe, « l'expression ultime de la souveraineté réside dans le pouvoir et la capacité de déterminer qui peut vivre et qui peut mourir. »¹ La souveraineté définit ce qu'est *la vie*. En orientant ces femmes par la lentille de l'altérité, ces conflits produisent une notion fictionnelle d'ennemi et un besoin de réaffirmer les frontières de l'État que S. Ahmed qualifient de « rencontre étrange » : « rencontres avec les étrangers, ceux au-delà de la catégorie même de 'l'humain'. »² L'altérité rappelle que ce qui *excède* notre connaissance est *sur-présenté*. Représenter la différence est un mécanisme réaffirmant l'humanité du nous. Cette étrangeté de la présentation corporelle récupère l'au-delà de l'humain « dans la singularité d'une forme donnée. » L'étranger devient un « fétiche, » « **abstrait** des relations **qui lui ont permis ici d'exister et de réapparaître** peu importe où nous regardons. » Un fétiche est représenté et extrait de la relation temporelle qui l'a vu naître pour être ensuite répété. Le dangereux est vu comme « en dehors, » et cet en-dehors est « contenu »³ par la figure de l'étranger, à laquelle nous imaginons avoir déjà fait *face* : « l'étranger est alors une catégorie au sein d'une communauté donnée de citoyens ou de sujets : comme outsider inclus, il assure une fonction spatiale, établissant des relations de proximité et de distance au sein d'un home(land). »⁴ En recréant cet extérieur, l'étranger définit la frontière de l'appartenance nationale, non comme celui que nous échouons à reconnaître, mais que nous avons *toujours déjà* défini comme tel⁵.

528. La souveraineté n'est plus, alors, définie comme une relation verticale, mais à travers la régulation du processus de constitution du sujet, comme performance d'une Nation. Selon Deleuze et Guattari, la religion, comme agencement territorial, permet un « regroupement des forces » : « le territoire regroupe toutes les forces des différents milieux en une seule gerbe

¹ MBEMBE (A.), « Necropolitics », *Public Culture*, 2003, vol. 15, n°1, pp. 11-40, p. 11 et spéc. p. 16, (nous traduisons).

² AHMED (S.), *Strange Encounters*, *op. cit.*, p. 1, (nous traduisons).

³ BEHIERY (V.), « Bans on Muslim Facial Veiling in Europe and Canada: A Cultural History of Vision Perspective », *Social Identities*, 2013, vol. 19, no. 6, pp. 775-793.

⁴ AHMED (S.), *Strange Encounters*, *op. cit.*, p. 3, (nous traduisons). « Home(land) » signifie à la fois le national et le familial.

⁵ FOURNIER (P.), « Headscarf and Burqa Controversies at the Crossroads of Politics, Society and Law », *Social Identities*, 2013, vol. 19, no. 6, pp. 689-703.

constituée par les forces de la terre. »¹ Comme ils le précisent, « en lui ou hors de lui, le territoire renvoie à un centre intense qui est comme la patrie inconnue, source terrestre de toutes les forces, amicales ou hostiles, et où tout se décide. » Ces marques regroupent les forces et, au premier titre desquelles, se trouve la question du *niqab*. La religion musulmane est territorialisée à travers cette marque qu'est le voile, « l'accent mis sur un repère visuel de l'identité devient associé au corps féminin » : un marqueur visuel corporéalise une identité à travers son inscription au sein du corps féminin, un corps « agencé » comme terroriste². Le *niqab* corpo-réalise une identité nationale *genrée*. L'hétéropatriarcalisme est une dimension de l'hétéronormativité : l'identification obligatoire à l'hétérosexualité joue un rôle politique, en maintenant une hiérarchie de genres³. L'hétérosexualité, exigeant que hommes et femmes soient genrés, distingués et opposés, c'est la raison pour laquelle ils doivent être différemment socialisés ; cette socialisation emportant, par ailleurs, une forme de domination du *masculin*.

b- La charge identitaire⁴ de la sécularité : les normes de la sécularité

529. La question du *niqab*, telle qu'en ont eu à connaître les cours constitutionnelles, est une problématique complexe. La musulman-ité est marquée par un élément d'étranger-été constitutif – une « charge d'étrangeté »⁵ – et par un déficit épistémologique, dans les sociétés sécularisées : la sécularité est une condition à la nation, qui est liée à une structure de l'égalité entre hommes et femmes. La sécularisation va organiser *ce que peut faire* ce corps voilé. Le processus de sécularisation est chargé d'une puissante force d'orientation identitaire comme l'ont démontré les travaux de l'anthropologue T. Asad. La construction de l'espace public démocratique procéderait d'une lecture erronée de l'Islam⁶. La démocratie est présentée comme trouvant essentiellement ses racines dans le catholicisme, séparant, à la différence de l'Islam, les sphères religieuses et politiques. Aussi, l'Islam est rendu *étranger* à la démocratie. Il s'agirait d'une relecture parcellaire de l'histoire du catholicisme qui conduit à assurer la prégnance chrétienne des termes d'organisation de l'espace public. Le langage du libéralisme, de la propriété et de la substituabilité des individus, servant à construire le discours politique,

¹ DELEUZE (G.) et GUATTARI (F.), *Mille Plateaux*, *op. cit.*, p. 395.

² SHACHAR (A.), « State, Religion and the Family », *op. cit.*, p. 118.

³ CAMERON (D.) and KULICK (D.), *Language and Sexuality*, *op. cit.*, pp. 44-45.

⁴ Notion empruntée à GAUDREAULT-DESBIEENS (J.-F.), « Du droit et des talismans », *op. cit.*, 1998.

⁵ BUTLER (J.), *Parting Ways: Jewishness and the Critique of Zionism*, Columbia U.P., New York, 2012, p. 124, empruntée à H. Arendt.

⁶ ASAD (T.), « Free Speech, Blasphemy, and Secular Criticism », in ASAD (T.), BROWN (W.), BUTLER (J.), MAHMOOD (S.) (eds.), *Is Critique Secular ? Blasphemy, Injury and Free Speech*, U. of California P., The Townsend Papers in the Humanities No. 2, Berkeley, 2009, pp. 20-63.

exclurait l'islam, dont l'expérience mondaine est réduite à une caractéristique : son étrangeté face à l'expérience chrétienne du monde comme espace de légitimité des expériences du sujet.

530. Lorsque cette conception de la sécularité n'est pas défendue, cela implique une remise en cause des valeurs de la démocratie : « le choix est clair, avec cette formule : soit contre les valeurs du séculier soit en leur faveur. »¹ Le débat est normatif, puisque la référence à la sécularité traduit un *jugement*. Le séculier est construit à partir de prémisses normatives sur le sujet, la religion, le langage et le droit ; et ce sont, précisément, par ces prémisses normatives que l'on tente de rendre compte de la question du *niqab*. Ce débat est, donc, orienté *ab initio*. L'expérience de la femme portant le *niqab* est traduit par un trope sémiotique, « selon lequel les signifiants sont arbitrairement liés aux concepts, leur sens ouvert à la lecture des individus mais en accord avec un code particulier de normes, partagé entre eux. »² Cette orientation donne sens à l'expérience religieuse et l'espace public traduirait une forme d'attachement identitaire. Le corps portant le *niqab* est représenté comme un complexe de significations évalué à travers les normes chrétiennes de la sécularité où la religion est vue comme un *choix*. L'invocation de la liberté de religion conjure un univers symbolique de représentations. Le droit repose sur une *discipline* de la subjectivité religieuse : « les mécanismes du droit ne sont pas neutres mais codés par un ensemble de présupposés épistémologiques et culturels, qui ne sont pas indifférents à la manière avec laquelle la religion est pratiquée et expérimentée. »³

531. Localisation et stabilisation du phénomène par l'univers symbolique véhiculé par la liberté de religion méritent d'être questionnées : « nous devons nous demander pourquoi nous le localisons au sein de ce cadre particulier et à quel prix nous écartons les cadres concurrents ou alternatifs au sein desquels il est figuré et circulé. »⁴ La description est déjà insérée dans un réseau normatif précédant et matérialisant le phénomène. Le séculier émerge de sources religieuses, qui ne sont jamais vraiment dépassées, lors de son processus d'émergence⁵. Par conséquent, l'on ne peut parler, abstraitement, de la place de la religion au sein de la sphère publique, puisque chaque religion présentera une relation spécifique à ce que l'on qualifie de espace *public* : « il y a une pluralité de positions religieuses relatives à la vie publique et une

¹ MAHMOOD (S.), « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide ? », in ASAD (T.), *op. cit.*, pp. 64-100, p. 64, (nous traduisons).

² MAHMOOD (S.), « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide ? », *op. cit.*, p. 70, (nous traduisons).

³ MAHMOOD (S.), « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide ? », *op. cit.*, p. 88, (nous traduisons).

⁴ BUTLER (J.), « The Sensibility of Critique: Response to Asad and Mahmood », in ASAD (T.), *op. cit.*, pp. 101-136, et spéc. p. 104, (nous traduisons).

⁵ BUTLER (J.), *Parting Ways*, *op. cit.*, p. 9.

pluralité de conceptions de la vie publique au sein des groupes religieux. »¹ S'interroger sur les modalités de publicisation de la religion, c'est s'interroger d'abord sur les processus, antérieurs, de privatisation de la religion. La question devient, alors, celle de savoir quelles religions ont été reléguées dans la sphère privée par l'invocation de la sécularisation et quelles religions circulent implicitement au sein de la sphère publique, et la structure normativement.

532. Une distinction est, alors, créée entre les religions, dont on suppose qu'elles supportent une sphère publique séculière, et celles que l'on juge comme menaçant cette même sphère². La sphère publique présuppose une tradition religieuse comme étant le séculier³ et certaines religions, déjà publiques, aident à la détermination des critères de distinction du public et du privé. La religion fonctionne comme une matrice de formation du sujet juridique. La sphère publique est alors codée par un réseau implicite de références structurant normativement ce qui peut être dit et ce qui peut être entendu. Cette saisie de l'étranger est signifiée au sein de ce code normatif de la sphère publique : « dans chaque cas nous nous confrontons aux **limites posées à l'audibilité par lesquelles la sphère publique est constituée.** »⁴ Ce que peut faire le corps de la femme portant le *niqab* est préconstitué par un certain cadre d'intelligibilité qui l'appréhende, dont il s'agit de déterminer les orientations et les conséquences. Selon Deleuze et Guattari, le « Corps sans Organe » devient un « Organisme » à partir du moment où le premier est *agencé*, selon les normes du second. Le Corps sans Organe de la femme portant le *Niqab* devient un *organisme* à partir de son codage implicite et normatif, dans l'espace public.

c- Patriarcalisme et construction occidentale du *niqab*

533. Dans un ouvrage récent, L. Ahmed s'est interrogée sur la résurgence contemporaine du voile et sa construction sociale⁵. Alors que c'est une interprétation islamique qui domine, aujourd'hui, la représentation de la religion musulmane, en « Occident, » c'est à un mouvement interne de promotion de l'égalité de genre que l'on assiste : ces femmes portant le *niqab* seraient l'avant-garde de cette égalité. Il y a, en effet, une multitude de raisons qui poussent une femme à porter le *niqab*, et cet ensemble ne peut être réduit à une hiérarchie de

¹ BUTLER (J.), *Parting Ways*, *op. cit.*, p. 114, (nous traduisons).

² BUTLER (J.), *Parting Ways*, *op. cit.*, p. 115 : « those that, like Christianity, are understood to provide the cultural preconditions of the public, whose symbols circulate freely within the public, and those that are considered to threaten the foundation of secular life. »

³ ROSENFELD (M.), « Recasting Secularism as One Conception of the Good Among Many in a Post-Secular Constitutional Polity », in ROSENFELD (M.) and MANCINI (S.) (eds.), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford U.P., Oxford, 2014, pp. 79-108.

⁴ BUTLER (J.), *Parting Ways*, *op. cit.*, p. 119, (nous soulignons).

⁵ AHMED (L.), *A Quiet Revolution. The Veil's Resurgence from the Middle East to America*, Yale U.P., New Haven and London, 2011.

genre. Par ailleurs, c'est, historiquement, par une lecture occidentale que « voile » et « oppression féminine » ont été liés : le voile a été caractéristique à la fin du XIX^{ème} siècle de la production d'une *géographie imaginaire*. Le voile n'était pas considéré comme un symbole religieux, il pouvait être compris comme un accessoire vestimentaire, très diversifié : il s'agissait d'une norme *culturelle* et non *religieuse*. Ce sont d'abord les Européens – par ailleurs, opposés à l'égalité de genre en Europe – qui ont produit une stigmatisation de l'Islam à travers un argument lié au patriarcalisme ; la route du *progrès* tracé par l'Europe était celle d'un rejet du *niqab*. Cette lecture du progrès a conduit à une imprégnation des valeurs occidentales perturbant les stratégies d'égalité de genre initiées antérieurement. Aussi, au XXI^{ème} siècle, « se voiler en est venu à être identifié avec une pratique islamiste. »¹ Le *niqab* symbolise *l'infériorité* de l'Islam en tant que « civilisation » pour l'Occident, archaïque et patriarcale : « durant les dernières décennies du XIX^{ème}, ces thèmes de l'infériorité raciale, religieuse, et civilisationnelle se sont concentrés sur la condition des femmes et les manières par lesquelles les hommes des Autres sociétés les oppressaient et les dégradait. »² De sorte que, « le signe visuel et disruptif du voile devint symbolique du traitement dégradant des femmes par l'islam et de son infériorité fondamentale. »³ Souligner cette oppression assignait des rôles genrés au sein de sociétés où la femme devait performer une certaine « féminité. » C'est afin de pérenniser la construction occidentale du masculin que le voile devait être retiré.

534. Cette occidentalisation du voile est le passage d'une hiérarchie de genre à une autre, le transformant en symbole religieux national. Cette construction du voile a été récupérée par des lectures extrêmes de l'Islam : le port du voile est devenu obligatoire dans un conflit face à l'Occident. À partir du Wahhabisme de Qubt, l'unité des musulmans ne se ferait plus sur une base territoriale nationale, mais sur une base religieuse transnationale : « seul l'islam – et ni le nationalisme ou l'unité arabes, ni l'unité au nom d'une autre ethnicité – offrait un fondement propre et véritable à la foi, l'identité et l'unité des Musulmans. »⁴ Avec cette unité nationale au-delà des frontières territoriales, il s'agissait de faire participer les femmes à la contestation de l'Occident. Avec la sécularité, le voile corporéalise un conflit de civilisation et l'islamisme est devenu, pour l'Occident, la *seule* lecture de l'Islam⁵. Plus qu'un conflit autour du séculier, la régulation du *féminin* est performative des limites d'une *nation* occidentale, « la réception principale des discours féministes sur les musulmanes est une excuse libérale symbolique qui

¹ AHMED (L.), *A Quiet Revolution. The Veil's Resurgence from the Middle East to America*, op. cit., p. 37, (nous traduisons).

² AHMED (L.), *A Quiet Revolution. The Veil's Resurgence from the Middle East to America*, op. cit., p. 23, (nous traduisons).

³ AHMED (L.), *A Quiet Revolution. The Veil's Resurgence from the Middle East to America*, op. cit., p. 24, (nous traduisons).

⁴ AHMED (L.), *A Quiet Revolution. The Veil's Resurgence from the Middle East to America*, op. cit., p. 63, (nous traduisons).

⁵ AHMED (L.), *A Quiet Revolution. The Veil's Resurgence from the Middle East to America*, op. cit., p. 175, (nous traduisons).

laisse souvent non interrogée une binarité Ouest/Islam. »¹ Le *niqab* ne peut être compris sans souligner la saturation des corps par des tropes orientalistes qui alors circulent entre les Cours.

d- L'agentivité de la femme portant le *niqab* : que peut-faire un corps?

535. *Approcher* la question du *niqab*, c'est prendre conscience des normes qui font émerger ce phénomène comme *danger*. Selon S. Mahmood, c'est la notion d'*agentivité* de la femme qui porte controverse, agençant le *niqab* dans un ensemble de prémisses normatives relatives à la religiosité ou à la structure de genres. Le port du *niqab* est assimilé – dans une lecture occidentale de la subjectivité – à une menace pour l'*agentivité* de la femme² : « l'une des réactions courantes présuppose que ces femmes sont les pions d'un grand plan patriarcal qui une fois libérées de ces liens, exprimeraient naturellement leur horreur instinctive pour les mœurs islamiques traditionnels qui les gardent captives. »³ Le renouveau des mouvements de piété (*da'wa*) rend délicate la pensée féministe d'une subjectivité, qui poursuit des pratiques et des idéaux enchâssés dans une tradition qui n'accorderait qu'une position subordonnée aux femmes. Or, « les médias occidentaux continuent de peindre les femmes musulmanes comme inlassablement liées par les chaînes incassables de l'oppression religieuse et patriarcale. »⁴ La pratique corporelle du voile est un acte *symbolique*, qui présume une relation distincte entre l'extériorité et l'intériorité. « L'acte corporel » est une réalisation du sujet et une construction alternative de la subjectivité où le voile est lié à une forme d'attachement éthique au Prophète.

536. L'enjeu de la sécularisation a donc consisté à établir et stabiliser une distinction entre la croyance véritable en la divinité (qui est abstraite, universelle et acontextuelle) et le monde changeant des signes religieux, dont la signification est mondaine et, de façon contingente, reliée aux abstractions que ces signes supportent. Or, le mouvement de piété en Islam postule une relation différente entre les actes corporels dirigés vers l'extérieur et les croyances vers l'intérieur. La croyance est même une expression des actes corporels externes. Par ailleurs, « cette topographie du soi a de profondes conséquences sur comment la politique est vécue et imaginée. »⁵ Le croyant se trouve dans une forme de *relationalité iconique* avec le Prophète.

¹ PUAR (J.K.), *Terrorist Assemblages*, op. cit., p. 7, (nous soulignons et nous traduisons).

² BULLOCK (K.), *Rethinking Muslim Women and the Veil. Challenging Historical and Modern Stereotypes*, The International Institute of Islamic Thought, Herndon and Richmond, 2002.

³ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2^{ème} édition, 2012, p. 2, (nous traduisons).

⁴ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, op. cit., p. 6.

⁵ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, op. cit., loc. 205, (version électronique), (nous traduisons).

Il est un « réseau de significations » qui peut signifier à la fois une personne, une présence autorisée ou une imagination partagée¹. Cette relationnalité permet à un individu, ou à une communauté, dans sa relation au divin, de se retrouver au cœur d'une structure, qui influe sur la manière mondaine avec laquelle le croyant se *conduit*. Mohammed est regardé comme un exemple moral dont les mots et les actes sont compris, non en tant que commandements, mais comme moyens d'habiter le monde : « ces manières mimétiques de réaliser le comportement du Prophète sont vécues non comme commandements mais comme vertus que le croyant veut *ingérer*, comme s'il était la personne même du Prophète. »² Ce dernier est immanent dans son *exemplification* de la vertu : il n'est donc pas un signe référentiel qui existerait en dehors de l'essence qu'il dénote. C'est un attachement *corporel* comme mode de relation vertueuse au Prophète. La relation au divin comme relation *mimétique* est réalisée *corporellement*, et c'est cette relation corporelle qui constitue le substrat par lequel acquérir un positionnement pieux. Il s'agit littéralement *d'habiter* le modèle que l'on reproduit, *i.e.* une relation d'intimité à la figure divine. La réalisation corporelle est une *agentivité éthique* dans la relation au divin³.

537. L'agentivité est liée autant à la manière avec laquelle on *résiste* aux normes, qu'à la manière avec laquelle on *habite* ces normes : « le corps voilé devient le moyen nécessaire par lequel la vertu de modestie est créée et exprimée. »⁴ La performance corporelle par laquelle la norme est habitée est une « performance de sujet. » L'acte corporel « implique aussi un être présentant certains types de capacités fournissant la substance permettant d'appréhender le monde. »⁵ Les différents mouvements du corps voilés dans l'espace constituent la substance matérielle du domaine éthique. La religiosité est vécue comme une coordination entre les mouvements du corps et de l'âme, de l'extérieur et de l'intérieur. Ce mouvement corporel est un moyen de *réalisation du soi*. Ces pratiques corporelles sont une forme de topographie du sujet, dont l'architecture interne est immanente aux formes prises par ces pratiques. Le corps ne peut acquérir sa *forme* qu'à travers ces pratiques et formes corporelles. Partant, ces gestes corporels externes sont des aspects indispensables de la piété. Cette forme *d'attachement* est une remise en cause de l'approche occidentale de la subordination : « l'on ne peut simplement écarter le voile une fois une conduite modeste acquise, car le voile lui-même est une part de ce qui définit la conduite. »⁶ Les pratiques de modestie ne signifient pas « l'abjection » du

¹ MAHMOOD (S.), « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide ? », *op. cit.*, p. 74.

² MAHMOOD (S.), « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide ? », *op. cit.*, pp. 74-75, (nous traduisons).

³ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, *op. cit.*, loc. 223, (livre électronique).

⁴ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, *op. cit.*, p. 22, (nous traduisons).

⁵ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, *op. cit.*, p. 26, (nous traduisons).

⁶ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, *op. cit.*, p. 158, (nous traduisons).

féminin dans le discours islamique, mais l'articulation d'un discours positif et immanent d'être au monde. La répétition de ces pratiques réalise un être *vertueux* et un sujet *accompli*.

538. Cette analyse critique a permis de démontrer la complexité des arcanes identitaires de la sécularité, et les difficultés normatives et axiologiques dans lesquelles la question du *niqab* est agencée. Au-delà de la différence de contexte juridique quant à la réception du pluralisme, la France et le Canada partageraient un même principe patriarcal d'agencement des corps sur l'espace public. L'hétéropatriarcalisme serait le second élément de la structure identitaire de la souveraineté. C'est « ce que persiste dans ces exemples de tensions entre la religion et l'État, quand l'emphase sur un marqueur visuel de l'identité est associée au corps féminin. »¹

2- La non-domination canadienne : l'autorisation sous condition du *niqab*

539. La Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada, si elles se sont fondées, d'un point de vue identitaire, sur la vulnérabilité de la femme portant le *niqab* dans son accès à l'espace public, ont adopté une ratio opposée à celle du Conseil constitutionnel : les unes aboutissent à autoriser, sous condition, le port du *niqab* dans *l'enceinte d'un tribunal*, l'autre confirme la constitutionnalité d'une loi venant interdire le port du *niqab* dans *l'espace public*. Toutefois, la Cour d'appel de l'Ontario (a) et la Cour suprême du Canada (b) partagent avec le Conseil constitutionnel, une même orientation patriarcale et occidentale de l'espace public. Le républicanisme canadien est davantage critique, toutefois, en contextualisant la domination que pourrait subir la femme portant le *niqab* dans son accès égalitaire à l'espace public.

a- La Cour d'appel de l'Ontario

540. Dans une décision unanime, la Cour d'appel de l'Ontario devait répondre à la question de savoir si une femme pouvait témoigner devant la Cour en portant son *niqab*² ; une femme qui, par ailleurs, avait fait l'objet de nombreuses agressions sexuelles de la part de son oncle et de son cousin entre 1982 et 1987, alors que cette dernière n'était âgée que de six ans. Selon la Cour, « N.S. is a **Muslim**. She wears a full body dress or hijab and a veil or niqab, which covers her entire face except for her eyes. N.S. wears the hijab and niqab when she is in public

¹ SHACHAR (A.), « State, Religion, and the Family », *op. cit.*, 118, (nous traduisons).

² R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §1 : « wear a veil covering a face. »

or in the presence of males who are not ‘direct’ members of her family. »¹ La Cour d’appel identifie, donc, N.S. comme musulmane et portant le *niqab* : la Cour oriente son raisonnement vers l’agencement culturel du *niqab*. La Cour d’appel se trouvait confrontée à un délicat équilibre, de conflits de valeurs, auquel elle a tenté d’apporter un cadre d’analyse. Avant d’être un conflit de valeurs, ce contentieux est, d’abord, un conflit de droits. Ce conflit est celui de la liberté de religion soulevée par l’appelante et le droit constitutionnel de pouvoir faire un examen croisé de la crédibilité du témoin ou examen du comportement du témoin. Le conflit formel de droits oppose la liberté de religion protégée par l’article 2(a), et les articles relatifs aux garanties juridiques en matière pénale prévues par les articles 7 à 14, de la Charte.

541. L’on retrouve dans la motivation des juridictions canadiennes, une analyse néolibérale portant sur le *coût* du choix de cette croyance. L’enquête préliminaire avait ainsi souligné que ce *coût* ne serait pas suffisamment important puisque l’appelante avait découvert son visage pour faire la photo de son permis de conduire (§6). La Cour d’appel écarte ce moyen sans, toutefois, écarter une telle analyse économique. La Cour supérieure avait décidé que la cause devait retourner devant le juge de l’enquête préliminaire pour être de nouveau jugée, annulant la première ordonnance (§19) : si ce juge devait demander à l’appelante de retirer son *niqab*, devrait être conduite, auparavant, une analyse poussée de la liberté de religion et des raisons pour lesquelles ce voile était porté (§13). Partant, l’analyse porte sur *la contextualisation de la domination*. L’appelante porte sa cause en appel, afin de contester la compétence du juge de l’enquête préliminaire. La Cour d’Appel rappelle que ce juge n’a pas de compétence de réparation en vertu de la Charte canadienne ; la Cour note, toutefois, que ce juge doit prendre en considération les valeurs et principes enchâssés dans la Charte, lorsqu’il exerce ses pouvoirs statutaires, concluant, par suite, que ce juge est compétent, afin de décider de la manière avec laquelle un témoin devra témoigner. La détermination de la compétence du juge se fait, par conséquent, par l’encadrement axiologique des valeurs de la Charte.

542. La Cour, dans un second temps, tente de soumettre une nouvelle approche de la question sociale controversée du port du voile en matière criminelle. La Cour note, toutefois, que le forum judiciaire n’est pas le lieu approprié à la résolution des conflits sociaux de cette nature : « Those difficult and important questions are not the focus of this proceeding and cannot and should not be resolved in this forum. »² Les questions identitaires complexes

¹ R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §3.

² R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §41.

doivent être réglées par le législateur. Cette prise de distance se marque, cependant, par un parallèle délicat entre le fait de porter un voile et le fait de porter des lunettes de soleil : « take for example, a witness who is wearing dark sunglasses when that witness takes the stand. »¹ Même si la Cour note, plus loin, ne pas prétendre résoudre cette dernière question aussi facilement que la question du *niqab*², on peut implicitement comprendre que ces deux questions se placent sur un même continuum, ce qui justifierait le saut qui est fait, dans le raisonnement de la Cour, de la religion à la vulnérabilité sociale de la femme. Ce parallèle aurait pu être l'occasion pour la Cour d'appel de s'interroger sur la domination : pourquoi territorialise-t-on différemment un corps portant le *niqab* et un corps portant des lunettes de soleil ? La capacité à être sur l'espace public de ces deux corps est différente, la différence tenant à la structure affective projetée sur le *niqab*. Aussi, tout contentieux de ce type ne peut être réglé de façon trop générale, et doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas (§48).

543. Lors d'un conflit de valeurs portant sur les droits garantis par la Charte, la Cour rappelle une solution établie par la Cour suprême du Canada en vertu de laquelle aucun droit n'est absolu, et aucun droit n'est par essence supérieur (§48). Partant, tout droit fondamental peut être limité dans le cadre de l'article 1^{er} de la Charte; et, en vertu d'une jurisprudence constante, il n'y a pas de hiérarchie entre les droits fondamentaux. La Cour d'appel propose, alors, une méthode de réconciliation de ces conflits (§47) : il s'agit, tout d'abord, d'analyser (§70) si la liberté de religion a été violée – une question à laquelle la Cour apporte une réponse positive ; il s'agit ensuite d'évaluer le niveau d'interférence avec le droit de l'accusé à mener un contre interrogatoire (§64) – une question à laquelle la Cour apporte une réponse positive. Selon les termes de la Cour, « the first step in the reconciliation process requires one to identify and describe the constitutional values engaged by the competing arguments. »³ La Cour doit identifier ces valeurs en conflit. Dès lors qu'il est constaté que l'on fait face à un *vrai* conflit de droits, la Cour doit tenter de les réconcilier en tentant de leur donner à chacun des effets propres (§47 et 73) : ce à quoi la Cour parvient par une analyse contextuelle (*the relevant context*) (§73). La Cour rappelle que lors de cette analyse contextuelle, le juge doit prendre en considération d'autres valeurs sous-jacentes garanties par la Charte, comme la protection des minorités et l'accès à la justice (§79) : « N.S. is a Muslim, a minority that many believe is unfairly maligned and stereotyped in contemporary Canada. » L'obligation de

¹ *R. v. N.S.*, 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §42.

² La Cour précise ainsi, au §44 : « I do not suggest that the issues surrounding the wearing of the Niqab can necessarily be resolved as easily as the issues arising out the sunglasses hypothetical. »

³ *R. v. N.S.*, 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §49.

retirer le voile pourrait accentuer la crainte des femmes musulmanes de témoigner devant une Cour. Partant, la Cour procède à une certaine analyse contextuelle de la domination des corps féminins portant le *niqab*. La protection de la liberté de religion et l'autorisation du port du *niqab* peut être, en effet, conceptualisée comme une forme de pluralisme juridique justifié par ce contexte multiculturel : « allowing her to wear a niqab could be seen as a recognition and acceptance of those minority beliefs and practices and, therefore, a reflection of the multicultural heritage of Canada recognized in s. 27 of the Charter. »¹ Sont ainsi associées ici une conception de l'identité musulmane et de la norme religieuse, par une approche groupale d'une liberté constitutionnelle, interprétée à travers le principe multiculturel d'interprétation, garantie à l'article 27 de la Charte. Ce principe joue comme reconnaissance, et régulation : le discours multiculturel agit en accueillant l'étranger, comme « origine » de la différence.

544. C'est cet « accueil-rejet » de celui qui est déjà reconnu comme étranger, qui produit cette figure de l'étranger. En outre, cette régulation est marquée subséquemment par la Cour, qui passe d'une analyse en termes de vulnérabilité sociale de la femme musulmane – donc religieuse et genrée – à une analyse en termes d'égalité de genre : « N.S. is also **a woman** testifying as an alleged victim in a sexual assault case. » La cour saisit donc la plaignante à travers le parcours genré de « a woman, » l'insérant dans la construction publique du genre. La Cour précise, « permitting her to wear the niqab while testifying would recognize her as an individual and acknowledge the particularly vulnerable position she is in when testifying as an alleged victim in a sexual assault prosecution. »² La spécificité culturelle est effacée au profit d'une approche occidentalisée, celle d'une femme individuelle et vulnérable. L'on passe d'une approche intersectionnelle à une approche en termes d'agencement, où la religion est territorialisée à travers le *niqab*, comme une position de vulnérabilité multiculturelle. Ce qui fait de la religion un « regroupement de forces » n'est pas l'approche subjective du sujet juridique, mais la territorialisation constitutionnelle de la religion et son interprétation genrée. Comme le note la Cour : « Adjusting the process to ameliorate the hardships faced by a complainant like N.S. **promotes gender equality.** » C'est une question d'égalité de genre.

545. Ce qui est important n'est pas tant le fait que la Cour propose de modifier la procédure criminelle pour permettre de porter le *niqab*, mais bien la territorialisation de ce dernier pour justifier une modification processuelle. Ce n'est pas une réinterprétation des codes éthiques

¹ R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §79.

² R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §80, (nous soulignons).

occidentaux, structurant la démonstration de la crédibilité d'un témoin, qui sont interrogés. La vulnérabilité multiculturelle est l'occasion d'une performance culturelle réassociant, par suite, des stéréotypes à la religion musulmane. Ce n'est qu'en permettant à une femme musulmane de porter le *niqab* devant une cour de justice, que lui seront fournis les moyens de résister à une religion « patriarcale. » Cette approche se vérifierait implicitement dans les termes de la Cour puisque cette dernière rappelle qu'il y a, aussi, un intérêt social important, dont il faut tenir compte : « allowing a witness to testify with **her face partly covered** affords the witness **a degree of anonymity that undermines the transparency and individual accountability** essential to the effective operation of the criminal justice system. »¹ Cette assertion n'est pas, elle, interrogée. Ce qui est adapté n'est pas tant le système judiciaire canadien, que la territorialisation du *niqab* en regard d'un principe canadien constitutionnel d'égalité de genre.

546. Logiquement, la Cour d'appel propose comme moyen de réconciliation de ces valeurs ce qu'elle qualifie de « compromis constructifs » (§84) : en l'espèce cela pourrait consister à faire sortir l'ensemble des hommes de la salle d'audience, la possibilité d'être interrogée par une femme, la possibilité que cet examen soit mené d'abord à huis clos, puis rendu public etc. Enfin, si le juge ne parvient pas à concilier ces droits, il faudrait demander à l'appelante de retirer son *niqab*, après une analyse qui s'apparente matériellement à la procédure de l'article 1^{er}. Comme le conclut la Cour d'appel, « reconciling competing Charter values is necessarily fact-specific. Context is vital and context is variable. Bright line rules do not work. »² Ce principe d'égalité de genre a moins permis une approche intersectionnelle, qu'une approche en termes d'agencement. Le *niqab* apparaît agencé comme patriarcal. La Cour d'appel a été majoritairement louée comme favorisant une interprétation en termes d'égalité substantielle, protégeant la vulnérabilité de la femme : cette interprétation de la différence culturelle *spécifiée* serait compatible avec une identité canadienne assurant l'égalité hommes / femmes. Or, dans une certaine mesure, la Cour a clos le champ des interprétations possibles du *niqab*, ou en tout cas, a participé d'une réinterprétation de la signification de l'expérience religieuse.

b- La Cour suprême du Canada

547. L'audition devant la Cour suprême a porté très largement sur le caractère équitable de la procédure criminelle, et sur la possibilité d'évaluer le comportement du témoin à visage

¹ R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §82, (nous soulignons).

² R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670, précitée, au §97.

découvert. Alors que l’avocat de N.S. a plaidé en faveur d’une plus grande inclusion de ces femmes, les questions de la Cour ont porté sur la possibilité matérielle de conduire un contre-interrogatoire sans voir le visage du témoin. Il s’agissait, en somme, de mettre en balance une construction sociale du visage – le visage comme indice corporelle d’éthique, de vérité, d’honnêteté, une représentation du mouvement d’un corps juridique dans un espace judiciaire, et la position vulnérable des femmes musulmanes, une division culturelle et un patriarcalisme. En effet, ne pas autoriser le port du *niqab* contribuerait à la position culturelle et sociale de vulnérabilité des femmes, des femmes musulmanes, et des femmes portant le *niqab*. Comme l’a noté la très honorable Juge en Chef McLachlin à l’audience, « it is hard to reconcile values that are oppositional. » Alors que la décision rendue par la Cour d’appel tente de concilier ces valeurs, les débats devant la Cour suprême ont accentué un conflit culturel, de deux façons.

548. Du côté de la défense du caractère équitable de la procédure criminelle, le débat porte sur l’universalisation d’une forme d’éthique occidentale insistant sur une représentation du corps d’un témoin dans l’espace. En cachant son visage comme lieu d’expression d’une vérité, le *niqab* est territorialisé comme un manque de crédibilité, une culture du secret, et une absence d’éthique. Ensuite, du côté de la défense de la liberté de religion, l’accent est mis sur la vulnérabilité culturelle de la femme musulmane portant le *niqab*, et sur le patriarcalisme latent d’un tel système culturel. Le fait de porter le *niqab* rend les femmes musulmanes déjà dans une telle position de vulnérabilité, que leur retirer la possibilité de le porter à l’audience, contribuerait à une forme de désaffiliation sociale. En insistant moins sur un contexte culturel spécifique qui permettrait d’examiner la crédibilité du témoin, que sur le patriarcalisme et la vulnérabilité sociale, cette défense attache des traits culturels, à la domination de ces femmes. La vulnérabilité culturelle mal cadrée fonctionne, partant, comme concaténations identitaires.

549. La Cour suprême a rendu sa décision le 20 décembre 2012 par des motifs rédigés par la très honorable juge en chef B. McLachlin, une opinion séparée des juges Lebel et Rothstein et une dissidence individuelle de la juge R. Abella¹. La Cour suprême confirme largement la décision de la Cour d’Appel en rappelant que l’on ne peut admettre de solution tranchée en la matière (toujours ou jamais autoriser le *niqab*), mais tenter d’accommoder au maximum la croyance religieuse sincère de la plaignante ; si un accommodement n’est pas possible, dans ce cas, il faut tenter de pondérer au maximum et au cas par cas, le conflit de valeurs. Les juges Lebel et Rothstein soulignent, d’ailleurs, explicitement dans leurs motifs concordants que le

¹ R. c. N.S., [2012] 3 R.C.S. 726.

conflit n'est pas tant formel de droits, que matériel de *valeurs*. Pour eux, le *niqab* devrait être interdit à chaque étape de la procédure. Le conflit illustre « les tensions et les changements que suscitent l'évolution rapide de la société canadienne contemporaine et la présence croissante au Canada de nouvelles cultures, religions, traditions et pratiques sociales. »¹ La finalité de la Charte est de protéger la diversité tout en assurant son contexte d'expression, qui est un cadre de valeurs communes : ces valeurs communes « préservent un espace public où tous sont les bienvenus tels qu'ils sont, mais où certaines valeurs communes fondamentales favorisent l'interaction entre tous les membres de la société. »² Partant, le *niqab* ne serait pas compatible avec ces valeurs communes en bloquant la circulation de la communication et en élevant la différence culturelle au niveau de l'impossibilité d'un espace public commun.

550. En rappelant ces valeurs, les juges soulignent cette dimension proprement républicaine de la Charte : le *niqab* n'appert pas compatible « avec **les racines de notre société démocratique contemporaine.** »³ La métaphore des racines fait référence à la fois à la métaphore de la Constitution canadienne comme *arbre vivant*, et à l'enracinement identitaire de l'espace public démocratique : ses racines viennent limiter ce que peuvent *faire* les corps portant le *niqab*, au titre des valeurs communes. Seule la juge Abella souligne, précisément, l'orientation identitaire occidentale et patriarcale à partir de laquelle on interroge la question du *niqab* : hormis l'hypothèse relative à un doute quant à l'identité du témoin, le *niqab* devrait être autorisé à tous les stades de la procédure pénale. Il s'agit d'une analyse en termes de domination : l'on ferait porter à ces femmes l'obligation de faire un choix impossible « entre ses droits religieux et la présentation d'un témoignage pour sa propre défense. »⁴ On retrouverait, dans une décision que le républicanisme ne renierait pas, une lecture orientée de l'espace public, par un patriarcalisme occidental. L'interdiction contribuerait à stigmatiser ces corps alors que par ailleurs l'évaluation du comportement du témoin peut s'exprimer « par son regard, son langage corporel et ses gestes, »⁵ et pas nécessairement par son « visage. »

551. La Juge en chef rejette ces deux lectures opposées du conflit de droits et, en présentant l'affaire, établit un lien « d'obligation » entre la croyance sincère et le fait de porter le *Niqab*, qu'elle décrit comme « un niqab qui voile son visage, sauf les yeux. »⁶ En rejetant l'opinion

¹ *R. c. N.S., précitée*, au §59.

² *R. c. N.S., précitée*, au §71.

³ *R. c. N.S., précitée*, au §72, (nous soulignons).

⁴ *R. c. N.S., précitée*, au §82.

⁵ *R. c. N.S., précitée*, au §106.

⁶ *R. c. N.S., précitée*, au §1.

séparée, la juge rappelle que la sécularité ne conduit pas à un rejet de la religion de l'espace public. Au contraire, la Charte canadienne doit permettre une participation égalitaire de tous. La démarche adoptée à la suite de *Dagenais* privilégie un équilibre des droits fondamentaux en cas de conflit. Aussi, la juge en chef vise à proposer un cadre d'analyse afin d'orienter les juges qui auraient à statuer sur le *niqab*. Partant, la plaignante ne serait obligée d'enlever son *niqab* que si deux conditions sont remplies : **(a)** « l'obligation qui lui est faite d'enlever le *niqab* est nécessaire pour écarter un risque sérieux que le procès soit inéquitable, vu l'absence d'autres mesures raisonnables pouvant écarter ce risque » et **(b)** « les effets bénéfiques de l'obligation d'enlever le *niqab*, y compris ses effets sur l'équité du procès, sont plus importants que ses effets préjudiciables, y compris ses effets sur la liberté de religion. »¹

552. La juge en chef procède à l'identification de la plaignante *comme musulmane* voulant porter le *niqab*. La juge en chef procède d'abord, à la démonstration d'une atteinte à la liberté de religion, en se fondant sur la définition de la croyance sincère, proposée dans *Amselem*. La juge rappelle que la question de savoir si la plaignante a un droit religieux en vertu de l'article 2(a) « porte sur la sincérité de la croyance plutôt que sur sa force, »² écartant, dès lors, l'affirmation du juge de l'enquête préliminaire. Cette position concorde avec l'interprétation large de la liberté culturelle de religion. Toutefois, l'évaluation de la force de la croyance est déplacée au stade du « préjudice » qui résulterait d'une restriction de la liberté de religion. L'examen de la sincérité doit être complet et ne peut en aucun cas se fonder sur l'irrégularité de la pratique religieuse en cause « simplement parce qu'il a fait ce qui semblait être un compromis dans le passé **pour participer à un aspect de la vie en société.** »³ Cet accès à *la vie en société* est visé par l'article 2(a), et non un séparatisme fondé sur l'irréductibilité des différences : la possibilité d'un compromis souligne la *responsabilité* du *coût* découlant de la croyance. Le retrait du *niqab*, même au stade de l'évaluation du préjudice, en raison d'une force insuffisante de la sincérité de la croyance, est très différent de la religiosité comme « habitude éthique, » où ni le choix, ni l'agentivité ne sont des concepts pertinents. Sur ce point, la décision semble reproduire un schéma protestant du séculier, où manifestations intérieures et extérieures de la croyance sont distinguées, et qui pourrait, potentiellement réduire au silence l'expérience religieuse de *N.S.* en cas d'une habitude éthique distincte.

¹ *R. c. N.S., précitée*, au §3.

² *R. c. N.S., précitée*, au §13.

³ *R. c. N.S., précitée*, au §13, (nous soulignons).

553. Étant donné qu'aucun expert n'a témoigné en faveur des prétentions de la plaignante – et, voir le visage du témoin est nécessaire pour s'assurer de sa crédibilité – la juge se fonde, sans mise en preuve contraire, sur les principes fondamentaux du *Common Law*, établissant une présomption en faveur de la nécessité de voir le visage du témoin¹ : « il existe un lien étroit entre la possibilité de **voir le visage** du témoin et la tenue d'un procès équitable. »² Cette présomption s'inscrit dans un schéma occidental d'évaluation de la crédibilité liée à une représentation de ce que peut faire un corps. Cette lecture de la présomption du *Common Law* est dommageable, certes justifiée par l'absence de preuves contraires. Cela dit, cette question aurait pu permettre de procéder à une analyse contextuelle du *niqab*, assimilé à n'importe quelle autre entrave à la visibilité et à la crédibilité du témoin. En outre, il aurait été pertinent de prendre en compte le contexte culturel pour réévaluer la crédibilité et la visibilité du corps.

554. L'ouverture du prétoire contribue-t-elle à libérer la femme? Ce filigrane de libération – accordant ou retirant – pourrait contribuer à réduire au silence l'expérience réelle de la domination, lorsque la Cour clôt le champ des interprétations du *niqab*. Cette appropriation de l'expérience contribue à les rendre disponibles à une réappropriation corporelle des hommes, lorsque l'on souligne les jeux de pouvoir entre l'appelante et les accusés, appartenant à une même communauté. La présomption culturelle de sincérité en faveur des visages découverts modifie la capacité à être sur l'espace public, de ces corps soupçonnés et actualise un préjugé selon lequel les corps musulmans seraient essentiellement inquiétants. L'effet est paradoxal : cette présomption écarte la spécificité du *niqab* en réinscrivant N.S. dans un regard masculin. Aussi, si le *niqab* ne présente pas de problèmes sérieux pour l'équité du procès, le *niqab* peut être porté³. Le juge doit privilégier la possibilité de réaliser les deux droits : « le juge présidant l'enquête préliminaire doit envisager des possibilités d'accommodement en fonction de la preuve présentée par les parties. »⁴ L'approche de la Cour, nettement *égalitariste*, préconise une approche des effets « bénéfiques »/« préjudiciables » sur le modèle de *Oakes*.

555. Afin d'évaluer les effets sur la liberté de religion, le juge examine les préjudices qui résulteraient de la restriction à la liberté de religion. Cette approche de la sincérité vérifie, notamment, la force de la croyance, ce qui déterminera l'étendu du préjudice causé. Partant, la Cour contextualise à double titre, l'analyse du préjudice : « évaluer les répercussions de

¹ R. c. N.S., précitée, au §21.

² R. c. N.S., précitée, au §27, (nous soulignons).

³ R. c. N.S., précitée, au §29.

⁴ R. c. N.S., précitée, au §33.

l'omission de protéger **cette croyance sincère dans le contexte particulier** »¹ ; ensuite, « le juge devrait également prendre en considération l'ensemble des préjudices que causerait à la société l'obligation faite à la personne d'enlever le niqab pour témoigner. »² L'approche est égalitariste et républicaine dans la contextualisation du préjudice : tout dépendra *in concreto* de l'étendue du préjudice et de la *domination* pesant sur la femme dans l'accès à l'espace public, ainsi que pour l'identité constitutionnelle plus large qui protège le pluralisme. De là en découlera, une obligation plus ou moins large d'accommodement de la croyance sincère.

556. Le droit constitutionnel représente une issue pour les femmes qui décideraient de s'extraire de leur communauté : ces femmes « resteront sans recours pour les torts qui leur ont été causés. »³ Par ailleurs, ni la Cour d'appel, ni la Cour suprême ne s'interrogent, dans la contextualisation du préjudice porté à la liberté de religion de la plaignante, sur les relations de domination entre les membres masculins de sa famille, qui sont supposés avoir commis les agressions sexuelles, et la plaignante. En somme, si le filigrane identitaire de la Cour est que le *niqab* traduit une forme de patriarcalisme propre à l'Islam, le fait d'effacer la différence culturelle des accusés qui appartiennent à la même communauté contribue à réaffirmer le patriarcalisme supposé d'une telle culture, dédoublé par la Cour elle-même. Si ce n'était pas la question posée à la Cour, cela aurait pu être un contexte d'analyse. En effaçant la différence culturelle, la Cour suprême réaffirmerait une forme de patriarcalisme qui conduit à rendre perpétuellement disponible, le corps de la femme, à l'agression sexuelle. Partant, la Cour en ne réinterrogeant pas cette différence culturelle conduirait à reproduire certains présupposés coloniaux (*infra*, J.W.Scott) en vertu desquels le corps musulman est lascif et sexualisé – un prédateur – et le corps de la femme musulmane est passif, un réceptacle, un corps « désiré. »

557. Ainsi, certains éléments patriarcaux et coloniaux organisent cette décision, le principal tenant à la disponibilité du corps féminin⁴. Si le *niqab* n'est pas accepté, la femme est mise devant un *choix* à faire : soit retirer son *niqab*, soit ne pas témoigner. Son corps est agencé sur le mode de *l'excès*. Dans les deux cas, le corps de la femme portant le *niqab* appert comme ce corps par essence vulnérable qui est encore et toujours agressé sexuellement. Il s'agit d'une lecture occidentale de la religiosité qui même tenant compte de cette domination de la femme sur l'espace public continue à présenter le port du *niqab* comme un choix de manifestation

¹ R. c. N.S., précitée, au §36.

² R. c. N.S., précitée, au §37.

³ R. c. N.S., précitée, au §37.

⁴ BEAMAN (L.), « Overdressed and Underexposed or Underdressed and Overexposed? », *Social Identities*, 2013, vol. 19, no. 6, pp. 723-742.

extérieure de croyance qui ne ferait pas partie de l'expérience de la religiosité. Enfin, l'espace public demeure patriarcal et occidental, puisque la crédibilité de la femme portant le *niqab* est évaluée en fonction d'une lecture *masculiniste* et *colonialiste* de ce que peut et doit faire un corps. Il s'agit d'un agencement : le corps féminin portant le *niqab* est soit renvoyé dans la répétition de l'agression sexuelle, soit il est évalué selon un modèle masculin de ce que peut faire un corps. L'expérience éthique de la religiosité en Islam est tronquée par la disponibilité et la visibilité perpétuelles à l'agression. Un corps féminin ne devient « crédible » que dès lors qu'il est rendu « disponible » à *un* regard masculin, à ne pas essentialiser, non plus, toutefois.

3- La vulnérabilité française de la femme : refus du *niqab* comme « corps terroriste »

558. L'acceptation canadienne du *niqab* est conditionnée à la disponibilité sexuelle et au patriarcalisme. La disponibilité sexuelle est, aussi, marquée dans la décision française comme opérateur d'agencement, à laquelle s'ajoute l'agencement « *terroriste*. » Avant de démontrer qu'un même principe d'agencement patriarcal préside à la décision française de refus (b), il est important de préciser le contexte général dans lequel s'inscrit la présente décision (a).

a- Le contexte français : politique française du *niqab* et républicanisme(s)

559. La décision de 2010 s'inscrit dans une politique française de l'Islam qui a commencé avec l'avis rendu par le Conseil d'État en 1989. L'interdiction a été inscrite dans le droit positif par la loi du 15 mars 2004 venant interdire le port de tout signe religieux ostentatoire à l'école publique. Cette controverse, très largement construite par les médias et le recours à la figure de l'intellectuel, non seulement démontre le poids de l'histoire coloniale de la France et la sédimentation d'une charge identitaire colonialiste à l'encontre des corps musulmans, mais aussi des préoccupations politiques plus larges liées à l'identité nationale républicaine : la montée du communautarisme, l'extrémisme religieux, ou encore l'égalité de genre. Au total, le voile n'apparaît que comme un prétexte à des enjeux politiques¹ et une reconstruction orientaliste² du corps musulman. Le voile est, par conséquent, considéré comme inamical aux traditions et aux normes juridiques françaises, violant à la fois la séparation de l'Église et de l'État, insistant sur l'incommensurabilité des différences culturelles dans une nation une et

¹ BOWEN (J.R.), *Why the French Don't Like Headscarves: Islam, the State, and Public Space*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2007, pp. 5-7.

² Voir E. Saïd, *supra*, pour la définition de l'orientalisme.

indivisible, et acceptant, en dernier lieu, la subordination des femmes, dans une République fondée sur l'égalité¹. Le *niqab* introduit des signes de différences privées et de division religieuse sur l'espace public, la primauté du croyant sur le séculier, ne respecte pas l'égalité entre les enfants, et remet en cause le schéma global de religiosité. La réaction française au *niqab* traduit une forme de républicanisme de combat ou excessif. Bannir le voile est le *geste symbolique* d'un *conflit de nations* manifestant une position des démocraties contre l'Islam : c'est, ainsi, que l'on peut lire la référence constitutionnelle à l'exceptionnel ou la réserve de *républicanité*. On inscrit une « structure affective » sur le corps voilé, performant la culture islamique comme tout, l'islamisme radical et le patriarcalisme. Dans cette controverse, c'est *le corps des femmes* qui représente *excès, danger et oppression* : « it is as if patriarchy was a uniquely Islamic phenomenon. »² L'équation est : Voile ⇔ Islamisme, communautarisme, patriarcalisme ⇔ excès et danger ⇔ menace pour la République. Le port du voile se présente comme l'antithèse du républicanisme français dont l'universalisme implique que l'individu se présente sur l'espace public dénué de toute appartenance concrète. L'abstraction permet de définir l'individu comme le *même* ; or cette *mêmeté* est mesurée selon les termes spécifiques d'un mode d'être français au monde. Le voile projette un élément d'étranger-été sur les corps, délimitant intérieur et l'extérieur de la vie bonne ; le corps est la frontière de la citoyenneté³. Ces étapes sont l'avis du Conseil d'État du 27 novembre 1989, la circulaire Bayrou du 20 septembre 1994, annulée par le Conseil d'État, la Commission Stasi, et la loi de mars 2004.

560. Cette controverse permet, selon J. Scott, de soulever différents principes structurants du républicanisme français : ces principes orientent la capacité des corps sur l'espace public. Il s'agit, tout d'abord, de l'assimilation négative de *l'ethnicité* et du *racisme*, dont le réservoir de significations remonterait, selon l'historienne, au début du XIX^e siècle et la première conquête de l'Algérie en 1830. La question du voile serait historiquement liée, en France, à un discours de la race, associé à un discours de *civilisation*. L'Islam marquerait, du point de vue colonialiste, ces corps par un affect de race « à part » (*apartedness*), de l'ordre de *l'excès* : un discours que l'on retrouve chez le libéral Tocqueville, par exemple⁴. Partant, l'universalisme des droits de l'homme est lié à l'abject de son dehors constitutif. L'empire colonial français, en Algérie, classe, d'ailleurs, hiérarchiquement ses habitants, une politique soutenue par une production intellectuelle contribuant à marquer durablement les corps musulmans comme

¹ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2007, p. 1.

² SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, *op. cit.*, p. 4.

³ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, *op. cit.*, p. 34 : « it was either Islam of the Republic. »

⁴ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, *op. cit.*, p. 46 : Tocqueville, 1843, « I must say that I emerge convinced that there are in the entire world few religions with such morbid consequences as that of Mohammed. »

inférieurs. Ces corps musulmans sont produits comme *lascifs* et *excessifs*. Les corps masculins sont criminalisés alors que les corps féminins sont érotisés, dans l’imaginaire du regard colonial, objets de fantasmes avec l’image du harem. La femme était alors vue comme doublement emprisonnée : dans le harem et, soustraite au désir patriarcal du colonisateur français, derrière le voile. Par ailleurs, en soustrayant la visibilité du corps féminin au regard de l’homme, le voile aurait contribué à une décadence homosexuelle. À la perversité des hommes, s’ajoute donc la passivité des femmes. Durant la guerre d’Algérie, la lutte contre le voile – qui ne représente plus un marqueur culturel ou religieux, mais un acte de subordination – marque cet acte de « civilisation » comme un *progrès* : « le moyen par lequel l’abjection des sujets coloniaux pouvait être transformée en une identité personnelle et nationale, fière et indépendante. »¹ L’Islam, comme *tout* projeté sur le voile, est agencé *contre* la France, comme *tout*. L’intégration passe par l’abandon de tout signe de quiddité islamique.

561. Le second trait structurant du débat autour du *niqab* est celui de la *laïcité*, qui en est le contexte explicite de justification. L’histoire française est liée à cette charge identitaire de la sécularité. L’islam est dangereux, pour la laïcité et la conception chrétienne de la religiosité, avec ces distinctions interne / externe, public / privé, et de l’autonomie personnelle comme choix. Le séculier et le religieux pourraient, dans cette perspective, être séparés, dans la vie des individus, et l’école publique, en tant que lieu de construction de la Nation sacralise, cette transition du privé au public, de la famille à la nation. L’intégration à l’école publique est, de ce fait, un prérequis pour l’éducation et la formation citoyenne. Partant, l’interdiction du voile à l’école publique devait assurer la cohésion et l’unité nationales et, donc, empêcher toutes dérives communautaires. Aussi, la quiddité musulmane projetée sur les sujets limiterait la capacité de ces derniers à « s’abstraire » de leurs attaches : ils ne seraient pas qualifiés pour la procédure d’abstraction. L’abstraction suppose une forme d’assimilation culturelle : le même est la condition de l’universel, et les musulmans demeurent *Autres*. Les partisans d’une laïcité ouverte, comme J. Baubérot, dénoncent cette laïcité, qui perdrait son caractère *républicain*. Ne pas être qualifié à l’abstraction, c’est être « dominé » sur la base d’une attache culturelle.

562. Par conséquent, la question du *niqab* est liée au sous texte de *l’individualisme* : l’appartenance à la République française réside, premièrement, dans cette possibilité de faire un *choix* – diviser l’individu – entre ses engagements publics et séculiers, et ses engagements privés et religieux. Cette conception spécifique de la religiosité est universalisée, de sorte que

¹ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, op. cit., p. 64, (nous traduisons).

la religiosité en Islam et le port du voile, plus spécifiquement, ne sont pas considérés comme des choix de nature individualiste. L'islam ne cadre pas avec l'universalisation républicaine de la « religiosité séculière » : ces femmes ne peuvent avoir, en toute rationalité, et en toute raisonnable, fait le choix de porter le *niqab*, choix contraint qui ne serait l'expression que d'une communauté oppressive. L'islam serait traditionnel et réactionnaire, là où les normes identitaires de la modernité sont l'universalisation d'une certaine précipitation culturelle. La religiosité islamique d'un « apprentissage éthique habitué » noté par Mahmood est en dehors de cette construction républicaine. La notion même d'*autonomie* est extérieure à l'expérience éthique de la religiosité en islam dont la République entend parler « au nom de. » La République effacerait de l'espace public l'expérience propre de ces femmes, pour reconstruire un « fantasme » de la femme portant le *niqab*. Le voile est un masque qui empêcherait toute « expérience éthique » : le voile serait antithétique à l'objectif même de *transparence*.

563. La dernière dimension, structurant le débat français, est relative à *la sexualisation des corps portant le niqab*. Le *niqab* est regardé comme comportant une provocation érotique ; il minimiserait l'attractivité du corps pour le regard occidental. Il serait un voile d'ignorance jeté sur une sexualité *excessive*. Ce n'est pas l'absence de sexualité, mais sa présence qui était soulignée, liée au refus de s'engager dans le protocole normal d'interaction genrée et sexuelle avec les membres du sexe opposé. Le *niqab* produirait une systématique de relations de genre distincte de l'espace public républicain. Or, la « libération » de la femme passe-t-elle par la disponibilité de son corps au regard sexuel de l'homme ? La différence dans l'approche du genre réfère au potentiel sexuel du corps féminin : l'égalité de genre passe par l'émancipation sexuelle, définie comme visibilité et disponibilité. L'individualité des femmes passerait par leur disponibilité au désir masculin : « l'identité était conférée par les hommes capables de les voir comme objet sexuel. »¹ Le « terrorisme » des corps portant le *niqab* serait, précisément, *un terrorisme de genre* dépouillant les hommes de la prérogative masculine de voir et, ainsi, de structurer la relation de genre: le *niqab* serait une *castration*. Une sexualité et une relation de genre sont élevées au trait de « caractère national, » derrière la référence substantielle à la républicanité. Aussi, le *niqab* met en évidence la contradiction de la théorie républicaine de la personnalité, entre l'individu abstrait et la naturalité de la différence sexuelle. Abstraction et égalité demeurent équivalentes à la *masculinité*. L'interdiction du *niqab* est un *marché sexuel du genre* où l'objet qui s'échange est le corps vulnérable de la femme, visible ou invisible.

¹ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, op. cit., p. 157, (nous traduisons).

564. Le mythe de l'universalisme républicain agit proprement comme un voile, projetant un affect d'excès et d'étranger-été sur ces corps : « leur place d'étrangers ou, plus précisément, d'initiés qui n'appartiennent pas, a été réaffirmée. »¹ L'attaque sur le *niqab* laisse en place un autre voile, celui du républicanisme et sa contradiction entre particularisme et universalisme. L'orientation identitaire naturalisée de l'universalisme français empêcherait la réalisation du républicanisme, dont la controverse en révèle deux versions² : un républicanisme « officiel » pour la France et un républicanisme « critique » pour le Canada. Selon C. Laborde, « ce qui importe au républicanisme critique est que les musulmans, comme tout citoyen, bénéficient d'un statut non dominé dans l'État séculier. »³ Du point de vue de l'absence de domination dans l'accès à l'espace public, le Canada appert républicain. L'enjeu n'est pas le seul port du *niqab* mais la situation dans laquelle se trouvent les citoyens *identifiés* comme musulmans. L'égalité républicaine restera lettre morte si n'est pas pris en compte ce contexte identitaire de la domination orientant la capacité des corps. L'intervention du Conseil ne fait que perturber davantage les relations hiérarchiques d'identités dans l'espace public : « l'État conduit à une domination culturelle lorsqu'il marque ces groupes par des stéréotypes et, en même temps, les réduit au silence et les rend invisibles. »⁴ Partant, « les individus vulnérables – en particulier les femmes dans les minorités – doivent être équipés afin de résister aux multiples formes de domination auxquels ils sont potentiellement sujets. »⁵ Le *refus* français ne va pas en ce sens.

b- Le refus français du *niqab* dans l'espace public

565. C'est dans un contexte républicain houleux que le Conseil constitutionnel a rendu sa décision – longue de six considérants – relative à la constitutionnalité de la *loi interdisant la dissimulation du visage sur l'espace public*⁶. La décision a été critiquée pour son laconisme, son manque de motivation, le choix d'un contrôle restreint et ses présupposés identitaires⁷. Il s'agit d'une décision rendue dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, par une saisine conjointe (rare) des présidents des Assemblées. Cette décision fait suite aux travaux de la « mission parlementaire Gérin, » sur la pratique du voile intégral sur le territoire national,

¹ SCOTT (J.W.), *The Politics of the Veil*, op. cit., p. 180, (nous traduisons).

² LABORDE (C.), *Critical Republicanism. The Hijab Controversy and Political Philosophy*, op. cit., 2008.

³ LABORDE (C.), *Critical Republicanism*, op. cit., p. 81, (nous traduisons).

⁴ LABORDE (C.), *Critical Republicanism*, op. cit., p. 161, (nous traduisons).

⁵ LABORDE (C.), *Critical Republicanism*, op. cit., p. 169, (nous traduisons).

⁶ Décision n° 2010-613 D.C. du 07 Octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, précitée.

⁷ GAILLET (A.), « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », *Société, Droit et Religion*, 2011, no. 2, pp. 47-71.

qui n'avait abouti à aucun consensus quant à la réponse législative à donner (janvier 2010)¹. L'ordre public justifierait, pour la mission, l'interdiction du port du voile. Le législateur, afin d'obvier à tout risque de discriminations, ne visera pas les seules femmes portant le *niqab*. Le Conseil d'État rend son avis en mars, soulignant les difficultés juridiques qu'entraînerait une interdiction totale²; le Conseil d'État note que l'ordre public « non matériel » (moralité ou dignité) ne serait pas un fondement suffisant. Par une résolution, les Parlementaires viennent réaffirmer « l'attachement au respect des valeurs républicaines face au développement de pratiques radicales qui y portent atteinte. »³ Le Conseil valide la loi et formule une *réserve*. Devant l'Assemblée, D. de Béchillon avait, aussi, ajouté, qu'une telle « interdiction donnerait le signe d'une évolution paternaliste assez terrible. Paternaliste terrible et profondément contradictoire » puisque c'est, une nouvelle fois, la femme qui est réduite au silence. Partant, cette décision est importante pour sa traduction, en droit, d'un certain ordre public identitaire, si l'on pense à G. Carcassonne pour qui la dissimulation du visage est une agression d'autrui : « la femme masquée exprime le rejet de celui qu'elle croise dans la rue, elle l'exclut, » venant préciser que « comme l'interdiction de l'inceste, des mères porteuses, de la polygamie (...) l'interdiction de la dissimulation du visage répond à une exigence d'ordre public immatériel. » Difficile de ne pas voir le *niqab* comme la frontière « corporelle » de l'étranger. La conventionnalité du dispositif de la loi de 2010 a d'ailleurs été récemment confirmée⁴.

566. Aucun grief de constitutionnalité n'étant précisé dans la saisine (« saisine blanche »), le Conseil identifie ces de normes de contrôle – identification contestable⁵. Le considérant 3 de la décision fait référence à trois normes de la Déclaration des Droits de 1789 : les articles 4 et 5 (rare) relatifs à une définition négative de la liberté, et à la réserve de loi, permettant, par suite, d'opérer un contrôle de proportionnalité des effets légaux d'une restriction à une liberté. Ces articles traduisent une philosophie *libérale*. Le Conseil mobilise l'article 10 relatif à la liberté et à protection des opinions religieuses. Enfin, le Conseil constitutionnel mobilise le 3^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, relatif à l'égalité entre les hommes et les femmes. La saisine du Conseil étant *ultra petita*, ces normes de contrôle sont révélatrices des liens faits entre le voile, la réserve de loi et la protection de l'ordre public ; le voile et la

¹ Rapport d'information au nom de la « mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, » déposé devant l'Assemblée Nationale le 26 janvier 2010.

² « Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile, » Rapport adopté par l'Assemblée plénière du Conseil d'État le 25 mars 2010, Section du rapport et des études, pp. 17-22.

³ Assemblée Nationale, XIII^e législature, TA n° 459, 11 mai 2010.

⁴ C.E.D.H., *S.A.S. c/ France*, 1^{er} juillet 2014, G.C., req. n°43835/11. La Cour européenne écarte la violation des articles 8, 9 et 10, pris isolément, ou associés à l'article 14 de la convention, dont la violation est elle-même écartée. Le dispositif français est confirmé.

⁵ VERPEAUX (M.), « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *A.J.D.A.*, 2010, p. 2373.

religion ; les liens entre le voile et « l'asymétrie de pouvoirs » homme / femme. M. Verpeaux évoque, ainsi, une « dimension 'sexuée' du port de certains vêtements. » Le Conseil écarte la liberté d'expression, le respect de la vie privée, le principe de laïcité et la dignité de la personne humaine. Enfin le Conseil fonde sa décision sur un objectif constitutionnel qu'est la protection de « l'ordre public, » relié aux articles 4 et 5 de la Déclaration, et qui concernent l'interdiction des actions nuisibles à la société, comme un tout, et non à la liberté individuelle, en tant que telle. Cet ordre public traduirait, dès lors, une conception normative du « vivre ensemble, » et l'ordre public non matériel viserait, aussi, le respect de la sécurité publique. Il est délicat de déterminer cet ordre public dont le Conseil s'instaure comptable, au-delà d'une certaine idée de la République et d'un pacte social. C'est une question de *socialité* (article 5).

567. Avec la balance des intérêts en cause, le Conseil opère un contrôle de proportionnalité de la réserve de loi (considérant 5), qui se révèle être, très largement, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation du législateur. Le degré de contrôle du Conseil varie d'un contrôle *normal* à un contrôle *restreint*. Le Conseil précise au considérant 5 que la conciliation opérée par le législateur « n'est pas manifestement disproportionnée. » Le Conseil laisse, donc, une très large marge d'appréciation au législateur. Le Conseil apporte, toutefois, une réserve d'interprétation délicate : cette interdiction de la dissimulation du voile ne saurait, sans être excessive (manifestement disproportionnée), porter sur des lieux de cultes ouverts au public. En effet, alors que la loi ne vise pas spécifiquement le port du *niqab*, le Conseil soulève une réserve d'interprétation qui vise les lieux de culte. Certains y ont vu une forme d'hypocrisie, en regard, notamment, des circulaires prises en application de la loi¹, qui visent la dignité de la personne et associent la dissimulation à l'impossibilité d'identification. Par cette décision, le Conseil a confirmé la constitutionnalité du mécanisme contraventionnel prévu à l'article 3 de la loi, punissant la méconnaissance de l'interdiction de la dissimulation, par une amende prévue, pour les contraventions de seconde classe; mettant en « balance » le caractère non disproportionné des peines avec des libertés constitutionnelles. Le Conseil confirme, aussi, la constitutionnalité (considérant 6) de l'article 4 de la loi punissant d'un an d'emprisonnement et de 30 000€ d'amende, le fait d'imposer à autrui de dissimuler son visage. La réserve d'interprétation permet au Conseil de souligner, expressément, la distinction qu'il établit entre le public et le privé, distinction de la laïcité, dont l'Islam est exclu. Cette décision contribue à

¹ CAYLA (O.), « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahit par la sincérité des circulaires ? », *Recueil D.*, 2011, p. 1166 : l'article est suivi d'une retranscription des débats ayant suivi la présentation orale.

définir la réserve substantielle de *républicanité* par la localisation du *niqab* comme frontière, à travers un ordre public *moral* visant à formuler les valeurs du « contrat social républicain. »

568. Les circulaires prises en application de la loi – et dans le cadre tracé par le Conseil – sont intéressantes. Ainsi, la circulaire du 3 décembre 2010 du Ministère de la Justice, rappelle que le voile intégral est incompatible avec « les exigences de la vie sociale, » et que la loi vise à lutter contre les discriminations faites aux femmes, et notamment contre l'emprise « du frère du mari, ou du concubin de celle-ci. » Il s'agit, partant, d'une reconstruction de la masculinité musulmane, oppressante. Cette idée se retrouve dans le rapport de la mission parlementaire de janvier 2010 : il s'agit d'une pratique archaïque, non obligatoire et intégriste, qui traduit le poids de la violence sur les femmes, contraintes. Le Canada est d'ailleurs, présenté comme *confronté à des surenchères communautaristes*. Les débats parlementaires donnent une idée du contenu de cet ordre public républicain : le *niqab* est extérieur et dangereux, et traduit une domination masculine. Il s'oppose aux principes de laïcité (le *niqab* est une entrave *per se* à la liberté), d'égalité (symbole de l'infériorisation des femmes et de refus de la dignité), et de fraternité (exclusion de l'autre et refus du vivre ensemble). La mission va même jusqu'à faire une sur- (erronée) interprétation de l'éthique de Lévinas (p. 116) en réduisant ce que Lévinas qualifie de *visage*, comme support de l'expérience éthique, au visage physique (p. 118). C'est le contraire qui s'établit, puisque cette interdiction conduit à un rejet de l'intersubjectivité. Cette utilisation dommageable de Lévinas a influencé, normativement, la décision du Conseil. Aussi la mission note que cette pratique est perverse traduisant une forme d'incivilité (voir les pp. 118-119), allant à l'encontre du « code social » de la République (reprenant les termes de G. Carcassonne) « reposant sur un socle de valeurs implicites. » C'est donc une conception occidentale, de l'expérience éthique et de la courtoisie, valorisée par la mission, à l'image de la présomption simple de la Cour suprême du Canada. La mission conclut que, l'interdiction de la dissimulation du visage, par référence à l'ordre public, ne vise qu'à « libérer la femme. »

569. Dans son considérant 4, le Conseil fait mention des motivations du législateur, issues des débats parlementaires, ayant conduit à l'adoption de la loi, que le Conseil mobilisent au soutien de sa propre motivation. Il considère qu'il s'agit d'une situation *exceptionnelle* (des « pratiques exceptionnelles »), pourtant de plus en plus *courante* (la mission parle de 1900). Ces corps sont dans une situation *limite* : exceptionnels, mais dont la multiplication *excessive* ajoute un affect de dangerosité. Ces références à l'exceptionnel et au « danger » (la sécurité publique, le communautarisme, le Salafisme etc.) marquent de façon *morbide* le corps de la

femme portant le *niqab*, dans la jurisprudence française. En somme, le Conseil marque bien l'extériorité de la religion musulmane, qui est visée ici, au territoire de la République. Comme l'explique Shachar, « en floutant et en mélangeant 'ici' et 'là-bas' – surtout lors de périodes de troubles politiques et sociaux et du fait de la globalisation – l'on conduit les communautés minoritaires et majoritaires à prétendre à des traits culturels spécifiques, à des valeurs, normes et traits nationaux. »¹ Aussi, ces pratiques peuvent constituer une *menace* pour les exigences minimales de vie en société. Selon Puar, « le fait que la peur ne réside pas dans un corps, mais pourrait être matérialisée en n'importe quel corps au sein d'une gamme de profils déterminés permet à la figure du terroriste de conserver l'ambiguïté de sa signification historique tout en permettant à la peur de 'coller' aux corps qui 'pourraient' être terroristes. »² La *menace* est si exceptionnelle que la religion est altérée et, fait varier la contrainte de constitutionnalité.

570. Aussi, du point de vue du degré de contrôle opéré par le Conseil sur une conciliation entre l'ordre public social et une liberté publique, le contrôle est un simple contrôle de l'erreur manifeste, ce qui explique une très large déférence à la réserve d'ordre public, un ordre public moral qui n'est pas précisé par le juge, mais dont les débats parlementaires révèlent les enjeux et la « substance républicaine. » La mobilisation de la réserve de terrorisme permet au Conseil de moduler son propre contrôle de la réserve de constitutionnalité. Cela est noté très distinctement par le Conseil en fin de considérant : « en adoptant les dispositions déferées, le législateur a ainsi complété et généralisé des règles jusque là réservées à des situations ponctuelles à des fins de protection de l'ordre public » (considérant 4). Cette restriction est justifiée par le Conseil : le législateur a estimé « que les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité » (considérant 4). Cette conception d'un ordre social découle d'une approche substantielle de la Constitution avec la combinaison originale au considérant 4 des principes de liberté et d'égalité. La liberté est analysée dans le cadre d'une conception égalitaire de la norme (ici il s'agit d'un principe d'égalité de genres par la référence à l'alinéa 3 du préambule de 1946). Le *manifeste* vaut autant pour le contrôle restreint, que pour le lien entre *niqab* et domination.

571. L'égalité substantielle peut venir encadrer, en valeurs, l'exercice d'une liberté, et son expression identitaire. La liberté de religion est, par suite, reconceptualisée dans le cadre de la

¹ SHACHAR (A.), « State, Religion, and the Family », *op. cit.*, p. 118, (nous traduisons).

² PUAR (J.K.), *Terrorists Assemblages*, *op. cit.*, 2007, p. 186, (nous traduisons).

restriction liée à l'égalité de genre, et la réserve de *républicanité* est *substantielle*. Par la référence à l'article 5, le Conseil ouvre la possibilité de définir ce qu'il entendra comme « actions nuisibles à la société. » Le Conseil fonde sa décision sur une considération en valeur relative à l'égalité de genre qui n'a rien d'*évident* et conduit, par contre, à l'*exclusion*¹. Le Conseil fait un choix d'autorité tout à fait critiquable, d'interprétation du voile, qui aurait mérité d'être discuté en regard de la littérature scientifique, et de contextualiser la *domination* de la femme. Selon le Conseil, le port du voile est incompatible avec la dignité de la femme contribuant à sa vulnérabilité et sa domination ; il n'est par clair en quoi la réserve de valeurs autorise un tel argument d'autorité. Par contre, cette domination étant *manifeste*, elle n'a pas à être interrogée. Selon K. Bullock, « l'idée populaire occidentale que le voile est le symbole de l'oppression de la femme musulmane est une image construite qui n'épuise pas l'expérience de toutes celles qui le portent. »² Le fait d'être inscrite dans les normes du contrôle de constitutionnalité n'implique pas de passer sous silence « l'orientation » de son contenu : la « libération » des femmes les rend toujours disponibles au regard³ de l'homme, reproduisant une dichotomie « Orient » / « Occident. » De sorte que l'interdiction du *niqab* fait *circuler* un corps *possédé* d'une domination à une autre, et régule les *capacités* des corps dans l'espace.

572. Cette stigmatisation est accentuée au considérant 6 lorsque le Conseil accorde un gage de constitutionnalité au mécanisme juridique de l'article 4, de la loi déferée, et par la réserve d'interprétation. Cette reconstruction symbolique – hypocrite – genrée de l'Islam, lui attribue des caractéristiques culturelles hétéropatriarcales, auxquelles seules une interdiction du voile sur l'espace public peut répondre. L'Islam est représenté comme un tout, réduit à la question du voile : son patriarcalisme et sa représentation de la religiosité rend *incommensurable* la différence culturelle. Par ailleurs, l'interdiction du *niqab* est un acte de *civilisation* puisqu'il vise à *moderniser* l'Islam (archaïque). Plus critiquable encore est l'interprétation *néolibérale* à laquelle procède le Conseil constitutionnel. En effet, lorsque la femme musulmane accepte ici volontairement de porter le *niqab*, il s'agit d'un choix *éclairé* – alors que pourtant le voile est supposé représenter l'absence de consentement de la femme – et, dès lors, la femme serait responsable économiquement et juridiquement du *choix* de son identité. L'on retrouve la référence à la sécularité *protestante* du *choix* et du *privé*, dont la responsabilité est à assumer.

¹ MILLARD (É.), « Le juge et le genre », *Jurisprudence. Revue Critique*, 2011, vol. 2, pp. 59-62.

² BULLOCK (K.), *Rethinking muslim women and the veil*, *op. cit.*, p. XV, (nous traduisons).

³ Sur ces dialectiques du « dévisager » : DIEU (F.), « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *J.C.P. A.*, 2010, n°48, pp. 35-42 ; FONSECA (D.), « De l'effacement des figures aux figures de l'effacement. Plaidoyer pour une généalogie philosophique des décisions du Conseil constitutionnel. L'exemple de l'interdiction de la dissimulation intégrale du voile dans l'espace public », *Droits*, 2012, no. 52, pp. 165-185.

En effet, le Conseil constitutionnel constitutionnalise une lecture *économique* de la religion : seuls peuvent pratiquer l’Islam, les sujets juridiques qui pourront supporter les *coûts* des amendes contraventionnelles prévues à l’article 3 de la loi déferée. La République *demande de faire un choix*. Or, selon Bhamra, « le langage du choix est utilisé pour rendre la dimension politique du voile incompatible avec le sujet libre-penseur et rationnel **qui est l’incarnation de la philosophie des Lumières.** »¹ Les femmes portant le *Niqab* sont contraintes, par le républicanisme français, à demeurer dans un espace *limite* d’appropriation de l’espace public.

¹ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, *op. cit.*, p. 213, (nous soulignons et nous traduisons).

CONCLUSION DU CHAPITRE 3 - DEUXIÈME PARTIE

573. Si, dans la décision canadienne, l'égalité de genre autorise le *niqab*, le même principe d'égalité de genre, l'interdit, dans la décision française. Donc, dans l'une comme dans l'autre, le port du *niqab* est abordé en termes d'égalité des genres, mais avec des ratios distinctes. Aussi, « les jurisprudences sur le voile encadrent la question des affiliations intersectionnelles en opposant la liberté de religion à l'égalité des genres, les positionnant alors comme priorités contradictoires. »¹ Le *niqab* devient un agencement territorial. Le *corps sans organe* de la femme musulmane portant le *niqab* devient un *organisme* au sens de Deleuze et Guattari.

574. C'est à une régulation matérielle des identités et des frontières de l'ordre social généré que ces juridictions procèdent, par un mélange d'universalisation et d'effacement de la différence et d'attributions de spécificités culturelles. Universalisme et différentialisme sont des régulations identitaires. Enfin, ces deux décisions fonctionnent par une responsabilisation néo-libérale de la religion. La différence tenant à ce que le *niqab* est territorialisé comme un agencement « dangereux » dans la lecture universaliste française, alors qu'il est territorialisé comme un agencement vulnérable dans la lecture pluraliste canadienne.

575. Ces deux décisions traduisent deux visions distinctes du républicanisme : de combat pour la France, critique pour le Canada. Le propre du républicanisme est pourtant bien d'évaluer les normes juridiques sur le plan de l'absence de domination et d'égal accès à la sphère publique. La réserve française de républicanité, apparaît tout sauf républicaine. La leçon normative pour le système français ne réside pas dans *une relecture de la différence*, mais dans *une lecture de la domination*². Les décisions, récentes, de la Cour de cassation dans l'affaire Baby-Loup, et de la Cour européenne dans l'affaire *S.A.S. c/ France*, confirmant la conventionnalité du dispositif de la loi de 2010, traduisent cette même orientation identitaire.

576. Il est dommageable de conclure que c'est l'accès au *visage corporel* de l'Autre qui permet d'avoir accès à *la subjectivité* de l'Autre, et que l'expérience éthique de la domination de l'Autre passe par l'égotisme de Soi. C'est une lecture biaisée de la philosophie éthique de

¹ BHAMRA (M.K.), *The Challenges of Justice in Diverse Societies*, *op. cit.*, p. 212, (nous soulignons et nous traduisons).

² Il est donc possible de nuancer très fortement : SAINT-BONNET (F.), « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-Burqa. Réflexions sur la mort au monde et l'incarcération volontaire », *Jus Politicum*, 2012, vol. VII, (disponible en ligne).

Lévinas¹. Accorder son humanité à l'Autre en rendant compte de sa propre subjectivité, et partant de notre propre subjectivité en tant que sujet humain, ne signifie pas avoir accès à son humanité en découvrant son visage. Cette déshumanisation du visage de l'Autre, découvrant justement ce visage, est, partant, *un indice de notre propre déshumanisation*.

577. Si la condition de la subjectivité humaine est une reconnaissance réciproque de sujets, limiter la présentation corporelle de ces femmes implique un choix normatif quant à l'humain avec qui on veut cohabiter. Demander de *découvrir* ce visage c'est toujours *manquer* ce visage : ce corps est agencé de sorte à ce que son visage ne m'interrompe à aucun moment dans la construction de mon « humanité » de sujet. Cette interruption est la condition d'une éthique relationnelle au sens de Levinas et elle est au sens de W. Benjamin, la condition d'une pensée critique. L'expérience française traduit tout *sauf* une forme de républicanisme *éthique*. Si tout rendait ces décisions « incommensurables » et le comparatiste face à une comparaison différentielle, ces décisions partagent en fait les mêmes principes identitaires « d'orientation » du constitutionnalisme. La comparaison souligne alors la *circulation occidentale* des identités.

¹ MRÉJEN (A.), *La figure de l'homme. Hannah Arendt et Emmanuel Lévinas*, Éd. du Palio, coll. Courants de Pensée, Paris, 2012.

CHAPITRE 4 – LES ORIENTATIONS IDENTITAIRES DE L'ÉGALITÉ
SUBSTANTIELLE : « L'HÉTÉRONORMATIVITÉ » DU CONSTITUTIONNALISME

578. Le second vecteur de pluralisme considéré comme *spécifiquement* canadien, appert être l'égalité substantielle *a priori* étrangère à la tradition française. Partant, au-delà de la disponibilité (Canada) ou de l'indisponibilité (France) supposée de l'instrument juridique de l'égalité substantielle, les deux cultures partagent une orientation identitaire hétéronormative. La structure sociale, et normative, de la parenté est ce qui explique les déplacements des « frontières identitaires » de la citoyenneté pluraliste. La « structure identitaire » de la souveraineté est la structure normative de la « parenté constitutionnelle. » Au terme de ce chapitre, il sera conclu que la structure identitaire de la « parenté constitutionnelle » – ou identité nationale – est *homosociale, patriarcale, et hétéronormative*. Les décisions française et canadienne, ici, ont trait à ce que Deleuze et Guattari qualifient de fonction spéciale au sein de l'agencement : la sexualité et la fonction reproductive. Il s'agit de la « territorialisation de la parenté » par une norme de régulation hétéronormative¹, commune aux deux décisions (§2-), au-delà d'un vecteur juridique distinct en droit canadien, *l'égalité substantielle* (§1-). De plus, au-delà de l'opposition universalisme (*effacement* de la différence) et différentialisme (*spécification* de la différence), cette orientation identitaire du constitutionnalisme *fait* la différence, et cette orientation devient, précisément, l'enjeu d'un comparatisme critique.

579. L'on présente, souvent rapidement, l'égalité française comme une égalité strictement *formelle*. Le principe d'égalité trouva sa positivité, dans l'ordre juridique français, d'abord, en droit administratif puisqu'il s'agit d'un principe général du droit depuis l'arrêt *Aramu* de 1945 du Conseil d'État (même s'il y a été fait référence dès 1913 avec l'arrêt *Loubeau*)². C'est à partir de 1973 et la décision *Taxation d'office*³ que l'égalité est devenue la première norme de référence du contrôle de constitutionnalité. L'on distingue, alors, une égalité *déterminée*, lorsque le Conseil fonde son contrôle sur un texte précis du bloc de constitutionnalité, qui interdit expressément cinq motifs de discrimination : l'origine, la race, la religion, la croyance et le sexe. L'on trouve, par ailleurs, une égalité *indéterminée* lorsque le Conseil vise un principe « général » d'égalité, sans rattachement textuel, dont le considérant de principe date

¹ MELLINI (L.), « Entre normalisation et hétéronormativité : la construction de l'identité homosexuelle », *Déviance et Société*, 2009, vol. 33, n°1, pp. 3-26.

² MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, P.U. A.-M., Economica, Collection droit public positif, Aix-en-Provence et Paris, 1997, pp. 33 et suivantes.

³ Décision n° 73-51 D.C. du 27 décembre 1973, *Lois de finances pour 1974*, Rec. p. 25, cons. 2, visant un principe général d'égalité.

d'une décision de 1996¹. Le type de discrimination détermine le degré d'intensité du contrôle : *strict* lorsque la loi met en place une distinction expressément interdite par le texte ou remet en cause l'exercice d'autres droits fondamentaux; il sera *normal* pour les autres cas.

580. En outre, l'égalité est bien *universaliste* dans la conception française. L'égalité est *formelle* en ce qu'elle est un droit à l'indifférence, un principe négatif visant à interdire toute distinction : « la généralité du droit républicain persiste. Il n'est pas encore question de sentiment d'identité et l'individu occupe toujours la première place et non le groupe. »² En cela, ce n'est pas une égalité de fait ou réelle, à la différence, précisément, du droit constitutionnel canadien. Ceci n'implique pas, toutefois, que le droit français soit rétif à toute forme de discriminations. Aussi, la seule dimension « réelle » de l'égalité sera l'hypothèse des discriminations positives ou différenciations. Si aucune n'est permise sur la base de motifs interdits (textuels) de distinctions, alors, le Conseil n'a accepté ces différenciations que sur un critère géographique, social ou en matière de fonction publique³. Le principe *universaliste* de l'égalité lié à la consolidation de l'État, et au développement de l'État républicain unitaire, est le ferment de la citoyenneté *universelle*, c'est-à-dire sans distinction du point de vue de l'identité⁴. L'égalité s'oppose à toute notion de « groupe, » de « minorité » ou « d'identité. » La seule possibilité tient à l'intervention du pouvoir constituant dérivé comme pour la parité en 1999. Partant, si l'égalité substantielle est un vecteur de pluralisme spécifique au Canada, cela tient, précisément, à la notion d'identité, expressément écartée dans le cas français. Nous suivrons F. Mélin-Soucramanien, en ce que la particularité du modèle français d'égalité tient au rejet des identités « à trait d'union, » qui mèneraient à des pratiques communautaristes : « la Constitution garantit le respect de l'égalité entre les citoyens et non entre des groupes de populations identifiés. »⁵ L'universalisme conduit à une assimilation des différences, *i.e.* à un *effacement* plutôt qu'à une *négation* des différences. La question demeure : quelles sont les identités servant d'*orientation* à l'universalisme de l'égalité ? La comparaison est éclairante.

¹ Décision n° 96-375 D.C. du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. p. 60, cons. 8 : « le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. »

² BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, LMD, Paris, 2011, p. 425.

³ MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité*, *op. cit.*, pp. 218 et suivantes pour une « conception française. »

⁴ LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *op. cit.*, p. 58.

⁵ MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité*, *op. cit.*, p. 325.

§ 1 - L'ÉGALITÉ SUBSTANTIELLE COMME VECTEUR SPÉCIFIQUEMENT CANADIEN DE PLURALISME

581. Ces deux décisions présenteraient des principes d'interprétation distincts. Alors que la décision de la Cour suprême est interprétée selon un principe *d'égalité substantielle*, la décision du Conseil constitutionnel est interprétée selon un principe *d'égalité formelle*. On peut définir une interprétation en termes d'égalité substantielle par opposition à une approche formelle. Selon la dernière, « le droit en tant qu'entité autonome et identifiable est détaché de la société et de la moralité, une vue qui imprègne les tensions également familières objectivité /subjectivité, faits/valeurs et science/politique, parmi d'autres. »¹ Les tropes du langage juridique sont l'objectivité et la neutralité ; le système juridique est un système logique et formel. Cette approche est libérale et individualiste: « la valeur ultime qu'est l'individualité – la liberté, l'autonomie, la responsabilité et le développement individuels – est directement associée à une vision de l'État comme interférant minimalement avec la liberté de choix. »² La distinction tiendrait alors au principe *d'égalité substantielle* comme vecteur de pluralisme, spécifiquement canadien, en tant que support de revendications identitaires collectives. Elle est à l'interface entre les droits individuels et les droits collectifs (A). Cependant, l'égalité substantielle est aussi un opérateur de régulation des frontières identitaires du groupe (B).

A- L'égalité substantielle comme « interface pluraliste » au Canada

582. Sur le plan du droit à l'égalité, l'on oppose l'approche française à l'approche canadienne, en ce que la première valoriserait une égalité de type *formelle*, expressément rejetée par la Cour suprême du Canada, qui s'est, elle, engagée sur la voie de l'égalité *substantielle*. Avec B. Ryder, on peut définir l'objet de l'égalité formelle comme visant la situation individuelle et la non pertinence des caractéristiques personnelles en jeu dans une loi ou une mesure gouvernementale, dont la constitutionnalité est contestée. Le *similarly-situated test* vise à assurer qu'une mesure gouvernementale ne vienne pas imposer un désavantage sur un individu en attribuant des stéréotypes erronés, associés à des caractéristiques personnelles non déterminantes³. L'égalité substantielle vise à assurer qu'une mesure gouvernementale n'impose pas de traitements dégradants à des groupes identitaires déjà désavantagés. L'objet

¹ Malgré un contexte distinct, le principe identitaire peut être retenu : FOURNIER (P.), *Muslim Marriage*, *op. cit.*, p. 80, (nous traduisons).

² FOURNIER (P.), *Muslim Marriage*, *op. cit.*, 2010, pp. 80-81, (nous traduisons).

³ RYDER (B.), FARIA (C.C.), LAWRENCE (E.), « What's Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions », *S.C.L.R. (2d)*, 2004, vol. 24, pp. 103-136, p. 106.

de l'égalité substantielle est la subordination des groupes et vise l'objet et les effets indirects d'une norme. Le double objet de l'article 15(1) de la Charte mobiliserait les deux conceptions de l'égalité : empêcher que la loi ne traite les individus à partir de caractéristiques interdites et assurer que la loi ne contribue pas à pérenniser la subordination de groupes¹. Partant, le droit à l'égalité canadien doit être compris dans l'ambiguïté de la dialectique du formel et du matériel, de l'individu et du groupe, de la dignité et de la vulnérabilité. Ce qui ferait la spécificité canadienne est le droit à *l'égalité substantielle* comme *vecteur de pluralisme*².

583. Selon J.-F. Gaudreault-DesBiens, « puisque l'appréciation d'une prétention à un droit à l'égalité implique généralement de situer le demandeur dans le groupe particulier auquel il ou elle s'associe afin de démontrer qu'il ou elle a subi un traitement discriminatoire sur la d'un fondement prohibé, les identités individuelles et collectives finissent éventuellement par être confondues. »³ Il s'agirait, dès lors, d'un fondement juridique au principe d'égalité rhétorique envisagé précédemment. En effet, l'on retrouve la contextualisation du sujet de droit, la preuve de la domination et la dimension collective de l'identité. On a vu au chapitre précédent, que le droit à l'égalité avait un effet de débordement en imprégnant l'interprétation des autres dispositions de la Charte. Partant, les droits collectifs ou les libertés culturelles, ne deviennent des vecteurs de pluralisme que lorsque ces dispositions sont interprétées dans un *cadre égalitariste*. Cette *égalité rhétorique* conduit, par ailleurs, à une contextualisation de l'expérience identitaire du sujet de droit – l'insertion dans son contexte identitaire – et à une contextualisation de sa domination. Ainsi, l'objectif de « l'effet ancillaire matériel » du droit à l'égalité est de faire varier la dialectique de la différence culturelle et des valeurs communes en assurant une égalité d'accès et de participation à l'espace public. Ce cadre contribuerait *in fine* à relire l'autonomie personnelle du sujet dans son contexte. Partant, « dans la mesure où il existe une composante culturelle à plusieurs des fondements interdits de discrimination, il est donc juste de dire que les droits à l'égalité participent, en soutenant des prétentions culturellement imbibées, à la gestion de la diversité culturelle. »⁴ L'égalité est un vecteur déterminant de pluralisme par *ses effets juridiques propres* et, *ses effets ancillaires matériels*.

¹ RYDER (B.), FARIA (C.C.), LAWRENCE (E.), « What's Law Good For? », *op. cit.*, p. 107.

² BECKTON (C.F.), « Section 27 and Section 15 of the Charter », *op. cit.*, p. 1.

³ GAUDREAUULT-DESBIEENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity », *op. cit.*, p. 220 (nous traduisons).

⁴ GAUDREAUULT-DESBIEENS (J.-F.), « The State Management of Legal and Cultural Diversity », *op. cit.*, p. 220 (nous traduisons).

1- Andrews et l'égalité substantielle : l'analyse de la discrimination

584. L'article 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés dispose que « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. » La liste n'est pas exhaustive et la Cour a étendu l'interdiction de la discrimination à des « motifs analogues, » comme l'orientation sexuelle. L'article 15(2) vise expressément des programmes de discriminations positives. En mobilisant trois expressions distinctes du droit à l'égalité, la Cour a rappelé qu'il s'agit bien de « quatre droits à l'égalité »¹ : « l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la protection égale de la loi et l'égalité de bénéfice de la loi. »² Selon Y.-M. Morissette, la finalité de l'article 15 se rapproche de l'idée d'une « égalité des conditions. »³ Le principe d'égalité serait lié à une finalité de *justice distributive* : « il invite le juge à **comparer la situation** des personnes **dans leur dignité en tant qu'êtres humains** »⁴. Cette justice distributive a permis de justifier, d'un point de vue axiologique, la protection des « différences culturelles. »

585. Donnant toute sa substance au droit à l'égalité, la Cour suprême a du répondre à deux questions : *l'identité* du sujet de droit et *la pondération* entre les droits individuels et les droits collectifs⁵. Une dialectique de l'appartenance et du commun vient se loger au cœur même de l'article 15(1). L'égalité étant une opération comparative, la première question était effectivement de savoir si l'on devait comparer de purs individus abstraits ou « des individus situés dans leurs groupes d'appartenance. »⁶ Cette localisation de l'individu dans le groupe ne découlerait pas de la norme antidiscriminatoire elle-même, mais de la signification que l'on entend donner au principe d'égalité dans une société diversifiée. En donnant tout son poids à l'effet « comme révélateur de la discrimination, » alors, « est introduite la question de l'opportunité de la **contextualisation sociologique** des individus en cause. »⁷ Ainsi, en enchâssant constitutionnellement l'article 15(1), le constituant engageait la Cour à écarter une lecture « formelle » du droit à l'égalité, comme cela avait pu être le cas avec l'arrêt *Lavell*⁸.

¹ Le juge Iacobucci avait déjà rappelé cela dans la décision fondatrice *Andrews* de 1989 à la page 33.

² *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, le juge Iacobucci au §69.

³ MORISSETTE (Y.-M.), « Quelques points de repères sur l'égalité dans une société diversifiée », *Can. Bar Rev.*, 2000, vol. 79, n°2, pp. 81-98, p. 82.

⁴ MORISSETTE (Y.-M.), « Quelques points de repères sur l'égalité dans une société diversifiée », *op. cit.*, p. 86, (nous soulignons).

⁵ BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité », *op. cit.*, p. 1.

⁶ BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité », *op. cit.*, p. 6.

⁷ BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité », *op. cit.*, p. 8, (nous soulignons).

⁸ *Lavell c. Canada (P.G.)*, [1974] R.C.S. 1349.

586. La contextualisation découle d'un choix quant à l'objet de cet article : la portée *inégalitaire* ou la portée *discriminatoire*. C'est cette dernière option qui inscrit l'égalité dans une dynamique *substantielle*. L'article 15(1) est une véritable prohibition de discriminer – ce qui explique que ses effets débordent l'article 15(1) *stricto sensu* – et non « une norme d'application universelle de la loi. »¹ En admettant, très tôt, que seul *l'effet* proprement discriminatoire suffisait, sans besoin d'une *intention* de discriminer, la Cour admettait de prendre en considération la situation des groupes au sein de l'espace public. La Cour inscrit, au cœur de la disposition une analyse en termes de *domination* (républicaine). La construction progressive du cadre analytique de l'article 15(1) a intégré, par étapes, la prise en compte de cette appartenance concrète du sujet de droit : *l'effet discriminatoire* découle d'une analyse de *l'application contextuelle* de la norme². L'objet de l'article 15(1) serait la protection des personnes et groupes *vulnérables*, comme la Cour l'a rappelé dans *Miron c. Trudel*³, et la lutte contre toute atteinte à la dignité humaine : la Cour va justifier de contextualiser le sujet de droit dans ses « appartenances concrètes. » À tel point que la démonstration de l'atteinte aux droits d'un groupe, auquel le sujet appartient, suffirait, nonobstant la démonstration de la violation individuelle de ce droit⁴. L'analyse de la domination et de l'appartenance concrète du sujet est, en réalité, double : lors de la détermination du caractère analogue du motif et lors du rapport entre la loi et la situation sociale de l'individu et du groupe auquel il appartient.

587. La prise en compte du groupe n'est pas la même aux deux stades de l'analyse : elle est « déterminante, » pour le premier, alors qu'elle est « importante, » pour le second⁵. Toute cette analyse vise à rendre indépassable, la prise en compte sociale du groupe, dans la détermination de la *gravité* d'une discrimination. En somme, l'analyse tend à vérifier le degré de *domination* dont ferait preuve un certain groupe sur l'espace public et l'article 15(1) vise à en rectifier l'effet, afin d'assurer une participation effective et égalitaire à l'espace public. Cette analyse sert de cadre interprétatif à la seconde question du droit à l'égalité : la pondération entre les droits individuels et les droits collectifs. La jurisprudence même du droit à l'égalité est une jurisprudence de pondération dialectique de l'individu et du groupe, de la vulnérabilité et de la dignité : « il est devenu une valeur de base, reflétant fondamentalement

¹ BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité », *op. cit.*, p. 10.

² BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité », *op. cit.*, p. 12.

³ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 498.

⁴ *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627.

⁵ BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité », *op. cit.*, p. 17.

et modelant comment les Canadiens se voient et leur société. »¹ Par conséquent, le droit à l'égalité substantielle protégé par l'article 15(1) serait constitué de plusieurs caractéristiques proprement *canadiennes*² : l'analyse vise l'effet et non le but de la mesure, le rejet du test de l'équivalence de situation, l'égalité substantielle des effets en tenant compte de l'appartenance de l'individu à un groupe, toute distinction n'est pas discriminatoire, la justification d'une restriction à l'égalité relève de l'article 1^{er}, et non de l'objet de l'article 15(1), et, enfin, une double finalité du droit à l'égalité (lutter contre la discrimination et promouvoir l'égalité).

588. L'article 15(1) est entré en vigueur trois ans après l'entrée en vigueur de la Charte canadienne, en 1982, telle que prévue par le constituant. Cette entrée en vigueur différée devait permettre aux législateurs provinciaux et fédéraux de mettre en conformité leurs législations, avec le principe constitutionnel d'égalité. Partant, le constituant, en 1982, était conscient des difficultés engendrées par une telle texture ouverte d'un droit, au sein d'une Charte. Selon A. Morin, la lettre même de l'article 15(1) favorise une lecture substantielle de l'égalité³ : « l'article 15 s'applique donc à toute loi, quelle qu'en soit la nature [distributives comme répressives], à son contenu comme à son application [discrimination directe et indirecte]. Il ne garantit pas l'égalité réelle [absence l'obligation positive de l'État]. Il garantit plutôt la protection contre toute mesure de l'État qui irait clairement à l'encontre de cet idéal. »⁴ L'objet de l'article 15 est de protéger contre les discriminations, et non contre les inégalités sociales, définies globalement : l'égalité est un concept relatif et réparateur. La difficulté de l'article 15(1) réside dans la distinction entre une différence de traitement qui serait raisonnable et une différence de traitement qui serait discriminatoire. En somme, dans la définition de la « discrimination. » La définition judiciaire de l'article 15(1) s'est faite en plusieurs étapes dont la première grande systématisation a été l'arrêt *Andrews* de 1989⁵ (rédigée par le juge McIntyre). S'il faut voir dans ce dernier arrêt un premier essai de définition du champ de l'article 15(1), c'est dans l'arrêt *Turpin* de la même année (rédigée par la juge Wilson), que la Cour structure le test de la violation du droit à l'égalité.

589. Dans *Andrews*, la Cour va tenter de préciser ce qu'est une discrimination. L'objet de l'article 15 porte sur l'application discriminatoire de la loi ; il ne s'agit pas d'une « garantie

¹ FARADAY (F.), DENIKE (M.), STEPHENSON (M.K.) (eds.), *Making Equality Rights Real. Securing Substantive Equality Under the Charter*, Irwin Law, Toronto, 2009, p. 9, (nous traduisons).

² FARADAY (F.), DENIKE (M.), STEPHENSON (M.K.) (eds.), *Making Equality Rights Real*, op. cit., pp. 12-14.

³ MORIN (A.), *Le droit à l'égalité au Canada*, LexisNexis, Montréal, 2008, p. 56.

⁴ MORIN (A.), *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., p. 58.

⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

générale d'égalité ; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou abstrait. »¹ La discrimination est comparative et contextualisée : « c'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. »² La discrimination ne fait sens *que dans un contexte*. La preuve de la discrimination conduit, donc, à déterminer le contexte de domination, dans lequel se trouve un certain « groupe identitaire. » La discrimination est déterminée par les effets d'une norme, « elle porte sur **l'application** de la loi. »³ Le juge rejette un principe d'égalité formelle, puisqu'une norme *prima facie* non discriminatoire, peut l'être en regard de ses « effets indirects, » selon les caractéristiques particulières d'un groupe identifiable et « selon les différences de caractéristiques personnelles et de situations. » Le juge précise alors que « pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi, » alors « la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. »⁴

590. Le juge doit procéder à l'identification d'un groupe identitaire, afin de contextualiser et comparer, la situation de ce groupe et, ainsi, apporter la preuve d'une discrimination : cette perspective est un rejet du critère de la situation analogue ou « principe aristotélien de l'égalité formelle. »⁵ Étant donné que « le respect des différences, qui est l'essence d'une véritable égalité, exige souvent que des distinctions soient faites, »⁶ c'est l'effet de cette distinction qui sera évalué : une distinction *justifiée* ou une *discrimination*. L'objet de l'article 15(1) n'est pas d'éliminer toutes les distinctions, ce qui serait contraire à l'objectif même de promotion du multiculturalisme, mais de protéger ces distinctions dans la mesure où leur effet n'est pas discriminatoire. L'objet du droit à l'égalité est de s'assurer de « l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains. »⁷ Le respect des distinctions non discriminatoires appartient au respect de la dignité de la personne.

591. Le juge procède à la première définition de la discrimination : « la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu, ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou désavantages non

¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §26.

² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §27.

³ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §26, (nous soulignons).

⁴ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §28.

⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §29.

⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §32.

⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §34.

imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. »¹ La discrimination est *contextuelle* et *comparative* et vise à invalider une norme qui aurait pour effet d'accentuer la *domination* d'un groupe, ou d'un individu appartenant à ce groupe, en fonction de caractéristiques propres dans *l'accès* à la sphère publique. La discrimination porte, généralement, sur l'appartenance d'un individu à un « groupe identifiable » en fonction de certaines caractéristiques. La restriction d'un droit à l'égalité ne peut être opérée, lors de la délimitation du champ de la violation et donc du champ de l'égalité (au stade d'une violation de l'article 15(1)), mais doit être justifiée sur le plan de l'article 1^{er}. Cela se justifie notamment, par l'attribution du fardeau de la preuve au gouvernement. La *raisonnabilité* n'est pas étudiée au niveau de la *preuve* d'une discrimination, mais au stade de la *justification* d'une restriction. Dans l'arrêt *Andrews*, l'analyse contextuelle sert de vecteur à des revendications identitaires de nature « collective. »

592. Surtout, le droit à l'égalité protégé par l'article 15(1) dispose d'une « portée ancillaire matériel, » en servant de cadre à l'interprétation des autres dispositions de la Charte. L'article 15(1) irrigue d'un point de vue interprétatif, substantiel, la Charte canadienne, comme le note le juge : « la garantie offerte par le paragraphe 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la Charte. »² Il faut, donc, distinguer l'effet juridique propre de l'article 15(1), et son effet juridique ancillaire sur les autres droits protégés par la Charte : les deux effets se rejoignent, toutefois, en substance, puisque l'objet de l'article 15(1) est d'assurer l'absence de domination pour participation non discriminatoire à l'espace public, d'individus ou de groupes en fonction, précisément, de ces « caractéristiques identifiables. » Le test a été systématisé par la juge Wilson dans l'arrêt *Turpin*³. Pour qu'une mesure gouvernementale viole le droit à l'égalité protégé par l'article 15(1), deux conditions doivent être remplies : l'un des quatre droits à l'égalité doit avoir été violé (la charge de la preuve repose alors sur la partie plaignante) ; cette différence législative de traitement établit une discrimination, dans le contexte social dans lequel elle est faite, en visant l'appartenance identitaire de l'individu à un groupe⁴. La discrimination peut être fondée sur un motif énuméré par l'article 15(1), ou sur un motif analogue. La classification procède, précisément, de ce que, pour établir une discrimination dans le contexte de *Andrews*, le plaignant doit *appartenir* à un groupe, dont les caractéristiques sont *identifiables* : il doit

¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, aux §38-39.

² *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précitée, au §48.

³ *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

⁴ MORIN (A.), *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., p. 62.

coller à la *représentation judiciaire* de son groupe. Il y a une dialectique évidente, au cœur de l'article 15(1) : « l'appartenance identitaire, » soulignée et protégée, mais une appartenance « définie » par le décideur judiciaire, et cette discrimination peut le cas échéant toujours être justifiée sur le fondement de l'article 1^{er}. L'arrêt *Law* achèvera cette évolution comparative.

593. La Cour suprême s'est, pendant plusieurs années, tenues strictement au test de la discrimination élaboré dans *Andrews*, ou avec quelques corrections minimales¹. Mais la Cour suprême sera, alors, profondément divisée, sur ce que l'on a qualifié de « trilogie de 1995, » lors des arrêts *Miron*, *Egan* et *Thibodeau*, cherchant à préciser le test dégagé dans *Andrews*. Face à la profonde division de la Cour, l'arrêt *Law* sera l'occasion de se prononcer de manière unanime, avec une définition de la discrimination qui présente tous les défauts d'une solution de compromis *a minima*² : la juge L'Heureux-Dubé sera rapidement dissidente après 1999. Il faudrait ajouter, pour les uns, en sus d'une différence de traitement établie par une loi, causant un préjudice, en fonction d'un motif analogue ou énuméré, un quatrième critère, en vertu duquel, cette différence de traitement ne serait pas pertinente, eu égard aux objectifs législatifs, ou valeurs, qui sous-tendent la loi. Il faudrait ajouter, pour les autres, outre un préjudice résultant d'une différence de traitement, fondée sur un motif analogue, ou énuméré, un préjudice né de « l'application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe » (expression employée dans *Miron*³). Enfin, on trouve la dissidence de la juge l'Heureux-Dubé dans *Egan*, qui propose un cadre d'analyse *américain* de la discrimination en écartant toute analyse fondée sur un motif, mais une analyse fondée sur le caractère plus ou moins suspect du motif de distinction (selon la nature du groupe touché et la nature du droit).

594. La Cour suprême n'a réussi à se mettre d'accord sur le cadre d'analyse de l'article 15(1), que dans sa décision de principe de 1999, *Law*. Il faut toutefois noter, auparavant, deux décisions de 1997, *Eaton*⁴ et *Eldridge*⁵ portant sur la discrimination liée au handicap (le placement en classe spécialisée pour personne handicapée pour la première, des patients atteints de surdité sans traducteurs en langue signée lors des consultations médicales, pour la seconde). Si dans ces deux décisions, la Cour décide de ne pas aborder de nouveau le cadre d'analyse de l'article 15(1) qui avait divisé la Cour en 1995, elle précise, cependant, l'objet de l'article qui vise « à protéger la dignité humaine en combattant les stéréotypes et à combattre

¹ MORIN (A.), *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., pp. 63-65.

² GILBERT (D.), « Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter », *McGill L.J.*, 2003, vol. 48, pp. 627-649.

³ *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au §128.

⁴ *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

⁵ *Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624.

l'exclusion sociale. »¹ L'on retrouve la dialectique vulnérabilité – dignité, qui sert à protéger l'appartenance identitaire contre toute discrimination et favoriser l'inclusion sociale, avec ses différences. Cette évolution *républicaine* se différencie du principe d'égalité, en France, par le jeu du pluralisme comme reconnaissance de la diversité au titre de l'autonomie individuelle.

595. Par ailleurs, A. Morin précise qu'à la suite de ces deux arrêts, la Cour « intègre la **théorie de l'accommodement** à l'analyse de l'article 15 » (ce qui justifiera, d'un point de vue matériel, l'interprétation de la liberté de religion et des accommodements). Partant, la Cour développe « un nouveau **facteur contextuel**, celui de la **correspondance aux besoins et à la situation** du demandeur ou d'un groupe. »² L'on en trouve un exemple, topique, avec l'arrêt *Meiorin* rendu par la Cour suprême du Canada en 1999³ relatif aux normes minimales de condition physique pour les pompiers forestiers, lorsqu'une norme aérobique établissait une discrimination, injuste, à l'égard d'une pompière forestière. La Cour adopte une méthode en trois temps, afin de déterminer si cette norme *a priori* discriminatoire appartient à la catégorie des exigences professionnelles justifiées. Lors de la troisième étape (la norme est nécessaire, « raisonnablement, » pour réaliser un but légitime, qui est lié au travail), la Cour intègre la possibilité d'accommodement. En l'espèce, les juges concluent que le gouvernement a erré dans la démonstration d'une « contrainte excessive » au stade de la troisième étape.

2- Law et la dignité humaine : l'analyse comparative

596. Dans sa décision de 1999, *Law*⁴, la Cour est venue organiser de façon unanime⁵ l'analyse de la preuve d'une discrimination prohibée par l'article 15(1)⁶. Dans cette décision, le modèle canadien de l'égalité substantielle passe de la *discrimination* à l'*analyse comparative*, avec l'apport de la dignité de la personne humaine. C'est le juge Iacobucci qui rédige l'opinion unanime de la Cour. L'objet du pourvoi était la discrimination qu'aurait subie une femme de 30 ans, sans enfant à charge et sans invalidité, dont la situation a été jugée inadmissible aux prestations de survivants prévues par le *Régime de pensions du Canada*. La plainte était donc fondée sur une supposée discrimination inconstitutionnelle, liée à l'âge. Le test de *Law* est en trois étapes présenté au §39 : **(1)** l'existence d'une différence de traitement, qui est en réalité

¹ MORIN (A.), *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., p. 71.

² MORIN (A.), *Le droit à l'égalité au Canada*, op. cit., p. 71, (nous soulignons).

³ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U.*, [1999] 3 R.C.S. 3.

⁴ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

⁵ Il faut toutefois noter que la juge L'Heureux-Dubé sera rapidement dissidente, retournant au principe d'égalité substantielle dérogée dans sa dissidence sous *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695.

⁶ BAINES (B.), « Law v. Canada: Formatting Equality », *Const. Forum*, 2000, vol. 11, n°3, pp. 65-73.

une double analyse : « la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles ? »¹ ; (2) la présence de motifs énumérés ou analogues ; (3) la différence de traitement est *discriminatoire* au sens de l'objet de l'article 15 : la discrimination est réelle et l'objet de l'article 15(1) doit « remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique. »² Au titre de preuve du caractère discriminatoire de la différence de traitement, les indices peuvent, notamment, être « les stéréotypes, le désavantage historique et la vulnérabilité aux préjugés politiques et sociaux. »³ La *vulnérabilité sociale* est au cœur de l'analyse de l'absence de domination, dans sa relation dialectique à la *dignité humaine*. Le caractère discriminatoire découle donc du double objet de l'article 15(1) (empêcher l'atteinte à la dignité, et assurer l'existence d'une société d'égaux), et d'une « analyse contextuelle. »

597. Dressant le cadre de la Cour, le juge Iacobucci rappelle qu'il s'agit d'un concept réparateur, dont l'analyse « doit être faite en fonction de l'objet visé et du contexte. »⁴ La preuve d'un objet discriminatoire ne peut être établie qu'en tenant compte de l'ensemble des contextes pertinents, sociaux, politiques et philosophiques, à partir desquels la plainte est formulée. La discrimination ne peut être prouvée que, lorsqu'elle est « vécue comme telle. » La définition de l'égalité est délicate, dans la mesure où elle « symbolise certains des idéaux et certaines des aspirations les plus élevés de l'humanité. »⁵ La dialectique de la substance de l'égalité et du contexte, est celle de la particularité et de l'universel : l'égalité est évaluée, en fonction d'idéaux projetés sur l'humanité. La différence autorisée par le principe d'égalité, est celle qui, en même temps, respecte la dignité de la personne humaine : « une distinction qui tient compte des différences réelles dans les caractéristiques ou la situation de certaines personnes, d'une manière qui respecte et valorise **leur dignité** et **leur différence**. »⁶ La dialectique de la non-domination identitaire au cœur de la conception canadienne de l'égalité constitutionnelle est celle de la *différence digne*. Partant, cela justifie que la preuve que doit établir le demandeur peut porter sur l'expérience de sa propre *personne* ou directement sur

¹ *Law c. Canada, précitée*, au §39.

² *Law c. Canada, précitée*, au §39.

³ *Law c. Canada, précitée*, au §44.

⁴ *Law c. Canada, précitée*, au §6.

⁵ *Law c. Canada, précitée*, au §2.

⁶ *Law c. Canada, précitée*, au §28, (nous soulignons).

l'expérience du *groupe* auquel elle appartient. L'objet de l'article 15 est bien double puisqu'il s'agit « d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaine essentielles, » et « de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération. »¹ La définition de cette dignité est étroitement liée à la définition de la morale d'aspiration définie par L. Fuller : il s'agit de développer la plus haute « capacité » de l'individu, au sens grec d'une vie réussie.

598. Par ailleurs, cette définition de la dignité est en lien avec le principe républicain de l'absence de domination. En ce sens, la Cour précise sa définition de la *dignité de la personne humaine* : « la dignité humaine signifie **qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi**. Elle relève de l'intégrité physique et philosophique, et de **la prise en main personnelle**. » La Cour précise que « la dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur **des caractéristiques ou la situation personnelle** n'ont rien à avoir avec **les besoins, les capacités ou les mérites de la personne**. »² Dans sa définition de la dignité, la Cour universalise la définition de ce qu'est une personne autonome : si la définition vise les caractéristiques identitaires, individuelles ou groupales, c'est bien l'autonomie personnelle de l'individu dans son accès à l'espace public qui appert en filigrane. La différence culturelle se greffe sur une *conception universalisée* de la personne. Partant, selon le fondement prohibé ou analogue de discrimination, et le rattachement à un groupe identitaire, plus ou moins spécifié, la différence culturelle sera plus ou moins universalisée ou différenciée en fonction de l'universalité de son support : l'universalisation de la dignité de la personne. Comme le note A. Morin, « au sens de l'article 15, la dignité n'a rien à avoir avec le rang d'une personne dans la société, mais avec le respect qu'une personne mérite par son seul statut d'être humain. »³ La dignité découle de cette idée que chaque être humain possède une *valeur intrinsèque*, dont l'imprécision laisse une grande marge de manœuvre au juge pour en déterminer les caractéristiques. Les limites de la dignité traduisent l'orientation identitaire que le juge donne aux contours de la quiddité humaine. L'objet de l'article 15 assure une vision républicaine et une régulation identitaire. La dignité alourdit le fardeau de preuve pesant sur le plaignant, rendant autant *imprévisible*⁴ que *normalisateur* une action fondée sur l'égalité.

¹ *Law c. Canada, précitée*, au §51.

² *Law c. Canada, précitée*, au §53, (nous soulignons).

³ MORIN (A.), *Le droit à l'égalité au Canada, op. cit.*, p. 81.

⁴ MCALLISTER (D.M.), « Section 15 – The Unpredictability of the Law Test », *N.J.C.L.*, 2003-2004, vol. 15, pp. 35-106.

599. Ce processus d'universalisation – la dialectique *vulnérabilité* et *dignité* – se retrouve aux deux niveaux de la preuve de la discrimination. Tout d'abord, l'égalité est un concept *comparatif* : la vulnérabilité n'est établie que par une comparaison avec d'autres personnes ou groupes¹. La dimension comparative est déterminante dans la mesure où elle conduit, à la fois, à déterminer les caractéristiques du groupe et, à caractériser sa vulnérabilité. Ainsi, « les ressemblances ou les dissemblances biologiques, historiques et sociologiques peuvent être pertinentes en particulier pour cerner l'élément de comparaison approprié et, de façon plus générale, pour déterminer si les dispositions créent réellement de la discrimination. » Le processus de « catégorisation identitaire » se poursuit au titre de la comparaison : ce qui fait la vulnérabilité sociale d'un groupe, c'est la *quiddité* de ce groupe par rapport à un autre groupe comparable, dans l'égalité d'accès à l'espace public. Si la comparaison *pertinente* relève du fardeau de la preuve à établir par le requérant², le décideur judiciaire conduit, toutefois, à limiter l'expression de ces groupes en établissant les caractéristiques spécifiques et en universalisant, ou non, ces différences projetées sur la personne juridique.

600. Ensuite, ce processus dialectique se trouve avec la *contextualisation* de la situation d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du demandeur : la *raisonnabilité* permet au juge d'établir la *réalité* d'une situation de discrimination. Cette contextualisation est « l'ensemble des traits, de l'histoire et de la situation de cette personne ou de ce groupe qu'il faut prendre en considération. »³ Une atteinte à la dignité, distinguant juridiquement la discrimination, est établie par l'émergence d'un *tiers* servant *d'outil d'universalisation*. La discrimination substantielle passe par l'établissement d'un tiers au rapport de droit : « il y a violation du par. 15(1) de la Charte s'il peut être démontré que, **dans la perspective d'une personne raisonnable** qui se trouve dans une situation semblable, »⁴ l'effet de la loi associé à l'objet de l'égalité substantielle, porte atteinte à la dignité de cette personne raisonnable. Ce tiers est le principe régulateur de la vulnérabilité et de la dignité. La discrimination traduit un choix moral sur ce qui n'est pas *bon* ; ce choix moral est supporté par le *tiers universalisable*. La Cour suprême procède, alors, à une explication des critères à prendre en compte au titre de la contextualisation du rapport de domination permettant d'actualiser et d'universaliser la dignité de la personne humaine (atteinte ou non) : le désavantage préexistant ; le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou situations personnelles du demandeur ;

¹ *Law c. Canada, précitée*, au §56.

² *Law c. Canada, précitée*, au §58.

³ *Law c. Canada, précitée*, au §60.

⁴ *Law c. Canada, précitée*, au §75, (nous soulignons).

l'objet ou l'effet d'amélioration ; la nature du droit touché. L'égalité substantielle, comme support identitaire, est encadrée par deux processus juridiques : la catégorisation à travers les fondements prohibés de discrimination ; et la comparaison / universalisation par l'outil fictif du tiers au rapport. En somme, une distinction sera une discrimination « si elle compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne. »¹ La finalité est la participation égalitaire à l'espace public. La limite à la contextualisation du rapport de droit est « l'utilisation dolosive » de la contextualisation elle-même : la contextualisation par les preuves tirées des sciences sociales ne doit pas conduire à une forme de discrimination.

601. En conclusion, la Cour confirme qu'une discrimination au sens de l'article 15(1) de la Charte est une « inégalité réelle, » c'est-à-dire qui a une incidence sur la dignité humaine du demandeur ; cette inégalité réelle est démontrée en contextualisant la situation du demandeur, universalisée à travers le *tiers raisonnable*. Une loi peut violer l'article 15(1), à la fois par son objet et, par ses effets. L'arrêt *Law* tente de rallier la majorité des juges à une forme de test commun visant à guider l'interprète judiciaire dans la démonstration d'une violation du droit à l'égalité. Si une violation était établie à travers ce test construit autour de la dialectique de la vulnérabilité et de la dignité, cette violation peut être justifiée au stade de l'article 1^{er} de la Charte. Si *Law* est une grande décision venant systématiser le test de l'égalité, elle a toutefois fait l'objet de critiques, relatives à l'imprécision de la notion de *dignité de la personne*. Cette texture traduit une orientation normative de la personne et « mobiliser des principes normatifs est souvent, ou toujours, inéluctable dans le contentieux constitutionnel, surtout au Canada. »²

3- R. c. Kapp : retour à Andrews ?

602. Dans une décision récente³, la Cour va rectifier la marge d'appréciation laissée par *Law*, et l'alourdissement du fardeau de la preuve pour le demandeur. La décision *Kapp* tente, par ailleurs, de préciser les liens entre l'article 15(1) et l'article 15(2), relatif aux programmes de promotions positives qui posaient déjà problème dans la détermination objective-subjective de la contextualisation dans *Law*. Dans une certaine mesure, *Kapp* est une forme de retour matériel à *Andrews*. Il s'agissait en l'espèce d'une action d'un groupe de plaignants contre un programme de promotion en faveur des autochtones, auxquels avait été accordé un droit de

¹ *Law c. Canada, précitée*, au §74, (nous soulignons).

² GRESCHNER (D.), « Does Law Advance the Cause of Equality? », *Queen's L.J.*, 2001, vol. 27, n°1, pp. 299-318, p. 312, (nous traduisons).

³ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483.

pêche temporaire : ils arguaient d'une discrimination liée à la race. Les juges rappellent l'attachement de la Cour à une conception *réelle* de l'égalité, depuis *Andrews* : « un modèle qui a été enrichi mais qui n'a jamais été abandonné par la jurisprudence ultérieure. »¹ L'objet de l'article 15(1) n'est en aucune façon une égalité formelle et, il faut analyser l'effet discriminatoire (l'imposition de stéréotypes, par ex.). La discrimination est l'effet d'une loi « sur la 'dignité humaine' des membres du groupe demandeur, »² résultant d'une analyse contextuelle. Le respect de la dignité est le fondement conceptuel de l'égalité réelle.

603. Toutefois, les juges soulignent la difficulté de faire de ce fondement conceptuel un critère juridique, et même, une telle définition brouille l'égalité substantielle puisque « en fait, la protection de tous les droits garantis par la Charte est guidée par la promotion de la dignité de l'être humain. »³ Aussi, le critère de l'atteinte à la dignité humaine a alourdi le fardeau de la preuve pour le plaignant, « au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer. »⁴ Les juges proposent, non pas de se détacher du concept fondamental de dignité, mais de faire des critères du test dégagés dans *Law* un moyen afin de mettre l'accent « sur le principal enjeu de l'article 15. » Les juges proposent de revenir à la finalité dégagée dans *Andrews* : « la lutte contre la discrimination, au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes. »⁵ Le critère de dignité, de l'avis de la Cour, apparaissait insister trop sur la dimension universelle de la personne et, finalement, peu sur l'objet même de l'égalité réelle qu'est la protection des différences. L'égalité consiste « à reconnaître les différences et à en tenir compte ; »⁶ l'objet de l'égalité est la vulnérabilité de l'individu appartenant à un groupe identifiable. Réaffirmant l'objet de *Andrews* en vue de désarmer les effets potentiels négatifs de *Law*, la Cour opère un rééquilibrage entre *vulnérabilité* et *dignité*.

604. Il appert que le droit à l'égalité substantielle, sous l'empire de la Charte, est un vecteur de pluralisme et, en tant que contexte d'interprétation des autres dispositions de la Charte, son effet ancillaire matériel conduit à faire de la Charte un objet propre à pluraliser le droit en servant de vecteur à la reconnaissance des identités. Cependant, à l'image des autres vecteurs de pluralisme offerts par la Charte, l'égalité substantielle est prise dans une dialectique de la vulnérabilité et de la dignité, traduisant la capacité à venir réguler les frontières identitaires de

¹ *R. c. Kapp, précitée*, au §14.

² *R. c. Kapp, précitée*, au §19.

³ *R. c. Kapp, précitée*, au §21.

⁴ *R. c. Kapp, précitée*, au §22.

⁵ *R. c. Kapp, précitée*, au §24.

⁶ *R. c. Kapp, précitée*, au §28.

la diversité admise en droit constitutionnel. Cette dialectique du particulier et de l'universel, de la vulnérabilité et de la dignité, traduit une vision proprement *républicaine* du pluralisme promu par la Charte : la protection de l'autonomie personnelle inscrite dans une appartenance identitaire, et la lutte contre la domination, en faveur d'un accès égalitaire à l'espace public. Ce vecteur s'inscrit dans une analyse contextuelle de la situation *réelle* du groupe et de l'individu. Partant, l'égalité substantielle contribue à la contextualisation du rapport de droit : cette contextualisation soulève deux problèmes. Le premier a trait à l'autonomie normative de l'égalité substantielle ; le second a trait à l'égalité comme opérateur de régulation identitaire.

B- L'égalité substantielle comme « performance identitaire » au Canada

605. Au-delà d'un modèle d'égalité substantielle venant réaffirmer l'attachement canadien à la protection de la diversité, l'égalité substantielle est aussi un opérateur de régulation identitaire. En favorisant une analyse en termes de groupe identitaire, le décideur judiciaire en régule les marqueurs. Ceci peut s'expliquer, notamment, par deux caractéristiques du principe d'égalité, qui visent à contextualiser le rapport de droit : la dialectique de la dignité et de la vulnérabilité et la contextualisation de la domination de l'agent **(2)**. La contextualisation du rapport de droit n'implique pas l'idée que la Cour a toujours rigoureusement privilégié un modèle d'égalité substantielle **(1)** : l'égalité substantielle présente, sans doute, une *autonomie rhétorique*, bien plus qu'une *autonomie normative*, en droit constitutionnel canadien.

1- Trouver le « substantiel » dans l'égalité substantielle

606. La question qui se pose ici est celle de savoir si l'égalité substantielle est un concept autonome en droit canadien. Il appert, d'une part, que la Cour n'a jamais vraiment accordé *d'autonomie normative* au concept d'égalité substantielle au-delà d'une réitération *rhétorique* (a). Il appert d'autre part, que le test de l'égalité substantielle n'a fait qu'alourdir le *fardeau* du requérant tout en privilégiant une conception universaliste de la personne (b).

a- Une « réitération rhétorique » au détriment d'une « autonomie normative »

607. Tout d'abord, le concept d'égalité substantielle ne serait pas à proprement parler, un concept *autonome* en droit canadien. En effet, selon B. Baines, l'égalité substantielle serait

précisément une *doctrine* constitutionnelle canadienne, sans en être un *principe*¹. Le résultat de l'arrêt *Law*, associant un principe de non discrimination et de dignité humaine, ne peut être qualifié de *principe* : « la Cour dans son ensemble n'a jamais identifié l'égalité substantielle comme principe indépendant. » Partant, « la Cour adopte un seul principe diversement décrit comme discrimination, dignité, et/ou égalité substantielle. »² L'ajout du principe de dignité dans *Law* produit une facette distincte de la tradition constitutionnelle américaine du principe d'égalité. Les trois autres modèles développés auraient été les suivants : l'égalité formelle (Etats-Unis, France et Canada) ; la non-discrimination (soit au moyen de catégories comme au Canada, soit d'une variation de la contrainte de constitutionnalité comme aux Etats-Unis ou en France) ; et, les principes des groupes défavorisés (Etats-Unis ou Canada).

608. *Andrews* écarte le principe d'égalité formelle et marque l'adoption du principe de non-discrimination pour caractériser le principe d'égalité dont la source matérielle découle de la tradition législative américaine des droits de la personne. L'égalité formelle prend comme point de départ de l'analyse le traitement différencié imposé par une loi : « toutefois, seul le principe de discrimination interroge ce traitement, examinant ce qui constitue un préjudice et qui est touché par lui. »³ C'est ici que la Cour suprême a fait le choix de s'appuyer, dans la lignée de la jurisprudence américaine, sur la *classification* plutôt que sur la *comparaison* : les fondements prohibés ou analogues de discrimination prévus par l'article 15(1). À partir de *Law*, la dignité apparaît être une composante du principe d'égalité définie comme autonomie personnelle. B. Baines qualifie *Law* comme la rencontre et l'association de deux paradigmes de l'égalité. Une conception américaine fondée sur le principe de non discrimination, et une conception d'Europe continentale fondée sur la dignité humaine. S'agissant de la première, « ce qui importe est d'abord l'identité; » et « au contraire, le principe de dignité vise à garantir un respect pour tous les individus. »⁴ L'on retrouve cette dialectique vulnérabilité / dignité.

609. L'égalité substantielle ne présente pas de généalogie très claire, ni en jurisprudence, ni en doctrine ; il semblerait plutôt que le juge constitutionnel canadien l'emploie *en opposition* à une égalité formelle. L'égalité substantielle tirerait son origine des opérations de lobbying organisées par les groupes de défense des droits des femmes au Canada lors de l'adoption de l'article 15 de la Charte. L'égalité substantielle y serait composée de quatre principes : la

¹ BAINES (B.), « Is substantive equality a constitutional doctrine? », in GENDREAU (I.) (ed.), *La doctrine et le développement du droit/Developing law with doctrine*, Éditions Thémis, Montréal, 2005, pp. 59-101.

² BAINES (B.), « Is substantive equality a constitutional doctrine? », *op. cit.*, p. 62, (nous traduisons).

³ BAINES (B.), « Is substantive equality a constitutional doctrine? », *op. cit.*, p. 70, (nous traduisons).

⁴ BAINES (B.), « Is substantive equality a constitutional doctrine? », *op. cit.*, pp. 75-76, (nous traduisons).

contextualisation des requêtes fondées sur le principe d'égalité ; assurer l'égalité de résultat et non l'égalité d'opportunité, qui caractérise l'égalité formelle ; la lutte contre la situation de domination et de subordination, impliquant une approche en termes de comparaison, et non de classification ; si la dignité est orientée vers l'individu, l'égalité substantielle est orientée vers les *groupes*. L'égalité substantielle lutte contre les privilèges et l'exclusion sociale : « dans les faits, le principe d'égalité substantielle met en évidence les différentiels de pouvoir entre ceux qui sont privilégiés et ceux qui ne le sont pas, entre les oppresseurs et les opprimés, et entre la domination et la subordination. »¹ Selon B. Baines, c'est l'ensemble de ces éléments qui permettraient de qualifier l'égalité de *substantielle*. Cependant, la Cour suprême, loin d'en avoir adopté les principes, aurait produit une « doctrine de l'égalité substantielle » qui serait la combinaison d'une égalité formelle avec un principe de non discrimination et, une dimension individualiste et universaliste avec la dignité. La définition de cette doctrine s'est faite avec le rejet de principe de l'égalité formelle comme objet de l'article 15 de la Charte dans *Andrews*. En ce sens, il s'agissait d'insister davantage sur la « différence » plutôt que sur « l'identité. »

610. Pourtant, au-delà de cette utilisation rhétorique, la Cour n'a jamais procédé à une définition de ce qu'elle entendait par « égalité substantielle. » En associant principe de non discrimination et dignité humaine, la Cour ne commence pas par une analyse comparative de la situation de subordination dans laquelle se trouve un groupe identitaire. Au demeurant, la Cour débute son analyse par une analyse *classificatoire* découlant d'un traitement légal différentiel, une analyse que l'on sait orientée vers la *différence* et non *l'identité*. Partant, si la non discrimination présente la finalité d'une lutte contre les stéréotypes, elle contribue, dans le même temps, à réaffirmer la structure sociale ou identitaire de base. Le point de départ est la classification et non la comparaison. La reconstruction du test de l'égalité substantielle dans *Law* en proposant quatre facteurs de contextualisation tromperait en réalité l'objet même de la lutte contre la discrimination par l'universalité de la personne humaine. Le résultat de cet ajout a été de limiter de façon drastique les chances de succès des demandeurs fondés sur l'article 15(1). Cela n'est pas étonnant puisque la dignité de la personne humaine conduit à temporiser l'analyse plus concrète de la discrimination. La comparaison ne vise pas à analyser les structures de domination et de subordination, mais à réaffirmer un cadre d'analyse individualiste, visant à assurer l'autonomie individuelle. Finalement, la doctrine de l'égalité substantielle développée par la Cour suprême du Canada présente un même point de départ

¹ BAINES (B.), « Is substantive equality a constitutional doctrine? », *op. cit.*, p. 81, (nous traduisons).

que l'égalité formelle, y associe un principe de classification, et en dernier lieu, un principe de comparaison et de contextualisation à travers la lentille, universaliste, de la dignité humaine.

b- Un alourdissement du fardeau de la preuve

611. Au-delà d'une critique relative à *l'autonomie* d'un principe constitutionnel d'égalité substantielle, cette doctrine de l'égalité substantielle a alourdi le *fardeau* de la preuve pour le demandeur et, ainsi, contribué à réduire ses chances de succès, tout en réaffirmant par ailleurs, les limites identitaires de la dignité de cette personne. Le test de l'égalité substantielle n'est pas sans ambiguïté, et il ne peut être soutenu, par ailleurs, qu'il constitue un outil *adéquat* de réingénierie sociale à partir d'un texte juridique¹. La tension entre les promesses de l'égalité substantielle et les difficultés de réalisations concrètes tient certainement à la tension entre égalité formelle et matérielle², individu et groupe, dignité et vulnérabilité. Cette tension s'inscrit au cœur même du droit à l'égalité. Selon B. Ryder, l'on peut dire qu'en regard d'une analyse empirique des décisions de la Cour suprême, une conception formelle de l'égalité serait dominante. Partant, la doctrine a critiqué cette reconfiguration du test de *Law* comme imposant une charge de preuve disproportionnée au requérant avec l'universalisation du tiers raisonnable et la dignité humaine. D'une part, le concept de dignité serait bien trop abstrait et individualiste pour saisir la dimension substantielle de l'égalité ; d'autre part, le formalisme de la méthode contextuelle conduirait à déplacer le fardeau de la preuve de la raisonnable de la mesure gouvernementale, du gouvernement au requérant, et ainsi adopter au stade de l'analyse de l'article 15(1), une analyse du type de celle de l'article 1^{er}.

612. Aussi, « la chronologie des décisions soutient l'idée que l'étape de la dignité humaine dans *Law* a posé une barrière importante aux prétentions à l'égalité, établissant un rejet des demandes dans près des deux tiers (7/11) des affaires écartées sur la base de l'art. 15 durant les derniers quinze ans. »³ La charge de la preuve a été accentuée en faisant transiter l'analyse de la raisonnable de la mesure gouvernementale de l'article 1^{er} à l'analyse de la violation du champ de l'article 15(1), en contradiction avec l'analyse de la Cour relative aux autres articles de la Charte. L'égalité formelle se retrouverait au niveau du « test de correspondance, » qui appartient aux critères à prendre en compte pour contextualiser la discrimination. Selon cette

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et BEAUDOIN (M.-H.), « Changer la société par le droit ? Les vingt-cinq ans du droit constitutionnel et l'égalité des sexes au Canada », *R.D.P.*, 2010, vol. 6, pp. 1751-1787.

² RYDER (B.), FARIA (C.C.), LAWRENCE (E.), « What's Law good for ? », *op. cit.*, p. 105.

³ RYDER (B.), FARIA (C.C.), LAWRENCE (E.), « What's Law good for ? », *op. cit.*, p. 116, (nous traduisons).

étude, c'est ce critère – proche du *similarly situated test* – qui a été déterminant dans la contextualisation de la discrimination : « aussi, le constat d'un facteur de correspondance et le constat d'une discrimination semblent correspondre invariablement. »¹ Dans ce cadre, c'est au requérant qu'échoie la charge de prouver l'absence de lien rationnel entre les caractéristiques personnelles et l'objectif de la mesure gouvernementale contestée. D'un point de vue empirique, la Cour suprême semble avoir fait preuve d'une très grande méfiance à l'égard des potentialités pluralistes de l'article 15. L'étude démontre même que l'article 15(1) a fait l'objet d'une moins grande réceptivité de la part de la Cour que d'autres dispositions de la Charte, comme l'article 2(a). C'est un *Janus* du droit à l'égalité : une grande réceptivité normative de l'effet ancillaire matériel du droit à l'égalité – des valeurs normatives de l'égalité comme cadre interprétatif – et à l'inverse, une très grande méfiance vis-à-vis des effets juridiques de l'égalité, protégée à l'article 15(1). La Cour suprême aurait contribué, par conséquent, à déséquilibrer le fardeau de la preuve et à favoriser la dignité sur la vulnérabilité.

613. Selon D. Gilbert, cette méfiance envers l'article 15 s'explique par les reconfigurations apportées au test de *Law* en 2004², « restreignant alors la portée de l'art. 15, autant comme outil normatif et comme mécanisme juridique pratique visant à réaliser l'égalité. »³ En effet, la Cour aurait progressivement imposé des restrictions importantes quant à la disponibilité de l'art. 15, dont la première fut d'inscrire le groupe de comparaison dans l'ordre de la *quiddité*. Dans *Hodge* du 28 octobre 2004⁴ – relative à la pension de survivant pour un conjoint de fait en vertu du *Régime de Pensions du Canada*, demande rejetée par la Cour au motif qu'au moment du décès, la requérante n'était pas dans un statut de conjoint de fait *séparé*, mais *d'ancien* conjoint de fait – la Cour a « enchâssé » le groupe de comparaison comme essentiel à *chaque* étape du test de *Law*. Le juge Binnie rédigeant l'opinion majoritaire précise d'ailleurs que « le groupe de comparaison approprié est celui qui reflète les caractéristiques du demandeur (ou du groupe demandeur) qui sont pertinentes quant au bénéfice ou à l'avantage recherché. »⁵ Il doit y avoir une *correspondance* entre les traits identitaires et le groupe de comparaison. Là où les fondements de discrimination classifient les individus, le groupe de comparaison vient insérer les « traits identitaires » déterminés dans la *quiddité* du

¹ RYDER (B.), FARIA (C.C.), LAWRENCE (E.), « What's Law good for ? », *op. cit.*, p. 122, (nous traduisons).

² GILBERT (D.), « The Silence of Section 15: Searching for Equality at the Supreme Court of Canada in 2007 », *S.C.L.R. (2d)*, 2008, vol. 42, pp. 497-516.

³ GILBERT (D.), « The Silence of Section 15 », *op. cit.*, p. 498, (nous traduisons).

⁴ *Hodge c. Canada (Ministre du développement et des Ressources Naturelles)*, [2004] 3 R.C.S. 357.

⁵ *Hodge c. Canada, précitée*, au §23.

groupe. L'activité de comparaison subséquente à la classification, « essentialise » certaines caractéristiques identitaires sans interroger, par ailleurs, la subordination sociale du groupe.

614. Par sa décision *Auton*, du 19 novembre 2004¹, la Cour a réaffirmé un test formel d'inégalité, et accentué le fardeau qui pèse sur le requérant, dans la détermination du groupe de comparaison approprié. Dans cette affaire le requérant excipait de ce que l'omission de financement par la Colombie Britannique de la thérapie comportementale pour le traitement de l'autisme aurait violé son droit à l'égalité. La Cour procède à une substitution de groupe de comparaison, ici : non pas un groupe bénéficiant de tels financements, comme proposé par le requérant, mais un groupe ne bénéficiant pas de tels financements. Dès lors, le fardeau pour le requérant est accentué, fardeau relatif à la question du lien de raisonabilité entre l'omission législative et le préjudice discriminatoire. Dans sa décision *N.A.P.E.* du 28 octobre 2004², relative à l'équité salariale et une discrimination fondée sur le sexe, la Cour a estimé que l'abandon de cette politique gouvernementale par la province de Terre-Neuve est une violation du principe d'égalité, mais justifie cet abandon sur le terrain de l'article 1^{er} (la situation économique urgente de la Province). Dans cette décision, la Cour n'a fait peser qu'un fardeau très léger sur le gouvernement provincial dans la détermination de la situation économique. Enfin, la décision *Canadian Foundation for Children*, lue le 30 janvier 2004³, relative à la constitutionnalité d'une disposition du Code Criminel – le caractère raisonnable de la force que peut employer un parent ou un instituteur pour corriger un enfant – a accru le fardeau de la preuve de la dignité en ajoutant au test subjectif-objectif de l'enfant raisonnable, un sentiment déjà présent de *vulnérabilité* dans son parcours. Cette analyse octroie une large discrétion au décideur. Ces décisions marquent un abandon *graduel* de l'égalité substantielle.

615. Au total, trois arguments viennent confirmer que la Cour aurait vidé l'article 15 de sa finalité de réingénierie sociale. Tout d'abord, le contenu trop flou de la dignité de la personne humaine : « la Cour suprême a eu des difficultés à définir la dignité, et la jurisprudence est au mieux peu utile et dangereuse au pire. »⁴ La dignité peut s'analyser comme un instrument républicain qui permet, en universalisant certains traits identitaires, de dresser les contours de l'identité des groupes. Aussi, la dignité fait varier la vulnérabilité. Ainsi, le double problème viendrait de ce que la Cour pourrait distinguer entre des aspects plus ou moins essentiels de la

¹ *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie Britannique (P.G.)*, [2004] 3 R.C.S. 657.

² *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, [2004] 3 R.C.S. 381.

³ *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P.G.)*, [2004] 1 R.C.S. 76.

⁴ GILBERT (D.), « The Silence of Section 15 », *op. cit.*, p. 510, (nous traduisons).

dignité, et favoriser une approche individuelle au détriment de l'approche téléologique de *Andrews*. La seconde difficulté réside dans la détermination du groupe de comparaison. Si l'approche comparative appartient au domaine de l'égalité substantielle, elle n'est ici que ce qui vient inscrire l'identité du groupe classifié, dans l'ordre de la *quiddité*. La logique du groupe de comparaison est tautologique. Enfin, le problème du fardeau de la preuve pesant sur le requérant réside dans les liens entre l'article 15(1) et l'article 1^{er} de la Charte. En effet, d'une part, selon une certaine conception de la dignité, le décideur judiciaire peut justifier une violation de l'article 15 sur le plan de l'article 1^{er}. Partant, la justification de la violation d'un droit fondamental du test de l'article 1^{er} est une justification normative des traits identitaires de la souveraineté. D'autre part, la raisonnable est déplacée, de l'article 1^{er} à l'article 15(1).

616. Selon S. Martin, « si les droits à l'égalité ne semblent pas faire l'objet de limites internes, l'art. 15 imposerait des exigences de seuils. »¹ Ces arguments conduisent à valider l'hypothèse que le test de l'article 15(1) élaboré dans *Law*, s'est détaché de l'objet même de l'égalité, tel que souligné dans *Andrews*. Pourtant, l'objet du droit à l'égalité souligné dans *Andrews* et réaffirmé dans *Kapp*, « avait vocation à s'appliquer à tous les motifs prohibés de discrimination, attirant l'attention sur les désavantages subis par un groupe. »² Partant, la Cour suprême avait rejeté une approche en termes de raisonnable en distinguant l'art. 15(1) de l'art. 1^{er}, une cohérence conceptuelle largement inhibée après *Law*, « en filtrant les affaires à partir du principe que la loi présentait des normes internes pertinentes, la Cour utilisait alors des techniques d'équilibrage normalement limitées à l'art. 1^{er}, pour la limitation des droits. »³ Au total, le test de *Law* laisse le décideur judiciaire avec un large pouvoir discrétionnaire, mais devant une délicate tâche : celle de déterminer, non seulement ce que signifie l'égalité, mais aussi, quel « degré de discrimination » est justifié dans une société libre et démocratique⁴.

617. Partant, l'on conclut avec D. Gilbert que « la Cour suprême ne semble plus disposer à engager de réflexion critique sur ce qu'elle a qualifié de droits les plus délicats sur le plan conceptuel. »⁵ Il semble que la Cour ait visiblement vidé de sa substance le qualificatif de *substantiel* tout en s'inscrivant dans une *doctrine* constitutionnelle de l'égalité substantielle. Par ailleurs, la Cour appert plus rétive à l'égard des effets juridiques du principe d'égalité,

¹ MARTIN (S.), « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals », *Can. Bar Rev.*, 2001, vol. 80, pp. 299-373, p. 308, (nous traduisons).

² MARTIN (S.), « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals », *op. cit.*, p. 310, (nous soulignons et nous traduisons).

³ MARTIN (S.), « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals », *op. cit.*, p. 328, (nous traduisons).

⁴ MARTIN (S.), « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals », *op. cit.*, p. 362.

⁵ GILBERT (D.), « The Silence of Section 15 », *op. cit.*, p. 516.

plus qu'elle ne l'est à l'égard de ses « effets ancillaires matériels, » lorsqu'elle doit interpréter d'autres dispositions de la Charte. Les chances de succès d'un requérant soulevant l'article 15(1) sont donc moins élevées que s'il excipait d'autres dispositions de la Charte. Au total, l'égalité substantielle démontre un déséquilibre profondément républicain entre la dignité et la vulnérabilité, l'identité et la différence, au profit des premières. L'analyse globale de l'égalité protégée par l'article 15(1) démontre relativement aisément la prépondérance d'un modèle républicain d'égalité fondé, non pas comme en France sur un modèle formel, mais sur un panachage de discrimination et de dignité. Cela se vérifie par le rôle de régulateur identitaire des communautés que présente le droit à l'égalité lorsqu'il est mobilisé par les requérants.

2- La contextualisation du rapport de droit

618. Cette tension républicaine-pluraliste, au cœur du modèle canadien d'égalité, contribue à contextualiser le rapport de droit, tout en universalisant une certaine structure identitaire. L'égalité substantielle apparaît être un régulateur identitaire. Cela peut s'expliquer, d'une part, par la prise en compte du contexte dans l'interprétation de la norme égalitaire, et de normes à texture ouverte (a). Cela peut s'expliquer, d'autre part, par la dimension communautarienne et républicaine de l'article 15 qui tout en soulignant l'appartenance communautaire de l'agent, contribue à réguler les frontières identitaires de ces communautés (b). Ainsi que le remarque C. Stychin, l'article 15 assure la protection et le développement de nouvelles identités¹. Or, les transformations des frontières du principe d'égalité traduisent les évolutions des frontières identitaires de la citoyenneté. Partant, si cette l'égalité rhétorique imprègne l'ensemble des dispositions de la Charte, la fonction du principe d'égalité est bien de marquer les frontières identitaires de la nation canadienne : « l'ouverture à la redéfinition s'explique par la nécessité d'un 'Autre' dévalué en regard duquel les identités sont construites et en permanence maintenues. »² Le principe d'égalité est un forum conflictuel en perpétuelle négociation dans le but de donner une *substance* à la nation canadienne. Partant, l'objet de l'article 15(1) est de penser *l'appartenance* à une communauté, s'agit-il de l'universalité de la famille humaine, la communauté politique ou identitaires³. En ce sens, l'égalité substantielle protégerait *l'intérêt d'appartenir* de façon pleine et entière à une communauté. Toutefois, l'emphase placée sur la dignité et sur la raisonnable du tiers, insiste insuffisamment sur la contextualisation de la

¹ STYCHIN (C.), « A Postmodern Constitutionalism: Equality Rights, Identity Politics, and the Canadian National Imagination », *Dalh. L.J.*, 1994, vol. 17, n°1, pp. 61-82.

² STYCHIN (C.), « A Postmodern Constitutionalism », *op. cit.*, p. 64, (nous traduisons).

³ GRESCHNER (D.), « Does Law Advance the Cause of Equality? », *op. cit.*, p. 315.

domination et, davantage, sur l'autonomie individuelle¹. Ce déséquilibre entre appartenance et individualité explique que l'égalité substantielle soit vectrice de normalisations identitaires.

a- La prise en compte du contexte et les normes à « texture ouverte » de l'égalité

619. La contextualisation du rapport de droit, comme vecteur de pluralisme, opère à travers la mobilisation de *normes à texture ouverte* qui élargissent l'interprétation constitutionnelle en l'inscrivant dans un contexte de valeur. Selon l'intensité du contrôle opéré par le juge, le fardeau de preuve du requérant sera plus ou moins élevé et la contrainte de constitutionnalité plus ou moins lourde pour le gouvernement. Ces normes sont ambiguës en ce qu'elles ouvrent l'interprétation constitutionnelle et échoient au juge le pouvoir discrétionnaire de déterminer quel degré de discrimination est justifié dans une société. Ces normes ouvrent matériellement l'interprétation constitutionnelle tout en formulant des directives identitaires d'interprétation.

620. La dignité. La *dignité*, critiquée, présente toutefois un potentiel d'ouverture matérielle du droit, servant de réservoir de justifications normatives à l'ensemble des droits et libertés, mais aussi à l'universalisation de conditions identitaires. Ainsi que le note D. Réaume, « il y a un sens pour lequel la dignité avec un 'D' majuscule pourrait être considérée comme à la base de toute règle d'un système juridique juste; la dignité humaine définie abstraitement fournit la justification ultime pour chaque règle de droit. »² La *texture ouverte* de la dignité, inscrite au cœur d'une véritable échelle normative de valeur, en fait la norme de « justification » par excellence. Faire référence à la dignité, c'est s'adresser à un « auditoire universel, » dans un contexte démocratique ; c'est s'inscrire dans *une échelle de valeur de l'humain*. Partant, la dignité distingue ce qui peut être abstrait, universalisable comme structure identitaire de base, et ce qui ne l'est pas. D. Réaume a tenté de démontrer toutes les potentialités de la dignité en tant que concept juridique et, spécialement, en tant que concept du droit de la discrimination³. La dignité est un concept de justification en valeur, mais un concept ambigu par excellence: « sans aucune doute la dignité peut être utilisée comme un prêtre-nom vide pour d'autres raisons moins avouables, trouvant ou refusant une violation des droits à l'égalité. »⁴ Aussi, en regard de ce contenu normatif et ouvert, quel contenu donner à la dignité humaine ?

¹ GRESCHNER (D.), « Does Law Advance the Cause of Equality? », *op. cit.*, p. 316.

² RÉAUME (D.), « Indignities: Making a Place for Dignity in Modern Legal Thought », *Queen's L.J.*, vol. 28, 2002, pp. 61-94, p. 62, (nous traduisons).

³ RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *Louisiana L.Rev.*, vol. 63, 2003, pp. 645-695.

⁴ RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, p. 646, (nous traduisons).

621. La dignité appert directement liée à l'égalité : la question substantielle à se poser, dans un contexte de justice distributive, serait de déterminer les critères à adopter, en fonction des bénéfices qui résulteraient de cette distribution des biens dans une société moderne, tout en tenant compte de la nécessité de réparer les inégalités sociales structurelles et préexistantes¹. La dignité semblerait pouvoir jouer ce rôle de fondation substantielle pour le test de l'article 15(1) de la Charte: « l'identification de la dignité humaine comme valeur opère à la base de l'articulation d'un droit universel au respect de la dignité. » Aussi, « la répartition d'avantages concrets peut alors être jugée selon qu'ils sont consistants, ou non, avec l'égal respect mérité par chacun. » La dignité serait cet ensemble normatif qui permettrait au juge d'évaluer les critères de répartition des bénéfices, selon une analyse en termes de degrés. En effet, le critère d'une différence de traitement basée sur un motif prohibé ou analogue, ne permettrait pas de qualifier un préjudice de discriminatoire. Ce ne sont pas les fondements de discrimination qui seraient des vecteurs pluralistes, mais le *contenu substantiel* accordé à l'égalité. Partant, « il s'agit de rendre compte de l'utilisation discriminatoire de caractéristiques personnelles, ou de déterminer quels effets relatifs à l'utilisation de ces caractéristiques sont discriminatoires. »² C'est la raison du désaccord des juges dans *Andrews* : la *substance* d'une discrimination.

622. La dignité a été développée comme, précisément, ce qui permettrait de donner toute sa « substance » à l'égalité substantielle, en aidant le décideur à justifier qu'une distinction est discriminatoire, ou que ses effets le sont. Face à la difficulté de déterminer la substance d'une discrimination, la Cour devait s'arrimer à une théorie substantielle des valeurs, et la dignité serait cette théorie. Elle n'était pas *a priori* une étape supplémentaire, mais ce qui donne sa substance à la discrimination : la critique ne vient pas de la dignité comme valeur, mais de la dignité *crystallisée* dans *Law*. Les juges ne se seraient accordés que sur une conception très abstraite de la dignité. Or, la dignité ferait référence à la valeur inhérente de l'être humain, « aussi, violer la dignité renvoie le message que certains ont moins de valeur que d'autres. »³ *A contrario*, toutefois, l'absence de violation de la dignité permet de conclure que certains comportements, aussi, ont une valeur inférieure. Il serait possible de distinguer trois formes « d'indignité » : le *préjudice* comme fondement d'une norme gouvernementale ; l'utilisation de *stéréotypes* ; l'*exclusion* de bénéfices ou d'opportunités, selon la nature de ces bénéfices. La nature contextuelle de l'analyse d'une situation de discrimination n'est pas ce qui constitue la discrimination *stricto sensu*, mais ce qui permet de comprendre pourquoi l'objet ou l'effet

¹ RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, p. 649.

² RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, p. 657, (nous traduisons).

³ RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, p. 672, (nous traduisons).

d'une loi, dans ce contexte et pour ce groupe, constitue une discrimination. Partant, la dignité est liée à la notion de capacité individuelle : « la dignité renvoie à cette qualité indicible que l'on attache à l'égalité de tous les êtres humaines selon laquelle leur est accordée une valeur spéciale. »¹ La dignité est un *Janus* identitaire permettant de justifier une certaine *vie bonne*.

623. Par ailleurs, la dignité est républicaine en protégeant le sentiment *d'appartenance*. La finalité de la dignité est l'autonomie personnelle permettant un égal accès et un égal bénéfice de l'espace public ; la dignité inscrit la valeur de l'humain dans la dimension subjective de *l'identité*. Précisément, la dignité, comme substance de l'égalité substantielle, vient protéger et permettre un sentiment d'appartenance, tant à la communauté politique plus large, qu'à des communautés identitaires. Sans doute est-ce sur ce point que l'on peut établir une différence d'objet avec la dignité que l'on rencontre en France ou en Europe². Cette théorie morale républicaine protège deux éléments : le respect de l'appartenance identitaire, et le respect pour l'autonomie personnelle dans la *formulation* de sa *vie bonne*. Cela étant, il est un élément à souligner, marquant l'ambiguïté fondamentale de ce concept. En effet, des limites doivent être placées à l'exercice de cette liberté : c'est le propre du républicanisme que d'assurer la cohésion de l'identité nationale. La dignité humaine est un processus négocié à partir d'une hiérarchie de valeurs propres à ce que l'on entend comme une *vie humaine réussie*. C'est dans les limites à la dignité que l'on observe la structure identitaire d'une Charte des droits. Il n'est pas étonnant, dès lors, que ces vecteurs égalitaristes de pluralisme soient liés à des identités.

624. Trois principes informent l'analyse de la dignité dans le procès en égalité en tant que théorie de la valeur. Il s'agit d'abord de la notion de *préjugé* « qui dénote la croyance en leur infériorité, le déni d'une égale stature morale. »³ Le préjugé attribue une valeur négative à des caractéristiques personnelles qui sont des aspects déterminants d'un groupe. L'identité personnelle est individuelle et *sociale* et cet aspect social identifie l'individu, appartenant à un groupe. Cette tension se retrouve avec les fondements de discriminations : l'individu est subsumé sous un groupe, lui inscrivant une caractéristique identitaire indépassable. Le second principe de la dignité est lié à la notion de *stéréotypes*, généralisations erronées relatives à des caractéristiques ou attributs des membres d'un groupe « pouvant être retrouvées au moment

¹ RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, p. 674, (nous traduisons).

² ERDMAN (J.), ESSERT (C.), YACHNIN (M.), « An Interview With Justice Frank Iacobucci and Professor Dieter Grimm », *J. L. & Equal.*, 2003, vol. 2, n°2, pp. 197-209, pp. 198-200.

³ RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, p. 679, (nous traduisons).

où les relations sociales étaient basées mépris plus évident de la valeur morale du groupe. »¹ Les laisser valides contribue à renforcer la situation discriminatoire : l'enjeu est de tenir compte du point de vue de ceux qui subissent ces préjugés. Enfin, le dernier principe est relatif à l'octroi de *bénéfices* visant à reconstruire sa dignité. Il s'agit d'éviter l'effet indirect de la dynamique institutionnelle contribuant à renforcer le sentiment d'inégalité de certains individus. La violation de la dignité est « au prix du refus de participation à la vie sociale elle-même. »² La dignité appert républicaine assurant une participation égalitaire à l'espace public, en protégeant l'autonomie personnelle et en tenant compte des dynamiques de dominations, organisant l'espace public. Dans le même sens, la dignité est aussi un statut moral négocié. La dignité, présentant une texture ouverte, permet au juge de s'extraire de la norme positive et de motiver en valeurs son jugement, en s'adressant à l'auditoire universel de la dignité humaine, et lui donne une légitimité pour en réguler les frontières identitaires. Aussi, la dignité est liée à une autre norme à texture ouverte : la vulnérabilité. La « hiérarchie des valeurs » en regard de laquelle est construite la dignité humaine assure les « frontières de la vulnérabilité. »

625. La vulnérabilité. La *vulnérabilité*, de même que la dignité, est une norme à *texture ouverte*. À la différence de la seconde, toutefois, la vulnérabilité vise à inscrire le sujet de droit dans la matérialité de son identité et non dans un processus d'universalisation morale. À l'image de la première, cependant, il s'agit d'une notion ouverte laissant au décideur judiciaire un large pouvoir discrétionnaire. La notion de *vulnérabilité* a trouvé une véritable impulsion en droit constitutionnel sous la plume du juge en chef Dickson lorsque la Cour a été amenée à interpréter la Charte canadienne³. Outre la décision précitée *Irwin Toy* dans laquelle la Cour fait référence aux *enfants* comme groupe vulnérable, le juge en chef a mobilisé cette notion à plusieurs reprises traduisant une interprétation large et téléologique de la Charte. Selon J. Doig, « Dickson croyait que la vitalité de la démocratie canadienne dépendrait dans le temps long, sur une considération des individus vulnérables – et qu'ils se sentent – comme citoyens également valorisés dans une communauté plus large. »⁴ La vulnérabilité mobilisée, pour caractériser un groupe social, est téléologique : il s'agit d'assurer l'égalité citoyenne dans l'accès à la communauté au sens large. Une nouvelle fois, la vulnérabilité appert employée dans un contexte républicain. Toutefois, comme pour la dignité, il est délicat d'identifier le contenu de la vulnérabilité, à part dans le but de délimiter, avec précision, les groupes qui

¹ RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, pp. 681-682, (nous traduisons).

² RÉAUME (D.), « Discrimination and Dignity », *op. cit.*, p. 688, (nous traduisons).

³ DOIG (J.W.), « New Constitutions and Vulnerable Groups », *op. cit.*, p. 164.

⁴ DOIG (J.W.), « New Constitutions and Vulnerable Groups », *op. cit.*, p. 176, (nous traduisons).

pourront faire l'objet d'une protection spécifique ou renforcée contre les discriminations, selon certaines limites identitaires. Quelle est la spécificité de la vulnérabilité lorsqu'elle fait l'objet d'une réitération rhétorique au cœur même de la doctrine de l'égalité substantielle ?

626. M. Fineman a proposé une analyse poussée du rôle joué par cette vulnérabilité, et plus particulièrement, sur l'importance de la référence à la vulnérabilité¹. Selon la professeure, il faut supposer non pas que la vulnérabilité est distribuée, mais – dans la perspective de J. Butler – qu'elle est partagée, en tant que condition de base de l'être humain. En somme, nous sommes *tous* vulnérables. La vulnérabilité ne vise pas simplement dans une finalité identitaire la protection de groupes contre la discrimination, « mais s'intéresse aux privilèges et faveurs accordés par l'État et la société plus large à travers leurs institutions à des segments limités de la population. »² La vulnérabilité s'intéresse à la condition qui restreint un accès égalitaire à l'espace public. L'intensité du contrôle de constitutionnalité en droit américain ou les catégories prohibées du droit canadien « ne fournissent pas de cadre adapté pour contester les répartitions actuelles de ressources et de pouvoirs. »³ La lutte contre la discrimination, en somme, est superficielle et, ne cible pas les inégalités structurelles à partir desquelles se construisent les institutions. À la différence de la dignité qui s'intéresse à l'autonomie individuelle, la vulnérabilité s'intéresse à la réalisation corporelle de la discrimination : « la vulnérabilité doit d'abord être entendue comme résultant de notre incarnation, qui amène avec elle la possibilité toujours présente de blessure préjudiciable, de malheur, d'évènements juste défavorables à catastrophiques. »⁴ Elle s'inscrit dans une compréhension *matérielle* du sujet de droit, non plus *abstraitement* connu comme « autonome. » La vulnérabilité n'est pas liée à la condition fictive de sujet de droit, mais à la condition corporelle d'être humain. L'humanité est incorporée (*embodied humanity*), et la vulnérabilité est corporelle (*bodily vulnerability*).

627. La vulnérabilité élargit la compréhension de la discrimination en orientant la démarche du juge vers une compréhension des enjeux corporels de l'égalité. Partant, si chaque être humain est vulnérable à l'autre, l'expérience de la vulnérabilité est toujours spécifique, « c'est l'expérience unique de chacun de nous expérience grandement influencée par la qualité et la quantité de ressources que nous possédons et commandons. »⁵ La vulnérabilité est une

¹ FINEMAN (M.A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Y.J.L. & Fem.*, 2008-2009, vol. 20, pp. 1-23.

² FINEMAN (M.A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.*, p. 1, (nous traduisons).

³ FINEMAN (M.A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.*, p. 3, (nous traduisons).

⁴ FINEMAN (M.A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.*, p. 9, (nous traduisons).

⁵ FINEMAN (M.A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.*, p. 10, (nous traduisons).

condition *différentielle* : il s'agit de *particulariser* la nature du droit à l'égalité substantielle en s'intéressant, à la fois aux aspects individuels (la vulnérabilité *individuelle*), comme aux aspects institutionnels ayant produit cette condition (la vulnérabilité *sociale*). La finalité est de comprendre dans quelle mesure un individu, en raison de son expérience propre, est rendu vulnérable à telle ou telle norme gouvernementale. Selon Fineman, l'objet de la lutte contre la discrimination n'est pas la manière avec laquelle une pluralité d'identités s'entrecoupe créant une situation de discrimination, mais « plutôt des systèmes de pouvoir qui interagissent pour produire des réseaux d'avantages et de désavantages. »¹ La vulnérabilité vise l'expérience concrète de domination d'un individu en interrogeant le processus social *d'identification*.

628. Autant, la texture ouverte de la dignité conduisait le décideur judiciaire à analyser l'universalisation potentielle de l'être humain, autant la texture ouverte de la vulnérabilité conduit le décideur judiciaire à concrétiser la domination systématique d'un être humain, qui est un *corps*, avant d'être *un sujet fictif de droit*. La réitération rhétorique de ces normes à texture ouverte fait décrocher l'interprétation constitutionnelle, du seul droit positif, pour l'inscrire dans une « structure morale de justification » ; toutefois, elles formulent, aussi, des directives d'interprétation, accentuant une dimension fictive ou corporelle. Le droit à l'égalité, pris dans une socialité indépassable et une théorie normative, est en tension entre la dignité et la vulnérabilité, puisque si le juge peut se détacher du syllogisme du positivisme, il n'en reste pas moins *tributaire* de la formulation de l'identité constitutionnelle d'une culture juridique.

629. Contextualisation. Enfin, en dernier lieu, la particularité de l'analyse substantielle de l'égalité est d'insister sur le *contexte* de la discrimination : en ce sens, la norme positive conduit le juge à intégrer le contexte social de la norme, et de l'individu, dans l'interprétation de la norme gouvernementale, de la liberté ou du droit fondamental. C'est à ce titre que la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Moge c. Moge* propose de tenir compte du contexte social afin d'interpréter l'intention du législateur : « ces observations de nature socio-économiques appuient les objectifs énoncés dans la Loi puisqu'elles fournissent des renseignements généraux utiles pour cerner l'intention du législateur en cas de doute à cet égard. » Partant, « l'on doit supposer que le législateur est conscient du contexte social et historique dans lequel il manifeste son intention. »² La juge réaffirmera cette nécessité dans l'interprétation

¹ FINEMAN (M.A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *op. cit.*, p. 16, (nous traduisons).

² *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 54.

cette fois de l'article 15(1), dans son opinion dissidente sous *Egan*¹. Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin réaffirment la nécessité de confronter la norme positive à son inscription dans une *multiplicité de contextes*, qui contribuerait à l'impartialité du jugement. Dans cette affaire de 1997, où la question de l'impartialité du juge était soulevée en regard d'un litige opposant un jeune délinquant de race noire et un policier de race blanche, les juges rappellent que le juge « doit être conscient du contexte dans lequel le crime reproché a été commis. »²

630. Partant, « il n'est pas inusité que le juge examine le contexte factuel, social et psychologique dans lequel naît le litige. De fait, l'examen délibéré du contexte est maintenant reconnu comme une mesure favorisant l'impartialité du juge. » Le contexte est déterminant dans le travail d'interprétation : « l'examen du contexte par le juge permet de définir la toile de fond nécessaire à l'interprétation et à l'application de la loi. »³ Ni l'interprétation, ni l'application de la norme n'interviennent dans un contexte abstrait de ses « déterminants concrets. » L'on trouve la réaffirmation de cette nécessité dans l'opinion unanime, cette fois, de *Law*, où la Cour rappelle que le demandeur est à même de produire des preuves tirées des sciences sociales afin d'établir une atteinte à sa dignité ou à sa liberté⁴. C'est, par ailleurs, au titre de son pouvoir de connaissance d'office qu'une Cour peut recevoir des données tirées du contexte social du demandeur afin de qualifier un préjudice, de discriminatoire. Se pose donc, la délicate question des « présupposés » présidant implicitement au choix de telles ou telles preuves. Aussi, l'un des effets ancillaires matériels de l'égalité est de tenir compte du contexte social dans l'interprétation et l'application de la norme : on retrouve cette nécessité tant au titre de l'analyse contextuelle de *Law*, que l'analyse contextuelle d'une justification à une violation d'un droit au titre de l'article 1^{er}. Le contexte social lorsqu'il est invoqué dans le cadre du contentieux de l'égalité permet à la fois de qualifier la réalité d'une discrimination, et de faire varier l'intensité de la contrainte constitutionnelle⁵. L'égalité conduit, donc, le juge à s'extraire du seul droit positif, pour envisager les réalisations matérielles de la norme.

631. J.-F. Gaudreault-DesBiens et D. Labrèche qualifient cette prise en compte du contexte d'*humanisation du droit* en ce que « le formalisme inhérent aux conceptions traditionnelles du droit et de l'activité judiciaire ne convenait pas toujours afin d'appréhender dans toute leur

¹ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au §80 : « en réalité, ce qui importe ce ne sont plus tant les 'motifs', mais plutôt le contexte social de la distinction. »

² *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au §41.

³ *R. c. S. (R.D.)*, précitée, au §43.

⁴ *Law c. Canada (Ministère de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au §77.

⁵ MARTIN (S.), « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals », *op. cit.*, pp. 333 et suivantes.

complexité les problèmes personnels et sociaux sous-jacents aux litiges qu'ont à résoudre les juges. »¹ C'est l'enchâssement du droit à l'égalité qui conduit les juristes à tenir compte du contexte social dans le processus décisoire d'interprétation. L'on peut définir le contexte social du droit de la manière suivante : « toute une série de faits, de pratiques sociales, de présupposés idéologiques explicites et implicites, de normes dites 'extra juridiques', d'opinions, d'attitudes, de croyances et de perceptions, que le système juridique et les acteurs qui le font évoluer peuvent être appelés à connaître ou qui, généralement, informent l'activité des professionnels du droit. »² Le contexte social tient compte des facteurs identitaires qui *orientent* notre connaissance. La directive d'interprétation serait, par conséquent, d'adopter une approche critique de « l'historicité sociale » de la norme, qui est soumise à interprétation. L'enjeu du contexte social est de faire droit aux « loyautés multiples » qui découlent pour l'individu de sa participation à une pluralité de communautés identitaires³ : il s'agit d'une *politique* du vivre ensemble visant les « échelles de contexte » au sein desquelles évolue le sujet⁴. La limite réside dans leur compatibilité avec les valeurs de la société canadienne.

632. Au total, on pourra retenir que le contexte social dont la prise en compte découle de l'imprégnation du principe d'égalité dans l'ordre juridique canadien fournit « des éléments constitutifs d'une grille de lecture pouvant faciliter le renversement des préconceptions majoritaires normalisées et neutralisées. »⁵ Il y a, derrière cette contextualisation, la téléologie normative du *républicanisme critique*. En conclusion, on peut dire que, s'agit-il des normes à texture ouverte, ou de la prise en compte du contexte social du droit, l'interprétation constitutionnelle est prise dans une tension entre la dignité et la vulnérabilité. En somme, il appert que si l'égalité substantielle est un vecteur de pluralisme, ses directives d'interprétation sont encadrées. En découle le potentiel régulateur de l'égalité en termes identitaires. L'égalité substantielle est un opérateur *d'orientation* identitaire, à travers *l'identification* des individus.

b- L'égalité substantielle et la régulation des frontières de l'identité

633. L'effet de l'égalité substantielle comme opérateur de régulation identitaire peut être démontré en deux temps. D'une part, l'égalité substantielle présente une tension communautarienne en enchâssant un véritable « droit d'appartenir. » D'autre part, la tension

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain, op. cit.*, p. X.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain, op. cit.*, p. 9.

³ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain, op. cit.*, p. 12.

⁴ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain, op. cit.*, p. 38.

⁵ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.), *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain, op. cit.*, p. 159.

républicaine de l'égalité conduit le juge à réguler les frontières identitaires de ces groupes. Ainsi, disposer d'un « droit d'appartenir, » c'est habiter en définitive, *une identité octroyée*.

634. Potentialité communautaire. L'article 15(1), au-delà d'une prise en compte de l'appartenance située de l'individu, protégerait un véritable « droit d'appartenir. » Cette dimension, si elle découle de la contextualisation du rapport de droit, découle aussi d'une transition de l'analyse communautaire de l'art. 1^{er} de la Charte à l'art. 15¹ : « elle adopte une direction qui démontre une plus grande reconnaissance des intérêts de la communauté et un mouvement associé s'éloignant de l'accent mis par le passé sur les préoccupations d'ordre subjectif et individualiste. »² Pour les communautariens – le républicanisme est une traduction – l'individu est compris comme existant au sein d'une communauté, dans un réseau identitaire et moral. En somme, l'individu ne peut pas être compris comme existant antérieurement à une communauté. La relation de l'individu à la communauté, et de la communauté à la société, est liée au *partage* d'un certain bien *commun* ou d'une pluralité de ces biens. En ce sens, une communauté se construit autour de la représentation de ce qu'est une vie bonne. Il ne faut pas, ainsi, se laisser tromper par la dimension *individualiste* de la dignité de la personne humaine : les deux approches sont compatibles du point de vue de la théorie politique. L'appartenance participe de « l'autonomie » et l'enjeu est de *situer* l'individu dans sa ou ses communauté(s).

635. Avec Greshner, la finalité de l'art. 15 de la Charte « est de protéger l'appartenance des individus à trois communautés importantes au Canada, » démontrant une tension républicaine, « la famille humaine universelle ; les communautés politiques ; les communautés identitaires délimitées par les motifs énumérés ou analogues. »³ L'égalité est substantielle car elle protège l'intérêt individuel à appartenir simultanément à plusieurs communautés⁴. Partant, si l'approche est communautaire, seul l'individu est titulaire de ce droit : la construction et la promotion du groupe en est « l'effet matériel » indirect. L'appartenance serait donc triple. La diversité est protégée comme bien commun, participant de l'autonomie personnelle⁵. Le droit d'appartenir est lié à l'évaluation substantielle de la domination dont ferait preuve un individu ou un groupe identitaire dans son *accès* à l'espace public. L'art. 15 vise le droit d'appartenir de façon pleine et entière à la société canadienne avec et en dépit d'une appartenance

¹ LEVINE (R.J.) and PENNEY (J.W.), « The Evolving Approach to Section 15(1): Diminished Rights or Bolder Communities? », *S.C.L.R.* (2d), 2005, vol. 29, pp.137-168, p. 139.

² LEVINE (R.J.) and PENNEY (J.W.), « The Evolving Approach to Section 15(1) », *op. cit.*, p. 138, (nous traduisons).

³ GRESCHNER (D.), « Does Law Advance the Cause of Equality? », *op. cit.*, p. 315, (nous traduisons).

⁴ GRESCHNER (D.), « The Purpose of Canadian Equality Rights », *Rev. of Const. Stud.*, 2001-2002, vol. 6, n°2, pp. 291-323, p. 292.

⁵ GRESCHNER (D.), « The Right to Belong: The Promise of Vriend », *N.J.C.L.*, 1997-1998, vol. 9, pp. 417- 440, p. 430.

identitaire : « il exige que les tribunaux examinent comment **des certains groupes sont traités comme membres de seconde classe de la société plus large.** » L'art. 15(1) protège le « droit d'appartenir » dans la relation à l'espace public: « dans chaque cas, les cours devront s'atteler à donner sa signification à la **pleine appartenance** à une **communauté.** »¹ Partant, la dimension substantielle serait liée à la contextualisation du rapport de droit, et à l'appartenance du sujet à ses communautés, ce que révèle la finalité « d'inclusion politique. » Même, l'appartenance communautaire est en lien direct avec la dignité puisque l'analyse de la domination soulignerait la « vulnérabilité à l'Autre, » en tant que pratique « relationnelle. »

636. Par « communauté identitaire, » il faut entendre des *groupes sociaux*, c'est-à-dire une collectivité de personnes différenciées d'au moins une autre en termes de pratiques culturelles ou de modes de vie. La similarité provient d'un mode de vie en partage : un groupe social se définirait par un sentiment d'identité, sentiment individuel du sujet de droit qui *appartient*². L'accommodement de la différence par le droit d'appartenir est l'opposé de l'assimilation³ : il s'agit de la lutte contre l'exclusion justifiée par un trait identitaire. Il s'agirait, d'ailleurs, de la spécificité *canadienne* : le besoin d'appartenance n'est pas satisfait par l'assimilation. Il s'agit de protéger le droit d'appartenir à *une certaine identité*, afin de favoriser l'inclusion sociale. En effet, « il précise la portée de l'appartenance et envoie le message que chacun appartient à la communauté canadienne. »⁴ Cela étant, en déterminant le champ d'appartenance, chacun n'appartient pas également: la lutte contre l'exclusion, par l'appartenance à la dignité humaine, produit elle-même de l'exclusion⁵. La régulation identitaire est bien différente de l'assimilation, même si l'on demeure dans les deux cas pris dans la dialectique de l'identité et de la différence. Le groupe ne préexiste pas à l'adresse judiciaire en tant qu'entité de sens stable : le groupe n'existe que par *l'effet* de cette adresse. Le droit d'appartenir est le droit d'appartenir à une certaine identité *octroyée* : le sujet est identifié par l'adresse judiciaire qui lui attribue une communauté d'appartenance, dont les frontières sont régulées par la référence aux normes identitaires de la dignité humaine. Sont alors révélées toutes les ambiguïtés de la stratégie de la Cour suprême, de fonder le droit d'appartenance, sur la *dignité* de la personne : « en d'autres termes, l'égalité substantielle englobe et exige la promotion de certaines valeurs

¹ GRESCHNER (D.), « Does Law Advance the Cause of Equality? », *op. cit.*, 315, (nous soulignons et nous traduisons).

² GRESCHNER (D.), « The Purpose of Canadian Equality Rights », *op. cit.*, p. 292, note 4.

³ GRESCHNER (D.), « The Purpose of Canadian Equality Rights », *op. cit.*, p. 293.

⁴ GRESCHNER (D.), « The Purpose of Canadian Equality Rights », *op. cit.*, p. 315, (nous traduisons).

⁵ GRESCHNER (D.), « The Right to Belong: The Promise of Vriend », *op. cit.*, p. 422.

substantielles. »¹ Par la contrainte axiologique pesant sur la norme, l'interprétation est *orientée* vers la justification de l'appartenance du sujet de droit à une « identité octroyée. »

637. L'identité octroyée. Le droit d'appartenir à un groupe est déterminé par des contours identitaires, traduisant l'inscription de l'égalité dans une contrainte axiologique républicaine. Si la critique porte sur l'approche canadienne des fondements de discrimination², ses effets seraient connexes à ceux l'égalité formelle. La question est de savoir si « l'égalité conduit à essentialiser, catégoriser et discipliner les groupes qui la mobilisent ? Précisément, quelles identités et activités produisent des prétentions légitimes à l'égalité? »³ Cette question de l'effet biopolitique, et disciplinaire, de l'égalité avait conduit les groupes à s'écarter des stratégies centrées sur l'égalité. En effet, si la diversité n'est envisagée que dans l'horizon de la mêmeté, il n'y aurait, alors, aucune place pour la diversité. C'est une « évasion judiciaire de la différence, » lors de la qualification d'une inégalité et « les cours soutiennent rarement les recours fondés sur la contribution de l'identité du groupe car ne considérant pas l'identité en groupe comme façonnant une vision propre ou contribuant à la capacité à faire sens dans un contexte social et institutionnel. Les cours sont plutôt attachées aux dommages potentiels résultant de l'identification d'un individu à un groupe. »⁴ Mettre fin à l'inégalité, reviendrait à évacuer la différence identitaire : la régulation identitaire est toujours l'effet d'un positionnement par rapport à *l'anxiété pluraliste*⁵. La régulation n'est plus « l'assimilation, » mais l'obligation de réaliser l'identité rendue « disponible » par le décideur judiciaire⁶. Le problème porte sur la régulation identitaire des sujets subséquentement à un positionnement axiologique quant à la diversité. Ceci, alors, traduit « l'effet communautarien » de l'égalité.

638. L'approche critique de l'égalité n'est, donc, pas, de réaffirmer la différence, mais de démontrer les principes structurant *l'octroi* d'une place propre à chacun des sujets juridiques en les identifiant à une communauté identitaire⁷ : si l'approche en termes de domination proposée par la Cour suprême est de nature à qualifier le préjudice discriminatoire, elle n'est sans doute pas en mesure de proposer cette analyse structurale en justifiant la vulnérabilité par la référence à la dignité humaine. L'article séminal de N. Iyer de 1993 illustre parfaitement la

¹ GRESCHNER (D.), « The Right to Belong: The Promise of Vriend », *op. cit.*, p. 430, (nous traduisons).

² HIGGINS (T.E.) and ROSENBURY (L.A.), « Agency, Equality, and Antidiscrimination Law », *Cornell L.Rev.*, 2000, vol. 85, pp. 1194-1220.

³ COOPER (D.), « 'And You cant' find it nowhere': Relocating Identity and Structure within Equality Jurisprudence », *J. of L. & Soc.*, 2000, vol. 27, n°2, pp. 249-272, p. 250, (nous traduisons).

⁴ ABRAMS (K.), « Afterword: Critical Strategy and the Judicial Evasion of Difference », *op. cit.*, p. 1432, (nous traduisons).

⁵ YOSHINO (K.), « The New Equal Protection », *Harv. L.Rev.*, 2011, vol. 124, n°1, pp. 747-803, p. 751 pour ce terme.

⁶ MINOW (M.), *Making all the Difference*, *op. cit.*, 1990.

⁷ COOPER (D.), « 'And You cant' find it nowhere' », *op. cit.*, p. 264.

critique de la biopolitique et de la discipline canadiennes de l'égalité. En effet, aussi longue la liste des fondements de discrimination soit-elle, l'approche mécanique de l'égalité, enchâssée à l'article 15(1), fondée sur des catégories, efface la complexité des identités sociales et n'est pas en mesure d'appréhender les identités complexes. Selon elle, « puisque le droit perçoit et accepte une caricature des identités et des relations sociales, il ne peut traiter correctement les inégalités. »¹ L'approche catégorique de l'égalité substantielle conduit à *façonner* l'identité des groupes sociaux. L'on comprend de ce point de vue que l'effet français de l'égalité formelle et de l'effacement de la différence, rejoint l'effet canadien de l'égalité substantielle et de « l'identité façonnée. » C'est une structure normative qui organise l'octroi de l'identité : évoquer l'égalité, c'est accepter la régulation identitaire, qui en est le corollaire axiologique.

639. La critique de ces fondements de discrimination peut s'aventurer dans trois directions. Tout d'abord, avec l'approche catégorique, la différence est une *distinction* : on souligne la « ressemblance artificielle » entre les membres supposés, d'un groupe, tout en effaçant les « similarités » qui pourraient être partagées avec des individus, non membres du groupe. La catégorisation repose, dès lors, généralement, sur l'octroi de stéréotypes et de préjugés. Ensuite, la différence catégorielle est l'expression de hiérarchies et de relations de pouvoir. Enfin, les catégories sont l'expression des normes identitaires constituant la *structure* de la société canadienne : un fondement de discrimination est décrit comme une identité partagée par une pluralité de membres. L'équivalence est faite entre un groupe, et une identité sociale, identité inscrite dans une structure normative invisible permettant d'apprécier ou d'inscrire les caractéristiques du groupe : « l'identité dominante est ancrée dans les structures sociales de base de sorte qu'elle reste **blanche masculine et hétérosexuelle** bien que tous les membres du groupe dominant ne possèdent pas ces caractéristiques. »² L'identité de groupe supposée exister en tant que telle – produite par l'identification du sujet – est justifiée à partir de cette structure normative de base (blanche, patriarcale et hétérosexuelle) : cette structure identitaire constitue le cadre normatif de justification des groupes créés à partir des catégories de l'article 15. Avec le test dégagé par la Cour suprême, ces caractéristiques sont *intrinsèques* et *neutres*.

640. La critique de N. Iyer sur la production de « catégories identitaires » par le discours de l'égalité porte, donc, sur le fonctionnement de l'égalité substantielle à partir des fondements de discrimination : « dès lors qu'une caractéristique est créée comme intrinsèque à un groupe,

¹ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 181, (nous traduisons).

² IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 186, (nous soulignons et nous traduisons).

elle devient son identifiant et regardée comme exclusivement constitutive de l'identité sociale du groupe. »¹ Une critique qui est partiellement compensée par une approche intersectionnelle de l'égalité², visant les discriminations complexes. L'intersectionnalité produit ses propres paradoxes, insistant plus sur la *vulnérabilité individuelle* que sur les inégalités structurelles, sans régler l'inscription de caractéristiques immuables, sur l'identité de l'individu vulnérable : « il tend à imputer aux caractéristiques intrinsèques des individus minorisés la discrimination qu'ils subissent. »³ Cette approche catégorielle dérive d'une conception antique du sujet⁴, indépendant, cohérent et fixe. Or, cette approche ne saisit pas les discriminations complexes : « l'approche catégorielle de la discrimination mobilisée par les cours ne prend pas en compte la construction sociale des identités individuelles et collectives. »⁵ Cette approche demeure paradoxale car, si le test dégagé par la Cour dans *Law*, permet de *contextualiser* la domination dans la caractérisation du préjudice discriminatoire, l'identité demeure de « sens fixe. »⁶

641. Partant, l'égalité substantielle est performative puisqu'elle identifie et régule les sujets en leur attribuant des caractéristiques identitaires. S'il s'agit de l'effet substantiel découlant de l'article 15(1), il s'agit aussi, de l'effet ancillaire de l'égalité. Le groupe identitaire produit par le discours judiciaire est alors supposé exister en tant que tel, l'inscrivant dans l'inévitabilité de sa condition identitaire. L'identité dominante est, dès lors, entourée par des « poches de différences, » précisément régulées à partir de cette structure normative de base qui « chacune vont porter une étiquette désignant l'attribut spécifique qui les distingue de l'identité sociale dominante. »⁷ L'on attribue une *marque* à ces différences, qui servent à évaluer, d'un point de vue normatif, la différence acceptée par l'identité, dominante. Aussi, « cela signifie que le demandeur va devoir présenter une caricature de l'identité du groupe social ou de l'individu, déformant les expériences individuelles et groupales. »⁸ En outre, dans le procès en égalité, lorsqu'il fait *le récit de soi*, le requérant doit s'inscrire dans une narration qui le précède, et le constitue, de sorte à ce que sa différence *fasse sens*. L'identité de la diversité est désignée à partir de l'identité dominante. Au total, l'effet de ces fondements de discrimination conduit à un retour de l'égalité formelle. Et, « la dépendance croissante et insistante de la Cour sur un

¹ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 191, (nous traduisons).

² BILGE (S.) et ROY (O.), « La discrimination intersectionnelle », *op. cit.*, p. 51.

³ BILGE (S.) et ROY (O.), « La discrimination intersectionnelle », *op. cit.*, p. 71.

⁴ KROPP (D.), « 'Categorical' Failure: Canada's Equality Jurisprudence – Changing Notions of Identity and the Legal Subject », *Queen's L.J.*, vol. 23, n°1, 1997, pp. 201-230, p. 203.

⁵ KROPP (D.), « 'Categorical' Failure », *op. cit.*, p. 219, (nous traduisons).

⁶ SHEPPARD (C.), « Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach », *Can. Bar Rev.*, 2001, vol. 80, pp. 893-916, p. 903.

⁷ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 191, (nous traduisons).

⁸ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 192, (nous traduisons).

groupe comparatif contrarie les effets de l'art. 15 »¹ par un retour de l'égalité de situation au stade de la qualification du préjudice discriminatoire, renforçant l'inscription de la différence dans la naturalité de l'identité. Les effets identitaires de l'égalité *orientent* l'interprétation².

642. L'on retrouve ce que W. Brown qualifie de « paradoxes identitaires » des droits : les droits fondamentaux ne permettent pas de vaincre les régimes de *domination*. Au contraire, la protection de ces droits réinscrit l'adresse identitaire en même temps qu'elle sert d'instrument de protection d'une identité. Ainsi, « le caractère régulateur **des droits identitaires** émerge car les droits **ne sont jamais déployés librement**, mais toujours dans un régime discursif, un **contexte normatif**, le contexte précisément dans lequel '**la femme**' (ou toute autre **catégorie identitaire**) est produite et **reproduite**. »³ L'effet est double : la dimension identitaire oriente le droit, et la dimension normative de l'identité constitue le droit. Le droit fondamental ne prend sens qu'énoncé dans une narration, réitérant ces normes identitaires. Dès lors, l'identité fait sens du droit fondamental. Mobiliser un *droit* constitutionnel, c'est mobiliser la charge identitaire qui le *constitue*. Aussi, cette identitarisation des droits et libertés fondamentaux conduit à habiliter de façon différentielle les différents groupes identitaires selon leur capacité à reproduire le modèle de pouvoir attendu par l'orientation identitaire des droits : « **les droits entraînant une certaine spécification** de notre souffrance [le propre de l'égalité substantielle et du préjudice discriminatoire], blessure ou inégalité **nous enferment dans l'identité définie par notre subordination**, et les droits qui l'évitent non seulement **assurent l'invisibilité de notre subordination** mais potentiellement **l'augmentent**. »⁴ L'identification qui constitue le droit enferme le requérant dans une autre domination, l'enfermement assure l'*invisibilisation* la norme identitaire dominante et marquer les sujets de droit par les stigmates de ces identités. Cette phénoménologie identitaire constitue le contexte normatif d'un droit et enferme le sujet de droit dans une narration captive. Ces normes identitaires invisibles constituant le contexte normatif d'énonciation des droits sont *les normes identitaires de la parenté constitutionnelle*.

643. Partant, l'enjeu n'est pas de trouver le système qui garantirait le *mieux* le pluralisme, que d'évaluer la « production systémique » de groupes identitaires, à partir d'une structure

¹ GILBERT (D.) and MAJURY (D.), « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Dooms Section 15 », *Windsor Y.B. Access Just.*, 2006, vol. 24, n°1, pp. 111-142, p. 118, (nous traduisons).

² Une analyse a montré les limites d'une telle approche dans le contexte américain de l'accommodement religieux : SAKARIA (A.), « Worshipping Substantive Equality over Formal Neutrality: Applying the Endorsement Test to Sect-Specific Legislative Accommodations », *Harv. C.R.-C.L. L.Rev.*, 2002, vol. 37, pp. 483-502.

³ BROWN (W.), « Suffering the Paradoxes of Rights », in BROWN (W.) and HALLEY (J.) (eds.), *Left Legalism / Left Critique*, Duke U.P., Durham and London, 2002, pp. 420-434, p. 422, (nous soulignons et nous traduisons).

⁴ BROWN (W.), « Suffering the Paradoxes of Rights », *op. cit.*, p. 423, (nous soulignons et nous traduisons).

normative invisible. C'est bien une analyse critique de l'exclusion constitutionnelle. Ainsi que le note Hutchinson, « le sujet est une **création culturelle**, non un donné biologique. Or, si les individus ne sont pas fondamentalement fixés par leur expérience de la race, du genre ou de classe, ils sont **marqués distinctement par de telles catégorisations sociales.** »¹ La liberté individuelle et l'égalité sont des projets *publics*. On peut dire avec D. Cooper que l'égalité substantielle est une forme de « gouvernement » en dehors de l'ordre juridique, mais à travers l'appartenance identitaire et la justification en valeur² : la « contrainte axiologico-identitaire » de la norme constitutionnelle. Cette contrainte peut être qualifiée de « contrat culturel » : « un cadre illusoire par lequel les termes de l'appartenance nationale et de l'expression culturelle sont constitués. »³ Les termes du contrat, régulant l'égalité comme politique d'appartenance, demandent à ce que les sujets se présentent sur l'espace public comme des citoyens identifiés et hiérarchiquement codés⁴. Le droit d'appartenir est donc une gouvernementalité identitaire fonctionnant à travers l'identification et l'octroi de groupes identitaires au sujet, *vulnérable*.

¹ HUTCHINSON (A.C.), « Identity Crisis: The Politics of Interpretation », *New Eng. L.Rev.*, 1992, vol. 26, pp. 1173-1219, p. 1192 (nous soulignons).

² COOPER (D.), *Governing Out of Order. Space, Law, and the Politics of Belonging*, Rivers Oran P., London and New York, 1998, p. 3.

³ COOPER (D.), *Governing Out of Order, op. cit.*, p. 24.

⁴ COOPER (D.), *Governing Out of Order, op. cit.*, 134.

§ 2 - *MOSSOP C. 2010-92 Q.P.C.* : UNE COMMUNE RÉGULATION HÉTÉRONORMÉE DE LA PARENTÉ PAR LES JUGES CONSTITUTIONNELS

644. La régulation de l'appartenance à travers le droit d'appartenir et l'égalité substantielle, illustre ce que B. Cossman qualifie de « citoyenneté sexuelle » : l'égalité substantielle régule la « parenté identitaire » des citoyens, désirés sur l'espace public. Au-delà de l'absence de l'égalité substantielle comme vecteur de pluralisme, l'égalité formelle, dans le républicanisme français, régule aussi cette parenté à travers une orientation hétéronormative. Aussi est-ce cet effet qu'il convient d'évaluer en tant qu'il s'inscrit dans une contrainte axiologique commune. Partant, « the idea of citizenship directs analytic attention to question of belonging and border. »¹ La question de la régulation de l'appartenance est liée à son dehors constitutif : la production de l'exclusion constitutionnelle. La dernière dimension identitaire de la parenté constitutionnelle est *l'hétéronormativité (A)*. Au-delà d'une comparaison différentielle sur la disponibilité ou l'indisponibilité de l'instrument de l'égalité substantielle, Canada et France (*B*) partagent les mêmes principes identitaires d'orientation et d'exclusions. L'enjeu de la comparaison est la mise en évidence des dehors constitutifs du constitutionnalisme en tant que structure identitaire. La parenté sociale appert *homosociale, patriarcale et hétéronormée*.

A- Une orientation identitaire commune : « l'hétéronormativité » de la parenté

645. Les théories *Queer* ont produit une critique de l'hétéronormativité. Si l'origine des études autour de la sexualité peut être tracée jusqu'aux travaux de l'anthropologue G. Rubin, c'est à T. de Lauretis que l'on doit la première utilisation en 1991 du concept de *Queer Theory*, repris plus tard par M. Warner et L. Berlant². L'émergence de ce que l'on qualifie de *Queer* – la remise en question des normes présidant à la normalisation sociale – s'est située d'abord dans la réitération critique de cette étiquette *a priori* haineuse qu'est la notion de *Queer*. Selon la philosophe J. Butler, « le terme '**queer**' a émergé comme une **interpellation** qui soulève la question du statut de la force et de l'opposition, la stabilité et la variabilité, **au sein de la performativité**. »³ Aussi la théorie *Queer* se situe dans l'ordre de la performativité, *i.e.* l'imparfaite citationnalité de l'acte produit à travers le langage. Cette réappropriation

¹ COSSMAN (B.), *Sexual Citizenship, op. cit.*, p. 196.

² BERLANT (L.) and WARNER (M.), « What Does Queer Theory Teach Us about X? », *Proceedings of the Modern Language Association*, 1995, vol. 110, pp. 343-349 ; « Sex in Public », *Critical Inquiry*, 1998, vol. 24, n°2, pp. 547-566.

³ BUTLER (J.), « Critically Queer », *G.L.Q.*, 1993, vol. 1, pp. 17-32, p. 18, (nous soulignons et nous traduisons).

d'une étiquette haineuse s'est faite dans le cadre d'une expérience politique de contestation, associée à l'action *Act up!*. Le *Queer* est l'expérience d'habiter un espace liminal et subversif.

1- L'hétéronormativité comme orientation

646. Dans ce cadre, J. Butler distingue deux types d'enquêtes critiques : « 'Queering' peut signifier enquêter sur (a) la construction des homosexualités (une enquête historique qui ne peut prendre pour acquis la stabilité du terme, malgré les pressions politiques) et (b) la puissance déformatrice et de détournement dont le terme bénéficie. »¹ Si cette enquête s'inscrit, historiquement, dans le champ de la sexualité, l'on devine qu'il s'agit d'une enquête critique au cœur de la régulation étatique du désir national : la normalisation identitaire d'un *pluralisme désiré*. La cible n'est pas l'identité homosexuelle, mais l'hétéronormativité définie comme système d'institutions et de relations produisant l'hétérosexualité comme naturelle et désirable. En effet, « en 1990 le queer a émergé dans la conscience publique. Ce terme venait contester **les mécanismes de normalisation** du pouvoir d'État à **nommer ses sujets sexuels** : male ou femelle, marié ou célibataire, hétérosexuel ou homosexuel, naturel ou pervers. »² Il s'agit de critiquer « l'étiquetage normatif » des sujets, comme mode de régulation étatique, de normalisation et de la présentation des corps dans l'espace. C'est à une critique de *l'exclusion* que nous invitent les *Queer Theories*, par la normalisation de l'identité, par le pluralisme³.

647. C'est dans les travaux de G. Rubin que l'on voit émerger le mouvement *Queer*, dans les décombres du féminisme radical et des *Race Theories*. Cette construction politique et radicale de la sexualité sociale invite à s'écarter du féminisme comme cadre de lecture genré de la sexualité et à rejeter l'assimilation entre race et sexualité. Le lien est d'abord établi entre l'hétérosexualité et la hiérarchie des genres, par le féminisme radical des années 1970 ; l'hétérosexualité est définie comme une institution politique dont le statut d'obligatorité a une fonction politique clé, qui est de maintenir une hiérarchie de genres, subordonnant les femmes aux hommes. Dans les premiers temps, l'analyse de la sexualité en tant que construction sociale n'était pas séparée de l'analyse du genre. La notion de femme – dans la

¹ BUTLER (J.), « Critically Queer », *op. cit.*, p. 21, (nous traduisons).

² ENG (D.L.), HALBERSTAM (J.), MUNOZ (J.E.), « What's queer about queer studies now ? », *Social Text*, 2005, vol. 23, n°3-4, pp. 1-17, p. 1, (nous soulignons et nous traduisons).

³ ENG (D.L.) *et alii*, « What's queer », *op. cit.*, p.1, (nous soulignons) : « Given its commitment to interrogating **the social processes** that not only **produced** and **recognized** but also **normalized** and **sustained** identity, **the political promise of the term** resided **specifically** in **its broad critique of multiple social antagonisms**, including race, gender, class, nationality, and religion, in addition to sexuality. »

perspective ouverte par M. Wittig¹ – n'est pas une catégorie naturelle, mais un statut social qui n'existe que dans un système sociopolitique basé sur une « hétérosexualité obligatoire » (*compulsory heterosexuality*) : « quelles sont donc ces relations sociales qui font qu'une femelle devient une femme opprimée ? »² Aussi, la sexualité apparaît comme un aspect d'un système de pouvoir plus large, qu'est le genre. La séparation a été opérée au début des années 1990, par Rubin³, marquant son désaccord avec l'idée d'une sexualité ne s'expliquant qu'à partir du genre. Rubin propose le concept de « système de sexe/genre » : « l'ensemble des dispositions par lesquelles une société transforme la sexualité biologique en produits de l'activité humaine et dans lesquelles ces besoins sexuels transformés sont satisfaits. »⁴

648. Rubin ne détache pas encore le sexe du genre ; une question de genre est toujours liée à une question de sexualité et *vice versa*. L'organisation sociale de la sexualité à travers la régulation de la parenté est un système de pouvoir : « un système de parenté est l'imposition de fins sociales sur une partie du monde naturel. Il s'agit d'un façonnage, une transformation d'objets (ici, des gens) vers et par un but subjectif. »⁵ La parenté hétéronormative étant un système de pouvoir, elle est organisée sous la forme d'une hétérosexualité obligatoire qui produit une hiérarchie de genres, et une stratification des sexualités. La parenté sous la forme du mariage est une telle organisation hiérarchique, socialement construite et obligatoire : « le **genre** est une division des **sexes socialement imposée**. Il est le produit des **rapports sociaux de sexualité**. Les systèmes de parenté reposent sur le **mariage**. Ils transforment donc des **mâles** et des **femelles** en '**hommes**' et en '**femmes**', chaque catégorie étant une moitié **incomplète** qui ne peut trouver la plénitude que dans l'union avec l'autre. »⁶ Il s'agit, en outre, d'une double identification : celle du genre au sexe et celle du désir sexuel vers l'autre sexe. La parenté est « la culturalisation de la sexualité biologique au niveau de la société. »⁷ En outre, l'organisation du contrôle social, qu'est le système de parenté, suppose une division des sexes ; ces systèmes de parenté comportent, alors, des règles qui gèrent la sexualité ; l'hétérosexualité obligatoire est le produit de la parenté. Cette obligation est une performance de genre car, sont attendues, certaines normes sociales de *féminité*, et de *masculinité*. Cette hétérosexualisation obligatoire est naturalisée et doit être réorganisée par *l'action politique*.

¹ WITTIG (M.), *La pensée straight*, Éditions Amsterdam, Paris, 2007.

² RUBIN (G.S.), « Le Marché aux femmes. 'Économie politique' du sexe et systèmes de sexe/genre », in RUBIN (G.), *Surveiller et Jouir. Anthropologie politique du sexe*, Éditions Epel, Paris, 2010, pp. 23-82, p. 25.

³ RUBIN (G.S.) et BUTLER (J.), *Marché au sexe*, Éditions Epel, Paris, 2001.

⁴ RUBIN (G.S.), « Le Marché aux femmes », *op. cit.*, p. 25.

⁵ RUBIN (G.S.), « Le Marché aux femmes », *op. cit.*, p. 45.

⁶ RUBIN (G.S.), « Le Marché aux femmes », *op. cit.*, p. 45, (nous soulignons).

⁷ RUBIN (G.S.), « Le Marché aux femmes », *op. cit.*, p. 58.

649. Si Rubin distingue, en 1975, le sexe et le genre, le mouvement politique qu'elle évoque demeure celui du féminisme. Ce n'est, finalement, qu'à partir de son essai de 1984, « Penser le sexe, » que Rubin distinguera ce qui sera l'objet de la théorie féministe et ce qui sera l'objet de la théorie *Queer* : « il est grand temps de parler de sexe. »¹ Selon Rubin, le domaine de la sexualité définit – par rapport au genre ou à la race – des « interactions politiques, des formes d'inégalité et d'oppression **qui lui sont propres.** »² Et, cette lutte contre l'oppression sexuelle est inscrite par Rubin dans la perspective de Engels : il y a, donc, une dimension politique, et économique, d'oppression sociale au cœur du projet des *Queer Theories* : le sexe est toujours déjà politique. Le discours social autour d'une bonne sexualité a conduit à la production d'une « stratification sexuelle » dont l'État se porte garant. Cette hiérarchie sexuelle rendant l'hétérosexualité obligatoire imprègne l'ensemble des champs des sciences humaines : « Pour la religion, l'idéal est le mariage procréateur. Pour la psychologie, c'est l'hétérosexualité responsable, adulte. »³ La théorie féministe n'étant pas en mesure de saisir l'ensemble des enjeux liés à la sexualité, c'est une véritable théorie *politique* de la sexualité, définie comme oppression sociale, qui est proposée. Les *Queer Theory* sont, donc, une critique politique de la stratification des citoyens plus ou moins désirés par l'État. Cette perspective a été empruntée par un ouvrage collectif en 1993, *Fear of a Queer Planet*⁴, qui contribue à donner des lignes directrices pour la recherche dans le domaine des études *Queer*.

650. Selon les termes de M. Warner, le projet des théories *Queer* est une critique de la stratification sociale produite par le discours du multiculturalisme. En effet, « la tension entre le **queer** et les **préjugés raciaux du multiculturalisme** est une des raisons pour lesquelles tant de théoriciens queer ont protesté contre la notion même d'identité. »⁵ Il faut voir la critique de l'hétéronormativité comme la critique de la naturalisation de ce discours encadrant la reproductibilité de la société « sur et par elle-même » : la « parenté constitutionnelle. » L'hétéronormativité⁶ – proche de ce que J. Butler qualifie de *matrice hétérosexuelle* – est une hégémonie sociale invisible, produite et reproduite, à travers les interactions sociales, les productions culturelles, juridiques etc. Elle en est « la sémiotique sociale » : le contexte de

¹ RUBIN (G.S.), « Penser le sexe. Pour une théorie radicale de la politique de la sexualité », in RUBIN (G.), *op. cit.*, pp. 128-135, 136.

² RUBIN (G.S.), « Penser le sexe », *op. cit.*, p. 137.

³ RUBIN (G.S.), « Penser le sexe », *op. cit.*, p. 163.

⁴ WARNER (M.) (ed.), *Fear of a Queer Planet. Queer Politics and Social Theory*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 1993.

⁵ WARNER (M.) (ed.), *Fear of a Queer Planet, op. cit.*, p. XIX, (nous soulignons et nous traduisons).

⁶ WARNER (M.), « Introduction: Fear of a Queer Planet », *Social Text*, 1991, vol. 9, pp. 3-17.

sens du langage, et de l'interprétation des comportements. L. Gotell qualifie cela de privilège identitaire de la naturalité de l'hétérosexualité¹. Cette quiddité en marque l'invisibilisation.

651. Dans la mesure où, seuls les homosexuels sont « orientés, » l'homosexualité est ce qui est désignée « par » l'hétérosexualité : « le confinement et le marquage des corps homosexuels au sein de catégories d'identités sexuelles fixes assurent le contrôle de la distinction homo et hétéro. »² L'identification d'une orientation contribue à protéger le privilège hétéronormatif. Il y a deux dimensions dans l'hétéronormativité : la séparation physique des organes sexuelles (*sexe*) est liée à la construction sociale du *genre*, et cette dichotomie du masculin et du féminin structure les relations sociales³ ; la construction sociale qu'est la *sexualité* produit une orientation naturelle qu'est l'hétérosexualité. L'orientation sexuelle est bien une *orientation* phénoménologique. Aussi, la reconnaissance d'une orientation sexuelle implique d'assumer et de reproduire l'identité sociale disponible de l'homosexualité ou attente sociale identitaire. En somme, « l'expression est tout; il organise le langage de la peine, de la domination, et de la libération. »⁴ La dynamique de l'orientation identitaire de la parenté est politique, dépassant le cadre de la régulation nationale pour affirmer celle de l'identité constitutionnelle⁵. En ce sens, la théorie *Queer* est une critique anti-identitaire qui voit dans les processus de régulation étatique des opérateurs de normalisation des comportements sexuels⁶. L'analyse se déplace vers une évaluation des effets *disciplinaires* de l'identité, c'est-à-dire les *exclusions sociales*.

652. Dans un article séminal, F. Valdes avait déconstruit ces formes de réductionnismes : le sexe, le genre et la sexualité font parties d'un triangle conceptuel permettant de donner sens à l'activité de juger⁷. Cet amalgame constitue, à partir de l'hétéronormativité, la subjectivité juridique des agents homosexuels, à travers une adresse identitaire, qui, somme toute, évolue entre transgression et normalisation⁸. Aussi, la parenté est toujours déjà, hétéronormée : « une façon est de prétendre que la sexualité doit être organisée au service de relations reproductives et que le mariage, qui accorde un statut juridique à une forme familiale, ou plutôt, est conçu

¹ GOTELL (L.), « Queering Law: Not by Friend », *Can. J. of L. & J.*, 2002, vol. 17, n°1, pp. 89-113, p. 92.

² GOTELL (L.), « Queering Law: Not by Friend », *op. cit.*, p. 103, (nous traduisons).

³ WEISS (J.T.), « The Gender Caste System: Identity, Privacy, and Heteronormativity », *Law & Sexuality*, 2001, vol. 10, pp. 123-186.

⁴ KATYAL (S.K.), « Sexuality and Sovereignty: The Global Limits and Possibilities of a Lawrence », *Wm. & Mary Bill of Rts J.*, 2006, vol. 14, n°4, pp. 1429-1492, p. 1443, (nous traduisons).

⁵ KATYAL (S.K.), « Sexuality and Sovereignty », *op. cit.*, p. 1447.

⁶ COSSMAN (B.), « Sexuality, Queer Theory, and 'Feminism After': Reading and Rereading the Sexual Subject », *McGill L.J.*, 2004, vol. 49, pp. 847-876, p. 866.

⁷ VALDES (F.), « Queers, Sissies, Dykes and Tomboys: Deconstructing the Conflation of 'Sex', 'Gender' and 'Sexual Orientation' in Euro-american Law and Society », *Cal. L.Rev.*, 1995, vol. 83, n°1, pp. 1-378.

⁸ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode Hall L.J.*, 2002, vol. 40, n°3-4, pp. 223-248.

comme ce qui doit sécuriser les institutions **en accordant un statut juridique**, doit demeurer le **point d'appui permettant à ces institutions de s'appuyer les unes sur les autres.** »¹ La philosophe définit la *parenté* comme un ensemble de pratiques constitutives de relations qui organisent la reproduction de la vie et les contraintes de la mort : les pratiques de parenté constituent les « aspects fondamentaux de la vie humaine, » toujours déjà hétéronormés.

653. La question du mariage homosexuel s'inscrit dans un processus d'homologation des relations intimes par l'État : le privé est toujours déjà politique. Le mariage est l'instrument à travers lequel est fixée la parenté, et sert à juger d'autres parentés. La question n'est plus de savoir si la parenté est hétérosexuelle, mais déjà hétéronormative. La parenté *hétéronormée* fixée à travers le mariage (pas forcément *hétérosexuel*) est le contexte implicite qui donne sens à l'expérience, encadrant les conditions de reproductibilité de la société. L'homologation étatique implique de reproduire les termes identitaires de cette reconnaissance et de rejeter ses *dehors constitutifs* : « une fonction critique examine l'action de délimitation elle-même. »

654. Ainsi, « ce ne sont pas des sites d'énonciation, mais bien les changements topographiques à partir desquels une demande douteuse émerge. »² La parenté est déjà territorialisée à travers les grilles normatives du normal. Selon la démonstration de Emens, le droit constitutionnel contribue à organiser les situations de rencontres intimes entre les sujets, encadrant les conditions à travers lesquelles les individus *évaluent* les interactions sur l'espace public³. Ces normes contraignent les choix intimes tout en reproduisant les hiérarchies dominantes. C'est la relation à l'espace public et *sur* l'espace public qui sont régulées par la *phénoménologie identitaire* du droit. Comment la parenté est-elle un vecteur d'orientation ?

2- La question de la parenté : queer ou pas queer ?

655. La notion de *parenté* a souffert de nombreuses critiques de la part des théoriciens du *Queer*, au point où ces critiques de la *normalisation* en viennent à *normativiser* la valeur de subversion, au détriment de la relationalité comme valeur. La critique de l'hétéronormativité peut ne pas aller jusqu'à l'anéantissement de toute relationalité. Certains courants « ont trouvé refuge dans la sphère intime de la vie relationnelle comme lieu où potentiellement affirmer

¹ BUTLER (J.), « Is Kinship always already heterosexual ? », in BROWN (W.) and HALLEY (J.) (eds.), *op. cit.*, pp. 229-258, p. 229, (nous soulignons et nous traduisons).

² BUTLER (J.), « Is Kinship always already heterosexual ? », *op. cit.*, p. 234, (nous traduisons).

³ EMENS (E.F.), « Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love », *Harv. L.Rev.*, 2009, vol. 122, pp. 1307-1402, p. 1314.

son individualité, contester l'hétéronormativité, et produire un sens propre. »¹ La parenté est une forme de spatialité du désir : les corps prennent *formes* à travers leurs orientations vers certains objets qui peuvent être atteints par eux, *i.e.* disponibles dans leur horizon corporel².

656. La parenté, en ce sens, régule les relations de proximité ou de distance entre les corps : elle implique différents *degrés* de proximité avec les *Autres*. La phénoménologie identitaire de la parenté oriente ce que peuvent faire les corps dans l'espace public : « une politique de localisation comme forme d'habitation située. »³ C'est en ce sens qu'il faut comprendre la matrice hétérosexuelle de la parenté: « devenir 'straight'/droit implique que nous avons non seulement à nous tourner vers les objets offerts par la culture hétérosexuelle, mais aussi nous détourner des objets nous conduisant hors de cette direction. »⁴ Les différentes facettes de la parenté sont des opérateurs de formation et d'orientation des corps : la naissance, l'enfance, l'adolescence, le mariage, la reproduction, et la mort. Le discours juridique est construit à partir de cette « cosmogonie hétéronormée » de la vie sociale, est-elle spatiale ou temporelle.

657. L'hétérosexualité obligatoire opère comme instrument de redressement, en réorientant les corps vers le « désir autorisé. » Cet effet de redressement réoriente notre manière d'habiter l'espace et organise la familiarité du sujet à l'espace. Cette sédimentation identitaire modifie l'horizon spatial et temporel du sujet de droit et sa capacité à *être-en-commun*. Partant, « le champ des objets hétérosexuels, en tant qu'effet de la répétition vers une certaine direction, prend forme comme 'arrière-plan' qui peut être personnalisé comme 'mon arrière-plan' ou comme ce qui me permet d'arriver et de faire des choses. »⁵ Les corps des sujets prennent la *forme* des normes réitérées à travers leur identification de sujet. Les « sujets hétéronormés » peuvent alors, s'appropriier l'espace à travers la différence du sexe, du genre et de la sexualité.

658. C'est dans ce cadre qu'il faut lire la controverse *Queer* autour de la parenté. Sans doute, dans cette controverse, est-il possible d'adopter une voie médiane : la mise en évidence des normes identitaires orientant la parenté et les exclusions disciplinaires qui en découlent, tout en conservant la parenté comme relationalité. La critique est venue de J. Halberstam : la parenté est une forme d'homonormativité qui reconfigure les corps *Queer* sur le modèle de

¹ COSSMAN (B.), « Sexuality, Queer Theory, and 'Feminism After' », *op. cit.*, p. 875, (nous traduisons).

² AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, 2007.

³ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, loc. 69 of 3325, (livre électronique), (nous traduisons).

⁴ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, loc. 320-328 of 3325, (livre électronique), (nous traduisons). *Straight* signifie hétérosexuel.

⁵ AHMED (S.), *Queer Phenomenology*, *op. cit.*, loc. 1330 of 3325, (livre électronique), (nous traduisons).

l'hétérosexualité obligatoire. Le *Queer*, pour Halberstam, se construit « par opposition » aux institutions de l'hétérosexualité et de la famille¹, en dehors des marqueurs temporels et spatiaux de l'expérience hétéronormatives. Aussi, il faut rejeter toute valorisation disciplinaire de la parenté : « les disciplines qualifient et disqualifient légitime et illégitime, récompense et punition ; plus important, elles se reproduisent elles-mêmes et empêchent la contestation. »²

659. Pour Halberstam, la relation *Queer* est une relation qui doit être ratée, si la réussite est mesurée par la capacité à reproduire les codes de l'hétéronormativité : « son regard demeure si **obstinément formé par le spectacle réconfortant** du 'couple', de la 'famille unie', de 'l'amour', 'la perte', la reproduction hétérosexuelle, et par l'architecture émotionnelle qui est censée souder toutes ensembles toutes ces entités. »³ Le déploiement du concept de famille, énoncé en contextes hétérosexuels ou homosexuels, introduit des formes de compréhensions normatives du temps et de la transmission horizontale et verticale. La famille est une matrice disciplinaire à écarter comme forme d'organisation sociale. Le *Queer* est disruptif, « la culture queer produit une rupture comme substitution au fur et à mesure que l'enfant queer se détache de la ligne d'assemblage de la production hétérosexuelle et qu'il s'oriente vers un projet nouveau. »⁴ La famille est un projet de souveraineté organisant l'appartenance nationale. Cette souveraineté identitaire « connecte aussi la famille au passé historique de la nation, et regarde en avant pour connecter la famille au futur de la (...) stabilité nationale. »⁵

660. On trouve l'origine de cette critique de la famille, comme une institution bourgeoise, blanche, libérale, patriarcale et hétérosexuelle chez l'historienne américaine L. Duggan qui a proposé le concept « d'homonormativité. »⁶ Plus spécifiquement, l'historienne propose une critique des associations entre l'égalité, le néo-libéralisme et l'institution familiale. L'une des manifestations de cette régulation identitaire est le pluralisme et les programmes de promotion de la diversité. Aussi, « le marqueur identitaire *mâle* boucle implicitement la famille en tant que sphère privée pour les femmes et les enfants sous l'autorité d'un chef de ménage blanc et masculin. »⁷ La famille, archétype de la sphère privée et structurant l'économie nationale,

¹ HALBERSTAM (J.), *In a Queer Time and Place. Transgender Bodies, Subcultural Lives*, N. Y. U. P., New York and London, 2005, p. 1.

² HALBERSTAM (J.), *The Queer Art of Failure*, Duke U.P., London and Durham, 2011, loc. 175 of 2706, (livre électronique), (nous traduisons).

³ HALBERSTAM (J.), *The Queer Art of Failure*, *op. cit.*, loc. 538 of 2706, (nous soulignons et nous traduisons, livre électronique).

⁴ HALBERSTAM (J.), *The Queer Art of Failure*, *op. cit.*, loc. 1030 of 2706, (livre électronique), (nous traduisons).

⁵ HALBERSTAM (J.), *In a Queer Time and Place*, *op. cit.*, p. 5, (nous traduisons).

⁶ DUGGAN (L.), *The Twilight of Equality?*, *op. cit.*, 2004.

⁷ DUGGAN (L.), *The Twilight of Equality?*, *op. cit.*, p. 5, (nous traduisons).

serait une sphère hiérarchisée à partir du masculin. Or, c'est au sein de cette famille, que les mouvements de normalisation de l'homosexualité ont souhaité être intégrés, avec le mariage.

661. Duggan définit l'homonormativité comme « une politique ne contestant par les préjugés et les institutions dominants de l'hétérosexualité, mais qui les ravive et les soutient, tout en promettant la possibilité d'une circonscription gay démobilisée, d'une culture gay dépolitisée et ancrée dans une vie domestique et consumériste. »¹ Il s'agit, en somme, de la normalisation de l'identité gay à travers les instruments du mariage et de la famille et leur inscription dans la structure même de promotion d'une économie néolibérale. Duggan explique que la mobilisation du principe d'égalité, en sus de normaliser les groupes identitaires, conduirait à une dépolitisation critique du processus de normalisation. Dans cette perspective, le *Queer* devrait rejeter tout ce qui, de près ou de loin, touche à cette matrice disciplinaire qu'est la famille, définie comme « une intimité hétérosexuelle approuvée par l'État. »² Cependant, si ces perspectives sont importantes, afin de remettre en question les instances normalisatrices de la société constitutionnelle, elles participent, aussi, d'une forme de rejet de toute socialité.

662. Ces études n'interrogent pas, au-delà du rejet, la notion de *parenté Queer*. Afin de comprendre les principes identitaires de régulation des décisions constitutionnelles, il est important de réfléchir à cette notion. Peut-on parler de famille homosexuelle sans pour cela s'inscrire dans un cadre hétéronormé ? L'on trouve une réflexion approfondie sur ce thème, dans le travail mené par K. Weston. Ainsi que le remarque l'anthropologue « c'est toujours un 'big deal' que de vivre une attraction vers le même sexe car peu dans la société est fait pour reconnaître **les liens familiaux que nous proposons.** »³ L'une des difficultés réside dans la qualification épistémique de « famille » pour l'expérience de la « parenté homosexuelle » : l'anthropologue propose alors le concept de « Families We Choose, » ce qui est une forme de reconstruction de la structure familiale dans un contexte *Queer*. En appliquant le concept de famille, l'enjeu est de dépasser la construction de la relation hétérosexualité et homosexualité.

663. Les connections biologiques ne seraient plus suffisantes pour penser la parenté dans la durée : « la parenté a commencé à ressembler davantage à un effort et à un choix, plus qu'à un

¹ DUGGAN (L.), *The Twilight of Equality?*, *op. cit.*, p. 50, (nous traduisons).

² DUGGAN (L.), *The Twilight of Equality?*, *op. cit.*, p. 65, (nous traduisons).

³ WESTON (K.), *Families We Choose. Lesbians, Gays, Kinship*, Columbia U.P., 2^{ème} édition, N. Y., 1997, p. XII, (nous soulignons et nous traduisons).

lien permanent et inébranlable, ou un droit de naissance. »¹ La parenté se construirait, non plus à partir d'un critère biologique – la possibilité de se reproduire et l'existence de relations sexuelles – mais d'un *choix* plus ou moins contraint. La parenté *Queer* pourrait inclure des relations d'amitié et étendre la notion au-delà du couple et des enfants. L'émergence publique de ces relations est liée à la politisation de la parenté dans les années 1980 : cette politisation résulte de l'historicisation familiale comme une « histoire sédimentée. » La notion de famille, dans le contexte des revendications homosexuelles, dépasse la notion de « liens biologiques » pour inclure toute une variété de relations, qui ont émergé dans le contexte d'une construction politique de la communauté. Ces formes de parenté sont intergénérationnelles, à la fois dans la dimension horizontale et verticale de la parenté : « non seulement ces familles associent les amis ; elles peuvent aussi englober amants, coparents, enfants adoptés, enfants d'anciennes relations hétérosexuelles, ou encore descendants conçus par insémination artificielle. »²

664. Cette transgression permet de souligner à quel point le modèle familial est un construit social : l'articulation entre *homosexuel* et *famille* produit un ensemble alternatif de relations de parenté. L'identité homosexuelle était séparée de la capacité reproductive pour être réduite à une identité sexuelle et, la métaphore du désir comme différence aurait construit l'identité homosexuelle à travers l'image du miroir et d'un désir du même, profondément égoïste. Le rejet de la parenté homosexuelle viendrait de ce caractère profondément antisocial, détourné de la reproduction de la société³. En insistant sur la reproduction comme condition de la parenté, le narcissisme de l'homosexuel rendait impossible toute inscription dans le temps. Toutefois, les notions de *famille biologique* et de *famille choisie* ne seraient que des formes alternatives de parenté situées sur un continuum d'identité sexuelle. Ainsi, « que se passerait-il si les observateurs cessaient de privilégier la généalogie, comme construction sacrosainte et objective, mobilisant plutôt les liens biogénétiques comme façon caractéristique, en Occident, d'ordonner et d'accorder de l'importance à certaines relations sociales ? »⁴ L'alternative serait de penser la parenté, non plus dans l'ordre de la procréation, mais de la construction sociale : il ne s'agit donc pas de contester le fait que la procréation informe la représentation courante de la parenté, mais de souligner que la procréation seule ne peut *épuiser* la parenté *choisie*.

¹ WESTON (K.), *Families We Choose, op. cit.*, p. XV, (nous traduisons).

² WESTON (K.), *Families We Choose, op. cit.*, p. 2, (nous traduisons).

³ WESTON (K.), *Families We Choose, op. cit.*, p. 163.

⁴ WESTON (K.), *Families We Choose, op. cit.*, p. 33, (nous traduisons).

665. La proposition peut, ainsi, se résumer à « enraciner la parenté dans l'amour et écarter la distinction entre relations érotiques et non érotiques tout en unissant amis, amants, et enfants sous un seul concept. »¹ En effet, au-delà d'être hétéronormée, la conception traditionnelle de la famille est rejetée par certains groupes car traduisant une vision *occidentale* et *blanche*. Au lieu de rejeter la notion, ne faudrait-il pas évaluer la réappropriation des liens familiaux au-delà du modèle ? Cette réappropriation illustre ce que Derrida qualifie de « citationalité imparfaite » : la notion est non pas un dérivé, mais est continuellement redéfinie à travers son énonciation. La redéfinition est même « radicale » puisque cette réappropriation réintroduit la question de la sexualité au cœur de la question familiale et conduit à renoncer à la dichotomie du public et du privé, tout en faisant de la parenté une question politique et constitutionnelle.

666. En effet, « gènes et sang apparaissent comme les symboles impliqués par une manière culturelle spécifique de distinguer et d'organiser les relations. »² La parenté homosexuelle n'est pas un substitut à la famille, mais est un choix formulé au cœur d'une histoire qui est, « communautaire » de l'identité homosexuelle : fonder une parenté en refusant la binarité de l'érotique / non érotique des relations, et sur une solidarité verticale et horizontale. Partant, « en tant que catégorie culturelle dorénavant associée à l'identité homosexuelle, la parenté ouvre de nouvelles possibilités pour associer gays et hétérosexuels et qui permettent de faire échapper la discussion à la dialectique de la même et de la différence. » Au-delà de ces propositions, les décisions française et canadienne reproduisent une « parenté hétéronormée. »

B- La régulation hétéronormative de la parenté : Mossop c. Mme. Corinne C

667. En dépit de la potentialité critique de la « parenté homosexuelle, » les deux juridictions se sont appropriées cette notion. Or, dans les deux cas, l'hétéronormativité demeure le principe identitaire directeur. Alors que la décision canadienne redéfinit cette parenté sur un modèle hétérosexuel **(1)**, la décision française rejette cette parenté en regard de « l'hétérosexualité naturelle » **(2)**. Or, « les familles gay n'occupent pas **un domaine subsidiaire qui reflète passivement ou imite** les principes de base d'un 'système américain de parenté', cohérent. »³

¹ WESTON (K.), *Families We Choose, op. cit.*, p. 107, (nous traduisons).

² WESTON (K.), *Families We Choose, op. cit.*, p. 105, (nous traduisons).

³ WESTON (K.), *Families We Choose, op. cit.*, p. 106, (nous soulignons et nous traduisons).

1- La parenté homosexuelle redéfinie au Canada : *Canada c. Mossop*

668. La décision *Mossop* a été rendue par la Cour suprême du Canada en 1993 sous la plume du juge en Chef Lamer, non dans le cadre constitutionnel de la Charte Canadienne des Droits et Libertés, mais dans le cadre quasi-constitutionnel de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*¹, Loi qui doit toutefois refléter dans son interprétation, les valeurs constituant la structure implicite de la Charte. La décision *Mossop*² appartient à ces premières décisions qui ont lancé les mouvements égalitaires des gais et lesbiennes, au Canada. Et *Mossop* donna, notamment, une consistance politique aux conflits pour l'égalité dans le contexte de la Charte canadienne³, et une consistance politique à la communauté homosexuelle structurée à partir de la parenté. Cette décision importe à double titre : d'une part, s'agissant de la discrimination liée à l'orientation sexuelle, incluse ou non au sein des Chartes, au titre des fondements analogues prohibés de discrimination ; d'autre part, et plus largement, à travers cette structure hétéronormative, qui commence à se construire, et en regard de laquelle seront lues les décisions subséquentes, relatives aux droits des personnes gaies et lesbiennes. On y retrouve cette dialectique de l'inclusion et de la transgression : transgresser la représentation normative de la parenté, tout en cherchant l'inclusion et l'effacement de la différence à travers l'identité.

669. Brian Mossop demande un congé pour assister aux obsèques du père de son conjoint, un avantage qui était disponible, limitativement, aux couples hétérosexuels. De sorte que, ce congé lui est refusé ; Brian Mossop entame une procédure judiciaire, afin de faire reconnaître une discrimination qui serait liée à la « situation de famille. » Plusieurs éléments sont à noter. Tout d'abord, l'orientation sexuelle n'est pas un fondement de discrimination interdit reconnu par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Ensuite, la Cour suprême ne s'est pas encore prononcée sur une lecture inclusive de l'orientation sexuelle comme fondement interdit de discrimination, ce qu'elle fera dans *Egan* pour la Charte canadienne⁴. Il faut, toutefois, noter que, la Cour d'appel de l'Ontario s'était, entre temps, prononcée dans sa décision *Haig* sur l'orientation sexuelle comme fondement interdit de discrimination⁵. En raison de ce changement des circonstances de droit, la Cour suprême avait mis l'appelant et son conseil devant la possibilité de modifier la cause juridique de leur appel, en arguant de l'inconstitutionnalité des dispositions de la *Loi canadienne des droits de la personne*,

¹ *Loi canadienne sur les droits de la personne* (L.R.C. (1985), ch.H-6). Motifs de distinction illicites: Art. 3(1).

² *Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554.

³ SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada. Social Movements and Equality-seeking 1971-1995*, U. of Toronto P., Toronto, 1999.

⁴ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

⁵ *Haig and Birch v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (Ont. C.A.).

contraires à la Charte Canadienne des droits et libertés, ce qui aurait permis, par ailleurs, à la Cour suprême d'analyser cette question, ce qu'elle ne fera que dans sa décision *Vriend*¹. Mossop ne soulève pas la question de l'inconstitutionnalité de la *Loi canadienne*, et fonde sa cause sur une discrimination liée à « la situation de famille, » transgressive et normalisatrice.

670. Cette tactique contentieuse est tout à fait intéressante car l'on se trouve devant une tentative de transgression des normes de la parenté hétérosexuelle. *Mossop* offre de subvertir la définition hétérosexuelle de la parenté. Selon B. Cossman, « cette affaire représente une tentative intéressante des demandeurs de formuler le problème dans le discours de l'égalité, tout en essayant consciemment de limiter les effets de similitude. »² En somme, il s'agissait de mobiliser le principe d'égalité, afin de faire reconnaître une distinction, tout en écartant la critique de l'effacement de la différence. Ainsi qu'il a été possible de le voir avec K. Weston, il ne s'agit pas de copier la parenté hétérosexuelle, mais de réinterpréter cette parenté. *Mossop* présente donc les caractéristiques d'une cause *Queer* par excellence. Cependant, ainsi que B. Cossman le précise, « dans cette tentative conscience **de perturber l'hétéronormativité du droit**, Mossop et les intervenants soutenant sa cause ont essayé de camoufler leur dépendance aux arguments de mêmété et au principe d'équivalence à l'hétérosexualité des relations entre personnes de même sexe. »³ Par conséquent, la subversion s'épuise dans la « normalisation. »

671. Deux dimensions sont présentes : l'hétéronormativité *de la parenté* et l'hétérosexualité *de la relation*. Or, mobiliser un argument lié au principe d'égalité est un « Janus juridique » déclenchant des normes sociales de normalisation. La tactique contentieuse était hardie et ambiguë : cette cause participera à ébranler l'hétérosexualité de la relation tout en renforçant l'hétéronormativité de la parenté. Il s'agit de l'effet transgressif et normalisateur du droit à l'égalité. Comme le note B. Cossman, « l'affaire Mossop contenait des dimensions à la fois transgressives et normalisantes » ; de sorte que « l'opinion majoritaire a subtilement renforcé **l'hétéronormativité des discours familiaux dominants.** » Partant, « le message politique plus large était celui normalisant de la mêmété et de l'assimilation. »⁴ L'effet normalisateur de l'hétéronormativité a primé, ainsi, sur l'effet « subversif » de la redéfinition de la relation.

¹ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

² COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *op. cit.*, p. 227, (nous traduisons).

³ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *op. cit.*, p. 227, (nous soulignons).

⁴ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *op. cit.*, p. 228, (nous traduisons).

672. Si la légitimité de la relation hétérosexuelle comme modèle familial dominant est subvertie, la légitimité de l'hétéronormativité comme modèle structurant de parenté est renforcée. Le sujet homosexuel est inclus dans l'horizon d'une parenté hétéronormative : la norme de territorialisation de la relation homosexuelle est celle de l'hétéronormativité. Deux enseignements importants structurent cette décision : **(1)** le droit à l'égalité subvertit autant qu'il assimile ; **(2)** le sujet homosexuel commence à être agencé sur le modèle de la relation, et dans un horizon hétéronormatif, ce qui est un double degré de *discipline* des corps. Le principe d'égalité joue comme une performance culturelle. Si les revendications des droits se font à partir de cette « matrice hétéronormative, » l'on tombe dans ce que Duggan qualifie d'homonormativité : l'assimilation homosexuelle des codes de l'hétéronormativité. Ainsi que le note M. Eaton, « les droits à l'égalité continuent alors d'avoir pour effet de subordonner des groupes défavorisés au pouvoir autoritaire du droit. »¹ Transgression, donc, et normalisations.

673. Cette matrice hétéronormative est tout à fait apparente dès la qualification juridique des faits, par le juge en Chef Lamer. En effet, l'on peut y trouver trois éléments de ce que l'on considère comme structurant les relations hétérosexuelles : une relation stable, la possession de biens en commun, une attention partagée et une quotidienneté, et des relations physiques encadrées. La sexualité est normalisée et privatisée. En effet, selon les termes du juge Lamer reprenant les termes du juge du procès : « il a témoigné que les deux hommes se connaissent depuis 1974 et qu'ils vivent ensemble depuis **1976** dans une **maison** qu'ils **possèdent** et **entretiennent en commun**. Ils partagent les **faits** et les **événements** de la **vie quotidienne** et entretiennent **une liaison**. Chacun a fait de l'autre **son héritier**. Ils sont considérés par leurs amis et leurs familles comme étant **des amants**. »² La parenté, entre eux, est lue à travers une lentille hétéronormative évacuant une possible spécificité de la parenté homosexuelle.

674. L'affirmation de cette hétéronormativité vaut pour la parenté hétérosexuelle puisqu'en produisant la parenté homosexuelle, la décision reconstruit l'hétérosexualité. La décision nous informe, donc, sur ce que signifie être hétérosexuel, pour la Cour. L'hétéronormativité devient « obligatoire » tant pour l'hétérosexualité que pour l'homosexualité. Comme l'expliquent Cameron et Kulick, « bien que l'hétérosexualité, à cause de son statut normatif et normalisé, puisse être pensée comme '**non marquée**' ou identité sexuelle 'par défaut', **elle ne circule pas nécessairement sans caractéristique dans le discours**. Les utilisateurs du langage dans

¹ EATON (M.), « Patently Confused: Complex Inequality and Canada v. Mossop », *Rev. of Const. Stud.*, 1994, vol. 1, n°2, pp. 203-245, p. 203, (nous traduisons).

² *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 20, (nous soulignons).

une diversité de contextes peuvent être activement engagés dans la construction des identités de **l'hétérosexualité**, à la fois pour eux-mêmes mais aussi pour les autres. »¹ On attend donc tant de la parenté homosexuelle, que de la parenté hétérosexuelle qu'elles (ré)orientent leurs relations autour des normes en circulation de l'hétéronormativité, adoptant les hiérarchies créées par ces normes – qualifié de « marché hétérosexuel » en *Queer Theory*². Tant les structures de la parenté « homosexuelle homonormative, » que les structures de la parenté « hétérosexuelle hétéronormative » sont hétéronormées et participent de la construction de « citoyennetés différenciées. » L'homosocialité est hétéronormée ; elle est une angoisse, tant pour les hétérosexuels que pour les homosexuels, régulant les frontières de la sexualité et du genre et, créant des attentes sociales autour des conceptions de la *masculinité* et de la *féminité*.

675. Le Juge Marceau, pour la Cour d'appel Fédérale, a critiqué l'approche choisie par le juge du procès ; une approche qui avait mis l'accent sur une comparaison de la parenté de Mossop et de son conjoint, avec « les attributs généraux d'un groupe familial. » Selon le juge, « seule une approche juridique pourrait mener à une compréhension correcte de l'expression 'situation de famille'. » Et ainsi, il a considéré que le juge du procès avait commis une erreur « en interprétant l'expression 'situation de famille' utilisée dans la Loi canadienne sur les droits de la personne comme comprenant une relation homosexuelle. »³ Partant, si « deux amants homosexuels peuvent socialement constituer 'socialement parlant' une sorte de famille, » ce n'est pas le cas juridiquement. Le juge Marceau utilise bien le terme « amants. »

676. C'est à partir du juge Marceau que s'opère une modification de la question sous-tendant la cause juridique de l'affaire *Mossop* : « le juge Marceau remarque que l'orientation sexuelle était le véritable motif de distinction illicite invoqué. »⁴ Par conséquent, la parenté homosexuelle est lue à travers une grille hétéronormative, et cette parenté est déplacée vers une question de sexualité, et plus restrictivement *d'orientation sexuelle*, où l'hétérosexualité est la norme dominante. La parenté homosexuelle est sexualisée à travers le concept juridique « l'orientation sexuelle. » Cette régulation implique que la parenté homosexuelle est toujours rejouée comme déviante. L'invisibilisation de la parenté passe par la sexualisation du corps homosexuel, ce qui le rend différent des normes de l'identité sociale dominante. N. Iyer note

¹ CAMERON (D.) and KULICK (D.), *Language and Sexuality*, op. cit., p. 59, (nous soulignons et nous traduisons).

² CAMERON (D.) and KULICK (D.), *Language and Sexuality*, op. cit., p. 70 : « a set of social arrangements whereby girls and boys, though still socializing mainly with peers of the same gender, reorient their relationships around the norm of heterosexuality and the status hierarchy those norms create. »

³ *Canada (P.G.) c. Mossop*, précitée, à la p. 27.

⁴ *Canada (P.G.) c. Mossop*, précitée, à la p. 28, (nous soulignons).

cette idée : dans la mesure où B. Mossop est homosexuel, il a une « identité sexuelle » et sa sexualité écarte tout autre aspect de son identité sociale. En somme, « il ne correspond qu'à la catégorie 'orientation sexuelle'. »¹ Du point de vue dominant, cette différence, que constitue l'orientation sexuelle, et par laquelle est marquée le corps de Mossop a tout, sauf un lien avec la notion même de « parenté, » « sans rapport avec une relation intime significative. »² Cette régulation protège l'individu contre une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, sans que cette dernière ne soit élargie aux autres aspects relationnels de l'identité homosexuelle³.

677. La dichotomie entre parenté et situation de famille d'un côté, et sexualité et orientation sexuelle de l'autre, est reprise dans la motivation du juge en Chef qui, par déférence, choisit de s'en tenir à l'intention du législateur : « en l'espèce l'orientation sexuelle de Mr. Mossop est liée de façon si intime aux motifs qui ont conduit au refus de l'avantage, que l'on ne saurait condamner ce refus comme constituant une discrimination fondée sur la 'situation de famille' sans introduire directement dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l'interdiction que le législateur a spécifiquement décidé de ne pas inclure cette loi, à savoir l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. »⁴ Il s'agit, donc, d'une double territorialisation : la première à travers le concept juridique de famille hétérosexuelle ; la seconde à travers le concept juridique d'orientation sexuelle.

678. Il ne s'agit pas d'une lecture intersectionnelle, mais d'un agencement normatif. Le juge en convient : une approche en termes de chevauchement, des motifs de discrimination, aurait été possible, dans un autre contexte, notamment si l'orientation sexuelle avait été incluse, par le législateur fédéral, dans la liste des motifs prohibés, ce qui n'est pas le cas en l'espèce⁵. On regrettera que la Cour suprême n'ait pas elle-même procédé à cette lecture inclusive de l'orientation sexuelle au profit de la déférence judiciaire ; la Cour suprême n'est, toutefois, pas autorisée à juger *ultra petita*. Alors que la cause de *Mossop* avait pour but de réinterroger la notion de « famille » en tentant de subvertir cette définition traditionnelle par comparaison à la parenté homosexuelle, l'opinion majoritaire impose un double agencement hétéronormatif à la question constitutionnelle de l'homosexualité : la parenté hétérosexuelle, la sexualité hétérosexuelle. La différence est, alors, écartée au profit de « l'universalisation d'une lecture hétéronormative. » Cette lecture est confirmée avec les opinions séparées.

¹ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 196.

² IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 198.

³ EATON (M.), « Patently Confused: Complex Inequality and Canada v. Mossop », *op. cit.*, p. 222.

⁴ *Canada (P.G.) c. Mossop*, précitée, à la p. 35-36, (nous soulignons).

⁵ *Canada (P.G.) c. Mossop*, précitée, à la p. 38.

679. L'on peut, d'abord, noter l'opinion concordante du juge LaForest pour qui « personne ne conteste (...) que la famille traditionnelle constitue la principale conception de la famille. »¹ Il précise, alors, que si « certains peuvent certes qualifier **une telle relation de 'famille'**, mais je ne crois pas qu'elle soit ainsi **perçue** de nos jours dans **le langage ordinaire.** »² Cette formulation est intéressante dans la mesure où, elle rend compte du processus d'extériorisation du « nous, » commun ou ordinaire, de la parenté homosexuelle – étrangère et extérieure – à laquelle procède l'opinion de la Cour, et l'intervention d'un tiers social comme autorité : si le langage juridique n'admet pas un tel élargissement, ce n'est *même pas le cas non plus* de la société civile. Le tiers social permet de justifier l'opinion en s'adressant à « l'auditoire de la société nationale. » L'on retrouve ce processus d'étranger-été à travers la régulation de l'hygiène de vie de la Nation. En effet, la connotation morbide du corps homosexuel dans l'opinion du juge LaForest s'établit par l'absence de reproductibilité et l'absence d'enfants au sein du couple homosexuel. L'on retrouve un argument commun, en anthropologie, où la parenté se trouve liée à la reproductibilité verticale inscrite dans le temps. La parenté homosexuelle est morbide dans la mesure où elle est vouée à l'extinction³. Elle ne peut s'inscrire *dans le temps*. C'est un argument que l'on retrouvera dans la décision *Egan*.

680. C'est surtout dans l'importante dissidence de la juge L'Heureux-Dubé que l'on peut trouver des éléments de réflexion, comme argument *a contrario* de l'opinion majoritaire. La juge rappelle que le coût d'une discrimination est à la fois individuel et social, « la structure même de notre société »⁴ est touchée par de telles pratiques insidieuses. À la page 89 de son opinion, la juge procède, alors, à une analyse interdisciplinaire visant à la détermination de ce que l'on qualifie de « famille traditionnelle » et, de ce que cette conception emporte comme préconceptions normatives. En outre, comme la juge le note, « la multiplicité des définitions et des conceptions de la famille illustre clairement qu'il n'existe pas de consensus quant aux paramètres de la famille et que l'expression 'situation de famille' pourrait bien avoir plusieurs sens, selon le contexte ou l'objet du texte dans lequel cette définition est utilisée. »⁵

681. Par conséquent, l'évolution sociale des « relations familiales » (on ne parle pas de parenté, mais de parenté homosexuelle à travers une lentille familiale) pourrait influencer sur le

¹ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 42, (juge LaForest).

² *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 43, (nous soulignons).

³ FEIT (M.), « Extinction Anxieties: Same-Sex Marriage and Modes of Citizenship », *Theory and Event*, 2005, vol. 8, n°3, (en ligne).

⁴ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 78 (juge L'Heureux-Dubé).

⁵ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 92.

droit : « le droit et la famille, s'influencent réciproquement, font depuis longtemps l'objet d'une dialectique eschérienne. »¹ Cette reprise de la métaphore eschérienne est intéressante : deux éléments sont incommensurables globalement et ils sont soumis à des règles distinctes, opposées, par contre leur *compossibilité*² est possible localement, une forme de cohérence locale. La cohérence locale dans *un système eschérien* suppose d'accepter un pluralisme des mondes, des lois, des rationalités et des valeurs. Ces cohérences locales sont, donc, sans cesse révisables et renégociables. En effet, la juge rappelle qu'un grand nombre de familles ne vivent pas « au sein de familles traditionnelles, » ce qui est le cas des personnes gaies et lesbiennes qui « établissent des relations à long terme et bon nombre d'entre eux participent à l'éducation des enfants. »³ La juge fournit, à partir de la littérature scientifique, l'exemple des « familles noires » dont la parenté ne reproduirait « pas du tout » la structure familiale traditionnelle. La définition de la famille devrait pouvoir s'adapter à ces évolutions sociales.

682. Le débat est plus compliqué puisqu'il s'agit d'un débat sur les valeurs que l'on prête à la famille et « sur quoi se fonde le désir de la société de reconnaître et de soutenir la famille. » Il existe, « toute une gamme de valeurs susceptibles d'expliquer pourquoi la société appuie la famille »⁴ : l'État met l'accent sur la famille comme structure d'organisation sociale, qui découlerait de la volonté de promouvoir la stabilité sociale. On ajoutera que la famille est un instrument de privatisation du coût lié à la socialité. La juge reprend la définition donnée par la Cour dans *Moge* précitée : « ces institutions constituent, en outre, le moyen de transmettre les valeurs que nous jugeons essentielles à notre sens de la collectivité. »⁵ Le modèle de la famille est un instrument de régulations normatives de la parenté. La famille demeure un encadrement juridique important des relations sociales par les valeurs qu'elle soutient, ce qui implique que d'autres formes de parenté – la parenté homosexuelle – puissent être définies dans ce cadre structural. Il ne s'agit pas de « subvertir » les valeurs hétéronormatives de la famille, mais de redéfinir la parenté homosexuelle, de sorte à ce qu'elle y participe – comme instrument de régulation. Le mouvement est double : élargir l'hétérosexualité qui structure la définition de la famille, pour y faire entrer la parenté homosexuelle, régulée à partir d'elle.

683. La parenté homosexuelle – hétéronormativement agencée – participe de l'économie des valeurs de la famille ; cela est confirmée par la juge : « on a constaté que les liens émotifs et

¹ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 93.

² F. Ost et M. Van de Kerchove mobilisent cette « métaphore eschérienne » pour penser le système pluraliste en réseau.

³ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, aux p. 93-94.

⁴ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 95.

⁵ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 97.

économiques noués par des couples de même sexe et leur famille ne sont pas sans importance pour l'ensemble de la société. »¹ Parentés homosexuelle et hétérosexualité se retrouvent sur un socle commun de participation à l'économie constitutionnelle de la parenté hétéronormative. Les couples de même sexe – redéfinis – peuvent participer des valeurs de la famille : « nombre de personnes dans la société sont encore influencées par des mythes et des stéréotypes quant à la capacité des couples de même sexe d'élever les enfants de l'un et l'autre des partenaires. »² Par conséquent, la parenté homosexuelle est agencée selon les valeurs de cette famille idéale : « selon cette conception, la famille idéale est celle qui répond aux besoins de ses membres et qui tente le mieux possible de réaliser les valeurs qui sous-tendent le fondement de la famille. »³ Valeurs définies par une matrice hétéronormative.

684. En somme, si le fondement hétérosexuel de la relation structurant la famille est ébranlé, le fondement hétéronormatif de la parenté est bien, lui, confirmé : « les types de familles non traditionnelles peuvent aussi véhiculer de véritables valeurs familiales. »⁴ Il est intéressant d'observer une transition dans la construction du sujet homosexuel en droit canadien. Si le corps de l'homosexuel continue d'être défini comme un corps sexuellement morbide, la parenté hétéronormative commence à devenir le cadre juridique à travers lequel réguler et maîtriser cette morbidité⁵. Le principe d'égalité établit cette distinction entre les corps morbides maîtrisés par cette parenté et les corps morbides étrangers : les « Autres. » L'égalité à travers laquelle est identifiée la parenté homosexuelle en droit canadien à partir de la décision *Mossop*, participe d'une reconfiguration des « dehors constitutifs » de la Nation.

685. La décision est importante à trois titres: la parenté est essentiellement hétéronormative, et si la spécificité homosexuelle est soulignée pour ébranler le fondement hétérosexuel de la relation familiale, cette spécificité est écartée par la promotion des valeurs universelles sous-tendant l'instrument juridique de la famille. Par ailleurs, la parenté homosexuelle est sexualisée par l'opinion majoritaire et réduite à une question d'orientation sexuelle. Enfin, le droit à l'égalité, tout en soulignant les spécificités pluralistes, est une certaine performance culturelle. En conclusion, cette décision prend comme analyse juridique un point de vue d'égalité substantielle ; la conclusion est négative quant à la cause – en l'espèce une absence de discrimination fondée sur la « situation de famille » et *a fortiori*, la forclusion de la parenté

¹ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 99, (nous soulignons).

² *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 99.

³ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 100.

⁴ *Canada (P.G.) c. Mossop, précitée*, à la p. 103.

⁵ FEIT (M.), « Extinction Anxieties », *op. cit.*, (en ligne).

à une matrice hétéronormative ; le principe normatif de « l'agencement territorial » qu'est la parenté est bien, l'hétéronormativité. En somme, « le droit se réaffirme comme interprète authentique du monde social, et de l'expérience des groupes privés de pouvoir en son sein. »¹

2- La parenté homosexuelle rejetée en France : Mme. Corinne C et autres

686. Dans un contexte juridique français distinct, un tel agencement hétéronormatif se retrouve : l'hétéronormativité comme orientation identitaire de la parenté constitutionnelle est partagée par les juges constitutionnels, au-delà de la disponibilité d'instruments juridiques visant à faire expressément protéger le pluralisme. En effet, le Conseil constitutionnel a rendu sa décision – dans le cadre d'une procédure de contrôle *a posteriori* (QPC) – en janvier 2011, confirmant la constitutionnalité d'une définition hétéronormée du mariage et, partant, de la famille et de la parenté². Les « sages » de la rue Montpensier devaient s'interroger sur la possibilité d'une violation du droit à l'égalité par la « restriction hétérosexuée » du mariage républicain – égalité *formelle* dans le contexte constitutionnel français. L'évocation de cette décision, dont les effets *erga omnes* sont similaires à ceux d'une décision rendue dans le cadre du contrôle *a priori*, prend une autre « coloration » avec les débats divisant la doctrine quant à l'ouverture du mariage, traduisant l'ouverture identitaire des controverses liées à l'utilisation de l'argument constitutionnel. Ces débats ouvrent la « texture matérielle » de la controverse.

687. Dans son troisième considérant, le Conseil rappelle que la procédure porte sur la constitutionnalité du dernier alinéa de l'article 75³ et de l'article 144⁴ du code civil, donc sur la définition du mariage comme l'union d'un *homme* et d'une *femme*, le Conseil ne faisant d'ailleurs, pas de distinctions entre « mari, homme, épouse et femme » qui sont utilisés dans les deux articles précités⁵. Si ces articles ne prohibent pas le mariage homosexuel en tant que tel, ils ont été interprétés par la Cour de cassation comme manifestant la définition du mariage comme l'union d'un *homme* et d'une *femme*. Aussi, la notion de mariage s'inscrit à la fois dans un « parcours genré » et dans une « identité sexuelle, » que le Conseil ne distingue, d'ailleurs, pas. Rappelant que si le législateur est compétent au titre de l'article 34 de la Constitution pour protéger les libertés et définir « l'état et la capacité des personnes, les

¹ EATON (M.), « Patently Confused: Complex Inequality and Canada v. Mossop », *op. cit.*, p. 235, (nous traduisons).

² Décision n° 2010-92 Q.P.C. du 28 janvier 2011, *Mme. Corinne C et autres*, *Rec.* p. 87.

³ Il se lit tel que : « il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre comme mari et femme ; il prononcera en vertu de la loi qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ. »

⁴ Il se lit tel que : « l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus. »

⁵ Pour une discussion de cette association des catégories genrées et biologiques : MILLARD (É.), « Droit et genre », in LEVERD (S.) (dir.), *Les nouveaux territoires du droit*, L'Harmattan, Paris, 2013, pp. 87-104.

régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, » ce dernier ne peut dans l'exercice de sa compétence, priver de garanties légales des exigences de valeur constitutionnelle. En somme, le Conseil constitutionnel opère un contrôle restreint de l'erreur manifeste, accordant une large déférence à la compétence du législateur. À l'image de la décision canadienne, le Conseil laisse une grande marge de manœuvre au législateur en matière de politique sociale.

688. Cette décision est importante à au moins deux titres : d'une part, cette décision a fait l'objet de commentaires variés (saluée ou rejetée)¹ ; d'autre part, cette décision permet de rouvrir la discussion entamée par D. de Béchillon sur les catégories anthropologiques du droit et sur la scientificité de la doctrine universitaire². En effet, si la scientificité de la science du droit passe par son degré de réflexivité critique quant à la rhétorique qui organise sa propre argumentation, ses pratiques argumentatives axiologiques, lorsque l'on évoque la parenté, doivent être interrogées. La parenté homosexuelle est une « dispute juridique, » et son analyse critique permet d'approfondir notre connaissance de la « contrainte axiologique » (identitaire) pesant sur la *chose* juridique. Rappelant les concepts de G. Agamben, D. de Béchillon note que ces controverses révèlent le *moment politique*, cette « irrépressible part de souveraineté et donc de liberté a-juridique dans tout geste juridictionnel de décision. » L'on se situe ici, très nettement, dans un trait spécifique de la rhétorique juridique : « le spectre agité d'une **atteinte** aux **catégories** ou aux **structures anthropologiques** dont le **droit** serait fondamentalement le **gardien**. » En ce sens, le droit protégerait une représentation anthropologique de l'ontologie sociale qui organise la connaissance de la parenté homosexuelle³. En outre, cette « fonction anthropologique du droit » s'associe à « l'orientation identitaire » du discours juridique.

689. Alors que l'on fait référence, de part et d'autre, à la *naturalité* du mariage hétérosexuel ou la *nécessaire* évolution vers le mariage homosexuel, ces références traduisent la naturalité de catégories anthropologiques. Les deux côtés du débat soulèvent cette critique. Or comme le note le professeur, il n'y a pas de catégories anthropologiques fondamentales, il n'y a que des théories réfutables qui organisent ou orientent ponctuellement les sujets de droits autour de lignes directrices. En somme, la catégorie anthropologique fait l'objet d'une *inquiétude*

¹ CHEMLA (D.), « Conseil constitutionnel et mariage gay : service minimum. (Note sous Conseil constit., 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC) », *Gaz. Pal.*, 6-7 avril 2011, Jurisprudence, pp. 870-872. MIRKOVIC (A.), « Le mariage, c'est un homme et une femme », *J.C.P. G.*, 7 Février 2011, n°6, pp. 250-252. OUEDRAOGO (R.), « Le Conseil constitutionnel face aux enjeux du mariage homosexuel », *D. Fam.*, 1^{er} Mars 2011, n°3, pp. 24-25. ROUX (J.), « La QPC sur le 'mariage homosexuel' : une question plus nouvelle que sérieuse », *Recueil Dalloz*, 20 Janvier 2011, n°3, pp. 209-213.

² DE BÉCHILLON (D.), « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *R.T.D. Civ.*, janvier – mars 2002, pp. 47-69.

³ Le professeur de Béchillon se limite à l'affaire Perruche justifiant, alors qu'il cite les débats relatifs à l'homosexualité, en cela que cette affaire est topique d'une utilisation faible de l'idée de structure anthropologique. La question de la parenté l'est, au même titre.

épistémologique. Si le jugement de valeur ne relève pas *a priori* du raisonnement juridique, il en est le *soutien*, régulant la consistance juridique du *désir*. Ces catégories exercent deux fonctions : « annihiler » toute controverse et « hypertrophier » le statut symbolique du juriste.

690. Une double fonction que l'on retrouve dans le débat sur la parenté : annihiler par la référence à des catégories transcendantes qui n'ont de consistance que dans l'acte performatif par lequel on y fait référence. Cette transcendance non justifiée ferait référence à une sorte de croyance partagée par un auditoire universel et qui, de ce fait, échapperait à la nécessité d'une justification épistémologique. La transcendance est une forme de tétatologie, « montrant » ce qu'il y a de naturellement lascif et morbide. Ici joue *le rôle hygiénique de l'hétéronormativité*. Cette tétatologie axiologique de la connaissance juridique est adoubée, selon le professeur, par la célébration anthropologique de la dogmatique juridique : le juriste devient maître des catégories, un prêche, un gardien des âmes... Comme le note le professeur, « ni la science du droit [...] ni la défense des valeurs n'ont rien à gagner aux confusions qu'entraîne **la rhétorique des archinormes indémontrables**, quelles qu'elles soient. » La rhétorique des catégories anthropologiques fondamentales est une rhétorique sur la « tétatologie nationale. » Finalement, on peut conclure, en suivant D. de Béchillon, que la rhétorique de la dogmatique juridique fonctionne, dans ces disputes, à travers *une phénoménologie de la monstruosité* dans la connaissance de la chose juridique. La décision du Conseil en est topique, de même que les investissements axiologiques de la doctrine : l'hétéronormativité appert comme un instrument d'hygiénisation anthropologique, dont la Constitution et son gardien, seraient les dépositaires.

691. Dans son considérant 6, le Conseil rappelle que *la liberté de mariage* appartient à *la liberté personnelle* (articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789), ce qui laisse deviner un allègement de la contrainte de constitutionnalité, selon une approche désormais constante. Le Conseil écarte, alors, directement le grief tiré de la violation de l'article 66, dans la mesure où les dispositions contestées ne vont pas à l'encontre de la liberté individuelle¹ : la liberté de mariage appartient à la liberté personnelle, et non plus à la liberté individuelle. Le Conseil écarte, aussi, le grief tiré de la liberté de mariage, dès lors que les conditions du mariage ne portent pas atteinte à des droits constitutionnels garantis (le droit à l'égalité et le droit de mener une vie familiale normale). Si le contrôle de l'erreur manifeste organise la contrainte de constitutionnalité, pesant sur la liberté personnelle, la logique de l'égalité formelle est

¹ Rattachée à la liberté individuelle avec Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. p. 224. Elle est rattachée depuis 2003 à la liberté personnelle : Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. p. 438.

évidente ici : cette définition du mariage ne restreint pas la liberté personnelle de se marier pour les individus. À titre individuel, hormis les incapacités et la minorité, chacun peut se marier, mais avec une personne du sexe opposé : cette référence genrée permet au Conseil de réaffirmer la binarité naturelle du genre, des catégories « homme » et « femme » pensées à travers les catégories naturelles de « mari » et « épouse ». Si le mariage hétérosexuel est une catégorie anthropologique fondatrice, cela repose sur le caractère fondateur de ces catégories de genre. En somme, en faisant l'amalgame entre le sexe, le genre et la sexualité, le Conseil mobilise la transcendance axiologique de ces catégories dont la signification est le fruit d'une sédimentation historique. En outre, la logique de l'égalité formelle s'inscrit dans la naturalité d'une identité. Le mariage *discipline* la parenté à travers des normes de genre et de sexualité.

692. De même dans le considérant 7, le Conseil écarte l'hypothèse selon laquelle la liberté constitutionnelle du mariage serait restreinte par la compétence du législateur. En effet, aucune exigence constitutionnelle n'aurait été privée de garanties légales. Cette motivation à l'emporte-pièce se confirme lorsque le Conseil écarte, tout aussi rapidement, la possibilité que l'exigence d'une « vie familiale normale » puisse inclure le droit des personnes de même sexe de se marier, dans son considérant 8, droit qui n'implique pas l'accès à un statut juridique. Le PACs est, dès lors, suffisant. Par conséquent, les valeurs hétéronormatives du mariage et de la famille – la parenté hétéronormative – n'autorisent pas l'élargissement de la définition juridique du mariage pour y inclure une parenté homosexuelle. L'invisibilisation de la parenté homosexuelle contribue à réinscrire la naturalité de l'hétéronormativité, sur le modèle de la *monstration* évoquée par D. de Béchillon : la tératologie produit le déviant à partir du normal. Seront toujours disponibles les mécanismes légaux du PACs et du concubinage. Dans cette hiérarchie des valeurs familiales *normales*, la parenté homosexuelle n'est pas la bienvenue.

693. La juridiction constitutionnelle s'extrait, en dépit de l'égalité formelle, du cadre étroit de la positivité, pour s'inscrire dans une hiérarchie sociale des valeurs. L'hétéronormativité est le cadre d'agencement *normal* de la parenté. Cette perspective se confirme largement dans le considérant 9 où le Conseil examine la violation possible du droit à l'égalité, donc d'une discrimination prohibée. Le Conseil décide de viser l'article 6 de la Déclaration de 1789, et rappelle son considérant de principe quant à l'égalité : « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. » La

discrimination liée à l'orientation sexuelle n'appartenant pas aux discriminations prohibées pour lesquelles le Conseil constitutionnel adopte un contrôle normal, le contrôle est restreint à l'erreur manifeste. Adoptant une approche formelle, le Conseil souligne que cette différence de traitement se justifie par une différence de situations entre les couples de même sexe et les couples hétérosexuels : la différence *naturelle* de situation réinscrit l'hétéronormativité. Le Conseil motive son refus d'intervenir par la déférence accordée à la compétence du législateur et l'impossibilité pour lui de substituer son appréciation à celle du législateur. Il n'y a donc pas violation du principe d'égalité : la différence de situation est naturalisée dans la structure identitaire de la parenté, confirmant sa décision de 2010 sur la filiation adoptive¹. C'est peu la différence qui intéresse le juge que l'identité : la décision universalise l'hétéronormativité. Le Conseil confirme une lecture *hétéronormative* de la parenté : la relation homosexuelle n'est pas de nature à ébranler le « fondement hétérosexuel » de la relation familiale normale.

694. Cet agencement hétéronormatif de la parenté homosexuelle avait distinctement soutenu la décision de 1999 relative au PACs², et dans lequel la décision de 2011 s'inscrit, au moins du point de vue de l'identité. Dans son considérant 26, le Conseil avait donné quelques lignes directrices relatives à la définition de la notion de « vie commune. » En s'inspirant tant du texte même de la loi que de l'intention du législateur telle qu'elle ressort des débats, la notion de vie commune « ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes. » Elle suppose, en outre, une « résidence commune, » une « vie de couple » qui, selon le Conseil, « seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte. » Ainsi, ces causes de nullité du pacte, « soit reprennent les empêchements du mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage. » Il s'agit des « composantes essentielles » de la « vie commune. » Si la parenté homosexuelle n'ébranle pas le fondement hétérosexuel du mariage, elle est bien régulée – avec l'instrument du pacte civil de solidarité – à partir des normes hétéronormatives de la parenté. La parenté homosexuelle est agencée, non à travers l'instrument du mariage – comme cela sera le cas dans la jurisprudence canadienne – mais avec ses mêmes normes identitaires de « régulation disciplinaires » des comportements.

695. Si la Loi relative au pacte civil de solidarité ne vise pas à élargir les composantes juridiques découlant de la conclusion d'un mariage, le Conseil se livre à un exercice

¹ Décision n° 2010-39 Q.P.C. du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, Rec. p. 264, sur l'article 365 du Code civil, et la question de l'adoption au sein d'un couple non marié, ici un couple homosexuelle.

² Décision n° 99-419 D.C. du 09 Novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité, précitée.*

rhétorique au considérant 29 rappelant que « la conclusion d'un PACs ne donne lieu à l'établissement d'aucun acte d'état civil. » Le Conseil précise que « la loi n'a pas davantage d'effet sur la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'assistance médicale à la procréation, lesquelles demeurent en vigueur et ne sont applicables qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme. » Outre le fait de retrouver cette référence genrée, il s'agit d'une citation régulant la parenté homosexuelle aux frontières de l'hétéronormativité. Cette rhétorique est une réitération traumatique de l'exclusion liminaire dont fait l'objet la parenté homosexuelle. Par conséquent, le législateur ne méconnaît en aucun cas (considérant 53), les règles du « mariage civil et républicain. » Cette réitération est en fait une performance répétée de souveraineté relative à la morbidité des corps homosexuels. En effet, alors que la morbidité est censée être régulée par l'hétéronormativité, cette décision contribue à pérenniser ces corps dans un état d'étrangeté en réaffirmant que le mariage ou l'adoption ne sont pas modifiés. Ces corps sont marqués de façon réitérative, en étant perpétuellement déviants. Si la République ne tient pas compte des différences, cette décision *fait toutefois la différence* et réalise un idéal culturel *hygiéniste* de parenté. Si la parenté homosexuelle n'est pas *spécifiée*, est *universalisée* une parenté hétéronormative, en regard de laquelle est agencée la parenté.

696. Cette décision est délicate sous deux aspects. Le changement intervenu à la présidence de la République en 2012, ainsi que dans la composition de l'Assemblée Nationale, donne une majorité claire à un gouvernement qui a, à de multiples reprises, annoncé son intention de modifier le Code Civil et ouvrir le mariage aux personnes de même sexe. Ce projet a fait l'objet d'un accord des deux Chambres. L'opposition disposant de la capacité institutionnelle de saisir le Conseil, ce dernier a été mis devant la question de la constitutionnalité d'une loi visant à ouvrir le mariage républicain aux conjoints de même sexe, alors qu'il aura confirmé deux ans auparavant la constitutionnalité de la définition hétérosexuée du mariage. Le fait qu'il ait rendu cette décision dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* ne changera rien aux possibilités de contradictions, dans la mesure où l'article 61-1 C prévoit qu'une décision rendue sur QPC a des effets *erga omnes*. La « meilleure » solution aurait été de se déférer totalement au législateur, comme avait pu le faire la Cour suprême du Canada. Or, le Conseil constitutionnel se retrouve face à sa propre définition constitutionnelle du mariage. Trois possibilités existaient. Soit il rendait l'ouverture du mariage inconstitutionnelle, ce qui le mettrait en porte-à-faux avec les évolutions touchant les démocraties occidentales, et à adopter une méthode de contrôle normal, alors qu'il s'en était tenu jusque là à un contrôle restreint de l'erreur manifeste. Soit il confirmait la constitutionnalité du mariage homosexuel

en adoptant une méthode d'interprétation évolutive. Soit, il faisait le choix d'un contrôle de l'erreur manifeste et de déférence judiciaire. C'est cette dernière solution qui a été adoptée.

697. D'un point de vue normatif, elle performe un idéal républicain hétéronormatif. Et, il n'aura pas été étonnant de voir la doctrine quitter la sécurité de sa neutralité axiologique pour intervenir dans la cité¹ lors des débats sur l'adoption du *mariage pour tous* : « parler au nom de » contribue à la reproduction d'une « incertaine réalité » « sublunaire. »² Si certains s'interrogent sur la compétence du législateur pour faire modifier le Code Civil³, d'autres, hors la question de la constitutionnalité d'un référendum⁴, s'interrogent sur l'existence d'un Principe Fondamental (P.F.R.L.R.) qui viendrait s'opposer à cette modification législative. L'on tiendra pour exemple le débat entre X. Dupré de Boulois⁵, A.-M. Le Pourhiet⁶, A. Viala⁷ et J. Roux⁸, qui démontre un investissement profondément axiologique de la doctrine, dépositaire de ces catégories anthropologiques fondamentales : outre la chronique précitée de A.-M. Le Pourhiet, on notera la tribune dans le journal *le Figaro* de P. Delvolvé⁹ ou encore celle de L. Candide, anonyme, d'un collectif d'universitaires¹⁰. Ainsi que le note X. Dupré de Boulois¹¹, cet investissement est préoccupant par l'utilisation tant des catégories anthropologiques, que des catégories constitutionnelles. A.-M. Le Pourhiet a-t-elle raison de souligner que « l'axiologie » est partagée par « l'ensemble » des participants au débat.

698. Cette controverse est intéressante pour sa réappropriation des débats épistémologiques relatifs à la neutralité du juge, à la retenue de la science du droit, ou encore à la séparation politique – juridique : cette controverse porte, donc, en germe, un débat sur l'autonomie de la matière juridique, comme de sa dogmatique. S'agissant des P.F.R.L.R., la référence à ces principes inscrit la motivation de celui qui l'utilise dans une texture ouverte ; de telle sorte que, la référence à ces principes traduit l'identité d'un régime juridique. En somme, ce débat

¹ Voir l'éditorial de Jurisdoctrina : SOUVIGNET (X.), « Éditorial : le juriste (enfin) dans la Cité », *Jurisdoctrina*, 2013, n°9, (en ligne).

² BRUNET (P.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), HENNETTE-VAUCHEZ (S.), MILLARD (É.), « Mariage pour tous : juristes, taison-nous ! », 20 mars 2013, *raison-publique.fr*, (en ligne).

³ ROUSSEAU (D.), « Le 'mariage pour tous' relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, 13 Décembre 2012, n°348, pp. 5-6.

⁴ DAUGERON (B.), « Un référendum d'initiative partagée sur le 'mariage homosexuel' est-il possible ? », *Recueil Dalloz*, 15 Novembre 2012, pp. 2613 ; « Mariage 'pour tous' : retour sur la constitutionnalité du référendum », *Recueil Dalloz*, 7 Février 2013, pp. 320-323.

⁵ DUPRÉ DE BOULOIS (X.) et ROMAN (D.), « Le Mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 19 novembre 2012.

⁶ LE POURHIET (A.-M.), « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *R.D.L.F.*, 2013, chron. n°5, (en ligne).

⁷ VIALA (A.), « Un PFRLR contre le mariage gay ? : Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *R.D.L.F.*, 2013, chron. n°4, (en ligne).

⁸ ROUX (J.), « Le 'mariage pour tous' et la Constitution : la méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *R.D.L.F.*, 2013, chron. n°6, (en ligne).

⁹ DELVOLVÉ (P.), « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012.

¹⁰ CANDIDE (L.), « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 Octobre 2012, n°278, p. 7.

¹¹ DUPRÉ DE BOULOIS (X.), « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *R.D.L.F.*, 2013, chron. n°23, (en ligne).

est important, naturellement quant à la constitutionnalité de la loi¹, mais surtout parce qu'il rappelle la nature profondément *identitaire* du discours juridique, que l'on se prononce en faveur ou non d'un P.F.R.L.R.². Si cette catégorie a pu traduire l'expression d'un pouvoir créateur du juge constitutionnel, elle traduit dorénavant la nécessaire ouverture matérielle de la motivation du juge face au pluralisme des valeurs. Partant, si ce débat intéresse la science du droit, c'est sur le point de l'ouverture identitaire et axiologique de la dogmatique juridique. Des deux points de vue, ce débat traduit « l'invisibilisation » de l'hétéronormativité comme *opérateur hygiénique*. Ces débats conduisent à réinterroger la conjugalité « refamiliarisée, » monosexuée, voire désexualisée³, comme d'ailleurs, l'avaient fait pressentir les débats canadiens : l'on retrouve cette dialectique de la « subversion et de la normalisation. »

699. Si ces débats interrogent « l'hétérosexualité de la conjugalité, » ils réaffirment « l'hétéronormativité de la parenté » ainsi que le démontre la décision du Conseil de 2013⁴. Dans cette décision, rendue dans le cadre d'un contrôle *a priori* de la loi, le Conseil confirme la constitutionnalité de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, introduit par le législateur à l'article 143 du Code civil. Le Conseil rappelle au considérant 14 la compétence du législateur tel qu'en dispose l'article 34 C, ainsi que la déférence entourant l'exercice de sa compétence. Le Conseil soulève le principe d'égalité protégé par l'article 6 de la Déclaration des droits de 1789, comme norme de contrôle, en rappelant son considérant de principe relatif à l'égalité, inscrivant cette dialectique de l'identité et de la différence au cœur du dispositif juridique. Intéressante est la référence au préambule de la Constitution de 1946 et son dixième alinéa, le « droit de mener une vie familiale normale. » Cette norme de contrôle ancre la décision dans une « matrice hétéronormative » où la parenté hétérosexuelle est déstabilisée, mais confirmée dans sa dimension hétéronormée. Au considérant 21, le Conseil écarte le grief tiré de l'existence d'un principe fondamental « tiré de ce que le mariage serait 'naturellement' l'union d'un homme et d'une femme. » Le premier critère – *fondamental* – d'un P.F.R.L.R. n'est pas rempli, ne concernant pas un domaine *essentiel* pour la vie de la Nation, ni les droits et libertés, ni la souveraineté⁵. L'hétérosexualité du mariage est, certes, déstabilisée lorsque le Conseil écarte le grief tiré de la naturalité de l'hétérosexualité. Or, l'hétéronormativité est

¹ BRÉCHOT (X.), « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *J.C.P. G.*, n° 51 du 17 décembre 2012, doct. 1388.

² SPONCHIADO (L.), « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *R.F.D.C.*, 2013, no. 96, pp. 951-974.

³ FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *Recueil Dalloz*, 17 janvier 2013, pp. 100-109.

⁴ Décision n° 2013-669 D.C. du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe*, *Rec.* p. 721.

⁵ CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « Les grandes lois de la République (édito) », *Rev. D. H.*, juin 2013, no. 3, (en ligne).

confirmée (cons. 22), lorsque le Conseil souligne la discrétion du législateur sur les questions de société, et assurer que les couples accèdent « au statut et à la protection du mariage. »

700. La rhétorique identitaire est similaire à l'égalité canadienne : l'hétéronormativité est confirmée en régulant la parenté homosexuelle à partir de ce *statut*. Cette décision participe d'une normalisation et d'une régulation de l'identité homosexuelle. Cette dernière contribue, dès lors, en tant qu'identité normalisée, à faire varier la frontière de la citoyenneté sexuelle française, de même que les frontières de l'identité nationale : le second grief matériel est tiré de la constitutionnalité du paragraphe II de l'article 1^{er} de la loi déferée, relatif aux conflits de loi (rattachement à la loi personnelle de chacun des époux pour les règles de fond et règle du lieu de célébration pour les conditions de forme, respectivement art. 202-1 et 2 Code Civil), et à la possibilité de mariages blancs (cons. 28). Tant le principe de sécurité juridique, que les frontières de l'identité nationale, seront déstabilisés, dans la mesure où des « étrangers » venant de pays, où le mariage n'est pas ouvert, pourraient contourner leur loi nationale, ainsi que la règle de conflits de lois, qui prévaudrait dans le cadre des mariages hétérosexuels, contrairement au principe d'égalité. En outre, l'article 202-1 C. Civ. écarte l'obstacle de la loi personnelle étrangère en matière de mariage homosexuel, sauf conventions internationales contraires. Il appartiendra aux juridictions compétentes d'empêcher de tels abus (cons. 30). La parenté *horizontale* hétéronormée et homonationaliste est confirmée par le mariage : l'identité homosexuelle « tolérée et normalisée » contribue à évaluer la « modernité » d'un autre État.

701. La parenté *verticale* est confirmée dans les considérants 32 et suivants avec la question de l'adoption. Au grief tiré de l'inintelligibilité de la loi du fait de l'utilisation des termes « père » et « mère » par le législateur dans l'article 13 de la loi, le Conseil écarte la contrariété à cet objectif de valeur constitutionnelle (cons. 43) en ce que le titre VII du livre 1^{er} du code civil ne prévoit pas de différences entre l'homme et la femme, notamment du point de vue de l'autorité parentale. Or, si le Conseil écarte un argument de nature relatif aux « fonctions genrées » dans la parenté verticale, il n'écarte pas tout argument essentialiste relatif à la possibilité de performer des schémas genrés au sein des couples de même sexe, sur le modèle de la matrice hétéronormative. Il aurait sans aucun doute été préférable de supprimer toute référence aux concepts de « père » et de « mère. » En somme, cette décision renforce la naturalité des « parcours de genre » dans le cadre, cette fois, de la parenté homosexuelle.

702. Le Conseil réaffirme la parenté verticale ouverte aux couples de même sexe : la parenté passera, notamment, par l'adoption, ce qui n'a, par ailleurs, en aucun cas l'effet de modifier la position du législateur relativement aux contrats de mères porteuses (cons. 44). Le genre des partenaires ne constitue pas un obstacle à la filiation adoptive, ce qui entre dans la marge d'appréciation du législateur (cons. 49) : le modèle hétéronormé de la parenté verticale est confirmée en déstabilisant le caractère indépassable de la filiation naturelle, sans être un « droit à l'enfant » (cons. 52). En effet, la capacité des couples de même sexe à accueillir un enfant sera évaluée de façon similaire en vertu du principe d'égalité formelle, aux conditions présidant aux couples hétérosexuels, i.e. selon les normes d'une vie familiale *normale*. Le Conseil écarte l'existence d'un principe fondamental républicain faisant reposer la filiation sur l'altérité sexuelle (cons. 56), mais confirme « l'identité de nature » de la conjugalité.

703. Cette lecture de la citoyenneté sexuelle est confirmée aux considérants 70 à 75, lorsque le Conseil valide la constitutionnalité de la modification apportée au code du travail protégeant contre une discrimination fondée sur « l'orientation sexuelle » dans le cadre d'une « mutation géographique, » dans un État qui incriminerait l'homosexualité. Une identité normalisée, ne pouvant faire l'objet d'une discrimination, l'identité homosexuelle est régulée à partir de cette matrice hétéronormative, horizontale et verticale, et dresse les frontières de l'identité nationale. Cette identité réaffirme « l'homonationalisme » de l'État français en contribuant à évaluer les pays n'affirmant pas une telle normalisation de l'homosexualité, surtout lorsque l'on note que « l'identité homosexuelle » est considérée comme occidentale et blanche. Cette décision dresse les frontières de la citoyenneté sexuelle. Le Conseil le confirme en rappelant au considérant 89, que cette modification législative n'a pas pour effet de modifier les règles relatives à l'état des personnes et aux statuts personnels en Outre-Mer : si l'incompatibilité est de nature entre l'homosexualité et les « règles coutumières locales » – non-blanches – la modification législative fera « cohabiter » ces deux types de parenté.

704. Au total, cette décision de 2013 confirme largement les dispositions identitaires de la décision rendue sur QPC en janvier 2011, même si la seconde, à la différence de la première, confirme que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe n'était pas contraire au principe d'égalité, se contentant d'un contrôle de l'erreur manifeste, à travers une large déférence législative. L'hétéronormativité de la vie familiale normale est confirmée, là où l'hétérosexualité de cette vie familiale est déstabilisée. Cette décision de 2013 contribue à faire varier les frontières de la citoyenneté sexuelle française : ces endiguements du corps

homosexuel attendu empêchent toute identification croisée. Cette « unidimensionnalité » dans l'hétéronormativité de l'union homosexuelle – normalisée – a été confirmée par une décision rendue sur QPC le 18 octobre 2013 écartant l'objection de conscience des officiers d'état civil dans la célébration des mariages homosexuels¹. Écartant le grief tiré de la méconnaissance du pluralisme des courants d'opinion et de la violation de la liberté de croyance, le Conseil souligne que le législateur a valablement exercé la compétence qu'il tire de l'article 34 C, assuré la neutralité de l'État, et respecté le principe de libre administration des collectivités. En affirmant que l'identité homosexuelle régulée sur le modèle du mariage appartient à la neutralité de l'espace public, le Conseil renforce cette orientation hétéronormative de l'État.

¹ Décision n° 2013-353 Q.P.C. du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres*, J.O.R.F. du 20 octobre 2013, p. 17219. Célébration du mariage et Absence de « clauses de conscience » de l'officier de l'état civil.

CONCLUSION DU CHAPITRE 4 - DEUXIÈME PARTIE

705. Ces décisions confirment à la fois l'homosocialité blanche, le patriarcalisme genré et l'hétéronormativité obligatoire en tant que structure identitaire de la souveraineté de l'État français, similaire à la structure identitaire canadienne, au-delà de l'absence d'instruments juridiques visant à la « protection explicite » du pluralisme. Cette décision contribue, par ailleurs, à la constitution d'une citoyenneté sexuelle *occidentale* si l'on rapproche cette décision française de la récente décision *Windsor* de la Cour suprême des États-Unis¹ relative au mariage homosexuel. L'enjeu du comparatisme critique réside dans la déstabilisation de cette construction judiciaire de l'identité occidentale, par la production de ses dehors constitutifs, exemplifiés avec la *circulation* de la parenté homosexuelle *normale*.

706. Au total, la décision française de 2011 reproduit cette hétéronormativité à deux égards. D'une part, cette définition ne conteste pas la mention législative du sexe dans la définition du mariage. En effet, au cours de la décision, le Conseil rappelle, à de nombreuses reprises, les concepts de « homme » et de « femme. » De sorte que le Conseil confirme une lecture genrée de la parenté familiale régulée par les instruments juridiques du mariage et de la famille. L'on retrouvera cette régulation verticale avec les concepts de « père » et « mère » dans la décision de 2013. D'autre part, le Conseil confirme une lecture hétérosexuelle de la sexualité dans le cadre de la « vie familiale normale, » de sorte que l'hétérosexualité, en matière d'orientation sexuelle, conserve son avantage épistémologique. En somme, une double construction sociale est confirmée : la construction du « genre » et la construction de la « sexualité, » amalgamées.

707. La décision de 2013 déstabilisera l'hétérosexualité, mais confirmera la matrice hétéronormative de l'espace public. Par conséquent, les décisions canadiennes et françaises se distinguent quant au vecteur juridique : il s'agit d'un principe d'égalité matérielle, dans un cas, et d'un principe d'égalité formelle, dans un autre. Ces deux décisions se rapprochent, en revanche, quant à leur ratio identitaire, chacune écartant la « parenté homosexuelle » comme *concurrente* à « l'hétérosexualité. » Au total, ces deux décisions territorialisent la parenté

¹ *United-States v. Windsor*, 570 U.S. (2013). Dans cette décision, la Cour suprême rend inconstitutionnelle l'art. 3 de la Loi sur la Défense du Mariage (D.O.M.A.) dont l'interprétation fédérale venait restreindre les notions de mariage et d'époux/se à un contexte hétérosexué. Cette restriction est contraire, selon la Cour à la clause du *Due Process*, du Vème Amendement. Cette affaire ne règle, toutefois, pas la question de l'ouverture du mariage aux conjoints de même sexe, puisque cela demeure une compétence des États fédérés. On peut adéquatement faire le lien avec la récente condamnation de la Grèce par la Cour européenne des droits de l'homme (C.E.D.H., *Vallianatos and others c/ Greece*, req. n° 29381/ 09 et 32684/09), qui, par une interprétation croisée des articles 14 et 8, a jugé que l'exclusion des conjoints de même sexe de la possibilité de fonder une union civile était contraire à la Convention européenne. Le mariage reste, toutefois, dans la marge d'appréciation.

homosexuelle dans un cadre commun, l'hétéronormativité, orientation confirmée en 2013. La distinction tient au pluralisme comme coefficient de spécification de la différence dans le cas canadien, et de l'universalisation de la famille dans le cas français. Dans un cas comme dans l'autre, cette régulation de la diversité est une « performance culturelle, » hétéronormative.

CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE

708. Au terme de cette seconde partie, la comparaison différentielle construite à partir de la dialectique du républicanisme et du multiculturalisme, a été déplacée en insistant sur « l'orientation » des normes, *i.e.* à travers une perspective de phénoménologie identitaire. Au-delà de la présence, ou de l'absence, d'instruments juridiques visant la protection « explicite » du pluralisme dans un système, l'orientation identitaire des vecteurs canadiens de pluralisme est partagée par le constitutionnalisme français. Cette orientation identitaire permet de mettre en évidence les normes identitaires de régulation et d'orientation dans l'espace public, ce que l'on peut qualifier de *structure identitaire de la souveraineté*. La structure identitaire de la souveraineté régule ce que peuvent faire les corps, identifiés, dans l'espace public. Cette parenté constitutionnelle est *homosociale, patriarcale et hétéronormée*.

709. L'enjeu de la comparaison est déplacé vers la déconstruction des normes identitaires présidant au fonctionnement même de l'ordre juridique. Cette orientation identitaire permet d'assigner une perspective critique supplémentaire au comparatiste au-delà du contexte juridique de l'État nation : ces orientations identitaires sont partagées par les démocraties *occidentales*. Les exemples du *Niqab* ou du mariage homosexuel démontrent la constitution et la circulation d'une « identité occidentale » reproduite par les juridictions constitutionnelles. *L'Autre constitutionnel* est, aussi, *l'Autre de l'Occident*. La globalisation constitutionnelle est avant tout une « globalisation identitaire » donnant fictivement une « frontière à l'Occident. » L'enjeu du comparatisme est, à notre sens, dans cette déstabilisation identitaire. La mise en évidence des orientations identitaires permet de déplacer notre analyse du comparatisme en critiquant la « phénoménologie de l'exclusion » présidant au constitutionnalisme *occidental*.

710. La comparaison de la France et du Canada nous aura permis d'approfondir cette problématique de l'exclusion constitutionnelle, découlant d'une « orientation, » toujours déjà, pluraliste, du constitutionnalisme. Il est, désormais, possible de conclure cette critique du regard français à travers une étude de la phénoménologie de l'exclusion dans l'espace public canadien, à travers une étude de cas : les conflits de la liberté de religion et de l'orientation sexuelle. Avec l'enjeu pluraliste du constitutionnalisme contemporain, le comparatiste de droit constitutionnel contribue, dès lors, à une critique de cette phénoménologie identitaire de l'exclusion qui organise ce que les corps identifiés peuvent faire sur l'espace public, ce que

l'on qualifiera de *vulnérabilité pluraliste*. Le constitutionnalisme est une *gouvernementalité* traduisant une typologie des « étrangers du constitutionnalisme, » qu'il convient, d'identifier.

TROISIÈME PARTIE LES ÉTRANGERS DU CONSTITUTIONNALISME

« Tout les hommes et les discours sont créés égaux – mais certains plus que d'autres. »¹

Introduction : *Vulnérabilité pluraliste : antimodèle français c. modèle canadien* d'intégration

711. L'appartenance corporelle à l'espace public est territorialisée selon certaines normes identitaires. Le degré d'éloignement entre ces normes attendues et l'identité propre des sujets traduit une expérience substantiellement inégalitaire de la socialité ou *vulnérabilité pluraliste*. Paradoxalement, c'est l'égalité, en droit canadien, est-elle rhétorique ou substantielle, qui fait des libertés ou droits fondamentaux, des vecteurs de pluralisme. Or, en faisant de ces droits et libertés fondamentaux des vecteurs de pluralisme, l'égalité inscrit ces derniers au cœur même de la dialectique de l'identité et de la différence. Cette identitarisation des droits et libertés par l'égalité ancre l'interprétation constitutionnelle dans une conception profondément normative de l'espace public. Aussi, identitariser les droits et libertés fondamentaux, c'est réguler les frontières de l'identité nationale et introduire un mécanisme *exclusif* au cœur du constitutionnalisme. *L'égalité ancre l'identité* au sein de la structure même du droit constitutionnel canadien. Cette dernière partie vise à analyser la *vulnérabilité pluraliste* et les phénomènes d'exclusion impliqués par l'orientation pluraliste du constitutionnalisme.

712. Cette problématique du constitutionnalisme pluraliste, née à travers une comparaison supposée différentielle de la France et du Canada, sera parachevée dans le contexte juridique canadien à travers *le conflit de droits fondamentaux*. Cela se justifie, d'une part, par la volonté de remettre en cause un regard français sur le pluralisme canadien considéré comme *modèle*. Cette dernière partie procède, d'autre part, au dernier déplacement du regard français sur le pluralisme canadien à travers la démonstration phénoménologique d'une théorie de l'exclusion identitaire au cœur du droit constitutionnel canadien. Plus spécifiquement, cette partie aura comme objet le conflit entre la liberté de religion protégée par l'article 2(a) de la Charte canadienne et la protection contre une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle au titre des fondements analogues prohibés par l'article 15(1) de la Charte. Ces deux droits disposent d'une forme constitutionnelle similaire ; ces deux droits sont *orientés* de sorte à promouvoir respectivement une identité religieuse et homosexuelle (CHAPITRE 5). L'enjeu est de dévoiler l'orientation identitaire permettant la résolution d'un conflit de droits : cette

¹ CHOW (R.), *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, *op. cit.*, p. 17, (nous traduisons).

orientation se traduisant par la production *d'étrangers* (CHAPITRE 6), les corps au-delà de ces orientations identitaires. Dans quelle mesure un conflit formel de droit se transforme-t-il en hiérarchie matérielle d'identités ? Il s'agit de faire transiter l'analyse formelle du conflit de droits fondamentaux vers une approche identitaire, congruente à cette orientation pluraliste.

713. Cette problématique peut paraître étonnante dans la mesure où la Cour suprême du Canada appert écarter l'idée même d'une hiérarchie des droits fondamentaux en tentant de restreindre au maximum la possibilité d'un conflit de droits. En suivant J.-F. Gaudreault-DesBiens, il est possible de définir le conflit *stricto sensu* de droits fondamentaux comme celui « opposant au moins deux droits protégés constitutionnellement qui peuvent être tous *validement* invoqués par les parties à un litige. » Par ailleurs, « l'État peut certes être l'une de ces parties ; ce sera par exemple le cas lorsqu'il défend une disposition législative que l'on allègue attentatoire à un droit constitutionnel protégé en se fondant sur un droit constitutionnel concurrent. »¹ Si la Cour tente de limiter au maximum la possibilité même de ce conflit, la *justification* échappe au langage du positivisme lorsque l'on se place du point de vue de l'identité. L'on ne peut résoudre un conflit formel de droits fondamentaux que sur le plan de leurs orientations identitaires. En effet, si chaque vecteur de pluralisme découle de l'effet matériel de l'égalité, et si l'effet de l'égalité est d'identitariser les droits fondamentaux, alors un conflit de droits est un conflit d'identités. Aussi, dans les conflits opposant la liberté de religion et l'orientation sexuelle, l'identité religieuse est *hétérosexuelle*, et l'identité homosexuelle est *blanche et masculine*. Ainsi, l'égalité est une théorie identitaire de l'espace public régulant ce que les corps des sujets peuvent y faire. Un conflit de droits produit des hiérarchies identitaires et des *étrangers* remettant en cause l'idéologie du constitutionnalisme.

714. Cette expérience *hors de soi* est le mode à travers lequel le sujet est défini : le sujet est lié à un Autre dans sa propre constitution². La rencontre avec l'Autre, comme constitution du sujet, se fait à travers l'expérience phénoménologique de la rencontre normée des corps. En effet, « ce qui constitue la fixité du corps, ses contours, ses mouvements, sera entièrement matériel, mais la matérialité elle-même sera repensée comme un effet du pouvoir, comme l'effet le plus productif du pouvoir. »³ La matière d'un corps ne prend sens qu'à l'intérieur d'une matrice d'intelligibilité culturelle. Partant, la formation du sujet, à travers la fixation, de

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères », *op. cit.*, p. 8, (soulignements dans le texte original).

² MALABOU (C.), « 'Détache-moi' », in BUTLER (J.) et MALABOU (C.), *Sois mon Corps. Une lecture contemporaine de la domination et de la servitude chez Hegel*, Bayard, Paris, 2010, pp. 16-54, p. 16.

³ BUTLER (J.), *Ces corps qui comptent. De la matérialité et des limites discursives du 'sexe'*, Éditions Amsterdam, Paris, 2009, p. 16.

son corps implique « la production simultanée d'un domaine d'êtres abjects. »¹ Cette production de l'abject crée la condition d'émergence du sujet. En effet, la répudiation de l'abject, à travers la fixation du corps du sujet, est la structure même de l'identification. Aussi, l'image du corps du corps du sujet est, elle-même, « l'image de l'Autre. »² Les processus de matérialisation sont alors reproduits par des « dehors constitutifs, » sans cesse changeants, ce qui signifie « que l'identité a toujours besoin de ce que précisément elle ne peut tolérer. »³

715. Cette rencontre est qualifiée par S. Ahmed de « rencontre étrange » : une rencontre avec des étrangers, qui ne peuvent être qu'au-delà de la catégorie même de *l'humain*⁴. Dans cette définition de la rencontre, on distingue deux dimensions : l'une a trait à *celui* qui est au-delà des frontières – l'étranger – et, l'autre a trait à celui qui est au-delà de l'humanité – l'étrange. Extrait de la relation affective d'historicité qui l'a produit, l'étranger devient un fétiche : « notre dégoût pour l'**abjection** de ces formes étrangères nous permet **de nous contenir.** »⁵ Cette fétichisation de l'étranger est un processus au cours duquel non seulement le danger est projeté à l'extérieur, mais cet extérieur est contenu au sein de cette figure. L'étranger est une catégorie au sein même d'une communauté de citoyens avec une fonction très particulière : en tant « qu'exclu-inclus, » il réalise une *fonction spatiale*, qui est celle d'établir des relations de proximité, et de distance, au sein d'une patrie. En démarquant des « espaces d'appartenance, » ces techniques de détermination de l'étranger permettent au *familier* de devenir *familial*. Cette fétichisation investit la figure de l'étranger d'une vie propre en rompant l'histoire de sa propre détermination. « L'investissement fétichiste » réalise les frontières sociétales. « L'affect d'altérité » étant différemment distribué, ce processus de création produit différentes figures d'exclusion et, partant, le caractère d'étranger-été est projeté *différemment*.

716. La communauté s'établit par la capacité à se déplacer dans un « espace de proximité, » encadré par des frontières⁶. La rencontre se clôt par une reconstitution de l'espace corporel de chacun des sujets. Aussi, « assumer un corps public, » c'est réaliser la présence d'un autre corps qui nous précède, et que nous réinventons sans cesse dans l'acte d'habiter. La peau⁷ est l'exposition à l'Autre et la frontière de l'Étranger : « le confinement de certains corps dans leur peau (espace corporel) est un mécanisme visant au confinement de l'espace social. »⁸ La

¹ BUTLER (J.), *Ces corps qui comptent*, op. cit., p. 17.

² KRISTEVA (J.), *Powers of Horror. An essay on Abjection*, Columbia U.P., New York, 1982, p. 88, (nous traduisons).

³ KRISTEVA (J.), *Powers of Horror*, op. cit., p. 192, (nous traduisons).

⁴ AHMED (S.), *Strange encounters*, op. cit., 2000, p. 1.

⁵ AHMED (S.), *Strange encounters*, op. cit., 2000, p. 2, (nous soulignons et nous traduisons).

⁶ AHMED (S.), *Strange encounters*, op. cit., 2000, p. 34.

⁷ AHMED (S.) and STACEY (J.) (eds.), *Thinking Through the Skin*, Routledge, coll. Transformations, London, 2001.

⁸ AHMED (S.), *Strange encounters*, op. cit., 2000, p. 46, (nous traduisons).

définition de la nation requiert la proximité de l'étranger¹. Partant, si la citoyenneté est en recomposition permanente, ce type de citoyenneté n'est ni une question d'inclusion ou d'assimilation, mais une forme de « maquillage » des traces de ces dehors constitutifs². Les frontières de la citoyenneté identitaire sont donc toujours sous contrôle, et sous le risque de perdre cette qualité : « la nouvelle modalité de la citoyenneté sexuelle est toujours contrôlée, **contrôlant les frontières** de la bonne citoyenneté en produisant et excluant. »³ La citoyenneté est une norme idéale de comportement et un ensemble de « technologies de contrôle. » Aussi, passer les frontières identitaires de la citoyenneté pluraliste, c'est accepter ces formes de normalisations identitaires où une « bonne » citoyenneté est associée à un « bon » exercice de cette citoyenneté : « les sujets autorisés à traverser les frontières sont reconstitués au cours de processus de *devenir*, spatialement recomposés dans les termes disciplinaires et la domesticité de l'adhésion. »⁴ Ces frontières de la normalité sont donc en perpétuelles « recompositions. »

717. L'analyse est construite à partir des deux temps de l'analyse foucauldienne de la gouvernementalité : la production biopolitique de l'identité du sujet de droit à travers les communautés identitaires de l'égalité et l'expression corporelle de cette *biopolitique*, c'est-à-dire la capacité du corps identifié à être, ou *discipline*. La première partie vise à reconstruire la *sédimentation biopolitique* des identités homosexuelles (§2-) et religieuses (§1-) à travers la définition du droit à l'égalité et de la liberté de religion (CHAPITRE CINQ). Cette analyse permet de démontrer la production de « communautés identitaires. » La seconde partie vise à déconstruire la *régulation disciplinaire* du conflit de droits (§1-) régulant la capacité à être des sujets de droit identifiés en produisant des étrangers du constitutionnalisme (§2-) : cette qualité d'étranger est définie à partir d'une typologie tripartite (CHAPITRE SIX). Cette discipline se marque par la production de corps dans l'espace. Le modèle du conflit formel de droit traduit *une hiérarchie matérielle d'identités* : le sujet homosexuel et religieux est rendu impossible par les normes identitaires des droits. Là est l'enjeu du « comparatisme critique. »

¹ AHMED (S.), « Multiculturalism and the Proximity of Strangers », in AHMED (S.), *Strange encounters, op. cit.*, 2000, p. 95.

² COSSMAN (B.), *Sexual Citizenship, op. cit.*, p. 2.

³ COSSMAN (B.), *Sexual Citizenship, op. cit.*, p. 3, (nous soulignons et nous traduisons).

⁴ COSSMAN (B.), *Sexual Citizenship, op. cit.*, p. 25, (nous traduisons).

CHAPITRE 5 – RÉGULATIONS BIOPOLITIQUES : LES « COMMUNAUTÉS IDENTITAIRES » DES DROITS FONDAMENTAUX

718. Une problématique identitaire permet de mettre en évidence la production de deux communautés identitaires biopolitiques arrimées aux droits fondamentaux que sont la liberté de religion (article 2(a) de la Charte) et l'orientation sexuelle (article 15(1) de la Charte) : une production de *nomos* religieux par degrés de pluralisme juridique (§1-) et la régularisation progressive de l'identité homosexuelle (§2-). Au terme de la deuxième partie, il a été possible de souligner l'identitarisation des droits fondamentaux à travers les effets du principe d'égalité, faisant de ces droits des vecteurs de pluralisme. L'identitarisation du droit corollaire de l'égalité conduit à orienter d'un point de vue identitaire les corps identifiés dans l'espace public. L'effet juridique de l'égalité – rhétorique ou substantielle – est celui d'arrimer une identité à un droit. Cette orientation de ce que les corps identifiés peuvent faire dans l'espace public dépend de la communauté identitaire au sein de laquelle ils sont territorialisés par le droit. L'orientation identitaire de la liberté de religion – l'identité religieuse – produit trois communautés religieuses distinctes, avec des capacités spécifiques pour les croyants selon la communauté. L'orientation identitaire de l'orientation sexuelle – l'identité homosexuelle – a produit une régularisation, ou normalisation, progressive de ce que peuvent faire les corps homosexuels tolérés dans l'espace public. L'enjeu est ici de dresser les frontières des communautés identitaires produites par ces droits et libertés constitutionnels : quelles sont les « communautés identitaires » qui y sont associées ? Quelles agentivités spécifiques des sujets de droit, identifiés à des communautés, sont produites par les orientations identitaires des normes constitutionnelles ? En somme, que peut faire un corps identifié dans l'espace public ?

§ 1 - LES COMMUNAUTÉS IDENTITAIRES DE LA LIBERTÉ DE RELIGION

719. La production de *nomos* religieux, par degrés de pluralisme juridique, peut être démontrée en deux temps : d'une part, le champ juridique et identitaire accordé à la liberté de religion (A) et, d'autre part, la production de communautés identitaires – juridiques (B). Ces communautés identitaires, plus ou moins productrices de normes, correspondent à plusieurs degrés de pluralisme juridique, en lien avec différentes théories du multiculturalisme, sur un spectre allant du public au privé et des valeurs religieuses aux pratiques religieuses. Partant, « les défis religieux sont portés par des minorités ethniques réclamant une autonomie vis-à-vis des décisions de la démocratie majoritaire. »¹ La production de ces communautés identitaires est l'effet du principe d'égalité et de l'obligation constitutionnelle de multiculturalisme. Cette dialectique place la liberté de religion au cœur des conflits entre les demandes de la foi et les exigences de la citoyenneté, prenant la forme d'autorités concurrentes pour l'encadrement des domaines importants de la vie individuelle et collective. C'est un pluralisme à travers la privatisation de l'identité religieuse. Et, l'analyse formelle du champ juridique de la liberté de religion manque la dimension identitaire de ce conflit². D'une part, ces groupes produisent des normes, « les groupes religieux sont *juris generative*. Ils défendent un principe général d'autonomie gouvernementale religieuse sur les dispositions communautaires. »³ D'autre part, il serait artificiel de limiter le pluralisme religieux à la sphère privée, et l'expérience de la foi à la seule limite du groupe. Aussi, « les activités religieuses ne sont pas purement spirituelles, circonscrites par la vie associationnelle, et restreintes aux croyants. »⁴

720. Si la régulation des frontières identitaires de ces communautés découle des effets de l'égalité rhétorique, elle est rendue possible à travers les principes de *sécularité* et de *neutralité*. C'est ce que B. Ryder qualifie de conception canadienne de l'égalité religieuse : liberté religieuse et égalité religieuse sont associées, afin de favoriser un égal accès des citoyens à l'espace public tout en assurant la survie de leur foi⁵. Ainsi, « ils ont le droit de participer également aux diverses dimensions de la vie publique sans abandonner croyances et practices, que leur foi leur demande de suivre. »⁶ Aussi, si la liberté de religion est un support

¹ ROSENBLUM (N.L.), « Introduction. Pluralism, Integralism, and Political Theories of Religious Accommodation », in ROSENBLUM (N.L.) (ed.), *Obligation of Citizenship and Demands of Faith. Religious Accommodation in Pluralist Democracies*, Princeton U.P., Princeton, 2000, pp. 3-31, p. 3, (nous traduisons).

² ROSENBLUM (N.L.), « Introduction. Pluralism, Integralism », *op. cit.*, p. 5.

³ ROSENBLUM (N.L.), « Introduction. Pluralism, Integralism », *op. cit.*, p. 6, (nous traduisons).

⁴ ROSENBLUM (N.L.), « Introduction. Pluralism, Integralism », *op. cit.*, p.12, (nous traduisons).

⁵ RYDER (B.), « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *op. cit.*, p. 87.

⁶ RYDER (B.), « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *op. cit.*, pp. 88-89, (nous traduisons).

juridique pour protéger l'expérience religieuse, les droits fondamentaux sont un cadre « concurrent » d'encadrement des comportements¹ : la protection des droits fondamentaux constituerait un objectif impérieux, suffisant, pour justifier une limitation à la liberté de religion, qui doit être interprétée selon les valeurs de la Charte, marquées par la dignité et l'autonomie². Une pratique religieuse sera limitée lorsqu'elle entraînera une discrimination. Ainsi, selon R. Moon, « l'engagement vers l'égalité de citoyenneté, ou le pluralisme religieux, sont généralement compris comme empêchant tout soutien légal pour les valeurs ou pratiques de *certaines* religions et exige l'accommodement juridique des pratiques religieuses. »³ En ce sens, S. Van Praagh rappelle l'importance de l'identité en matière de liberté de religion⁴, mais souligne, dans le même temps, à quel point la cohabitation est hybride dans l'espace public, le décideur judiciaire disposant du pouvoir de définir « l'étendu » de ce partage de l'espace⁵.

A- Le champ juridique et identitaire de la liberté de religion : un spectre identitaire

721. Quelle est la limite à « l'obligation libérale » de reconnaître les cultures⁶ telle qu'elle découle de la Charte ? La difficulté s'agissant de la liberté de religion repose sur les conflits potentiels entre des pratiques religieuses conservatrices et les principes de la démocratie libérale⁷. Ces groupes religieux deviennent concurrents de l'État pour définir l'identité des sujets de droit; « ils limitent l'accès des étrangers à leurs institutions, » de sorte que ces « groupes englobant veulent aussi restreindre la vie de leurs membres. »⁸ Partant, le champ protégé de la liberté de religion a fait l'objet de nombreuses controverses. Ces controverses tiennent moins, pourtant, au champ juridique accordé à la liberté de religion, qu'aux contours identitaires accordés à cette liberté. À ce titre, les frontières de la vie religieuse sont orientées par les principes de la démocratie libérale : l'autonomie, la culture de la citoyenneté et le rejet de toutes discriminations. Cependant, la religion n'assurerait pas l'autonomie du sujet laissant peu de place à l'auto-représentation de ces expériences religieuses : « ce qui maintient le trait distinctif de la religion au fil du temps est l'adhésion à un ensemble de règles qui les tient à

¹ NATHAN (C.N.), *The Changing Face of Religion and Human Rights. A Personal Reflection*, Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, p. 25.

² IDING (L.A.), *Freedom of Religion vs. Substantive Equality: Value-Based Resolution of Conflicts in the Context of the Ontario Sharia Law Debate*, LL.M., U. of Toronto, 2008, p. 2.

³ MOON (R.), « Introduction: Law and Religious Pluralism in Canada », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 1-20, p. 2, (nous traduisons).

⁴ VAN PRAAGH (S.), « Identity's Importance: Reflections of – and on – Diversity », *Can. Bar Rev.*, 2001, vol. 80, pp. 604-619.

⁵ VAN PRAAGH (S.), « View from the Succah: Religion and Neighbourly Relations », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 21-40, p. 21.

⁶ BRUDNER (A.), « The Liberal Duty to Recognize Cultures », *op. cit.*, p. 129.

⁷ SPINNER-HALEV (J.), *Surviving Diversity. Religion and Democratic Citizenship*, The Johns Hopkins U.P., Baltimore, 2000, p. 2.

⁸ SPINNER-HALEV (J.), *Surviving Diversity*, *op. cit.*, p. 2, (nous traduisons).

l'écart. »¹ Or, « la différence de groupe est alors sacrifiée à la diversité individuelle. »² Le champ de protection accordé par la religion trouve une limite *interne* par la coercition dont ferait preuve un groupe à l'endroit de ses membres³ : la société doit assurer un droit *d'exit*⁴.

722. Selon M. Ogilvie, l'histoire nationale et sociale canadienne depuis la fondation de la Nouvelle France⁵ jusqu'à la Charte, peut être lue à travers l'histoire religieuse⁶. La difficulté lors de la création de la fédération de 1867, fut, précisément, de résoudre les conflits entre catholicisme et protestantisme, ce qui passa, notamment, par les écoles confessionnelles et le soutien financier, du Québec et de l'Ontario, prévu par l'article 93 de la *Loi Constitutionnelle, 1867*. À la différence toutefois des États Unis, « aucun mythe religieux national n'a émergé et autour duquel orienter la nouvelle nation du Canada. »⁷ M. Ogilvie fait remonter au tournant du XX^{ème} siècle, la modification du pluralisme religieux⁸, par les immigrations subséquentes aux persécutions religieuses en Europe : ces groupes s'établirent, généralement, en communautés séparées, à l'Ouest du Canada. Il y a donc une expérience ancienne de pluralisme religieux et de vie religieuse collective. Aussi, « le défi de l'accommodement juridique du pluralisme religieux au Canada était déjà aussi vieux que la première colonie de Nouvelle-France, et catholiques romains et protestants. »⁹ La question de l'accommodement religieux est ancienne, la différence tenant au transfert de l'autorité des institutions religieuses aux tribunaux pour la régulation de la vie religieuse : les groupes religieux cherchent non plus une autonomie, mais une place au sein de la nation canadienne par le *droit constitutionnel*.

723. La mobilisation de la différence religieuse sert à faire la différence, tout autant qu'à faire l'inclusion. L'enjeu est, dès lors, d'adapter l'expérience religieuse au paradigme libéral des droits fondamentaux et *vice versa*. La question de la séparation des Églises et de l'État découlerait de la tradition lockienne anglaise de la tolérance, modifiée par l'expérience et le contexte historique canadien¹⁰ : tant qu'une loi n'est pas intervenue, le sujet de droit est libre de faire ce qu'il veut. Si la théologie chrétienne des deux mondes indépendants – le spirituel et le temporel – n'a jamais trouvé d'assise constitutionnelle, elle demeure un cadre d'analyse

¹ SPINNER-HALEV (J.), *Surviving Diversity, op. cit.*, p. 8, (nous traduisons).

² SPINNER-HALEV (J.), *Surviving Diversity, op. cit.*, p. 18, (nous traduisons).

³ SPINNER-HALEV (J.), *Surviving Diversity, op. cit.*, pp. 50-54.

⁴ SPINNER-HALEV (S.), « Liberalism and Religion: Against Congruence », *Th' l Inq. In L.*, 2008, vol. 9, pp. 553-572, p. 567.

⁵ MORIN (M.), « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) (dir.), *op. cit.*, pp. 53-92.

⁶ OGILVIE (M.), *Religious Institutions and the Law in Canada*, Irwin Law, 3^{ème} édition, Toronto, 2010, p. 34.

⁷ OGILVIE (M.), *Religious Institutions and the Law in Canada, op. cit.*, p. 50, (nous traduisons).

⁸ La pluralisation religieuse avait été ralentie par l'interdiction (non respectée cela étant) du protestantisme en Nouvelle-France au XVII^{ème} s.

⁹ OGILVIE (M.), *Religious Institutions and the Law in Canada, op. cit.*, p. 56, (nous traduisons).

¹⁰ OGILVIE (M.), *Religious Institutions and the Law in Canada, op. cit.*, p. 100.

de ces relations. Toutefois, l'affirmation de la souveraineté du pouvoir sur l'ensemble des affaires incluait les affaires religieuses. Si la seule disposition constitutionnelle en 1867 fut l'article 93, les rédacteurs ont laissé la régulation de la liberté de religion au *Common Law*. C'est l'opinion du Juge Taschereau dans l'une des premières décisions rendues au titre de la liberté de religion, en 1877, qui avait trait à l'immixtion de la religion dans les élections : « nous avons emprunté à l'Angleterre des institutions qui font que les Canadiens n'ont rien à envier aux autres pays en matière de protection des libertés civiles et religieuses. »¹ Si la Constitution de 1867, renvoyait la protection de la religion aux tribunaux, la Constitution de 1982 prévoit cette protection à son article 2(a), auquel il faut ajouter les chartes provinciales.

724. Outre la difficulté à définir « l'expérience religieuse » dans le discours juridique², la liberté de religion est interprétée dans le cadre d'une égalité rhétorique, en faisant un vecteur de pluralisme et l'inscrivant dans la dialectique de l'identité. Ainsi que l'a démontré P. Hogg, le champ de protection de la liberté de religion est très large en droit constitutionnel canadien, comparé aux autres démocraties³ : « l'idée que la liberté de religion protège les pratiques religieuses seulement dans la mesure où elles ne blessent pas autrui a été abandonnée par la Cour suprême du Canada en faveur d'un droit inconditionnel à faire tout ce qui est dicté par la croyance. »⁴ Ce champ appert au stade de l'article 2(a), par une définition subjective de la religion, et ne semble pouvoir être limité que par les effets de ces pratiques religieuses sur les droits fondamentaux des autres sujets de droit, c'est-à-dire au stade de la rationalité de la mesure gouvernementale venant restreindre cette pratique au titre de l'article 1^{er}⁵. La charge de la preuve repose largement sur le gouvernement. En déplaçant la justification d'une restriction à une liberté, par ailleurs, largement définie, au stade de l'article 1^{er}, les tribunaux canadiens ont, ainsi, entendu assurer la protection de sphères privées de pluralisme religieux.

725. C'est ce que la majorité de la Cour a décidé dans une affaire touchant aux transfusions sanguines dans le contexte des Témoins de Jéhovah⁶ : alors qu'il serait difficile de restreindre une pratique religieuse au titre de la liberté de religion, ces pratiques pourraient être limitées lorsqu'elles ont des effets sur les droits fondamentaux des tiers – donc au titre de l'article 1^{er}. La limite réside, ici, dans l'intérêt de l'enfant, ainsi que la Cour l'avait déjà souligné dans

¹ *Brassard c. Langevin*, [1877] 1 R.C.S. 145, à la p. 195, (J. Taschereau).

² BEAMAN (L.G.), « Defining Religion: The Promise and the Peril of Legal Interpretation », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 192-216.

³ HOGG (P.), *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, « Religion », pp. 42 et suivantes.

⁴ HOGG (P.), *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, p. 42-9, (nous traduisons).

⁵ HOGG (P.), *Constitutional Law of Canada*, *op. cit.*, p. 42-11.

⁶ *R. B. v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315.

*Young c. Young*¹. Une telle limite avait, aussi, été soulevée par la Cour, pour venir restreindre la liberté d'expression religieuse dans le cas de propos antisémites, tenus par un enseignant². Dans cette même affaire, la Cour rappelle que « nous vivons dans une société libre fondée sur le pluralisme des opinions, » réitérant l'importance de l'égalité, elle précise que « un tel accommodement reflète une adhésion au principe d'égalité, en vertu duquel on accorde la même valeur à toutes les opinions divergentes et on reconnaît la contribution qu'une vaste gamme de croyance peut apporter à la recherche de la vérité. »³ L'identité religieuse est protégée par l'égalité religieuse, et seules des *pratiques* pourraient être limitées. Toutefois, selon la Commission des droits de la personne d'Ontario, si la liberté religieuse est large, elle reposerait « sur les notions de choix personnel, d'autonomie, et de liberté de l'individu. »⁴

726. D. Dabby distingue trois périodes contemporaines en regard du champ de la liberté de religion⁵ : « witnessing religion » qui comprend la période allant de la Constitution de 1867 à la Déclaration de 1960, offrant une vision contrastée de la liberté de religion, déjà engagée dans la voie de l'égalité de confessions. La période *d'observation* avec la Déclaration canadienne des droits de 1960⁶ ; enfin la période de *protection* correspondant à la Charte canadienne, et qui prend acte des sédimentations précédentes : « La Charte annonçait une ère nouvelle pour la liberté religieuse au Canada, notamment en assurant sa protection en tant que liberté constitutionnelle fondamentale. »⁷ La Cour suprême a fait le choix d'une interprétation large et généreuse de la liberté de religion afin d'assurer notamment un équilibre équitable des intérêts au titre de l'article 1^{er}. Or, la liberté de religion ne devrait pas servir à opérer une « balance des intérêts, » mais à assurer que les individus religieux puissent vivre selon leurs préceptes. Cette évolution traduit une véritable « privatisation » de l'identité religieuse.

727. Aussi, l'expérience religieuse est régulée à travers l'obligation constitutionnelle du multiculturalisme : l'égalité conduit à une certaine conception de l'identité culturelle⁸. C'est ainsi, que l'on peut lire la critique de Brown dans un article important de 2000, sur le contenu

¹ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3. Importance fondamentale de « la vie de l'enfant et de sa santé » dans le cadre de l'interprétation de l'art. 7 des principes de justice fondamentale, pour une ordonnance de placement: *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519. Protections procédurales d'un contexte criminel limitées dans le contexte de la protection de l'enfant.

² *Ross c. Conseil scolaire du district No. 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

³ *Ross c. Conseil scolaire du district No. 15 du Nouveau-Brunswick*, précitée, au §91.

⁴ *Examen de la jurisprudence relative à la croyance*, *op. cit.*, 2012, (disponible en ligne).

⁵ DABBY (D.), *Triangulation of Rights, Balancing of Interests : Exploring the Tensions between Freedom of Conscience and Freedom of Religion in Comparative Constitutional Law*, LL.M., Université de Montréal, 2010, p. 38.

⁶ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, ch. 44.

⁷ DABBY (D.), *Triangulation of Rights*, *op. cit.*, p. 47, (nous traduisons).

⁸ PINTO (M.), *Equality of Cultural Identity*, LL.D., U. of Toronto, 2009.

de la liberté de religion en droit canadien¹. Si le champ de la liberté de religion appert large, l'existence de ces controverses conduit à revenir sur la substance *identitaire* de cette liberté religieuse, qui a progressivement émergé au XX^{ème} siècle. Selon D. Brown, la protection généreuse de la liberté religieuse dont bénéficiaient les sujets de droit dans le cadre pré constitutionnel du *Common Law* aurait laissé sa place à un modèle *privatisé* de religion, excluant cette dernière de l'espace public à travers une définition orientée de la sécularité².

728. Les pratiques religieuses reçoivent une première forme de protection juridique à partir des années 1770, lorsque la législation britannique adopta une « protection explicite » des résidents québécois, pour la pratique du culte catholique ; de même, en 1852, la législature canadienne adopta une législation assurant « l'égalité juridique » des confessions³. Si la Loi Constitutionnelle de 1867 ne vise expressément la religion que dans son article 93, la question constitutionnelle de cette liberté a refait surface, à la fin des années 1930, et dans l'après-guerre, dans un contexte de persécution des témoins de Jéhovah : dès le 4 juillet 1940, le Parlement fédéral, par ses pouvoirs de guerre, en déclarait illégales les organisations⁴. Il a fallu attendre les années 1950, et les premières grandes décisions – *Boucher*⁵, *Chaput*⁶, et *Roncarelli*⁷ – pour affirmer avec force la protection de la liberté de religion⁸. Ainsi peut-on lire l'opinion du Juge Rand dans l'arrêt *Saumur*: « l'affirmation sans entrave de la croyance religieuse et que sa propagation, personnelle ou institutionnelle, soit restée de la plus haute importance constitutionnelle dans le Dominion est incontestable. »⁹ L'opinion du juge est importante à trois titres : elle reconnaît le caractère fondamental du religieux pour l'expression humaine ; même si la religion a des aspects privés, ses dimensions publiques et institutionnelles sont de premier ordre ; enfin, la religion est reconnue comme essentielle pour la vie en communauté, au sein d'un ordre juridique, indépendamment de sa traduction en droit positif. Avec *Saumur* et *Chaput*, la religion devient une doctrine *constitutionnelle*, « sans » reconnaissance formelle, découlant du constitutionnalisme de *Common Law*, inspirant le juge.

¹ BROWN (D.M.), « Freedom From of Freedom For?: Religion as a Case Study in Defining the Content of Charter Rights », *U.B.C. L.Rev.*, 1999-2000, vol. 33, n°3, pp. 551-615.

² BROWN (D.M.), « Freedom From of Freedom For? », *op. cit.*, p. 552.

³ *Statute of Olf Province of Canada*, 14-15 Vict., c. 175. Discuté dans *Saumur c. Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

⁴ BROWN (D.M.), « Freedom From of Freedom For? », *op. cit.*, p. 555 : *War Measures Act*, R.C.S. 1927, c. 206.

⁵ *Boucher c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 265.

⁶ *Chaput C. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

⁷ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

⁸ BROWN (D.M.), « Freedom From of Freedom For? », *op. cit.*, p. 556.

⁹ *Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 327, (nous traduisons).

729. La Charte opérerait une transformation : si la liberté de religion était regardée comme essentielle pour l'expression humaine, elle ne serait plus possible, qu'exercée dans les limites de règles positives – sous réserve de l'art. 26. La religion est définie par la Charte et dans les décisions liminaires, que sont *Drug Mart* et *Edward Books (supra)*, dans le sillage de l'égalité. Partant, tout en donnant un champ de protection large à la liberté de religion, le juge contribua à en définir l'identité. La dichotomie importante repose ici sur la distinction entre ce qui relève du *privé* et ce qui relève du *public*. D. Brown distingue alors la « freedom for » pour la première catégorie et la « freedom from » pour la seconde. La première catégorie inclut les obligations d'accommodement des pratiques individuelles de la part des institutions, des institutions religieuses de la part de l'État et, la protection des croyances religieuses dans la famille; elle est orientée vers la protection de *pratiques religieuses* dans la *sphère privée*. La seconde implique l'accommodement des croyances en matière éducative, la légitimité de l'expression religieuse dans l'espace public; cette protection des *valeurs* pour le débat d'idées assure, par contre, des normes *séculières*. Selon l'identité donnée à la religion (pratiques ou valeurs religieuses) et la sphère d'expression (privée ou publique), alors la liberté de religion produira des « communautés identitaires » plus ou moins fermées ou, au contraire, diffuses.

730. Selon Brown, cette structuration de l'espace public, entre le privé et le public, repose sur l'interprétation de la sécularité. En refusant de s'interroger sur les aspects transcendants du droit – alors que le préambule de la Charte semble les y inviter – les juges mobiliseraient une vision extrême de la sécularité qui conduirait à exclure la religion du public qui conduirait à une forme de théocratie¹. L'identité publique de la religion est hautement régulée et plus on se déplace vers le privé, plus la liberté de religion produit des communautés fermées. Aussi, « alors qu'avant l'enchâssement de la Charte la Cour suprême du Canada concevait la liberté de religion comme l'une des 'conditions primaires de ... la vie communautaire dans un ordre juridique', certaines décisions récentes des cours inférieures ont cherché à la transformer en simple 'liberté de rester en marge' des débats publics. »² L'identité religieuse *privée* est protégée, dans la diversité de ses « pratiques, » et assurant une vie communautaire ; l'identité *publique* est régulée dans l'expression de ses « valeurs, » ce que traduit la sécularité comme opérateur de définition de « l'identité religieuse » sur l'espace public. Le champ de l'identité à travers le champ juridique de la liberté traduit une régulation identitaire de l'espace public. La ligne est difficile à tracer entre le public et le privé, les valeurs et les pratiques, ce qui peut

¹ BROWN (D.M.), « Freedom From of Freedom For? », *op. cit.*, p. 594.

² BROWN (D.M.), « Freedom From of Freedom For? », *op. cit.*, p. 615, (nous traduisons).

conduire à la marginalisation des communautés religieuses¹. Au total, la liberté et l'égalité religieuses, protègent les valeurs et les pratiques religieuses, l'expression religieuse autant que les rites, ainsi noté par la Cour suprême en 2004 : « l'accomplissement de rites religieux représente un aspect fondamental de la pratique religieuse. »² Cela dépend donc, du *contexte*.

731. Cette idée est précisée par R. Moon qui souligne le rôle joué par la *neutralité* comme opérateur de régulation identitaire de la liberté de religion³, régulation qu'il impute à l'effet de « débordement » du principe d'égalité : « la neutralité n'est possible que si la religion pouvait être traitée comme simple question privée, séparable des affaires civiles gérées par l'État. »⁴ Partant, la difficulté sera de distinguer entre les pratiques privées et les valeurs publiques, tout autant que de justifier les limites à une restriction à une pratique religieuse. La neutralité a été définie, par les cours canadiennes, comme le fait pour l'État de demeurer « neutre envers le privé, » ou dit autrement, envers les « dimensions spirituelles des pratiques religieuses; » et les dimensions publiques des croyances, *i.e.* qui visent des intérêts publics ou des droits, sont laissées à la « contingence » de la délibération publique. Ainsi, l'État ne peut favoriser une pratique religieuse, au détriment d'une autre ; par contre les valeurs religieuses sont réputées bénéfiques au « débat politique pluraliste. » Cette dichotomie entre, d'un côté, le public et le civique et de l'autre, le privé et le spirituel, traduit déjà une vision non neutre de la religiosité.

732. Si les tribunaux ne définissent pas, nettement, ce qui relève des « pratiques » et ce qui relève des « valeurs, » l'État peut seulement valoriser les secondes (les valeurs *recevables*) : la neutralité ne s'applique donc qu'à l'égard des premières⁵. Comment justifier cela ? Cette dichotomie découlerait du caractère « spécial » dont la religion est affectée : les croyances « religieuses » sont distinctes des croyances « séculières » dans une mesure qui justifie leur traitement spécial, et plus spécifiquement, leur exclusion des décisions publiques⁶. L'identité religieuse est affublée d'un double affect de spécificité⁷. R. Moon trouve une justification à cet affect dans le lien établi par les tribunaux entre l'aspect *individuel* et l'aspect *collectif* de l'identité religieuse⁸. La spécificité proviendrait du caractère fondamental de la religion pour l'expérience mondaine de l'individu, l'orientant dans l'espace, organisant sa perception en lui

¹ MOON (R.), « Introduction », *op. cit.*, p. 3.

² *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, au §57.

³ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality », *U.B.C. L.Rev.*, 2012, vol. 45, n°2, pp. 497-550, p. 497.

⁴ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 501, (nous traduisons).

⁵ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 503.

⁶ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 505.

⁷ WEBBER (J.), « The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion », in EISENBERG (A.) (ed.), *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada*, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2006, pp. 178-200, p. 178.

⁸ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 507.

offrant un cadre moral d'évaluation. L'individu participe à une forme de vie collective. En ce sens, la religion est « soustraite » de la vie publique : elle est une identité à travers l'égalité¹.

733. L'appréhension de la religion dans un paradigme égalitariste (de la liberté à l'identité comme intérêt protégé par l'art. 2(a)) a conduit à une transition de la *coercition* à l'*exclusion* en tant que préjudice auquel la liberté répond². L'identité est liée à la participation à l'espace public. L'État ne doit pas privilégier une pratique religieuse au détriment d'une autre, s'agit-il par exemple, des lois imposant la fermeture le dimanche³, ou encore la récitation obligatoire des prières⁴. En plaçant le débat sur le plan de l'identité, les tribunaux doivent distinguer entre les valeurs qui peuvent faire l'objet d'une expression publique et celles qui tombent sous le principe de neutralité de l'État : « si valeurs et raisons religieuses peuvent jouer un rôle dans la prise de décision politique, l'État est empêché de protéger certains pratiques religieuses, les cours doivent distinguer actions politiques légitimes d'inspiration religieuse et illégitimes (ou raisons religieuses politiquement acceptables et les raisons non acceptables). »⁵ La distinction porte sur le contenu de cette valeur, non sur son origine : une valeur religieuse ne peut jouer un rôle dans le processus politique si l'action qu'elle soutient est *substantiellement* spirituelle.

734. La distinction résiderait moins entre une valeur et une pratique, qu'entre la substance spirituelle ou civique de cette valeur et entre le caractère *privé* et *public* de cette valeur. Aussi, « l'État doit rester neutre envers les éléments, de ces systèmes religieux de croyance, liés aux questions spirituelles ou extra mondaines (comme la forme propre d'un culte) et qui peuvent être confinés à la sphère privée. »⁶ Or, la ligne de partage entre les éléments privés et civiques d'un système de croyances reflétera en ce sens les normes identitaires d'orientation de l'espace public. Ce continuum entre le public et le privé contribue à la privatisation du pluralisme juridique à travers l'identité religieuse : si l'État doit rester neutre en regard d'un système de valeurs privé, il ne peut non plus limiter des pratiques religieuses privées qu'en regard d'intérêts publics impérieux. Plus l'identité religieuse est privatisée (*publique* dans sa définition), plus le pluralisme juridique est important. Cette privatisation n'empêche toutefois pas, que l'identité de ces communautés religieuses soit régulée « publiquement » : cela traduit toute l'ambivalence d'approcher la liberté de religion à travers « l'identité religieuse. » Cette

¹ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 509.

² MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 510.

³ *Big M Drug Mart*, précitée, ou *Edward Books*, précitée.

⁴ *Freitag v. Penetanguishene* (1999), 47 O.R. (3d) 301, 179 D.L.R. (4th) 150 (Ont. C.A.) ; *Ontario (speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (H.R.C.)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.).

⁵ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 520, (nous traduisons).

⁶ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 524, (nous traduisons).

ambivalence se manifeste en droit : la contrainte de constitutionnalité pesant sur l'analyse de la rationalité de la mesure gouvernementale venant limiter une pratique religieuse est légère.

735. Dès lors, l'analyse n'est plus de savoir si un individu ou un groupe, doit être accommodé, ou exempté de l'application d'une norme, par ailleurs, générale, mais l'analyse devient celle d'une pesée de nature identitaire des intérêts soutenus par des droits ou libertés. Le degré de consistance de la communauté dépendra du degré de privatisation possible de ces pratiques : « une pratique religieuse sera accommodée si regardée comme (suffisamment) privée – et ne touchant pas les droits et intérêts d'autrui de manière significative. »¹ Cette construction de degrés de pluralisme juridique découle d'une approche en termes « d'identité religieuse. » Le champ de cette identité est régulé à travers le principe de neutralité : l'État ne fait que créer des espaces pour des jugements privés ou pour des actions autonomes, sans se départir de sa neutralité. Aussi, « l'exemption est garantie dans ces affaires car le droit reflète les pratiques culturelles de la communauté dominante. »² Or, l'État ne peut demeurer neutre, ni tracer de frontières « nettes » entre le public et le privé, lorsque les croyances ou pratiques religieuses ont des effets de nature publique. Partant, la question sera plus délicate pour l'État lorsque la revendication ne concerne plus une exemption ponctuelle, mais une demande large de s'autogérer en communauté à partir de normes internes. Les tribunaux n'imposeront pas le respect de normes religieuses allant à l'encontre des valeurs *normatives* du pluralisme.

736. Aussi, lorsque la liberté de religion est interprétée à travers le prisme de « l'identité religieuse, » le principe d'égalité contribue à orienter cette identité sur un continuum allant du public au privé, en favorisant la création de communautés identitaires. Toutefois, ainsi que H. Kislowicz l'a démontré, le champ de la liberté de religion est « en conflit avec l'engagement du Canada à reconnaître les communautés culturelles, valoriser la diversité sociale et assurer les dialogues interculture. »³ Cette tension est liée à la fois au modèle de l'identité religieuse, mais, aussi, à l'instrument des droits fondamentaux. Selon cette étude, le champ de l'identité religieuse est régulé à travers un paradigme individualiste, qui retire aux activités religieuses leur dimension collective : lorsque sont sélectionnées les activités pouvant faire l'objet d'une protection constitutionnelle, en faisant de la religion une question de choix personnel, et enfin en faisant de la religion une affaire privée. Or « le droit est un type de culture qui cherche à

¹ MOON (R.), « Freedom of Religion Under the Charter of Rights », *op. cit.*, p. 540, (nous traduisons).

² MOON (R.), « Introduction », *op. cit.*, p. 9, (nous traduisons).

³ KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 100, (nous traduisons).

comprendre la religion selon ses termes. »¹ En évitant la *contrainte*, l'approche des tribunaux tient pour acquis le fait que les valeurs de l'État sont partagées par toutes les communautés.

737. C'est bien l'État qui appert en charge de définir « l'identité religieuse. » Partant, « le citoyen avec des attaches religieuses est traité comme 'autre' que l'État séculier accommode et tolère, parfois »² : le paradigme égalitariste produit différents degrés d'altérités du citoyen religieux. C'est une représentation simplifiée de l'identité religieuse qui contribue à son exclusion potentielle de l'espace public. Le langage de la tolérance contribue à effacer la « perspective située » à partir de laquelle le groupe dominant s'adresse à une minorité religieuse. Le principe de neutralité sert d'opérateur de régulation identitaire de la liberté de religion et donc à *imaginer la citoyenneté religieuse*. B. Berger note que le droit canadien n'a d'autre choix que de faire sens de « l'expérience religieuse » à partir de ses propres schèmes normatifs³ : l'identité religieuse est en fait, l'identité religieuse produite par le droit. B. Ryder souligne que cette reconfiguration de l'identité religieuse pourrait faire des citoyens religieux les *nouveaux homosexuels* dont les « pratiques sont mieux gardées enfermées dans la sphère privée ou dans les institutions et communautés religieuses, sans 'étalage' public. »⁴ Le citoyen religieux est, toujours déjà, un peu « étranger » à la communauté étatique qui le « tolère. »

738. Le citoyen religieux devient *Autre*, à la fois, à travers le discours sur la tolérance et à travers les limitations judiciaires à l'identité religieuse⁵ : les pratiques religieuses peuvent être limitées lorsqu'elles conduisent à des discriminations et donc à remettre en cause la dignité de la personne humaine⁶. L'exception réside dans le fait « d'adhérer » au groupe et à une doctrine qui lui est jugée constitutive ; une discrimination interne serait, alors, justifiée. Il ne s'agit, jamais, de *blanc-seing* donné par l'État à des « espaces privés » : la publicisation de l'identité religieuse précède toujours sa privatisation. En effet « la place accordée aux groupes religieux privés assure, toutefois, que la Charte protège l'égalité devant le droit et l'État, et non devant l'Église catholique, et que la liberté de religion doit permettre aux individus et aux groupes une certaine mesure d'autonomie pour se commander eux-mêmes par des modèles

¹ KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 108, (nous traduisons).

² KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 114, (nous traduisons).

³ BERGER (B.L.), « Law's Religion: Rendering Culture », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 264-296, p. 265.

⁴ RYDER (B.), « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », *op. cit.*, p. 89, (nous traduisons).

⁵ Pour des nuances, voir GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Religious Courts, Personal Federalism, and Legal Transplants », in AHDAR (R.) and ARONEY (N.) (eds.), *op. cit.*, Oxford U.P., Oxford, 2010, pp. 159-180, spéc. pp. 178-180.

⁶ IDING (L.A.), *Freedom of Religion vs. Substantive Equality*, *op. cit.*, p. 4.

distincts de l'égalité. »¹ Les valeurs de la Charte permettent aux groupes de s'organiser au-delà de son champ d'application et leur laissent un *espace privé* pour en définir la *substance*.

739. Cela justifie que le champ de la liberté de religion soit large et les limitations portant sur cette liberté très strictes aussi². Par exemple, dans le contexte quasi-constitutionnel des droits de la personne, les tribunaux canadiens ont rappelé que le devoir d'accommodement de l'identité religieuse des employeurs est restreint, si cette pratique se révèle être dangereuse pour des tiers : il a pu s'agir du port de la barbe³ ou encore du port du kirpan⁴. Si le style de vie fait partie intégrante de la doctrine de l'institution, les tribunaux ont accepté qu'une organisation religieuse puisse licencier une employée en raison de son homosexualité⁵, ou puisse discriminer à l'embauche afin de privilégier une unité de la doctrine religieuse⁶. Par contre, l'institution qui offre des services au public ne peut restreindre ses potentiels usagers, lorsque de cette-ci résulterait une discrimination (refus d'impression de tracts homosexuels⁷). Cette solution ne s'applique pas au refus de célébrer un mariage homosexuel par une Église (*infra*). L'on retrouve, alors, ce spectre allant des *valeurs* aux *pratiques* et, du *public* au *privé*.

740. Si la Charte laisse un champ large à la liberté de religion interprétée à travers le filtre de l'identité religieuse, ce champ constitutif de communautés s'établit sur un continuum qui marque, aussi, les limites d'intervention de la Charte, en dehors de pratiques qui viendraient remettre en cause la dignité de la personne humaine. Partant, « la Charte est un instrument qui intervient pour assurer l'égalité précisément lorsque la majorité ne l'a pas fait. Ceux hors de portée de la Charte sont laissés à la merci de la majorité du groupe. Les circonstances où cela est autorisé doivent être interprétées restrictivement. »⁸ L'idéologie du constitutionnalisme affronte la « problématique identitaire » dans la mesure où c'est la détermination de la substance de l'identité religieuse par le décideur judiciaire, qui préjugera du degré de pluralisme. L'égalité justifie donc des formes d'exclusion basées sur la production d'une identité. La liberté de religion repose sur le délicat équilibre de la liberté et de l'identité, de l'inclusion et de l'exclusion, champ réaffirmé par la juge Deschamps : « suivant une approche

¹ IDING (L.A.), *Freedom of Religion vs. Substantive Equality*, *op. cit.*, p. 4.

² IDING (L.A.), *Freedom of Religion vs. Substantive Equality*, *op. cit.*, p. 15.

³ *Pannu v. B.C. (Workers' Council Compensation Board) (No2)* (2000), 38 C.H.R.R.D./494: M. Pannu appartient à la communauté sikh et est retiré de son poste de travail – une usine de pâte à papier – dans la mesure où en raison du port de la barbe, ce dernier ne pouvait pas fermer l'appareil respiratoire de sécurité de manière étanche, en cas de fuite toxique. Or, M. Pannu, en tant que responsable de la zone de caustification dans l'usine devait en assurer la fermeture. Le tribunal a jugé que le risque était réel pour les tiers et écarte la plainte.

⁴ *Tuli v. St Albert Protestant Separate School* (1985), 8 C.H.R.R.D./3906 (Alta Q.B.) : confirme que l'école avait le droit de passer une résolution visant à faire interdire le port du kirpan. La Cour suprême reviendra sur cette solution dans *Multani*, précitée.

⁵ *Heintz v. Christian Horizons*, [2008] O.H.R.D. No21.

⁶ *Caldwell c. Thomas Aquinas High School*, [1984] 2 R.C.S. 603.

⁷ *Brillinger v. Brockie (No3)* (2000), 37 C.H.R.R.D./15 (Ont. Bd. Inq.).

⁸ IDING (L.A.), *Freedom of Religion vs. Substantive Equality*, *op. cit.*, p. 135, (nous traduisons).

réaliste et non absolutiste, la neutralité de l'État est assurée lorsque celui ne favorise ni ne défavorise aucune conviction religieuse ; en d'autres termes, lorsqu'il respecte toutes les positions à l'égard de la religion, y compris celle de n'en avoir aucune, tout en prenant en considération les droits constitutionnels concurrents des personnes affectées. »¹

B- Trois « communautés religieuses nomiques » : vers la vulnérabilité pluraliste

741. En insistant sur l'identité, par l'égalité rhétorique comme cadre d'interprétation de la liberté de religion, le discours constitutionnel canadien « représente » l'identité de groupes religieux. Si l'on associe cette approche identitaire de la religion, au principe d'interprétation du multiculturalisme de l'article 27 de la Charte, il appert que l'identité religieuse est le fruit d'un multiculturalisme normatif. Ce cadre interprétatif déplace la liberté de religion d'une liberté négative à un débat normatif sur l'inclusion de communautés identitaires dans l'espace public. Cela étant, le modèle du multiculturalisme est uni par un même modèle de centralisme étatique dont la prémisse implicite est la concentration monopolistique du droit laissé entre les mains de l'État². Ce discours est construit autour d'une représentation des communautés conduisant à écarter un pluralisme défini à partir d'un modèle de privatisation de l'identité : « la théorie du multiculturalisme adopte une phénoménologie épaisse de la communauté, la voyant comme un moyen de satisfaire la quête humaine de stabilité sociale et d'amitié. »³ Ces théories supposent un modèle pluraliste basé sur le modèle d'une « communauté religieuse » conçu comme représentatif d'un groupe homogène et spécifique. Ce modèle présuppose une « conscience collective » fondée sur une histoire, un langage et une culture partagés et précis.

742. Partant, « la communauté culturelle aspire en général à constituer un nomos englobant. »⁴ L'appartenance à ces groupes suppose d'accepter ces prémisses normatives. Le droit est le lieu d'un jugement collectif, et non pas individuel, comme dans le modèle de la privatisation. Le droit exprime la « moralité constitutive d'une communauté » : en ce sens, le multiculturalisme construit le droit comme la « réalisation de la souveraineté » d'une communauté, et comme une sphère de « jugement collectif sur la vie bonne. » Ce discours présuppose des communautés holistes et produit un cadre au sein duquel les catégories de choix sont formulées. Si le contexte constitutionnel déplace l'analyse de la liberté vers

¹ *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, au §32.

² FISHER (T.), « Nomos Without Narrative », *Th'1 Inq. In L.*, 2008, vol. 9, n°2, pp. 473-502.

³ FISHER (T.), « Nomos Without Narrative », *op. cit.*, p. 487, (nous traduisons).

⁴ FISHER (T.), « Nomos Without Narrative », *op. cit.*, p. 489, (nous traduisons).

l'identité religieuse, en l'inscrivant dans le discours du multiculturalisme, le droit présuppose une vision holiste des communautés religieuses¹. Deux problèmes se posent : la coercition communautaire sur les membres vulnérables², et la définition artificielle des communautés. Il faudrait, partant, modifier les outils de représentation des « groupes » identitaires en droit.

743. Est-il possible, pour l'État, à la fois de respecter les profondes différences culturelles, et de protéger les droits des « membres vulnérables » de ces groupes ?³ A. Shachar propose la fructueuse notion de « vulnérabilité multiculturelle » : les individus, au sein de groupes culturels, peuvent être menacés par les réformes mêmes visant à promouvoir et protéger leur identité, en tant que membres de communautés culturelles. L'accommodement des groupes culturels « renvoie à un large éventail de mesures étatiques destinées à faciliter les normes et les pratiques des groupes identitaires. » Ces mesures étatiques « visent à fournir à ces groupes l'option de maintenir leur compréhension culturelle et juridique unique du monde, de leurs normes. »⁴ La problématique de l'accommodement multiculturel émerge dans un contexte identitaire d'égalité saisissant ces groupes identitaires en tant que tels, puisqu'il s'agit de leur donner des *droits*. Cette dimension normative du multiculturalisme vise à faire une place à l'identité de groupe orientée à partir du contexte axiologique qui accommode la différence. Il s'agit d'une nouvelle « pratique de citoyenneté » où l'on intègre la question de la pertinence *publique* de l'identité culturelle. Cette version *faible* du multiculturalisme protège *l'identité* du groupe sans abandonner la protection des droits individuels des « membres vulnérables. »

744. Il faut, toutefois, formuler deux critiques. D'une part, s'agissant de la définition d'un groupe culturel. En effet, la professeure définit ces groupes comme « partageant une histoire et une mémoire collective uniques, une culture distinctive, un ensemble de normes, coutumes, traditions, et peut-être une expérience de subordination par la société globale ou d'oppression par l'État, tout cela pouvant créer un ensemble de règles ou de pratiques de groupe. »⁵ Il s'agit d'une définition courante dans le discours du multiculturalisme, mais qui encourt la critique soulignée *supra* : cette définition écarte de l'analyse de la vulnérabilité, les groupes culturels qui disposent d'une narration moins précisément définie. Cette théorie du multiculturalisme ne prend pas en compte le processus *d'étranger-isation* à la base de l'identification du sujet.

¹ Les droits des membres de ces communautés sont essentiellement des droits associatifs et seul compte comme unité de sens la communauté culturelle, les individus étant ce qui peut la disloquer.

² EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.), *Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005.

³ SHACHAR (A.), *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge U.P., Cambridge, 2001.

⁴ SHACHAR (A.), *Multicultural Jurisdictions*, *op. cit.*, p. 17, (nous traduisons).

⁵ SHACHAR (A.), *Multicultural Jurisdictions*, *op. cit.*, p. 2, note 5, (nous traduisons).

745. D'autre part, est fait un saut de l'identitaire – contexte permettant l'émergence de la problématique multiculturelle – à une problématique de droits fondamentaux, c'est-à-dire présupposant une définition fixe de l'identité. L'on perd de vue le fait que, du point de vue du droit constitutionnel, l'identité d'un groupe est *attribuée*. L'on déplace la formulation de la problématique de la vulnérabilité, du contexte identitaire d'où elle a émergé, à un contexte libéral d'agencements institutionnels. Or, la problématique émerge dans le contexte identitaire d'une égalité de citoyennetés. Et, « ces tensions semblent être inévitables dans les sociétés multiculturelles contemporaines consistant en des membres partageant une citoyenneté égale mais pouvant adhérer à des systèmes normatifs ou des codes de conduite différents. »¹ L'on perd, dès lors, de l'analyse critique, la dimension normative de l'identité du multiculturalisme.

746. L'on ne s'intéresse plus à la vulnérabilité sur l'espace public, mais à la « vulnérabilité multiculturelle, » dans un agencement institutionnel. Est perdue ce qui fait la vulnérabilité identitaire du sujet multiculturel : la « vulnérabilité pluraliste, » ou le processus d'attribution d'une identité à travers une relation d'altérisation. L'analyse critique ne doit pas porter *ex post facto* sur la situation des personnes vulnérables à la suite d'agencements juridiques, mais bien sur l'ensemble du processus de saisie du multiculturalisme par le discours constitutionnel lorsqu'il produit des identités. En ce sens, l'analyse de la vulnérabilité sera modifiée sur deux points. D'une part, sera évoquée non pas la vulnérabilité *multiculturelle*, mais la vulnérabilité *pluraliste* afin d'insister sur l'orientation identitaire de la phénoménologie multiculturelle. D'autre part, précisant la définition de communautés, souligner la pluralité des situations de vulnérabilité pluraliste, et, donc, de « capacités différentielles » à être sur l'espace public.

747. La notion de communauté doit permettre de comprendre *l'image* que le droit canadien représente des communautés religieuses. De ce point de vue, il est intéressant d'envisager les classifications d'anthropologie du droit proposées par R. Cotterrell. Selon lui, le droit est une doctrine institutionnalisée, « le fait que le droit est créé, interprété ou réalisé par certains moyens socialement établis, par l'usage de procédures et d'organismes reconnus. »² Des formes de pouvoir fonctionnent à travers ce discours afin de donner naissance à des systèmes de cognition qui aident les sujets à comprendre les caractéristiques générales du monde social,

¹ SHACHAR (A.), *Multicultural Jurisdictions, op. cit.*, p. 8, (nous traduisons).

² COTTERRELL (R.), « Introduction : Approaching Law », in COTTERRELL (R.), *Law, Culture, and Sociology. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Farnham, 2006, pp. 1-13, p. 1, (nous traduisons).

dans lequel ils évoluent¹. En tant que formation discursive, le discours juridique produit l'objet qu'il entend réguler, des images des communautés : « l'association des imaginaires de la rhétorique judiciaire et de la philosophie du droit suggère des conceptions persistantes du droit et de son environnement social présentes dans le monde pratique du droit. »² Dans ce contexte épistémologique, il est pertinent de mobiliser la taxinomie des communautés créée par Cotterrell, visant à rendre explicites les réseaux de pouvoir contribuant à leur émergence³.

748. Selon lui, « là où les relations sociales présentent un certain degré de stabilité, de durée, et de confiance, elles peuvent être pensées comme des relations de *communauté* »⁴. Cotterrell propose de distinguer quatre idéaux-types : les « communautés instrumentales » (les membres partagent un projet commun ou convergent vers ce projet, souvent économique), « les communautés traditionnelles » (la coexistence dans un environnement commun : localité, langue, histoire), les « communautés affectives » (construites autour de l'affection : amour, amitié, haine de l'étranger), et les « communautés de valeurs » (ensemble de croyances fondamentales partagées, comme religieuses, ou de *valeurs ultimes*). Plus qu'une simple implication collective est nécessaire pour définir une communauté⁵ qui requiert un sentiment subjectif d'attachement, et objectif de stabilité. Par ailleurs, la cohésion d'une communauté se manifeste par sa capacité à réguler les frontières de son identité, donc ses relations avec les *étrangers*. Cette taxinomie favorise une lecture pluraliste des « images constitutionnelles » des communautés. Il n'est pas aisé, toutefois, de classer l'expérience religieuse au sein de cette typologie, dans la mesure où le concept de *communauté de valeurs* n'épuise pas *l'identité religieuse*. Il faut, par ailleurs, construire cette image selon le champ constitutionnel et identitaire de la liberté de religion évoqué *supra* : en somme l'identité religieuse et le multiculturalisme normatif, la distinction valeurs / pratiques, et le continuum allant du public au privé. Quelles sont les images des communautés religieuses représentées par le droit constitutionnel canadien lorsque l'égalité rhétorique et le multiculturalisme normatif transforment la liberté de religion en identité religieuse ?

749. L'on pourrait distinguer trois contextes communautaires, sachant que leurs frontières sont poreuses et que cette présentation ne vise pas à épuiser les solutions du droit positif.

¹ COTTERRELL (R.), *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Clarendon P., Oxford, 1995, p. 7.

² COTTERRELL (R.), « Law's Images of Society », in COTTERRELL (R.), *op. cit.*, 1995, pp. 220-248, p. 241, (nous traduisons).

³ COTTERRELL (R.), « Community as a Legal Concept? Some Uses of a Law-and-Community Approach in Legal Theory », in COTTERRELL (R.), *Living Law: Studies in Law and Social Theory*, Ashgate, Farnham, 2008, pp. 17-28.

⁴ COTTERRELL (R.), « Community as a Legal Concept? », *op. cit.*, p. 23, (soulignements dans le texte), (nous traduisons).

⁵ COTTERRELL (R.), « A Legal Concept of Community », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, no. 2, pp. 75-91, p. 80.

L'enjeu est de se donner ici des catégories générales d'analyse. Un premier groupe peut être qualifié de *traditionnel – axiologique* : l'identité de ce groupe est *publique* et se situe au niveau des *valeurs*. Ce type de groupe illustrerait un pluralisme de type Kymlicka. Un deuxième groupe peut être qualifié de *instrumental – religieux* : l'identité de ce groupe se situe à la *frontière* du public et du privé et à la *frontière* des valeurs et des pratiques. Ce type de communautés illustrerait un pluralisme de type Parekh. Un troisième groupe peut être qualifié de *religieux – affectif* : l'identité du groupe est *privée* et se situe au niveau des *pratiques*. Ce type de communautés illustrerait un pluralisme de type Taylor. Une telle taxinomie permet de tenir compte du champ identitaire et juridique de la liberté de religion et d'offrir une représentation plus précise des images des communautés religieuses. Plus on se déplace du public au privé, plus la frontière du groupe est précise et fermée et plus la sincérité de la croyance sera accommodée : l'on passera, plus aisément, des valeurs publiques aux pratiques privées. Le continuum est bien celui d'une *privatisation* progressive des identités. Cette taxinomie ne vise pas à épuiser le droit positif en le systématisant en grandes catégories, mais à proposer des idéaux-types afin de comprendre les conditions de la « vulnérabilité identitaire » : si la liberté de religion protège bien des identités religieuses associationnelles¹, il faut établir une hiérarchie des degrés d'associativité de ces identités, comme outil critique.

1- Communautés « traditionnelles – axiologiques » : l'identité religieuse universaliste

750. Si l'on définit le pluralisme comme une doctrine voulant que la diversité culturelle dût être reconnue en tant que trait permanent et à valoriser des sociétés politiques, Kymlicka appartiendrait à la catégorie d'un *multiculturalisme universaliste* : le lien d'intégration faisant tenir la société universaliste ne dépendrait pas de liens naturels ou traditionnels, mais serait transcendant, il serait donné comme sacré². Il faudrait rejoindre la communauté universelle au prix d'un dépassement des infériorités constitutives des sujets. Il s'agirait, partant, de protéger les principes autour desquels la collectivité est organisée, en tant que condition à l'autonomie individuelle. Le contexte canadien est libéral de développement des droits de la personne : l'égalité inhérente des êtres humains en tant qu'individus³. Le contexte dans lequel Kymlicka développe ce multiculturalisme, est public ; il s'agit, par ailleurs, d'un multiculturalisme individualiste. Les types de communautés dans le langage de Cotterrell sont des communautés

¹ SCHNEIDERMAN (D.), « Associational Rights, Religion, and the Charter », in MOON (R.), *op. cit.*, pp. 65-86.

² TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 18.

³ KYMLICKA (W.), « Ethnocultural Diversity in a Liberal State: Making Sense of the Canadian Model(s) », in BANTING (K.) et al. (eds.), *The Art of the State, vol. III, Belonging? Diversity, recognition, and shared citizenship in Canada*, Institut de recherche en politiques publiques, 2007, pp. 1-48, p. 56.

à la fois *traditionnelles* et *instrumentales* : se situant sur l'espace public, il s'agit de protéger les *valeurs* religieuses – dans la mesure de la neutralité – et assurer la participation publique. L'État ne doit promouvoir aucune conviction religieuse. L'identité religieuse est partagée par les sujets de droit, sans que cette dimension collective ne conduise à enserrer trop strictement le sujet dans une communauté. Deux communautés se distinguent.

751. Des communautés plus traditionnelles. Dans les décisions fondatrices de 1985¹ et 1986², la Cour suprême est venue définir la croyance et assurer son accommodement public. Il s'agissait dans les deux espèces de lois venant imposer la fermeture le dimanche, la première étant déclarée inconstitutionnelle, à la différence de la seconde. Le législateur provincial avait favorisé une pratique religieuse aux dépens des autres, à travers le contenu religieux de sa norme. L'identité religieuse présente une dimension collective, mais c'est bien l'individu qui est protégé. Cette nécessaire expression publique des valeurs religieuses trouve une origine dans les décisions des années 1950 visant à protéger les Témoins de Jéhovah à la suite de persécutions³; la distribution de tracts en est topique⁴. Cette perspective visant à faciliter l'expression publique de valeurs religieuses se retrouvait, aussi, dans les décisions liminaires *Brassard c. Langevin*⁵ et *Johnston*⁶ de 1877, respectivement sur le rôle de l'expression religieuse dans les élections et sur un conflit portant sur l'occupation d'un banc religieux : faciliter l'expression publique des valeurs religieuses, et écarter les pratiques religieuses publiques. Une remarque similaire s'applique à la qualification de *croyance* pour le falun gong⁷ selon la *Loi ontarienne sur les droits de la personne* où la plaignante alléguée d'une discrimination. La commission ontarienne des droits de la personne rappela qu'il n'est pas du ressort des tribunaux de discuter de la raisonnable ou de la conformité positive d'une croyance, au titre desquelles la condamnation de l'homosexualité par le falun gong (valeur). La communauté apparaît comme le partage large d'une croyance : l'employée avait le droit de *communiquer* publiquement sur sa croyance, ce qui n'était pas assimilé à du prosélytisme.

752. Une décision connexe sur l'expression publique du message religieux avait été rendue la même année par le tribunal ontarien des droits de la personne, dans une affaire concernant l'érection d'une statue remettant en cause l'avortement : la charte n'est pas un canal adéquat

¹ *R. c. Big M Drug Mart*, précitée.

² *R. c. Edwards Books*, précitée.

³ *Saumur*, précitée ; *Boucher*, précitée, *Roncarelli*, précitée ; *Chaput*, précitée.

⁴ *Lamb c. Forget*, [1959] S.C.R. 321.

⁵ *Brassard c. Langevin*, précitée.

⁶ *Johnson c. Minister and Trustees of St Andrew's Church Montreal*, [1877] 1 R.C.S. 235.

⁷ *Huang v. 1233065 Ontario*, 2011 H.R.T.O. 825 (CanLII).

pour remettre en cause les croyances catholiques¹. Cette idée de partage de l'espace public et de communautés définies de façon souple, se retrouve dans plusieurs affaires relatives au port de signes véhiculant un message religieux dans des espaces publics. Il s'agissait par exemple du port du turban *sikh* dans la police montée canadienne², du port du *niqab* dans les tribunaux criminels³, ou le port du kirpan *sikh* dans les tribunaux⁴, ou les hôpitaux⁵. Un tribunal des droits de la personne de Colombie Britannique a ainsi fait droit à la demande d'un permis de conduire d'un requérant *sikh* portant le turban⁶ : toutefois, le port du kirpan ne serait pas autorisé lors des transports aériens⁷ selon une décision du tribunal canadien des droits de la personne. L'accommodement de ces signes se fait au titre des valeurs religieuses qu'ils véhiculent pour le débat politique plus large de la société, évalué en fonction du risque posé par ces signes: moins que des pratiques religieuses, il s'agit de valeurs publiques.

753. Il est possible de citer un ensemble de décisions visant à faire interdire ou, au contraire, confirmer la récitation d'une prière, lors de l'ouverture de sessions publiques d'institutions représentatives : soit car véhiculant un message religieux spécifique, soit au titre de la valorisation de ces valeurs pour le débat public. Ainsi en est-il de la prière mensuelle du comté de Renfrew en Ontario⁸, la prière débutant les activités du conseil municipal de la ville de Penetanguishene en Ontario⁹, la prière débutant les travaux de l'Assemblée législative de l'Ontario¹⁰ ; deux décisions récentes québécoises semblent aller vers un contrôle plus strict de cette neutralité des valeurs de l'État, d'abord pour la ville de Laval¹¹, puis pour la ville de Saguenay¹². La Cour d'appel du Québec a récemment jugé que la prière au conseil municipal de la ville de Saguenay ne portait pas atteinte à la neutralité religieuse de la municipalité¹³. Dans une affaire connexe relative à l'expression publique des valeurs, il est possible de citer la contestation d'une loi provinciale venant autoriser des activités sportives le dimanche, loi qui serait *ultra vires*¹⁴ (ces décisions seront renversées par *Big M Drug Mart, supra*).

¹ *Dallaire v. Les Chevaliers de Colomb*, 2011 H.R.T.O. 639.

² *Grant v. Canada*, [1995] 1 CF 158 (C. F.).

³ *R. c. N.S., précitée*.

⁴ *R. v. Hothi*, [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.). Confirmation avec : *R. v. Hothi*, [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.).

⁵ *Pandori v. Peel (Region) Board of Education*, (1991), 14 C.H.R.R. D/403. *Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital*, (1981), 2 C.H.R.R. D/459.

⁶ *Dhillon v. British Columbia (Ministry of Transportation and Highways)* (1999), 35 C.H.R.R. D/293 (B.C.H.R.T.), (voir *infra*).

⁷ *Nijjar c. Canada 3000 Airlines Ltd.* (1999), 36 C.H.R.R. D/76 :

⁸ *Allen v. Corporation of the County of Renfrew*, 2004 CanLII 13978 (ON S.C.).

⁹ *Freitag v. Penetanguishene* (1999), 47 O.R. (3d) 301, 179 D.L.R. (4th) 150 (Ont. C.A.).

¹⁰ *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)*, (2001) 54 O.R. (3d) 595 (C.A.).

¹¹ *Québec (Commission des droits de la personne) c. Laval (Ville)*, 2006 CanLII 33156 (QC. T.D.P.).

¹² *Simoneau c. Tremblay*, 2011 Q.C.T.D.P. 1 (CanLII).

¹³ *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, 2013 Q.C.C.A. 936 (CanLII), spéc. aux §65-66.

¹⁴ *The Lord's Day Alliance of Canada v. British Columbia (A.G.)*, [1959] S.C.R. 497.

754. Ces exemples d'expression publique de croyances religieuses illustrent la mobilisation de formes de communautés religieuses dans l'espace public, à travers un ensemble de valeurs religieuses, où les frontières des communautés sont vagues : un locus religieux est suffisant.

755. **Des communautés traditionnelles-instrumentales.** Il s'agit d'assurer la participation publique des convictions religieuses au débat politique. Si l'accommodement est individuel, il vise des communautés unies par un caractère instrumental. On retiendra plusieurs exemples individuels d'expression de valeurs religieuses : si ces valeurs religieuses sont protégées, elles sont limitées (pratiques) en cas d'atteinte à la dignité ou aux droits des personnes. Ainsi en est-il par exemple de l'expression de propos antisémites par un enseignant à l'école public¹ ; ou de la récente décision de la Cour suprême venant sanctionner un requérant quérulent, pour propos homophobes, fondés sur des valeurs religieuses². Le contexte de ces affaires est déjà davantage à la frontière du public et du privé et, surtout, à la frontière entre les valeurs et les pratiques. L'on se trouve ici aux limites identitaires de l'expression publique des valeurs. Cette idée de partage de l'espace public et d'expression des valeurs religieuses se retrouve par deux décisions venant limiter extérieurement l'expression de cette identité. La première a été rendue par la Cour suprême de Colombie Britannique : l'appelant C. Kempling – enseignant de classes de secondaire – a fait paraître, dans plusieurs journaux et dans des correspondances privées, des propos jugés discriminatoires, par le *B.C.C.T.*, intimé³ (*infra*). La question était de savoir si le *B.C.C.T.* pouvait prendre des mesures disciplinaires sanctionnant l'expression religieuse de C. Kempling. Dans une affaire substantiellement connexe, la Cour d'Appel de la Saskatchewan devait déterminer si l'expression religieuse de M. Owens, dans des journaux publics, pouvait être limitée pour des propos homophobes incitant à la haine⁴. L'appelant contestait la constitutionnalité de l'article 14(1)(b) de la Loi sur les droits de la personne de la Saskatchewan venant limiter la liberté d'expression. L'expression de valeurs religieuses est protégée sur l'espace public, au titre du pluralisme des courants d'opinion et, l'identité religieuse peut être limitée dans le cas de l'homophobie, c'est-à-dire au titre de *pratiques*. À ce titre les frontières du groupe religieux sont assez souples, et il n'est dès lors pas étonnant que le juge canadien régule aussi directement les frontières de l'expression religieuse.

¹ *Ross c. Conseil scolaire du district no 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

² *Saskatchewan (H.R.C.) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467.

³ *Kempling v. B.C.C.T.*, 2004 B.C.S.C. 133. « B.C.C.T. » : British-Columbia College of Teachers (commission scolaire).

⁴ *Owens v. Sask. H.R.C.*, 2006 S.K.C.A. 41.

756. Un caractère plus instrumental de ces communautés religieuses peut être retrouvé dans deux affaires qui mettent aux prises l'identité religieuse et l'homosexualité, avec cette finalité de protéger les valeurs religieuses et d'assurer la participation à l'espace public. Le caractère public/privé des institutions ne pouvait conduire à ce que l'expression de valeurs religieuses produise des discriminations. La première porte sur le refus d'une association privée de louer une salle afin d'y célébrer un mariage homosexuel¹ ; la seconde porte sur le refus d'une entreprise privée d'imprimer des tracts favorables à la cause homosexuelle². Dans ces deux affaires, l'identité religieuse est communautaire avec des frontières souples : le juge intervient afin d'en réguler l'identité externe et assurer l'accès à la sphère publique (*infra*). Enfin, à titre d'exemple de partage de l'espace public, il est possible de citer plusieurs affaires relatives à la fermeture de commerce le dimanche, dans le contexte de *Common Law*, de la charte implicite des droits à laquelle ferait référence le préambule de la Constitution de 1867 et la *Déclaration canadienne des droits* de 1960, qui ne visait que les compétences prévues à l'article 91 de la Constitution de 1867 (celles du gouvernement fédéral). La première affaire date de 1955 et la Haute Cour juge *ultra vires* une loi du Parlement Québécois venant autoriser les conseils municipaux à passer des règlements (pratiques) permettant de rendre obligatoire la fermeture des commerces, lors des jours saints. Au-delà du fait que cette loi tombe dans le champ criminel qui n'est pas de la compétence de la Province en vertu de la Constitution de 1867³, le juge Rand rappelle qu'une Province ne peut se prononcer sur la nature d'une obligation religieuse ni non plus imposer une croyance religieuse, ce qui serait contraire à l'égalité des confessions religieuses et au principe de neutralité⁴. Dans une affaire de 1963, la majorité de la Cour juge qu'une loi imposant un repos le dimanche ne porte pas atteinte à la liberté de religion, ce choix étant purement neutre, et n'implique que des conséquences financières⁵.

757. La même cour rejette, ainsi, la contestation de la constitutionnalité d'un règlement de la ville de St John, obligeant la fermeture le dimanche⁶. Ce n'est que pour un défaut de qualité pour agir, des demandeurs, que la Cour rejette un appel en 1993⁷. Toutefois, l'évolution de ces décisions démontre à quel point la neutralité de l'État implique de ne pas adopter de loi

¹ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus*, 2005 B.C.H.R.T. 544.

² *Brockie v. Brillinger (No. 2)*, (2002), 43 C.H.R.R. D/90 (Ont. S.C.) (*Born Again Christian*).

³ Dans l'affaire *P.G. Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, la ville de Montréal passe une ordonnance venant interdire la tenue de manifestation pour une période de trente jours. Dès lors que la présente ordonnance n'est pas jugée comme empiétant sur les compétences du gouvernement fédéral, alors la Cour rejettera le moyen tiré de la contradiction avec la Charte implicite des droits ou la Déclaration canadienne des droits.

⁴ *Henry Birks and Sons (Montreal) v. Montreal (The City of)*, [1955] S.C.R. 799.

⁵ *Robertson and Rosetanni v. R.*, [1963] S.C.R. 651.

⁶ *Lieberman v. R.*, [1963] S.C.R. 643.

⁷ *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 675.

présentant un contenu religieux, ni de remettre en cause l'égalité entre les cultes lorsque ces derniers s'expriment sur l'espace public. Ces décisions, sur les lois impliquant des fermetures le dimanche, produisent des communautés religieuses assez souples qui sont liées par le partage traditionnel d'un locus religieux dans le cadre de communautés instrumentales. Dans tous les cas, il s'agit de favoriser l'expression de valeurs religieuses sur l'espace public et de sanctionner toutes pratiques au titre de la neutralité. Il s'agit de communautés balançant entre traditionnelles et instrumentales, le contexte de leur expression est public, et ces valeurs religieuses participent au débat d'idées. Les frontières de ces communautés sont souples et le contexte public de leur expression conduit le juge à organiser les termes de leur publicisation.

2- Communautés « instrumentales – religieuses » : l'identité religieuse civique

758. D'un point de vue normatif, ce modèle de communauté s'inscrirait davantage dans le modèle de *multiculturalisme civique* proposé par B. Parekh¹. Ce qui ferait, ici, le cœur de l'identité collective n'est pas naturel, mais le développement historique d'un ensemble complexe de règles, de routines, et d'arrangements institutionnels : les frontières seraient alors diffuses et non définies. Le caractère *d'étranger* se révélerait par le manque de familiarité avec les règles de la collectivité, établissant, dès lors, une hiérarchie entre les membres habitués, et les nouveaux ou étrangers inclus. Le multiculturalisme se définirait ici comme la protection d'une certaine « consistance » permettant au groupe de se maintenir en tant que collectivité civique. C'est un système que Parekh qualifie de « valeurs publiques opérantes » d'une société². Si une société est tenue d'accommoder certaines pratiques minoritaires, elle ne peut le faire qu'en ayant auparavant réfléchi à ce qui constitue ses valeurs constitutives³. L'identité religieuse se situe à la frontière du public et du privé, aux frontières des valeurs et des pratiques. Avec Cotterrell, les communautés sont *instrumentales* et de *croyances* : les frontières du groupe sont plus nettement définies afin d'assurer une « coexistence civique. »

759. Des communautés plus instrumentales. Il est possible de citer les accommodements religieux dans le cas des écoles publiques ou privées. L'affaire *Multani* en 2006 avait vu la Cour suprême accommoder, à l'école publique, le port du kirpan, appartenant aux cinq symboles religieux des sikhs (*supra*). Une nouvelle fois, la Cour ne fait pas porter les limites

¹ TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity », *op. cit.*, p. 17.

² PAREKH (B.), « *Minority Practices and Principles of Toleration* », *op. cit.*, p. 259 : « the values articulate and are underpinned by the society's shared conception of how its members should live together and conduct their relations. The values are rarely acceptable to all its members, some of whom avoid their constraints at every available opportunity. »

³ PAREKH (B.), « Cultural Pluralism and The Limits of Diversity », *op. cit.*, p. 435.

d'un droit au stade de la substance, mais au stade du lien rationnel ou de la proportionnalité de la mesure gouvernementale. Une cour divisionnaire de l'Ontario avait confirmé le droit pour les étudiants et les enseignants sikhs de porter un kirpan dans les salles de classe¹ ; une décision similaire avait été jugée en Alberta, quant à l'accommodement du kirpan à l'école² (publique ou privée). Dans la même optique, il est possible de citer l'accommodement de trois enseignements de religion juive, employés par la Commission scolaire régionale de Chambly : un traitement complet en cas d'absence pour fêter Yom Kippour³. Dans une affaire de 1994, était contestée, devant un tribunal ontarien, l'inexistence dans le calendrier scolaire, de jours de congés correspondant aux grandes fêtes de la religion musulmane⁴.

760. Un autre cas réside dans la détermination du contenu des programmes éducatifs. Il s'agit, par exemple, d'un rejet du pourvoi par la Cour suprême en 1989, qui visait à faire déclarer *ultra vires* un règlement québécois, en matière éducative, visant à harmoniser les programmes moraux et religieux dans les écoles catholiques et protestantes⁵. Plusieurs affaires ont eu trait à ces questions en Ontario : la Cour d'appel de l'Ontario a invalidé les pratiques religieuses, lors de l'ouverture des classes, dans les écoles publiques, en tant que violation des droits des minorités⁶ (la récitation de la *Lord's Prayer*), dans une motivation reprise en grande partie par la Cour suprême de Colombie Britannique⁷. L'affaire de 1990 connue sous le nom de *Elgin County* a parachevé la décision *Zylberger* : la Cour d'appel de l'Ontario confirme l'inconstitutionnalité de l'article 28(4) de la *Regulation 262* ontarienne relative à l'octroi de deux périodes de une heure et trente minutes, par semaine, pour l'enseignement religieux. Il s'agit, selon la Cour, d'une forme d'endoctrinement⁸. Une affaire similaire avait été rejetée en Saskatchewan pour incompétence⁹. Enfin, il est possible de citer la question du « matériel pédagogique » : il s'agissait, en l'espèce, d'un matériel complémentaire visant à étudier la diversité du modèle familial en y incluant les couples de même sexe, écarté comme contraire aux valeurs religieuses des familles¹⁰. Dans la même optique, la Cour suprême du Canada dut se prononcer sur la mise en application des critères

¹ *Peel Board of Education v. Pandori*, (1991) 3 O.R. (3d) 531 (Div. Ct.).

² *Tuli v. St. Albert Protestant Separate School* (1985), 8 C.H.R.R. D/3906 (Alta Q.B.) ; *Tuli v. St. Albert Protestant Separate School* (1986) 8 C.H.R.R. D/3736 (Alta Bd. Inq.).

³ *C.S.R. Chambly c. Bergevin*, précitée.

⁴ *Application in Islamic Schools Federation of Ontario v. Ottawa Board of Education*, (1994), O. C. (G. Div.), Ct. File No. 84372/94.

⁵ *C.É.P.S.M. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 377.

⁶ *Zylberger et al. v. Sudbury Board of Education* (1985), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.).

⁷ *Russow v. British Columbia (A.G.)* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (S.C.).

⁸ *Zylberger et al. v. Sudbury Board of Education* (1988), 29 O.A.C. 23.

⁹ *Fancy v. Saskatoon School Div. No 13* (1999), 35 C.H.R.R. D/9.

¹⁰ *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710.

relatifs à l'accréditation d'un programme d'étude universitaire rejetant clairement, sur le fondement d'une règle d'appartenance à la communauté universitaire, l'homosexualité¹.

761. Des communautés instrumentales – religieuses. Ces décisions s'attachent à des pratiques religieuses dans des contextes public / privé : les frontières du groupe sont établies et le contexte potentiellement public autorise, encore, le juge à intervenir. L'on peut citer plusieurs décisions relatives au congédiement d'employés pour non respect des conditions d'emploi, au titre desquelles, des croyances religieuses. Ces décisions régulent, nettement, les frontières identitaires du groupe religieux : le licenciement d'une employée d'une école religieuse évangélique anabaptiste pour s'être convertie de la religion mennonite à la religion Mormone, lorsque cette dernière s'était élevée contre un pamphlet de l'école qualifiant les Mormons de culte². Il est possible de citer le licenciement d'un employé du fait de son homosexualité : C. Heintz était employée dans une organisation, à sensibilité évangélique, en tant que travailleuse de soutien (*support worker*)³. De la même manière, M. Caldwell fut remerciée de son travail d'enseignante au lycée St Thomas d'Aquin, lorsque cette dernière décida de se marier avec un homme divorcé, en contrariété avec les croyances de l'institution religieuse⁴. Ces décisions ont été critiquées comme une intervention injustifiée des Cours canadiennes dans les affaires internes des communautés religieuses⁵, que l'on peut justifier par leur caractère public/privé. Une affaire révèle les mêmes liens entre une communauté et le juge : la Cour suprême confirme la condamnation de deux personnes étant venues troubler un culte religieux auquel elles appartenaient, sous prétexte d'un changement liturgique⁶.

762. Dans des affaires concernant des accommodements privés, il est possible d'observer la même délimitation progressive des frontières identitaires de ces communautés. Dans l'affaire *Simpson-Sears*, T. O'Malley, après s'être convertie à la religion des Adventistes du Septième Jour, ne pouvait plus, en raison de ses croyances religieuses, travailler le samedi, afin de respecter le Sabbat⁷. Le même respect du Sabbat est venu poser un conflit pour R. Weller et S. Roosma entre le respect de leur croyance (*Worldwide Church of God*) et le travail de nuit⁸ ; et pour une affaire, connexe, dans le cas de L.S. Renaud, relative au travail de nuit et au respect

¹ *Trinity Western University c. British Columbia Board of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772.

² *Schroen v. Steinbach Biblical College* (1999), 35 C.H.R.R. D/1 (Man./Bd. Adj.).

³ *Heintz v. Christian Horizons* (2008) H.R.T.O. 22, File numb. : HR-0837-04.

⁴ *Caldwell v. St. Thomas Aquine High School* (1984), 6 C.H.R.R. D/2643.

⁵ ESAU (A.), « 'Islands of Exclusivity': Religious Organizations and Employment Discrimination », *U.B.C. L. Rev.*, 1999-2000, vol. 33, pp. 719-827.

⁶ *Skoke-Graham c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 106.

⁷ *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpson-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536.

⁸ *Roosma v. Ford Motor Co. of Canada No. 4* (1985), 24 C.H.R.R. D/89.

du Sabbat¹. M. Christie demanda un accommodement pour assister à des cérémonies religieuses prescrites par son appartenance à la *Worldwide Church of God*². Le tribunal des droits de la personne condamna la décision de ne pas accommoder la croyance de B. Kurvits qui en tant que membre de la *Baptist Marathon Church* avait fait le choix que ses cotisations syndicales soient versées à une organisation caritative, dans la mesure où sa foi refusait qu'il cotise à une organisation d'employés³. Les juges canadiens peuvent refuser un accommodement, pour raisons de sécurité à un employé Sikh sur un chantier pour non port du casque de sécurité⁴ ; de même qu'une demande d'accommodement visant à exempter d'une photo d'identité pour un permis de conduire⁵. Deux exemples de décisions soulèvent une question d'objection de conscience : s'agit-il du refus de célébrer un mariage homosexuel⁶, ou encore du refus d'assister financièrement à la préparation d'un avortement⁷. Il s'agit de pratiques religieuses plus ou moins accommodées : le juge canadien utilise la dimension « publique et civique » pour venir en réguler, plus directement, l'identité religieuse publique.

763. Plusieurs affaires sont venues encadrer le partage des espaces publics entre la société civile et les groupes. La Cour suprême s'est ainsi retrouvée confrontée à un conflit portant sur le refus opposé par la municipalité de Lafontaine de modifier son règlement de zonage, afin de permettre la construction d'un lieu de culte dédié aux Témoins de Jéhovah⁸ : en refusant d'évaluer adéquatement la demande de la Congrégation, la municipalité a manqué à son obligation d'équité procédurale. Plusieurs affaires regardaient les communautés juives et le partage de l'espace public. L'on trouve, tout d'abord, la décision *Amsellem* de 2004, relative à la construction de *souccahs* sur les balcons d'une résidence dans la ville de Montréal. Ensuite, la Cour d'appel du Québec a dû trancher un conflit entre la congrégation des *Rabbis of Belz* (juifs orthodoxes hassidiques) et la Ville de Val-Morin résultant d'un changement dans la destination d'un immeuble, résidentiel à lieu de culte ou établissement d'enseignement⁹, alors que le règlement municipal de zonage prévoyait que cette zone était résidentielle.

¹ *Cent. Okanagan School District No 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970.

² *Alta (H.C.R.) c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489.

³ *Kurvits v. Canada (The Treasury Board)* (1991), 14 C.H.R.R. D/469 (C.H.R.T.).

⁴ *Bhinder c. CN*, [1985] 2 R.C.S. 561. Le port du casque est une exigence professionnelle normale. Il faut noter que la Cour suprême est revenue sur cette décision en rappelant que l'obligation d'adaptation n'est pas un critère pour définir si une exigence professionnelle est normale. Le tribunal des droits de la personne de Colombie Britannique a, ainsi, déclarée discriminatoire l'obligation d'un port de casque de sécurité dans le cas d'individus de confession sikhe : *Dhillon v. B.C. (Ministry of Transportations and Highways)*, (1999), 35 C.H.R.R. D/293 (B.C.H.R.T.). Pour une décision contraire de la Cour de justice de l'Ontario : *R. v. Badhesha*, 2011, ONCJ 284 (CanLII).

⁵ *Hutterian Brethern*, précitée. La Cour distingue bien ici entre accommodement et constitutionnalité de la loi.

⁶ *Nichols v. M.J.*, 2009 S.K.Q.B. 299.

⁷ *Moore v. British Columbia (Ministry of Social Services)* (1992), 17 C.H.R.R. D/426 (B.C.C.H.R.).

⁸ *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650.

⁹ *Congregation of the Followers of the Rabbis of Belz to Strengthen Torah c. Val-Morin (Municipalité de)*, 2008 Q.C.C.A. 577.

764. L'on trouve deux décisions relatives à l'accommodement dans l'espace d'une pratique religieuse juive dans un contexte public/privé de quasi-conflits de voisinage¹ : la première avait trait à la construction d'une synagogue dans le quartier Outremont de Montréal². La seconde avait trait à la pratique des *Eruv*³ : lors du Sabbat, les pratiquants juifs ne peuvent porter d'objets du domaine privé au domaine public si cet espace n'est pas très précisément délimité en tendant des cordes, en dehors de la maison, permettant, notamment, d'atteindre la synagogue. Cette affaire met en évidence les conflits entre le public et le privé résultant d'une pratique religieuse, et les limites données au groupe. Cet exemple permet de conclure à la production d'une « image civique » des communautés religieuses, qui se situent entre l'espace public et l'espace privé, entre les valeurs et les pratiques religieuses. Selon la « qualité » de la communauté religieuse en question, les frontières identitaires du groupe sont nettement plus définies, que s'agissant des communautés universalistes. Le juge étant donné le contexte semi-public pourra intervenir, mais c'est le groupe qui délimite les conditions d'appartenance.

3- Communautés « procédurales – substantielles » : l'identité religieuse primordialiste

765. Taylor appartiendrait à la catégorie d'un *multiculturalisme primordialiste*. L'identité serait construite à partir de caractéristiques qui ne peuvent être questionnées. Les membres du groupe doivent avoir en partage ces caractéristiques *naturelles*. Le groupe est, dès lors, fermé par des frontières précises. Dans cette perspective, le multiculturalisme définit la survie culturelle comme l'existence continuée de communautés culturelles ; c'est un modèle que l'on qualifie généralement de communautarien. Taylor approche le multiculturalisme à travers la problématique de « l'identité culturelle » : accorder une véritable reconnaissance culturelle à chaque individu est fondamental pour garantir « l'égalité dignité » de chacun. Cette catégorie correspond chez Cotterrell aux *communautés de croyances* et aux *communautés affectives*. En suivant H. Kislowicz, on peut distinguer des communautés de croyances procédurales, et des communautés affectives substantielles⁴. Ces communautés sont orientées sur le modèle de la *privatisation*⁵ de l'identité, notamment à travers les instruments juridiques du droit privé, à l'image du droit des contrats ou du droit de la famille. Cette privatisation de l'identité est le fait des parties : les demandes sont croissantes des minorités religieuses de mobiliser le droit

¹ VAN PRAAGH (S.), « View from the Succah », *op. cit.*, p. 21.

² *Forget c. Outremont (Ville d')*, [2001] R.J.Q. 1565 (C.S.).

³ *Rosenberg c. Outremont (Ville d')*, [2001] R.J.Q. 1556., 84 C.R.R. (2d) 331.

⁴ KISLOWICZ (H.), « Judging the Rules of Belonging », *U.B.C. L.Rev.*, 2011, vol. 44, n°2, pp. 287-329.

⁵ ESAU (A.), « Living by different Law », *op. cit.*, p. 112.

privé¹. Shachar s'inquiète que « le respect pour les libertés religieuses et l'intégrité culturelle ne conduisent pas à l'inclusion dans la sphère publique, mais à son exclusion. »² Le modèle de privatisation de la diversité procéderait donc d'une volonté d'exclusion de l'espace public.

766. Des communautés de croyances procédurales. Cette image du groupe se définit telle que les « cours adoptent la stratégie d'affirmer la compétence sur un conflit tout en assurant des conditions procédurales aux règles d'appartenance afin de garantir l'équité pour les membres de la communauté qui pourraient avoir des conflits avec la majorité ou l'autorité de la communauté. »³ Une justice procédurale assure la cohésion identitaire du groupe : les juges canadiens vont contrôler les conditions d'expulsion ou d'inclusion au sein de la communauté, plus que les règles matérielles d'appartenance elles-mêmes. Ce contrôle se marque de deux manières : un contrôle du respect du consentement aux règles du groupe religieux, de la part de ses membres ; le contrôle de l'adhésion des groupes religieux aux règles de justice naturelle avant d'exclure un membre du groupe. Deux décisions, topiques, ont eu trait aux communautés *huttérites*. La première décision date de 1970, suite à la réclamation de quatre anciens membres de cette colonie⁴ : la Cour suprême sous la plume du juge Pigeon note que l'appartenance à la colonie suppose d'avoir consenti aux règles religieuses d'appartenance. En effet, pour assurer cette vie communautaire, caractéristique des Huttérites, ces communautés fondent une corporation afin de posséder en commun des terres, dont la gestion sous forme de *trust* assure les bénéfices de chacun des membres. Ces quatre membres sont expulsés du fait de leur conversion à une autre croyance : leur recours vise à dissoudre la corporation, de sorte à en récupérer une part du capital. Le juge Ritchie rejette la demande aux motifs qu'ils ont consentis aux règles de la communauté religieuse : « I think it is for the Church to determine **who is and who is not an acceptable member of any of its communities.** »⁵ L'identité est assurée par la garantie procédurale du consentement aux règles de la communauté religieuse.

767. La relation entre les cours canadiennes et les communautés huttérites, même traitée sur la base d'une privatisation de l'identité religieuse, permet une intervention de ces cours, dans la mesure où le modèle de *Common Law* assure une souveraineté du Parlement sur tous les domaines, y compris religieux. On remarquera que dès une décision de 1938⁶, la Cour

¹ SHACHAR (A.), « State, Religion, and the Family », *op. cit.*, p. 115.

² SHACHAR (A.), « State, Religion, and the Family », *op. cit.*, p. 119, (nous traduisons).

³ KISLOWICZ (H.), *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism*, *op. cit.*, p. 98, (nous traduisons).

⁴ *Hofer v. Interlake Colony of Hutterian Brethren*, [1970] S.C.R. 958, 13 D.L.R. (3d) 1.

⁵ *Hofer v. Interlake Colony of Hutterian Brethren*, précitée, p. 974-975, (nous soulignons).

⁶ *Barickman Hutterian Mutual Corporation v. Nault*, [1939] S.C.R. 223.

suprême avait accepté l'accès de ces « groupes religieux, » en tant que personne morale, aux *Farmers' Creditors Arrangement Act, 1934*, ce qui avait été préalablement contestés sous prétexte du caractère religieux de l'association. La base de cette identité religieuse trouve juridiquement un fondement à travers le droit d'association et l'accès à la propriété¹. Un fondement qui n'est d'ailleurs pas réservé aux huttérites, mais aussi aux autres membres de la branche anabaptiste, les mennonites et les amish². Partant, cette relation est ancienne³ et a été toujours traitée par les Cours sur le modèle du contrat : ainsi était-ce le cas en 1921⁴ ou encore en 1989⁵. La Cour suprême a, de nouveau, eu à connaître d'un tel conflit communautaire au sein de la communauté huttérite en 1992⁶ : la validité de l'expulsion de certains membres du groupe doit être appréciée en regard de principes de *justice naturelle*⁷. Il s'agit d'assurer une procédure équitable, sans pour autant créer de droits substantiels⁸.

768. L'on peut convenir que « en formant le regard judiciaire aux conditions formelles plus que sur la substance des règles d'appartenance, l'approche en termes de limites procédurales fournit le moyen pour les cours de protéger certains droits individuels sans trop intervenir sur les normes d'appartenance dans une communauté donnée. »⁹ La garantie de l'identité primordialiste passe par des garanties procédurales minimales, assurées aux membres de ces communautés, sans pour autant aller jusqu'à évaluer la substance de ces croyances. Cette approche pluraliste est une forme de reconnaissance du droit interne de ces groupes religieux, défini par A. Esau tel que « certains groupes religieux produisent un ensemble complet de normes considérées comme obligatoires pour la communauté et ayant la priorité sur les lois de l'État qui seraient incompatibles avec de telles normes. »¹⁰ La liberté de religion protège donc des espaces de souverainetés concurrentes à celle de l'État : certaines communautés, comme les anabaptistes, sanctionnent d'excommunication le recours aux tribunaux étatiques. Cette notion de droit interne ne se limite pas aux huttérites : les études détaillées du droit hébraïque¹¹ ou du droit islamique¹² vont dans le même sens. Il existe une limite à ce pluralisme privatifié : le modèle du contrat laisse aux Cours un pouvoir résiduel

¹ ESAU (A.), « The Establishment and Preservation of Hutterite Communalism in North America, 1870-1925 », in McLAREN (J.) et al. (eds.), *Despotic Dominion : Property Rights in British Settler Societies*, U.B.C. Press, Vancouver and Toronto, 2005, pp. 207-221.

² ESAU (A.), « The Establishment, Preservation and Legality of Mennonite Semi-Communalism in Manitoba », *Man. L.J.*, 2005, vol. 31, n°1, pp. 81-110.

³ ESAU (A.), *The Courts and the Colonies. The Litigation of Hutterite Church Disputes*, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2004.

⁴ *Hofer v. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177 (Alta S.C. (T.D.)), 179.

⁵ *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, [1989] 63 D.L.R. (4th) 473 (Man Q.B.), 186.

⁶ *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165.

⁷ *Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer*, précitée, à la p. 175.

⁸ KISLOWICZ (H.), « Judging the Rules of Belonging », *op. cit.*, p. 303.

⁹ KISLOWICZ (H.), « Judging the Rules of Belonging », *op. cit.*, p. 303, (nous traduisons).

¹⁰ ESAU (A.), « Living by different Law », *op. cit.*, p. 110, (nous traduisons).

¹¹ ALVAREZ-PEREYRE (F.) et PANAFIT (L.) (dir.), *Le droit interne Hébraïque*, P.U. de Strasbourg, Strasbourg, 2004.

¹² FRÉGOSI (F.) (dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et Monde Arabe*, P.U. de Strasbourg, Strasbourg, 2004.

d'intervention, afin de déclarer la nullité de tels contrats, qui viendraient remettre en cause un intérêt public prépondérant¹.

769. Cette identité religieuse étant juridiquement maintenue grâce au double fondement de la liberté de religion et du droit de propriété, sa garantie peut être fragile à l'image du rejet par la Cour suprême en 1969² d'un recours engagé par une communauté huttérite, à l'encontre de la constitutionnalité d'une loi albertaine, venant réguler la propriété. Même si dans les faits la loi visait à « contrôler » l'acquisition des terres par les huttérites, la constitutionnalité ne pouvait être soulevée, dans la mesure où ces derniers n'étaient pas explicitement visés et, dans la mesure où la réglementation de la propriété tombait dans le champ de compétence des provinces, telle qu'en dispose la *Loi constitutionnelle, 1867*. On retrouve, en réalité, de telles formes de régulation de l'accès à la propriété terrienne dès 1886, dans le cas d'une communauté *quakers*³ ; ou encore du contrôle de la bonne destination juridique d'un bien testamentaire⁴. Toutefois, « les cours ont ouvert d'importants espaces permettant aux groupes religieux intolérants de dire ce qu'ils pensent, même en public. »⁵ Dès lors que les frontières du groupe sont très distinctement dressées, et mises à part les garanties procédurales, les cours canadiennes n'interviendront pas dans les affaires internes des communautés religieuses : ainsi en est-il de l'expression d'un pouvoir disciplinaire de mise à la retraite d'un ministre de l'Église méthodiste dans une décision de la Cour suprême de 1901⁶. La Cour contrôlerait, par contre, la destination juridique d'une terre : une confession grecque orthodoxe, avec la destination initiale de la terre, ne pourrait conduire à utiliser cette terre, dans le cadre d'une Église catholique romaine, sujette à la juridiction de la papauté⁷. Dans tous les cas de conflits de propriétés, les cours canadiennes ne sont pas substantiellement intéressées au conflit, mais aux conditions contractuelles de la fiducie, afin de lui donner toute sa portée⁸.

770. On trouve un autre exemple avec la question de l'enseignement privé, non pas dans le cadre d'écoles séparées, mais dans le cadre de communautés religieuses, à l'image de la décision *Yoder* de la Cour suprême des États Unis relative à un enseignement amish⁹. La Cour

¹ ESAU (A.), « Living by different Law », *op. cit.*, p. 118.

² *Walter et al. v. Alberta (A.G.) et al.*, [1969] S.C.R. 383.

³ *Jones v. Dorland*, [1887] 14 S.C.R. 39.

⁴ *Cameron v. The Church of Christ*, [1918] 57 S.C.R. 298.

⁵ ESAU (A.), « Living by different Law », *op. cit.*, p. 120, (nous traduisons).

⁶ *Ash v. The Methodist Church*, [1901] 31 S.C.R. 497.

⁷ *Polushie v. Zacklynski*, [1905] 37 S.C.R. 177.

⁸ ESAU (A.), « The Judicial Resolution of Church Property Disputes: Canadian and American Models », *Alta L.Rev.*, 2002-2003, vol. 40, n°4, pp. 767-816.

⁹ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S., 205 : les enfants peuvent ne plus être placés dans l'enseignement public obligatoire après le 8th grade.

suprême du Canada avec *Jones* a rendu une décision qui lui est, à bien des égards, similaire¹ : un pasteur fondamentaliste éduque ses enfants dans le cadre d'un programme scolaire qui se déroule dans le sous-sol d'une église. En refusant d'envoyer ses enfants à l'école pour motifs religieux, il ne respecte pas la loi albertaine sur l'éducation. La Cour rejette le pourvoi de l'appelant aux motifs que si la loi albertaine porte atteinte dans une certaine mesure à la liberté de religion du pasteur, cette loi prévoit, aussi, les moyens d'accommoder la croyance de l'appelant : il lui suffisait, en effet, de demander une dérogation et, de recevoir une certification, de la part d'un inspecteur scolaire de la Province. Assurant cette possibilité, la décision ouvre l'hypothèse, *a contrario*, d'une communauté religieuse fondée sur l'enseignement de la croyance de la communauté. En réalité, la Cour avait déjà affirmé cette possibilité, dès une décision de 1961, dans le cas d'une communauté catholique romaine² ; des parents ont, d'ailleurs, le droit d'envoyer leurs enfants dans une école dissidente qui professe un enseignement religieux différent du leur³. Dans une certaine mesure, cette décision s'inscrit dans la confirmation de la constitutionnalité du refus d'une obligation de financer des écoles séparées autres que celles prévues par l'article 93 de la *Loi constitutionnelle, 1867*, dans la décision *Adler*⁴. Ces communautés existent juridiquement à travers un processus de privatisation de l'identité religieuse. Alors que le juge ne viendra pas en contrôler les règles d'appartenance, il assurera, par contre, les « garanties procédurales. »

771. Des communautés affectives substantielles. Dans le vocabulaire de Cotterrell, les communautés affectives sont exemplifiées par la relation familiale. Or, si le juge canadien laisse une grande marge de pluralisme, à travers la privatisation de l'identité religieuse, il n'hésitera pas à intervenir d'un point de vue substantiel⁵. L'exemple topique impliquant ce type de communautés religieuses est la décision *Braker*, précitée, dans laquelle le juge aurait pu se limiter à une justice contractuelle, mais a produit une lecture normative – égalité de genre – des règles internes à la communauté juive (le *get*). Cette première possibilité reposant sur la privatisation de l'identité est le *mariage*. En effet, l'institution du mariage est une forme de reconnaissance du pluralisme juridique à travers la privatisation de l'identité religieuse⁶. Cette remarque vaut pour les contentieux relatifs au *mahr* musulman – une forme de dote⁷.

¹ *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

² *Vandekerckhove v. The Corporation of the Township of Middleton*, [1961] S.C.R. 75.

³ *Les Syndics d'écoles dissidentes de St. Romuald v. Shannon*, [1930] S.C.R. 599.

⁴ *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609.

⁵ KISLOWICZ (H.), « Judging the Rules of Belonging », *op. cit.*, p. 304.

⁶ PAUL (F.), *Mariage et divorce : harmonisation des normes civiles et religieuses dans une perspective de droit préventif*, Mémoire de maîtrise, LL.M., Université de Montréal, Faculté de droit, 2010.

⁷ FOURNIER (P.), « In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Transplanting Mahr as a Bargaining Endowment », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 140-160.

772. Un aspect de cette production de communautés affectives a trait aux relations entre les parents et les enfants. A. Saris démontre, en droit civil québécois, dans quelle mesure la question de la pratique religieuse des enfants est un tremplin à une forme d'expression de pluralisme dans le cadre affectif de la famille, tout en notant que cette expression est limitée par l'intervention substantielle du juge¹. La reconnaissance de ces normes religieuses passe par la reconnaissance d'un droit subjectif, à travers la liberté religieuse. Un exemple topique, une nouvelle fois, est relatif aux refus de transfusion sanguine dans le cas des Témoins de Jéhovah. La Cour jugera que si la transfusion forcée est contraire à la liberté de religion de l'enfant, elle est justifiée par un intérêt public pressent². C'est *l'intérêt supérieur de l'enfant* qui autorisera une intervention substantielle du juge canadien, dans la communauté religieuse affective, la difficulté résidant dans la détermination de la majorité consciente de l'enfant, lorsque celui-ci a moins de 16 ans, ainsi que le révèle une affaire manitobaine récente³.

773. C'est toujours ce principe de l'intérêt supérieur de l'enfant qui préside à l'intervention substantielle du juge en cas de conflit relatif à la garde lorsque les parents sont de confessions religieuses distinctes. Ainsi, la Cour a-t-elle accepté de réguler la communauté privée en protégeant l'enfant contre le fanatisme religieux du père, membre de la Confédération des Témoins de Jéhovah : le père conserve un droit de garde, peut enseigner à l'enfant les préceptes de la religion de Jéhovah, mais il ne peut le faire participer aux pratiques de sa religion⁴. Un conflit similaire se posa devant la Cour, entre une mère disposant du droit de garde principal des trois filles, et suivant la foi de l'Église Unie, et le père disposant d'un droit restreint quant aux activités religieuses, Témoin de Jéhovah : la Cour, particulièrement divisée sur ce point, leva les restrictions⁵. Partant, les parents disposent d'une large marge de manœuvre afin d'élever leurs enfants dans une confession religieuse particulière dans la limite substantielle de cet intérêt, dont le juge contribue à dresser les limites identitaires. On peut légitimement souligner que la Cour a implicitement accepté la défense de la croyance sincère – aucune question constitutionnelle n'est soulevée *stricto sensu* dans l'espèce – afin de se défendre d'une accusation de négligence criminelle ayant conduit à la mort de leur fils : ce dernier nécessitait des injections d'insuline en raison d'un diabète avancé, rejetées par les

¹ LANDHEER-CIESLAK (C.) et SARIS (A.), « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois : Étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants », *McGill L.J.*, 2003, vol. 48, 671-745.

² *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

³ *A.C. c. Manitoba (Services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181.

⁴ *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141.

⁵ *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

parents aux motifs religieux que l'enfant serait miraculeusement guéri par une intervention divine¹. L'intérêt de l'enfant peut aussi conduire à retirer la garde des enfants à une mère qui souhaite les élever selon les préceptes de sa religion². Il appert, par conséquent, que les communautés affectives substantielles, sont-elles basées sur le contrat de mariage, ou sur les relations familiales parents-enfants, sont un espace « d'expression privatisée » de la diversité.

774. Conclusion. On s'accordera avec A. Shachar pour critiquer une vision simplificatrice de la dichotomie du public et du privé³ : ce modèle vise à donner, artificiellement, une large marge d'expression au pluralisme. Or, les communautés religieuses demeurent des « images judiciaires de communautés religieuses. » Il en résulte, une construction artificielle, et souvent unidimensionnelle, du sujet de droit, impropre à saisir la réalité de la *vulnérabilité*. Avec A. Shachar, « ignorer cette multiplicité des affiliations peut être compatible avec un débat sur le public / privé, abstrait, mais il manque **les marques** de ces individus enchâssés. »⁴ Dès lors, nous disposons d'une typologie générale des différentes relations communautaires existant en droit constitutionnel canadien lorsque l'on fait référence à la notion de *communautés religieuses* – découlant tant d'un positionnement normatif multiculturaliste, que d'une interprétation égalitaire de la liberté de religion, devenant *identité religieuse*. La liberté de religion fait naître des situations de pluralisme, selon un continuum allant du public au privé, et des valeurs aux pratiques. Partant, nous disposons d'un cadre identitaire afin d'analyser les conflits pouvant se poser avec d'autres communautés identitaires produites par le droit à l'égalité substantielle. Cette typologie contribue à reconstruire la notion de conflits de droits fondamentaux et ainsi, évaluer les exclusions identitaires constitutives du constitutionnalisme.

¹ *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392.

² *Retzer c. Retzer*, [1975] 2 R.C.S. 881.

³ SHACHAR (A.), « State, Religion and the Family », *op. cit.*, p. 122.

⁴ SHACHAR (A.), « Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law », *Th'l Inq. L.*, 2008, vol. 9, n°2, pp. 573-607, p. 577, (nous soulignons et nous traduisons).

§ 2 - LA RÉGULARISATION DE L'HOMOSEXUEL : LA COMMUNAUTÉ IDENTITAIRE DE L'ORIENTATION SEXUELLE

775. Dans son étude de 1988, R. Mohr soulignait que « la société ne sait pas quoi penser des homosexuels. Les tabous sociaux à parler de sexualité, surtout gay, ont laissé un vide dans la compréhension des gays par la société. » Le sexe, et la sexualité, sont des instruments sociaux permettant de distinguer le moral de l'immoral : le discours juridique est, à ce titre, couramment utilisé afin de devenir le *site* de tels jugements. La sexualité est un aspect de l'expérience humaine, à la fois produite et régulée par la société, et instrument de régulation de la société elle-même¹. Le discours sur la sexualité étant inscrit dans une forme de jugement moral, le corps homosexuel est un corps territorialisé à partir de la question de la sexualité, ce qui le rend disponible à toutes les formes de régulations. Le corps homosexuel présente la sexualité comme horizon d'articulation dans l'espace² : « ce vide de compréhension toutefois, a été rempli au point de déborder de stéréotypes, de préjugés et de peurs laissées ininterrogées qui de concert ont largement structuré la formation des politiques sociales envers les gays. »³

776. Partant, si l'identité homosexuelle est une construction sociale, cette dernière a été effacée par les cours au profit de *l'essentialisme sexuel*⁴. Il s'agit du grand enseignement de Foucault dans *l'Histoire de la sexualité* : l'homosexuel est une « espèce » dont la construction biopolitique procède de la multiplication de « discours sociaux disciplinaires. » Le discours juridique n'est souvent, que l'enregistrement de grands discours disciplinaires, à l'image de la moralisation religieuse ou de la déviance pathologique de la psychanalyse. La conclusion de R. Mohr est d'ailleurs inquiétante pour l'idéologie de l'État de droit : « les gays devraient fortement douter que l'état de droit les concerne. »⁵ En somme, la représentation identitaire contribue à l'ignorance sociale de l'expérience de la discrimination⁶. L'invisibilisation de cette expérience discriminatoire découle de l'aversion sociale et émotionnelle provoquée par cette identité⁷. Toutefois, ces stratégies de représentations des identités peuvent ne pas être déterminantes pour l'issue du procès : en somme le sujet de droit peut se détacher de l'identité dont il est affecté *a priori*⁸. Or, l'objet de cette partie n'est pas d'établir ou d'infirmer de tels

¹ CRAIG (E.), *Troubling Sex. Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2011, p. 1.

² GILBERT (A.N.), « Conceptions of Homosexuality and Sodomy in Western History », *J. of Hom.*, 1981, vol. 6, n°1-2, pp. 57-68.
BÉRUBÉ (A.), « The History of Gay Bathhouses », *J. of Hom.*, 2003, vol. 44, n°3-4, pp. 33-53.

³ MOHR (R.D.), *Gays / Justice. A Study of Ethics, Society, and Law*, Columbia U.P., New York, 1988, p. 1, (nous traduisons).

⁴ CRAIG (E.), *Troubling Sex*, *op. cit.*, pp. 10 et suivantes : « Essentialism and Constructivism in Law. »

⁵ MOHR (R.D.), *Gays / Justice*, *op. cit.*, p. 6, (nous traduisons).

⁶ MOHR (R.D.), *Gays / Justice*, *op. cit.*, p. 27.

⁷ MOHR (R.D.), *Gays / Justice*, *op. cit.*, p. 35.

⁸ Nous remercions l'auteur pour avoir discuté mon projet sur ce point : DANIELSEN (D.), « Representing Identities: Legal Treatment of Pregnancy and Homosexuality », *New England L.Rev.*, 1992, vol. 26, pp. 1453-1508.

liens de causalité, mais d'identifier la représentation identitaire du sujet homosexuel devant les tribunaux. La régulation de l'identité homosexuelle implique non seulement une régulation de la sexualité, mais également du genre¹, encadrant la capacité à être dans l'espace public.

777. Selon D. Danielsen, en droit américain, trois catégories émergent afin de représenter l'homosexuel : soit les cours distinguent entre le statut et les actes homosexuels produisant une présomption que le sujet homosexuel peut toujours *choisir* ses actes ; soit, au contraire, les cours effacent une telle distinction en associant l'identité homosexuelle avec certaines pratiques ; soit, enfin, l'identité homosexuelle équivaut à l'orientation sexuelle comme statut inaltérable et immuable². De façon assez similaire, nous démontrerons que ces catégories se retrouvent en droit canadien. La manière de penser les relations entre les identités et le droit peut être qualifiée de *représentation juridique* : la manière avec laquelle les décisions de justice représentent des traits identitaires³. La finalité n'est pas *d'améliorer* la situation juridique des sujets de droit homosexuels, mais d'évaluer leur *vulnérabilité pluraliste*. K. Hart a proposé une telle étude de la représentation américaine de l'image de l'homosexuel⁴ : les années 1960 correspondaient à un sujet « malheureux, » auquel a fait suite un sujet objet de « ridicule » dans les années 1970 ; les années 1980 et l'épidémie du sida a projeté l'image d'une menace de santé publique pour la nation. Ces corps *déviant*s deviennent *mortellement contagieux*. Les années 1990 et 2000 correspondent à une normalisation progressive de cette image à travers un discours de tolérance : des corps, d'abord, déssexualisés, puis, capitalistes.

778. Dès lors que l'identité est régularisée, les sujets ne reproduisant pas cette identité attendue tombent dans la catégorie de « délinquant sexuel, » ainsi que le démontre la décision américaine *Lawrence v. Texas*⁵ : « homosexuel déssexualisé » ou « délinquant sexuel »⁶ ; et, l'un produit l'autre. Le premier représente le « sexuellement acceptable, » le second, le « sexuellement abject. » Cette remarque du droit constitutionnel américain s'applique au cas canadien : « si *Lawrence* offrait liberté et protection à l'homosexualité privée et intime, elle conservait néanmoins une logique structurale qui imaginait et attribuait le préjudice sexuel et

¹ LAW (S.A.), « Homosexuality and the Social Meaning of Gender », *Wis. L.Rev.*, 1988, pp. 187-235.

² DANIELSEN (D.), « Representing Identities », *op. cit.*, p. 1473.

³ DANIELSEN (D.), « Representing Identities », *op. cit.*, p. 1506.

⁴ HART (K.P.R.), « We're Here, We're Queer – and We're better than You: The Representational Superiority of Gay men to Heterosexuals on Queer Eye for the Straight Guy », *J. of Men's St.*, 2004, vol. 12, n°3, pp. 241-243.

⁵ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003) : par cette décision, la Cour suprême des États-Unis renverse sa précédente décision *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 (1986)), en invalidant une loi texane interdisant la sodomie (*Sodomy Laws*), ainsi que dans treize autres États. La Cour jugea que les conduites sexuelles intimes et consentantes font parties de la liberté protégée par le quatorzième amendement, et la clause du *Due Process*.

⁶ FISCHER (J.J.), « Transcendent Homosexuals and Dangerous Sex Offenders: Sexual Harm and Freedom in the Judicial Imaginary », *Duke J. of G., L. & P.*, 2010, vol. 17, pp. 277-311.

la dangerosité sexuelle à un corps, à un profile type, le délinquant sexuel. »¹ C'est dans ce cadre d'analyse, qu'il faut évaluer la contribution canadienne à la construction du corps homosexuel. Cette « régularisation canadienne » de l'identité homosexuelle, à travers l'instrument juridique de l'égalité, peut être démontrée en deux temps. D'une part, il s'agit de revenir sur l'historique des relations entre le Canada et l'homosexuel (A) ; d'autre part, il s'agit d'évaluer la régulation de l'identité homosexuelle à travers l'orientation sexuelle (B). On retiendra avec W. Eskridge dans son article de 1994, qu'« en construisant l'homosexualité les sociétés modernes occidentales ont créé une catégorie stigmatisante, une pratique divisante avec des implications potentiellement brutales pour les 'homosexuels', en tant que groupe distinct du reste. »² Quelles sont les représentations identitaires judiciaires de l'homosexuel ?

A- De la moralisation à la juridicisation du corps homosexuel canadien

779. Cette construction sociale de l'homosexuel peut être étudiée à travers quatre périodes. Tout d'abord, il s'agit de la *moralisation* du corps homosexuel à travers le discours religieux ; la *pathologisation* du corps homosexuel, ensuite, à travers le discours psychanalytique. À ce discours de déviance, succède un discours de *sécurisation* du corps durant la guerre froide : l'homosexuel serait dangereux. Enfin, il s'agit de la *juridicisation* du corps homosexuel.

780. Les travaux de P. Corriveau ont, indéniablement, contribué à la compréhension de la construction historique de l'attraction homoérotique dans l'histoire canadienne et québécoise, de la Nouvelle-France à la Charte³. La « (dé)construction sociale de la déviance » démontre que la rationalité pénale a été soutenue par un discours religieux, avant d'être remplacée par un discours médical⁴, marquant le passage du sodomite à l'homosexuel. Comme l'explique l'auteur, « le système pénal, parce qu'il définit le crime et offre une certaine représentation du monde social, se veut un endroit privilégié de pouvoir où les différents discours dominants tentent d'imposer leur définition des mœurs homoérotiques. »⁵ Le discours juridique, au moment de la Nouvelle-France, était largement dominé par la doctrine religieuse. Le droit pénal étant influencé par le droit pénal français, le discours juridique condamnait plusieurs

¹ FISCHER (J.J.), « Transcendent Homosexuals and Dangerous Sex Offenders », *op. cit.*, p. 282, (nous traduisons).

² ESKRIDGE (W.N.Jr.), « Gay Legal Narratives », *Stanford L. Rev.*, 1994, vol. 46, pp. 607-646, p. 635, (nous traduisons).

³ CORRIVEAU (P.), *Judging Homosexuals. A History of Gay Persecution in Quebec and France*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2011; « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal. La gestion des mœurs homoérotiques au Québec (1892-1969) », *Champ Pénal/ Penal Field*, 2007, vol. IV (en ligne) ; « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec : l'influence des discours dominants », *Bull. Hist. Pol.*, 2008, vol. 16, n°3, pp. 33-42.

⁴ CORRIVEAU (P.), « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal », *op. cit.*, p. 2.

⁵ CORRIVEAU (P.), « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal », *op. cit.*, p. 2.

pratiques sexuelles jugées *déviantes* par l'Église, au titre desquelles, la sodomie. Toutefois, cette *pratique* sexuelle n'est pas encore reliée à l'*identité* homosexuelle. Le châtement du bûcher découlait de ce que le sodomite s'attaquait à la nature divine de l'homme. Cela étant, le sodomite est davantage caché, que réprimé. Seulement trois procès sont, ainsi, recensés sur près de cent ans au XVII^{ème} siècle : cela s'explique par la grandeur du territoire, le manque de moyens, la nécessité de la dénonciation, ou l'autorégulation rurale. Les ordonnances ecclésiastiques démontrent que ces mœurs sont « lourdement réprimés mais sourdement ignorés. »¹ L'Église est « surtout soucieuse de traiter elle-même avec ce type de pêcheur, dans une sorte de compétition avec les autorités laïques. »² La tolérance s'accompagne d'une intervention accrue de la régulation religieuse et l'autodiscipline des ouailles : « le pédéraste est alors cet être méprisable qui doit être absout de ses fautes par l'évêque et puni par le droit car son comportement défie la loi divine. »³ En ce qui a trait à la régulation des mœurs homoérotiques, la conquête britannique de la vallée du Saint Laurent ne modifie rien.

781. Sir William Blackstone classe ces mœurs dans les *délits contre-nature* : des crimes contre la spiritualité humaine. Par conséquent, la sodomie consensuelle est condamnée : les deux acteurs deviennent respectivement, des agresseurs contre leurs spiritualités humaines. La sodomie est vue comme la disparition de toute spiritualité *humaine*. La peine de mort du droit pénal britannique rappelle la destruction biblique de la ville de *Sodome* par le feu. La gestion juridique de ces mœurs ne peut être comprise sans la discipline religieuse, particulièrement dans les années 1840, tant dans le domaine de l'éducation, des œuvres caritatives, que de la santé. C'est en 1841 que la première loi canadienne vient condamner le *crime abominable de sodomie* : « la peine encourue demeure la peine capitale et la culpabilité s'établit par la preuve de la pénétration. »⁴ Cette loi est modifiée, en 1869, suite à une loi britannique, de 1861 : la peine capitale est remplacée par un emprisonnement minimal de deux ans. Par ailleurs, l'on commence à voir une transition du sodomite à l'homosexuel : on punit dorénavant la tentative de commission de sodomie, et on incrimine l'attentat à la pudeur sur un homme. Cet élargissement du « filet pénal » conduit à accentuer la répression policière, même si les arrestations demeurent très limitées. Il s'agit d'un processus disciplinaire. En 1886, le crime de sodomie n'est plus un crime contre la personne, mais un crime contre les *meurs et la tranquillité publique*. L'espèce trouve un ancrage pénal évident en 1890, lorsqu'est créé le

¹ CORRIVEAU (P.), « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec », *op. cit.*, (en ligne).

² CORRIVEAU (P.), « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec », *op. cit.*, (en ligne).

³ CORRIVEAU (P.), « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec », *op. cit.*, (en ligne).

⁴ CORRIVEAU (P.), « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec », *op. cit.*, (en ligne).

crime de *grossière indécence* : il punit les comportements homoérotiques, consentants ou non, publics ou privés, commis entre adultes masculins. C'est une évolution dans la perception du « fait homosexuel » : « jadis c'était un comportement sexuel spécifique (le coït anal) que l'on cherchait à punir, dorénavant, le législateur, sans doute influencé par le discours médical émergeant, se préoccupe de plus en plus de ces individus qui optent pour une sexualité homoérotique. »¹ L'acte sexuel traduit, dès lors, un portrait psychologique : une « identité. »

782. Le début du XX^{ème} siècle est marqué par l'explosion des discours scientifiques et psychanalytiques, même si, pour l'instant, la doctrine religieuse demeure prédominante, s'agissant d'influencer le législateur. Dès lors, en sus d'être moralement répréhensible, l'homosexuel devient une « menace » pour la santé publique de la nation : de la répression, le système pénal passe à une gestion « curative » du délinquant homosexuel². L'homosexuel est *malade* et il fait courir un « danger » pour les jeunes : l'homosexuel doit être ramené vers l'hétérosexualité. Ces traitements curatifs passent par la privation de liberté ou la castration. Ainsi, dès la fin des années 1940, la Cour du bien-être social envoie de jeunes délinquants dans des centres de réhabilitation. En plus du discours psychiatrique, cette image négative et dangereuse de l'homosexuel est massivement véhiculée par les médias. De pêcheur devant Dieu, le sodomite devient l'homosexuel, celui qu'il faut exclure et soigner. À cette période, toutefois, le système est structuré par une double rationalité : pénale et religieuse.

783. Elle « se caractérise par une conjonction inédite entre la science médicale, la religion et le droit pénal dans la définition et l'explication de ce qui est et n'est pas déviant, où la réprobation (ou non) de ce qui est anormal participe à l'institution sociale de la déviance en tant que crime. »³ La déviance s'ajoute, voire remplace, la moralité. On observe un processus de « sauvetage » du sodomite, afin de le ramener dans l'hétérosexualité normale. L'influence du discours religieux reste importante, ainsi que le démontre l'adoption du code pénal en 1892, qui incorpore le crime de sodomie. Ce nouveau crime est prévu à l'article 174 faisant expressément référence au terme à consonance religieuse de « sodomie » et placé sous le titre IV : *Crimes contre la religion, les mœurs et la commodité du public*. L'article se lit comme suit : « est coupable d'un acte criminel et passible d'emprisonnement à perpétuité, celui qui commet la sodomie ou la bestialité. » L'article 175 punit de dix ans de prison, celui coupable d'un commencement d'exécution ou d'une tentative d'exécution du crime de l'article 174.

¹ CORRIVEAU (P.), « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec », *op. cit.*, (en ligne).

² CORRIVEAU (P.), « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec », *op. cit.*, (en ligne).

³ CORRIVEAU (P.), « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal », *op. cit.*, pp. 2-3.

C'est l'expression de l'influence religieuse par l'indistinction de la bestialité et de la sodomie qui perdurera jusqu'en 1953-1954. Le crime de sodomie ne sera modifié qu'en 1988, lorsque l'article 159, prévoit des « relations sexuelles anales. » L'article 260 vise la sodomie, et punit de fouet et de sept ans d'emprisonnement l'attentat à la pudeur d'un homme sur un autre homme. Enfin, l'article 178 prévoit le crime de grossière indécence entre deux personnes de sexe masculin, puni de cinq d'emprisonnements et de fouets.

784. La répression policière et juridique cible, plus directement, la « grossière indécence publique » qui viserait un mineur, documentant l'importance croissante du discours médical et la peur de l'homosexualité, remplaçant celle de la masturbation du XIX^{ème} siècle¹. Le corps homosexuel est un corps ultra sexualisé, une sexualité déviante, pathologique, et notamment pédophile. Le discours médical vise le danger de l'homosexuel qui ne peut être repéré, et qui conduit à la dépravation des mœurs de la société : le mariage, la famille, les enfants. Le contrôle social exercé par le discours médical vise à réorienter la politique pénale afin de contenir la propagation de cet état contagieux. C'est surtout après la deuxième guerre mondiale que le discours médical devient dominant dans un moment de régénération de la nation. Le discours biologique vise à défendre des valeurs similaires au précédent discours religieux : la « moralité de la jeunesse » et le retour aux « valeurs familiales. » Le contexte économique de l'après-guerre auquel s'ajoute une baisse de la natalité, sont pour beaucoup dans cette « nouvelle » production de l'homosexuel. Les valeurs religieuses aurait retrouvé un héraut, sous la voix de Duplessis, au Québec, dans les années 1950 : l'homosexuel est déviant et remet en cause « la sacro-sainte rigidité des rôles sexuels. »² La construction de l'homosexuel procède pareillement d'une construction du « genre » et de la « masculinité. »

785. À l'aliénation, par laquelle les tribunaux canadiens identifient les homosexuels, fait jour la thématique de la pédophilie et de la protection de la jeunesse. La période allant de 1949 à 1969, et correspondant à la décriminalisation de l'homosexualité, n'est, donc, pas sans ambiguïtés³. En 1952, l'homosexualité est classée trouble de la personnalité sociopathique qui doit être guérie⁴ : l'on recommande la castration thérapeutique en 1953. Les tribunaux adoptent, dès lors, une perspective hygiéniste, visant à faire revenir les homosexuels dans le

¹ CORRIVEAU (P.), « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal », *op. cit.*, p. 4.

² CORRIVEAU (P.), « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal », *op. cit.*, p. 5.

³ KIMMEL (D.) and ROBINSON (D.J.), « Sex, Crime, Pathology: Homosexuality and Criminal Code Reform in Canada, 1949-1969 », *Can. J. L. & Soc.*, 2001, vol. 16, n°1, pp. 147-165. CHAMBERS (S.), « Pierre Elliott Trudeau and Bill C-150: A Rational Approach to Homosexual Acts, 1968-69 », *J. of Hom.*, 2010, vol. 57, n°2, pp. 249-266.

⁴ CORRIVEAU (P.), « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal », *op. cit.*, p. 6.

giron de l'hétérosexualité obligatoire. La modification du Code Criminel en 1948 démontre que pour le législateur, les comportements homoérotiques sont un « danger » *en soi* pour la collectivité. Conception pathologique confirmée par le législateur avec le Code Criminel de 1961, et par la Cour suprême avec l'affaire *Klippert c. La Reine*¹. *R. v. Hunt* (citée par l'auteur), vient inclure la masturbation homosexuelle dans le champ de l'acte de grossière indécence : « toute forme de masturbation entre deux personnes de même sexe est toujours un acte de grossière indécence, » précisant que « le contact physique entre ces deux personnes n'étant pas essentiel à la perpétration du crime ; une exhibition indécente par chacun des participants en présence de l'autre est suffisante. » Ce discours médical reste présent jusqu'à la loi Omnibus de 1969 (P.E. Trudeau), venant dépénaliser l'homosexualité : demeure cette sédimentation sociale de l'homosexuel. La décriminalisation ne signifie pas la fin du contrôle social. L'homosexualité demeure un danger, un discours que l'on retrouve lors de la guerre froide. Ce n'est plus tant « l'acte sexuel » qui dérange que « l'identité homosexuelle. »

786. Dans la période correspondant à la guerre froide, l'homosexuel est un danger pour la sécurité de la nation, et cet état perdurera jusqu'à l'adoption de la Charte québécoise de 1976, et l'inclusion explicite de l'orientation sexuelle comme fondement prohibé de discrimination en décembre 1977, et avec la Charte canadienne de 1982². Dès la fin des années 1960, se développe une contreculture gay et lesbienne avec l'apparition de lieux d'expression, comme les bars ou les saunas, démontrant qu'à la répression pénale et sociale, s'oppose la lutte de ces mouvements, qui commencent, dès lors, à être structurés pour *agir*. C'est ainsi, notamment, qu'à la suite d'un harcèlement policier, la grande manifestation du 19 juin 1976 conduit à la création de l'Association pour les droits des gays du Québec (ADGQ). C'est une période de transition qui a correspondu, plus généralement, au Québec, à la Révolution Silencieuse, des années 1960-1970. Durant la guerre froide, la question de la moralité des corps est mobilisée afin de faire naître des soupçons, quant à la « vulnérabilité au chantage » et à la subversion soviétiques : « ces interprétations reposaient sur d'anciennes notions qui attribuaient aux homosexuels une personnalité psychopathique ; de telles interprétations permettaient d'identifier les homosexuels comme un problème de sécurité publique en raison de leur soi-disant faiblesse caractérisée. »³ À un problème de moralité et de santé publiques, s'ajoute un problème de *sécurité publique*. Cette campagne de sécurité visait, notamment, à identifier les

¹ *Klippert c. La Reine*, [1967] R.C.S. 822.

² GENTILE (P.) et KINSMAN (G.), « 'Fiabilité', 'Risque', 'Résistance' : surveillance au Canada des homosexuels durant la guerre froide », *Bull. Hist. Pol.*, 2008, vol. 16, n°3, pp. 43-58, (disponible en ligne).

³ GENTILE (P.) et KINSMAN (G.), « 'Fiabilité', 'Risque', 'Résistance' », *op. cit.*, (en ligne).

personnes homosexuelles dans la société canadienne, ainsi qu'à purger les rangs de l'armée et de la fonction publique canadienne. La surveillance était un moyen pour l'armée et la GRC de collecter des informations sur et contre les homosexuels¹ : la régulation sexuelle est une question de sécurité nationale. Dès 1959 est initié un « programme de dépistage » dans les services publics fédéraux. Ce programme visait à rappeler la normalité de l'hétérosexualité tout en contribuant à l'association de la masculinité et de la sécurité, « clé à cette guerre froide était la protection du capitalisme, la blancheur, la famille patriarcale, les formes 'propres' de masculinité et de féminité, et l'hétérosexualité. »² Il s'agit des normes identitaires du *normal*.

787. La sécurité dresse les frontières de la nation dont sont exclus les « homosexuels non hétérosexualisés. » Cette régulation fait référence à un processus symbolique de construction de *notre nation*³. Cela posait la question des tests et outils psychologiques de détermination de *l'homosexuel*, tests développés par le professeur Wake, employé par le gouvernement à partir de 1962, dans un contexte général de médicalisation de la déviance homosexuelle. C'est ce que l'on a appelé la *trieuse à fruits* : « les recherches menées dans le cadre de la trieuse à fruits se sont basées sur une argumentation psychologique concernant la masculinité/féminité par comparaison avec l'hétérosexualité. »⁴ Ce choix rappelle le discours de revitalisation de la masculinité qui a imprégné le Canada et le Québec dans les années 1950-1960⁵ associant l'homosexuel à un corps féminin – comme dans la théorie de l'inversion – et à une *féminité* : un support symbolique à la masculinité comme cadre de promotion de l'identité nationale. Cette batterie de tests laisse place à une nouvelle « configuration » de l'identité sexuelle : désormais, l'homosexuel fait le *choix* de son objet et de son orientation sexuels. Au titre des tests, on notera : le pléthysmographe (le volume sanguin du doigt) ; la sudation de Palmer ; les associations de mots ; le réflexe pupillaire ; le champ d'attention ; les « échelles de genre. »

788. La décriminalisation de 1969 n'a eu que peu d'impacts sur les campagnes de sécurité, les exigences nationales l'emportant sur les distinctions publiques/privées. Ces politiques auraient contribué à ancrer un « hétérosexisme institutionnalisé » en assurant la normalité de l'hétérocentrisme : « on dépeignait les homosexuels comme étant des personnes faibles, immorales, ou malhonnêtes tout en identifiant l'hétérosexualité à l'intérêt national, à la

¹ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers. National Security as Sexual Regulation*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2010, p. 1.

² GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, p. 23, (nous traduisons).

³ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, p. 45.

⁴ GENTILE (P.) et KINSMAN (G.), « 'Fiabilité', 'Risque', 'Résistance' », *op. cit.*, p. 5, (en ligne).

⁵ ROUSSEL (J.-F.), « Roman Catholic Religious Discourse About Manhood in Québec : From 1900 to the Quiet Revolution (1960-1980) », *J. of Men's Stud.*, 2003, vol. 11, n°2, pp. 145-155.

loyauté et aux valeurs morales. »¹ Partant, les droits fondamentaux pouvaient être limités pour des raisons de sécurité nationale². Aussi, « l'homosexuel normal » reproduit les normes identitaires de l'hétéronormativité, *patriarcale* et associée à une norme raciale *blanche*. Cette campagne de sécurité nationale contribua à réguler l'hétérosexualité obligatoire à travers la juridicisation de l'homosexuel et la métaphore du « placard, » ce qui contribuera à réguler le droit à l'égalité et l'orientation sexuelle, comme un processus de dévoilement et de récit de soi. La normalité de l'hétérosexualité blanche et patriarcale conduit l'homosexuel à faire un *coming-out*. Alors « bien que plus strictement contrôlées par le droit de l'État et la police, les pratiques sexuelles *queer* sont toujours régulées à travers les forces du marché, les politiques et agentivité professionnelles, et la culture populaire. »³ Le modèle de la sécurité publique a contribué à modeler l'homosexuel par le choix de l'orientation sexuelle et le besoin de l'aveu.

789. La *juridicisation* contribue à ouvrir des espaces de ghettoïsation pour les homosexuels tout en produisant des images *normalisées* de certaines vies, « acceptant les formes sociales existantes et cherchant seulement l'inclusion des gays. »⁴ La juridicisation contribue à établir de nouvelles lignes de régulation sexuelle du normal, en y intégrant l'homosexuel normalisé. En ce sens, le corps homosexuel devient l'instrument d'une nouvelle politique nationale : « l'accent des politiques est mis sur la défense des relations capitalistes, de l'« Occident » du pouvoir « Blanc » et de la « civilisation ». »⁵ L'homosexualité « normale » devient une norme identitaire d'évaluation des cultures : dès lors, en sont exclus les homosexuels non blancs, religieux ou les corps considérés comme *homophobes*. L'homosexuel qui n'est pas normal est considéré comme *terroriste* et « dans la perspective du regard occidental orientaliste, le terme « terroriste » est racialement et culturellement codé comme arabe ou musulman. »⁶ De sorte que l'hétéronormativité s'associe au patriarcalisme et au colonialisme⁷. Cette conséquence est vue comme l'effet des politiques du discours des droits. Or, « nous devons rejeter le codage blanc des gays ou queer, d'un Occident queer-friendly, et de musulmans tous hétérosexuels. »⁸

790. La construction de la communauté par la juridicisation de l'identité homosexuelle est bien documentée : on notera l'étude de D. Herman⁹ en 1994 et celle de M. Smith¹ en 1999. La

¹ GENTILE (P.) et KINSMAN (G.), « 'Fiabilité', 'Risque', 'Résistance' », *op. cit.*, p. 10, (en ligne).

² GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, p. 44.

³ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, p. 394, (nous traduisons).

⁴ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, pp. 394-395, (nous traduisons).

⁵ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, p. 432, (nous traduisons).

⁶ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, p. 443, (nous traduisons).

⁷ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, pp. 450-452, (nous traduisons).

⁸ GENTILE (P.) and KINSMAN (G.), *The Canadian War on Queers*, *op. cit.*, p. 456.

⁹ HERMAN (D.), *Rights of Passage. Struggles for Gay and Lesbian Legal Equality*, U. of Toronto P., Toronto, 1994.

lutte pour l'égalité (juridicisation) était un processus de politisation et de publicisation², à la suite de la métaphore de l'aveu, lancée par la période précédente, et qui a, indéniablement, contribué à modifier l'image juridique de l'homosexualité : « l'inclusion des identités gays et lesbiennes dans les droits de la personne a, paradoxalement, contribué à l'enchâssement d'une politique et identité, minoritaires. »³ Il est difficile de maîtriser la représentation qu'un groupe se donne de lui-même ou produit à travers le discours des droits : il est pareillement complexe d'en évaluer les effets. En mobilisant de nouveaux clivages politiques, ces mouvements sociaux créent des identités politiques enracinées dans des intérêts, désormais, communs : les gays et lesbiens devaient, donc, se définir comme appartenant à une catégorie commune⁴.

791. Le développement de ces mouvements procède à la fois de cette sédimentation biopolitique d'une identité distinctive, à partir d'un corps sexualisé et d'actes sexuels, et leur perceptible exclusion. Cette sédimentation procède d'une lecture essentialiste de l'identité : la seule permettant de « naître politiquement » tout en naturalisant la norme hétérosexuelle. La construction de ces groupes ne pouvait que les mener à la promotion d'un discours égalitaire, sachant qu'aucun texte constitutionnel ou quasi-constitutionnel ne visait l'orientation sexuelle. La question était de savoir comment articuler une identité à travers un discours des droits, ce qui passait par la recherche de la protection de l'orientation sexuelle. Seule la lutte pour les droits civils était en mesure de fédérer les diverses factions émergentes des années 1970 : « les droits de la personne étaient regardés comme le moyen de créer une identité politique que tous les membres divers de la communauté lesbienne et gay auraient alors en partage. »⁵ Le discours des droits sert à construire la conscience d'une communauté : en privilégiant le droit, ce discours ne procède d'aucune stratégie transformationnelle plus large.

792. La juridicisation n'était pas simplement regardée comme la défense d'un droit, mais comme la promotion d'une identité⁶. La juridicisation procède d'une volonté d'inclusion sur la base d'une identité biopolitique disponible : celle résultant des sédimentations religieuses, médicales et sécuritaires. L'inclusion contribue à *constituer* une identité. Deux décisions de 1976 ont orienté ce mouvement vers la lutte pour l'inclusion de l'orientation sexuelle, et non contre la structuration de la notion de « sexe » par les tribunaux (D. Wilson et J. Damiens). La

¹ SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada. Social Movements and Equality-seeking 1971-1995*, U. of Toronto P., Toronto, 1999.

² HERMAN (D.), *Rights of Passage*, *op. cit.*, p. 4.

³ HERMAN (D.), *Rights of Passage*, *op. cit.*, p. 9, (nous traduisons).

⁴ SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada*, *op. cit.*, pp. 6-8.

⁵ SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada*, *op. cit.*, p. 69, (nous traduisons).

⁶ HERMAN (D.), *Rights of Passage*, *op. cit.*, p. 19.

décision de Cour du Banc de la Reine de Saskatchewan pour une affaire de discrimination à l'emploi est topique, motivée sur le fondement du « sexe, » seul disponible dans la loi sur les droits de la personne : l'orientation sexuelle est une caractéristique immuable du sexe, non choisi et ne peut constituer un fondement légitime de discrimination¹. Aussi, « l'immutabilité suggère que les droits de la personne pour les gays et lesbiennes étaient analogues aux droits des autres groupes (basés sur la race par exemple). »² La lutte juridique visait à faire protéger l'orientation sexuelle, alors, par le truchement du *sexe* : cela pouvait paraître cohérent car, historiquement les cours canadiennes liaient les questions de *sexualité* aux questions de *genre*.

793. Pareillement, la Cour suprême rappela que les droits de la personne – sans orientation sexuelle – ne pouvaient venir limiter la liberté de la presse³ ; de même que la notion de mariage traditionnel, et sans fondement interdit lié à l'orientation sexuelle, n'incluait pas les conjoints de même sexe écartant par là, la couverture santé du conjoint⁴. Dès lors que l'orientation sexuelle n'était pas incluse, les Cours devaient se reposer sur les représentations traditionnelles de l'homosexualité. Ces luttes ont été importantes en Ontario, puisque la ville de Toronto fut la première municipalité à prohiber les discriminations dans la politique d'embauche de la ville, fondées sur l'orientation sexuelle, en 1973. La Province de Québec intégrera cette prohibition en 1977, de même que le projet de loi 7 en Ontario, en 1986. L'affaire *Mossop* fut l'occasion pour les tribunaux canadiens de reprendre leur image de l'homosexualité à partir des « travaux sociologiques. » Les décisions *Haig, Egan* et *Vriend* consacreront ces luttes en faisant une lecture inclusive de l'orientation sexuelle (voir *infra*).

794. Comment comprendre la construction de ces mouvements ? Selon D. Herman, cela s'explique par le désir de ces *nouveaux sujets* (ou sujets sédimentés) d'être *codés* comme humains, *i.e.* identifiés comme citoyens dans le système idéologique présidant au discours des droits. C'est le contexte ayant conduit au projet de loi 7 en Ontario: « alors, les hétérosexuels étaient officiellement engagés en faveur d'une égalité des droits pour les gays et lesbiennes, tout en croyant fermement (et également) au caractère anormal et immoral de l'expression homosexuelle. »⁵ La lutte pour l'inclusion, à travers le discours des droits, imposait une « présentation de soi » qui soit compatible avec les concepts préexistants, d'où le caractère immuable de l'orientation sexuelle comme trait identitaire du sujet. Ainsi, « l'hétérosexualité

¹ *Board of Governors of the U. of Saskatchewan v. Sask. U.R. Commission*, [1976] 3 W.W.R. 385 (Sask. Q.B.).

² SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada*, *op. cit.*, p. 61, (nous traduisons).

³ *Gay Alliance v. Vancouver Sun*, [1979] 2 S.C.R. 435.

⁴ *Vogel v. Manitoba*, [1983] 4 C.H.R.R. D/1654.

⁵ HERMAN (D.), *Rights of Passage*, *op. cit.*, p. 36, (nous traduisons).

demeurait la norme incontestée et implicite contre laquelle les ‘autres’ étaient implicitement mesurés et perçus comme ‘différents’. »¹ Faisant de l’orientation un trait caractéristique, c’est toute la question de l’identité sexuelle qui s’en trouve alors réduite, marginalisant d’autant plus les individus ne reproduisant pas l’homosexualité normale. La juridicisation engendre un processus de normalisation. L’un des effets identitaires de la Charte a été de reconstruire l’identité homosexuelle normalisée sur le modèle du « couple hétérosexuel. » Le modèle de la famille hétéronormative contribue à reconstruire l’image juridique de l’identité homosexuelle. L’effet de la Charte des droits a été d’inscrire l’identité homosexuelle normalisée dans le *mainstream*, « manquant l’analyse globale de l’hétérosexisme et du patriarcat. »² Par ailleurs, le discours des droits démontre une réticence de la part des organisations gays et lesbiennes à s’engager dans des affaires trop directement *sexuelles* produisant une stratégie contentieuse de *la mêmeté*. L’identité homosexuelle déssexualisée est prise dans le discours de la famille³.

795. Au total, cette exploration de la construction biopolitique de l’identité homosexuelle est instructive. Le discours religieux a insisté sur l’acte sexuel, qui traduira une identité sociale à partir de l’influence de la psychanalyse. L’identité homosexuelle, en plus d’être *amorable*, est confirmée comme *anormale*. La psychanalyse insiste sur le caractère déviant et la possibilité de « traitement curatif » ramenant l’homosexuel dans le giron de l’hétérosexualité obligatoire. Le discours sécuritaire a insisté sur la notion de choix et le développement de l’aveu, tout en faisant évoluer l’identité homosexuelle de problème de santé publique à problème de sécurité nationale. Le discours des droits a normalisé l’identité homosexuelle par deux mouvements : réinscrire les normes de l’hétérosexualité dans la naturalité de l’existence politique et déplacer les normes de l’anormalité de l’identité homosexuelle *per se*, à la question de la sexualité. Aussi, l’identité normale reproduit un modèle hétéronormatif, tout en ayant déssexualisé le sujet : l’égalité assure une mêmeté de traitement, réarticulant l’hétéronormativité obligatoire.

B- L’identité homosexuelle devant les cours : du sodomite à la famille déssexualisée

796. On peut s’interroger de deux manières quant à la représentation de l’identité devant les cours. **D’une part, il existe une perspective *normative*.** Il s’agit d’évaluer la construction de cette image et d’en faire découler un jugement. L’étude de C. Kendall est de ce point de vue

¹ HERMAN (D.), *Rights of Passage*, *op. cit.*, p. 43, (nous traduisons).

² SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada*, *op. cit.*, p. 78, (nous traduisons).

³ SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada*, *op. cit.*, pp. 149-150.

exemplaire : à partir de l'exemple de la régulation juridique de la pornographie masculine, l'auteur vise à louer un nouveau modèle d'identité gay qui ne soit pas sexualisé : la dimension érotique est désormais liée à la parenté et à la famille. La désexualisation du corps par les cours serait une bonne chose en permettant l'acceptabilité sociale insistant sur les vraies valeurs familiales¹. La production pornographique gay masculine – dans la perspective du féminisme de C. MacKinnon – est préjudiciable et dessert la libération de l'identité gay. En résulte une hiérarchie de genres renforçant l'hétérosexualité et la domination masculine.

797. Une autre proposition normative se retrouve avec K. Lahey : son objectif normatif est d'évaluer l'accès des personnes gays et lesbiennes à une personnalité juridique pleine et entière définie *in abstracto*². La personnalité juridique pleine et entière se lirait comme suit: « les implications fondamentales de la personnalité incluent le droit d'entrer dans l'état, celui de participer dans l'état, de se déplacer librement en public, d'assurer une vie sans violence et l'appropriation de biens, et le droit d'entrer en relations juridiques protégées par le droit de la famille, les contrats, la propriété. »³ La dichotomie de l'homosexualité et de l'hétérosexualité articulée à partir de l'orientation sexuelle, a contribué à faire assumer par les minorités sexuelles la position de « l'Autre » du système. Aussi, en sus de reproduire une parenté hétéronormée, cette perspective n'aurait contribué à décrire aucune des réalités homosexuelles : il était inévitable que la création de cet espace catégoriel, allait être investi par les requérants, afin d'assurer de l'État la protection de droits fondamentaux, dans les limites de cet espace identitaire⁴. Pour intéressante qu'elle soit, cette perspective est trop distinctement normative pour servir de base à une étude de la vulnérabilité pluraliste.

798. D'autre part, il existe une perspective descriptive – critique. Une telle perspective a été proposée par B. MacDougall : il s'agit de déterminer ce qu'il y a derrière la convocation du « concept » d'homosexualité par les cours⁵. Cette perspective sera adoptée par la suite. Selon l'auteur, l'homosexualité est toujours « Autre » aux yeux des juges; « les homosexuels tapent toujours à la porte d'une cour hétérosexuelle pour lui demander sa bienveillance. »⁶ Alors, est aussi importante la manière avec laquelle une cour produit un discours, que ce qui y est dit. De ce point de vue, l'on peut définir trois périodes : les cours ont d'abord, afin d'éviter

¹ KENDALL (C.N.), *Gay Male Pornography. An Issue of Sex Discrimination*, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2004, p. XIV.

² LAHEY (K.A.), *Are We 'Persons' Yet ? Law and Sexuality in Canada*, U. of Toronto P., Toronto, 1999.

³ LAHEY (K.A.), *Are We 'Persons' Yet ?*, *op. cit.*, p. XV, (nous traduisons).

⁴ LAHEY (K.A.), *Are We 'Persons' Yet ?*, *op. cit.*, p. 13.

⁵ MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments: Homosexuality, Expression and the Courts in Canada*, U. of Toronto P., Toronto, 2000.

⁶ MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments*, *op. cit.*, p. 4, (nous traduisons).

de définir une identité, préférer restreindre des activités qui étaient considérées comme typiques des corps homosexuels (sodomie, masturbation, bars, saunas etc.) plutôt que de réguler directement l'identité homosexuelle ; les cours ont ensuite, défini plus distinctement l'identité homosexuelle à travers *l'orientation sexuelle* ; les cours ont, enfin, régulé l'identité homosexuelle normalisée. Cette implication identitaire est liée au développement de l'égalité substantielle par la Charte canadienne. La question porte précisément sur le point de savoir ce que sont les effets performatifs de la référence au label *homosexuel*. La vulnérabilité pluraliste de l'homosexuel passe par la déconstruction de la sédimentation identitaire qui est mobilisée, lorsqu'est cité le mot *homosexuel*. Sa charge négative ne peut être niée, visant à « déplacer les activités ou les sujets auxquels cette étiquette s'applique au-delà de la pâle acceptabilité. »¹ « Énoncer l'homosexuel, » est un exercice d'ostracisation et de marquage du corps : rien n'est plus pieux que le vœux de l'égalité sachant cette sédimentation affective.

799. En somme, un mot est inséparable, dans son contexte judiciaire, de la charge affective dont il est affublé. Naturellement, le premier stéréotype historique est l'hypersexualisation du corps homosexuel, réduit à des pratiques sexuelles², un stéréotype naturalisé par le recours à *l'orientation sexuelle*³. Ici se joue le débat entre le *caractère inné* et le *caractère construit* de l'homosexualité : la tolérance pour l'identité passe-t-elle par la restriction des actes sexuels ? L'identité était prise dans une controverse entre l'essentialisme et le constructivisme⁴. La solution a été de réguler la présentation de l'identité homosexuelle. Or, l'argument tiré de l'immutabilité de l'orientation sexuelle est potentiellement néfaste, lorsqu'il est mobilisé par ceux cherchant la protection du droit : il conduit à mobiliser un argument lié à la biologie et inscrire le corps homosexuel dans un certain parcours médical⁵. Deux remarques s'imposent. D'une part, si les cours reconstruisent l'identité homosexuelle, l'identité s'inscrit dans une hétérosexualité obligatoire : c'est l'homosexualité que l'on saisit et non l'hétérosexualité que l'on déconstruit. D'autre part, la difficulté de cette vulnérabilité pluraliste ne découle pas tant du champ de la protection d'un droit, que du « champ identitaire » qu'on lui accorde : « une fois identifié comme 'homosexuel', comment un sujet devra-t-il se comporter ? »⁶ L'identité homosexuelle a fait l'objet d'une double construction : la construction de la caractéristique de

¹ MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments*, op. cit., p. 20, (nous traduisons).

² MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments*, op. cit., p. 24 : « the stereotype is that gays and lesbians have sex as often as possible and with as many partners as possible. »

³ VALVERDE (M.), *Law's Dream of Common Knowledge*, Princeton U.P., Princeton, 2003, pp. 86-140.

⁴ ORTIS (D.R.), « Creating Controversy: Essentialism and Constructivism and the Politics of Gay Identity », *Va. L.Rev.*, 1993, vol. 79, n°7, pp. 1833-1857.

⁵ HALLEY (J.E.), « Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument From Immutability », *Stan. L.Rev.*, 1993-1994, vol. 46, n°3, pp. 503-568.

⁶ MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments*, op. cit., p. 29, (nous traduisons). La suite de notre démonstration est très largement redevable à la démonstration de l'ouvrage de B. MacDougall et sa déconstruction des caractéristiques identitaires associées au corps homosexuel.

l'homosexualité lorsqu'elle est attachée au corps du sujet **(1)** ; l'évolution de la représentation juridique du *corps homosexuel* **(2)**. Ces constructions seront successivement envisagées, déterminant ce que « peut faire un corps identifié » comme homosexuel dans l'espace public.

1- La construction de la caractéristique *homosexualité* par les cours canadiennes

800. Trois traits généraux de l'homosexualité se dégagent des cours canadiennes, lorsque cette caractéristique est associée au corps d'un sujet : l'homosexualité est contingente (a), elle est un problème d'identité de genre (b), et, enfin, elle est un trait identitaire distinctif (c).

a- L'homosexualité est un état contingent : réarticuler la notion de choix de l'identité

801. Étant contingente, l'homosexualité pourrait de ce fait être changée. Ainsi est-ce le cas dans une affaire jugée en 1989, *R. v. Veysey*, dans laquelle un homme était accusé de grossière indécence à l'endroit d'un jeune homme. Trouve-t-on, dans la motivation du juge Finlayson que l'appelant « est un homosexuel avoué et n'est disposé à aucun traitement pour son homosexualité. »¹ Cette caractérisation de son homosexualité aura, toutefois, été récemment corrigée : seront condamnés à une réclusion pénitentiaire indéterminée, non pas tant son homosexualité que ses comportements éphébophiles et pédophiles, un sadisme sexuel et des fétichismes². L'on voit se déplacer la frontière détachant l'homosexualité de la maladie sexuelle. De même, une affaire de 1960, *Partland v. Partland*³ concernait une demande de divorce – sur le fondement de la cruauté mentale – de la part d'une épouse, dans le cadre d'un mariage où le mari demandait à ce que son « partenaire » se joigne à la lune de miel et refusait d'abandonner son « mode de vie » : l'épouse connaissait l'homosexualité de son mari et est évoquée dans le jugement comme en position de sainteté face à *l'obscène créature* qu'est le mari, par la Cour, qui attend de ce dernier son traitement et son retour une vie familiale normale. L'homosexualité est une affliction, dangereuse pour les enfants.

802. Ainsi, dans une affaire de pédophilie, l'expertise psychiatrique est mobilisée afin de démontrer la « dangerosité » de l'homosexualité pour la « vulnérabilité » des enfants : en tant qu'agresseur sexuel, K. Roestad est condamné en 1971 à une détention préventive illimitée,

¹ *R. v. Veysey*, [1989] O.J. No. 1015 (ON. C.A.).

² *R. v. Veysey*, 2010 O.N.S.C. 3704.

³ *Partland v. Partland* (1960), 24 D.L.R. (2d) 576 (Ont. H.C.).

après avoir plaidé coupable dans vingt affaires d'agression sexuelle, sur de jeunes garçons âgés de 8 à 13 ans¹. L'utilisation médiatique de cette affaire en 1971 confirme le lien entre le caractère acquis de l'homosexualité, la déviance mentale et la pédophilie² : lien insinué par la Cour suprême dans une affaire de 1979³ (pp. 20-21 et la description de perquisitions par la Cour du bien-être social). L'homosexualité, rendue équivalente à la pédophilie, peut avoir été causée par une agression sexuelle. La Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest évoque aussi ce lien entre homosexualité et pédophilie en 1987⁴ sous la plume du juge Marshall : « serious problems of sexual adjustment and sexual orientation in life often follow. All show a certain loss in self-esteem and confusion in their own sexual orientation. Some go on to develop frank homosexuality and paedophilia itself. » Alors, l'homosexualité est décrite comme un style de vie holistique venant avec ses propres pratiques, en réaffirmant l'altérité. Est évoqué *un cercle* de l'homosexualité dans lequel il faudrait être introduit⁵ : une fois introduit, par contagion, il est presque impossible de s'en sortir. Cette idée de néophyte se retrouve dans la description du Juge Dohm pour la Cour suprême de Colombie Britannique, d'un choix malheureux de vie par une femme lesbienne : elle était nouvelle et vulnérable⁶. L'homosexualité, non naturelle, est le résultat de la *contamination* d'une personne vulnérable.

803. C'est sans nul doute dans une affaire de 1969, *R. c. Lupien*, que l'homosexualité est, très clairement, présentée comme une condition acquise et comme un trouble psychiatrique. En sus d'être amorale, l'homosexualité est anormale et pose des problèmes de sécurité publique par son caractère contagieux. En ce sens, l'expertise psychiatrique est admise par les tribunaux dans la détermination du caractère homosexuel. On citera *in extenso* l'opinion concordante du Juge Hall : « L'homosexualité n'est ni un trouble psychique, ni une maladie mentale, ni un état résultant de la débilité ou d'une infirmité mentale. C'est un attrait et une affection sexuels entre personnes du même sexe. Il y a différents degrés d'homosexualité, depuis ceux qui n'ont jamais eu un penchant sexuel normal jusqu'à ceux qui ne sont homosexuels que dans des circonstances exceptionnelles, c'est-à-dire lorsqu'ils sont totalement isolés des personnes de l'autre sexe. Chez ces derniers, l'homosexualité disparaît ordinairement dès qu'ils reviennent à un milieu normal. » Il précise « Dans quelque catégorie

¹ *R. v. Roestad* (1971), 19 C.R. (N.S.) 190 (Ont. Co. Ct), (Justice Graburn).

² MCLEOD (D.W.), *Lesbian and Gay Liberation in Canada : A Selected Anoted Chronology (1964-1975)*, ECW Press/Homewood Books, Toronto, 1996, p. 65.

³ *Guay c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 18.

⁴ *R. v. H. (E.)*, [1987] N.W.T.R. 168 (SC), au 174 : un directeur d'école est accusé d'avoir sexuellement agressé des enfants. Voir MacDOUGALL (B.), « The Legally Queer Child », *McGill L.J.*, 2004, vol. 49, pp. 1057-1091, pour une discussion : p. 1070.

⁵ *Children's Aid Society of the District of Thunder Bay c. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (Q.L.) (Prov. Div.).

⁶ *Anderson v. Luoma* (1986), 50 R.F.L. (2d) 127 (BC. S.C.).

que se trouve l'homosexuel, son état est une déviation acquise de son état normal. Personne n'est prédestiné à sa naissance à devenir homosexuel, tout comme personne ne l'est à devenir alcoolique ou narcomane. L'hérédité ne joue aucun rôle dans cette évolution; le milieu est, dit-on, le facteur décisif.»¹ Tout en réinscrivant l'hétérosexualité comme l'orientation normale du sujet de droit, le juge décrit l'homosexualité comme une déviation psychologique. C'est en cela que la caractéristique spéciale de l'homosexualité conduit la Cour à accepter la preuve d'experts psychiatres, ce qui correspond à la conception de la « déviance mentale. »

804. L'intimé plaidait qu'il n'avait aucune intention de commettre un acte de grossière indécence produisant une expertise psychiatrique visant à démontrer sa répulsion à l'endroit de n'importe quel comportement homosexuel : le déguisement en femme l'avait trompé sur la nature de sa conquête sexuelle. Dans son opinion dissidente, le juge Ritchie précise que, « il me semble que la question de savoir si un homme a ou n'a pas de tendances ou penchants homosexuels en est une qui se prête très bien au diagnostic d'un psychiatre. »² La preuve psychiatrique est liée au degré de « capacité d'un comportement. » L'homosexualité est, ainsi, *caractéristique* : « les crimes relatifs à l'homosexualité sont une catégorie à part, en ce sens que leurs auteurs possèdent souvent des caractéristiques qui les rendent collectivement plus facilement identifiables que les criminels ordinaires. » L'homosexualité est identifiée à partir de l'hétérosexualité obligatoire ; elle est un crime et cette identification pathologique autorise la production d'une communauté homosexuelle, unie autour de la déviance. Le psychiatre est compétent « sur la question de savoir si un homme est prédisposé à l'homosexualité, ou *autrement sexuellement perversi*. »³ Il s'agit d'une preuve psychiatrique de prédisposition : caractéristique d'un groupe anormal relevant de la preuve d'un expert, ainsi que la Cour d'appel de l'Ontario le confirmera dans une affaire distincte⁴. L'homosexuel est de l'ordre de la déviance, dont la rectification passe par « le retour vers l'hétéronormativité. »

b- L'homosexualité est un problème d'identité de genre : réarticuler « l'inversion »

805. Dans cette construction, la masculinité est associée à l'hétérosexualité, obligatoire et normale. Partant, l'homosexualité est regardée comme un trouble dans le genre : l'homme gay n'est pas vraiment un homme, ni la femme lesbienne, une femme. La construction de

¹ R. c. Lupien, [1970] R.C.S. 263, à la p. 279.

² R. c. Lupien, précitée, à la p. 275.

³ R. c. Lupien, précitée, à la p. 278, (nous soulignons).

⁴ R. c. McMillan (1975), 23 C.C.C. (2d) 160, 169 (Juge Martin).

l'identité normale passe par la recherche de la différence sexuelle. Dans une affaire de 1976, la cour du Banc de la Reine de Saskatchewan émit des doutes quant à la capacité pour un homosexuel de superviser les travaux universitaires d'un étudiant de genre masculin interrogeant la capacité de l'homme homosexuel à performer un genre masculin¹. Le fondement de discrimination prohibée lié au sexe n'était pas recevable en l'espèce par la profonde différence qui existe entre l'homosexuel et le genre masculin. Par ailleurs, en 1980, la défense de provocation a été acceptée dans une affaire d'homicide involontaire : les avances homosexuelles sont regardées comme des attaques remettant en question son « identité en tant qu'homme. » Les vrais hommes ne sont pas homosexuels, et l'homosexualité est regardée comme un « trouble dans le genre. »² Selon B. McDougall, « les vrais hommes ne sont pas gays. Ils sont, toutefois, il appert, sous la menace des homosexuels qui pourraient porter atteinte à leur identité de genre, de la même manière que le genre des homosexuels est douteux. »³ Cette remarque vaut pour les relations entre *femmes et féminité*.

806. Ce n'est que de façon non naturelle qu'une femme peut être attirée par une autre femme. Dans une affaire de divorce au fondement duquel réside la relation homosexuelle de l'épouse, le juge Nicholson, pour la Cour suprême de l'île du Prince Édouard, qualifie cette relation de *non naturelle*⁴, préférant échapper à la discussion de ce qui constitue un acte homosexuel (le cunnilingus), pour souligner l'anormalité plus générale de cette relation. C'est la première affaire qui souligne, expressément, la relation homosexuelle comme cause spécifique de divorce. Il faut attendre d'ailleurs une décision de la Cour suprême de Colombie Britannique de 2005 pour venir souligner que le cas d'adultère comme cause de divorce doit être apprécié similairement, s'agit-il de relations homosexuelles ou hétérosexuelles : il s'agissait en l'espèce d'un acte homosexuel masculin⁵. En somme, ce n'est qu'à partir de 2005, que la caractéristique de l'acte sexuel sera évacuée au profit de l'adultère lui-même, et donc la défense du mariage et de la famille, suivant en cela la normalisation progressive de l'identité homosexuelle. L'affaire *Lupien* précitée proposait une telle lecture de troubles genrés, en soulignant que l'intimé avait été trompé par le travestissement de l'autre homme : un *vrai* homme ne pourrait désirer un autre *homme*, une femme par contre, oui. En ce sens, il appert naturel que l'intimé ait suivi la supposée femme⁶. C'est une lecture qui se confirme

¹ *Re Board of Governors of the University of Saskatchewan and Saskatchewan Human Rights Commission* (1976), 66 D.L.R. (3d) 561 (Sask. Q.B.).

² *R. v. Fraser* (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 (C.A.).

³ MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments, op. cit.*, p. 39, (nous traduisons).

⁴ *Morrison v. Morrison* (1972), 2 Nfld. & P.E.I.R. 465 (PEI. S.C.).

⁵ *P. (S.E.) v. P. (D.D.)*, 2005 B.C.S.C. 1290.

⁶ *R. c. Lupien, précitée*.

avec une affaire non référencée en matière de garde d'enfant¹ : le travestissement est regardé comme anormal et associé à l'homosexualité. C'est, ainsi, que le juge de la Cour provinciale remet en cause la réponse négative donnée par le père à une supposée tendance homosexuelle. La Cour va jusqu'à déclarer: « I accept his evidence, and find that the father probably has latent homosexual tendencies, but that he does not practise sodomy. » La présomption d'homosexualité est associée au *cross-dressing*, lui-même associé à un trouble dans le genre ; par ailleurs, l'homosexualité est associée à la pratique d'un acte sexuel, qu'est la sodomie. En ce sens, le travesti est *un homosexuel passif*, reproduisant un genre féminin. Au total, la caractéristique homosexualité est associée à un « trouble de genre » renforçant la naturalité de la différence du « masculin » et du « féminin », et de l'hétérosexualité obligatoire.

c- L'homosexualité est un trait identitaire distinctif : l'homosexualité *fait* la différence

807. Il faut entendre par là que là où l'hétérosexualité est oubliée comme contexte invisible de jugement, l'homosexualité est vue comme déterminante : partant, là où l'hétérosexualité du sujet de droit ne serait pas soulignée, cela sera le cas de l'homosexualité. Ainsi, dans de nombreuses affaires criminelles, l'homosexualité de l'accusé est soulignée sans pour cela apporter autre chose à l'affaire, que de l'identifier comme telle : la référence n'apporte rien sauf connoter moralement l'affaire au rôle. Par ailleurs, seule l'homosexualité comme trait identitaire est soulignée contribuant à effacer la pluralité des expériences identitaires. Trois affaires en sont patentes : la connotation est liée à la réprobation morale d'un corps hautement sexualisé. En 1981, dans une affaire de responsabilité pour comportement inapproprié en dehors de ses heures de travail, un officier de police est condamné pour avoir eu des relations sexuelles avec un prostitué, et surtout en raison de la nature des relations sexuelles : une fellation. Le langage de la Cour fait apparaître le fait que ce n'est pas tant les services sexuels qui sont condamnés que leur caractère homosexuel, ce qui rend dangereux pour la sécurité publique, le comportement de l'officier². Ensuite, la Cour suprême d'Alberta condamna pour grossière indécence deux hommes ayant eu des relations sexuelles dans une voiture, dans un endroit reculé et sombre : la condamnation découle de la caractéristique homosexuelle³. C'est le cas lorsque le juge Mifflin pour la Cour d'appel de Terre-Neuve souligna en 1986 le lien qui existait entre l'homosexualité et l'acte de sodomie⁴. C'est le cas, aussi, dans une affaire de

¹ *H.I.M. v. W.A.M.*, 1994, affaire citée par MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments*, *op. cit.*, p. 39.

² *Re L. (R.)*, [1981] O.J. No. 382 (Q.L.) (Co. Ct).

³ *R. v. K. & H.* (1957), 26 C.R. 186 (Alta. S.C.).

⁴ *R. v. Ruby*, [1986] N.J. No. 154 (C.A.) (Q.L.).

1986, où l'accusé est identifié comme ayant fait des avances homosexuelles à un jeune homme de 19 ans, client d'une station service. En 1988, l'investigation criminelle souligne le contexte d'activités homosexuelles qui se dérouleraient dans les sanitaires publics d'un parc : « ce lieu public a été pris par un groupe d'hommes pour s'adonner à des pratiques homosexuelles. » En 1995, le « passé homosexuel » de l'intimé est souligné : sa tendance homosexuelle découlerait d'avances faites à un homme dans des sanitaires publics. Ces références limitent la crédibilité de l'intimé. En associant le corps homosexuel à des pratiques sexuelles, ces affaires soulignent un trait « supposément distinctif » de l'homosexualité¹.

808. De la même manière, c'est le lieu « spécifiquement homosexuel » qui est souligné dans l'affaire *Kluke* de 1987 : la personne décédée s'est rendue dans un endroit notable de promiscuité homosexuelle². Dans une affaire de 1993, dans laquelle la Cour d'appel de Colombie Britannique ne jugera pas la relation entre l'intimé et l'appelant comme une relation d'autorité ou de confiance, le juge Hollinrake décrit cette relation comme émaillée d'incidents représentés par des activités homosexuelles. Ce n'est, donc, pas tant la relation d'autorité, que le caractère « spécifiquement homosexuel » des relations dans le contexte de travail qui est noté³. On note pareil lien dans d'autres affaires où ni la relation d'autorité, ni la relation de confiance ne sont qualifiées, comme dans le cas de relations sexuelles entre un jeune sportif et son coach⁴ ou dans le cas de relations sexuelles entre un adolescent et un vieil ami de la famille⁵. Le caractère *spécifique* de ces relations sexuelles *anormales* est l'homosexualité : la pratique sexuelle en elle-même est évacuée au seul profit de l'anormalité en général de cette pratique sexuelle. La Cour d'Appel d'Alberta accorda une définition large à la notion d'erreur de fait visée par le code criminel au titre de la défense de provocation : il s'applique à une personne qui agit honnêtement, mais par erreur, à une provocation patente. Il s'agissait de « provocations homosexuelles, » conduisant le juge Hutchinson à évoquer des *avances homosexuelles non invitées*⁶. Encore récemment, une demande de probation a été acceptée par la Cour du Banc de la Reine d'Alberta dans le cadre d'un plaider coupable sur homicide. L'accusé a étranglé un autre homme avec un câble, afin de repousser des avances homosexuelles : la demande de probation a été acceptée⁷. Ce n'est pas étonnant que le contexte criminel de la « défense de provocation » souligne l'homosexualité comme contexte

¹ Affaires non référencées citées par MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments, op. cit.*, p. 40.

² *R. v. Kluke*, [1987] O.J. No. 766 (C.A.) (Q.L.).

³ *R. v. Caskenette* (1993), 80 C.C.C. (3d) 439 (BC. C.A.).

⁴ *R. v. Weston*, [1997] A.J. 263 (Q.B.) (Q.L.).

⁵ *R. v. W.J.M.* (2000), 194 Nfld. & P.E.I.R. 38 (Nfld. S.C.).

⁶ *R. v. Hansford* (1987), 33 C.C.C. (3d) 74 (Alta. C.A.), (juge Hutchinson).

⁷ *R. v. Durocher* (2007), 413 A.R. 117 (Alta. Q.B.).

atténuant, puisque dans un *obiter* en 1986, la Cour d'appel du Manitoba décrivit la personne décédée comme étant connue pour son « mode de vie homosexuel, » et pour se rendre dans des bars visant cette clientèle¹. Au total, « le ton du langage témoigne de la désapprobation de la cour et sa condescendance envers l'homosexualité. Aussi évidente est l'idée de menace posée par l'homosexualité, l'idée que l'homosexualité consiste surtout à prendre de mauvaises habitudes. »² En ce sens, seule l'identité homosexuelle construit la subjectivité juridique des individus, à défaut de leurs autres traits identitaires. Si la spécificité de l'homosexualité est évaluée en regard de l'hétérosexualité, la norme identitaire de l'homosexualité commence à être reliée à un corps blanc, comme norme raciale, et à l'athéisme, en matière de spiritualité.

809. Au terme de cette déconstruction de la *caractéristique homosexualité*, telle qu'elle est mobilisée par les cours canadiennes, il n'appert pas que l'enjeu soit celui de savoir si l'homosexualité est acquise ou innée. Ces deux approches sont complémentaires. Ce qui est important, par contre, est à quel point est rendue indisponible l'identité homosexuelle des individus eux-mêmes au profit de leur reconstruction judiciaire. En somme, l'expérience des individus n'a que peu d'utilité sur leur maîtrise des discours, *sur eux*. La caractéristique homosexualité représente trois traits identitaires : son caractère *modifiable*, le trouble dans le *genre*, et son caractère *spécial*. Cette représentation permet de déconstruire la représentation juridique du *corps homosexuel* : déviant ou dangereux, il est essentiellement blanc et athée.

2- L'évolution de la représentation juridique du *corps homosexuel*

810. Cette évolution caractérise une transformation dans les frontières d'acceptabilité et de normalité de la citoyenneté sexuelle. On peut, en effet, noter trois transitions principales. Tout d'abord, le corps homosexuel est hautement sexualisé : on réduit l'identité homosexuelle à un acte sexuel. L'enjeu est de séparer *l'être* de *l'agir* en soignant les corps homosexuels, *i.e.* en les hétéro-sexualisant. Cette sexualisation ne pouvait que conduire les cours, dans un second temps, à réduire le corps homosexuel à une *orientation sexuelle* au titre de l'article 15 de la Charte canadienne, ce qui traduit à la fois l'orientation sexualisée du corps et l'orientation du corps homosexuel selon des normes identitaires reconstruites par les cours. Enfin, la dernière étape a été la normalisation du corps homosexuel toléré à travers *la déssexualisation* du corps et *l'hétéronormativisation* de l'homosexuel. Cette dernière étape a contribué à déplacer les

¹ R. v. Ryznar (1986), 43 Man. R. (2d) 143 (C.A.).

² MACDOUGALL (B.), *Queer Judgments*, *op. cit.*, p. 40, (nous traduisons).

frontières de l'acceptabilité sociale – ce corps reste, essentiellement, lascif. L'homosexuel est *une espèce judiciaire*. Finalement, tout autre marqueur identitaire est effacé dans le cadre de l'homosexualité : l'homosexuel est un homme blanc sexualisé, contagieux, et sans religion.

a- La sexualisation du corps : du sodomite déviant à l'hétéro-sexualisation

811. Suivant les discours disciplinaires dominants, le corps homosexuel est un sodomite « lascif et contagieux, » dont la psychologie est tournée vers l'attraction pour les activités sexuelles anormales. Trois éléments sont structurants ici. Tout d'abord, la réduction du corps homosexuel à l'acte sexuel. L'enjeu devient, dès lors, de distinguer l'être de l'agir. Ensuite, l'effacement du corps lesbien comme corps sexuel : la sexualisation est le fait du corps gay. Enfin, les cours ont discipliné ces corps en les faisant retrouver le chemin de l'hétérosexualité.

812. Le sodomite déviant. Est topique de ce marquage, l'affaire *Klippert* jugée en 1967 par la Cour suprême du Canada dans un cas de grossière indécence, au sens de l'art. 149 du code criminel¹. L'affaire *Klippert* est connue pour être la dernière condamnation en vertu du code criminel, pour homosexualité, avant sa dépénalisation en 1969 : la condamnation de Klippert, mécanicien dans les Territoires du Nord-Ouest, fut discutée devant le Parlement Fédéral. L'intimé est condamné pour quatre cas de grossière indécence, et en sus, condamné pour comportement sexuel dangereux, en vertu de l'article 659(b) du code criminel : le témoignage de deux experts psychiatriques a souligné la persistance dans la carrière de déviant sexuel en ce que l'intimé ne pourra pas contrôler dans le futur ses pulsions sexuelles envers d'autres mâles *consentants*. La détention préventive et illimitée à laquelle il a été condamné par le juge est confirmée par la Cour d'appel et par la Cour suprême. Cette affaire souligne à quel point le corps homosexuel est « lascif » : alors que des rapports hétérosexuels consentants seraient jugés normaux, c'est l'homosexualité de l'acte sexuel qui rend George Klippert dangereux. Ainsi que le note l'opinion majoritaire, « the evidence reasonably indicates that the appellant is a person who, **by his conduct in sexual matters**, has shown **a failure to control his sexual impulses.** »² Il pourrait s'en prendre sans risque de lésions à d'autres hommes consentants et « propager » cette déviance. Cette réduction de l'identité homosexuelle à l'acte sexuel – la sodomie – a été aussi le cadre interprétatif de la Cour suprême des États Unis, dans son affaire

¹ *Klippert c. La Reine*, [1967] R.C.S. 822.

² *Klippert c. La Reine*, précitée, p. 832, (juge Fauteux).

Bowers : la criminalisation de l'homosexualité passait par la criminalisation de l'acte sexuel réduisant l'homosexuel au sodomite déviant. L'identité est bien, encore, un acte sexuel¹.

813. Ce n'est, donc, ni le risque physique, ni la violence d'un acte sexuel non consenti, qui est condamnable, simplement la réitération d'un acte homosexuel : « they do not suggest that he sought out youthful partners for his misconduct. What they did foresee was the likelihood of the appellant committing further acts of gross indecency with other consenting adult males. »² Klippert est demeuré en détention jusqu'en 1971. Dès lors, le corps homosexuel est bien un corps lascif qui est réduit à l'acte sexuel. Dans une affaire de meurtre commis par un homme ayant supposément des tendances homosexuelles³, la Cour d'appel de l'Ontario a accepté de définir l'identité homosexuelle de l'accusé par la seule réalisation d'actes sexuels homosexuels. En somme, l'acte sexuel suffit à qualifier l'identité sexuelle. La Cour d'appel de l'Ontario précisera en 1982, dans une affaire d'homicide, que si l'acte sexuel homosexuel suffit à qualifier l'identité homosexuelle de l'accusé, cela n'implique pas, toutefois, qu'il soit un homosexuel actif⁴. Les exemples sont légion : l'acte sexuel est évident dans *R. v. K. and H.* de 1957 dans le cadre d'une relation sexuelle dans une voiture ; la sodomie est visée dans *H.I.M. v. W.A.M.* ou dans *R. v. Ruby*, précitées, ou plus généralement de relations sexuelles anales⁵ ; c'est la grossière indécence dans *Veysey* ; l'acte de fellation dans *Lupien*, dans *Re L.(R.)*, ou encore dans *R. v. White*⁶ ; un acte de masturbation et pré-éjaculation⁷. Le corps homosexuel est « hautement sexualisé » : ainsi, en est-il des actes sexuels commis par des hommes dans des sanitaires publics⁸. Pareillement en matière de pornographie, les arrêts des cours canadiennes conduisent à associer le corps homosexuel au « besoin » d'une imagerie sexuelle : le corps homosexuel est associé à la représentation de « scènes obscènes. »⁹

814. Plusieurs conséquences en découlent. D'abord, l'appauvrissement de l'identité et de la parenté homosexuelles, conduisent les cours à associer le corps homosexuel à *l'échec* : c'était le cas pour une relation lesbienne jugée *malheureuse* dans *Anderson v. Luoma*, le caractère dysfonctionnel d'une parenté homosexuelle pour la Cour d'appel fédérale dans *Re A.G. &*

¹ HALLEY (J.E.), « Reasoning About Sodomy: Acts and Identity In and After *Bowers v. Hardwick* », *Va. L.Rev.*, 1993, vol. 79, pp. 1721-1780.

² *Klippert c. La Reine*, précitée, à la p. 829.

³ *R. v. Glynn* (1971), 5 C.C.C. (2d) 364 (ON. C.A.).

⁴ *R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437 (ON. C.A.).

⁵ *Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* [1995], 2 F.C. 331 (F.C.T.D.) ; *R. v. Carmen M.* (1995), 23 O.R. (3d) 629 (ON. C.A.).

⁶ *R. v. White* (1975), 25 C.C.C. (2d) 172 (ON. C.A.).

⁷ *R. v. Mailhot* (1996), 108 C.C.C. (3d) 376 (QC. C.A.).

⁸ *R. v. LeBeau*, [1988] O.J. No. 51 (ON. C.A.).

⁹ *Re Priape Enrg. and the Deputy Minister of National Revenue*, (1979), 52 C.C.C. (2d) 44 (QC. S.C.) ; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 ; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Minister of Justice* (1996), 131 D.L.R. (4th) 486 (BC. S.C.) (voir *infra*).

*Mossop*¹, ou dans l'arrêt *Egan*². Aussi, la sexualisation est morbide et associe le corps sexualisé au corps en échec par rapport aux représentations hétérosexuelles de la « réussite. »

815. Ensuite, les homosexuels réduits à un corps sexuel sont considérés comme contagieux, et comme faisant « étalage » de leur sexualité. On retrouve cela en matière de garde d'enfants comme dans *Saunders v. Saunders* où il est supposé que le père et son conjoint feront étalage de leur sexualité devant l'enfant « du fait » de leur homosexualité³. La Cour suprême de Colombie Britannique confirme l'hétérosexualité de nature des enfants ou, en tout cas, la « téléologie normale » de développement de l'enfant, et le risque de contagion que lui feraient courir des parents homosexuels : selon le juge Paris, ce doute n'est pas déraisonnable⁴. La difficulté à penser l'enfant homosexuel provient à la fois de l'hétérosexualité de nature, et de la possibilité d'une « contagion » par un parent lui-même homosexuel⁵. Cette possibilité de contagion se retrouve dans la spéculation, par un journal, sur l'orientation sexuelle et par la révélation de la maladie (V.I.H.) de M. Valiquette, enseignant dans une école secondaire. La Cour d'appel du Québec a condamné le journal pour préjudice moral⁶.

816. Enfin, en découle la nécessité de disjoindre l'identité homosexuelle de l'acte sexuel : aimer le pêcheur, mais abhorrer le pêché. En somme, il faut accepter les homosexuels, dès lors qu'ils ne s'engagent dans aucune activité homosexuelle. C'est une ratio que l'on retrouve dans *Mossop* ou dans *Egan*, mais aussi dans *Andrews*⁷ : dans cette dernière affaire le juge McRae compare les couples de même sexe à des couples hétérosexuels de même sexe à l'image de frères, de sœurs, ou de cousins. Le lien émotionnel n'est pas aussi fort, ni de même « nature » que dans le contexte d'une relation hétérosexuelle. Par conséquent, le corps homosexuel est « morbide, sexuel, contagieux, » mais il peut être « soigné. »

817. La lesbienne effacée. En regard de la sexualisation du corps masculin homosexuel, il est patent de voir à quel point, par contre, le corps féminin lesbien est effacé ou déssexualisé. En ce sens, la lesbienne est agencée à partir du genre et non à partir de l'orientation sexuelle : la lesbienne n'est pas une femme, et la femme est par essence féminine. Aussi, l'acte sexuel

¹ *Re A.-G. of Canada and Mossop* (1990), 71 D.L.R. (4th) 661 (F.C.A.).

² *Egan v. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513.

³ *Saunders v. Saunders* (1989), 20 R.F.L. (3d) 368 (BC. Co. Ct).

⁴ *R. v. Noyes* (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 306 (S.C.).

⁵ Sur cette question : MACDOUGALL (B.), « The Legally Queer Child », *op. cit.*, p. 1057.

⁶ *The Gazette c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30, (J.C. Michaud).

⁷ *Re Andrews and Minister of Health for Ontario* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (ON. H.C.).

lesbien est effacé. Partant, dans la décision *Morrison v. Morrison*¹ de 1972, ce qui constitue le caractère dommageable fondant une action en divorce est la relation lesbienne en tant que telle : la Cour omet de discuter de la caractérisation de l'acte sexuel lesbien, en l'espèce *le cunnilingus*, refusant de s'interroger, à la différence des corps masculins gays, sur la réduction du corps lesbien à un acte sexuel. En somme, la lesbienne est effacée à travers l'absence de référence à l'acte sexuel : c'est un refus, de la part des cours, à « sexualiser » ce corps. Cette lecture se confirme avec la décision *Gaveronski v. Gaveronski* de 1974 – également relative à une action en divorce – dans laquelle la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan devait s'interroger sur la qualification d'un acte intime entre deux femmes². En l'espèce, le fait que Mme Gaveronski et Mme F. se soient caressées leurs poitrines respectives ne constitue pas un acte homosexuel. La femme est exclue de l'identité homosexuelle, sous prétexte qu'elle ne dispose pas de l'anatomie nécessaire, afin de performer un « acte sexuel répréhensible. » Cette déssexualisation est évidente dans des affaires d'adoption d'enfant³ ou de pension alimentaire (*Anderson v. Luoma* ou *M. c. H.*). Le corps sexualisé est celui de l'homme gay : la lesbienne n'est pas représentée comme ayant une vie sexuelle. Ceci est bien lié au « genre. »

818. Le havre hétérosexuel. Outre le fait d'aimer le pêcheur en distinguant l'identité de l'acte sexuel, deux stratégies ont été adoptées afin de « soigner » le corps homosexuel. La première consistait à effacer totalement l'identité homosexuelle, ou l'activité homosexuelle, là où, pourtant, elles étaient évidentes. Cette stratégie se retrouve dans une décision *White v. The Queen*⁴ : la possibilité même de l'homosexualité est écartée par la Cour, dans une affaire où deux marins étaient, très clairement, en train de s'ébattre le soir à 23h30, sur un gazon devant un restaurant. Le juge Ritchie pour la Cour, notant qu'il était conscient des habitudes de sortie des marins, confirma qu'il s'agissait sans nul doute d'une soirée trop arrosée et que les deux hommes avaient du trébucher. La possibilité de l'acte homosexuel est écartée. Cette stratégie se retrouve devant la Cour du Banc de la Reine du Manitoba en 1975 dans le cas d'un couple lesbien : le mari avait engagé une action en divorce sur le fondement d'actes homosexuels. Ce qui aurait constitué un acte sexuel dans le cadre d'une relation hétérosexuelle est écarté, par le juge en chef de la Cour du Banc de la Reine, alors que les deux femmes avaient elles-mêmes reconnu avoir entretenu une relation intime⁵.

¹ *Morrison v. Morrison* (1972), 2 Nfld. & P.E.I.R. 465 (P.E.I. S.C.).

² *Gaveronski v. Gaveronski* (1974), 45 D.L.R. (3d) 317 (Sask. Q.B.).

³ *Re K. and B.* (1995), 23 O.R. (3d) 679 (Ont. Prov. Ct.).

⁴ *White v. The Queen* (1964), 44 C.R. 75 (NB. S.C. App. Div.).

⁵ *T. v. T. and W.* (1975), 24 R.F.L. 57 (Man. Q.B.), (Dewar C.J.Q.B.).

819. L'homosexualité est révisable, et la guérison passe par le retour vers l'hétérosexualité. De nombreux exemples émaillent les tribunaux, particulièrement en matière familiale et de garde d'enfants. Ainsi, dans une affaire de 1993, *Layland*, une Cour divisionnaire de l'Ontario refusa de considérer que le refus d'une licence de mariage pour deux personnes de même sexe constituait une discrimination sur la base de l'article 15 de la Charte canadienne (cette décision sera par la suite renversée). La notion de mariage est liée à la protection de la famille et à l'éducation des enfants : la « reproduction » de l'espèce. Ce n'est pas une discrimination, puisque les homosexuels peuvent se marier avec une personne de sexe opposé, ce que le juge Southey leur conseille de faire : « the law does not prohibit marriage by homosexuals, provided it takes place with a person from the opposite sex, is the result of their own preferences, not a requirement of the law. »¹ La guérison de l'homosexualité passe par un retour à l'hétérosexualité, notamment à travers le mariage, et la procréation.

820. Dans des affaires de garde, les juges n'ont pas hésité à signifier que ce n'est qu'en cas de révision de leur choix de mener un style de vie homosexuel, que la décision relative à la garde de l'enfant serait, elle-même, révisée. Le sacrifice d'un mode de vie homosexuel a permis à une mère de recouvrer la garde de ses deux filles qui avait été confiée à leur père. Le juge MacKinnon allant jusqu'à déclarer : « It is, in my view, relevant and significant that the mother would risk losing of the girls rather than terminate her cohabitation with Mrs Whittle. »² L'abandon de l'homosexualité, et le retour à une vie familiale normale, est la condition pour « garantir » la garde de ses enfants. C'est, parfois, une stratégie de chantage employée par les cours. Ainsi, dans une affaire de 1985, la Cour demanda à M. Worby d'abandonner sa relation amoureuse homosexuelle dans l'espoir d'avoir la garde de nuit de ses enfants. Cette position de la Cour fait référence aux dangers de pédophilie et de contagion, associés au mode de vie homosexuel, crainte soulevée par la mère et confirmée par le juge McIntyre, pour la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan : « I can readily understand and I share Mrs Worby's concern about overnight access because it could be harmful to the children while his present life-style continues. »³ L'hétérosexualité est recommandée au père afin d'accéder à un mode de vie normal. La normalisation de l'homosexualité passe par *l'hétéro-sexualisation*, ce qui changera avec les effets de la Charte, lorsque l'on passera à une *hétéro-normativisation*. L'homosexualité est toujours supposée comme pouvant être écartée, c'est-à-dire non fondamentale pour l'existence des individus. Dans certaines affaires de garde,

¹ *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (ON. Div. Ct).

² *Elliott v. Elliott*, [1987] B.C.J. No. 43 (S.C.) (Q.L.).

³ *Worby v. Worby* (1985), 48 R.F.L. (2d) 369 (Sask. Q.B.).

il ne s'agit pas d'abandon mais de camoufler l'homosexualité en *mimant* l'hétérosexualité. Il s'agit d'une forme de régulation auto-disciplinaire des corps homosexuels : faire chambres séparées afin d'éviter toute propagande lesbienne – « preached the joys of lesbianism »¹ – ou adopter un comportement discret assurant le contact avec des « proches hétérosexuels. »²

821. L'homosexualité est bien réduite à l'expression lascive d'un acte sexuel déviant, dont la figure topique est celle du *sodomite* : les lesbiennes en sont écartées, tant cette possibilité est grotesque. La stratégie curative de l'homosexualité, engagée par les tribunaux, durant cette période de sexualisation des corps, réside soit dans l'effacement de l'homosexualité, soit dans l'hétéro-sexualisation obligatoire des homosexuels. L'hétérosexualité demeure, bien, la norme implicite des corps. Les décisions de ces cours changent avec les effets de la Charte, alors que de nouveaux processus de régulations biopolitiques et disciplinaires se mettent en place.

b- Le corps entre *sexualisation* et *hétéro-normativisation* : l'orientation sexuelle

822. L'identité homosexuelle n'est plus alors entendue qu'à travers le fondement juridique de l'orientation sexuelle. L'héritage de la Charte a été celui, à la fois, des subjectivités juridiques transgressives et des subjectivités juridiques normalisées³ : le modèle légal de la subjectivité juridique demeure l'hétérosexualité, tout en ayant absorbé « certains » corps homosexuels. Partant, c'est un jugement contrasté qu'il faudrait adopter si l'on devait juger la Cour suprême relativement aux droits des personnes gays et lesbiennes et une transition vers une démocratie *moderne*⁴. La modernité ne serait plus l'hétérosexualité, mais *l'hétéronormativité* : c'est, en toute vraisemblance, à ce type de conclusion que nous invite la Charte canadienne⁵. En effet, le fondement juridique des actions devant les cours a majoritairement consisté en une violation du principe d'égalité. Or, les affaires jugées sur ce fondement « n'ont jamais conduit à l'application de ce principe lorsque les valeurs dominantes, opposées, auraient eu à en subir les effets : une conception formelle de l'égalité, couplée au respect pour les valeurs familiales traditionnelles et la déférence envers le

¹ K. v. K. [1976] 2 W.W.R. 462 (Alta. Prov. Ct).

² D. v. D. (1978), 88 D.L.R. (3d) 578 (ON. Co. Ct).

³ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gaymen, and the Canadian Charter », *op. cit.*, p. 223.

⁴ HICKS (B.M.), « *The Transition to Constitutional Democracy: Judging the Supreme Court on Gay Rights* », *Rev. of Const. Stud.*, 2003, vol. 8, n°2, pp. 203-227.

⁵ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, 1993. EATON (M.), « Lesbians, Gays, and the Struggle for Equality Rights: Reversing the Progressive Hypothesis », *Dalh. L.J.*, 1994, vol. 17, pp. 130-186. GOTELL (L.), « *Queering Law* », *op. cit.*, p. 89. COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, 2002.

législateur ont en assuré le cœur normatif»¹ (même si les institutions familiales ont été ouvertes à la parentalité gay). Lorsque le principe d'égalité a concerné partant l'identité homosexuelle², il semblerait avoir prorogé les grandes orientations disciplinaires sociales : l'orientation sexuelle a été un principe de régularisation de l'identité.

823. L'orientation sexuelle a contribué à un processus « d'altérisation, » similaire à celui qu'avait été la distinction de l'homosexualité et de l'hétérosexualité³. Le processus est donc, contradictoire : chercher l'inclusion dans le discours juridique par la protection offerte par l'orientation sexuelle, tout en étant, dans le même temps, confirmé dans ce non espace social. La catégorie orientation sexuelle par laquelle la visibilité juridique des individus homosexuels a été permise, était caractérisée par son absence totale de droits. Dès lors que l'orientation sexuelle a été acceptée comme fondement analogue prohibé de discrimination, plusieurs phases en sont venues élargir le champ juridique : restreinte d'abord au contexte purement privé des relations personnelles, elle a ensuite été appliquée aux contextes administratifs, puis, plus largement, aux contextes publics. Il n'en demeure pas moins que les cours canadiennes ont été plus promptes à reconnaître des avantages juridiques sur le fondement de l'orientation sexuelle dans des contextes majoritairement privés de relations interpersonnelles⁴.

824. La reconnaissance de l'identité homosexuelle par les cours a fait suite à l'enchâssement d'un principe d'égalité substantielle en 1982 et la transformation de son cadre d'analyse avec la décision *Andrews* précitée : il ne s'agit pas de reconnaître *stricto sensu* une identité, plutôt que d'empêcher *une discrimination*. C'est par cette ouverture que les sujets de droit ont fondé leurs requêtes : la création de cette catégorie assure « l'invisibilité critique » de la norme⁵. En effet, une déviation par rapport à la norme *demeure* le problème. Particulièrement évident, est l'utilisation de la caractéristique immuable en décrivant le lien entre l'individu et l'orientation sexuelle, contribuant à la naturalisation de l'hétérosexualité. Acceptés ou tolérés, les corps homosexuels demeurent marqués par « une trace de différence » : « la création de catégories est le moyen par lequel les groupes qui dévient de cet « arrière plan normatif » sont marqués par une caractéristique qui les régule, les contient et les constitue. »⁶

¹ LAJOIE (A.), GÉLINEAU (E.), JANDA (R.), « When Silence is No Longer Acquiescence: Gays and Lesbians Under Canadian Law », *Can. J. of L. & Soc.*, 1999, vol. 14, n°1, pp. 101-126, (nous traduisons).

² HERMAN (D.), « Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation », *Osgoode Hall L.J.*, 1990, vol. 28, no. 4, pp. 789-815.

³ LAHEY (K.A.), *Are We 'Persons' Yet?*, *op. cit.*, p. 11.

⁴ LAHEY (K.A.), *Are We 'Persons' Yet?*, *op. cit.*, p. 18.

⁵ STYCHIN (C.F.), « Essential Rights and Contested Identities: Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada », *Can. J. of L. & Soc.*, 1995, vol. 8, n°1, pp. 49-66, p. 54.

⁶ STYCHIN (C.F.), « Essential Rights and Contested Identities », *op. cit.*, p. 56, (nous traduisons).

825. L'orientation sexuelle a progressivement été incluse au titre des fondements analogues prohibés de discrimination protégés par l'article 15(1) de la Charte. Il faut comprendre cette protection comme la confirmation de la régulation précédente : la protection de l'identité n'a rien à voir avec le sexe ou le statut familial, mais avec la sexualité, ce que traduit l'*orientation* sexuelle. Il s'agit d'orienter dans l'espace les corps étrangers dans un domaine par excellence soumis aux jugements moraux : en cela, il faut approcher avec beaucoup de précautions l'idée d'un progrès des homosexuels à travers les luttes pour l'égalité¹. Les premières grandes demandes de protection, à travers les instruments des Chartes provinciales, ont été marquées par des échecs. Plus particulièrement, trois affaires ont eu une portée publique importante.

826. Selon M. Smith, « ces affaires mettent en lumière un aspect paradoxal du discours des droits. Ceux opposés à l'inclusion de l'orientation sexuelle dans les lois sur les droits de la personne prétendaient généralement que ces discriminations n'existaient pas. »² Aussi, les plaignants devaient faire advenir cette discrimination. Les deux premières concernaient des discriminations dans le contexte de l'emploi, en raison de leur orientation sexuelle par deux hommes, *Doug Wilson* en Saskatchewan³ et *John Damien* en Ontario⁴. La troisième concernait le refus d'un journal de Colombie Britannique de publier une annonce pour promouvoir la vente d'abonnements à une publication destinée aux homosexuels⁵. La discrimination n'a pas été jugée qualifiée, dans la mesure où l'orientation sexuelle n'était pas incluse dans les Chartes provinciales. L'homosexualité implique une question d'ordre sexuel, non liée au sexe ou au statut familial : partant, dès lors que l'orientation sexuelle n'est pas protégée, il n'existe aucune expérience de discrimination. C'est une situation qui s'est manifestée, aussi, en droit américain avec la disponibilité ambiguë du « sexe. »⁶ La « discrimination » ne peut être comprise dans le cas de l'homosexualité, qu'à travers la catégorie de l'orientation sexuelle. Elle est invisibilisée ou nettement pré-encadrée.

827. Ces affaires ont conduit les associations de promotion des droits à centrer leurs demandes autour de la modification des Chartes, de sorte à y inclure l'orientation sexuelle, en

¹ EATON (M.), « Lesbians, Gays, and the Struggle for Equality Rights », *op. cit.*, p. 17.

² SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada*, *op. cit.*, p. 49, (nous traduisons).

³ *Re Board of Governors of the University of Saskatchewan and Saskatchewan H.R.C.* (1976), 66 D.L.R. (3d) 561 (Sask. Q.B.).

⁴ *Re Damien and Human Rights Commission* (1976), 12 O.R. (2d) 262 (H.C.J.) ; *Damien v. Ontario Racing Commission* (1975), 11 O.R. (2d) 489 (H.C.J.).

⁵ *Vancouver Sun v. G.A.T.E.* (1976) (non répertorié) (BC. S.C.) ; *Re Vancouver Sun and G.A.T.E.* (1977) 77 D.L.R. (3d) 487 (BC. C.A.) ; *G.A.T.E. c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435.

⁶ STEIN (E.), « Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights », *U.C.L.A. L.Rev.*, 2001-2002, vol. 49, pp. 471-518.

tant que caractéristique *immuable*. Aussi, les cours canadiennes ont-elles refusé de voir dans l'homosexualité autre chose que de la « sexualité. » Dans des décisions comme *North and Matheson*¹, ou *Vogel v. Manitoba*², le fondement de discrimination lié au statut marital ou au mariage est écarté lorsqu'il est appliqué à l'identité homosexuelle : la notion de famille est difficilement applicable dans le cas d'une parenté homosexuelle, ainsi que le confirme la Cour d'appel fédérale en 1990³. Ce différentialisme biologique entre les couples homosexuels et hétérosexuels avait été au cœur de l'affaire *Andrews* de 1988 et avait, donc, inscrit la parenté homosexuelle dans une quiddité distincte de la famille⁴. Aussi, la famille lesbienne, dans *Andrews*, est traitée de la même manière que n'importe quel autre couple « non marié » de la province. Ce réductionnisme sexuel est encore plus évident avec la décision *Mossop* étudiée *supra* : la notion de statut familial est inapplicable dans le cas d'une identité homosexuelle qui appelle nécessairement, une question de sexualité et d'orientation sexuelle.

828. L'affaire est jugée mal fondée: le demandeur aurait dû fonder sa demande relativement à l'inconstitutionnalité de la loi fédérale sur les droits de la personne. Selon N. Iyer, « pour le CJ Lamer, *Mossop* n'appartenait pas à l'étiquette 'statut familial' car la différence pertinente face à l'identité sociale dominante exprimée par cette étiquette comprenait des variations face aux valeurs familiales normales. »⁵ Aussi « car *Mossop* est gay il présente une identité sociale sexuelle; sa sexualité dépasse tous les autres aspects de son identité sociale, et n'appartenait alors qu'à l'étiquette de 'l'orientation sexuelle'. » Dès lors que le sujet juridique est identifié comme homosexuel, il ne peut qu'être saisi juridiquement à travers *l'orientation sexuelle* : sa sexualité prend le dessus sur n'importe quel autre aspect de sa personnalité juridique. La décision *Mossop* souligne une profonde division de la Cour, qui se retrouvera dans la décision *Egan* de 1995, contribuant à renforcer le caractère essentiellement hétérosexuel de la famille.

829. Il faut noter, toutefois, que cette décision est congruente à une évolution des cours, quant à l'inclusion de l'orientation sexuelle, au titre des fondements analogues prohibés. Dès lors que l'orientation sexuelle a été admise en tant que fondement analogue, les cours se sont refusées à élargir les bénéfices familiaux ou maritaux aux couples lesbiens et gays⁶. La première affaire a avoir été fructueuse sur le terrain de l'orientation sexuelle, fut portée devant

¹ *Re North and Matheson* (1974), 2 D.L.R. (3d) 280 (Man. Co. Ct).

² *Vogel v. Manitoba*, [1983] 4 C.H.R.R. D/1654.

³ *Re A.-G. of Canada and Mossop*, précitée.

⁴ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, p. 225.

⁵ IYER (N.), « Categorical Denials », *op. cit.*, p. 195, (nous traduisons).

⁶ EATON (M.), « Patently Confused », *op. cit.*, p. 222.

la Cour supérieure du Québec en 1979¹, ce qui s'inscrit dans un contexte plus général québécois en faveur de la lutte contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Dans cette affaire, une école était condamnée pour ne pas avoir accommodé une organisation homosexuelle en violation du principe d'égalité, même si cet accommodement est contraire aux valeurs religieuses de l'établissement. Plusieurs décisions sont, successivement, venues inscrire l'identité homosexuelle dans le rayon de l'orientation sexuelle. Une décision de la Cour d'appel fédérale fait suite à un précédent infructueux qui avait trait à une discrimination fondée sur l'homosexualité dans le cadre de la Gendarmerie Royale du Canada : l'appelant avait accepté un règlement amiable et ce en raison de l'absence de l'orientation sexuelle².

830. Ainsi, la Cour fédérale d'appel en 1989 a inclus l'orientation sexuelle au titre des fondements prohibés de discrimination et est, ainsi, venue garantir les droits d'un prisonnier homosexuel au titre des programmes de visite³. De la même manière, une Cour fédérale est venue annuler le renvoi d'un homosexuel des forces armées canadiennes sur le fondement analogue de l'orientation sexuelle⁴. La Cour suprême de Colombie Britannique en 1991 est venue déclarer inconstitutionnelle la définition restrictive du terme « époux » contenue dans une loi provinciale relative à la sécurité sociale⁵. Cette décision fait suite à la prémisse de la Cour suprême qui, en 1990, avait reconnu ce fondement analogue, tout en ne l'appliquant pas dans les faits de l'espèce : il s'agissait d'un recours contre les financements provinciaux en matière de recherche sur la trithérapie⁶. Ces cours reconnaissent l'orientation sexuelle au titre des fondements prohibés de discrimination enchâssés à l'article 15(1) de la Charte.

831. La première « grande » décision relative à l'orientation sexuelle est considérée comme étant celle de la Cour d'appel de l'Ontario, *Haig and Birch*, concernant un cas de discrimination dans l'armée. La Cour d'appel est venue rappeler que l'absence de protection de l'orientation sexuelle dans la loi canadienne sur les droits de la personne était contraire à l'article 15 de la Charte canadienne⁷. Cette décision a été, très rapidement, reprise par les tribunaux inférieurs (faisant l'objet d'un commentaire dans *Mossop*), et notamment par un tribunal des droits de la personne d'Ontario en 1993 *Leshner* : la lecture restrictive du partenaire auquel sont alloués les avantages dus aux employés gouvernementaux est illégale,

¹ *L'association A.D.G.Q. v. Catholic School Commission of Montreal* (1979), 112 D.L.R. (3d) 230 (QC. Sup. Ct).

² *Stiles v. The Queen* (1986), 13 F.T.R. 234 (F.C.T.D.).

³ *Veysey v. Correctional Service of Canada* (1989), 29 F.T.R. 74 (F.C.A.).

⁴ *Bordeleau v. Canada*, [1989] F.C.J. No. 553 (F.C.T.D.).

⁵ *Knodel v. B.C. (Medical Service Committee)* (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (BC. S.C.).

⁶ *Brown v. B.C. (Minister of Health)* (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (BC. S.C.).

⁷ *Haig and Birch v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (ON. C.A.).

et contraire à l'article 15¹. La Cour suprême de Terre-Neuve déclara pareillement contraire à la Charte la non-inclusion de l'orientation sexuelle dans la loi provinciale sur les droits de la personne, en 1995²; de même que la Cour suprême du Canada fera une lecture inclusive de l'orientation sexuelle dans la loi albertaine sur les droits de la personne avec *Vriend*³ (*infra*).

832. De cette évolution, il en découle un effet juridique progressif de l'orientation sexuelle, à géométrie variable, toutefois, visant principalement les cas de discriminations manifestes dans l'emploi – et notamment l'armée⁴ – ou la prohibition des relations sexuelles anales, toujours interdites par l'article 159. Ainsi, une Cour fédérale jugera, conséquemment, qu'il ne peut être soutenu que l'objet de l'article 159 du Code criminel présente un but qui soit constitutionnel⁵, ce que confirme la Cour d'appel de l'Ontario en 1995⁶. De ce point de vue, l'orientation sexuelle a confirmé la « nature sexuelle » du corps homosexuel. En effet, l'affaire *Mossop* confirme en 1993, que le corps homosexuel ne peut qu'être lié à l'orientation sexuelle et non pas à un autre aspect de l'identité : l'homosexuel demeure un corps sexuel. Partant, ces décisions des années 1990, régulant l'homosexuel à travers l'orientation sexuelle, contribuent à rendre *distinct*, ce mode de vie, de la normalité de l'hétérosexualité : il y a une différence de nature. L'égalité et l'orientation sexuelle ne remettent pas en cause le privilège hétérosexiste en matière familiale⁷. Cette ambivalence est frappante dans l'affaire *Egan*, jugée par la Cour suprême du Canada en 1995⁸. La Cour confirma, en majorité, qu'il fallait faire une lecture inclusive de l'article 15(1) de la Charte en y incluant l'orientation sexuelle.

833. Toutefois, dans une matière qui touchait profondément à la « parenté homosexuelle, » puisqu'il s'agissait de savoir si la notion de « époux » visée par la *Loi sur la Sécurité de la Vieillesse*, incluait les partenaires de même sexe, de sorte à assurer une pension de réversion en cas de décès, une majorité de la Cour jugea que cette violation du principe d'égalité était justifiée au stade de l'article 1^{er}. La majorité fonde son raisonnement sur une considération des réalités biologiques et sociales qui sous-tendent la conception du mariage traditionnel : la reproduction de l'espèce. La spécificité *sexuelle* des relations homosexuelles les distingue des personnes qui sont exclues de cette loi et des couples hétérosexuels qui y sont inclus. Le juge

¹ *Leshner v. Ontario (Ministry of the A.-G.)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (ON. Bd. Inq.).

² *Newfoundland and Labrador (H.R.C.) v. Nolan and Barry*, [1995] N.J. No. 283 (Nfld. S.C.) (Q.L.).

³ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, voir *infra*.

⁴ *Douglas v. The Queen*, [1993] 1 F.C. 264, (licenciement de Michelle Douglas de l'armée en raison de son homosexualité).

⁵ *Halm v. Canada*, précitée.

⁶ *R. v. Carmen M.*, précitée.

⁷ RYDER (B.), « Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege », *Can. J. of Fam. L.*, 1990, vol. 9, pp. 39-97.

⁸ *Egan and Nesbit*, précitée.

La Forest précise que « cela ne changerait pas les *réalités biologiques et sociales* qui sous-tendent le mariage traditionnel. »¹ Il rappelle que si « d'autres groupes exclus, il est vrai, n'ont pas à être décrits par renvoi au sexe ou aux préférences sexuelles, *mais cela n'a guère d'importance.* »² C'est une normalisation / transgression puisque l'analyse est repoussée au stade de l'art. 1^{er} et l'on observe des changements dans la « définition traditionnelle » de la famille. La dissidence de la Juge L'Heureux-Dubé précise que « le désavantage naît de la façon dont la société traite les individus plutôt que de toute caractéristique lui leur est inhérente. »³ La décision *Egan* est, donc, une « grande victoire dans une grande défaite. »⁴

834. L'on commence à observer, en filigrane, un début d'équivalence fonctionnelle entre la parenté homosexuelle, telle que représentée par les cours, et la parenté hétérosexuelle, ouvrant la voie à une hétéro-normativisation progressive des corps homosexuels. Le sujet de droit homosexuel commence à être identifié, régulé et constitué à travers le discours relatif à la famille⁵ : suffit-il de lire la description de la parenté hétéronormée de *Egan* et *Nesbit* par la Cour. Si la parenté peut être subvertie en y incluant les couples de même sexe, elle reste de façon principielle définie à partir d'un cadre hétéronormé. *Mossop* et *Egan* démontrent les limites représentées par une stratégie judiciaire fondée sur la protection de l'orientation sexuelle : une cour fédérale justifie, dans le cadre de ce raisonnement, que si l'orientation sexuelle est un fondement prohibé, le choix d'exclure des prestations de conjoint les individus engagés dans un mode de vie homosexuel n'est pas contraire à l'article 15(1)⁶. L'identité homosexuelle reste sexuelle. Dans son jugement *Layland*, une cour divisionnaire en Ontario confirme que la limitation du mariage aux individus de sexe opposé, ne constitue pas une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁷. L'individu homosexuel ne peut avoir accès à une « forme de parenté. » De même en matière fiscale, une cour ontarienne dans *Rosenberg* valida, sur le plan de l'article 1^{er} de la Charte, le dispositif de la loi sur l'impôt sur le revenu, tel qu'il s'applique aux pensions privées, même si ce dispositif constitue une discrimination sur le fondement de l'orientation sexuelle. L'affaire visait un couple de lesbiennes⁸.

¹ *Egan and Nesbit, précitée*, au §31, (nous soulignons).

² *Egan and Nesbit, précitée*, au §27, (nous soulignons).

³ *Egan and Nesbit, précitée*, au §53.

⁴ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, p. 229, (nous traduisons).

⁵ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, p. 230.

⁶ *Nielsen v. Canada*, [1992] F.C.J. No. 227 (F.C.T.D.).

⁷ *Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 O.R. (3d) 658 (Ont. Div. Ct).

⁸ *Rosenberg v. Canada* (1995), 25 O.R. (3d) 612 (ON. Ct. Gen. Div.).

835. Il y a eu une transition dans la régulation du corps homosexuel à travers le discours de l'orientation sexuelle à la fois transgressive et normalisante. En effet, le corps homosexuel est, par essence, lié à l'orientation sexuelle, à défaut d'autres dimensions telles que la parenté, la famille ou la reproduction. Dans le même temps, on observe une relecture progressive de cette parenté sexuelle à travers le langage hétéronormé de la famille. La parenté homosexuelle est naturellement distincte de la parenté hétérosexuelle et, dans le cadre de cette différence, cette parenté homosexuelle est lue à travers une lentille hétéronormative, constituant une forme de *normalisation excessive*. En ce sens, l'effet normalisateur de l'égalité se propage à l'égalité pour les relations homosexuelles. Selon B. Cossman, c'est la décision *Vriend* qui constitue ce tournant¹. À notre sens, ce tournant est davantage perceptible à partir des décisions *Egan* et *Mossop*, à travers la relecture de leurs relations, à partir de ce qui fait la respectabilité des relations hétérosexuelles. Au total, la parenté homosexuelle ne peut être tolérée que, dès lors qu'elle performe l'identité hétéronormée de la famille. On passe de « l'hétéro-sexualisation » de l'homosexuel à une « hétéro-normativisation » de la parenté homosexuelle. Même lorsque le corps est entendu dans le cadre de la parenté, c'est l'orientation sexuelle qui polarise la personnalité au détriment des autres aspects de l'identité. La « parenté homosexuelle » est progressivement orientée par les codes d'une parenté blanche, libérale et *non religieuse*.

c- L'hétéro-normativisation de la parenté homosexuelle

836. Si la décision *Vriend* est un moment charnière, c'est effectivement dans le sens d'une hétéro-normativisation du corps homosexuel lié à l'effet identitaire d'un argument, tiré de la mêmeté de l'homosexualité. Ainsi que le note L. Gotell, « le droit n'est pas seul à produire des subjectivités sexuelles ; mais son rôle vient renforcer une construction essentialiste du sujet homosexuel, le refrain, prédominant dans les motifs majoritaires de *Vriend*, réalise un rôle crucial en renforçant la naturalité de l'hétérosexualité. »² Partant, la naturalisation de l'hétérosexualité, comme quiddité du sujet de droit, se fait à travers une lecture hétéronormée du corps homosexuel, présumant son identité sexuelle. C'est en tant qu'il est *autre* que D. Vriend se doit d'être protégé, démontrant la profonde ambivalence, ou anxiété, des cours face au maintien des frontières de l'identité³. Cette perpétuation de l'altérité de l'homosexuel, par un processus d'inclusion, s'est manifestée par deux stratégies visant à hétéro-normer le corps.

¹ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, p. 230.

² GOTELL (L.), « Queering Law », *op. cit.*, p. 91, (nous traduisons).

³ GOTELL (L.), « Queering Law », *op. cit.*, p. 104.

837. La *première* a consisté à déssexualiser le corps homosexuel en déplaçant les frontières de l'anomalie sexuelle. Dès lors que le couple homosexuel reproduit une sexualité *équivalente* au couple hétérosexuel, alors le corps homosexuel se doit d'être toléré. La *seconde stratégie* a consisté à lire la parenté homosexuelle avec les outils de lecture de la parenté hétéronormée : dès lors que la parenté homosexuelle est *équivalente* à la parenté hétéronormée, alors le corps homosexuel se doit d'être toléré. Le passage d'une hétéro-sexualisation du corps à l'hétéro-normativisation de la parenté et cette stratégie d'inclusion/transgression sont le résultat direct des sédimentations de l'identité homosexuelle, du choix de l'action politique par le discours des droits et de présenter les revendications à travers le discours de la même. Aussi, le corps homosexuel est toujours regardé comme autre, mais il peut être *sauvé* par l'absorption dans l'hétéronormativité : si la famille hétérosexuelle est transgressée, la parenté hétéronormée est confirmée. Ce champ identitaire se retrouve dans la présentation judiciaire des parties dans *Egan* : le Juge La Forest écrit-il que « les appelants, James Egan et John Norris Nesbit, sont des homosexuels qui vivent depuis 1948 une union marquée par un engagement et une interdépendance *qui s'apparentent à ceux qu'on attend d'un mariage.* »¹ *Egan* procède à une relecture hétéronormée de la « parenté homosexuelle normale, » à fin d'inclusion².

(α) Première stratégie : la déssexualisation de la parenté homosexuelle et déviance sexuelle

838. Cette stratégie est relativement évidente dans l'arrêt *Little Sisters*, qui consistait en la régulation douanière d'un matériel supposé pornographique³. La Cour suprême a validé le pouvoir de contrôle des douanes, pour censurer un contenu explicitement sexuel, à travers le test adopté dans le contexte hétérosexuel de sa décision *Butler*. Ce qui posait problème était moins l'encadrement législatif en soi, que ces *pratiques administratives*; cette affaire n'est pas simplement une question d'égalité mais aussi une question de liberté d'expression sexuelle⁴. Partant, « si la famille homosexuelle est de plus en plus reconnue en droit, le sujet hautement érotisé des bars et saunas gais continue d'être constitué en hors-la-loi. »⁵ La frontière de la tolérance sociale est toujours placée au niveau de la sexualité homosexuelle : le corps

¹ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au §4, (nous soulignons).

² BEAMAN (L.G.), « Sexual Orientation and Legal Discourse: Legal Construction of the 'Normal' Family », *Can. J. L. & Soc.*, 1999, vol. 14, n°2, pp. 173-201.

³ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120. RYDER (B.), « The Little Sisters Case, Administrative Censorship, and Obscenity Law », *Osgoode Hall L.J.*, 2001, vol. 39, n°1, pp. 207-227.

⁴ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, p. 239.

⁵ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, p. 241, (nous traduisons).

homosexuel toléré est déséroticisé. La question posée était celle du contrôle des pratiques administrative douanières : les douaniers ne peuvent refuser l'entrée du matériel sexuellement explicite sur le sol canadien que si le contenu est expressément qualifié d'obscène. *Little Sisters* est une librairie destinée à la communauté homosexuelle de Vancouver. Si les parties conviennent que le matériel importé était bien érotique, la question était de savoir où placer la frontière de l'obscénité. La Cour elle-même distingue entre les différents matériels érotiques, soulignant que certains sont plus tolérables que d'autres, dans la mesure où ils ont été écrits par des auteurs de réputation internationale ou parce que destinés à l'éducation sexuelle et à la prévention¹. La Cour note, aussi, qu'aucune norme juridique spéciale ne s'appliquerait à la pornographie homosexuelle quant à la valeur artistique d'une œuvre, telle que dégagée dans la décision *Butler* (le corps homosexuel est par ailleurs régulé comme sexuel). Rapidement, c'est le paradigme de l'identité et de la différence qui organise le jugement de la Cour reproduisant la binarité de la « normalité sexuelle » : le corps homosexuel demeure par essence sexualisé.

839. La société canadienne tolérante doit déterminer où placer les limites identitaires à la minorité sexuelle tolérée². Le problème de la Cour est bien de distinguer l'homosexualité acceptable, de l'homosexualité obscène, *malheureusement* assimilées par les officiers des douanes³. Cette affaire est importante afin de déterminer où sont placées les frontières de la citoyenneté sexuelle : la sexualité est constitutive de l'homosexualité, mais selon les normes sociales de tolérance. Le juge Binnie fait ce parallèle entre le matériel pornographique et la constitution de la communauté homosexuelle en soulignant que ce libre passage à la frontière, assure la disponibilité de « matériel expressif à caractère sexuel qui satisfait les goûts de la minorité. »⁴ C'est un lien qui avait, d'ailleurs, été nettement souligné par le juge de première instance, qui avait jugé que ces mesures « avaient un effet disproportionné préjudiciable aux homosexuels, car le matériel lié à la sexualité joue un rôle beaucoup plus central pour la culture et l'identité des homosexuels que chez les hétérosexuels. »⁵ Pour le juge Smith, l'identité homosexuelle est bien construite à travers les pratiques sexuelles⁶. Le juge Binnie rappelle que les appelants, eux-mêmes, ont établi ce lien entre la sexualité et l'homosexualité, soulignant que « les gays et lesbiennes sont définis par leur sexualité et par conséquent

¹ *Little Sisters*, précitée, au §10.

² *Little Sisters*, précitée, au §50.

³ *Little Sisters*, précitée, au §37.

⁴ *Little Sisters*, précitée, au §16.

⁵ *Little Sisters*, précitée, au §24.

⁶ COSSMAN (B.) and RYDER (B.), « Custom Censorship and the Charter: The Little Sisters Case », *Const. Forum*, 1996, vol. 7, n°4, pp. 103-112.

disproportionnellement vulnérables à la censure sexuelle. »¹ Cette décision tient du paradoxe : le corps homosexuel a toujours été considéré comme « hautement sexualisé, » or, l'argument de l'égalité conduit, pourtant, à normaliser une certaine « discipline sexuelle. »

840. Il est intéressant de s'interroger sur la nature des livres saisis : ils sont aussi divers que des livres érotiques de *Tom Of Finland* – première littérature graphique et érotique de masse – ou des historiques relatifs à la situation de l'homosexualité dans les camps de concentration, avec *The Men with the Pink Triangle*. On peut, d'ailleurs, lire avec profit la question posée par l'auteur du dernier livre : « What does it say about the world we live in, if an adult man is told how and whom he should love? Isn't it always those lawmakers who are sexually inhibited and have inferiority complexes who raise the loudest hue and cry about the alleged 'healthy feelings' of their fellow citizens? »² La nature des livres saisis jugés tolérables par la Cour sont des ouvrages où le caractère explicitement sexuel est atténué ou comparable à la littérature pornographique hétérosexuelle non obscène. Aussi, il y a une norme sexuelle de tolérance envers l'homosexualité évolutive : la normalisation d'un certain contenu érotique.

841. Ce sont les normes sociales dégagées par la Cour qui permettent de distinguer, selon le caractère, du « contenu pornographique. » Partant, la sexualité est toujours jugée comme constitutive de l'identité homosexuelle, mais une sexualité qui est privée et disciplinée : une nouvelle fois, la Cour contribue à renforcer une forme de hiérarchie entre bons et mauvais sujets sexuels en créant de *nouveaux indisciplinés*. Le bon sujet homosexuel est régulé à partir d'une certaine morale sexuelle : « le bon sexe est hétérosexuel, monogame, privé et intime ; de l'autre côté se trouve le mauvais sexe : queer, commercial, anonyme, public. »³ *Little Sisters* peut être vue comme une tentative de la part des sujets homosexuels de se réapproprier le cadre de *Butler*, afin d'être rendu légitimes, en tant que corps sexuels. B. Cossman qualifie cette affaire de « hetero switching » dans la représentation judiciaire de la sexualité homosexuelle. Le risque du préjudice résultant d'un changement d'attitude des spectateurs, pour le matériel homosexuel, doit être raisonnablement apprécié : la Cour efface toute distinction sans interroger les effets de cette invisibilisation de l'expérience homosexuelle.

¹ *Little Sisters*, précitée, au §53.

² HEGER (H.), *The Men With The Pink Triangle. The True Life-and-Death Story of Homosexuals in the Nazi Death Camps*, Alyson Books, Los Angeles, 1994, p. 26.

³ COSSMAN (B.), « Dresser les indisciplinés : Les hors-la-loi sexuels et la Cour suprême du Canada », in BORILLO (D.) et LOCHAK (D.) (dir.), *La liberté sexuelle*, P.U.F., Paris, 2005, pp. 187-217, p. 194.

842. On juge, dès lors, que les normes morales visant à réguler la bonne, de la mauvaise sexualité s'appliquant aux hétérosexuels, s'appliqueront pour qualifier l'expérience sexuelle homosexuelle, aussi. En effet, le juge Binnie pour la majorité rejette l'application de normes particulières : la sexualité homosexuelle devient hétéronormée. Le sujet sexuel indiscipliné produit par *Little Sisters* serait le *voyeur*, à la fois victime et délinquant potentiel¹. La Cour produit une nouvelle représentation du corps homosexuel : un corps sexuellement discipliné, contribuant à déplacer, au cœur de la sexualité, les normes de tolérance. Cette transformation des frontières sexuelles produit une nouvelle image du corps homosexuel : « les sujets de droit gays et lesbiens ont été produits dans et par les discours familialistes comme des sujets privés et désérotisés vivant à l'intérieur de l'idéal du couple nucléaire et monogame. »² Être homosexuel ne signifie plus, dorénavant, être en dehors des frontières de la citoyenneté sexuelle, dès lors que ces sujets respectent la « discipline sexuelle. »³ Les sujets sexuels *indisciplinés* commencent à être progressivement, et pour partie, *normalisés*. Cette normalisation n'est possible que dans un cadre hétéronormé. L'homosexualité demeure *Autre*.

(β) Deuxième stratégie : l'hétéro-normativisation de la parenté homosexuelle et la famille

843. Cette évolution a été particulièrement évidente dans une très longue décision de 1999, *M. c. H.*, qui jugea que la définition hétérosexuelle de « l'époux » – il s'agissait en l'espèce d'un couple lesbien – constituait une discrimination sur la base de l'orientation sexuelle, qui ne pouvait être sauvée sur la base de l'article 1^{er}⁴. La Cour décide de suspendre la déclaration d'invalidité pour une période déterminée afin de laisser le temps au législateur ontarien de prendre les mesures de redressement appropriées. Les arguments formulés par les parties étaient assimilationnistes : les couples de même sexe sont comparables aux couples hétérosexuels. En jeu, était la question de l'obligation alimentaire. Partant, « la Cour reconnaît la légitimité des relations gays et lesbiennes et conclut que ces relations sont sujettes à une protection juridique. »⁵ C'est la relecture hétéronormée de la parenté qui rend cette dernière recevable à une protection juridique, là où cette lecture n'était pas encore suffisante dans *Egan* ou dans *Mossop*. Cette décision confirme bien que le corps homosexuel demeure

¹ COSSMAN (B.), « Dresser les indisciplinés », *op. cit.*, p. 207.

² COSSMAN (B.), « Dresser les indisciplinés », *op. cit.*, p. 214.

³ Voir la controverse : KENDALL (C.N.), « Educating Gay Male Youth: Since When Is Pornography a Path Towards Self-Respect? », *J. of Hom.*, 2004, vol. 47, n°3-4, pp. 83-128. BUSBY (K.), « The Queer Sensitive Interveners in the Little Sisters Case: A Response to Dr. Kendall », *J. of Hom.*, 2004, vol. 47, n°3-4, pp. 129-150.

⁴ *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

⁵ COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men », *op. cit.*, p. 234, (nous traduisons).

enchâssé dans un paradigme de la mêmété : une parenté confinée, toutefois, dans l'espace du privé. L'enjeu fiscal de l'affaire inscrit la parenté homosexuelle dans un contexte néo-libéral. Cette déstabilisation de la parenté hétérosexuelle, en y intégrant l'expérience homosexuelle, a été celle des règles sociales de la conjugalité : les décisions postérieures relatives à l'identité homosexuelle ont concerné le mariage entre personnes de même sexe. Le juge Cory prend d'ailleurs soin de préciser que la présente affaire « n'a rien à voir avec le mariage en tant que tel » (§52). La tension entre normalisation et transgression est présente. Si l'hétérosexualité de la conjugalité a été ébranlée, l'hétéronormativité de la parenté a été, elle, confirmée. Le corps homosexuel – normal – est saisi, à travers le discours juridique de la *famille*. Ainsi, le juge Cory écrit-il que « les couples de même sexe forment souvent des unions durables, aimantes et intimes, »¹ et à ce titre doivent être soumis aux mêmes obligations visant à la protection de la « valeur famille, » que les conjoints hétérosexuels et, au titre desquelles, l'obligation alimentaire. Le juge pousse loin cette lecture hétéronormée, puisqu'elle participe de la *dignité* de la parenté homosexuelle² : la nature du droit touché est fondamentale pour la relation familiale caractérisée par l'intimité et la dépendance financière.

844. Les personnes de même sexe sont, par conséquent, jugées capables de former des unions intimes *similaires* à la « sacro sainte » famille hétérosexuelle : il s'agit des nouveaux contours identitaires de l'égalité. L'identité homosexuelle devient réduite au modèle familial monogame et privé : les deux femmes sont restées au moins cinq années ensemble et ont partagé les dépenses courantes et les responsabilités domestiques³ *comme* un couple hétérosexuel *normal*. Les parallèles établis par la Cour suprême sont même troublants puisque, outre le fait que les juges louent la participation de ce couple au modèle capitaliste de l'entreprise privée individuelle, ce couple reproduit une lecture hétéronormée de la binarité du genre : l'une d'elle préférerait se consacrer aux tâches domestiques pendant que l'autre travaillait⁴, ce qui leur a permis de devenir propriétaire, et même d'une maison de campagne. Le modèle familial implique de reproduire les rôles de genre traditionnellement dévolus au masculin et au féminin dans la famille traditionnelle, privatisée et néolibérale : un modèle qui permet de diminuer les charges imposées à l'aide sociale⁵. Si elles ne forment pas encore une union « conjugale, » « en ce sens que les partenaires ne peuvent 'se présenter' comme mari et

¹ *M. c. H., précitée*, au §58.

² *M. c. H., précitée*, au §3.

³ *M. c. H., précitée*, au §9.

⁴ *M. c. H., précitée*, au §10.

⁵ *M. c. H., précitée*, au §53.

femme »¹ (binarité du genre), « l'on s'entend pour dire qu'ils ont en commun bon nombre des autres caractéristiques 'conjugales'. »² L'identité n'est pas de *substance*, mais de *fonction* : le partage d'un toit, les rapports personnels et sexuels, les services, les activités sociales, le soutien financier, les enfants. L'acceptabilité passe par un allègement de la contrainte imposée aux contribuables canadiens³. La publicisation de l'identité sexuelle passe par la privatisation de la parenté homosexuelle *hétéro-normativisée*. Les frontières du normal sont mouvantes.

845. Cette lecture a reçu avec *M. c. H.* un point d'ancrage dans le discours de la plus haute Cour canadienne. Toutefois, elle n'est pas étonnante, puisqu'elle s'inscrit dans un courant qui commençait à dominer les cours inférieures depuis *Egan* et *Mossop*. Elle n'est pas non plus limitée, puisque cette lecture normalisante familiale de la parenté homosexuelle trouvera une confirmation avec l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe par une loi fédérale de 2005⁴. De nombreuses décisions avaient contribué à cette lecture familiale en élargissant les prestations de retraite aux partenaires de même sexe dans le secteur public et une hétéro-normativisation de la parenté homosexuelle *horizontale* : en Nouvelle Écosse⁵, en Ontario⁶ et au Québec⁷. Cette même parenté horizontale avait été protégée pour un couple gay par la Cour d'appel du Manitoba afin d'assurer que la notion de « époux » permette l'égalité dans l'accès aux bénéfices accordés par un employeur à ses employés hétérosexuels⁸.

846. S'agissant, par ailleurs, de la parenté *verticale*, la lecture familiale a assuré l'égalité d'accès des couples de même sexe aux services de l'adoption : d'abord dans une décision d'une cour provinciale ontarienne où la preuve était jugée évidente que les couples gays et lesbiens étaient dans une mesure « fonctionnellement similaire » aux couples hétérosexuels, capables d'élever des enfants⁹. Ce raisonnement fut explicitement adopté par une autre cour ontarienne confirmant l'équivalence fonctionnelle des couples hétérosexuels et homosexuels et la qualification de ces derniers à une parenté verticale (adoption)¹⁰. Dès lors qu'il était fonctionnellement établi que la parenté homosexuelle pouvait être lue sur le modèle de

¹ *M. c. H.*, précitée, au §58.

² *M. c. H.*, précitée, au §59.

³ *M. c. H.*, précitée, au §115.

⁴ *Loi sur le mariage civil*, 20 juillet 2005, L.C. 2005, ch. 33.

⁵ *Nova Scotia (Minister of Finance) v. Hodder*, [1998] N.S.J. No. 125 (NS. C.A.).

⁶ *Rosenberg v. Canada*, [1998] O.J. No. 1627 (Ont. C.A.).

⁷ *Commission des droits de la personne c. Commission des affaires sociales*, [1999] R.J.Q. 180.

⁸ *Vogel v. Government of Manitoba* (1995), 126 D.L.R. (4th) 72 (Man. C.A.).

⁹ *Re K. and B.* (1995), 23 O.R. (3d) 679 (Ont. Prov. Ct.).

¹⁰ *Re C.E.G. (No.2)*, [1995] O.J. No. 4073 (Ont. Ct.).

l'hétéronormativité, verticale et horizontale, la normalisation « ultime » que constitue le mariage a été rapidement adoptée : une normalisation considérée comme « néolibérale. »¹

847. La constitutionnalité de l'ouverture homosexuelle du mariage a été confirmée par la Cour suprême dans en 2004² encourageant une modification apportée par législateur fédéral à la *Loi sur le Mariage*. Le mariage homosexuel sera définitivement adopté en 2005. Cette évolution ne faisait que traduire le résultat d'une régulation plus large engagée par les cours canadiennes : cette évolution traduit la normalisation d'une certaine représentation de l'homosexualité fonctionnellement liée au modèle familial hétéronormé. La constitutionnalité du mariage aligne la parenté gay sur le modèle déssexualisé et néo-libéral de l'hétérosexualité, dans un projet de reconstruction de la *bonne* « citoyenneté canadienne. » La parenté gay est fonctionnellement « une famille, » ce que confirme *la conjugalité homosexuelle*. La Cour suprême n'avait, en définitive, qu'à enregistrer une évolution dont l'initiative avait été engagée au niveau des provinces. Ainsi, tant la Cour d'appel de Colombie Britannique³, la Cour d'appel de l'Ontario⁴, que la Cour supérieure du Québec⁵ avait sanctionné pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, la violation de l'article 15(1) de la Charte par la restriction hétérosexuée du mariage. Toutefois, la lecture de la parenté à travers la lentille hétéronormée du mariage passe toujours par le fondement juridique de l'orientation sexuelle dont on sait qu'il contribue à maintenir ce corps dans une relation « d'altérité sexuelle. » Ce *Renvoi* de 2004 consacre la naturalisation d'une représentation de l'homosexualité : le corps homosexuel *normal* implique une relation familiale scellée par un mariage. Les tribunaux ont donc reconstruit les conditions identitaires pour qu'un corps homosexuel soit toléré. Au total, la « vulnérabilité pluraliste » sera inversement proportionnelle à l'éloignement de la « normalité biopolitique, » établissant de la sorte, une « échelle » de la vulnérabilité pluraliste.

¹ PORTELLI (C.J.), « Economic Analysis of Same-Sex Marriage », *J. of Hom.*, 2004, vol. 47, n°1, pp. 95-109.

² *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698.

³ *EGALE Canada Inc. v. Canada (A.-G.)* (2003), 225 D.L.R. (4th) 472 (BC. C.A.).

⁴ *Halpern v. Canada (P.G.)* (2003), 65 O.R. (3d) 201 (ON. C.A.).

⁵ *Hendricks c. Québec (P.G.)*, [2002] R.J.Q. 2506 (QC. C.S.).

**CONCLUSION DU CHAPITRE 5 - TROISIÈME PARTIE : VERS UN OUBLI DE LA
« RACE » ?**

848. Les travaux de Lenon permettent de compliquer cette lecture de l'ouverture du mariage à travers la question de la race. Selon elle, « comme contestation de l'hétéronormativité, le mariage gay n'est pas seulement une politique sexuelle, mais aussi une politique de la race. »¹ Cette construction biopolitique canadienne du mariage homosexuel est typique *d'un oubli de la race* ou plutôt *d'une déssexualisation de la race*. En effet, la race est toujours invisibilisée dans cette construction : l'individu noir ne serait, *par essence*, pas homosexuel. Cette invisibilisation est problématique. Si aucun de ces éléments ne se retrouve devant les tribunaux – mis à part une vague référence de la juge L'Heureux-Dubé dans *Egan* – alors il faut convenir que cette invisibilisation renforce l'hétéronormativité et le racisme structurel.

849. S. Lenon évalue, à travers une déconstruction des mémoires présentés par les parties² (et, notamment, *EGALE*) et les débats parlementaires³, le sous-texte identitaire de la lutte judiciaire pour l'ouverture du mariage, qui passe par la confirmation du corps homosexuel comme *blanc*. La réaffirmation passe par la mobilisation d'une rhétorique liée à l'universalité du mariage, la fondamentalité du droit au mariage à travers un parallèle avec la discrimination raciale (disjoignant les deux identités), ainsi que la rhétorique de la quotidienneté et de la moralité du mariage, réaffirmant une nation canadienne autour d'un passé et d'un futur unifiés : une nation qui décide d'oublier un passé racialisé. Les notions de tolérance et de modernité, soulevées par le mariage homosexuel, ont été lues comme affirmant une « identité blanche. » Aussi, cette invisibilisation renforce la représentation judiciaire de la masculinité et de la sexualité du corps noir : l'expérience de la subordination est bien multidimensionnelle⁴.

850. L'oppression raciale a aussi une dimension sexuelle. D. Carbado a démontré cette logique du parallèle stratégique établi devant les tribunaux entre l'égalité raciale et l'égalité liée à l'orientation sexuelle : l'expérience homosexuelle devient irréductible au corps noir, de même que l'expérience homosexuelle devient apodictiquement blanche. Cette conséquence

¹ LENON (S.J.), « 'Why is our Love an Issue?': Same-sex Marriage and the Racial Politics of the Ordinary », *Social Identities*, 2011, vol. 17, n°3, pp. 351-372, p. 353, (nous traduisons).

² LENON (S.J.), « Marrying Citizens! Raced Subjects? Re-Thinking the Terrain of Equal Marriage Discourse », *Can. J. Women & L.*, 2005, vol. 17, n°2, pp. 405-421.

³ LENON (S.J.), « What's So Civil About Marriage? The Racial Pedagogy of Same-Sex Marriage in Canada », *Darkmatter J.*, 2008, vol. 3, pp. 26-36.

⁴ HUTCHINSON (D.L.), « Ignoring the Sexualization of Race: Heteronormativity, Critical Race Theory and Anti-Racist Politics », *Buff. L.Rev.*, 1999, vol. 47, n°1, pp. 1-116, p. 7.

est le résultat des stratégies de défense des droits engagées devant les tribunaux¹. Aussi, la construction canadienne du corps homosexuel l'aurait attaché à un corps *blanc*. Partant, la lutte pour les droits des gays et lesbiennes demeure-t-elle un droit des individus *blancs*²?

851. Cette généalogie biopolitique des identités religieuses et homosexuelles permet d'envisager, dans un cadre renouvelé, l'analyse formelle du conflit de droits. Un conflit de droits se transforme en une hiérarchie d'identités. En somme, le conflit de droit permet d'évaluer la *vulnérabilité pluraliste* des sujets de droit qui s'identifient à la fois comme religieux et comme homosexuel : la vulnérabilité pluraliste est bien la résultante de cette régulation biopolitique des droits fondamentaux. Il appert que les cours canadiennes ont très largement rendu impensable cette combinaison identitaire. Cette vulnérabilité peut être étudiée dans différents contextes permettant de dresser une typologie des *étrangers du constitutionnalisme* : leur étranger-été dépend de leur degré d'éloignement par rapport à la norme identitaire d'un droit fondamental. Le champ identitaire de la liberté de religion a permis de mettre en évidence trois communautés religieuses ; la vulnérabilité des individus religieux et homosexuels peut donc être évaluée dans ces différents contextes, en fonction du champ identitaire lui-même donné à l'orientation sexuelle. Quelles sont les exclusions identitaires constitutives des conflits de l'égalité rhétorique et de l'égalité substantielle ?

¹ CARBADO (D.W.), « Black Rights, Gay Rights, Civil Rights », *U.C.L.A. L.Rev.*, 2000, vol. 47, pp. 1467-1519.

² HUTCHINSON (D.L.), « 'Gay Rights' for 'Gay Whites'? : Race, Sexual Identity, and Equal Protection Discourse », *Cornell L.Rev.*, 1999-2000, vol. 85, pp. 1358-1391.

CHAPITRE 6 – RÉGULATIONS DISCIPLINAIRES : CONFLITS DE DROITS ET PHÉNOMÉNOLOGIE DE L'EXCLUSION EN DROIT CONSTITUTIONNEL

852. Cette régulation disciplinaire du conflit de la liberté de religion et de l'orientation sexuelle peut être étudiée en deux temps. D'une part, il s'agit d'évaluer les limites des méthodes formelles du conflit, telles que ces règles découlent de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada. Le modèle du conflit de droits produit des hiérarchies passagères d'identités et est incapable d'évaluer la vulnérabilité pluraliste des sujets de droit, lorsque l'on envisage ce conflit d'identités, d'un point de vue interdisciplinaire (§1-).

853. D'autre part, la régulation biopolitique, étudiée *supra*, démontre que cette régulation disciplinaire des identités, résultant d'un conflit formel de droits fondamentaux, produit une typologie d'exclusions, selon la « capacité à faire, » ou agentivité, des sujets identifiés comme homosexuels et religieux. L'on distinguera, alors, des citoyens de second rang, des réfugiés constitutionnels et des apatrides constitutionnels, selon ce qu'ils peuvent faire, le contexte de la communauté religieuse et le contexte de leur identité homosexuelle (§2-).

854. Cette typologie permet de comprendre différemment la problématique du conflit de droits, en insistant sur ses effets identitaires. Cette conclusion n'aura été possible qu'en déplaçant l'analyse du champ formel, au champ identitaire des droits fondamentaux, un choix auquel nous ont invité tant le Constituant canadien avec l'effet accordé au principe d'égalité substantielle, que la Cour suprême du Canada, en mobilisant l'égalité rhétorique comme cadre d'interprétation des droits et libertés fondamentaux. Si les droits fondamentaux produisent des identités, alors les limites du constitutionnalisme, s'apprécient, aussi, d'un point de vue identitaire. Au total, le corps religieux est un « corps hétérosexuel, » alors que le corps homosexuel est un « corps blanc et masculin. » L'impossibilité de principe d'un corps homosexuel et religieux impacte, ainsi, d'autres formes de disciplines identitaires. La capacité « à être un citoyen identifié » dans l'espace public est, nettement, variable. Elle est *orientée*.

§ 1 - DES HIÉRARCHIES PASSAGÈRES DE DROITS FONDAMENTAUX AUX EXCLUSIONS IDENTITAIRES

855. Cette démonstration des hiérarchies identitaires produites lors des conflits de l'égalité rhétorique et de l'égalité substantielle se fera en deux temps. D'une part, il s'agira de démontrer les limites de l'analyse formelle du conflit de droits fondamentaux, tel qu'il a été systématisé par la Cour suprême du Canada (A). D'autre part, il s'agira de contextualiser l'analyse du conflit de droits fondamentaux à partir d'une approche interdisciplinaire afin de bien saisir les enjeux en termes d'exclusions identitaires qui se jouent, lors du conflit (B).

A- Les limites de l'analyse formelle du conflit de droits fondamentaux : des hiérarchies passagères de droits aux hiérarchies identitaires des droits fondamentaux

856. La question du conflit de droits fondamentaux s'est posée à plusieurs reprises devant la Cour suprême du Canada et, cette dernière a systématisé une méthode de résolution des conflits. Ainsi la Commission des droits de la personne de l'Ontario le note-t-elle : « la jurisprudence affirme sans ambiguïté qu'en cas de conflit apparent entre des droits, les principes de la Charte exigent une 'conciliation' qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits concernés. »¹ Moins qu'à une limite, le conflit serait plutôt un processus de *conciliation* et de *pondération des intérêts*. La précision de ce cadre juridique permettra d'évaluer, d'un point de vue critique, la doctrine, dégagée par la Cour suprême, de « l'absence de hiérarchie des droits fondamentaux, » en démontrant au contraire que cette méthode s'inscrit dans un processus de *hiérarchies identitaires*. La hiérarchie des droits fondamentaux ne découle pas tant d'un conflit, que de l'opération de proportionnalité et de balance des intérêts qui ouvrent axiologiquement l'analyse. Le contexte de conflits de droit démontre la production *in concreto* de hiérarchies matérielles (identitaires) passagères de droits, la hiérarchie découlant du champ identitaire des droits fondamentaux. Cette régulation disciplinaire des corps identifiés des sujets produit, précisément, de l'exclusion. L'analyse identitaire du conflit appert davantage indiquée pour l'analyse du contentieux canadien. Le modèle systématique de la conciliation des droits reproduit *sans cesse* cette vulnérabilité.

¹ *L'Ombre de la loi : Survol de la Jurisprudence relative à la Conciliation des droits contradictoires* (disponible en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/lombre-de-la-loi-survol-de-la-jurisprudence-relative-%C3%A0-la-conciliation-de-droits-contradictoires>).

1- Les principes interprétatifs de la conciliation des droits fondamentaux

857. Les cours ont développé un ensemble de principes interprétatifs visant à organiser la conciliation des droits fondamentaux. Ainsi le juge Iacobucci, dans un article de 2003, a-t-il *expressis verbis* rejeté le modèle du *conflit* de droits, au profit du modèle de la *conciliation* des droits, plus conforme, selon lui, à la tradition canadienne¹, ce que la Cour avait souligné dans *Dagenais*. Par ailleurs, la Cour a, rapidement, admis une méthode de conciliation casuistique et contextuelle de ces droits fondamentaux, dans sa décision *Mills* : « Les droits garantis par la Charte doivent être examinés selon une méthode contextuelle afin de résoudre les conflits qui existent entre eux. »² La Cour suprême a dégagé trois principes interprétatifs.

858. Tout d'abord, la Cour suprême a rappelé avec netteté *qu'aucun droit fondamental ne doit être absolu*. C'est ce que l'on retrouve dans *R. c. Mills*, où au §61 la Cour rappelle que « aucun de ces principes n'est absolu et n'est susceptible de l'emporter sur les autres ; tous doivent être définis à la lumière de revendications opposées. » Ensuite, la Cour a réaffirmé le principe selon lequel il n'y a *aucune hiérarchie de droits fondamentaux* dans la Charte. C'est ce que l'on retrouve dans *Dagenais* : « Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits (...). Lorsque les droits des deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la Charte commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux droits. »³ Cette hiérarchie des droits n'est pas jugée conforme à la tradition canadienne en regard de la possibilité de limitation prévue par l'article 1^{er}. Enfin, la Charte doit être *interprétée comme un tout*, comme un ensemble cohérent de valeurs. C'est ce que l'on retrouve dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec* : le conflit de droit est interprété dans un cadre axiologique normatif visant à promouvoir le pluralisme.

859. Selon l'honorable F. Iacobucci, la spécificité canadienne du conflit de droits, résulte, précisément, dans *une conciliation contextuelle* de ces droits : la prise en compte du contexte est déterminante, même si l'on notera, toutefois, que la doctrine canadienne n'est pas toujours d'accord sur la portée substantielle de ce principe⁴. La définition des droits fondamentaux protégée par la Charte doit être envisagée dans leur matrice factuelle particulière. Ce concept

¹ IACOBUCCI (F.), « 'Reconciling Rights'. The Supreme Court of Canada's Approach to Competing Charter Rights », *S.C.L.R.* (2d), 2003, vol. 20, pp. 137-165.

² *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au §21.

³ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 877.

⁴ PINARD (D.), « La 'méthode contextuelle' », *Can. Bar Rev.*, 2002, vol. 81, pp. 323-368.

de « conciliation » peut être défini de la façon suivante : harmoniser des objets *a priori* contradictoires afin de les rendre compatibles¹. La particularité de la réconciliation des droits est distincte de l'analyse de la proportionnalité des intérêts, telle qu'elle apparaît avec l'article 1^{er} de la Charte. Partant, si la troisième étape de l'arrêt *Oakes* apparaît commune tant à la justification à une violation qu'à la conciliation des droits, cette étape est propre à chacune, ce que souligne, notamment, la nature des acteurs sur lesquels repose la charge de la preuve : il n'y aurait pas de charge *per se* dans le contexte de la réconciliation, tâche incombant uniquement au décideur judiciaire. Par ailleurs, dans un conflit de droit, la Cour n'analyse pas une violation de la Charte, mais les intérêts implicites en jeu, soutenus par ces droits fondamentaux. Il s'agit bien d'un *conflit d'intérêts* : un jugement apporté à un conflit normatif de visions du monde. Le juge, lorsqu'il concilie des droits, tiendra compte des valeurs sociétales, organisant, dès lors, les limites identitaires de son pouvoir d'interprétation.

860. À partir de ce cadre interprétatif, il semblerait qu'un certain nombre de principes de résolutions de ces conflits de droits fondamentaux apparaissent dans la jurisprudence de la Cour suprême. L'honorable juge en note quatre². Tout d'abord, la conciliation des droits ne peut être opérée dans un vide factuel, mais doit toujours être entendue dans un contexte. C'est bien le contexte qui détermine là où la ligne doit être placée, lorsque deux intérêts entrent en conflit. Autant dire que le contexte est déterminant avec ses présupposés épistémologiques et identitaires : « la réconciliation des droits est alors très sensible aux contextes. »³ C'est bien la juge Wilson dans son opinion sous l'affaire *Edmonton Journal* qui affirma la première avec force la nécessité d'une approche contextuelle des droits et libertés⁴. L'honorable (alors) juge B. McLachlin avait souligné cette prise en compte du contexte dans une affaire relative à la transmission de documents médicaux : ce qui est possible en matière criminelle peut ne pas l'être en matière civile⁵. Cette prise en compte du contexte, afin d'écartier la situation de conflit, est évidente dans l'affaire *Mills* : « Examinés dans l'abstrait, ces principes de justice fondamentale peuvent sembler entrer en conflit. Ce conflit est résolu par l'examen des droits contradictoires en fonction des faits de chaque affaire. »⁶ Il découle de cela deux éléments : les droits doivent être interprétés dans leur contexte factuel respectif et le conflit de droit est casuistique. La Cour le note, adéquatement, dans une affaire relative à une interdiction de

¹ IACOBUCCI (F.), « 'Reconciling Rights' », *op. cit.*, p. 141.

² IACOBUCCI (F.), « 'Reconciling Rights' », *op. cit.*, p. 155.

³ IACOBUCCI (F.), « 'Reconciling Rights' », *op. cit.*, p. 156, (nous traduisons).

⁴ *Edmonton Journal c. Alberta (P.-G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

⁵ *R. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157, au §36.

⁶ *R. c. Mills*, précitée, au §63.

publication : « les droits et les intérêts pertinents se situent différemment les uns par rapport aux autres dans des cas différents, et il faut prendre en considération au cas par cas les objets et les effets que les parties invoquent. »¹ Cette dimension contextuelle était nette dans le *Renvoi sur le mariage entre personnes de même sexe*, où la Cour écrit que « la collision entre plusieurs droits doit être envisagée dans le contexte factuel de conflits réels. »²

861. Ensuite, la conciliation implique une proportionnalité entre les intérêts divergents : la proportionnalité de la « pondération des intérêts. » La Cour l'avait noté explicitement dans *Dagenais*³ : l'analyse des intérêts est fonctionnellement équivalente à la troisième partie de la seconde branche du test de *Oakes*. Le juge en chef Lamer, dans cette dernière affaire, évoque le « contrôle de proportionnalité » afin de limiter au maximum la possibilité réelle du conflit⁴ : existe-t-il des mesures raisonnables d'évitement et les effets bénéfiques sont-ils proportionnels aux effets préjudiciables ? Ce contrôle est envisagé, très distinctement, par le juge en chef dans une finalité sociale ou sociétale. C'est l'occasion pour le juge en chef de redéfinir le test de *Oakes* : « j'estime que la troisième étape du second volet formulé dans *Oakes* nécessite que l'objectif qui sous-tend la mesure et les effets bénéfiques qui résultent en fait de sa mise en application soient proportionnels à ses effets préjudiciables sur les libertés et les droits fondamentaux. »⁵ Le modèle substantiel de l'analyse de l'article 1^{er} permettrait d'assurer l'absence d'arbitraire du juge dans l'opération de pondération. Cet encadrement est noté dans *Mentuck* : « ce critère existe pour fonder l'exercice du pouvoir discrétionnaire conformément à la Constitution, et non pas pour forcer le même résultat dans chaque cas. »⁶ Cette pesée des intérêts sert à écarter la problématique du conflit au stade de la définition du droit en cause : « un conflit de droits n'emporte pas nécessairement l'existence d'un conflit avec la Charte ; il peut généralement, au contraire, être résolu à l'aide de la Charte même, au moyen de la définition et de la mise en équilibre interne des droits en cause. »⁷

862. Ensuite, le champ lexical du conflit doit être écarté au profit d'un imaginaire de la réconciliation. L'on retrouve cette idée par exemple dans une dissidence de la juge l'Heureux-Dubé : « je soulignerais le fait que les images de conflits de droits qu'on évoque peuvent ne

¹ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442, au §37.

² *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, précitée, au §50.

³ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, p. 887.

⁴ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, p. 887.

⁵ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, p. 887.

⁶ *R. c. Mentuck*, précitée, au §37.

⁷ *Renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe*, précitée, au §52.

pas être toujours appropriées. »¹ Plus récemment, l'opinion majoritaire a rappelé ce principe dans *Trinity Western* : « il y a lieu de régler tout conflit éventuel en délimitant correctement les droits et les valeurs en cause. Essentiellement, une bonne définition des droits permet d'éviter un conflit en l'espèce. Ni la liberté de religion ni la protection fondée sur l'orientation sexuelle ne sont absolues. »² Enfin, l'opération de réconciliation est toujours *flexible* et jamais absolue. La Cour a réaffirmé ce principe dans diverses affaires relatives à la liberté d'expression³ : cette dernière, dans des affaires d'ordonnance d'interdiction de publication, ne prévaut pas toujours, de même que les facteurs de chaque espèce conduisent à faire évoluer le test justifiant une ordonnance de *common law* d'interdiction. L'honorable juge note que cette actualisation des tests ou facteurs à prendre en compte traduit une vision globale de la société canadienne. En effet, « elle cherche à concilier les droits de la Charte d'une manière qui permette d'aborder de manière adéquate d'autres, et souvent plus larges, finalités sociales. »⁴

863. La Commission des droits de la personne de l'Ontario a précisé ce cadre d'analyse⁵, en systématisant huit principes juridiques de conciliation. Certains sont partagés avec le juge. Ainsi en est-il du rejet de l'absoluité d'un droit fondamental ; l'absence de hiérarchie entre les droits ; ou encore de l'importance donnée au contexte. Toutefois, cette analyse permet de dégager un cadre juridique de systématisation d'un conflit. Il appert qu'un droit fondamental ne peut avoir une portée aussi étendue que les prétentions des demandeurs. Deux questions se posent ici : le sujet de droit est-il titulaire d'un droit fondamental ? Le contexte dans lequel évolue le sujet de droit lui permet-il d'être titulaire de ce droit ? Par ailleurs, c'est bien une analyse du contexte *lato sensu* qui est pris en considération. Ce contexte inclut : le contexte individuel et les faits pertinents dont la moindre variation peut être déterminante pour l'issue du litige ; les valeurs sociétales et constitutionnelles sous-jacentes, ce qui place la dialectique individuelle du conflit dans une dialectique publique, de l'identité de la société canadienne. Ensuite, il s'agit de déterminer l'étendue de l'interférence dans le champ d'un droit : dans le cas d'une interférence triviale, le droit fondamental ne recevra qu'une protection minimale ou secondaire⁶. Un droit fondamental doit interférer réellement, et non pas potentiellement, sur les droits d'un autre individu⁷ : l'absence d'atteinte « substantielle » clôt la motivation⁸.

¹ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au §129.

² *Trinity Western University c. B.C.C.T.*, précitée, au §29.

³ *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522, au §38 : le cadre établi dans *Dagenais* doit être adapté à chaque circonstance.

⁴ IACOBUCCI (F.), « 'Reconciling Rights' », *op. cit.*, p. 161, (nous traduisons).

⁵ *Policy on competing human rights*, janvier 2012, (disponible en ligne).

⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, précitée.

⁷ *Trinity Western University c. B.C.C.T.*, précitée.

⁸ *Chiang v. Vancouver Board of Education*, 2009 B.C.H.R.T. 319, voir *infra*.

864. Par ailleurs, la reconnaissance d'un droit fondamental, en elle-même, n'est pas jugée comme constitutive d'une interférence, ainsi que souligné par la Cour dans le *Renvoi sur le mariage* : « la simple reconnaissance du droit à l'égalité d'un groupe ne peut, en soi, porter atteinte aux droits d'un autre groupe. »¹ Ensuite, c'est le cœur fondamental d'un droit qui est protégé et non pas sa périphérie. Partant, les tribunaux doivent assurer *l'importance* respective de chacun des deux droits : donner sa plus ample protection à chacun², notamment grâce à ce que la Cour d'appel de l'Ontario a qualifié de « compromis constructifs » dans sa décision *précitée* relative au *niqab*. Ce n'est qu'en cas d'une impossible conciliation qu'un droit sera privilégié au détriment d'un autre ; à cela faut-il ajouter les protections qui peuvent être accordées dans les lois provinciales relatives aux droits de la personne visant certains groupes religieux, notamment. Ces principes permettent de systématiser une méthode de conciliation des droits : un droit doit exister juridiquement pour établir la validité juridique d'une situation de conflit ; dès lors que les droits contradictoires ont été établis, il convient de les définir les uns par rapport aux autres, en tenant compte du contexte. Au terme de cette étape, les droits sont conciliés. Si ce n'est pas le cas, alors il faut procéder à une « pondération des intérêts » en donnant préséance à un droit, tout en assurant la réalisation la plus importante de l'autre.

2- La systématisation de la conciliation des droits fondamentaux

865. Dans sa décision récente relative au port du *niqab*, la Cour suprême du Canada a systématisé sa démarche analytique relative au processus de conciliation des droits. Cette décision démontre par ailleurs, la transition identitaire du conflit de droit réaffirmant la lecture patriarcale du corps de la femme et occidentaliste de l'Islam, et, par conséquent, l'inhabilité d'un tel modèle à saisir la vie identitaire de la conciliation des droits. La présente décision³ trouve son origine dans un recours dirigé contre une exception de procédure excipée devant le juge président l'enquête préliminaire ontarienne. L'appelante – N.S. – y accuse les intimés, respectivement son cousin et son oncle, de l'avoir agressée sexuellement. Alors que le juge président l'enquête préliminaire organise un voir-dire afin de recevoir le témoignage de N.S., les accusés réclament une ordonnance visant à faire retirer son *niqab* à N.S. qui, en tant que musulmane pratiquante, présente une croyance sincère lui intimant de porter le *niqab* dans un

¹ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, précitée*, au §46.

² *Trinity Western University c. B.C.C.T., précitée* ; et *Dagenais c. Société Radio-Canada, précitée*.

³ *R. c. N.S., précitée*.

environnement masculin étranger au cercle familial. Cette croyance subjective sincère suffit pour la Cour suprême à qualifier une obligation religieuse et, partant, une violation de la liberté de religion. Toutefois, le port du *niqab* n'assurerait pas les droits à un procès équitable des deux hommes : il empêcherait, notamment, un examen croisé de la crédibilité du témoin. L'enquête préliminaire était donc ajournée jusqu'à l'issue judiciaire de l'appel, qui a fait son chemin jusqu'en Cour suprême. N.S. fait appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario devant la Cour suprême du Canada, qui se propose de répondre à la question suivante : dans quels cas une personne portant le *niqab*, pour des motifs religieux, serait-elle tenue de l'enlever? Afin d'y répondre, la Cour se donne comme cadre d'analyse le conflit de droits fondamentaux (§7). D'un côté se trouve la liberté de religion de l'appelante protégée par l'article 2(a) de la Charte, et de l'autre les droits à un procès équitable protégés par les articles 7 et 11(d) de la Charte. Les deux droits disposent d'une même *forme* constitutionnelle. C'est l'occasion pour la Cour de revenir sur sa méthode de résolution des conflits développée en 1994¹, et précisée en 2001². Il faut, pour cela, répondre aux quatre points suivants (§8) : **(1)** une *atteinte* à la liberté de religion résulterait-elle de l'interdiction du *niqab* ? ; **(2)** Le *niqab* pose-t-il un risque *sérieux* pour l'équité du procès ? ; **(3)** Le conflit de droits peut-il être évité?; **(4)** Les *effets bénéfiques* de l'interdiction sont-ils supérieurs à ses *effets préjudiciables*?

866. Première étape : le premier droit existe-t-il ? Assez facilement, la Cour répond *oui* à la première question. En se fondant sur la définition de la notion de croyance religieuse sincère – son test subjectif/objectif – développée dans son arrêt de 2004, *Amsalem*³, la Cour rappelle que la preuve d'un droit religieux porte sur la *sincérité* de la croyance et non sur sa *force* (§13). En interprétant la liberté de religion à partir d'un cadre égalitaire, tel que cela résulte des décisions rendues par la Cour en 1985 et 1986⁴, il n'est pas étonnant que la preuve d'une violation à la liberté religieuse se déplace sur le plan de *l'identité religieuse*. La sincérité d'une croyance n'est pas écartée sous prétexte d'observance irrégulière : l'identité religieuse s'apprécie dans son contexte. L'identité religieuse est marquée par la finalité d'une participation autonome à l'espace public : l'expérience religieuse est *spécifique*.

867. Deuxième étape : le second droit existe-t-il ? La question du risque sérieux à l'équité du procès résultant du port du *niqab* est, au contraire, bien plus délicate : le procès équitable

¹ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.

² *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.

³ *Syndicat Northcrest c. Amsalem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁴ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

appartient aux *principes de justice fondamentale* visés par l'article 7 de la Charte, impliquant « un droit de présenter une défense pleine et entière »¹ (§15). Le port du *niqab* présenterait un double risque : celui de ne pouvoir mener un contre-interrogatoire et celui de ne pouvoir apprécier la crédibilité du témoignage (§16). La Cour note qu'aucune preuve crédible ne lui a été soumise quant à la nécessité d'un visage découvert pour attester de cette crédibilité (§20) : la Cour peut toujours apprécier le regard et la voix. La Cour rappelle, toutefois, qu'il existe une présomption de *Common Law* en vertu de laquelle la visibilité du visage du témoin constituerait un élément essentiel d'un procès équitable (§22-23). Si cette présomption n'est que *simple*, elle n'est pas *légère* et aucun des éléments portés à la connaissance de la Cour ne permet d'en attester du caractère infondé. La conception de la vérité pour la Cour passe d'abord par la visibilité du visage : la vérité transite par le dévoilement. La Cour établit une présomption inverse : la femme portant le *niqab* est malhonnête, *per se*. Le lien est étroit entre la possibilité de voir le visage et l'équité du procès : l'étroitesse de ce lien sera évaluée en fonction de la nature du témoignage déterminant l'étendue du caractère *sérieux* (§27). Le *niqab* sera autorisé en cas de doute. Les droits existent à travers une analyse *contextuelle*.

868. Troisième étape : La raisonnable. Dès lors que l'atteinte sérieuse aux droits est démontrée, il convient, pour la Cour, d'examiner la possibilité d'éviter le conflit, en réalisant *un équilibre juste et proportionnel* entre la liberté de religion et l'équité du procès. L'analyse est en deux étapes : réaliser la substance de chacun des droits (*raisonnable*) et leur équilibre proportionnel (*proportionnalité*). Une solution, permettant d'écarter ce conflit, réside dans le mécanisme de *l'accommodement*, première étape du processus de conciliation *raisonnable* (§30-33). Il s'agit d'une approche *contextuelle*. En renvoyant l'affaire au juge de l'enquête préliminaire, les parties présenteront des solutions d'accommodements : avec circonspections, la très honorable juge en chef évoque la possibilité de faire sortir les hommes de la salle d'audience, le témoignage par télédiffusion, ou derrière un écran. Les possibilités de conciliation en évitant le conflit de droits apparaissent ténues, aux termes mêmes de la Cour, qui passe, dès lors, à la dernière étape de son analyse : le contrôle de *proportionnalité* (§34).

869. Quatrième Étape : La proportionnalité. Si l'accommodement est impossible, la seconde sous-étape est le contrôle de *proportionnalité* : les effets bénéfiques du retrait du *niqab* sont-ils supérieurs à ses effets préjudiciables ? Le contrôle de proportionnalité a été

¹ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au §69.

développé en substance par l'arrêt *Oakes*¹. Ce contrôle strict de la Cour ne doit jamais être opéré au stade de la définition de la substance d'un droit, mais au stade de la justification à sa limitation : un principe que la Cour a rappelé à de nombreuses reprises². Cette analyse contextuelle vise à cerner l'ensemble des faits sociétaux et valeurs constitutionnelles en jeu. Sans doute est-ce à cette étape de la délimitation des droits que l'analyse identitaire échappe à la Cour. L'analyse porte, **d'abord**, sur la nature et l'étendue du préjudice qui résulterait d'une restriction à une croyance religieuse sincère (§36) : ce préjudice n'est pas coextensif à la nature de la croyance, mais a trait à *l'importance* que la personne lui accorde et au *degré* d'intervention de l'État. Si la liberté de religion est une identité religieuse à travers le cadre interprétatif de l'égalité, le préjudice est aussi collectif, *i.e.* pour la société dans son ensemble (§37). L'étendue de la liberté de religion est prise dans une dialectique identité individuelle – collective. Le préjudice collectif serait celui d'écartier de l'accès au prétoire l'ensemble de ces femmes. L'analyse porte, **ensuite**, sur l'étendue des bénéfices, individuels et collectifs, qui résulteraient d'un tel refus (§38) : **le caractère crucial** de l'étendue de l'efficacité du contre-interrogatoire et du contrôle croisé de crédibilité. L'équité du procès assure la primauté du droit et la liberté de la personne tout en renforçant la confiance dans la justice. La **nature de l'instance** peut être déterminante (§39) (stade et nombre de juges) : porter le *niqab* au stade de l'enquête préliminaire limiterait l'évaluation de la crédibilité (§40) et une directive au jury ne remplacerait en rien un contre-interrogatoire lacunaire (§42). Il faut tenir compte de **la nature du témoignage** (§43). Il ne s'agit pas d'une liste exhaustive pouvant évoluer au titre des transitions sociétales (§44) : lorsque la liberté de l'accusé est en jeu, que le témoignage est crucial et sa crédibilité déterminante, la possibilité d'une erreur de justice doit conduire à l'enlèvement du *niqab*. Le contrôle de proportionnalité est strict : un contrôle *d'adéquation*.

870. Cinquième étape : solutions de rechange et conclusion. La Cour achève de dresser son cadre d'analyse, à destination des juges inférieurs, en proposant une catégorie qualifiée de *solutions de rechange* (§46). L'opinion majoritaire rejette une autorisation absolue du port du voile, même limitée par l'exception du doute sur l'identité de la personne. Cette solution écarterait une présomption ancrée de *Common Law* et n'irait pas dans le sens de la primauté du droit, ni dans celui de la confiance du public (§48) : la substance de l'autre droit en conflit doit être protégée. La juge en chef rejette tout autant, ensuite, l'option laïciste interdisant absolument le port du *niqab* (§50). Exclure la religion est bien étranger à la tradition

¹ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

² Notamment : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

canadienne du multiculturalisme (§53). L'interprétation égalitaire de la liberté de religion conduit à accommoder le plus possible l'identité religieuse dans un idéal de participation autonome à la sphère publique. Aussi, le *niqab* peut être porté devant les tribunaux criminels canadiens, sous certaines conditions *strictement appréciées* par le juge. Cet exemple récent est caractéristique de l'inhabilité du modèle de conflit de droit à saisir la vie identitaire supportée par chacun des droits : les droits sont conciliés au prix d'une lecture occidentaliste et étrangerisante de l'Islam et d'une lecture patriarcale de la vulnérabilité de la femme, rendue invisible et, encore et toujours, disponible à la possession (*supra*). Le modèle du conflit ne portant pas sur le champ identitaire des droits assèche la problématique identitaire de la vulnérabilité : l'étape la plus problématique, du point de vue identitaire, est l'analyse de la proportionnalité.

871. Les cours ont eu à connaître d'une grande diversité de type de conflits de droits. **La première catégorie** a trait aux interdictions de publication relatives à des obligations de confidentialité¹. Ces conflits impliquaient la liberté d'expression et la possibilité d'avoir une défense pleine et entière. Ce type de conflit était l'objet de la première « grande » décision relative à la conciliation : *Dagenais*. Dans cette affaire plusieurs individus, tous membres ou anciens membres de l'ordre religieux catholique des Frères des Écoles Chrétiennes, étaient accusés d'avoir physiquement et sexuellement abusés de jeunes garçons². La société *Canadian Broadcasting Corporation* souhaitait diffuser un documentaire – *The Boys of St. Vincent* – durant le procès. Les règles de *Common Law*, relatives aux ordonnances de non-publication, devaient être interprétées dans le cadre de la Charte canadienne : les objectifs de l'ordonnance et la proportionnalité de ses effets³. Il s'agissait de concilier ces ordonnances, visant à assurer une défense criminelle pleine et entière, avec la liberté d'expression. Le juge Lamer cherche à éviter le conflit : « ces ordonnances ne devraient pas toujours être considérées comme créant un conflit entre deux titans. »⁴ L'analyse des ordonnances de non-publication devrait permettre d'écarter le modèle du conflit⁵ : or, cette analyse révèle que le *Common Law* privilégie les droits à un procès équitable au détriment de la liberté d'expression. Ces ordonnances doivent refléter les valeurs de la Charte. Tout en reformulant les conditions, en vertu desquelles, une ordonnance de non publication pourrait être accordée, le juge annule les présentes ordonnances. Une ordonnance de non publication faisait, aussi,

¹ IACOBUCCI (F.), « 'Reconciling Rights' », *op. cit.*, p. 144.

² *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, au §2.

³ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, au §73.

⁴ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, au §80.

⁵ *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précitée, au §82.

l'objet d'un contrôle dans *Mentuck*¹ : la Couronne demandait à ce qu'une telle interdiction s'applique à toute publication, visant à rendre compte des officiers et des méthodes de la Police Montée canadienne, ce à quoi s'opposaient plusieurs journaux. La Cour valide une interdiction d'un an relative à la divulgation des noms des officiers ; par contre l'ordonnance relative aux méthodes d'investigation est rejetée. De même dans l'affaire *Sierra Club*², la Cour encadre le pouvoir discrétionnaire des tribunaux lorsqu'une demande d'ordonnance de confidentialité est soumise : en l'espèce, compte tenu de la complexité et de la technicité des documents, l'ordonnance de confidentialité présenterait des effets bénéfiques supérieurs aux effets préjudiciables pour la liberté d'expression. La Cour ne privilégie pas un droit sur un autre : ces hiérarchies sont « passagères » puisque le processus de conciliation est *contextuel*.

872. La deuxième catégorie a trait au respect de la vie privée et la transmission de rapports médicaux. On notera *O'Connor* de 1995, relative à la transmission d'un dossier médical et thérapeutique, dans le cadre d'une plainte pour agression sexuelle³. Il s'agissait d'un conflit entre le respect de la vie privée et les droits à une défense pleine et entière. Selon le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, la charge de la preuve doit d'abord reposer sur l'accusé, à charge pour lui de démontrer que la transmission de ces documents est déterminante pour l'issue du litige. Ensuite, c'est au juge que revient la décision de rendre, ou non, public le dossier médical, après examen : il s'agit d'une analyse contextuelle des effets bénéfiques et préjudiciables. Cette décision conduisit le Parlement fédéral à adopter la Loi C-46, entrée en vigueur en 1997, et venant modifier le Code criminel relativement à la transmission de ces informations, dans le cadre de poursuites pénales, dont le fondement est l'agression sexuelle. La constitutionnalité de cette loi a été évaluée dans *Mills* : la Cour rappelle la nécessité d'une conciliation des droits constitutionnels de l'article 7 de la Charte et de l'article 15⁴. Cette décision est un exemple de dialogue entre la Cour suprême et le Parlement fédéral au terme de laquelle la Cour confirme la constitutionnalité des dispositions du Code Criminel, même si leur objet diverge de *O'Connor*, le Parlement demeurant suprême. L'affaire *O'Connor* trouva un équivalent en matière civile, avec la décision *Ryan* de 1997⁵ : le contexte civil rendait la transmission du dossier moins pressante qu'en contexte criminel. C'est au décideur judiciaire au terme de cette balance des intérêts d'accorder ou non la transmission des documents en assurant le respect entier du droit à la vie privée, et du droit à une défense pleine et entière.

¹ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.

² *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [2002] 2 R.C.S. 522.

³ *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

⁴ *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au §21.

⁵ *R. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157.

873. La troisième catégorie concerne la liberté de religion. Outre l'affaire *N.S.* précitée, il est possible de noter l'affaire *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*¹ dans laquelle la Haute Cour devait réconcilier la liberté de religion et le droit à la vie : une petite fille est prématurée de quatre semaines et nécessite des soins médicaux au titre desquels, des transfusions sanguines, auxquelles s'opposent les parents en vertu de leurs croyances religieuses. Les parents sont membres de l'Église de Jéhovah. Une ordonnance de la Cour provinciale a autorisé les médecins à pratiquer cette transfusion. La liberté d'éduquer ses enfants selon ses conceptions personnelles appartient à la garantie constitutionnelle de l'autonomie personnelle, qui peut cependant faire l'objet de restrictions de la part de l'État, pour des raisons d'intérêt général. L'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier une restriction à la liberté de religion : si la liberté de religion des demandeurs est violée, cette violation se trouve justifiée sur le terrain de l'article 1^{er}. La Cour suprême s'est prononcée récemment sur la question des transfusions sanguines pour une jeune fille âgée de 14 ans et 10 mois, et a confirmé la constitutionnalité de la loi manitobaine autorisant le juge des requêtes à ordonné les transfusions en question². C'est sur le terrain de la conciliation de l'article 2(a) et de l'article 15 que le contentieux a été le plus important³. Est-ce aussi relativement à cette catégorie que la plupart des controverses sont nées. En effet, la liberté de religion est souvent considérée comme un *super droit* constitutionnellement garanti, c'est-à-dire un droit dont la constitutionnalité serait *renforcée* et qui, dès lors, serait quasi systématiquement protégé.

874. Il faudrait ajouter **une quatrième catégorie**, à l'image de la Commission ontarienne des droits, qui concerne les conflits entre le droit à l'égalité et la liberté d'expression⁴. Ce conflit a fait l'objet de deux importantes décisions de la Cour suprême du Canada rendues le même jour : *Taylor*⁵ et *Keegstra*⁶, et qui traitaient toutes deux des effets de la liberté d'expression sur des groupes défavorisés ou vulnérables. Dans la seconde affaire, la Cour a facilement justifié les restrictions à la liberté d'expression, qui s'appliquent dans le cas de la *propagande haineuse*. C'est, au contraire, la liberté d'expression qui prime dans l'affaire *Ross* où un enseignant tenait des propos antisémites hors de l'enceinte scolaire. D'autres affaires relatives à la liberté d'expression religieuse et à l'orientation sexuelle seront étudiées *infra*.

¹ *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1997] 1 R.C.S. 315.

² *A.C. c. Manitoba (Directeurs des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181.

³ IDING (L.A.), *Freedom of Religion vs. Substantive Equality*, *op. cit.*, pp. 68-76.

⁴ *L'ombre de la Loi*, précitée.

⁵ *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

⁶ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

3- Des hiérarchies matérielles passagères aux hiérarchies identitaires

875. Il s'en eut fallu de beaucoup pour que la doctrine de l'absence de hiérarchie des droits constitutionnels se trouvât inscrite au Panthéon des vérités constitutionnelles révélées. Très rapidement cette doctrine a fait l'objet de nombreuses critiques de la doctrine canadienne. Une première critique a révélé la difficulté à réconcilier d'un point de vue normatif la doctrine de la conciliation avec la théorie constitutionnelle des droits fondamentaux, tout en soulignant la mise en place de hiérarchies effectives. Un deuxième mouvement a mis en évidence le développement de hiérarchies matérielles ; un troisième moment a démontré que ces hiérarchies matérielles étaient toutefois passagères traduisant la contextualisation de l'analyse. Enfin, un dernier mouvement a démontré dans quelle mesure le stade de la mise en balance des intérêts traduisait une orientation profondément normative du contentieux constitutionnel. Notre proposition vise à approfondir ce dernier mouvement en réorientant l'analyse critique : cette dimension normative traduit une « orientation identitaire » de l'espace public.

876. Première Critique : des hiérarchies interprétatives. Il semblerait que la Cour suprême ne soit jamais restée cohérente avec sa propre systématisation de la conciliation telle qu'elle apparaît dans *Dagenais* ou dans *T. W. U.*, ni non plus les Cours inférieures de suivre cette doctrine¹. Il serait même délicat de donner une cohérence normative plus générale à cette conciliation, mise à part une position visant au respect du pluralisme par la promotion des différences. En cela, cet article critique la position dominante que serait celle du principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour : la Cour privilégierait une hiérarchie au sommet – à constitutionnalité renforcée – plutôt qu'une balance des intérêts, traduisant une orientation normative du partage de l'espace public. « Dès lors qu'une cour assure à l'égalité une position dominante dans une analyse, la réconciliation n'est simplement pas possible. »² La doctrine commence à déconstruire la systématisation de la doctrine de l'absence de hiérarchie au sein des normes constitutionnelles. Il est difficile de réconcilier à la fois, l'absence de cohérence avec la doctrine de l'absence de hiérarchie, et cette doctrine avec la promotion du pluralisme : la méthode de la conciliation vise à inscrire normativement une représentation de la diversité.

¹ BROWN (D.M.), « Reconciling Equality and Other Rights: Paradigm Lost? », *N.J.C.L.*, 2004, vol. 15, pp. 1-33, p. 24.

² BROWN (D.M.), « Reconciling Equality and Other Rights », *op. cit.*, p. 30, (nous traduisons).

877. C'est surtout dans un premier article de 2006, que l'on commence à voir apparaître la notion de hiérarchies contingentes dans le bloc canadien de constitutionnalité, traduisant un délicat équilibre de normes dont la constitutionnalité renforcée est *transitoire*¹. Ce caractère transitoire de la constitutionnalité traduit l'analyse contextuelle présidant à la doctrine de la conciliation des droits, mais aussi cette vision normative de l'espace public. Aussi, le rejet de la hiérarchie des normes constitutionnelles promeut *certaines hiérarchies*². Ces hiérarchies traduisent l'importance du cadre sociétal d'interprétation du juge, ce que M. Carter qualifie de *positivisme stratégique* : l'engagement officiel des tribunaux vers une stratégie interprétative positiviste limitée, rejetant des arguments basés sur des principes normatifs, lorsque ces normes sont en tension avec le caractère écrit de certaines normes de la Constitution³. Selon lui, « un préjugé évident – appelant d'autres questions – est que certaines lois déclenchent la doctrine d'absence de hiérarchie des droits car elles ont été prises en vertu de certaines dispositions constitutionnelles 'spéciales' capables de lui donner naissance. »⁴ En somme, la doctrine de l'absence de hiérarchie, procéderait elle-même dans son principe interprétatif, de hiérarchies justifiées par des références ténues au caractère écrit de *certaines* dispositions.

878. De sorte que ce cadre interprétatif stratégique conduirait à la mise en place d'une double hiérarchie. Il y aurait, d'une part, des hiérarchies *structurelles*, et d'autre part, des hiérarchies *contingentes*. L'art. 33 (Constitution de 1867) est caractéristique des premières, permettant de distinguer les droits qui peuvent faire l'objet d'une limitation, des droits privilégiés⁵ : une législation venant garantir ou appliquer des normes constitutionnelles, en dépit ou en contradiction avec d'autres normes de la Charte, ne serait pas annulée. Certaines dispositions comme l'art. 33, bénéficieraient d'une position structurellement supérieure au sein des normes constitutionnelles, l'art. 25 de la Charte relatif aux droits ancestraux, l'art. 23 relatif aux droits linguistiques, ou encore aux potentialités de l'art. 28 garantissant l'égalité de genre. Il se pourrait que ce soit le cas, aussi, pour l'art. 91(24) de la Constitution de 1867⁶.

879. Ce sont les procédures de la balance contextuelle des intérêts et de justification d'une violation de l'art. 1^{er}, qui sont caractéristiques de l'établissement des hiérarchies contingentes. Partant, certains droits auraient « préséance ponctuelle » sur d'autres afin d'assurer la

¹ CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *Rev. of Const. Stud.*, 2006, vol. 12, n°1, pp. 19-61.

² CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *op. cit.*, p. 20.

³ CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *op. cit.*, p. 22.

⁴ CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *op. cit.*, p. 35, (nous traduisons).

⁵ CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *op. cit.*, p. 37.

⁶ CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *op. cit.*, p. 45.

résolution d'un conflit de normes constitutionnelles : le cas évident réside dans la promotion gouvernementale des droits de certains groupes. De sorte que les hiérarchies contingentes sont l'expression de choix normatifs quant au partage de l'espace public, choix plus ou moins validés par les juges, sur le terrain d'un intérêt public : la protection du pluralisme est le contexte qui a donné naissance à la doctrine de l'absence de hiérarchies¹. Ces hiérarchies sont confirmées, certaines assurant une « constitutionnalité renforcée structurelle, » certaines une « constitutionnalité renforcée transitoire » : le bloc de constitutionnalité est *contextué*.

880. Deuxième critique : des hiérarchies matérielles. Dans un important article de 2011, L.-P. Lampron et E. Brouillet ont démontré que derrière le principe de la non hiérarchie des droits se cachait en réalité une hiérarchie *matérielle* des droits. Selon ces auteurs, « certains droits possèdent, intrinsèquement, une valeur hiérarchique supérieure à d'autres »² : cette hiérarchie résulterait de l'opération de délimitation intrinsèque et extrinsèque du champ de chacun des droits. En suivant V. Saint-James, la proposition est faite de distinguer, au cœur d'une hiérarchie *juridique*, hiérarchie *formelle* et hiérarchie *matérielle*. La première peut être définie telle que : « les modes de hiérarchisations formelles résultent des textes qui établissent des rangs dans la hiérarchie de type kelsénien. » La seconde peut être définie telle que : « on peut aussi choisir d'établir une hiérarchie plus conforme au droit positif, c'est-à-dire qui ne repose pas sur le texte, mais sur la valeur qu'il revêt en société. »³ Alors qu'une hiérarchie structurelle découle de l'action du législateur ou du pouvoir constituant, une hiérarchie matérielle découlera de l'action du décideur judiciaire, ou pouvoir prétorien⁴. En somme, si la place hiérarchique d'un droit repose sur l'importance sociale de la valeur qu'il supporte, la marge de décision des tribunaux sera plus ou moins large : la prédétermination en faveur de certains droits plutôt que d'autres jouerait majoritairement en faveur de la liberté de religion.

881. La prédétermination serait proportionnelle aux variations dans le champ des objets de protection. Une analyse hiérarchique matérielle, qui apparaîtrait au stade de la définition des droits, pourrait être mise en évidence par une comparaison des champs accordés à chacun des deux droits : les auteurs proposent de s'interroger sur la portée large ou restrictive accordée à chacun des objets de protection (convictions religieuses, orientation sexuelle etc.), mais aussi

¹ CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *op. cit.*, p. 41.

² LAMPRON (L.-P.) et BROUILLET (E.), « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l'inaccessible étoile ? », *R.G.D.*, 2011, vol. 41, pp. 93-141, p. 98.

³ Virginie Saint-James, citée in LAMPRON (L.-P.) et BROUILLET (E.), « Le principe de non-hiérarchie », *op. cit.*, p. 103.

⁴ Sur cette notion de pouvoir créateur : PONTTHOREAU (M.-C.), *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, PIZZORUSSO (A.) (préf.), Economica, P.U.A.-M., Coll. Droit Public Positif, Paris, 1994.

en fonction des activités protégées au titre de cet objet de protection (expression, croyances, pratiques etc.). L'établissement d'une hiérarchie matérielle se ferait lors de chacune des grandes étapes : l'applicabilité du texte et les possibilités de dérogation ; la violation aux droits et la détermination du champ de l'objet de protection ; la justification de l'atteinte ; la réparation de ces atteintes. Les professeurs procèdent à une démonstration des limites données à la liberté de religion s'agit-il du volet liberté ou du volet égalité en distinguant ce qui est de l'ordre de l'expression religieuse et ce qui est de l'ordre des convictions religieuses. Selon le contexte, l'expression ou les convictions religieuses seront plus ou moins largement définies.

882. L'expression religieuse serait mieux protégée que l'expression au sens large¹ ; la conviction religieuse mieux protégée que l'expression publique religieuse ; la pratique privée religieuse mieux protégée que l'expression publique religieuse. Il y aurait donc des paliers hiérarchiques différents de protection selon les activités se rapportant à une même liberté. Ces auteurs confirment l'hypothèse de hiérarchies matérielles au sein du bloc de constitutionnalité canadien, traduisant une hiérarchie variable entre normes à constitutionnalités renforcées différenciées : cette variation dépend du champ accordé au droit. Cette contribution permet d'expliquer que la vulnérabilité pluraliste dépend des contextes de protection. Cela étant, nous pouvons nous écarter de cette proposition à deux égards. D'une part, l'analyse de la hiérarchie matérielle demeure formelle dans son appréhension des niveaux juridiques de protection et des champs accordés à chacun des objets de protection. D'autre part, cette analyse ne prend pas en compte ce qui fait précisément l'établissement de hiérarchies matérielles, c'est-à-dire la « transition identitaire » du discours des droits fondamentaux. En somme, il nous est apparu que c'est bien sur le plan du champ identitaire qu'il fallait déterminer l'étendu de la protection accordée à un droit. À notre sens, cette proposition est déterminante pour comprendre la mise en place de normes à constitutionnalité renforcée, mais inadéquate pour en saisir les effets : le « conflit d'identités » ne s'épuise pas dans la *forme* du « conflit de droits. »

883. Troisième critique : des hiérarchies *passagères principielles*. Il appert pertinent de compléter cette critique du dogme de la non-hiérarchie des droits à travers deux aspects : l'aspect temporel et l'aspect identitaire². L'analyse contextuelle permet d'écarter le *principe* de hiérarchie et de se prononcer en faveur de hiérarchies passagères. L'analyse contextuelle assurerait l'absence de hiérarchies structurelles, tout en permettant l'expression de hiérarchies

¹ LAMPRON (L.-P.) et BROUILLET (E.), « Le principe de non-hiérarchie », *op. cit.*, p. 120.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l'équilibrage entre droits fondamentaux », *Rev. Québ. Dr. Const.*, 2012, vol. 4, pp. 7-41.

in concreto et temporaires. L'analyse contextuelle place l'interprétation dans un contexte situé, juridiquement et sociologiquement. C'est sur les tribunaux que repose l'obligation de conciliation et donc la production d'une représentation identitaire évolutive des frontières de la société. Selon les termes de J.-F. Gaudreault-DesBiens, « le discours des tribunaux n'est pas que normatif au sens étroit du terme : il peut aussi être porteur d'aspirations relevant d'une éthique de la vertu » ; il est *performatif*, traduisant des « représentations idéalisées » de l'espace public et des valeurs sociétales censées encadrer son pouvoir interprétatif. Ces hiérarchies entre droits fondamentaux seraient passagères, résultant d'échelles de contextes différentes, mais surtout seraient « non assumées, » et le fruit de dissonances cognitives¹.

884. Il n'est pas pertinent de s'appuyer sur la nature des normes constitutionnelles qui rend difficile l'établissement *stricto sensu* de hiérarchies juridiques. Par contre, la démonstration peut s'appuyer sur la qualité dworkinienne de *principes*, des droits fondamentaux². Cette qualité de principes permet d'anticiper la production de hiérarchies de droits : la particularité du principe est bien sa *flexibilité herméneutique*, de sorte qu'il rend moins prévisible l'issue d'un conflit, à la différence d'un conflit portant sur *des règles juridiques*. L'effet de cette indétermination, trouvera une forme d'expression flexible à la fois dans la détermination d'un rapport externe de conflit, que d'un rapport interne de définition du champ du principe. C'est dans cette double indétermination que l'on voit surgir à la fois le caractère *contingent* et le caractère *identitaire*. La qualité de principe conduit le champ des droits fondamentaux à être pris dans un conflit d'orientations identitaires normatives sur ce qui constitue une vie bonne et juste. Et c'est en ce sens que l'arbitrage judiciaire traduit une vision de l'espace public.

885. Si ce caractère est fondamental, l'on ne peut ni s'en détacher, ni l'invisibiliser ; il doit, dès lors, faire l'objet d'une attention critique : « la texture ouverte des principes fait en sorte que lorsqu'il s'agit de leur attribuer un sens, un décentrage par rapport à soi et à ses convictions est nécessaire pour s'ouvrir à des rationalités alternatives porteuses de significations également alternatives. »³ Ils ont une « effectivité symbolique. » En cela, le champ matériel d'un droit relève bien davantage d'une analyse du champ identitaire. Dans cette hiérarchisation principielle, la liberté de religion, ou l'identité religieuse, prend une place de choix : « chose certaine, lorsqu'une pratique culturelle se voit récupérée dans le cadre d'une revendication en droits religieux, elle bénéficie d'un statut juridique nettement

¹ GAUDREAUULT-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères », *op. cit.*, p. 23.

² GAUDREAUULT-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères », *op. cit.*, pp. 25-26.

³ GAUDREAUULT-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères », *op. cit.*, p. 31.

plus enviable que n'importe quelle autre pratique culturelle. »¹ Cependant, l'exemple de la liberté de religion démontre aussi que ces hiérarchies sont contingentes, ce qui traduit, selon nous, les évolutions des frontières identitaires de la citoyenneté. Au total, deux éléments sont particulièrement importants lorsque l'on s'intéresse aux conflits de droits, dans le contexte d'une « pluralisation » du droit : le champ identitaire accordé à chacune des dispositions constitutionnelles en conflit ; et le caractère temporaire de ces processus d'arbitrage entre dispositions. Il s'agit, par conséquent, de « délaissier la sphère éthérée du droit livresque pour se tourner vers celle du droit vécu » et de « nommer l'existence de hiérarchies 'matérielles', souvent implicites et pas toujours pleinement assumées. »² L'aspect contingent et identitaire du conflit de droit permet de délaissier l'analyse strictement positiviste du discours juridique, et ainsi éviter la clôture normative de ce dernier, tout en mettant l'accent sur la vulnérabilité pluraliste. L'évolution du caractère renforcé de la constitutionnalité de certaines normes est, selon nous, liée aux évolutions identitaires des frontières de la normalité de l'espace public.

886. Quatrième critique : des hiérarchies *normatives*. Cette lecture est confirmée par deux critiques récentes des aspects normatifs du principe de non hiérarchie, visant plus spécifiquement l'opération de contrôle contextuel de proportionnalité et de pesée des intérêts. C'est au moment de cette pesée contextuelle des intérêts que la hiérarchie serait construite³, moment dont les limites découlent du champ identitaire accordé à un objet de protection. C'est la logique même du contrôle de proportionnalité dans le contentieux constitutionnel qui est visée⁴. Cette pesée des intérêts ne pourrait que conduire à prioriser un droit au détriment d'un autre. En effet, le jugement proprement normatif relatif aux droits s'opère au stade de la pesée des intérêts en balance⁵. La modernité de ce contrôle⁶ impliquerait nécessairement des hiérarchies normatives découlant d'un jugement sur *l'identité* des droits constitutionnels.

887. Si cette logique de contrôle permet de palier les limites du positivisme formel, il doit conduire à une prise de conscience critique de la part de la doctrine constitutionnelle quant aux présupposés identitaires « qui se situent en arrière plan de cette opération de la raison judiciaire. »⁷ La logique de la proportionnalité attribue explicitement ou implicitement une

¹ GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères », *op. cit.*, p. 36.

² GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), « Les hiérarchies passagères », *op. cit.*, pp. 40-41.

³ BERNATCHEZ (S.), « Quand appliquer les Chartes, c'est hiérarchiser les droits », *Rev. Québ. D. Const.*, 2012, vol. 4, pp. 61-85, p. 63.

⁴ RÉAUME (D.), « Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality », 2009, Paper n°26 U. of Oxford L. R. P. S. : <http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>.

⁵ BERNATCHEZ (S.), « Quand appliquer les Chartes, c'est hiérarchiser les droits », *op. cit.*, p. 66.

⁶ ALEINIKOFF (T.A.), « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale L.J.*, 1987, vol. 96, n°5, pp. 943-1005.

⁷ BERNATCHEZ (S.), « Quand appliquer les Chartes, c'est hiérarchiser les droits », *op. cit.*, p. 75.

valeur normative à chacun des intérêts en question¹. L'issue de la balance des intérêts sera liée à ce processus d'attribution de valeurs. Le juge assigne une valeur à un intérêt en fonction de l'orientation sociétale dans laquelle cette pesée des intérêts intervient. Selon la conception de R. Alexy du contrôle de proportionnalité, cette pesée permet de déterminer laquelle des considérations normatives est plus importante ou, moins essentielle. Il paraît bien délicat de dépasser cet obstacle épistémologique représenté par le contexte du bien et du juste qui nécessairement irrigue la pesée des intérêts. Posé au départ comme un conflit de droits constitutionnels, le conflit est en réalité un conflit normatif relatif à l'identité de l'espace public. La méthode du conflit de droit n'est qu'une apparence de systématisation et de légitimation du contrôle du juge. Elle « devient un moyen détourné afin de nier la protection même que l'enchâssement constitutionnel des droits était censée venir rechercher. »²

888. C'est l'idéologie du constitutionnalisme qui vacille, si l'on place l'objectif de l'analyse au stade de cette pesée normative des intérêts, soutenus par ces droits. Un double conflit se joue : le conflit juridique formel des droits fondamentaux trouvant son contexte et sa solution dans un « conflit normatif de valeurs. » Si le constituant canadien a engagé les tribunaux, par l'effet du principe d'égalité, à trancher des questions identitaires superposées à des questions juridiques, il est essentiel pour la doctrine de s'interroger sur cette « vie axiologique » des identités du droit. Dès lors que « la théorie constitutionnelle a érigé le principe de proportionnalité en véritable conception du contrôle judiciaire de constitutionnalité, »³ l'analyse critique de la doctrine s'en trouve pareillement modifiée. Le conflit de droit cache mal la charge normative qui préside à ce contrôle, « il doit y avoir une certaine approche substantielle des conflits normatifs et expliquant ces décisions, mais elle opère en secret. »⁴

889. L'analyse formelle de la notion de conflits de droits démontre rapidement ses limites. En effet, le principe de non-hiérarchisation des droits est un *talisman*, pour reprendre l'expression de J.-F. Gaudreault-DesBiens : le contentieux constitutionnel se caractérise par la mise en place de « hiérarchies matérielles passagères, » traduisant un jugement, proprement normatif, sur « l'identité de la communauté nationale. » Les hiérarchies sont contingentes, évoquant les ouvertures et fermetures des frontières normatives de la citoyenneté pluraliste ; elles sont identitaires, évoquant les limites identitaires des droits fondamentaux. En raison de

¹ ALEINIKOFF (T.A.), « Constitutional Law in the Age of Balancing », *op. cit.*, p. 945.

² RÉAUME (D.), « Limitations on Constitutional Rights », *op. cit.*, p. 3, (nous traduisons).

³ BERNATCHEZ (S.), « Quand appliquer les Chartes, c'est hiérarchiser les droits », *op. cit.*, p. 85.

⁴ RÉAUME (D.), « Limitations on Constitutional Rights », *op. cit.*, p. 26, (nous traduisons).

la spécificité du contentieux constitutionnel, il convient de placer l'analyse au niveau de ces jugements normatifs présidant l'interprétation judiciaire. Un conflit formel de droit traduit une hiérarchie passagère d'identités régulant la capacité à être des sujets *identifiés* sur la base de ces droits. En conclusion, l'orientation identitaire des droits traduit un processus continu « d'exclusion » de l'espace public dont il revient à la doctrine juridique d'en évaluer les implications. Seule cette perspective est à même de caractériser juridiquement *la vulnérabilité pluraliste* des sujets de droit, résultant du tournant identitaire du contentieux constitutionnel canadien. Ainsi, les conflits entre la liberté de religion et l'orientation sexuelle ne sont pas *intéressants* pour les hiérarchies passagères de droit, mais ils sont *dangereux* par l'impossibilité identitaire d'existence d'un sujet de droit qui serait à la fois homosexuel et religieux, impossibilité créée par la vie identitaire de ces droits. L'analyse porte sur l'impossibilité d'existence de l'homosexuel religieux résultant du *jeu* judiciaire de l'identité.

B- Perspective interdisciplinaire sur l'existence spectrale de l'homosexuel religieux

890. Il ne se passe guère de semaines sans qu'un conflit ne soit soulevé entre ces identités, comme le démontrent les oppositions religieuses au mariage homosexuel en France¹. Des controverses ont émergé au Canada relativement au devoir pour un commettant civil de procéder à un mariage homosexuel contrairement à ses croyances religieuses, la lutte contre l'intimidation visant les homosexuels dans les établissements religieux d'enseignement, ou encore la propagande haineuse visant l'homosexualité pour des raisons religieuses. Il n'est pas rare de trouver, d'ailleurs, dans la doctrine, la dénonciation des présupposés religieux qui seraient venus restreindre les droits des homosexuels² : même, le droit canadien procéderait d'idéologies religieuses dans sa construction de l'homosexuel³. Cette incompatibilité n'est pas bidimensionnelle puisque les stéréotypes peuvent s'associer dans le cas, par exemple, des musulmans homosexuels, « incluant absence du père, femme voilée, et violence symbolique associée à l'hétéronormativité et la masculinité traditionnelle des familles maghrébines. »⁴ Si la représentation judiciaire écarte toute autre dimension liée à la religion, le corps homosexuel produit par les tribunaux invisibilise aussi *la race*⁵. Cette construction écarte la réalité de

¹ MCCAFREY (E.), *The Gay Republic. Sexuality, Citizenship and Subversion in France*, Ashgate, Farnham, 2005, p. 21.

² MOHR (R.D.), *Gays / Justice*, *op. cit.*, p. 32. MacDOUGALL (B.), *Queer Judgments*, *op. cit.*, pp. 123-129.

³ SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship: The Role of Religious Ideologies in Canadian Law*, Ph.D., Religious Studies, U. of Ottawa, 2009.

⁴ PROVENCHER (D.M.), « Coming Out à l'Oriental: Maghrebi-French Performances of Gender, Sexuality, and Religion », *J. of Hom.*, 2011, vol. 58, n°6-7, pp. 812-833, p. 813, (nous traduisons).

⁵ PITT (R.N.), « 'Still Looking for My Jonathan': Gay Black Men's Management of Religious and Sexual Identity Conflicts », *J. of Hom.*, 2009, vol. 57, n°1, pp. 39-53.

l'expérience des homosexuels religieux et noirs. Aussi est-ce le cas du *genre*. Cependant, « 'God versus Gay' est un mythe. Il est faux, non justifié par les Écritures, et contredit chaque jour par la vie des individus religieux »¹ : une approche interdisciplinaire démontre comment les individus *concilient* leurs identités² et les questions identitaires se posant implicitement.

891. L'histoire même des relations entre religion et homosexualité est controversée parmi les théologiens et, nous ne ferons pas ici honneur à cette diversité. La difficulté peut être, ainsi, résumée et élargie à l'ensemble des confessions : « les chrétien(ne)s gays et lesbiens sont des individus dont les identités émergent en opposition aux idéologies traditionnelles relatives à l'hétérosexualité obligatoire, et aux valeurs chrétiennes relatives à la sexualité, »³ ce à quoi il faudrait ajouter la construction sociale de l'identité religieuse. Si la controverse porte sur l'utilisation rhétorique de ce que la Bible dit ou ne dit pas de l'homosexualité⁴, la question religieuse a souvent fait preuve de parent pauvre des études *Queer*⁵. Des ouvrages sont venus étudier l'intersection de ces identités, construites socialement⁶ : la conversion religieuse serait une forme de *coming out*, enchâssant l'expérience gay au cœur des valeurs religieuses⁷. Cette multiplication des écrits a, par conséquent, été analysée comme le signe d'un éclatement progressif de la rhétorique des confessions religieuses⁸. C'est une logique nettement politique.

892. L'analyse des écritures saintes a progressivement été récupérée par les homosexuels dans un processus de réappropriation critique : l'effet rhétorique des discours religieux a contribué à construire l'image civile de l'homosexualité, au même titre que les discours psychiatriques⁹. Les stratégies d'intégration sont variées et la plupart des gays religieux tenteraient dorénavant d'intégrer ces deux identités, plutôt que d'en rejeter une au prix de l'autre¹⁰ : il peut s'agir d'une *exégèse critique* ; la création d'espace cognitifs dissonants ; ou l'orientation sexuelle comme « résultant » des croyances chrétiennes. Selon J. Michaelson, l'expérience homosexuelle serait l'expression de valeurs religieuses : « 'God v. Gay' n'est pas seulement une fausse dichotomie. C'est une rébellion contre l'image de Dieu lui-même. »¹¹

¹ MICHAELSON (J.), *God vs. Gay? The Religious Case for Equality*, Beacon P., Boston, 2011, p. VIII, (nous traduisons).

² WALTON (G.), « 'Fag Church': Men Who Integrate Gay and Christian Identities », *J. of Hom.*, 2006, vol. 51, n°2, pp. 1-17.

³ WALTON (G.), « 'Fag Church' », *op. cit.*, pp. 2-3, (nous traduisons).

⁴ LOCKE (K.A.), « The Bible on Homosexuality: Exploring its Meaning and Authority », *J. of Hom.*, 2004, vol. 48, n°2, pp. 125-156.

⁵ WILCOX (M.M.), « Outlaws or Inlaws? Queer Theory, LGBT Studies, Religious Studies », *J. of Hom.*, 2007, vol. 52, n°1-2, pp. 73-100.

⁶ COULMONT (B.), « Jeux Interdits ? Religion et Homosexualité », *Arch. Sc. Soc.*, 2006, n°136, pp. 103-114.

⁷ CUTHBERTSON (K.L.), « Coming Out/Conversion: An Exploration of Gay Religious Experience », *J. of Men's Stud.*, 1996, vol. 4, n°3, pp. 193-207.

⁸ JORDAN (M.D.), « Religion Trouble », *G.L.Q.*, 2007, vol. 13, n°4, pp. 563-575.

⁹ WHITEHEAD (A.I.), « Sacred Rites and Civil Rites: Religion's Effect on Attitudes Toward Same-Sex Unions and the Perceived Cause of Homosexuality », *Soc. Sc. Quat.*, 2010, vol. 90, n°1, pp. 63-79.

¹⁰ WALTON (G.), « 'Fag Church' », *op. cit.*, pp. 5-14.

¹¹ MICHAELSON (J.), *God vs. Gay? op. cit.*, p. XV, (nous traduisons).

893. Aussi, l'on fait dire à la Bible une chose et son contraire : cette incommensurabilité des expériences religieuses et homosexuelles participerait d'une rhétorique *politique* de la violence¹. L'espace *politique* est occupé par les discours religieux dominants, mobilisant, nettement, cette opposition de principe, de sorte à garantir une existence politique : l'identité religieuse passerait par l'opposition à l'homosexualité. Partant, les stratégies de réconciliation dans lesquelles sont engagés ces individus représentent un « acte de résistance » contre des régimes dominants. Or, ces actes de résistance ne sont pas également disponibles pour chaque individu. Par ailleurs, ces actes portent en eux les épreuves de nouvelles marginalisations : la réaffirmation de la naturalité du genre ; la normalisation des comportements sexuels à travers une lentille familiale ; l'altérisation de l'Islam ; ou, l'oubli de la race. Aussi, plusieurs remarques peuvent être faites. La question de l'homosexualité est une question de rhétorique *politique*, i.e. cette question a permis aux groupes (religieux et homosexuels) de se constituer *politiquement*. Ensuite, chaque tradition religieuse lie la question de l'homosexualité à une question de *genre*, de sorte que l'homosexualité s'inscrit dans un continuum social du genre – une hiérarchie patriarcale. Ensuite, la régulation religieuse de l'homosexualité acceptable est opérée par une relecture du corps homosexuel à travers les valeurs religieuses de la famille et d'une condamnation générale du sodomite (paradoxalement, par l'ouverture du mariage!). En somme, le corps homosexuel religieux démontre une transgression du rôle social du genre, et son acceptabilité passe par son *hétéronormativisation*. Enfin, l'on a dé-racialisé le corps de l'homosexuel religieux rendant, par essence, incompatible le corps non blanc, avec l'identité homosexuelle. Ascendant blanc, patriarcalisme et hétéronormativité permettent de souligner deux opérateurs : l'identité religieuse est *hétérosexuelle*, l'identité homosexuelle est *blanche*.

1- Christianisme

894. Si le mythe de la destruction de la ville de *Sodome* relatée dans la *Genèse 19* fait l'objet d'analyses controversées, il n'en demeure pas moins qu'il a joué un rôle important dans le développement de la moralité sexuelle occidentale² avec la création du sodomite. La création de la sodomie³, à laquelle on reliera le corps homosexuel plus tardivement, procède

¹ COBB (M.), *God Hates Fags: The Rhetorics of Religious Violence*, New York U.P., New York, 2006. YIP (A.K.T.), « The Politics of Counter-Rejection: Gay Christians and the Church », *J. of Hom.*, 1999, vol. 37, n°2, pp. 47-63.

² BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.), « Introducing Queer Religion », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *Queer Religions. Vol. 1. Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012, pp. IX-XIX, p. XII.

³ GOODRICH (M.), « Sodomy in Medieval Secular Law », *J. of Hom.*, 1976, vol. 1, n°3, pp. 295-302; « Sodomy in Ecclesiastical Law and Theory », *J. of Hom.*, 1976, vol. 1, n°4, pp. 427-434.

directement d'une analyse biblique *politiquement orientée*. De telle sorte qu'en mobilisant le *Lévitique 18:22* et la *Genèse 19*, on considère que la Bible condamne l'homosexualité : une interprétation à laquelle s'opposent de nombreux courants réformateurs. Il faut d'ailleurs noter, qu'au moment de l'écriture de la Bible, le concept d'*homosexualité* n'existait pas encore, de même que les relations sexuelles anales ne visaient pas une identité sexuelle. L'ouvrage pionnier de Boswell¹ a fait l'objet de nombreuses critiques des théologiens pour sa réutilisation d'un vocabulaire moderne dans un contexte religieux et politique totalement distinct. C'est au XI^{ème} siècle que la sodomie commence à être rattachée à un certain comportement sexuel en devenant une classification juridique visant un péché particulier des prêtres catholiques : « plus qu'un acte sexuel, la sodomie marquait une transgression des rôles de genre établis par Dieu en créant les êtres vivants comme homme et femme. »² Partant, en sus d'un acte sexuel, s'associe un procès en transgression du *genre* : une transgression qui ne sera nommée qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, et qui d'ailleurs, dans les analyses religieuses, était réduite à l'homme *passif* ou homme *jouant le rôle de la femme*. L'homosexuel est celui qui perturbe les schémas genrés en performant une identité *féminine*. Cette lecture visait à assurer la supériorité de la masculinité sociale. La relecture de ces identités passait par un rejet du nom *homosexuel* lui-même, lui préférant le terme plus subversif de *religion Queer*.

895. Le rejet officiel de l'homosexualité par le christianisme se fonde sur une exégèse des textes anciens³, au premier chef desquels, la Bible. Or, il faut bien comprendre le contexte dans lequel a été rédigée la Bible⁴, et la contextualisation de son interprétation ; de même la Bible ne comprend pas l'entièreté des enseignements religieux. L'origine de la condamnation résiderait dans une dérégulation de la chair, l'inhabilité à considérer l'expérience de l'intimité physique et sexuelle comme religieuse⁵. Le monde romain n'est pas construit autour d'une binarité, mais plutôt d'une *hiérarchie du genre*, c'est à dire un continuum où la masculinité demeure supérieure à la féminité, idéalisant le corps masculin⁶. Chaque corps se présentait, toutefois, comme un agencement de « fonctions féminines » et de « fonctions masculines, » qui pouvaient être valorisées ou, au contraire, inhibées selon certaines pratiques corporelles : faire ou défaire la *masculinité* était le principal objet d'interrogation. Cette hiérarchie sociale

¹ BOSWELL (J.), *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, U. of Chicago P., Chicago, 2005.

² BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.), « Introducing Queer Religion », *op. cit.*, p. XII, (nous traduisons).

³ DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *Queer Religions. Vol. 1. Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012, pp. 91-112. COHEN (M.S.), « The Biblical Prohibition of Homosexual Intercourse », *J. of Hom.*, 1990, vol. 19, n°4, pp. 3-20.

⁴ LOCKE (K.A.), « The Bible on Homosexuality », *op. cit.*, pp. 125-156, sur l'interprétation du texte.

⁵ Pour de multiples nuances : ARENDT (H.), *Le concept d'amour chez Augustin*, Rivages, Paris, 1999.

⁶ DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », *op. cit.*, p. 93.

du genre permettait au vrai homme de toucher sans être lui-même touché. De telle sorte que la pénétration – buccale ou anale – du corps masculin était forcément vue comme une perversion du corps masculin et une déstabilisation de cette hiérarchie sociale. Pareillement, si le corps masculin est placé au pinacle de la hiérarchie corporelle, ce dernier peut devenir un *Mollis*, c'est-à-dire celui qui prend un plaisir excessif à orner son corps, à épiler sa poitrine ou à utiliser du parfum : cette expression péjorative venait condamner celui qui cherchait à plaire plutôt qu'à être contenté. Ces liens entre le genre et l'acte sexuel dans l'ancien christianisme se manifestaient à travers, notamment, deux autres catégories : les *Pathici*, ou les hommes jouant le rôle féminin de réceptacle, lors de l'acte sexuel ; les *Impudici* ou les hommes qui adoptaient un désir sexuel (pour les hommes ou les femmes) avec la volonté affirmée de transgresser les frontières sociales. En somme, la condamnation de la relation sexuelle anale procédait d'une hiérarchisation sociale phallogénée : la masculinité ne peut être l'objet du désir de l'homme demeurant cet *impénétré pénétrateur*¹. Ces condamnations s'intégraient dans une certaine économie sexuelle phallogénée que l'on trouvait dans l'élite romaine².

896. Même lorsque la Bible visait les relations sexuelles annales, il s'agissait davantage d'une condamnation des « idoles, » c'est-à-dire des communautés religieuses étrangères. Les actes homoérotiques venaient illustrer *l'idolâtrie* sans caractériser une identité sexuelle. Une interprétation similaire est donnée par J. Michaelson, de la « contextualisation de l'exégèse » : « la langue des versets est ambiguë, leurs contextes (pureté, idolâtrie, droit naturel) diffèrent totalement de ceux contemporains et leurs significations n'ont rien à voir avec les productions contemporaines de sens. »³ En effet, de nombreux textes venant soutenir cette condamnation contemporaine de l'homosexualité sont sujets à controverses exégétiques : les Épîtres aux Romains de Saint Paul (*Romains 1:18-32*), la destruction de la ville de Sodome (*Genèse 19*), ou le Lévitique (*Lévitique 12:22*). Or, si l'on relit ces différentes sources textuelles dans leur contexte de rédaction, la signification est tout à fait différente de celle présidant à leur utilisation politique. Le *Lévitique 12:22*⁴ vise le culte des dieux étrangers : la rédaction évoque la critique de l'objectification sexuelle masculine – sans viser les femmes – la lascivité de l'acte sexuel, et plus spécifiquement la pénétration anale. Ce qui est prohibé dans ce passage est l'acte sexuel anal⁵ : n'est pas visée une personne, mais ce qui est fait à une

¹ DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », *op. cit.*, p. 94.

² DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », *op. cit.*, p. 97.

³ MICHAELSON (J.), *God vs. Gay?*, *op. cit.*, p. XIX, (nous traduisons).

⁴ « And you shall not give any of your seed to set them apart to Molech, neither shall you profane the name of your God : I am the Lord. And at a man you shall not lie the lyings of woman ; it is a *toevah*. »

⁵ MICHAELSON (J.), *God vs. Gay?*, *op. cit.*, p. 61.

personne. La difficulté d'interprétation réside dans le terme de *toevah* qui a, selon de nombreux commentateurs, été imprudemment traduits de l'hébreu par *abomination*, là où ce terme signifierait davantage *tabou*. Plus spécifiquement, une analyse lexicale de la Bible permet de comprendre l'importance de cette désignation : « *Toevah* est sérieux, mais dans un sens particulier : c'est une transgression idolâtre des frontières nationales. »¹ En somme, le sexe anal masculin est un tabou culturellement relatif, visant la relation de frontière avec les étrangers, une forme de loi de purification rituelle. Toute référence aux relations annales dans le texte biblique viserait la délimitation de « frontières » entre communautés religieuses. La même interprétation vaut pour le *mythe de Sodome* dans la *Genèse 19* où deux anges arrivent dans la ville de Sodome et demandent l'hospitalité à Lot. Cette parabole biblique vise, dans le contexte de sa rédaction, un crime éthique contre l'hospitalité et, en aucun cas, une certaine moralité sexuelle. L'acte sexuel anal n'est pas l'essence de leur transgression, mais le *médium* à travers lequel les habitants de Sodome entendent transgresser leur obligation d'hospitalité. Ce n'est pas le genre ou le sexe des anges qui attirent la foule de Sodome : c'est la volonté affirmée d'utiliser la violence sexuelle pour dégrader ou humilier. Partant, le mythe de Sodome comme le Lévitique peuvent être lus comme l'ouverture d'une réinterprétation exégétique des textes bibliques, permettant de penser la relation homosexuelle dans l'ordre des valeurs proprement religieuses que sont l'amour, la famille, la confiance, la justice etc.

897. Cette idée se retrouve, aussi, avec l'interprétation des *Épîtres aux Romains* de Saint Paul² (*Romains 1:18-32*). La conception de Paul – juif converti et missionnaire – s'inscrit dans l'économie sexuelle de son temps et dans la critique de l'idolâtrie remplacée par *Dieu* : cela se voit notamment dans la conception de l'ordre naturel qui est mobilisé par Paul et qui fait référence à un système moral immémorial de Dieu applicable à l'ensemble de l'Humanité. Le culte des idoles est contre nature en substituant des *créatures* à Dieu lui-même : de la même manière que dans *Sodome*, l'acte anal est regardé comme le médium caractérisant le décalage entre l'ordre divin et ces créatures. Par la pénétration anale, un homme transgresse les hiérarchies de genre et perd sa position sociale dominante : ce qui arrive à ceux qui vouent un culte aux idoles. Ce passage est important dans la mesure où il a été lu comme ouvrant, dans la relation de rencontre entre les Juifs et les Chrétiens, un espace discursif *Queer*³. En effet, le Christianisme participe d'une théologie du dépassement, c'est-à-dire qu'il vise à

¹ MICHAELSON (J.), *God vs. Gay?*, *op. cit.*, p. 62, (soulignements dans le texte original), (nous traduisons).

² DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », *op. cit.*, p. 96.

³ RODEN (F.S.), « Introduction », in RODEN (F.S.) (ed.), *Jewish/Christian/Queer. Crossroads and Identities*, Ashgate, coll. Queer Interventions, Farnham and Burlington, 2009, pp. 1-18, p. 1.

réaliser le Judaïsme, ce dernier constituant *l'Autre* du premier : dans le même sens, le Judaïsme rejettera le Christ, ainsi que la construction de la Sainte Trinité, dans un monde qui attend toujours son Messie. Cette dissonance rhétorique et théologique a été interprétée comme une attraction à l'Autre, dans une culture qui punit la transgression des frontières, et proprement similaire à l'expérience de l'attraction homoérotique pour le même sexe : la définition de l'identité par l'Autre opposé. L'Épître aux Romains, de Paul, est caractéristique de cette connexion établie par le Christianisme entre Juifs, non-Juifs (*Gentiles*) et *genre*.

898. La description paulienne des relations homoérotiques comme excessives, c'est-à-dire hors de l'ordre naturel Divin, devient un trait des *Gentiles*¹. Les *Gentiles*, à l'image des femmes, ne pouvaient supporter les commandements, et l'association de ces stéréotypes avait pour finalité d'assurer la conversion au Dieu d'Israël de ceux dont l'identité religieuse était confuse. Par ailleurs, Dieu apparaît miséricordieux même à l'endroit des *Gentiles* déviants : c'est ce qui définit, précisément, la logique christique et *queer* du *dépassement*². En quelque sorte, tous les non-juifs sont *queer* : les non-juifs pour les juifs, et les non-chrétiens pour les chrétiens. De sorte que le statut lascif de corps *queer* dans la théologie paulienne est bien plus compliqué que son association au corps homosexuel, mais une véritable construction politique de frontières d'inclusion et d'exclusion. Le corps des *Gentiles*, en vouant un culte à des idoles mortes, est voué lui-même à mourir : plus tard cette logique du corps morbide sera reprise pour caractériser le corps homosexuel. Au total, la logique du dépassement – cet espace dissonant du Christianisme et du Judaïsme – permet de réintégrer dans la miséricorde divine ces corps, par et avec leur excès, contribuant, par là, à rendre excessif ou *queer* le corps Divin.

899. Cette analyse théologique est essentielle afin de bien comprendre les enjeux politiques se jouant derrière les réappropriations contemporaines de la condamnation de l'homoérotisme par les discours religieux : la logique du dépassement vise à intégrer l'excès, et non pas à l'exclure, puisque dépassant la description de ces corps non-chrétiens à travers un acte sexuel anal condamné car non reproductif. Partant « Paul rend donc la procréation non pertinente à la continuité de la vie corporelle, la garantissant alors par la résurrection »³ : ils sont *adoptés*, et dans ce processus, le Christ peut être l'époux de la femme ou *de l'homme*. Cette lecture indique que si dans la Genèse Dieu a créé l'homme et la femme, il ne s'agit que des extrêmes

¹ ROGERS Jr. (E.F.), « Paul on Exceeding Nature: Queer Gentiles and the Giddy Gardener », in RODEN (F.S.) (ed.), *op. cit.*, pp. 19-34, p. 20.

² ROGERS Jr. (E.F.), « Paul on Exceeding Nature », *op. cit.*, p. 27.

³ ROGERS Jr. (E.F.), « Paul on Exceeding Nature », *op. cit.*, p. 30, (nous traduisons).

inclusifs de tout *un continuum de polymorphisme sexuel* ; des paramètres incluant tout ce qui se trouve au milieu. L'on retrouve cette lecture du genre, orienté vers le désir du Christ, devant satisfaire de façon elle-même polymorphique, les désirs de l'ensemble des créatures.

900. Il faut retenir de ce christianisme ancien que la condamnation des actes homoérotiques venait de leur transgression des normes sociales du genre : la femme devient active et l'homme devient passif, contrairement à la représentation du féminin et du masculin, discours auxquels s'ajoute un idéal de pureté et de critique de la chair. La logique du dépassement visait d'abord les corps *Gentiles* – soit non-juifs, soit non-chrétiens – et l'acte sexuel n'est qu'un médium. Par ailleurs, l'utilisation du tabou de l'acte anal conduit à l'adoption de tous les corps excessifs par un Dieu lui-même *excessif*. Aussi, « le regard du christianisme ancien sur le désir du même sexe est incomparable avec la définition moderne de l'homosexualité. »¹ Ce discours de condamnation procédait d'une volonté d'assurer la pureté physique et sociale des corps, une lecture qui se confirme par la conception paulienne de la pureté². L'on retrouve de nombreux présupposés relatifs aux dangers supposés du corps homosexuel : non parce que la Bible vise directement l'homosexualité, mais parce que la rhétorique religieuse associe ces traits à des caractéristiques du corps homosexuel. L'on considère que le discours religieux autour de la sexualité a changé à partir de l'influence de Saint Augustin au *Vème siècle* : la « modestie sexuelle » en vient à constituer *l'identité chrétienne*. En effet, en cultivant un corps virginal, le corps chrétien imite le corps « asexué et ressuscité » du Royaume de Dieu.

901. Augustin extrapole grandement cette lecture. Dès lors, même la relation hétérosexuelle est véhicule du péché : le corps doit être réprouvé au profit de l'âme, conformément à ce qu'il qualifie *d'ordre naturel*³. Le désir est redirigé vers le Divin, et l'acte sexuel doit contribuer à la reproduction. Le mariage est vu, à cette époque, comme un pis-aller entre le péché de la chaire et l'Amour de Dieu⁴. En ce sens, la construction contemporaine de l'homosexualité antinomique de l'expérience religieuse débute avec *le moment augustinien*⁵, puis avec l'invention de la sodomie au XIème siècle⁶. Si cette dernière est née au sein de la tradition chrétienne, en tant que concept juridique visant un péché des prêtres, elle a fait l'objet d'une réappropriation rhétorique excédant à la fois son contexte de développement et sa supposée

¹ DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », *op. cit.*, p. 98, (nous traduisons).

² DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », *op. cit.*, p. 100.

³ DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », *op. cit.*, p. 104.

⁴ DUBY (G.), *Le chevalier, la femme et le prêtre*, *op. cit.*, pp. 27 et suivantes.

⁵ MICHAELSON (J.), *God vs. Gay?*, *op. cit.*, p. 71.

⁶ Sur cette reconstruction performative : JORDAN (M.D.), *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, Chicago U.P., Chicago, 1997.

origine dans la *Genèse 19*. S'ajoutant à la lascivité par nature du corps homosexuel et à la transgression du genre, le danger de la pédophilie. L'invention de l'homosexualité participe tout autant d'une relecture des textes bibliques, détachés de leurs contextes d'écriture, que d'un processus de réappropriation critique visant cette réconciliation. Sans doute explique-t-on par ce décalage, la grande diversité des réactions des traditions religieuses à la question de l'homosexualité¹, de même que l'oubli de la « question du genre » dans le débat d'identités.

902. Cette dimension rhétorique de l'utilisation de l'homosexualité dans la construction politique de l'identité religieuse a été démontrée par M. Jordan : « après un demi-siècle de débats, les églises ont appris à parler du désir du même sexe, seulement en négociant et en renégociant leurs relations avec les nouvelles rhétoriques du sexe et du genre dont ils n'étaient pas à l'origine. »² Cette rhétorique de la pureté corporelle et sociale s'est focalisée autour de l'adolescent, celui qui doit être *recruté* pour échapper à l'homosexualité et assurer la *fertilité* sociale : l'homosexualité est un retard du développement à corriger. C'est face à cette idée du discours que la construction politique de l'identité homosexuelle a rejeté la religion : l'influence de la rhétorique réciproque se situe moins dans l'opération de mémorisation des sources, que dans les caractères implicites qui organisent le débat. L'opposition des identités est comprise par les spécialistes de la théologie chrétienne comme une construction rhétorique : un espace laissé vacant dans les limites du sodomite médiéval. Or les débats procèdent d'une lecture *patriarcale* du féminin dont la référence mobilisée par les rhétoriques religieuses contribue à dénigrer l'inverti *dérangé* ; par ailleurs, ces débats sont majoritairement *blancs*³.

903. En somme, l'on retiendra que « l'histoire de cette rhétorique suivie est celle d'alliances entre insultes générales et non d'arguments fondés sur des preuves, contre des actes sexuels précis. Dans la rhétorique de l'église, les noms changent alors que les adjectifs approuvateurs ou désapprouvateurs demeurent. »⁴ La rhétorique vit dans l'espace de désapprobation morale ouvert par l'invention de la sodomie et de l'homosexuel, au-delà d'une critique particulière de tel ou tel acte sexuel sujet à redéfinition, si l'on pense à la masturbation. La désapprobation morale passe par le rejet de toute pratique sexuelle – par réduction tropologique, le rejet de l'identité homosexuelle – et l'adoption d'une pureté féminine, symbole, par excellence, du

¹ Pour les Églises évangéliques par exemple : REIMER (S.), « 'Civility without Compromise'. Evangelical Attitudes Towards Same-Sex Issues in Comparative Context », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *Faith, Politics and Sexual Diversity in Canada and the United States*, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2011, pp. 71-86.

² JORDAN (M.D.), *Recruiting Young Love. How Christians Talk About Homosexuality*, Chicago U.P., Chicago and London, 2011, p. XII, (nous traduisons).

³ JORDAN (M.D.), *Recruiting Young Love*, *op. cit.*, p. XVIII.

⁴ JORDAN (M.D.), *Recruiting Young Love*, *op. cit.*, p. 26, (nous traduisons).

patriarcalisme : aimer le pêcheur et haïr le pêché où la religion devient le *père perpétuel*¹. L'homosexuel chrétien en vient à constituer un problème social, dans la mesure où son corps reçoit toute une tradition de *honte*. Des études de terrain ont démontré les effets de ces perceptions négatives, dans des régions très religieuses, sur la vie quotidienne des personnes gaies et lesbiennes. Cette rhétorique dépasse l'enceinte de l'Église : les témoignages sont ceux d'états dépressifs, l'isolement, l'abus, la peur d'aller en enfer, une estime faible de soi, et un processus continu de dévalorisation². En ce sens, la rhétorique religieuse crée une régulation autodisciplinaire conduisant à un partage inégal de l'espace public. L'agentivité de ces individus est déterminée largement par leur exclusion rhétorique de la communauté religieuse et de la communauté homosexuelle : même, les communautés religieuses homosexuelles organisées demeurent à la marge de la vie religieuse et de la vie homosexuelle. Le caractère *performatif* de cette construction conduit ces sujets, à une « position sociale spectrale. »³

2- Judaïsme

904. La question homosexuelle se retrouve au sein des communautés religieuses *juives* et la plupart des commentaires précédemment établis à propos du christianisme, sont valables pour la tradition du judaïsme⁴. Si les propos de J. Michaelson s'appliquent pour l'interprétation de la Bible, il n'en est pas de même de la *Halakha* ou droit juif⁵. Il est à ce titre incorrect d'interpréter la *Halakha* comme un ensemble formel de normes présidant à l'édition d'un droit positif : il s'agit d'un ensemble de problématiques et d'interrogations. Ses sources sont la *Thora* – les cinq premiers livres de la Bible – qui ont *force de loi*, le Talmud et la loi orale (classification par Rabbi Yehouda Hanassi de la loi orale reçue par Moïse dans la *Mishna* ou premier livre du Talmud ; s'y adjoint son commentaire, la *Guemara*). S'y ajoutent des compléments halakhiques à la *Mishna*, la *Tosefta*, relatifs à des questions ou interrogations non envisagées dans le Talmud. On trouve, aussi, les *Takhanot*, ou règles édictées par les rabbins jugés compétents, par référence à un commandement biblique. On y adjoint les *Responsa*, réponses données par les autorités rabbiniques aux questions d'interprétation. Selon Rosenthal, la conception halakhique de la sexualité promeut l'expression hétérosexuelle

¹ JORDAN (M.D.), *Recruiting Young Love*, *op. cit.*, p. 39.

² BARTON (B.), « 'Abomination' – Life as a Bible Belt Gay », *J. of Hom.*, 2010, vol. 57, n°4, pp. 465-484.

³ MAHER (M.J.), « A Voice in the Wilderness: Gay and Lesbian Religious Groups in the Western United States », *J. of Hom.*, 2006, vol. 51, n°4, pp. 91-117.

⁴ MICHAELSON (J.), « How Can You Be Gay and Jewish? », Zeek.com, 2012, (disponible en ligne). COOPER (A.), « No Longer Invisible: Gay and Lesbian Jews Build a Movement », *J. of Hom.*, 1989, vol. 18, n°3-4, pp. 83-94. MAHL (Rabbi J.H.K.), « Judaism and Homosexuality: The Traditional/Progressive Debate », *J. of Hom.*, 1989, vol. 18, n°3-4, pp. 47-82.

⁵ PANAFIT (L.), « La Halakha comme problématique de la connaissance », in ALVAREZ-PEREYRE (F.) et PANAFIT (L.) (dir.), *op. cit.*, pp. 7-56.

du désir à travers le mariage et sert de cadre interprétatif aux stratégies modernes de lecture des textes sacrés¹. Cette stratégie permet de libérer la femme à travers la question du divorce tout en rejetant l'homosexualité en tant qu'identité sexuelle tolérée : le système de la *Halakha* est un exemple de pluralisme où la loi religieuse entre en compétition avec la loi étatique pour régler les conflits familiaux. Ceci permet de comprendre la situation des juifs homosexuels.

905. La *Halakha* ne prescrit *a priori* qu'une expression autorisée de l'identité sexuelle : le mariage hétérosexuel entre un homme et une femme² dont la finalité est la reproduction. Toutes les questions d'identité sexuelle sont donc évaluées à partir de ce cadre normatif. Le renforcement de l'hétérosexualité passe par une distribution très détaillée du rôle de l'homme et de la femme : à l'impulsion naturelle des hommes vers la sexualité (*Yetzer HaRa*) qui doivent, dès lors, faire preuve de modestie sous peine de mettre en péril la société, s'oppose la chasteté d'instinct des femmes, qui dans le cas inverse conduirait au péché de la communauté juive toute entière. Partant « la *Halakha* décrète que le mariage, satisfaisant les désirs sexuels dans le but de procréer, est naturel and et la résolution appropriée des tensions sexuelles. »³ Réguler l'inclination sexuelle naturelle des hommes pour les femmes est essentielle afin de maintenir leur intégrité physique et l'intégrité sociale. L'inclination sexuelle se caractérise par la prise de possession (*baal*) de la femme. Toutefois, l'importance de la masculinité et de la virilité impliquent que la relation maritale assure les besoins sexuels de ces hommes, la *Halakha* est d'ailleurs très détaillée dans la régulation de l'activité sexuelle dont l'homme demeure maître à travers l'acte de pénétration. En dehors, les hommes modèrent leurs pensées en privilégiant les questions religieuses. La femme apparaît sous deux visages : soit séductrice menant la société à sa perte, soit elle est déssexualisée dans le contexte matrimonial⁴. Elle demeure passive, et assure la réalisation des désirs sexuels masculins, précisément encadrés dans les positions sexuelles par la *Halakha* : la femme ne peut être stimulée autrement que par la pénétration masculine, assurant la domination de celui qui pénètre, un objet de *propriété*.

906. Dans le contexte de la *Halakha*, il n'est pas étonnant que relativement à la question de l'homosexualité, « la valorisation inhérente de cet idéal par les sociétés juives n'autorise pas aux juifs LGBT **un accès et un support entiers à la vie communautaire juive.** »⁵ Les textes

¹ ROSENTHAL (R.S.), « Of Pearls and Fish: An Analysis of Jewish Legal Texts on Sexuality and Their Significance for Contemporary American Jewish Movements », *Colum. J. Gender & L.*, 2006, vol. 15, n°2, pp. 485-541.

² ROSENTHAL (R.S.), « Of Pearls and Fish », *op. cit.*, p. 491.

³ ROSENTHAL (R.S.), « Of Pearls and Fish », *op. cit.*, p. 493, (nous traduisons).

⁴ ROSENTHAL (R.S.), « Of Pearls and Fish », *op. cit.*, p. 502.

⁵ ROSENTHAL (R.S.), « Of Pearls and Fish », *op. cit.*, p. 524, (nous soulignons et nous traduisons).

de la *Halakha* relatifs aux relations homoérotiques sont, pour partie, communs avec les textes chrétiens, comme le *Lévitique 18:22*. Cette condamnation découle d'une perturbation de la hiérarchie du genre et du paradigme de la procréation : la pénétration est masculine, alors que la féminité est liée au réceptacle. Selon la tradition de la *Halakha*, l'homosexualité était si peu probable parmi les juifs, qu'il n'était guère besoin d'en avoir un encadrement normatif. En réalité, seule l'androgynie permettait une voie d'expression parallèle de l'identité sexuelle. Par conséquent, « les positions contre l'homosexualité dans les travaux biblique et rabbinique reflètent la manière avec laquelle les réalités biologiques du sexe hétérosexuel impliquent la non naturalité des activités homoérotiques. »¹ De telle sorte que, selon l'autorité et la méthode interprétative accordées à la *Halakha*, les positions des communautés sur l'homosexualité vont varier : de l'ostracisation dans les communautés orthodoxes traditionnelles, à leur refus pour les réformateurs. Pour les orthodoxes, la relation homosexuelle prohibée est considérée comme un pêché, certaines communautés allant jusqu'à tenter de corriger cette déviance à travers la thérapie et le mariage. La réaffirmation de l'autorité de la *Halakha* prohibant les relations sexuelles anales a été décrite comme une stratégie de réaffirmation de l'identité des mouvements conservateurs du Judaïsme lorsque ces derniers firent des concessions relatives aux droits des femmes. La réaction fut différente pour le Judaïsme Réformateur, qui réaffirma toutefois, la définition hétérosexuelle du mariage, tout en soutenant le « partenariat civil. »

907. On peut trouver, cependant, tout un ensemble de pratiques homoérotiques à l'image du bain rituel (*mikva*) pratiqué avant le Sabbath dans la communauté hassidique de Mea Shearim, à Jérusalem. Une stratégie, par contre, de réinterprétation de la tradition religieuse juive est venue de relectures de la *Kabbale*² ; la Kabbalah offre une lecture alternative de la théologie juive. Le paradoxe est de taille : alors que la Kabbalah se présente comme l'un des discours les plus hétéronormés de la pensée religieuse, c'est aussi le terrain le plus fertile pour une relecture *queer* de la pensée juive, à travers sa rhétorique du masculin et du féminin. Selon Michaelson, la Kabbalah dans son ensemble est une perturbation de l'éthique sexuelle juive, renversant les lois gouvernant les comportements sexuels³. Le genre féminin, et masculin, n'est pas distribué comparativement à l'hétéronormativité classique dans la mesure où chaque pôle dispose des deux genres, différemment équilibrés : des combinaisons associant la rencontre du même genre sont inévitables dans la mesure où chacun contient l'autre. La figure

¹ ROSENTHAL (R.S.), « Of Pearls and Fish », *op. cit.*, p. 530, (nous traduisons).

² MICHAELSON (J.), « I'm Just Not That Kind of God. Queering Kabbalistic Gender Play », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *op. cit.*, pp. 51-68.

³ MICHAELSON (J.), « I'm Just Not That Kind of God. Queering Kabbalistic Gender Play », *op. cit.*, p. 54.

topique est Isaac présenté comme passif – lui associant un genre féminin – tout en combinant la force et le jugement. Ainsi, « les forces féminines de Isaac, et non sa ‘passivité’ féminine, reposent dans sa capacité à se présenter et exister dans les dynamiques du pouvoir dictées par le jeu de rôle akedah. »¹ Isaac est un exemple de *cross-gender* dans la tradition kabbalistique, perturbant la distribution des schémas genrés de la tradition juive. David est aussi associé à un principe féminin : jouant le rôle féminin principal de poète de Dieu, il est érotiquement associé à la masculinité de Dieu lui-même. En ce sens, tout partisan de la Kabbalah est invité à jouer un comique jeu de transgression du genre, qui tout en s’identifiant au corps de Dieu lui-même performe un corps multigenré, un « *drag queen* hermaphrodite portant les masques des différent genres à différents moments qui cherche sa moitié-elle faisant la même chose. »²

908. Le Sabbath est l’occasion d’un étrange *coming out* où l’être pieux demande à Dieu d’exprimer son côté féminin (*Malchut*) tout en demandant à ce que son côté féminin malin (*Gevurah*) soit adouci par la bonté proprement masculine du Dieu aimant. Pareillement, la circoncision est interprétée dans la tradition kabbalistique comme l’inscription du féminin sur un organe masculin : le phallus lacanien exige alors une forme d’amputation, ou de manque, pour assurer sa complétude. Ainsi, « la circoncision est une ouverture, un acte inscrivant un espace négatif sur le phallus permettant à l’ouverture de recevoir l’influx divin, saisi comme prophétie ou théophanie. »³ Le masculin a besoin de la « présence absence » du féminin, dans ce schéma kabbalistique, le complétant en le rendant incomplet. Le drame de la rédemption, dans la Kabbalah, se manifeste par la présence ineffable de l’Autre immanent : cette lecture n’exprime pas la *totalité* du cosmos religieux, mais bien son *infinité* « car, précisément, la prétention phallique à la complétude a été circonscrite. »⁴ Or, l’infinité cosmogonique implique un jeu de lecture croisé et subversif des rôles genrés. En permettant l’expression de désir homoérotique, comme une possibilité de l’existence du féminin et du masculin, la Kabbalah présente des figures proprement ambiguës et sujettes à réappropriation critique. La tradition du judaïsme est loin d’être monolithique et unilatérale vis-à-vis de la question de la sexualité, même si son cadre normatif de lecture demeure l’hétérosexualité patriarcale obligatoire. Aussi, toute lecture des conflits de l’homosexualité et de la religion dans le contexte du judaïsme ne pourrait faire l’économie d’une réflexion complémentaire sur le genre et la race.

¹ MICHAELSON (J.), « I’m Just Not That Kind of God. Queering Kabbalistic Gender Play », *op. cit.*, p. 56, (nous traduisons).

² MICHAELSON (J.), « I’m Just Not That Kind of God. Queering Kabbalistic Gender Play », *op. cit.*, p. 58, (nous traduisons).

³ MICHAELSON (J.), « I’m Just Not That Kind of God. Queering Kabbalistic Gender Play », *op. cit.*, p. 60, (nous traduisons).

⁴ MICHAELSON (J.), « I’m Just Not That Kind of God. Queering Kabbalistic Gender Play », *op. cit.*, p. 63, (nous traduisons).

3- Islam

909. Sans doute est-ce relativement à l'islam que se posent le plus de difficultés, tant le corps musulman est affecté de stéréotypes dans les démocraties occidentales¹. Comme pour les précédentes confessions religieuses, il n'y a ni une réaction uniforme à l'homosexualité, ni non plus une histoire unique vis-à-vis des minorités sexuelles. D'ailleurs les mouvements de l'islam progressiste ont contribué à modifier la perception occidentale de l'Islam comme essentiellement conservateur². De façon très superficielle, le droit musulman se compose de plusieurs sources, dont l'origine divine impose toutefois une loi unique³. Le *Faqîh* est celui chargé d'interpréter le droit et de trouver des solutions convenables relatives aux pratiques culturelles et relationnelles des musulmans. La *Shari'a* correspond à l'ensemble des sources et normes morales, alors que le *fiqh* correspond lui à une question proprement juridique de déduction et de réflexion. La *Shari'a* ne constitue qu'un accompagnateur du travail du *Faqîh* qui se concentre sur la réflexion juridique et son travail de législateur. Le *Faqîh* s'interroge sur la capacité qu'ont certaines morales énoncées par le Coran à devenir des règles *juridiques*.

910. Les sources du *Fiqh* sont constituées du *Coran* lui-même, véritable source de droit⁴, qui prévoit, notamment, une adaptation de certains préceptes religieux en fonction des contextes sociaux changeants – mises à part les règles liées à l'état matrimonial. Le Coran fait référence aux coutumes locales chargées d'édifier et de développer ce corpus universel. Cette tension entre unité et particularité a donné lieu à une multiplication des traditions juridiques islamiques (*madhâbib*). La *Sunna* correspond au recours aux propos prophétiques (*hadîth*). Il faut ajouter l'*Ijmâ* reflétant l'accord de l'ensemble des Oulémas relativement à un point de droit. S'y retrouvent aussi le raisonnement par analogie (*Al-qiyâs*) et les opinions personnelles du juge faisant appel le cas échéant à des coutumes locales (*Al-Istislâh*). Enfin, on retrouve le '*urf* ou l'application des normes en fonction des contextes locaux. La très grande diversité des sources du droit musulman, des contextes d'interprétations et des traditions doit conduire à la plus grande prudence lorsque l'on envisage les réactions de l'Islam à l'homosexualité. Les discussions relatives à la diversité sexuelle ont été peu présentes dans les communautés musulmanes d'Amérique du Nord qui ont généralement adopté une lecture traditionnelle de

¹ GEISSENGER (A.), « Islam and Discourse of Same-Sex Desire », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *op. cit.*, pp. 69-90.

² RAHMAN (M.) and HUSSAIN (A.), « Muslims and Sexual Diversity in North America », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *op. cit.*, pp. 255-274.

³ ISMAÏL (M.), « Les normes juridiques en Islam : le '*urf* comme source de législation », in FRÉGOSI (F.) (dir.), *op. cit.*, pp. 27-52, p. 28.

⁴ Le Coran contient plusieurs types de dispositions : certaines sont relatives à la foi, certaines sont relatives aux pratiques culturelles, certaines régissent les relations des hommes entre eux.

l'Islam. Or, « il y a une histoire longue documentée d'érotisme et de comportements homosexuels dans la culture islamique, reflétant toutefois une tolérance limitée des actes entre hommes, dans des limites ne perturbant pas les normes sociales familiales et de genre. »¹ Ces études récentes, soulignent les *difficultés* auxquelles font face les musulmans homosexuels.

911. L'on retrouve dans la tradition islamique médiévale et pré-moderne la même relativité du genre, inscrite sur un spectre allant du masculin au féminin, et la même organisation hiérarchique des rôles sociaux que dans le christianisme ancien. En effet, ce spectre a permis le développement de tout un ensemble de catégories genrées distinctes de la simple répartition catégorielle du masculin et du féminin. Le genre traduit un rang social : une relation sexuelle prohibée implique une déstabilisation potentielle de l'ordre social. Les juristes médiévaux de l'Islam condamnaient les relations gays, une condamnation qui avait généralement trait à leur manifestation *publique*. De même que s'agissant des traditions chrétiennes et hébraïques, il n'est pas certain que le Coran prohibait directement les pratiques sexuelles entre personnes de même sexe malgré certaines références à la *parabole de Lot*, notamment dans la Sourate 7 du Coran (80-84) : « vous vous approchez des hommes de préférence aux femmes pour assouvir vos passions. Vous êtes un peuple pervers. »² Ce n'est d'ailleurs, que dans la période récente que la littérature et la poésie homoérotiques que l'on trouvaient dans l'Islam médiéval, ont été regardées comme obscènes. Avec le développement de contacts plus intenses avec l'Occident, naît la marque d'un conflit de civilisations relativement à l'homosexualité comme véritable contamination occidentale : le musulman homosexuel est *culturellement inauthentique*³.

912. C'est un discours retrouvé dans les courants qualifiés de Salafistes, notamment : ils feraient fi de l'interprétation des juristes médiévaux, pour embrasser une lecture sévère, littérale et souvent caricaturale, de l'Islam. Toutefois, si l'on en suit certains commentateurs, la valorisation par certaines communautés d'une lecture néotraditionnaliste de l'Islam insistant sur la tradition textuelle médiévale Sunni, ne va pas jusqu'à inclure les sentiments homoérotiques que l'on pouvait parfois trouver dans les textes médiévaux⁴. Souvent, aucun lien émotionnel ou affectif n'est reconnu aux relations sexuelles qui sont réduites comme dans les autres traditions religieuses monothéistes à un acte sexuel, la « sodomie. » Les stratégies d'inclusion de ces identités passent par une lecture critique des textes religieux, au titre

¹ RAHMAN (M.) and HUSSAIN (A.), « Muslims and Sexual Diversity in North America », *op. cit.*, p. 268, (nous traduisons).

² *Le Coran*, NRF, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1967, p. 192.

³ GEISSENGER (A.), « Islam and Discourse of Same-Sex Desire », *op. cit.*, p. 77.

⁴ GEISSENGER (A.), « Islam and Discourse of Same-Sex Desire », *op. cit.*, pp. 80-81.

desquelles, la parabole de Lot ; par la valorisation des versets positifs du Coran en faveur de la diversité, et des comportements qui ne tombent pas dans la catégorie de *naturelle*. Cette réappropriation critique est considérée comme un acte de résistance, dont on peut nuancer l'agentivité : « par le simple fait de se livrer à une réinterprétation du Coran, les gays musulmans récusent publiquement les stéréotypes déshumanisant d'hédonistes irrégieux. »¹ Ces stratégies s'inscrivent dans un contexte historique dont il convient de dresser les traits.

913. Cette question a fait l'objet d'une très belle analyse par Khaled El-Rouayheb en 2005, professeur à la *Harvard Divinity School*. L'Islam médiéval ne connaissait pas le concept moderne *homosexuel* et ne présentait aucune attitude uniforme quant aux traits considérés comme caractéristiques de l'homosexualité d'aujourd'hui. Or, « tout, sinon beaucoup, de la poésie amoureuse de cette période est pédéraste dans son ton, dépeignant l'amour passionné d'un poète pour un adolescent. »² Cette période était marquée par de fortes tensions homoérotiques, notamment à travers la littérature poétique. Or, le droit islamique punissait les relations sexuelles entre hommes particulièrement les relations publiques. Autant la sodomie (*liwat*) est unanimement considérée comme illicite par les juristes, autant n'est-ce pas le cas d'un amour passionné pour un jeune garçon exprimé à travers les vers poétiques, notamment car la poésie du *Diwan* est caractérisée comme une chaste affection. En ce sens, le concept de l'homosexuel (*ubnah*) ne datant que de la fin des années 1860 est inconnu en tant qu'identité dans l'Islam pré-moderne : « un homme qui pénétrait régulièrement un autre homme n'était pas décrit comme *ubnah* mais serait sûrement présenté comme 'homosexuel' aujourd'hui. »³ Plusieurs distinctions sont importantes afin de comprendre la perspective de cette période : le partenaire « passif » du partenaire « actif » ; l'engouement « passionné » (*'ishq*) de la « luxure sexuelle » ; la nature de l'acte sexuel. Si l'Islam moderne rejette l'homosexualité occidentale, les occidentaux affectent paradoxalement et très largement l'Islam pré-moderne de pédérastie.

914. La distinction de l'homme *actif* et de l'homme *passif* est caractéristique des lectures genrées, partagées par les traditions religieuses auxquelles l'Islam ne fait pas exception : dans cette lecture sociale du genre, il convient de distinguer celui qui pénètre et celle ou celui qui est pénétré. La pénétration sexuelle (*futuh*) distingue le dominant ou actif (*luti*) du dominé ou passif (*'ilq*). Le *Luti* est celui qui commet un acte sexuel anal avec un autre homme, soit *liwat*.

¹ GEISSENGER (A.), « Islam and Discourse of Same-Sex Desire », *op. cit.*, p. 83, (nous traduisons).

² EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, 1500-1800*, Chicago U.P., Chicago, 2005, p. 1, (nous traduisons).

³ EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, op. cit.*, p. 6, (nous traduisons).

Le *luti* était considéré comme volage, équivalent à un buveur de vin, dont le seul remède était la repentance. Ce n'était pas le cas, par contre, de l'homme passif ou pénétré, nécessitant un terme médical, ou *ubnah*, seul ce dernier transgressant les normes de la masculinité¹. Il en est l'antithèse : la distinction entre ces deux hommes résultent des fonctions sociales des genres. Le « sodomite passif » était regardé comme performant un instinct sexuel féminin, le rapprochant des prostitués : son crime est bien de transgresser les règles de genre, la masculinisation correspondant corporellement, d'ailleurs, au port de la barbe. En ce sens, la relation anale est moins choquante lorsqu'il s'agit d'un jeune homme, qui n'est pas encore un homme, de sorte que ce dernier ne transgresse pas encore les normes sociales.

915. Ensuite, ce qui est accepté comme un amour esthétique – sur le plan de la production poétique – est réprimé s'il se manifeste sur le plan de la luxure sexuelle. L'inclinaison vers la beauté n'est pas répréhensible en tant que telle. Partant, « les chercheurs n'ayant pas mâché leurs mots pour condamner le *Liwat* pouvaient très bien exprimer leur fascination pour la beauté d'un garçon imberbe. »² L'amour pour les jeunes hommes était courant dans les Belles Lettres de l'époque, et lorsque le poète ne précisait pas le genre de l'être aimé, aucun trope ne le réduisait au féminin, au contraire. Si la relation sexuelle ne le pouvait, l'amour pouvait renverser l'ordre social du genre. Un amour qui ne pouvait être consommé, sauf à aimer Dieu à travers le jeune homme : « la différence entre aimer un garçon et aimer Dieu manifestant sa beauté dans un garçon n'aurait probablement pas été évidente pour un spectateur non-initié. »³

916. La dernière spécificité tient à la nature de l'acte sexuel, et tout un spectre de contacts plus ou moins prohibés, ou tolérés, émerge, dont la tolérance dépend de l'école juridique : le regard, le toucher, la proximité, la tentation, etc. Une chose est toutefois commune et certaine, « dans la littérature juridique, il était maintes fois affirmé que ni l'anus ni l'homme n'ont été créés dans le but d'être sexuellement pénétrés. »⁴ Il était généralement admis que l'on puisse observer la beauté d'un jeune homme ; cela étant, la difficulté était de déterminer si ces actes n'étaient que les préliminaires à la commission d'un pêché (*liwat*). Pourtant, aucune de ces écoles juridiques ne punissaient autre chose que l'acte sexuel de sodomie *propio motu*, non relié à une identité homosexuelle. L'on ne trouve à aucun moment la condamnation de l'homosexualité *per se* dans la tradition islamique pré-moderne. Même, « embrasser, caresser,

¹ EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, op. cit.*, p. 21.

² EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, op. cit.*, p. 55, (nous traduisons).

³ EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, op. cit.*, p. 97, (nous traduisons).

⁴ EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, op. cit.*, p. 115, (nous traduisons).

et rapports intercrural entre hommes étaient considérés comme répréhensibles et méritant un châtement, mais n'étaient pas des cas de liwat. »¹ Afin d'évaluer la gravité d'un péché, plus importantes étaient les modalités de l'acte sexuel, que le genre du partenaire sexuel lui-même.

917. La représentation de l'homoérotisme dans l'Islam pré-moderne impliquait donc un jeu complexe de relations de genre, d'esthétiques et de relations sexuelles réprimées par la religion, ce qui laissait de nombreux espaces cognitifs dissonants ou *queer*. Par contre, il est historiquement démontré que, c'est l'influence européenne de la morale victorienne, qui introduisit dans ce schéma médiéval les notions d'*invertis* et de *perverts sexuels*, à travers le concept occidental de *sexualité*. Derrière la question de l'homosexualité en terres d'Islam se joue, donc, aussi, un complexe jeu de colonialisme et de race. Lorsque l'Occident utilise l'argument de la tolérance envers l'homosexualité comme une marque de la modernisation des sociétés occidentales, afin de démontrer l'archaïsme des sociétés musulmanes, il faut sans doute se rappeler que ce débat n'a commencé que par la création occidentale de l'homosexuel et le jeu de civilisations qui se joue à l'endroit de l'Islam. Ainsi, « l'opposition à toute forme 'd'homosexualité' semblerait caractéristique des historiens arabes écrivant dans la seconde moitié du vingtième siècle, »² *i.e.* indéniablement *contemporaine*. Comme dans le cas chrétien, s'établit un conflit *politique* derrière la référence à l'homosexualité, dont le développement correspondrait à l'influence croissante de l'Occident. C'est dans ce contexte qu'il faut lire les réinterprétations contemporaines (occidentales) des traditions islamiques³.

4- Race(s) et religion(s) : le corps homosexuel est-il blanc ?⁴

918. Un dernier point mérite d'être évoqué : l'oubli de la question de *la race* dans les débats relatifs aux conflits de l'homosexualité et de la religion. En effet, l'on a vu *supra*, notamment, que la construction juridique de l'homosexuel en droit canadien procédait d'une invisibilisation de la religion, du genre, et de la race. Si la question du genre a été évoquée, peu a été dit de *la race*. Selon Rayside, « ce qui pourrait 'racialiser' davantage la dichotomie est la représentation généralisée des minorités sexuelles comme blanches tant par les médias

¹ EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World*, *op. cit.*, p. 137, (nous traduisons).

² EL-ROUAYHEB (K.), *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World*, *op. cit.*, p. 160, (nous traduisons).

³ SIRAJ al-HAQQ KUGLE (S.), *Homosexuality in Islam. Critical Reflection on Gay, Lesbian, and Transgender Muslims*, Oneworld, Oxford, 2010.

⁴ Pour une perspective littéraire : BALDWIN (J.), *La chambre de Giovanni*, Paris, Rivages, 1998. Par ailleurs, COBB (M.L.), « Pulpitic Publicity: James Baldwin and the Queer Uses of Religious Worlds », *G.L.Q.*, 2001, vol. 7, n°2, pp. 285-312.

populaires que par les communautés ethnoraciales. »¹ Partant, le conflit de l'homosexualité et de la religion adopte comme présupposé normatif un corps homosexuel *blanc*. Les minorités raciales sont régulées comme étrangères à la question des minorités sexuelles, particulièrement prises dans le contexte des croyances religieuses. Partant, l'acceptation croissante à l'endroit de certaines formes de diversités sexuelles renforce l'altérité de certaines communautés déjà marginalisées. De telle sorte qu'un homosexuel noir, religieux, avec des pratiques sexuelles déviantes, dispose d'une « agentivité » clairement diminuée, par rapport à un homosexuel blanc, engagé dans une relation « néo-libérale. »

919. Ces aspects du conflit de droits impactent sur *l'intensité à être* dans l'espace public : cette intensité dépend du champ identitaire de la représentation judiciaire des droits fondamentaux. Cet oubli ne fait que renforcer le sentiment partagé par de nombreux homosexuels afro-américains que l'Église demeure une source d'oppression². Les stratégies de réaction ont constitué notamment à développer des formes de théologie de la libération, qui se situent à l'intersection de la religion, de la race et de la sexualité : l'homosexualité est réconciliée avec la race et la religion à travers une certaine relation au Divin, miséricordieux. La réappropriation est double : celle des textes bibliques, comme précédemment, de même qu'une relation spéciale au corps de Dieu. Ce développement d'une théologie afro-américaine remonte en réalité à l'abolition de l'esclavage : la finalité est l'émancipation, la critique du racisme institutionnel, tout en y ajoutant des dimensions liées au genre et à la sexualité.

920. Quelles sont ces stratégies, en dehors des confessions religieuses institutionnalisées ? Comme dans les cas précédents, l'on retrouve une certaine construction de la masculinité comme assurant la *force* d'une communauté ; de même que la réconciliation des identités passe en réalité par une hétéro-normativisation des corps homosexuels. En effet, si « une part de cette homophobie se retrouve dans une traduction littérale des Écritures, les constructions hétéronormées de la masculinité sont aussi un élément important de cette croyance persistante de la communauté noire. »³ En définitive, on retrouve les trois mêmes questions identitaires : l'hétéronormativité, l'ascendant blanc et le patriarcalisme à travers la construction du corps de l'homme noir. En associant le genre à la sexualité, performer une masculinité noire conduit à performer une certaine sexualité, passant notamment par le rejet de la féminité. Du fait de

¹ RAYSIDE (D.), « Cross-Border Parallels at the Political Intersection of Sexuality and Religion », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *op. cit.*, pp. 357-373, p. 357, (nous traduisons).

² STRINGFELLOW (R.), « Soul Work. Developing a Black LGBT Liberation Theology », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *op. cit.*, pp. 113-125. Il s'agit, certainement, des liens entre les communautés noires et les Églises évangélistes.

³ PITT (R.N.), « 'Still Looking for My Jonathan' », *op. cit.*, p. 40, (nous traduisons).

l'importance de la religion dans la plupart des communautés afro-américaines, les stratégies de réaction des homosexuels religieux ne sont pas aisées¹, ces derniers démontrant des états de détresse psychologique, de bouleversement ou d'irritabilité. De la même manière l'enjeu de la réconciliation passe par la reconfiguration religieuse de l'acceptation et de la justice, en dehors de la prohibition de l'acte sexuel anal. En quelques sortes, l'enjeu est une nouvelle fois de détacher l'identité homosexuelle de l'acte sexuel. Cette étude de terrain révèle que les homosexuels noirs religieux ont tendance à demeurer silencieux vis-à-vis de leurs proches ou des membres de leur Église relativement à leur identité sexuelle, tout en prenant des responsabilités ministérielles dans ces congrégations. Plusieurs stratégies ont été identifiées.

921. Tous les sujets de l'étude, sans exception, ont, d'abord, commencé par rejeter leur identité homosexuelle, traduisant l'enracinement profond des valeurs hétéronormatives qui ont précédé toute conscience de l'être². La seconde stratégie a consisté en un rejet de l'identité religieuse. La troisième a consisté en une compartementalisation des identités : une double vie. La quatrième a consisté en une intégration des deux identités : et la plus grande difficulté a consisté à savoir comment percevoir l'identité homosexuelle. Aussi, les sujets « expliquent que s'installer dans l'identité chrétienne les a aidé à concevoir l'homosexualité comme style de vie plus que comme comportement sexuel. »³ Certains vont jusqu'à adopter les valeurs les plus conservatrices rejetant toute activité sexuelle. L'identité religieuse prédomine au point de constituer une menace, parfois, pour l'identité homosexuelle, elle-même : « les hommes continuent de participer aux communautés religieuses dans lesquelles leur identité religieuse est affirmée, tout en stigmatisant l'identité sexuelle et la condamnant comme répréhensible. »⁴

922. Conclusions. Sans doute cette dernière situation relative à la race est-elle topique des « marchandages identitaires » se jouant lors des conflits de droit / d'identités, régulant *l'intensité* sur l'espace public. L'attention critique doit, dès lors, se porter sur les trois régulations identitaires principales, qui se sont manifestées par un étude interdisciplinaire : *l'invisibilisation de la race, la régulation patriarcale du genre et l'hétéronormativité*. Ces trois variables constituent les limites à l'agentivité des individus homosexuels et religieux, et le cadre d'analyse critique des représentations judiciaires de ces conflits au Canada traduisant une nette *typologie des étrangers* : chaque individu ne partage pas *également* l'espace public.

¹ PITT (R.N.), « 'Still Looking for My Jonathan' », *op. cit.*, p. 41.

² PITT (R.N.), « 'Still Looking for My Jonathan' », *op. cit.*, p. 45.

³ PITT (R.N.), « 'Still Looking for My Jonathan' », *op. cit.*, p. 49, (nous traduisons).

⁴ PITT (R.N.), « 'Still Looking for My Jonathan' », *op. cit.*, p. 51, (nous traduisons).

§ 2 - « IMAGES IDENTITAIRES » DES CONFLITS CONSTITUTIONNELS DE DROITS :
TYPOLOGIE DES ÉTRANGERS DU CONSTITUTIONNALISME

923. Le conflit de droits est caractéristique de l'arrivée à *maturité biopolitique* d'un système constitutionnel. Aussi, le conflit de la religion et de l'orientation sexuelle parachève la construction de l'identité homosexuelle. L'on y retrouve la dialectique typique de l'identité et de la différence, « où, homosexualité et religiosité sont posées comme contradictoires de sorte que l'un ne peut être les deux, mais l'une ou l'autre. »¹ Devant le droit, homosexualité et religion sont toujours déjà en conflit². La définition d'un *droit* impacte l'identité d'un *corps*. Les étrangers du constitutionnalisme se mesurent, en termes identitaires, par leur éloignement vis-à-vis de ces normes. Le conflit de l'identité religieuse et de l'homosexualité est typique d'un conflit entre la liberté et l'égalité, dont de nombreux ont trouvé un contexte judiciaire de résolution, comme s'agissant du mariage³. Ils sont révélateurs, comme le note W. Eskridge, d'un conflit de « visions nomiques » du monde exacerbé autant par les institutions religieuses, que par les mouvements de défense des droits des personnes gaies et lesbiennes eux-mêmes. Le juge devient la pièce centrale venant trancher un conflit de droits – conflit d'identités. Le juge apparaît comme forcément « jurispatic, or law-killing institution. »⁴ Eskridge qualifie cela de *Kulturkampf* : le conflit de cultures nomiques exprime l'identité de l'espace public.

924. Dans le contexte américain, D. Nejaime est venu systématiser les enjeux de ce conflit juridique d'identités : les stratégies des deux groupes sont relativement similaires en centrant leurs revendications autour d'une rhétorique du minoritaire et du pluralisme. En effet, « ces communautés se sont engagées des deux côtés dans une lutte sur ce qu'une société pluraliste, spécialement en regard de l'orientation sexuelle et la religion, devrait ressembler. »⁵ Selon le contexte, public ou privé, ces logiques alternent entre inclusion et accommodement : la première insiste sur l'engagement public (liberté d'expression par exemple), la seconde insiste davantage sur le retrait dans l'espace privé. Le conflit s'exprimera donc différemment *selon le contexte* : dans cette construction d'une guerre culturelle comme stratégie jurisprudentielle, le pluralisme constitue l'outil rhétorique idéal⁶. La distinction entre les contextes américains et

¹ SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship*, *op. cit.*, p. 16, (nous traduisons).

² Pour des nuances dans le cas de la United Church of Canada: NEDELSKY (J.) and HUTCHINSON (R.), « Clashes of Principles and the Possibility of Dialogue: A Case Study of Same-sex Marriage in the United Church of Canada », in MOON (R.) (ed.), *op. cit.*, pp. 41-64.

³ FRIEDES (J.), « Can Same-Sex Marriages Coexist with Religion ? », *New England L.Rev.*, 2004, vol. 38, n°3, pp. 533-540.

⁴ ESKRIDGE Jr. (W.N.), « A Jurisprudence of 'Coming Out': Religion, Homosexuality, and Collisions of Liberty and Equality in American Public Law », *Yale L.J.*, 1996-1997, vol. 106, pp. 2411-2474, p. 2413.

⁵ NEJAIME (D.), « Inclusion, Accommodation and Recognition: Accounting for Differences Based on Religion and Sexual Orientation », *Harv. J. of L. & G.*, 2009, vol. 32, pp. 303-381, p. 305, (nous traduisons).

⁶ NEJAIME (D.), « Marriage, Cruising, and Life in Between: Clarifying Organizational Positionalities in Pursuit of Polyvocal Gay-Based Advocacy », *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.*, 2003, vol. 38, pp. 511-562.

canadiens réside dans ce que s'agissant du second, les stratégies religieuses se sont fondées sur la très large portée juridique accordée à la liberté de religion. La transition vers l'identité, impliquée par la rhétorique du pluralisme, permet aux parties de contrôler l'image qu'elles souhaitent donner de leurs communautés en fonction des potentialités judiciaires. Ce n'est pas cet angle d'analyse qui nous intéressera, mais les « effets corporels » des représentations produites par les juges lors du conflit: « dans une société pluraliste (...) vient la responsabilité d'explorer les complexités que les identités introduisent dans les discours juridiques. »¹

925. Deux perspectives seront mobilisées : une analyse de type économique afin d'évaluer, en termes de citoyenneté, les « capacités d'agentivité » des homosexuels religieux. Cette perspective a fait l'objet d'une illustration de la part de P. Fournier, et qualifiée par elle de *left law and economics* : en l'espèce il s'agissait de déterminer l'agentivité des femmes juives et musulmanes, qui participent à la fois de leurs communautés religieuses, et de la communauté étatique. Elles sont assujetties, respectivement, par les deux communautés : il s'agit, partant, d'évaluer leur « capacité de résistance. » Comment ces agents « participent et résistent de manière subversive aux mécanismes disciplinaires traditionnels »²? C'est un champ complexe de pouvoir, distribuant différemment les coûts et les bénéfices. Les sphères de la famille et de l'État sont considérées comme une forme de marché, différemment choisies par les agents, selon les situations : « hommes et femmes négocient dans l'ombre, pour différents aspects de leur vie collective et individuelle, pauvreté et richesse, appartenances nationales, leur liberté sexuelle ou soumission, leurs conditions maritales et leurs relations à Dieu. » De sorte que la question se pose de savoir comment, lorsque le sujet est créé par un discours de pouvoir, est-il religieux ou est-il étatique, distribue-t-il les coûts et les bénéfices résultant de chacune de ces disciplines. En conséquence, selon les situations, la vulnérabilité des agents sera variable : quelles sont les conséquences distributives d'un tel modèle de protection de la diversité³ ?

926. Une seconde perspective vise à mettre en évidence les effets de ces régulations sur le plan de la citoyenneté : *la capacité à être citoyen*. L'histoire de la citoyenneté a été narrée par les groupes dominants, articulant leur identité, tout en constituant les *étrangers* comme étant ceux ne disposant pas des biens définis comme essentiel pour la citoyenneté. Le processus de construction de la citoyenneté produit son Autre : « citoyenneté et altérité ne sont pas deux

¹ ESKRIDGE Jr. (W.N.), « Gay Legal Narratives », *op. cit.*, p. 646, (nous traduisons).

² FOURNIER (P.), « Calculating Claims », *op. cit.*, p. 48, (nous traduisons).

³ FOURNIER (P.), *Muslim Marriage in Western Courts*, *op. cit.*, p. 150: « The discourses around law, religion, and politics must be attentive to what produces agency, and how different scripts are performed in real and imagined ways, » (nous traduisons).

dimensions distinctes, mais deux aspects de la condition ontologique qui rendent le politique possible. »¹ La citoyenneté est un « terrain contesté » dans la mesure où elle n'est rendue possible que par un ensemble de normes identitaires sédimentées². Les différentes catégories d'étrangers sont *relatives*, un processus d'assignation de valeurs politiques changeantes, ce qui n'est pas sans rappeler le jugement normatif présidant au mécanisme juridique de la proportionnalité. Les « catégories d'étrangers » correspondent aux mécanismes d'exclusion constitutifs des théories du multiculturalisme soutenant la liberté de religion (*universaliste, civique, et primordialiste*). Malgré la prétention à la neutralité du républicanisme, il y aurait une « culture de la citoyenneté » : la distinction du citoyen libéré de toute culture, présume l'existence d'un état neutre, qui peut soit tolérer soit exclure, certaines différences culturelles. La citoyenneté n'est pas un concept neutre : la culture de l'autre est constitutive de la culture du citoyen³. Ce processus de construction de la citoyenneté est toujours contrôlé et « en raison de l'altérisation et de l'exclusion le citoyen peut être (faussement) considéré comme dépourvu de culture. »⁴ Nommer la différence culturelle permet de faire varier la capacité à être citoyen.

927. La qualité de citoyen doit, par conséquent, être distinguée d'un simple statut juridique garanti par un État et envisagée comme « vulnérabilité pluraliste. » Plusieurs éléments sont à prendre en considération⁵ : la citoyenneté est un statut juridique ; la citoyenneté vise le « champ identitaire » de la jouissance d'un droit subjectif ; la citoyenneté dépend de l'engagement dans la vie politique ou publique, ce que l'on peut caractériser comme capacité à être politiquement ; la citoyenneté est enfin, liée à l'identité et la solidarité, ce que l'on peut caractériser comme étant les liens affectifs structurant une communauté. Dans la mesure où la citoyenneté continue à être définie dans le champ de l'État nation – même pour les tenants du pluralisme culturel⁶, les limites identitaires de chacune de ces dimensions traduit les frontières de *la culture de l'identité nationale*⁷, en regard de laquelle est évaluée *la capacité à être citoyen* des individus qui sont identifiés comme *différents*. Cette double perspective méthodologique permet d'envisager la représentation judiciaire du conflit d'identités dans l'horizon de pratiques de citoyennetés. Cette typologie est le résultat d'une analyse de la vulnérabilité pluraliste des sujets de droit. En ce sens, faire varier la capacité à être citoyen selon le champ identitaire est bien différent d'un refus de la citoyenneté en tant que tel ; et,

¹ ISIN (E.F.), *Being Political. Genealogies of Citizenship, op. cit.*, pp. IX-X, (nous traduisons).

² ISIN (E.F.), *Being Political. Genealogies of Citizenship, op. cit.*, p. 4.

³ VOLPP (L.), « The Culture of Citizenship », *Th'l Inq. In L.*, 2007, vol. 8, n°2, pp. 570-601, p. 574.

⁴ VOLPP (L.), « The Culture of Citizenship », *op. cit.*, p. 585, (nous traduisons).

⁵ BOSNIAK (L.), « Citizenship Denationalized », *Ind. J. of Gl. L. Stud.*, 2000, vol. 7, n°2, pp. 447-509, pp. 456-479.

⁶ BOSNIAK (L.), « Citizenship Denationalized », *op. cit.*, p. 482.

⁷ DAUVERGNE (C.), « Citizenship as a Vengeance », *Th'l Inq. In L.*, 2007, vol. 8, n°2, pp. 489-508, p. 490.

par ailleurs, il est délicat de réduire la vulnérabilité pluraliste à un droit d'exit assuré par la société publique, étant donné les « représentations identitaires » qui gouvernent l'espace¹.

928. La vulnérabilité pluraliste constitue une alternative à la problématique libérale des *minorités parmi les minorités*. Ces étrangers du constitutionnalisme peuvent être représentés à l'aide d'une typologie tripartite : les citoyens de second rang (*Delwin*) (A) ; les réfugiés constitutionnels (*Marc*) (B) ; enfin, les apatrides constitutionnels (*Leïla*) (C). Dès lors que le pluralisme est le contexte du conflit, B. Cossman a raison d'écrire que « la respectabilité des nouveaux sujets requiert le contrôle précis des limites à la reconnaissance. »² La tolérance de l'homosexualité est une *reconstruction*. L'hétéronormativité demeure, même si elle est *resignifiée*, relativement à la race³ notamment. Ainsi, « religion et homosexualité sont vus comme deux ensembles distincts et séparés d'identifications, non cohérents et compatibles. »⁴ Une proposition a offert une tentative de classification des contextes dans lesquels les conflits de l'orientation sexuelle et de la liberté de religion étaient susceptibles d'émerger, afin de déployer un argument normatif visant à critiquer le degré insuffisant de protection des sujets juridiques *queer*⁵. Cette proposition, pertinente, ne nous semble pas opératoire, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, cette proposition ne saisit pas la vulnérabilité des sujets religieux ou religieux et homosexuels, pour focaliser son analyse sur les discriminations à l'endroit des sujets *queer*. Ensuite, cette proposition ne tient pas compte des champs juridiques et identitaires de la liberté de religion : de sorte que les exclusions ou discriminations sont toutes rendues équivalentes, sans interroger leurs *intensités* variables. Enfin, par désaccord sur le terme même de *queer*, qui appert équivalent, dans ce texte, à *gay* ou *homosexuel* : les auteurs supposent la sédimentation d'une identité sexuelle, sans interroger le processus même de construction de l'identité homosexuelle comme *intensité politique affective*. Pour toutes ces raisons, nous nous interrogerons à partir des contextes religieux de pluralisme juridique identifiés lors de l'analyse biopolitique *supra* du champ identitaire de la liberté de religion⁶.

¹ LEVY (J.T.), « Sexual Orientation, Exit and Refuge », in EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.), *op. cit.*, pp. 173-188.

² COSSMAN (B.), « Lesbians, Gay men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *op. cit.*, pp. 247-248, (nous traduisons).

³ SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship*, *op. cit.*, pp. 58-61.

⁴ SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship*, *op. cit.*, p. 78, (nous traduisons).

⁵ MacDOUGALL (B.) and SHORT (D.), « Religion-Based Claims for Impinging on Queer Citizenship », *Dal. L.J.*, 2010, vol. 32, n°2, pp. 133-160.

⁶ Cette partie a fait l'objet d'une publication à laquelle nous nous permettons de renvoyer : BLANC (N.), « Living on the Edge of Queer Theory and Canada's Uncanny Pluralism: Queer Religious Bodies as Constitutional Strangers », *Global Jurist*, 2014, DOI 10.1515/gj-2014-0007, 28 pages. Il s'agissait de produire une critique Queer de la promotion canadienne du pluralisme et de l'égalité.

A- Delwin ou « citoyen de second rang » : les communautés religieuses universalistes

929. L'on s'intéresse ici aux contextes du conflit de droits / d'identités, dans le cadre des communautés religieuses *universalistes*. Le contexte est public et la protection offerte par la liberté de religion vise, principalement, l'expression religieuse. Le *citoyen de seconde classe* est caractéristique d'un modèle de multiculturalisme que l'on peut qualifier, avec Kymlicka, d'universaliste. Avec ce type de communautés, dont les frontières sont faiblement délimitées, vient un type particulier d'exclusion : ce qui fait tenir la société en tant que tout est donné comme un lien *sacré*. Alors, chacun est censé surmonter ses infériorités constitutives, et surtout chacun est censé pouvoir faire un choix entre la pluralité de cultures, dans laquelle il ou elle est partie : il s'agit de préserver les grands principes autour desquels une communauté est organisée¹. Ceux ou celles qui ne respectent pas ces principes sont exclus : très nettement ici, l'infériorité religieuse à dépasser est celle du *sodomite*. Isin les qualifie de *strangers, i.e.* qui appartient à la communauté, mais qui interagit avec elle comme s'il en était déjà exclu².

930. En ce sens, celui qui est exclu est affublé de stéréotypes négatifs. Cette imposition de stéréotypes *en soi* a été précisément qualifiée par la juge L'Heureux-Dubé dans sa dissidence sous *Egan* de production de *citoyens de second-rang* : « l'égalité signifie que notre société ne peut tolérer les distinctions législatives qui traitent certaines personnes comme **des citoyens de second rang**. »³ Nous retiendrons cette dénomination : ces sujets de droit assument les stéréotypes négatifs associés à leurs identités, dans la mesure où ils disposent d'une agentivité suffisante. Un citoyen de second rang est toujours déjà « inférieur, » ce qui ne l'empêche pas de faire des choix. Cette agentivité doit-elle être distinguée dans les communautés religieuses universalistes : le citoyen *moral* de second rang, le citoyen *spectral* et le citoyen *performatif*. Le premier organise *moralement* l'expression publique du second, qui régule ce que l'on peut qualifier de *transsubstantiation* du corps homosexuel. Le dernier permet de révéler l'infirmité constitutive de ce corps : le *sodomite*. Cette conception du corps comme sodomite est patente d'un effacement du corps lesbien et d'une représentation patriarcale du corps homosexuel.

¹ TEMPELMAN (S.), « Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism And Exclusion », *op. cit.*, p. 18.

² ISIN (E.F.), *Being Political. Genealogies of Citizenship*, *op. cit.*, p. 30.

³ *Egan c. Canada, précitée*, L'Heureux-Dubé à la p. 543.

1- Le citoyen *moral* de second rang

931. Dans cette situation, la représentation judiciaire de l'homosexualité est influencée par des représentations religieuses, ce que B. MacDougall décrit de la façon suivante : « il y a un préjugé réflexif que les normes religieuses sont 'naturelles', et que ces normes religieuses ne sont pas automatiquement inappropriées devant les tribunaux canadiens. »¹ Les valeurs religieuses relatives à l'homosexualité conduisent les juges à se placer sur un plan moral, et non sur celui de l'égalité. Le sujet n'est *rien de plus* qu'un homosexuel, et des considérations religieuses ramènent la motivation sur le plan de la moralité. Aussi, l'intervenant *Interfaith Coalition* dans la décision *Halpern* relative au mariage a-t-elle souligné que par nature la question homosexuelle était religieuse et homosexualité et religiosité étaient incompatibles².

932. Un exemple patent de cette production idéologique d'une incompatibilité réside dans ce que certains ont qualifié de grande décision, *Vriend c. Alberta*³. Delwin Vriend occupe la fonction de coordinateur de laboratoire au King's College d'Edmonton en Alberta : engagé en 1987, ce dernier obtient sa permanence en 1988. Delwin se trouve licencié en 1991 après avoir fait publiquement état de son homosexualité, en raison d'une demande préalable de la part de la direction de l'établissement, en 1990 : le Conseil des gouverneurs, suite à la déclaration de D. Vriend, adopta un énoncé de principe sur l'homosexualité, en 1991. Le seul motif justifiant le congédiement était l'homosexualité de l'appelant. Le King's College est un établissement d'enseignement post-secondaire chrétien. Vriend fait un recours administratif contre cette décision de renvoi, en demandant sa réintégration : la demande est rejetée.

933. L'appelant tente de saisir le tribunal des droits de la personne d'Alberta, afin de faire constater une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : cette plainte est refusée au motif que la *Loi sur la Protection des Droits Individuels* d'Alberta (*I.R.P.A.*) ne contient aucune disposition relative à l'orientation sexuelle. D. Vriend saisit la Cour du Banc de la Reine d'Alberta d'une requête introductive d'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire constatant l'inconstitutionnalité de l'*I.R.P.A.*. Cette omission est considérée comme contraire à l'article 15(1) par la juge de première instance ; la majorité de la Cour d'appel de l'Alberta renverse cette décision. Dans sa décision la Cour suprême fait une lecture inclusive de l'orientation sexuelle, au titre des fondements prohibés, de l'*I.R.P.A.*. Toutefois,

¹ MacDOUGALL (B.), *Queer Judgments, op. cit.*, p. 123, (nous traduisons).

² *Halpern et al. v. Canada (A.-G.)*, [2003] O.J. 2268.

³ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

l'on assiste à une invisibilisation de l'identité religieuse, ce qui s'explique par l'objet de l'action : contre la constitutionnalité de la loi et non contre l'institution religieuse elle-même.

934. Cette décision a fait l'objet d'une réception contrastée. En effet, la Cour suprême confirme l'inclusion du sujet homosexuel dans l'espace public par la *forme* de l'orientation sexuelle. Or, la Cour produit, aussi, une décision hautement régulatrice de l'identité du corps homosexuel toléré. Ce dernier point nous intéressera au premier chef, dans la mesure où selon L. Gotell, cette décision fonctionne comme réseau d'endiguement et de régulation, renforçant les normes de l'hétérosexualité obligatoire, en produisant un sujet homosexuel normal, c'est-à-dire cohérent et stable – attaché affectivement à une identité publique – avec une identité unidimensionnelle : cette décision empêche toute identification croisée¹. Dès lors, la Cour suprême jette les bases de cette « attraction identitaire » de l'homosexualité : l'homosexuel ne peut qu'être homosexuel, et la Cour écarte la possibilité qu'il soit et homosexuel et religieux.

935. En dehors de la décision de la Cour d'appel de l'Alberta, il n'est fait aucune mention de la double identité de D. Vriend : son orientation sexuelle « et » sa religion. La juge Russell, pour la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta², ne mentionne pas l'environnement religieux dans lequel D. Vriend a été éduqué ni le caractère religieux de l'Institution post-secondaire : par ailleurs, en précisant que ce n'est qu'en raison de son homosexualité, que ce dernier a été licencié, cet effacement de la religion inscrit dans l'ordre du donné l'incommensurabilité de la religion et de l'homosexualité³. L'oubli de la religion est caractéristique : en est-il de même lorsque la juge connaît d'office l'histoire des discriminations sociales dont seraient victimes les personnes homosexuelles⁴. D. Vriend est attiré vers un groupe socialement construit, les « homosexuels, » dont la construction judiciaire l'écarte de toute « expérience religieuse. »

936. La décision rendue en appel par le juge McClung est encore plus instructive⁵. D. Vriend est aussi décrit comme congédié en raison de son homosexualité, mais bien *parce que* l'institution est religieuse. De sorte qu'une institution religieuse *per se* ne peut qu'être opposée à l'homosexualité : « the College is an educational institution which **holds strong religious views against homosexuality and homosexual practices.** »⁶ Alors que dans la

¹ GOTELL (L.), « Queering Law », *op. cit.*, p. 104 et p. 107.

² *Vriend v. Alberta*, (1994) 18 Alta. L. R. (3d) 286 (Alta. Q.B.).

³ *Vriend v. Alberta*, (1994), précitée, au §3.

⁴ *Vriend v. Alberta*, (1994), précitée, au §28.

⁵ *Vriend v. Alberta*, (1996) 37 Alta. L. R. (3d) 364.

⁶ *Vriend v. Alberta*, (1996), précitée, au §1, (nous soulignons).

décision de la Cour du Banc de la Reine, l'homosexuel en tant que groupe est déssexualisé, pour insister sur l'histoire des discriminations, avec la Cour d'appel, l'homosexualité est, de nouveau, rattachée à une pratique sexuelle, la sodomie. Cela n'est, dès lors, pas étonnant lorsque l'on se rappelle que la construction de la « sodomie » est précisément religieuse. En somme, dans les deux cas la possibilité d'un homosexuel religieux est rejetée : soit que l'on présente l'homosexuel comme unidimensionnel à travers l'orientation sexuelle, soit qu'on le construise à travers une pratique sexuelle – le sodomite – que le christianisme exclut *ab initio*.

937. C'est une logique de l'un ou l'autre : *que* homosexuel ou *que* sodomite. En réaffirmant une forme marquée de déférence judiciaire, le juge rappelle que les débats à l'Assemblée Législative, qui ont rejeté la possibilité d'inclure l'orientation sexuelle, étaient « *backdropped by threats and promises, shrill proclamations, religious and familial forbiddance.* »¹ Le juge prend, aussi, connaissance d'office de cette opposition, de principe, des religions à l'homosexualité. Il n'y aurait aucune réalité de l'oppression car il s'agit d'une norme *morale*. La déférence judiciaire envers ces choix législatifs semble conforter l'adoption d'une morale religieuse prétendument contraire à l'homosexualité. Ce qui ressort des propos suivants du juge McClung lorsqu'il écrit que « *I am unable to conclude that it was a forbidden, let alone a reversible, legislative response of Alberta to step back from the validation of homosexual relations, including sodomy, as a protected and fundamental rights.* »² Dans le même paragraphe, le juge va jusqu'à citer un extrait de la décision de la Cour suprême américaine *Bowers v. Hardwick* dans laquelle la Cour rattache l'homosexualité à la sodomie : « *rebutting a millenia of moral teaching.* » L'impossibilité d'être homosexuel et religieux est morale, une norme immémoriale qui découle de ce que l'homosexuel est, alors, un « sodomite. »

938. Ainsi, la Cour d'appel récupère, de la sorte, une construction religieuse : c'est un raisonnement *tautologique* reposant sur des stéréotypes. Ce n'est pas simplement un individu, mais bien la communauté homosexuelle, comme un tout, qui est visée. En tout cas, c'est bien une impossibilité qui est organisée par cette *grande* décision puisque, si la Cour Suprême infirme la décision de la Cour d'appel, elle ne revient pas sur l'impossibilité de principe d'un sujet religieux et homosexuel. Partant, en confirmant la décision de la juge Russell de la Cour du Banc de la Reine, la Cour Suprême adopte, aussi, la perspective du tout ou rien : homosexuel, mais que homosexuel. La Cour note explicitement cette dialectique de l'identité

¹ *Vriend v. Alberta*, (1996), précitée, au §12, (nous soulignons).

² *Vriend v. Alberta*, (1996), précitée, au §32, (nous soulignons).

et de la différence qui préside à l'égalité réelle : « il est facile de dire que quiconque 'nous' ressemble a droit à l'égalité. Chacun de vous trouve cependant plus difficile de soutenir que les gens 'différents', sous un aspect ou sous un autre, doivent jouir des mêmes droits à l'égalité que nous. »¹ L'on se situe sur le plan de l'identité et la projection d'affects sur un corps : que peut faire un corps lorsqu'il est identifié comme similaire à nous, selon une certaine identité, mais toujours différent ? Avec l'orientation sexuelle désormais incluse, le corps homosexuel est toujours altérisé, mais « avec nous » : il est rendu similaire car tolérable en écartant toute possibilité d'identification croisée. La Cour connaît d'office (« évidemment vrai ») l'expérience homosexuelle de la discrimination² (qui trouve une origine dans une morale religieuse), l'orientation sexuelle incluse permettra non pas « la dissimulation de son identité véritable, »³ mais sa publicisation, encadrée à travers le caractère unidimensionnel d'une identité : l'identité de l'orientation sexuelle, excluant par définition la religion, devient un « objet politique d'attachement. » Cette identité « véritable » assure la dignité publique de l'homosexuel. Est pavée la dernière génération biopolitique de l'homosexuel, non religieux.

939. L'on assiste à *une invisibilisation de l'expérience religieuse* pour le corps homosexuel, qui se retrouve devant une alternative : soit homosexuel, soit sodomite (en tout cas masculin). Pourtant, D. Vriend a été éduqué dans une famille et une communauté religieuses, nettement définies : « l'Église Réformée Chrétienne. » Son éducation et son identité sont religieuses. En effet, D. Vriend a reçu son éducation primaire et secondaire dans des institutions privées chrétiennes ; ce dernier a pour partie validé son diplôme de physique et de mathématique au King's Colledge d'Edmonton. Comment nier que l'issue judiciaire de sa cause propose une représentation unitaire de ce corps, qui pourtant, a toujours baigné dans un environnement religieux ? Par ailleurs, si la Cour Suprême valide la demande de D. Vriend, en aucun cas n'a-t-il pu réintégrer son ancien travail, ni être victorieux devant le tribunal des droits de la personne d'Alberta : ce dernier a abandonné les poursuites en raison des coûts, personnel et social, déjà supportés. C'est une victoire « à la Pyrrhus » : en associant homosexualité et orientation sexuelle, la Cour écarte l'expérience de l'homosexuel religieux, et de lui faire reconnaître une discrimination. D. Vriend n'a pu être membre de sa communauté religieuse, qu'il a fait le choix de quitter après la décision de la Cour : il ne pouvait *plus* être *religieux*.

¹ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, au §69.

² *Vriend c. Alberta*, précitée, au §84.

³ *Vriend c. Alberta*, précitée, au §102, (nous soulignons).

940. C'est une conception délicate de la dignité humaine. Ce dernier est resté plusieurs mois sans emploi pour finalement décider d'émigrer aux États Unis, d'abord, en France, ensuite. Comme l'a titré le Edmonton Journal en 2008, « Reluctant Gay Rights Hero Seeks Serenity Abroad » : D. Vriend a doublement quitté ses communautés. De telle sorte que la décision a fonctionné comme opérateur d'identification et de régulation du corps homosexuel comme moralement non religieux ; sauf que les effets de cette déstabilisation identitaire, à travers l'attachement politique à l'orientation sexuelle, doivent être évalués en fonction de l'agentivité propre de D. Vriend. Ce dernier est blanc ; il venait d'une famille issue de la classe moyenne ; il a reçu une éducation universitaire diplômante ; et il a pu assumer le coût de ces choix en décidant de partir s'installer à l'étranger, disposant notamment d'un passeport américain. Il habite désormais Paris, où il travaille en tant qu'ingénieur, dans une relation stable. Au total, D. Vriend est un citoyen moral de second rang, sans être, toutefois, dépourvu de toute agentivité, dans l'espace public, pouvant assumer, pour partie, le coût de ces choix.

2- Le citoyen *spectral* de second rang : *transsubstantiation* et *capacité* du corps

941. Dans cette hypothèse, la communauté religieuse est toujours envisagée de façon assez souple, le contexte demeure public, et l'on s'intéresse à l'expression de valeurs religieuses. Il s'agit de situation de discriminations, à l'endroit de personnes supposément homosexuelles, d'institutions religieuses, offrant des *services plus larges au public*. Dans ces affaires, la liberté de religion devient un bouclier contre l'homosexualité. La possibilité d'identifications croisées est écartée : ces affaires approfondissent la troisième « génération biopolitique » de l'homosexuel « politiquement attaché » à l'orientation sexuelle comme « identité affective. »

942. *Smith and Chymyshyn* donne des éléments de compréhension quant à la résolution spatiale des conflits de droits / d'identités : cela avait déjà été le cas d'une décision de 1979 dans laquelle une association de gays et lesbiennes avait cherché à louer une salle d'école, location refusée par la commission scolaire¹. Ces réunions, même tenues le week-end, auraient pu blesser les enfants, en leur faisant croire que l'homosexualité était une pratique acceptée par l'église catholique. Par ailleurs, ces réunions auraient pu corrompre les enfants, ce qui est l'antienne de l'homosexuel pédophile. La décision *Smith and Chymyshyn* avait pour objet la requête des appelantes contre une discrimination, dont ces dernières auraient fait

¹ *L'Association ADGQ v. Catholic School Commission of Montreal* (1979), 112 D.L.R. (3d) 230 (QC. C.S.).

l'objet, sur la base de leur orientation sexuelle, par l'Église des *Knights of Columbus*, Église catholique composée exclusivement d'hommes¹. La décision a été rendue par un tribunal des droits de la personne de Colombie Britannique : cette institution religieuse a refusé – après qu'un contrat ait été légalement passé – de louer une salle de réception, afin d'organiser une réception de mariage. Cette salle est gérée directement par l'institution religieuse, dont l'utilisation est aussi diverse que pour des anniversaires, des rencontres d'A.A., ou encore des cours de danse pour les enfants. Bien que liée à l'institution religieuse, la location de la salle – les bénéfices sont reversés à des œuvres caritatives – n'était pas conditionnée par un respect du dogme chrétien : « the Hall is rented to non-Catholics and people who are not members of the Knights. »² Selon elle, l'institution aurait le droit légal de résilier unilatéralement le contrat, d'une part en raison de son droit constitutionnel à la liberté de religion, et d'autre part en raison du droit de défense légale tel qu'en dispose l'article 41(1) de la Loi sur les droits de la personne de Colombie-Britannique³ relatif aux exemptions, quant à la portée des dispositions de la loi, et, notamment, l'article vise une exemption fondée sur un but *religieux*.

943. Le tribunal rejette l'excuse de défense légale et considère que la salle était à destination du public en général ; les juges interrogent, aussi, l'obligation d'accommodement des droits des requérantes – le droit constitutionnel de ne pas être discriminé sur la base de son orientation sexuelle – par l'institution. C'est alors que le tribunal évoque *une analyse en large spectre*. À notre sens, cette notion est essentielle afin de bien comprendre la résolution identitaire des conflits de droits sur l'espace public. Au terme de cette analyse, le tribunal conclut, qu'effectivement, la location de la salle serait de nature à contrarier les croyances religieuses sincères des *Knights of Columbus*. Or ces derniers auraient dû prendre des mesures d'accommodement additionnelles, au remboursement des frais engendrés par la location, et les frais supplémentaires. Tant dans la défense des *Knights of Columbus* que dans le mémoire des requérantes, homosexualité et religion sont incommensurables. Ainsi, les premiers n'ont aucunement discriminé et disposeraient d'une défense légale *bona fide* : « they say that **as practicing Catholics**, they are opposed to same-sex marriages'⁴, parlant dès lors *au nom de* l'ensemble de la religion catholique. Ce n'est qu'à titre *d'obiter* que le tribunal note que « the

¹ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, Sandra Hauser and Elmer Lazar*, 2005 B.C.H.R.T. 544.

² *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §7.

³ Tel qu'en dispose l'art. 41(1) de la *Loi sur les droits de la personne de Colombie-Britannique* (Human Rights Code [RSBC 1996] ch. 210) : **41(1)** « If a charitable, philanthropic, educational, fraternal, religious or social organization or corporation that is not operated for profit has as a primary purpose the promotion of the interests and welfare of an identifiable group or class of persons characterized by a physical or mental disability or by a common race, religion, age, sex, marital status, political belief, colour, ancestry or place of origin, that organization or corporation must not be considered to be contravening this Code because it is granting a preference to members of the identifiable group or class of persons. »

⁴ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §2, (nous soulignons).

family is viewed, by the Knights, as being a man and a woman as married partners raising their children and participating in the Catholic community. »¹ Selon la défense elle-même, « Father O'Donnell said that neither the Catholic Church, nor the Knights, **condemn homosexual, only homosexual acts.** »² De sorte que le tribunal accepte cette représentation de l'identité religieuse catholique à travers le discours d'une institution particulière ; et l'on retrouve la construction religieuse du sodomite. Pour la Cour, l'homosexuel, dans les yeux de l'Église catholique, est forcément un sodomite : une représentation que le tribunal inscrit, en suivant les *Knights*, dans l'ordre de la morale. La réception – même s'il ne s'agit pas de la cérémonie du mariage *qua* – ne change rien : cela diminuerait la « moralité » de l'institution.

944. Du côté des requérantes, l'on retrouve une lecture traditionnelle du corps homosexuel, lorsque toléré à travers l'orientation sexuelle : il est déssexualisé. Ainsi, les requérantes « had been in a committed relationship for five years before they decided to marry, » précisant même que le mariage permet d'atteindre un degré forcément plus approfondi de relation et de parenté : « they decided to marry after same-sex became legal in British Columbia, in order to take their commitment to a deeper level. »³ L'on retrouve la même dichotomie identitaire : homosexuel déssexualisé engagé dans une relation hétéronormée sur le plan de l'orientation sexuelle, sodomite sur le plan de la liberté de religion. Le tribunal précise bien que les requérantes n'avaient pas fait attention à la nature religieuse de l'institution, ni des locaux, qui pourtant, apparaissait évidente, aux dires des *Knights*, puisque constituée de grandes croix, de tableaux et de photos⁴. Par nature, le caractère religieux aurait du rendre la salle inamicale aux deux femmes : elles auraient du affectivement être spatialement conduites hors de la salle.

945. L'hétérosexualité est si ancrée que Mme Hauser tint pour acquis que les deux femmes ne pouvaient qu'être amies : pour des religieux, la naturalité de la parenté entre deux femmes relèvent, forcément, de l'amitié⁵. Cette incommensurabilité est le fait même des requérantes, lorsque le tribunal rappelle que « both complainants said that, **had they known who the Knights were, they would not have rented the Hall, because they knew the Catholic Church's view on same-sex marriage.** »⁶ Le tribunal valide donc, ce qui apparaît être ontologiquement admis par les parties : par nature la religion catholique – et non pas

¹ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §9.

² *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §12, (nous soulignons).

³ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §15, (nous soulignons).

⁴ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §41.

⁵ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §24.

⁶ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §32, (nous soulignons).

simplement les *Knights* – est opposée à l’homosexualité, du fait même que l’homosexuel demeure le sodomite. Cette lecture est admise au-delà d’une connaissance d’office de la part du tribunal : elle est *performative*. Aussi, les requérantes admettent même que les *Knights* ont leur liberté de religion qui est atteinte¹. Pareillement, les *Knights* reconnaissent que s’opère une distinction liée à l’orientation sexuelle, alors même que leurs services sont offerts au public en général, sans constituer une discrimination, puisque cette représentation appartient à l’univers apodictique de la croyance religieuse². Si l’on suit ce raisonnement, il ne pourrait jamais y avoir de discrimination à l’endroit de l’homosexualité de la part des institutions religieuses, dans la mesure où en tant que cœur de leurs croyances, le sodomite est rejeté. Il s’agit d’un « *shared understanding* »³ que ces identités sont « incommensurables. »

946. L’analyse du tribunal portera sur le caractère *bona fide* et la justification raisonnable de la défense légale au titre de l’article 41(1) de la Loi sur les droits de la personne de Colombie-Britannique. Assez facilement, le tribunal accepte que la location de cette salle irait à l’encontre d’une croyance sincère des intimés : en ce sens, le standard de comportement adopté par l’institution religieuse est rationnellement connecté au but poursuivi, à savoir le maintien de leur relation avec l’Église Catholique, et le respect de leurs croyances sincères⁴. Ne peut qu’être admis en soi (« *well known* » ou « *as a matter of general knowledge* »), ce lieu commun que l’Église Catholique est opposée à l’homosexualité⁵. Toutefois, il ne s’agit pas de l’opinion en tant que telle de l’Église Catholique, mais des actions qui sont exercées par elles. Et, même si les *Knights of Columbus*, qui gèrent la salle de réception, peuvent être compris comme liés à l’institution religieuse, ils proposent un service de location au public en général : un public qui ne doit pas nécessairement partager leurs croyances, ni l’événement organisé, être religieux. Partant, « *the panel is not persuaded that the Hall is solely a religious space ; it was available to the public for rental for a variety of non-religious events.* »⁶

947. Le Tribunal accepte, d’ailleurs, la présupposition manifeste que les requérantes ne pouvaient avoir eu conscience des signes d’appartenance religieuse ; de même que ce dernier accepte les difficultés que causerait la location de la salle relativement aux croyances fondamentales des intimés⁷. Ainsi, la rationalité du lien entre le comportement des intimés et

¹ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §43.

² *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §47.

³ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §56.

⁴ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §60.

⁵ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §66.

⁶ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §79.

⁷ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, précitée*, au §86.

le but poursuivi – *per se* ne pas être en contradiction avec la doctrine naturelle de la religion catholique – est facilement accepté par le Tribunal, aussi est-ce le cas de l'honnêteté de leur réaction, deuxième étape de la démonstration d'une défense légale¹. La troisième étape porte sur la possibilité d'accommodement : le Tribunal examine la jurisprudence relative aux conflits de droits. Le Tribunal conclut que le cadre constitutionnel canadien conduit à adopter une démarche analytique reposant sur *la métaphore du spectre* selon un continuum allant du public au privé et des valeurs aux pratiques religieuses : « as the Courts have found, the further the act at issue is from the core religious belief of the person denying the service, the less likely the act will be found to be justified. »² Les variables seront les suivantes : la protection de l'identité religieuse dépendra du contexte privé ou public ; de l'activité : par essence, les formes d'expressions religieuses seront protégées publiquement, alors que les pratiques religieuses seront protégées en privé ; enfin, la protection de l'expression des valeurs religieuses dépendra de l'éloignement de cette valeur vis-à-vis du cœur des croyances de l'individu. Ce spectre qualifie spatialement les différents types d'impossibilité de l'identité de l'homosexuel religieux : une régulation spatiale des impossibilités permettant de conclure laquelle des identités sera dominante, selon le contexte. Si le corps homosexuel est normalisé à travers son hétéro-normativisation, il est aussi dédoublé. Il sera *homosexuel* dans certains contextes publics ; il sera *sodomite* dans les autres. L'homosexuel est foncièrement *masculin*.

948. La transition d'espace conduira à une transsubstantiation du corps juridique du sujet. Si *Vriend* lançait cette troisième génération biopolitique, *Smith* l'organise spatialement. C'est un véritable *spectre spatial de ce que peut faire un corps* identifié comme homosexuel par un discours juridique sur l'espace public / privé. Par conséquent, l'expression religieuse traduisant le cœur d'une croyance aura davantage tendance à être protégée dans le contexte de la sphère publique. Du côté du spectre privé, l'on ne pourrait obliger des individus à agir contrairement à leurs croyances, et donc imposer la célébration de mariage homosexuel religieux ; du côté du spectre public, l'on ne pourrait protéger une croyance superficielle, et notamment discriminer sur le fondement de l'orientation sexuelle, en dépit d'une croyance religieuse sincère, dès lors que l'activité commerciale s'adresse au public³. La présente affaire repose sur un équilibre délicat, dans la mesure où elle se trouve au milieu du spectre : l'on ne peut exiger de l'institution qu'elle agisse contrairement à ses croyances sincères – la Cour *l'admet* – de même ces deux femmes disposent d'un droit constitutionnel à se marier. De sorte

¹ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus*, précitée, au §90.

² *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus*, précitée, au §106.

³ *Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus*, précitée, aux §108-109.

que ce qui permettra de faire pencher le tribunal en faveur des requérantes repose sur l'idée que l'offre de location était dirigée à l'ensemble du public sans égard au respect du dogme catholique : les intimés avaient une « obligation constitutionnelle » d'accommoder les requérantes. Cette décision dénote, finalement, un « effacement » de l'expérience lesbienne.

949. Au total, c'est une incompatibilité entre l'identité homosexuelle et l'identité religieuse qui est organisée à travers le conflit de droits, ainsi qu'un effacement du corps lesbien, et le Tribunal structure spatialement les modalités de cette incompatibilité. Alors que le champ identitaire découlait de l'interprétation juridique d'un droit fondamental, l'inverse se produit ici : l'issue judiciaire d'un conflit de droit dépendra du contexte identitaire dans lequel ce dernier émergera. Cette décision confirme l'hypothèse d'une régulation disciplinaire spatiale des identités : un corps ne peut pas « tout faire » dans l'espace public, ses capacités seront différenciées, et l'intensité des exclusions seront distinctes, elles aussi. Partant, l'intensité de l'exclusion disciplinaire sera inversement proportionnelle à l'intensité de l'affection politique pour une identité. L'incompatibilité est consommée entre le corps homosexuel hétéronormé, public, et le sodomite, dans l'espace privé, qui en raison de son hypersexualisation admise par les Cours, découlant de la tradition chrétienne, est le lieu corporel de tous les jugements de valeur (il est masculin). L'intensité disciplinaire de l'exclusion dépend, donc, des régulations biopolitiques, *i.e.* du champ identitaire du droit ; et, de l'affection politique découlera une transsubstantiation spatiale du corps homosexuel, *i.e.* ce qu'il peut faire dans l'espace public. Le discours judiciaire sur les conflits de droits / d'identités contribue à une transformation même du corps du sujet, le long d'un spectre spatial. Il faut bien comprendre que les décisions subséquentes se placeront respectivement sur ce cadre spatial systématisé par le Tribunal. Il est évident que dans cette décision, les requérantes disposaient d'une agentivité importante pour faire face aux choix judiciaires : *financièrement*, elles pouvaient en supporter les coûts.

950. Heintz. Dans cette rubrique des conflits d'identité et des *services au public*, il convient de noter, plus rapidement, deux autres jugements organisant la régulation publique du corps homosexuel hétéronormé non religieux. Dans une affaire jugée par le tribunal des droits de la personne d'Ontario¹, et pour partie nuancée par une décision de la Cour divisionnaire², *Heintz*, était en cause le licenciement d'une salariée lesbienne engagée dans une relation longue avec sa compagne, par une institution chrétienne offrant des services au public. Cette

¹ *Heintz v. Christian Horizons*, 2008 H.R.T.O. 22 (CanLII).

² *Ontario Human Rights Commission et al. v. Christian Horizons* (2010) O.N.S.C. 2105, 102 O.R. (3d) 267.

organisation religieuse exploite des camps de vacances et des foyers résidentiels pour des personnes ayant une déficience intellectuelle. Cette organisation exige de l'ensemble des employés qu'ils signent une charte d'emploi, réglant certaines conditions de vie, au titre desquelles le rejet de tout « comportement homosexuel. » Elle devait se retenir d'accomplir tous comportements, par nature, contraires aux enseignements de *Christian Horizons*. Connie Heintz, chrétienne convaincue (« a deep christian faith »), n'a pris conscience que plus tard de son orientation sexuelle, et s'est engagée dans une relation longue avec sa partenaire. Alors que le Tribunal note que « For Ms. Heintz, the case is equally fundamental. It is tied to her identity and dignity, to her sexuality, to her sense as a person of faith, »¹ cette considération sera très rapidement effacée au profit de l'orientation sexuelle seulement. C. Heintz est originaire d'une famille Mennonite d'Ontario et « Ms. Heintz participated in Church and community activities. She attended Sunday school and summer Bible school, and later as a youth, taught at both. »² Par la suite, elle sera diplômée universitaire en études *théologiques*.

951. Lorsque cette dernière prend conscience de son orientation sexuelle, elle commence à se sentir seule, compte tenu de son éducation religieuse vis-à-vis de l'homosexualité³ : ni morale, ni naturelle. Cela devient un cas d'orientation sexuelle et plus de religion, alors que la requérante se trouvait dans un processus de réconciliation de ses identités⁴. Cette possibilité de « réconciliation » n'est pas la représentation judiciaire de l'homosexualité : orientation sexuelle et rien d'autre. Dès lors qu'il l'apprend, son employeur lui propose des séances de thérapie, afin de soigner cette affliction – on retrouve, dans le cas de la lesbienne *effacée*, non pas la dimension *sexuelle*, mais la dimension *pathologique* – et dans le cas contraire, lui joint une notification : sans changement ni personnel, ni dans les résultats de son travail, il serait dans l'obligation de mettre fin à son contrat⁵. Il ne s'agirait pas, à proprement parler, d'une discrimination, car le rejet de l'homosexualité fait partie du cœur de la doctrine évangélique. Suite à un congé maladie et de relations professionnelles délicates, la requérante démissionne.

952. Il s'agit d'un conflit de droits que les cours doivent concilier⁶. La requérante attaque l'organisation pour discrimination fondée sur son orientation sexuelle, protégée au titre de la Loi ontarienne sur les droits de la personne et la Charte canadienne. L'organisation religieuse

¹ *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, au §11.

² *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, au §22.

³ *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, au §27.

⁴ *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, au §29.

⁵ *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, au §4.

⁶ *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, au §9.

lui oppose sa liberté de religion, et comme dans le cas précédent, une exception de défense légale telle qu'en dispose l'article 24(1)(a)¹ de la Loi ontarienne sur les droits de la personne (exemption en matière d'égalité à l'emploi pour des groupements religieux). C'est sur ce dernier point, que l'on observe une différence entre le tribunal des droits de la personne et la Cour divisionnaire, relative à la qualification des différents critères permettant la recevabilité de la défense légale. Selon le premier, *Christian Horizons* ne propose pas ses services qu'aux membres de la confession religieuse² ; une conclusion renversée par la seconde³. Par contre, les cours ontariennes se rejoignent relativement à l'exigence de bonne foi et de raisonabilité, constituant la troisième étape du test : la qualité religieuse n'était pas requise de bonne foi pour *Connie Heintz* qui à la différence d'un enseignant – comme dans *Caldwell* précitée – devant promouvoir par sa personne un enseignement religieux, un mode de vie, ce n'était pas le cas de la requérante. En effet, la requérante était « support worker, » donc ni conseillère religieuse, ni non plus employée directement à des fonctions religieuses. L'interdiction de l'homosexualité n'est pas jugée raisonnable et de bonne foi pour exécuter ses tâches⁴. Ne participant pas à la promotion d'un mode de vie évangélique, les employés peuvent être homosexuels, même si par nature ils ne peuvent être évangéliques. Par des motifs distincts, les cours jugent qu'il y a eu discrimination fondée sur « l'orientation sexuelle. »

953. L'on retrouve des traits caractéristiques de la relation homosexuelle hétéronormée, la lesbienne effacée et pathologique, de même que l'incompatibilité entre l'homosexualité et la religion. Plus encore que dans les précédentes affaires, on assiste à un *effacement* de l'identité religieuse de la requérante, pourtant une chrétienne fervente. Partant, cette régulation spatiale tombe dans la dimension publique et à destination du public, de sorte que seulement le cœur de la croyance est protégée : et si c'est le cas en l'espèce, la condamnation de l'homosexualité fait partie du cœur de la croyance, ce n'est pas au prix d'un accommodement de l'orientation sexuelle de la requérante, qui n'a manifestement pas été le cas. Cette caractérisation du corps homosexuel est évidente dans les termes du Tribunal : « Notwithstanding that Christian Horizons sincerely believes that homosexuality is unnatural and immoral, homosexuality is neither a crime nor an illness. Gays and Lesbians are entitled to be treated by their employers,

¹ Le Code ontarien des droits de la personne (*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, Chapitre H.19) dispose à son art. 24(1) que : « Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 5, à un traitement égal en matière d'emploi le fait : a) qu'un organisme ou un groupement religieux, philanthropique, éducatif, de secours mutuel ou social dont le principal objectif est de servir les intérêts de personnes identifiées par la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la croyance, le sexe, l'âge, l'état matrimonial ou un handicap n'emploie que des personnes ainsi identifiées ou leur accorde la préférence si cette qualité requise est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi. »

² *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, aux §140 et aux §189-190.

³ *Ontario Human Rights Commission et al. v. Christian Horizons*, précitée, au §70.

⁴ *Ontario Human Rights Commission et al. v. Christian Horizons*, précitée, au §95.

even where those employers may be religious organizations, with respect and dignity, and not to be offered counselling to cure them of their sexuality. »¹ Le tribunal corrige la conception pathologique du corps homosexuel que présente l'organisation religieuse : c'est sur cette « fausse représentation » que l'organisation religieuse ne peut discriminer². L'intervention substantielle du Tribunal vient du contexte *public*, et de *l'attraction* de l'orientation sexuelle comme corps tolérable dans l'espace public : la possibilité d'un corps homosexuel et religieux est effacée. Une nouvelle fois, C. Heintz disposait de toute *l'agentivité* pour faire des choix.

954. Cet effacement se retrouve dans une affaire typique de services au public, *Brockie v. Brillinger*. Il s'agissait – le *Code ontarien des droits de la personne* prévoit l'application des dispositions du Code aux relations entre personnes privées – du refus de délivrer un service commercial de la part d'une entreprise d'impression, à des individus appartenant à la *Gay and Lesbian Archives*. Ce refus était fondé sur le respect de la liberté de religion. Suite à ce refus, M. Brillinger saisit la Commission d'enquête de l'Ontario, qui se prononce en sa faveur, dans le conflit de droits opposant la liberté de religion à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle : elle condamne M. Brokie à assurer les services demandés par M. Brillinger et à payer 5.000\$ en guise de dommages. M. Brokie interjette appel devant la Cour divisionnaire de l'Ontario³ : il demande l'annulation de l'ordonnance de la Commission sur le fondement d'une violation de sa liberté constitutionnelle de religion. L'appel porte sur une analyse de la justification, sur la base de l'article 1^{er} de la Charte, de cette violation : le conflit de droits a été porté *stricto sensu* devant la Commission. La Cour divisionnaire confirme l'analyse de la Commission tout en rappelant cette structuration spatiale du conflit, en ouvrant la possibilité d'une décision distincte dans un contexte distinct : notamment, si le matériel à imprimer entrainait plus directement en conflit avec le cœur de la croyance sincère de M. Brokie.

955. La croyance de ce dernier relativement à l'homosexualité se fonde sur le Lévitique qui (*supra*) régule le péché de l'homosexualité relativement à un acte sexuel, la sodomie⁴. Très nettement, l'on retrouve la dichotomie de l'orientation sexuelle et du sodomite, et cette transformation spatiale du corps : le contexte public conduit à ce que le corps homosexuel soit ici le corps toléré de l'orientation sexuelle. Accepter la commande de M. Brillinger conduirait l'appelant à propager un certain mode de vie contraire à sa croyance religieuse. Reprenant

¹ *Heintz v. Christian Horizons*, précitée, au §209.

² *Contra* : ESAU (A.), « 'Islands of Exclusivity' Revisited: Religious Organizations, Employment Discrimination and Heintz v. Christian Horizons », *Cdn Lab. & Emp. L.J.*, 2009-2010, vol. 15, n°3, pp. 389-434.

³ *Brockie v. Brillinger*, [2002] O.J. No. 2375.

⁴ *Brockie v. Brillinger*, précitée, au §3.

cette distinction d'aimer l'homosexuel mais rejeter le sodomite, M. Brokie pourrait servir un homosexuel, mais ne pas propager ce péché lorsque les impressions portent directement sur la promotion de l'homosexualité : « he endeavours to live according to biblical principles which include a belief that homosexuality is detestable. » L'on admet implicitement que la nature religieuse de ses croyances – aussi imprécises que soit sa confession religieuse – implique un rejet par essence de l'homosexualité. La Commission, souveraine pour l'établissement des faits, accepte, au titre des évidences, le fait que la non-protection des homosexuels contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle conduit au *silence* et à la *marginalisation*¹.

956. Réguler le corps homosexuel permet l'expression publique de l'identité, à travers le canal régulé de *l'orientation* : la Commission note que la protection de l'orientation sexuelle permet d'assurer la *capacité* des corps « homosexuels » à participer à l'espace public. L'orientation sexuelle régule les corps tolérables et organise le *champ de la capacité* de ces corps. Cette régulation spatiale des corps en fonction de la nature de l'identité religieuse et de la nature de la sphère publique ou privée, se retrouve dans les termes de la Commission : « the Board said that freedom of religion does not extend to the practices of religious beliefs in the marketplace in Ontario in a manner that discriminates against homosexuals. »² Selon M. Brillinger la croyance religieuse de M. Brokie le rabaisse en tant qu'homosexuel – où l'on voit l'incompatibilité de principe. En plus d'être un conflit de droits et d'identités, c'est un « conflict of dignities »³ : un conflit fondamental entre ce qui fait *l'essence* même de chaque individu, et ce conflit ne peut être réconcilié que par une *régulation spatiale des corps*. La Cour note, bien, qu'il s'agit de révéler la *véritable* expérience de la discrimination, toujours à travers une métaphore de l'ouverture : « pierce the corporate veil » et, ainsi, « achieve the human worth and dignity to which they are individually untitled under the law. »⁴

957. C'est un conflit entre communautés : homosexuelle c. religieuse, conflit dans lequel la seconde a participé des préjugés et de la vulnérabilité sociale de la première⁵. Plus l'activité est éloignée du cœur des croyances, et plus l'activité est susceptible de porter atteinte aux droits des autres individus, moins cette activité sera susceptible de protection. Partant, les services au public dans le cadre d'une activité commerciale appartiennent à la périphérie des

¹ *Brockie v. Brillinger, précitée*, au §14.

² *Brockie v. Brillinger, précitée*, au §16.

³ *Brockie v. Brillinger, précitée*, au §20.

⁴ *Brockie v. Brillinger, précitée*, au §28.

⁵ *Brockie v. Brillinger, précitée*, au §46.

activités protégées par la liberté de religion¹. Ce que la Cour décrit comme « at the fringes of that right » inhibe la participation pleine et entière des homosexuels à l'espace public² : la participation à une industrie commerciale, expression d'une forme de « néolibéralisme. » Au total, l'on retrouve le spectre de régulation du corps, selon le type de conflit, qui alterne entre « orientation sexuelle » et « sodomite » ; l'impossibilité d'un corps homosexuel et religieux trouve une confirmation, une nouvelle fois ici. La discrimination était encore moins justifiée qu'elle inhibe une activité commerciale, à la périphérie du cœur des croyances. L'agentivité de M. Brillinger était importante du fait notamment du soutien apporté par son Association.

3- Citoyen *performatif* de second rang : dépasser l'infirmité du *sodomite*

958. Le contentieux des services au public a permis de mettre en évidence trois éléments : le spectre de régulation du corps ; la *transsubstantiation* du corps homosexuel selon le contexte ; produire la *capacité* du corps homosexuel dans l'espace public. Ce contentieux a permis de noter la dimension patriarcale présidant à la régulation du conflit d'identités et de la localisation publique. Un autre champ d'expression de ce conflit d'identités se retrouve s'agissant de « l'expression publique » de la religion. Le caractère *performatif* est plus évident ici : les Cours vont sanctionner la création religieuse publique du *sodomite* (masculin). Le citoyen est *performatif* de second rang dans la mesure où il s'inscrit dans une construction du corps homosexuel qui le précède toujours : il est nommé de l'extérieur. Cette sanction est caractéristique de la construction de l'homosexuel à travers l'orientation sexuelle : le corps est hétéronormé et desexualisé. Deux affaires viennent l'illustrer : toutes deux ont trait à la violation supposément soulevée de l'article 14(1)(b) du *Code des droits de la personne* de Saskatchewan qui vient punir les discriminations résultant de discours haineux envers certains groupes vulnérables. Cette condamnation de l'expression publique du *sodomite* confirme bien l'hétérosexualité de la religion et la tolérance d'un certain corps homosexuel dans l'espace.

959. *Owens*. L'affaire avait trait à la parution dans la presse – le *Star Phoenix* – d'une publicité présentant une annonce jugée offensante pour les personnes gays et lesbiennes, par M. Owens : face à l'organisation de la prochaine *Gay Pride*, l'appelant opposait qu'il ne faisait que répondre à ce que Dieu considérerait comme un pêché. L'annonce passée par l'appelant consistait en la citation de quatre passages de la Bible (*Romains 1:26 ; Lévitique*

¹ *Brockie v. Brillinger*, précitée, au §51.

² *Brockie v. Brillinger*, précitée, au §54.

18:22 ; *Lévitique 20:13* ; *1 Corinthiens 6:9*), et la représentation barrée dans un cercle de deux hommes se tenant la main : les deux éléments étant séparés par un signe *égal* (=). Trois répondants déposent plaintes au motif que l'annonce faite par M. Owens violerait l'article 14(1)(b) du *Code*. Après avoir fait appel à de nombreuses expertises et témoignages, la Commission d'enquête jugera que c'est l'ensemble du symbole, et plus spécifiquement la référence aux passages bibliques, qui expose ou tend à exposer les homosexuels à la haine et au ridicule, et partant, porte atteinte à leur dignité humaine sur le fondement de l'orientation sexuelle : « it is obvious that certain of the biblical quotations suggest more dire consequences and there can be no question that the advertisement can objectively be seen as exposing homosexuals to hatred or ridicule. »¹ De sorte que l'annonce publiée par M. Owens ne pouvait pas, selon la Commission, être protégée au titre de la liberté d'expression ou de la liberté de religion : elle condamna M. Owens à payer 1.500\$ de dommages à chacun des plaignants et lui enjoignant une interdiction de publication. M. Owens fit un recours de cette décision devant la Cour du Banc de la Reine. Comme le rappelle la Cour, « the complainants and a number of experts in human sexuality, various religions and religious fundamentalism testified as to the message of the sticker and the impact of the message. »²

960. Ce qui fait le fondement de la croyance de M. Owens résiderait, pour lui, dans le texte Biblique, en vertu duquel, dans la mesure où l'homosexualité est un péché, les homosexuels devraient être condamnés à mort. C'est la référence à la Bible qui, selon la Cour, et suivant en cela la Commission, fait que, précisément, le message de M. Owens est haineux : « when the use of the circle and slash is combined with the passages of the Bible, it exposes homosexuals to detestation, vilification and disgrace. » Aussi, la Cour accepte l'interprétation de la Bible selon laquelle : « the Biblical passages which suggest that if a man lies with a man they must be put to death exposes homosexual to hatred. »³ La justification de M. Owens, de même que l'interprétation qui est donnée de ces passages de la Bible, démontrent que c'est « l'acte sexuel » qui est visé et non « l'homosexuel. » Ce qui incite à la haine et *blesse* dans l'espace public est l'identification du corps homosexuel au *sodomite*. La condamnation pour discours haineux valide ce caractère *performatif* de l'identification religieuse du corps sodomite.

961. Le discours de haine détermine le champ de la blessure et du deuil : ce qui ne peut être accepté, tout en validant ce qui doit être compris comme corps homosexuel public. La

¹ *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)* (2001), 40 C.H.R.R. D/197 (Bd. Inq.), au §28.

² *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2002 S.K.Q.B. 506, au §8.

³ *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2002, *précitée*, au §21.

représentation judiciaire est la suivante : dans l'espace privé religieux, le corps homosexuel est le sodomite, ce qui ne peut être le cas dans l'espace public, car cette représentation *blesse*. Dans l'espace public, l'homosexuel ne peut être ni sodomite, ni religieux : sa *blessure* ne vient pas de l'impossibilité d'être homosexuel et religieux, mais du fait d'être *sodomite*. L'espace public protège le corps homosexuel contre « son association » à la sodomie. La référence biblique blesse le corps homosexuel, par essence, car elle produit un « corps sodomite. » La Cour du Banc de la Reine, de la Saskatchewan, rejette l'appel de M. Owens.

962. Ce dernier interjette appel de ce rejet devant la Cour d'appel de la Saskatchewan, qui invalide les décisions des cours inférieures¹. Les deux questions qui se posaient à la Cour étaient de savoir si les Cours inférieures avaient fait une erreur de qualification, et si par ailleurs, en interdisant la publication, ces cours n'avaient pas porté une atteinte indue à la liberté de religion de M. Owens. Ce dernier ne conteste pas la constitutionnalité de l'article 14(1)(b) : il conteste l'absence de considérations suffisantes accordées à sa liberté de religion. En se tournant vers les précédents judiciaires, la Cour conclut qu'il ne suffit pas d'une simple atteinte : « the Court interpreted the prohibition against ridicule, bettlemend and affronts to dignity as extending only to communications of that sort which involve strong feelings and strong emotions of detestation, calumny and vilificatin. »² Il faut démontrer que l'expression ne participe pas au simple débat d'idées ni non plus à la polémique ou au désaveu moral, mais à une incitation à la haine. L'approche est dite objective : qu'aurait ressenti une personne raisonnable dans cette situation. La Cour rappelle que la liberté de religion doit être protégée dans la mesure où elle ne constitue pas une atteinte aux droits des autres individus : elle doit être raisonnablement limitée. *L'annonce de M. Owens était-elle teintée d'autant d'incitation à la haine ?* L'analyse, pour la Cour, doit être globale – le symbole comme un tout – de même que contextuelle³ : M. Owens a changé, toutefois, de ligne d'argumentation. En effet, Dieu ne requit plus la mort, mais Dieu désapprouve, *simplement*, l'homosexualité. Cette défense édulcorée de Owens justifie, sans doute, la décision de la Cour d'appel.

963. Le contexte de l'année 1997 était important : alors que l'on commençait à réaliser l'histoire de la marginalisation et des blessures caractérisant les homosexuels, il s'agissait d'une période sociale de grands débats, au Canada, autour du respect du principe d'égalité. Surtout, les débats étaient de nature *morale*. De sorte que, sans doute plus nettement, que pour

¹ *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006 S.K.C.A. 41.

² *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006, précitée, au §52.

³ *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006, précitée, au §63.

les Cours inférieures, la Cour d'appel situe le corps homosexuel dans un débat autour de la morale, et autour de la sexualité, ce qui était caractéristique d'un certain état de régulation biopolitique de l'homosexualité (*supra*). La Cour modifie donc le cadre identitaire par rapport aux cours inférieures : la morale et la sexualité. Owens est autorisé à formuler un jugement *moral*. La Cour fait, dans ce cadre, une relecture des raisons ayant amené les cours inférieures à qualifier cette expression de haineuse, et notamment, une relecture des extraits cités de la Bible. C'est une réinterprétation de ces dispositions : les extraits ne doivent pas être lus dans le contexte de leur rédaction, mais à la lumière du contexte actuel. C'est un *choix* exégétique spécifique, que fait la Cour, qui tranche des débats extra-juridiques de nature théologique, qui n'étaient, d'ailleurs, pas l'interprétation initiale de M. Owens. Ce dernier point ne semble pas poser de problèmes puisque ce qui est évalué est la perspective d'une personne raisonnable.

964. Trois justifications sont apportées par la Cour : (1) la Bible doit être lue comme un tout, et l'on sait par évidence, que la Bible apporte aussi des messages d'amour et de paix¹ ; (2) sa texture ouverte implique que le texte est sujet à une pluralité d'interprétations² ; (3) enfin, la raison la plus importante, ces extraits ne visent pas l'homosexualité, mais le péché de sodomie, le *comportement*. Dans une motivation alambiquée, la Cour d'appel note que tout en étant généralement en désaccord avec la distinction du pécheur et du péché, ou de l'identité et de la pratique sexuelle, il est indéniable que si la sexualité et les pratiques sexuelles sont difficilement séparables de l'identité personnelle, c'est encore plus le cas s'agissant des personnes gaies et lesbiennes³. Il n'est plus difficile pour la Cour de conclure que ces annonces participent, davantage, d'un débat de jugements *moraux* sur l'identité sexuelle, que d'une incitation à la « haine homophobe. » Ces annonces ne violent pas l'article 14(1)(b)⁴.

965. Le caractère *performatif* du corps dans les affaires relatives aux conflits entre la liberté d'expression religieuse et l'orientation sexuelle porte sur le curseur de la moralité et de la sexualité. En effet, la seule distinction entre les décisions des cours réside dans le cadre identitaire choisi par la Cour d'appel. Pour les premières, on ne peut publiquement identifier un corps homosexuel comme sodomite, car c'est lui associer un préjugé négatif, alors que pour la seconde, il s'agit bien d'un débat moral sur l'étendue de la *tolérance* pour la sexualité. Il faut, toutefois, noter que l'on assiste progressivement à une ouverture identitaire sur une

¹ *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006, précitée, au §79.

² *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006, précitée, au §80.

³ *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006, précitée, au §82.

⁴ *Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission)*, 2006, précitée, au §88.

conciliation *publique* de ces identités : l'homosexuel non sodomite. Non que le sujet puisse réconcilier ces identités car, moralement cette possibilité a été écartée, mais que l'homosexuel « non sodomite » peut se mouvoir dans l'espace public sans souffrir de « haine religieuse. » Une autre forme de réconciliation résidera dans la forme hétéronormée de la « vie maritale. »

966. *Whatcott.* W. Whatcott, ancien prostitué homosexuel et drogué, a retrouvé le chemin de l'absolution lorsqu'il s'est converti au christianisme : on peut le voir dans une image relayée par les médias posant devant le tribunal de Calgary, manifestant son opposition – « homosexuality is a sin » – et soulignant l'addiction des homosexuels à la pornographie ou à la pédophilie. Whatcott est un requérant quérulent qui ne rate pas une occasion de manifester son dégoût de l'homosexualité justifié, selon lui, par ses « convictions religieuses. » De nombreuses plaintes ont été déposées contre la violence de ses propos. Lors des années 2001 et 2002, il dépose des tracts dans les boîtes aux lettres des villes de Saskatoon et Regina afin de s'opposer – « Sodomites in our public schools » – à des cours d'éducation sexuelle à l'école : il les dépose pour la *Christian Truth Activists* au nom de ses convictions religieuses. Il est évident que la Bible condamne l'homosexualité : une nouvelle fois, la référence aux textes bibliques, comme contenu d'un support expressif est ce qui *per se* conduirait à la haine.

967. Quatre personnes saisissent la Commission des droits de la personne de Saskatchewan qui rend sa première décision de culpabilité de W. Whatcott sur le fondement d'une violation de l'article 14(1)(b) en 2005 : le but n'est pas de restreindre la liberté d'expression ou les propos, mais l'incitation à la haine. Alors que la Cour du Banc de la Reine confirme la décision de la Commission, la Cour d'appel infirme les deux précédentes pour ne pas avoir évalué objectivement la teneur des tracts déposés par M. Whatcott. La Commission des droits de la personne de Saskatchewan sous la plume du juge Anil K. Pandila – qui rendra aussi la décision *Nichols, infra* – fait état des troubles psychologiques des requérants, lorsqu'ils ont pris connaissance des circulaires, de même qu'un expert témoigne de la vulnérabilité des jeunes homosexuels et la recrudescence d'actes homophobes. G. Taylor témoigne en ce sens : « he viewed the content of the flyer as hateful and mean and felt that he was referred to as 'filthy' and 'perverted'. » Il précise, « he felt that the use of the word 'sodomite' as a reference to homosexuals was akin to a racial slur. »¹ Le sentiment de haine et de ridicule proviendrait de l'utilisation de stéréotypes négatifs : le requérant rappelle qu'il n'est engagé que dans des « relations saines. » Les tracts déposés par Whatcott ne permettent pas de créer

¹ *Brendan Wallace et alii v. William Whatcott*, 2005 S.K.H.R.T. (2 mai), à la p. 3, (nous soulignons).

un climat favorable à *l'acceptation de soi*, et de trouver une aide dans le système public, en tant que personne homosexuelle¹, une vulnérabilité exacerbée dans les milieux *ruraux*.

968. L'utilisation du terme « sodomite » est jugée offensante, pour les requérants, car il préjuge que tous les homosexuels pratiquent cet acte sexuel, et que tous partagent les mêmes activités sexuelles à risque : le moyen est donc tiré d'une association de stéréotypes à une situation qui ne serait pas réelle. En somme, les requérants se fondent sur le sentiment de haine produit à l'endroit *d'un élément incorrect* : sans doute cette stratégie contentieuse est-elle malheureuse, assurant par la criminalisation du discours de haine, l'instauration d'une norme morale du comportement protégé. C'est, donc, le terme « sodomite » qui est critiqué. L'intervention d'un expert, au titre de l'Église Luthérienne, confirme la désapprobation divine de l'acte de sodomie : partant, aucun des tracts n'est jugé discriminatoire puisqu'ils ne font que traduire, d'une part une croyance religieuse sincère, et d'autre part un investissement social visant à la protection de la jeunesse. La position de M. Whatcott est évidente : « he testified that pre-marital sex degenerated into homosexuality, which degenerated into pedophilia and also gave an example of a pro-gay individual who also support bestiality. »² Selon la Commission, les tracts conduisent à la haine et au ridicule et un affront à la dignité de la personne humaine : le fait de rappeler la doctrine religieuse en est constitutif, puisque cela revient à assimiler l'homosexuel au sodomite, contrairement à l'orientation sexuelle³. Dès lors que la Commission a démontré une violation de l'article 14(1)(b), la question se pose de savoir si cet article porte une atteinte à la liberté constitutionnelle de religion de l'intimé : il s'agit d'une limite *raisonnable*, et Whatcott est condamné à payer 17.500\$ de dommages.

969. Ce dernier interjette appel devant la Cour du Banc de la Reine qui, en 2007, confirme la décision de la Commission en adoptant une norme de contrôle correcte⁴. Tous les tracts contribuent à la haine, notamment, par les références religieuses : « these religious references refer to homosexuality as a sin. »⁵ Partant, ce n'est pas la référence religieuse qui viole l'article 14(1)(b), mais le contenu évoqué par ces références religieuses : la Cour valide la décision de la Commission. Dans les deux décisions, ce qui constitue une discrimination est le contenu religieux caractérisant l'homosexuel comme sodomite, contrairement à la supposée réalité de la « parenté homosexuelle, » tolérée et protégée, au titre de l'orientation sexuelle.

¹ *Brendon Wallace et alii v. William Whatcott*, 2005, précitée, à la p. 4.

² *Brendon Wallace et alii v. William Whatcott*, 2005, précitée, à la p. 6.

³ *Brendon Wallace et alii v. William Whatcott*, 2005, précitée, aux pp. 9-10.

⁴ *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2007 S.K.Q.B. 450.

⁵ *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2007, précitée, aux §22-26.

L'homosexuel ne peut qu'être « soit » déssexualisé « soit » sodomite, invalidant une possible réconciliation des identités. Il est patent de voir à quel point l'utilisation de « sodomite » est performative : elle n'est considérée comme une blessure que parce qu'elle *s'inscrit* dans une histoire de la construction de l'homosexuel, aujourd'hui *dépassée*.

970. Whatcott interjette une nouvelle fois appel devant la Cour d'appel de la Saskatchewan qui infirme, en 2010, les deux décisions des cours inférieures¹, dans une décision rédigée par la Juge Hunter. La position en appel de Whatcott peut être simplement résumée : à aucun moment ses propos ne visent-ils l'orientation sexuelle, ils ne font « que » rappeler la position chrétienne relativement au sodomite et, donc, à l'activité sexuelle ; par ailleurs le *Code* de la Saskatchewan ne vise pas le *comportement sexuel*. Partant, ces tracts ne constituent pas une violation, et quand bien même, l'article 14(1) restreindrait de façon trop importante sa liberté de religion et d'expression religieuse. Pour la Commission des droits, cette restriction est justifiable dans une société libre et démocratique en regard de cette incitation à la haine. La première question est donc de savoir si le contenu des circulaires viole l'article 14(1) : en l'espèce c'est bien en contradiction avec l'orientation sexuelle que s'exprimerait Whatcott. Et, la juge fait implicitement le lien entre la naturalité de l'acte sexuel et l'orientation sexuelle.

971. L'affaire devient une question de *moralité* : « it's acceptable, in a democracy, for individuals to comment on the morality of another's behaviour, » précisant que « anything that limits debate on the morality of behaviour is an intrusion on the right to freedom of expression. »² Assez aisément, la juge – même si elle note explicitement que les propos sont détestables – arrive à la conclusion que les circulaires ne violent pas l'article 14(1) du Code de Saskatchewan : l'on observe une transition dans le cadre identitaire similaire à l'affaire *Owens*. Dès lors qu'il s'agit d'une question de moralité – l'orientation sexuelle est une question de pratique sexuelle – alors le débat d'idées est justifié : on doit faire preuve d'un seuil de tolérance élevé lorsque l'on débat de la moralité d'un comportement. La Cour d'appel confirme qu'il s'agit davantage de tracts visant un comportement sexuel – même par essence relié à l'homosexualité – et non l'orientation sexuelle : le second viendrait limiter l'expression sur le fondement d'une discrimination. L'expression haineuse n'est possible publiquement que lorsqu'elle vise les *sodomites* qu'une personne raisonnable détacherait de l'orientation sexuelle. Dans les deux situations l'on retrouve une impossibilité : (1) le deuil d'une blessure

¹ *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010 S.K.C.A. 26.

² *Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal)*, 2010, précitée, au §62.

fondée sur l'orientation sexuelle et la naturalisation d'un corps toléré ; ou (2) la moralité et le sodomite : les deux se fondent sur une impossibilité de l'homosexuel religieux puisque le discours religieux est blessant, et il contribue à un débat autour du « crime de sodomie. »

972. La Cour suprême, sous la plume de l'Honorable Juge Rothstein, est venue invalider, en 2013, pour partie la décision de la Cour d'appel et déclarer l'inconstitutionnalité d'une partie de l'article 14(1)(b), mettant fin aux controverses relatives aux discours de haine. Cette décision, nettement républicaine, invalide finalement le cadre identitaire qui avait été choisi par la Cour d'appel dans *Owens* et *Whatcott*. Deux questions se posent : la loi du législateur de Saskatchewan venant interdire les propos haineux est-elle contraire aux libertés de religion et d'expression ? Comment cette loi doit-elle être appliquée en l'espèce ? L'Honorable Juge rappelle bien que les plaignants ont attaqué les circulaires déposées par W. Whatcott au motif qu'elles fomentaient la haine contre les homosexuels en raison de leur *orientation sexuelle*¹.

973. Le Juge procède à une redéfinition de ce qu'il faut entendre par *haine* dans propagande haineuse, ce qui est l'occasion de reprendre les jurisprudences *Keegstra* et *Taylor*², et les critiques faites, relativement au subjectivisme, et à leur trop large champ d'application. Le juge rappelle bien que la subjectivité n'a pas lieu d'être en matière d'application des droits de la personne, même si « tant que le rôle de juge ou d'arbitre sera confié à des êtres humains, une certaine subjectivité jouera dans l'application de toute norme ou de tout critère à une situation factuelle donnée. »³ Le critère d'appréciation est celui d'une personne raisonnable qui apprécie rationnellement, pratiquement et réalistement, la situation ; par ailleurs, il faut donner sa portée la plus large à l'intention du législateur. Il faut lutter contre la *détestation* et la *diffamation*, particulièrement à l'encontre des personnes vulnérables que l'on cherche à *humilier*. L'application du stéréotype est à géométrie variable dans la propagande haineuse.

974. Afin de comprendre cette perspective républicaine, il convient de rappeler la définition que donne le juge de la « haine » connotant condescendance et dénigrement : « la diffamation d'une personne ou d'un groupe implique de lui prêter des caractéristiques répugnantes, des lacunes intrinsèques ou des tendances immorales d'une nature à ce point vile que le diffamateur ne saurait les partager. » Partant, « en dénigrant ainsi le groupe ciblé, on atténue

¹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, [2013] 1 R.C.S. 467, au §3.

² *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, précitée, au §21.

³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, précitée, au §33.

sa crédibilité, sa situation sociale et son acceptation au sein de la société »¹ ; ces propos favorisent la remise en question de « **l'appartenance des membres de ces groupes au genre humain.** »² La vulnérabilité se transforme en dignité de la personne humaine : partant, l'interdiction des propos haineux ne visent pas, en tant que tel le contenu, mais l'effet que cela peut produire, ce qui relève d'une analyse contextuelle. Le juge examine, dans ce cadre, la constitutionnalité de l'article 14(1)(b), et notamment si la violation des libertés de religion et d'expression est justifiée par l'article 1^{er} de la Charte. Dès lors qu'il s'agit de *marginaliser* des individus en raison de *caractéristiques collectives*, et donc de compromettre leur *statut social* et leur *acceptation au sein de la société*, alors l'objectif du législateur est urgent et réel.

975. Est visé ici l'empêchement « de participer pleinement à la démocratie » : le juge prend l'exemple de l'association entre l'homosexuel et le pédophile, qui ne permettrait pas ce débat. C'est bien *le groupe*, visé par l'expression *publique* de propos haineux, auquel il faut s'intéresser : en raison de *caractéristiques collectives*, discriminé sur la base d'un fondement prohibé. Partant, le juge refuse le fondement soulevé par Whatcott du comportement sexuel – et donc d'un débat autour de la moralité – et non de l'orientation sexuelle : en somme on pourrait discuter de la moralité d'une pratique sexuelle et non du statut social d'un groupe. À ce titre, par un même raisonnement alambiqué, le juge rejette la dissociation de l'orientation sexuelle et du comportement sexuel, certes afin de ne pas se soustraire aux effets de la disposition du Code, mais surtout parce que « les propos haineux visent des comportements qui font **partie intégrante de l'identité du groupe** et qui ne sauraient être dissociés. »³

976. L'on note toute l'ambiguïté de la lutte contre les propos haineux : ils visent une dimension identitaire essentielle d'un groupe, toutefois toléré. Elle mobilise l'histoire sociale d'une « blessure identitaire » en identifiant un trait moral, ou sexuel, spécifique : comme la pratique est spécifique à un groupe, l'attaque contre un comportement sexuel est, en réalité, une attaque contre une orientation sexuelle. Au total, le juge annule pour inconstitutionnalité une partie des dispositions de l'article 14(1)(b) afin de ne pas élargir de façon trop importante les interdictions de débats d'idées : l'interprétation doit être stricte, et viser la haine *véritable*⁴. Le juge passe à l'analyse d'une violation potentielle de la liberté de religion : un conflit de droits avec l'égalité substantielle puisque la Cour a redéfini le comportement sexuel en

¹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, précitée, au §43.

² *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, précitée, au §45.

³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, précitée, au §122, (nous soulignons).

⁴ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, précitée, au §151.

orientation sexuelle. M. Whatcott est libre, dans l'espace public, de s'exprimer de façon illimitée sur la condamnation religieuse de l'homosexualité, dès lors qu'elle ne conduit pas à la haine¹ : la Cour reprend donc une à une les quatre circulaires distribuées par W. Whatcott.

977. Ce qui est critiqué par la Cour est l'utilisation haineuse du terme de « sodomie » qui ne vise qu'un comportement sexuel entre hommes², et fait référence à une construction religieuse de l'homosexuel. De sorte que la Cour ouvre un parcours identitaire pour les corps homosexuels : *l'homosexuel non sodomite*. Ce n'est donc pas la référence en soi à la Bible qui conduit à la haine, mais le rapport haineux entre la référence à la Bible et *l'immorabilité de la sodomie* : sur ce point identitaire, la décision de la Cour est très ambiguë, puisqu'elle protège le comportement sexuel au titre de l'orientation sexuelle tout en condamnant la mobilisation d'une conception religieuse d'un certain acte sexuel, qui viserait un groupe *identifiable*. La référence à la Bible contribue à créer un climat *haineux* : et la répétition de certains mots « renforce l'idée que les personnes d'orientation sexuelle sont des êtres impurs possédés d'un appétit ou de comportements sexuels déréglés. »³ Dans quelle mesure la Cour ne se réapproprie-t-elle pas la finalité morale de la condamnation religieuse de la sodomie pour réguler le « corps homosexuel toléré » dans l'espace public ? Le juge annule une supposée perspective haineuse pour les deux dernières circulaires. L'on retrouve ce choix performatif : *ou* orientation sexuelle *ou* sodomite. Dans ces deux affaires relatives aux discours de haine, les parties disposaient de l'agentivité suffisante pour faire face à ces régulations identitaires.

978. Il a été possible de caractériser les trois dimensions du citoyen de second rang par les différentes hypothèses de conflits. Dans chacune est effacée la possibilité même d'être et homosexuel et religieux : la seule possibilité pour un homosexuel de pouvoir *être et faire* dans l'espace public est celle d'être *non sodomite*. Tout dépendra donc de la capacité de chacun de ces corps – l'agentivité – à dépasser cette *infirmité constitutive*, cette *blessure* que l'on retrouve dans les discours de haine. Le citoyen moral de second rang est celui qui doit faire un choix entre l'homosexualité et la sodomie ; le citoyen spectral de second rang régule la transsubstantiation du corps homosexuel sur l'espace public et ce qu'il peut faire ; le citoyen performatif de second rang confirme cette infirmité constitutive du citoyen de second rang : il doit dépasser le statut religieux de sodomite. C'est seulement au prix de cette triple régulation que le citoyen homosexuel pourra être et faire dans l'espace public sans qu'il n'ait la

¹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, précitée*, au §163.

² *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, précitée*, au §176.

³ *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, précitée*, au §188.

possibilité identitaire d'être et homosexuel et religieux. Sa capacité à être dans l'espace public dépendra d'un choix entre ses identités qui pour Delwin est passée par le rejet de la religion. Delwin est citoyen de second rang, présentant les *conditions* pour un *exit* de sa communauté.

B- Marc ou « réfugié constitutionnel » : les communautés religieuses civiques

979. L'on s'intéresse ici aux conflits de droits / d'identités dans le cadre des communautés religieuses qualifiées *supra* de *civiques*. Le multiculturalisme civique ne cherche pas à assurer une intégrité culturelle, mais un degré suffisant de consistance et de cohérence¹ : les individus cherchent à déterminer comment vivre avec leurs différences au sein d'une communauté. L'on retrouve des conflits d'identités au sein de communautés religieuses, plus ou moins fermées. L'identité culturelle est vue comme « un complexe historiquement développé de règles, de routines et d'arrangements institutionnels, »² partiellement protégée par l'État. Les frontières sont diffuses et l'étranger au groupe manque de familiarité avec les routines culturelles, créant une forme de *hiérarchie* à l'intérieur de la communauté³. Les processus d'exclusion sont divers. Or, deux peuvent être notés : la présentation d'une unité à l'égard de l'extérieur de la communauté religieuse, lorsque certains membres exercent des fonctions publiques ; un processus de régulation interne de la diversité, lorsque le conflit se situe à l'intérieur même de ces communautés civiques. Les homosexuels religieux sont des *outsiders* pour les communautés religieuses et étatiques ne remplissant les conditions d'intégration ni de l'un, ni de l'autre. Par contre, ils sont nécessaires pour la construction *politique* réciproque de ces groupes⁴. Ils seront qualifiés ici de *réfugiés constitutionnels* dans la mesure où leur statut de réfugié n'est pas seulement créé par l'État, mais par d'autres groupes à vocation *politique*.

980. En tant que réfugiés, ces individus vivent dans des zones de transit et tentent de reconstruire des communautés de parenté : ce cas est typique des communautés religieuses à destination *spécifique* des homosexuels. L'agentivité des étrangers est largement réduite par rapport aux citoyens de second rang : Marc est notre étranger constitutionnel. On peut en dresser le portrait (fictif) suivant : Marc est un jeune homme noir de 17 ans qui a été élevé au sein d'une communauté ultra religieuse. Marc est religieux, mais sa communauté d'origine est opposée à l'homosexualité considérée comme un pêché, blanc et occidental. Suite à la

¹ TEMPELMAN (S.), « Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism And Exclusion », *op. cit.*, p. 23.

² TEMPELMAN (S.), « Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism And Exclusion », *op. cit.*, p. 18, (nous traduisons).

³ TEMPELMAN (S.), « Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism And Exclusion », *op. cit.*, p. 25.

⁴ ISIN (E. F.), *Being Political. Genealogies of Citizenship*, *op. cit.*, p. 31.

découverte de sa sexualité, il en a été exclu se retrouvant seul et sans argent. Par ailleurs, il présente une sexualité très subversive et a fait l'expérience d'un fort racisme, à la fois dans la communauté homosexuelle et dans la communauté étatique. En effet, ainsi que l'ont démontré les féministes Audre Lorde ou bell hooks, la sexualité est un pouvoir érotique conduisant à réaffirmer la domination du patriarcalisme blanc et néolibéral : l'homosexualité est blanche et la race est associée à l'hétérosexualité patriarcale. La capacité de Marc à *se mouvoir* dans l'espace public, à *faire*, ou à *être entendu / écouté* est limitée. Ainsi « l'existence même de ces identités mélangées représente un acte de résistance contre des régimes moraux et politiques particuliers. »¹ Une résistance qui démontre les limites de *l'idéologie* du constitutionnalisme.

1- Assurer l'unité politique de la communauté face à l'extérieur

981. Deux hypothèses visant à assurer l'unité politique de la communauté religieuse, vis-à-vis de son extérieur, peuvent être retrouvées dans la jurisprudence canadienne. La première a trait à l'obligation juridique d'un commettant public de procéder à un mariage homosexuel, en contradiction avec ses croyances religieuses. La seconde a trait au régime disciplinaire des enseignants de classes de primaires et de secondaires, pour des « propos homophobes. »

982. La question de la possibilité d'un accommodement religieux pour les commettants publics lorsqu'il leur est demandé de procéder à un mariage homosexuel² a fait l'objet de nombreux débats : d'une part en raison des interstices de la jurisprudence de la Cour suprême du Canada relative au *Renvoi sur le mariage entre personnes de même sexe*, mais aussi la jurisprudence relative aux accommodements religieux pour des agents publics³ ; d'autre part, dans la mesure où s'opposent, d'un côté, les partisans d'un large accommodement des croyances religieuses au détriment de l'orientation sexuelle⁴, et d'un autre côté, ceux qui critiquent les effets de ces accommodements sur la citoyenneté des individus *queer*⁵. Le mariage ne fait pas l'objet d'une compétence exclusive, ni des Provinces, ni du Fédéral : alors que la capacité à se marier est une compétence fédérale au titre de l'article 91(26) de la Loi Constitutionnelle, 1867, la célébration du mariage est une compétence provinciale au titre de l'article 92(12) de la même Loi. Partant, une province peut déterminer, notamment, qui pourra

¹ WALTON (G.), « 'Fag Church' », *op. cit.*, p. 15, (nous traduisons).

² MACDOUGALL (B.), « Refusing to Officiate at Same-Sex Civil Marriages », *Sask. L.Rev.*, 2006, vol. 69, pp. 351-373.

³ LAFFERTY (L.P.), « Religion, Sexual Orientation and the State: Can Public Officials Refuse to Perform Same-Sex Marriage? », *Can. Bar Rev.*, 2006, vol. 85, n°2, pp. 287-316.

⁴ TROTTER (G.), « The Right to Decline Performance of Same-Sex Civil Marriages: The Duty to Accommodate Public Servants – A Response to Professor Bruce MacDougall », *Sask. L.Rev.*, 2007, vol. 70, n°1, pp. 365-392.

⁵ MACDOUGALL (B.) and SHORT (D.), « Religion-Based Claims for Impinging on Queer Citizenship », *op. cit.*, 2010.

célébrer le mariage civique – les commettants : ainsi, les mariages religieux célébrés par un commettant religieux peuvent avoir des effets civils dans les conditions posées par les provinces respectives, le mariage ayant alors à la fois des effets civils et des effets religieux.

983. Ce sera souvent l'obligation pour le commettant religieux d'inscrire le mariage par la suite aux registres de l'état civil. Toutefois, dans un processus de séparation de l'Église et de l'État, on autorise naturellement des commettants civils à procéder à la célébration de mariages – d'autant plus important dans le cas qui nous intéresse car de nombreuses religions se sont opposées au mariage homosexuel. Ces commettants doivent disposer d'une licence, accordée, selon les conditions légales posées dans chaque province. Au demeurant, la Cour suprême a rappelé dans son *Renvoi* de 2004, que la liberté de religion garantie par la Charte s'opposait à ce que l'on obligeât des commettants religieux à célébrer des mariages homosexuels : la question demeurerait en suspens, par contre, des célébrants civils dont les croyances religieuses sincères s'opposent au mariage homosexuel. Les provinces canadiennes sont très divisées sur le sujet : le Manitoba, la Saskatchewan et les Newfoundland ont décidé que tout refus devait conduire à une démission du commettant religieux ; l'Alberta, l'Île du Prince Édouard et le Nouveau Brunswick ont proposé d'accorder la possibilité d'un refus de célébration ; l'Ontario, le Québec, la Nouvelle Écosse et Terre-Neuve semblent s'orienter vers une possibilité d'accommodement. Les distinctions tiennent aux « réactions locales » à l'homosexualité, et à la disponibilité de commettants civils prompts à assurer ces célébrations.

984. C'est cette dernière hypothèse qui nous intéressera, et l'on peut dire, très clairement, que les Cours canadiennes se sont opposées à toute forme d'accommodement raisonnable fondé sur la croyance religieuse. Les deux décisions trouvent, en effet, leur origine dans la province de Saskatchewan, dans deux procédures spécifiques de contrôle de la constitutionnalité des lois : un recours en certification et un renvoi. Ce qu'il est important de noter ici ne sont pas tant les décisions elles-mêmes que leurs justifications rhétoriques : ce qui est visée est la délimitation d'une question *politique* de frontières entre des communautés. Dès lors qu'il s'agit de frontières, les deux communautés se mettent artificiellement en opposition politique autour d'une question juridique et assurent les conditions identitaires d'intégration des réfugiés, constitutionnels, qui peuvent demeurer en transit entre ces lieux de performance de la souveraineté. En somme, on met dos à dos les communautés religieuses qui deviennent représentatives d'un refus de toute question d'homosexualité et de toute possibilité de célébration de mariages – ce qui n'est pas le cas en réalité ; et la communauté étatique qui

rejette toute identité religieuse sur cette question en obligeant la célébration du mariage. Le corps homosexuel devient bien ici l'enjeu d'un « conflit politique de frontières. »

985. Dans une première décision rendue en 2009, *Nichols*¹, la Cour du Banc de la Reine a confirmé la décision de la Commission des droits et le comportement discriminatoire de M. Nichols, fondé sur l'orientation sexuelle, et écarté toute possibilité d'accommodement de la croyance en tant qu'agent public. M. Nichols est commettant civil depuis près de 20 ans et se décrit comme appartenant à la *Faith Baptist Church* ; il décrit sa foi comme prenant la première place dans sa vie : « he prays and reads the Bible daily and lives his life with the Bible as his guidebook. »² Selon lui, cette lecture de la Bible le conduit à croire que Dieu hait l'homosexualité et qu'un homme ne devrait pas coucher avec un autre homme, ni une femme avec une femme. L'on retrouve, comme précédemment, la référence à la Bible et à la figure du sodomite : ces croyances sincères l'empêchent de célébrer un mariage homosexuel.

986. Il oppose son refus à M.J. lorsque ce dernier pris contact avec M. Nichols pour la célébration de leur mariage, en sa qualité de commettant inscrit. Il est intéressant de noter la véritable situation de réfugié de M.J. dans un *obiter* de la Cour qui n'est pas discuté par la suite : « M.J. told him that he was a Roman Catholic and he could not get married within his Church to another man ; a civil marriage was the only venue open to them. »³ L'on assiste à un effacement de la condition de *réfugié* au profit d'un *conflit* entre communautés *politiques* : le mariage est ce qui est offert par l'État. Aussi, le refus de M. Nichols renvoie le requérant M.J. dans l'histoire de son parcours personnel d'acceptation en tant qu'homosexuel : l'identité religieuse n'est plus une chance, mais une frontière. L'expert, entendu par la Commission, parlant au nom des religions souligne que l'institution est opposée en soi à l'homosexualité⁴.

987. Dès lors que le conflit est requalifié en conflit juridique de la liberté de religion et de l'orientation sexuelle, l'identité religieuse du requérant est effacée. Partant, la question se pose de savoir si le gouvernement doit accommoder la croyance sincère de M. Nichols même si celle-ci produit une discrimination – comme pour les affaires discutées *supra*, l'appelant ne considère pas qu'il s'agit d'une discrimination. C'est l'occasion pour la Cour de discuter de deux précédents, cités *supra* : *Moore* et l'accommodement d'un agent public dont les

¹ *Nichols v. M.J.*, 2009 S.K.Q.B. 299.

² *Nichols v. M.J.*, précitée, au §10.

³ *Nichols v. M.J.*, précitée, au §12.

⁴ *Nichols v. M.J.*, précitée, au §17.

croyances s'opposaient à l'avortement ; *Ross* et l'accommodement d'un enseignant public pour des propos antisémites tenus en dehors de l'enceinte scolaire. Cette obligation de célébration détériore-t-elle la relation de M. Nichols à Dieu et à sa communauté religieuse ?

988. Or, « the duty to accommodate places an obligation on the party imposing the discriminatory rule to accommodate those suffering from discrimination, to the point of undue hardship. M.J. cannot be said to be the party imposing the discriminatory rule. »¹ Ainsi, l'obligation d'accommodement tombe dans le patrimoine de celui qui discrimine : en l'espèce, il s'agit bien, d'abord, du comportement de M. Nichols à l'endroit des requérants. M. Nichols agit en qualité de représentant du gouvernement, et l'on ne peut accepter que le gouvernement viole, par son action, la Charte des droits, soit directement, soit à travers des délégations de compétences. M. Nichols intervient comme agent gouvernemental, et à ce titre doit respecter la position identitaire du gouvernement. Le corps de M. Nichols est bicéphale et cristallise le conflit politique : il agit dans l'espace public en sa qualité de commettant civil, d'abord en tant qu'agent gouvernemental². La justification porte bien sur trois points : le contexte *public*, le caractère *politique* de la fonction, la *politique identitaire* du gouvernement.

989. La Cour rappelle cette situation de réfugiés des corps homosexuels tolérables – *i.e.* qui souhaitent se marier, dont l'obligation constitutionnelle résulte du *Renvoi* de 2004 sur le mariage : « Yet, few religious institutions contenance gay marriage at this time. **Without the availability of civil marriage, the promise of equality would be unrealized.** »³ En réalisant une fonction politique, M. Nichols doit réaliser les valeurs publiques, ce qui conduit à produire une frontière entre l'intérieur et l'extérieur de la communauté religieuse. L'effet est double : le corps homosexuel devient objet d'une rhétorique politique permettant de sceller des communautés à travers la distinction de leur Autre ; le corps homosexuel ne peut politiquement être homosexuel et religieux. Ces corps sont bien des réfugiés, ce statut obligeant à endosser une certaine identité : « the only way to ensure equal, non-discriminatory access to solemnization services is to ensure that civil marriage process is free from religious pre-conditions. »⁴ Dès lors que cette question est relative à la dignité⁵, l'on retrouve les conditions identitaires du (A) : soit religieux et hétérosexuel, soit homosexuel et hétéronormé.

¹ *Nichols v. M.J.*, précitée, au §40.

² *Nichols v. M.J.*, précitée, au §52.

³ *Nichols v. M.J.*, précitée, au §54, (nous soulignons).

⁴ *Nichols v. M.J.*, précitée, au §68.

⁵ *Nichols v. M.J.*, précitée, au §72.

990. Dès lors qu'il s'agit d'un agent public agissant en qualité politique, l'orientation sexuelle prime sur la liberté de religion. L'on retrouve une motivation similaire dans un *Renvoi* rendu par la Cour d'appel de Saskatchewan en 2011¹ : le lieutenant gouverneur venait s'enquérir de la constitutionnalité d'une modification législative prévue à la loi sur le Mariage de Saskatchewan afin de tenir compte de la décision *Nichols* précitée. Le lieutenant souhaitait savoir si les modifications visant à prévoir des possibilités d'accommodement des croyances religieuses, dans le cadre de mariages homosexuels, étaient constitutionnelles. Le juge Richards a reconnu l'inconstitutionnalité de tels projets de modification : ils seraient contraires à l'égalité ; et, aucun but impérieux ne viendrait justifier une telle violation, sur le terrain de l'article 1^{er} de la Charte. En effet, dès lors qu'aucune réconciliation des champs respectifs des articles 2(a) et 15(1) de la Charte n'est possible, alors il faut se placer sur le terrain de l'article 1^{er} et de la proportionnalité² : il est notamment possible d'accommoder en pratique des commettants, sans que cela ne soit *publiquement* établi. Il s'agit d'une rhétorique politique³. De telle sorte que l'accommodement ne peut être justifié dans cette espèce, tant la finalité républicaine est d'assurer l'accès à l'espace public. Cette politique identitaire de citoyenneté produit des réfugiés, ces sujets dont le corps est le lieu d'un conflit politique et obligés de choisir entre l'hétérosexualité de la religion, ou l'homosexualité hétéronormée de l'espace public. Cependant, une réconciliation des identités est envisagée à travers le *mariage*.

991. *Kempling*. L'hypothèse est relative à des sanctions disciplinaires visant des individus agissant en qualité d'agents publics dans le système éducatif canadien et qui en raison de leurs croyances religieuses sincères, procèdent à des actes homophobes. Deux décisions démontrent la situation de réfugiés par la construction d'un conflit entre des communautés politiques, à travers cette dialectique de l'intérieur et de l'extérieur. Dans les deux cas, les individus voient leurs sanctions disciplinaires confirmées pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, en raison de leur qualité d'agents publics, du système éducatif. Dans la première affaire, un enseignant de Colombie Britannique – M. Kempling – se voit faire l'objet d'une procédure disciplinaire devant le *British Columbia College of Teachers* (BCCT). Il lui était reproché un comportement indigne d'un membre du BCCT en raison de son envoi d'articles et de lettres, à fin de publication, dans un journal local, désapprouvant explicitement l'homosexualité : notamment, au titre des mesures disciplinaires, sa licence d'enseignement lui est retirée pour

¹ (Re) *In the Matter of Marriage Commissioners Appointed Under The Marriage Act, 1995, S.S. 1995, c. M-4.1*, 2011 S.K.C.A. 3.

² (Re) *In the Matter of Marriage Commissioners Appointed Under The Marriage Act*, précitée, au §66.

³ (Re) *In the Matter of Marriage Commissioners Appointed Under The Marriage Act*, précitée, aux §§86-87.

un mois. L'appelant argue d'une violation de sa liberté d'expression, de sa liberté de religion, et d'une discrimination : la Cour d'appel de Colombie Britannique confirme ces sanctions¹.

992. Selon la Cour d'appel, le comportement de l'appelant est discriminatoire – ses écrits le démontrent. Or, ce dernier entend assurer des fonctions publiques en contradiction avec les valeurs du système constitutionnel canadien dans son ensemble. La Cour d'appel écarte le moyen tiré d'une violation de sa liberté de religion, pour défaut de preuve, à l'appui de sa demande ; et dans le conflit de droits entre la liberté d'expression et la lutte contre les discriminations, la violation de la liberté d'expression se trouve justifiée sur le terrain de l'article 1^{er} de la Charte. Comme le rappelle la Cour suprême de Colombie Britannique, « in his letters and articles to the local newspaper, the Quesnel Cariboo Observer, the appellant consistently associated homosexuals with immorality, abnormality, perversion, and promiscuity. »² Ce qui était en jeu était sa liberté d'expression dans le contexte particulier de sa qualité d'agent public : M. Kempling faisait, explicitement, le lien entre son expression privée et sa qualité publique laissant transparaître une volonté claire de discriminer à l'endroit des jeunes LGBT, contrairement à ses obligations découlant de sa qualité d'agent éducatif.

993. Il n'est pas en mesure d'assurer, en raison de ces expressions, un environnement sain et égalitaire pour les élèves. Il convient, d'ailleurs, qu'un tel comportement conduit au harcèlement moral : « the appellant also acknowledged that harassment in the larger community has caused some homosexuals **to leave** Quesnel. »³ À la différence de la Cour suprême, la Cour d'appel rejette les prétentions liées à la liberté de religion. Les deux cours se rejoignent sur la violation justifiée des libertés constitutionnelles de Kempling par l'article 1^{er}. La Cour d'appel rejette donc l'appel interjeté par Kempling. Le juge Lowry note qu'il s'agit d'une question liée à la dignité de la personne humaine⁴ : le comportement de l'appelant se base sur des conceptions stéréotypées des homosexuels, et démontre une volonté affirmée d'agir en conséquence⁵. Le danger représenté par un tel comportement vaut pour les enfants, comme pour l'ensemble du système éducatif : « when a teacher make public statements espousing discriminatory views, and when such view are linked to his or her professional position as a teacher, harm to the integrity of the school system is a necessary result. »⁶

¹ *Kempling v. British Columbia Board of Teachers*, 2005 B.C.C.A. 327.

² *Kempling v. British Columbia Board of Teachers*, 2004 B.C.S.C. 133, au §34.

³ *Kempling v. British Columbia Board of Teachers*, 2004, *précitée*, au §91, (nous soulignons).

⁴ *Kempling v. British Columbia Board of Teachers*, 2005 B.C.C.A. 327, au §33.

⁵ *Kempling v. British Columbia Board of Teachers*, 2005, *précitée*, au §35.

⁶ *Kempling v. British Columbia Board of Teachers*, 2005, *précitée*, au §43.

994. C'est donc une nouvelle fois en raison de sa qualité d'agent public, que l'appelant est sanctionné, et empêché de propager des propos discriminatoires, en contradiction avec les valeurs publiques : une telle sanction démontre la construction rhétorique de frontières politiques entre des communautés identitaires. Dans le contexte scolaire, l'école doit assurer des conditions saines pour les élèves désirant *échapper* aux stéréotypes ou discriminations dont ils pourraient faire l'objet dans leurs communautés religieuses : ce sont les élèves qui sont en position de *réfugiés constitutionnels*, face à l'alternative d'un *choix*, à la « frontière. »

995. *Chiang*. Le second exemple est relatif au rejet d'une plainte déposée par Mme Chiang, fondée sur une discrimination relative à sa religion – article 13 du Code sur les droits de la personne – par le Tribunal des droits de la personne de Colombie Britannique¹ : la plainte n'était pas relative, toutefois, à une demande d'accommodement religieux, ce qui aurait modifié les questions en litige. De sorte que cet arrêt ne règle pas la question d'un conflit entre liberté de religion et orientation sexuelle dans le cadre d'un accommodement d'une pratique religieuse. Mme Chiang est enseignante libraire dans une école publique secondaire : cette dernière relate trois affaires qui l'auraient mise en situation d'être discriminée sur la base de ses croyances. Cette dernière agit au titre de la *Christian Fellowship Club*. L'action a trouvé son déclencheur lors d'une dispute avec l'enseignante présidente du *Pride Club* : alors que cette enseignante distribuait des autocollants arc-en-ciel de sorte à ce que chacun apporte son soutien à la communauté des élèves LGBT, le refus de le coller sur sa porte conduisait Mme Chiang à être en situation de discrimination ; ensuite, la distribution d'une vidéo aux enseignants démontrant la violence d'une église baptiste à l'endroit de la communauté gay a été jugée par la requérante comme une stigmatisation de la communauté chrétienne à laquelle elle appartient ; enfin, la direction avait fait parvenir une lettre à Mme Chiang lui demandant de faire preuve de davantage de « respect » pour les élèves LGBT, de même qu'accélérer les démarches, afin accroître le fonds de la bibliothèque, relatif aux questions homosexuelles.

996. Mme Chiang est, en effet, responsable de l'approvisionnement en livres, de même que de la présentation de ces ouvrages. Coller l'autocollant l'aurait conduite à appuyer un comportement contraire à ses croyances religieuses, de même que l'approvisionnement en livres. Le contexte juridique dans lequel le Tribunal statue est celui de la protection des droits de la personne, dans le cadre du système d'éducation publique, qui doit assurer un cadre

¹ *Chiang v. Vancouver Board of Education*, 2009 B.C.H.R.T. 319.

d'apprentissage laïc et libre de toutes situations de discriminations. Aucun des droits n'est absolu : la protection de la liberté de religion ne s'étend pas à la possibilité de pouvoir agir sur la base de n'importe quelle conduite, motivée par des considérations religieuses. Le tribunal a considéré d'abord que Mme Chiang n'avait pas fait l'objet de discrimination n'ayant pas fait connaître ses croyances religieuses ; il a considéré ensuite, que les allégations de la requérante étaient largement spéculatives ; et surtout, il a rappelé le contexte éducatif *public* d'expression des valeurs et identités politiques. La lutte contre toute forme de discrimination est la valeur cardinale : ne pas conduire à des situations d'exclusion, pour des membres de communautés vulnérables. L'objectif étant celui de *l'inclusion publique*, la direction de l'école était en droit d'adopter toutes mesures visant à faire changer Mme Chiang de comportement. Comme le note la juge Lyster : « public school teachers are free to hold the religious beliefs of their choice. Their conduct, however, is a legitimate area of concern for their employers, and must be consistent with the core values of non-discrimination and violence. »¹

997. Cette affaire, comme les précédentes, démontre l'importance publique de lutter contre l'exclusion dont pourraient faire preuve des agents publics. Leur caractère à la fois public et privé, les rend constitutifs d'une lutte pour la constitution de « communautés cohérentes. » L'école publique doit être, comme le mariage, une échappatoire identitaire et politique. La situation d'agent public conduit à un contentieux dont l'effet est d'assurer la cohésion de communautés – étatiques ou religieuses – vis-à-vis de l'Autre, établissant de la sorte une frontière *politique* : soit homosexuel et hétéronormé, soit religieux et hétérosexuel. De sorte que les homosexuels religieux sont en situation de *réfugiés constitutionnels*, en transit face à cette frontière politique entre le public et le privé et mis en demeure de faire un choix entre leurs identités. Cette situation s'observe dans le cadre de la discipline politico-identitaire assurée à *l'intérieur* même des communautés ou second aspect des processus d'exclusions.

2- Assurer la discipline politique à l'intérieur de la communauté

998. Les années 2001-2002 se sont caractérisées par une intense activité des Cours relativement aux conflits de droits / d'identités religieuses et homosexuelles au sein des écoles publiques / religieuses. Trois décisions méritent d'être développées démontrant comment une communauté religieuse se constitue politiquement à travers un processus de discipline interne

¹ *Chiang v. Vancouver Board of Education*, 2009, précitée, au §117.

juridiquement organisé par le droit étatique. Selon R. Moon, la réconciliation des droits dans ce contexte repose sur une double réduction : une réduction du champ du droit à l'égalité et une conception étroite du rôle et de l'autorité des professeurs¹. Se reposer, ainsi, sur une conception étroite de l'orientation sexuelle permettait à la Cour suprême de ne pas répudier la conception identitaire religieuse en vertu de laquelle l'homosexualité est un péché : la Cour vise à assurer la tolérance de la diversité sexuelle, tout en se retenant d'affirmer l'égale valeur des identités homosexuelles. Cet écart, par rapport à ce qui a été dit précédemment, tient au contexte davantage privé, se situant dans le cadre de communautés religieuses plus fermées. Partant, « les cours étaient réticentes à dénoncer explicitement une conception religieuse qui était encore largement répandue dans la communauté. »² Ce qui démontre le changement de nature des communautés ne repose pas tant sur le conflit juridique que sur le champ identitaire donné à chacun des droits et l'ambiguïté *identitaire* de l'engagement religieux.

999. En replaçant le conflit de droits dans le contexte spécifique de communautés, l'enjeu, pour les tribunaux, est d'articuler une conception plus profonde de l'adhésion religieuse³. Étant donné que les frontières identitaires des communautés religieuses sont ici plus strictement définies, ce positionnement des tribunaux canadiens apparaît tout à fait cohérent avec un certain degré de pluralisme juridique accordé à la liberté de religion, si l'on se souvient de ce spectre allant du public au privé, et des croyances aux pratiques. La transsubstantiation du corps est opérée par les Cours elles-mêmes, moins promptes à rétablir l'égalité de valeurs du corps de l'orientation sexuelle au profit de la conception religieuse du sodomite : les débats se trouvent posés sur le champs de la *moralité*. Est-ce pour cela que B. MacDougall fit paraître une note virulente de jurisprudence dénonçant le poids des croyances religieuses⁴ : moins que de s'appropriier ces valeurs, ces décisions révèlent une modification des frontières identitaires de la liberté de religion. Ces affaires confirment le statut de réfugiés constitutionnels pour les homosexuels religieux plus que jamais en zones de transit : « l'échec à défendre la valeur des relations homosexuelles, là où celles hétérosexuelles implicitement et explicitement sont défendues, sera ressenti comme de l'exclusion. »⁵ Ces réfugiés sont exclus *politiquement* de leurs communautés, et l'espace public étatique n'apparaît pas prompt à leur

¹ MOON (R.), « The Supreme Court of Canada's Attempt to Reconcile Freedom of Religion and Sexual Orientation Equality in the Public Schools », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *op. cit.*, pp. 321-338.

² MOON (R.), « The Supreme Court of Canada's Attempt to Reconcile Freedom of Religion and Sexual Orientation », *op. cit.*, p. 323, (nous traduisons).

³ MOON (R.), « The Supreme Court of Canada's Attempt to Reconcile Freedom of Religion and Sexual Orientation », *op. cit.*, p. 337.

⁴ MACDOUGALL (B.), « A Respectful Distance : Appellate Courts Consider Religious Motivation of Public Figures in Homosexual Equality Discourse – The Cases of Chamberlain and Trinity Western University », *U.B.C. L.Rev.*, 2001-2002, vol. 35, n°2, pp. 511-538.

⁵ MOON (R.), « Sexual Orientation Equality and Religious Freedom in the Public Schools: A Comment on TWU v. BCCT and Chamberlain v. Surrey », *Rev. of Const. Stud.*, 2003, vol. 8, n°2, pp. 228-284, p. 230, (nous traduisons).

reconnaître une *valeur* publique : l'on se retrouve dans ce que H. Shipley qualifie de « construction de la normativité sexuelle » à l'intérieur des communautés religieuses¹. La rhétorique du même et de l'Autre, énoncée à partir d'une position de pouvoir, définit la localisation du *normal* que chacun *devrait* articuler à titre personnel, en matière de sexualité.

1000. La rhétorique du « même » est énoncée à partir d'une base hétéronormative, identifiant les sujets. L'homosexuel devient blanc et reste déviant dans le contexte des communautés : il ne peut, donc, toujours qu'être, vis-à-vis d'elles, en conflit. Le religieux devient hétérosexuel. L'hétéronormativité blanche et patriarcale demeure le lieu d'identification de l'Autre, son corps marquant une *territorialisation* de l'hétéronormativité obligatoire : par son impossibilité même elle rétablit la binarité du même et de l'Autre, et, lorsque les cours, presque par hasard, tentent de les associer, ce n'est qu'au prix d'un effacement de l'homosexualité au profit de l'hétéronormativité. Aussi, l'orientation sexuelle de celui qui est toujours Autre, ne doit pas être dirigée vers la religion, éventuellement, mais vers le « même. » Ces décisions viennent réaffirmer l'homosexuel blanc, le religieux hétérosexuel et le même hétéronormé, à travers trois effets spécifiques. *Chamberlain* contribue à reproduire cette binarité hétéronormative : le débat autour de la tolérance permet, à travers la régulation du matériel pédagogique, de négocier les frontières raciales de l'homosexualité. *Trinity Western* valide ce processus disciplinaire en se plaçant sur le champ de la moralité et obligeant l'homosexuel religieux à faire le choix de quitter sa communauté. *Hall* réaffirme l'hétéronormativité néo-libérale présidant à la construction de la normativité sexuelle. Si l'homosexuel ne peut être religieux, ce n'est que parce qu'il doit être, avant tout, « hétéronormé » et « blanc. »

1001. La décision *Chamberlain* a été rendue en 2002 par la Cour suprême du Canada dans une affaire qui concernait le refus du Conseil scolaire du district de Surrey, en Colombie Britannique, d'approuver trois ouvrages relatifs aux ressources pédagogique complémentaires au titre du programme *Éducation à la vie familiale*, par un enseignant de maternelle et de première année². Ce matériel complémentaire avait pour but d'éveiller les enfants à la réalité des familles homoparentales, décrites dans les trois ouvrages. La raison principale apportée, par l'organe administratif, réside dans les *controverses* possibles pouvant découler de tels ouvrages, au sein de familles, principalement religieuses, et considérant, de ce fait, comme immorales les unions homosexuelles ; les enfants ne devraient pas être exposés aussi jeunes à

¹ SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship*, op. cit., p. 4.

² *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710.

des idées entrant en conflit avec les convictions de leurs parents. L'intérêt de l'enfant était l'élément pivot. Alors que la Cour suprême de Colombie Britannique annule cette décision au motif que ce refus avait été dicté par des considérations religieuses, la Cour d'appel annule la décision de la Cour suprême au motif que ce choix relevait de la compétence discrétionnaire du Conseil scolaire ; la Cour suprême du Canada annule la décision du Conseil scolaire comme déraisonnable et lui renvoie la décision afin d'évaluer, selon une procédure équitable, les propositions de M. Chamberlain. Selon la *School Act* de 1996 ch. 42, le Conseil scolaire était autorisé à prendre cette décision, dans le respect toutefois de l'exigence de tolérance, de diversité et de multiculturalisme visée par le préambule de cette loi, de même par l'exigence de sécularité visée dans son article 76. La décision serait entachée d'erreur manifeste : le Conseil aurait du assurer l'égalité et la tolérance des points de vue. La Cour suprême, adoptant une norme raisonnable de contrôle, note que la laïcité n'implique pas nécessairement que des considérations religieuses ne puissent jouer, tant le rôle identitaire de la religion est important : « la religion jouant un rôle important dans de nombreux milieux, ces points de vue seront souvent dictés par des considérations religieuses. La religion est un aspect fondamental de la vie des gens, et la Cour suprême ne peut en faire abstraction dans ses délibérations. »¹ La Cour confirme que la religion est un élément qui *per se* pouvait s'opposer à l'autorisation des ouvrages. Ces considérations ne peuvent, cependant, conduire à exclure les points de vue minoritaires : aussi, les critères pris en compte pour rendre sa décision ont été déraisonnables.

1002. Dès lors que les enfants du district de Surrey font déjà l'expérience d'une diversité des modèles familiaux, au titre desquels, l'homoparentalité, le système laïc d'enseignement ne peut conduire à exclure certaines familles au motif qu'elles seraient *immorales* pour certains parents (religieux). La moralité est importante dans la détermination de ce contenu sans être déterminante lorsqu'il s'agit d'un mode de vie licite et que l'on sait, dorénavant, tolérable : « il ne peut non plus souscrire à l'opinion de ceux qui n'accordent pas la même valeur au mode de vie licite de certains membres de la collectivité scolaire. »² Au-delà des croyances et du rôle des parents, l'école publique doit enseigner la *tolérance* et la compréhension des différences : la Cour note que l'utilisation du matériel complémentaire n'est pas *obligatoire*. L'hétérosexualité de la religion et l'hétéronormativité de « l'homosexualité autorisée » sont confirmées. Une partie de la discussion a tourné autour de la signification même du mot *tolérance* dont on sait qu'il est un instrument biopolitique et disciplinaire, marquant toujours

¹ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36, précitée*, au §19.

² *Chamberlain c. Surrey School District No. 36, précitée*, au §25.

d'altérité les corps tolérés. Ce processus de passage des « frontières de la normalité » par certains corps est évident lorsque la Cour évalue les raisons qui ont poussé le Conseil scolaire à prendre cette décision. L'une de ces raisons doit retenir notre attention critique.

1003. En effet, la Cour écrit que « premièrement, il assimile homosexualité et familles homoparentales »¹ : très heureusement, les ouvrages ne traitent pas *de l'homosexualité* qui peut faire l'objet de discours moraux – et l'on comprend, pas tout à fait dans le champs du licite, dès lors – mais *d'homoparentalité*, *i.e.* une homosexualité lue à partir du modèle de l'hétéronormativité. C'est la raison la plus importante, selon nous, qui conduit la Cour à considérer que la décision prise l'a été à partir d'une procédure déraisonnable : le contenu même de ces ouvrages est *tolérable*, et s'il peut faire l'objet de jugements de valeurs, ce n'est pas le cas dans les écoles publiques. Il ne faut pas confondre « dissonance cognitive » et désorientation pédagogique des valeurs dans l'apprentissage de la diversité autorisée.

1004. De sorte que le Conseil a agi selon un principe *d'exclusion* : la religion s'oppose à l'homosexualité, certes, mais, dans le cadre de l'école publique, ce processus de discipline interne ne doit pas conduire à exclure l'homoparentalité. L'on se retrouve donc bien face à un homosexuel hétéronormé pour l'État, et le rejet de l'homosexuel pour les religions. En somme, les enfants peuvent faire l'expérience d'une désorientation de valeurs, toutefois strictement régulée. Ce point se vérifie, aisément, dans la motivation de la très Honorable B. McLachlin : « on peut soutenir que l'exposition à **certaines** dissonances cognitives est nécessaire pour que les enfants apprennent ce qu'est **la tolérance**. »² La tolérance n'est donc compatible qu'avec *certaines* dissonances, *certaines* identités : en somme la tolérance est liée à une certaine conception matérielle du *bien*, une certaine vision *compréhensive* de l'espace public. De sorte que dans ce cadre, justes ou non, ces croyances doivent être tolérées. C'est bien une opposition terme à terme que confirme la Cour suprême, de l'homosexualité et de la religion, une opposition dont le point implicite de référence est bien « l'hétéronormativité. »

1005. Par ailleurs et en sus, la Cour suprême procède à un effacement identitaire de la question de la race qui était pourtant l'un des sujets des livres qui ont fait l'objet d'une interdiction de la part du Conseil scolaire. Pour comprendre la motivation identitaire de la Cour suprême il est important de revenir sur les régulations identitaires opérées par les Cours

¹ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, précitée, au §48.

² *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, précitée, au §66, (nous soulignons).

inférieures et qui ont tenu la Cour suprême elle-même. Les trois livres interdits sont *Asha's Mums* publié en 1990, *Belinda's Bouquet* en 1991, *One Dad, Two Dads, Brown Dad, Blue Dads* en 1994. Le premier a trait à l'histoire de Asha, fille d'un couple de femmes engagées dans une relation de long terme : lors d'une sortie scolaire, la maîtresse de Asha lui demande de compléter correctement le formulaire de sortie, *i.e.* avec la signature de son père et de sa mère. S'en suit une discussion en classe où Asha présente sa famille, déclarant : « It's not bad. My mummies said we are a family because we live together and love each other. » Ce qui retient l'attention, en définitive, est la question de l'orientation sexuelle et non pas la question de la mixité raciale ou de l'articulation entre orientation sexuelle et race. Cette famille est une famille, précisément parce qu'elle reproduit les « schémas hétéronormés » de la famille.

1006. Le second a trait à l'acceptation de son corps par Belinda qui est jugée comme trop *grosse* : elle se rend chez son ami Daniel dont les deux mères la conduisent à s'aimer telle qu'elle est. Chacun est beau et différent comme les fleurs dans un jardin. Le parallèle est fait, ici, entre la tolérance sociale de l'homosexualité et la tolérance sociale pour ce qu'un corps doit faire, et comment il doit être représenté, dans l'espace. Le dernier est une discussion sur les différents types de famille : un enfant est issu d'une famille traditionnelle, alors qu'un autre enfant est élevé par deux pères à la couleur bleue. Au terme de ce débat, chacun admet qu'en dépit de cet élément, leurs familles ne sont pas si différentes : ce livre débat donc de la dialectique de l'homosexualité et de l'hétérosexualité en ajoutant un élément lié à la couleur de la peau. Ce que l'on retient *in fine*, toutefois, demeure la question de l'orientation sexuelle.

1007. Ces processus d'effacements sont particulièrement visibles dans les décisions des cours inférieures. Tout d'abord, la Cour suprême de Colombie Britannique efface la question de la mixité raciale en soulignant que le problème, pour les familles religieuses, et d'origines culturelles diverses, provient de leurs fortes convictions religieuses et morales à l'encontre de l'homosexualité : le conflit est reconfiguré comme un problème de liberté de religion face à l'homosexualité, dès lors que l'on se place sur le terrain de la morale¹. L'on efface la question d'une homosexualité non blanche : « it says that the books in issue here, presenting families with same-sex parents as normal and same-sex parents as not 'bad', are morally contentious, may tend to confuse children and may interfere with parental education on religious and moral matters. »² Ce qui pose débat n'est même pas encore l'articulation des identités

¹ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [1998] B.C.J. No. 2923, au §55.

² *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [1998], précitée, au §79.

sexuelles et raciales, mais le modèle hétéronormé de la famille homoparentale, pris dans une double parenté, horizontale et verticale. La juge Saunders, pour la Cour, décrit parfaitement cet effacement de la question de la race dans le débat : « some of the deponents whose affidavits were filed by the School Board expressed concerns that the books **raise issues of sexuality and sexual practices** » ; or, « in this case, however, **the books simply do not raise these issues.** »¹ De sorte que c'est la description judiciaire suivante qui rend les livres tolérables et non sexuels : « they give the message : 'that they are alternative family models, that these family models include models **with same-sex parents**, that these ought to be **valued in the same-way** as other family models, that they are peopled by **caring, thoughtful, intelligent, loving** people who do give **the same** warmth and love and respect **that other families do**'. »² Cette description des ouvrages efface la spécificité de la question *raciale*.

1008. Cet effacement de la race pour se focaliser sur le débat moral est plus patent encore dans la décision rendue par le juge MacKenzie pour la Cour d'appel de Colombie Britannique qui l'écarte explicitement : c'est une question d'orientation sexuelle et non pas de race³. L'on comprend, dès lors, que l'homosexualité est tellement attribué à un corps blanc qu'un débat naissant dans un milieu religieux diversifié ne peut porter que sur l'orientation sexuelle qui est l'élément *étranger*. L'impossibilité même de représenter le corps non-blanc comme homosexuel est exemplifiée par le débat moral de l'homosexualité. Dès lors que le débat est moral, il ne faut pas, selon le juge, le confondre avec un débat religieux, même si la morale tire son origine très largement de la religion⁴. Dès lors que le droit s'occupe de moralité, l'expérience religieuse étant une expérience « autre, » certes, mais morale intrinsèquement, alors les positions religieuses doivent avoir droit à une égale participation à l'espace public⁵.

1009. Dès lors le débat ne porte pas sur la possibilité de réconcilier ces identités, ni même de publiciser l'homosexualité en dehors d'un corps *blanc*, mais de le déplacer sur le plan *moral* réaffirmant l'hétéronormativité comme structure identitaire typique : « some aspects of human sexuality remain **morally** controversial including homosexual or 'same-sex' relationships. »⁶ Le point essentiel est donc la controverse morale autour de l'impossibilité d'être religieux et homosexuel, emportant en même temps l'effacement de la possibilité d'être

¹ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [1998], précitée, au §96.

² *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [1998], précitée, au §98, (nous soulignons).

³ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2000 B.C.C.A. 519.

⁴ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2000, précitée, au §14.

⁵ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2000, précitée, au §19.

⁶ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2000, précitée, au §20, (nous soulignons).

homosexuel et *non-blanc*. Par ailleurs, le juge rappelle qu'il aurait été tout à fait possible de discuter de ce qu'il considère comme les questions de fond, *i.e.* l'égalité de valeur des familles, sans pour cela singulariser l'orientation sexuelle, si problématique pour les familles diverses et religieuses : en somme cette question est problématique dans un contexte non-blanc et religieux. La double conséquence est relativement évidente : effacer la race présente dans les livres, et écarter les livres en raison du caractère inconciliable de l'homosexualité et de la religion. Cet effacement ne peut être plus évident : « the same-sex factor is **the only element** that distinguishes these three books from other books available **to make the same point** in a variety of alternative family contexts. »¹ Ces livres seraient sans intérêt pour les enfants contribuant à perturber des orientations identitaires prédéfinies : l'homosexualité est blanche, la religion hétérosexuelle. Ces livres viseraient un agenda politique caché « that was bound to be confrontational at the adult level » : polémiquer sur des positions morales évidentes par elles-mêmes. Il y a quelque chose de juste dans la réutilisation de l'image d'Alice au pays des merveilles par le juge : « ultimately this litigation has a certain Alice in Wonderland quality. Like the Cheshire Cat, the issues slowly vanish on close examination. »² On dira, plutôt, que ce n'est pas le conflit qui s'efface, mais plutôt les orientations identitaires naturalisées.

1010. On peut s'accorder avec H.E. Shipley pour dire que cette décision rend toujours *autre* l'homosexualité vis-à-vis de la religion : « le manque d'égard pour la possibilité d'une compatibilité de la religiosité et de l'homosexualité comme catégories identitaires lui associe une norme de croyance/bonne/normative (religieuse/morale) contrastée avec la non croyance/mauvaise/non-normative (non-religieuse/immorale). »³ Rendant cette conciliation impossible, ces décisions réaffirment les catégories normatives dominantes de l'hétéronormativité, comme grille de lecture de l'espace social : l'homosexuel est lu à travers la lentille tolérable de la déssexualisation et de la famille hétérosexuelle. L'homosexuel religieux est effacé au profit de l'homosexuel hétéronormé et du religieux hétérosexuel. Enfin, ces décisions confirment l'impossibilité de principe que l'homosexuel soit autre que *blanc*. La dialectique de l'identité et de la différence est compliquée, par cette affaire, selon les lignes de la tolérance sociale. Dans cette affaire publique / privée les orientations identitaires des disciplines internes sont plus compliquées que l'opposition de principe de l'homosexualité et de la religion : le corps homosexuel noir religieux et sexualisé ne rentre pas dans ce que peut et doit faire un corps.

¹ *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2000, précitée, au §56, (nous soulignons).

² *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2000, précitée, au §63.

³ SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship*, *op. cit.*, p. 67, (nous traduisons).

1011. Trinity Western University¹ avait trait au refus d'accréditation d'un programme d'étude universitaire par un organe administratif, le *B.C.C.T.*. Cette décision confirme le caractère inconciliable de l'homosexualité et de la religion dans le contexte d'études universitaires à caractère religieux : l'homosexuel redevient le sodomite. Le caractère de réfugié du constitutionnalisme provient de la stratégie identitaire *d'évitement* du conflit de droits. L'université T.W. est un établissement privé affilié à la *Evangelical Church of Canada* visant à la formation de futurs enseignants : l'accréditation du programme est refusée car impliquant des pratiques discriminatoires, à l'endroit des minorités sexuelles. En effet, « l'une des raisons pour lesquelles l'université Trinity Western souhaitait assurer l'entière responsabilité du programme était sa volonté d'assurer que tout ce programme **reflète sa vision chrétienne du monde.** »² Cette vision se manifeste par la signature d'une charte de la philosophie, reflétant précisément les normes devant être respectées, à la fois dans et en dehors du campus universitaire, par les étudiants, le corps professoral et le personnel. Cette déclaration portait engagement de s'abstenir de se livrer à toute « activité homosexuelle. »

1012. Le conflit était celui du droit d'agir sur la base de ses croyances et du droit à l'égalité. Or, en tant qu'établissement *privé*, ces normes échappent en partie au contrôle des Chartes. La Cour cherche donc à éviter le conflit en définissant ce qu'il faut entendre par *croyance* et *comportement* sur la base de cette croyance. Sur la base de l'article 93 de la Constitution de 1867, un établissement n'enfreint pas la législation provinciale relative aux droits à l'égalité, lorsqu'il donne une préférence aux membres de sa communauté. L'on retrouve cette idée d'une absence de « discrimination » : le rejet de l'homosexualité fait partie intrinsèque des croyances religieuses. Rien n'indique que les diplômés, se destinant à l'enseignement, traiteront de manière discriminatoire leurs étudiants, argument rejeté par la juge L'Heureux-Dubé : cet établissement conduira à des situations intenable « d'effacement identitaire. » Selon l'opinion majoritaire, adoptant une norme de contrôle de la décision correcte (le degré le plus élevé de contrôle), le B.C.C.T. a commis une erreur de jugement : il a mal apprécié la dimension *publique* qu'est *l'expression* de l'identité religieuse³. Aussi, la Cour ne dispose d'aucune preuve justifiant qu'une personne ait été renvoyée pour ne pas avoir signé : ce n'est pas parce qu'une institution présente une croyance qu'elle agira au titre de cette croyance.

¹ *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, [2001] 1 R.C.S. 772.

² *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, précitée, au §2, (nous soulignons).

³ *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, précitée, au §19.

1013. Cette situation de réfugié du constitutionnalisme se retrouve dans la motivation de la Cour lorsque cette dernière confirme l'impossible conciliation des identités : « nous concluons qu'un étudiant homosexuel ne serait pas tenté de présenter une demande d'admission et qu'il ne pourrait pas signer le prétendu contrat d'étudiant qu'à un prix très élevé sur le plan personnel. »¹ La régulation judiciaire des identités conduit à faire supporter les coûts d'un choix artificiel dans le chef d'individus qui ne sont pas en mesure de supporter ces coûts : c'est un effacement de l'espace public. Dès lors que l'on délimite correctement les droits, les valeurs, et les identités en cause, l'on évite la problématique du conflit de droits : *un évitement du conflit par un effacement du corps*. Le réfugié constitutionnel apparaît comme celui dont le corps a été effacé en vue de régler un conflit de droits fondamentaux. Cette idée est commune à chaque hypothèse de réfugiés. Distinguant les croyances des comportements, aucune preuve n'est apportée que ces enseignants feront état de discriminations dans leur fonction publique. Nous ne sommes plus *per se*, dans l'expression publique de croyances, mais à la frontière entre la croyance et le comportement sur le fondement de cette croyance².

1014. La dissidence de la juge L'Heureux-Dubé est importante. Selon la juge, la notion de *comportement homosexuel*, telle qu'elle apparaît dans le code de conduite, est définie de façon trop souple et pourrait conduire à tout un ensemble de comportements, en dehors même de l'acte sexuel. C'est l'occasion pour la juge de rejeter toute dichotomie entre le *statut* et la *conduite* ou entre *identité* et *pratique* lorsque l'on se réfère aux homosexuels³ : on ne peut, sans attenter à la dignité de personnes vulnérables, tout à la fois punir une conduite et protéger une identité. L'on ne devrait laisser propager la représentation sociale que le *comportement homosexuel* est un « pêché sexuel » : la juge a raison de souligner que ce vocabulaire, dont procède la normalisation du corps homosexuel, est relatif à la construction religieuse du sodomite⁴. Un changement de représentation judiciaire du conflit, et donc du vocabulaire, contribuerait à atténuer cet *effacement identitaire* potentiel. La juge L'Heureux-Dubé est la seule, dans le corpus étudié, à souligner le fait que cette *vulnérabilité pluraliste* est relative à l'utilisation d'un vocabulaire *orienté*, résultant dans l'*effacement* des homosexuels religieux.

1015. Au total, c'est bien à un effacement de la possibilité de l'homosexuel religieux, auquel on assiste dans le cadre de processus disciplinaires fondés sur le *comportement* homosexuel,

¹ *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, précitée, au §25.

² *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, précitée, au §36.

³ *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, précitée, aux §68-69.

⁴ *Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers*, précitée, au §73.

et non à l'endroit de *l'identité* homosexuelle. L'on demande aux individus de faire un choix entre leurs identités, résultant d'un effacement potentiel du corps de l'homosexuel religieux, dès lors que ce dernier ne peut en supporter le coût. Si la Cour suprême n'aborde pas cette question, elle mériterait, toutefois, d'être au moins soulevée : la question du *comportement* vise-t-elle restrictivement, ou *per se*, le comportement sexuel masculin ? Nous manquons d'éléments en l'espèce pour préciser cette idée, mais il serait important d'interroger cet effacement potentiel du corps lesbien : la question de l'orientation sexuelle procède souvent d'une hiérarchie patriarcale du genre. En somme, il n'a été question jusqu'à présent que du sodomite, et bien peu de cas est fait du corps lesbien. On peut imaginer que cet effacement est du à une impossibilité de principe ce qui serait un indice, le cas échéant, de *patriarcalisme*.

1016. Cette décision a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment pour cet effacement du conflit qui résulterait en un effacement de l'expérience de l'homosexuel religieux, et pour la réduction identitaire du champ juridique de l'égalité substantielle, tout en réaffirmant une vision idéelle de la sécularité dans les espaces et écoles publics, pour lesquels se destinent les étudiants de *Trinity Western*. La différence est que l'on se trouve ici dans un contexte public – privé où la séparation entre l'expression publique de la croyance et la pratique religieuse privée n'est plus aussi stricte. De telle sorte que la représentation judiciaire du conflit ou de son évitement conduit à un effacement de la possibilité de l'expérience de la conciliation des identités, effacement dont les effets seront dépendants de l'agentivité de ces réfugiés. Selon R. Moon, cette décision se fonde sur une vision artificiellement réduite de l'égalité et irréaliste de l'autonomie des étudiants¹, ce qui participe, à notre sens, de ce statut de *réfugié* : de la sorte, la Cour suprême peut éviter le conflit en affirmant l'égalité tout en ne sanctionnant pas l'équation religieuse homosexualité – pêché. La Cour repose sur une agentivité supposée du corps, et le contexte privé l'empêche de sanctionner la non égalité des relations sexuelles.

1017. Aussi, les Cours réaffirment l'hétéronormativité et le patriarcalisme des communautés religieuses. Ce qui varie n'est, ni le champ juridique du conflit de droits, ni le champ juridique des droits, mais le champ de « l'expérience identitaire » des droits : la réalité de l'expérience identitaire religieuse prend tout son sens ici, en se transformant en *barrière*. Dès lors que l'on ne se situe plus, exclusivement, dans un contexte public, l'identité religieuse est large. C'est, très certainement, ce qui conduit R. Moon à critiquer la représentation du rôle de l'enseignant, qui peut manifester en privé toutes les croyances possibles, mais qui doit se restreindre dans

¹ MOON (R.), « The Supreme Court of Canada's Attempt to Reconcile Freedom of Religion and Sexual Orientation », *op. cit.*, p. 323.

l'espace public et dans les salles de classes, d'agir sur la base de ces croyances. Il s'agit, par ailleurs, d'une forme de privatisation de l'identité religieuse¹ : la séparation réside dans la frontière du public et du privé dont on exige des homosexuels religieux qu'ils la négocient. En l'absence de preuve, « même si un étudiant considère l'homosexualité honteuse, il ou elle sera tenu(e), comme Chrétien, de traiter les autres, mêmes pécheurs, avec amour et respect. »² Se logerait ici la distinction entre égalité substantielle fondée sur l'orientation sexuelle et égalité raciale : l'Église évangélique, tout en récusant le péché, aimerait le pécheur, alors que les injures raciales dans ou en dehors de l'école, sont toujours des *actes*. Certes, les étudiants de *Trinity Western* doivent propager le message chrétien, mais la Cour repose sur une distinction idéale du séculier, établissant que même avec ces croyances les enseignants se restreindront d'agir de manière discriminatoire. Cette variation dans le champ juridique de l'égalité, comme de la conception de la sécularité, provient du contexte communautaire dans lequel a émergé le conflit : cette question des effets discriminatoires est une « anticipation, » une « possibilité. »

1018. Dès lors, il est logique, dans un contexte fermé d'expression de l'identité religieuse, fortement protégée par la liberté de religion, que la Cour suprême se restreigne à faire varier les limites de cette liberté, en fonction de conséquences potentielles, ce qu'elle s'est toujours refusée à faire. Ainsi, la remarque de R. Moon doit-elle être relativisée sur le fondement du contexte communautaire privé. Par contre, le professeur a raison de souligner que dans ce contexte, on observe un changement dans la conception de l'orientation sexuelle, qui a été construite sous l'empire du développement de l'orientation sexuelle, comme caractéristique immuable. Ici la Cour repose sur la notion d'agentivité : l'orientation sexuelle est un *choix*³. Ce processus est caractéristique d'une transsubstantiation du corps homosexuel selon le contexte identitaire : l'évitement du conflit en faisant varier les frontières identitaires des droits fondamentaux, procède d'un effacement de l'expérience de l'homosexuel religieux. Partant, l'orientation sexuelle est une « mutable identity »⁴ : ce caractère évolutif n'est pas tant lié à ce que l'orientation sexuelle serait davantage une *liberté*, qu'une forme *d'égalité*, qu'au changement de contextes identitaires du conflit. Il s'agit des variations identitaires de l'égalité rhétorique et de l'égalité substantielle dont l'évitement du conflit est une technique d'exclusion implicite, sur la base d'une « expérience corporelle invisibilisée, » de l'espace.

¹ MOON (R.), « The Supreme Court of Canada's Attempt to Reconcile Freedom of Religion and Sexual Orientation », *op. cit.*, p. 331.

² MOON (R.), « Sexual Orientation Equality and Religious Freedom in the Public Schools », *op. cit.*, p. 236, (nous traduisons).

³ MOON (R.), « Sexual Orientation Equality and Religious Freedom in the Public Schools », *op. cit.*, p. 251.

⁴ MOON (R.), « Sexual Orientation Equality and Religious Freedom in the Public Schools », *op. cit.*, p. 253.

1019. Hall. M. Hall souhaitait accéder au bal de fin d'année de son lycée accompagné de son petit ami, demande refusée par l'établissement au motif que l'homosexualité est contraire aux préceptes catholiques romains. Si l'avocat du demandeur arguait d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, étant partiellement financé par des fonds publics, l'établissement devait répondre des mêmes lois et exigences que les établissements publics ; les avocats des intimés répondaient que ce refus d'autorisation était protégé par la liberté de religion, et que l'article 93 de la Constitution de 1867, autorisait une école confessionnelle d'opérer des discriminations afin de faire respecter ses propres convictions religieuses. Hall obtient, d'un côté, une injonction préliminaire d'un juge ontarien afin de pouvoir accéder à ce Bal, et d'un autre côté, une injonction interdisant l'annulation de l'événement¹.

1020. Si Hall souhaitait, en 2002, poursuivre la bataille judiciaire – le juge MacKinnon n'avait réglé qu'une partie du litige laissant à une action générale les questions de fonds liées à la discrimination – en attaquant le comité éducatif de l'établissement pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, ce dernier décida d'abandonner toute poursuite en 2005. Le juge Shaughnessy qui autorisa l'arrêt de la procédure, note qu'en bout de course, il est probable que cette action se soit soldée par une victoire du comité éducatif. Il faut noter, comme effets de cette décision, que M. Hall est allé poursuivre des études à l'étranger – il a quitté sa communauté originaire et a admis avoir abandonné toute croyance religieuse suite à cette affaire. Marc Hall disposait de l'agentivité suffisante et des supports nécessaires, afin de lancer l'action judiciaire, mais aussi pour supporter les coûts d'une telle action. En effet, il a financièrement pu déménager, de même qu'il était en mesure de poursuivre des études universitaires avancées (psychologie et neuroscience). Marc Hall a pu supporter les coûts importants de ces *choix* devant lesquels il avait été mis : c'est bien la force de ses croyances qui l'avait conduit à vouloir participer à cet événement. Il est essentiel de bien comprendre la *régulation identitaire* qui a permis au juge ontarien, de garantir cette injonction préliminaire.

1021. Le juge MacKinnon décrit le demandeur comme étant un Catholique romain de 17 ans, s'identifiant comme homosexuel². Ainsi nous nous retrouvons devant la possibilité d'un individu présentant explicitement les deux identités. La description de l'événement du Bal de promotion est essentielle. En effet, le juge le décrit comme une fête où l'on danse et comme l'événement social le plus important dans la vie d'un étudiant, marquant la fin de ses études.

¹ *Hall (Litigation Guardian of) v. Powers*, [2002] O.J. No. 1803.

² *Hall (Litigation Guardian of) v. Powers*, précitée, au §2.

Il s'agit d'un événement décrit par le juge comme une institution sociale fondamentale¹. C'est un contexte privilégié, pour un événement largement caractéristique d'une société fondée sur l'apparence du corps : un événement rendu possible par la *capacité* matérielle de Marc Hall à se trouver dans ce type de situation, symbolique toutefois. Ce qui est *fondamental* pour le juge est d'accéder à ce bal : sans doute cela traduit-il une échelle de valeurs de ce qui est important dans une société largement blanche et néo-libérale. L'orientation axiologique du juge le conduit à valoriser socialement cet événement comme caractéristique d'une société.

1022. Il est décrit par le juge comme étant dans une relation avec son petit ami depuis un an au moment des faits : c'est une relation qui apparaît longue similaire aux relations entre hétérosexuels. Dès lors que l'on se souvient de la représentation religieuse du corps sodomite, le juge MacKinnon procède à une déssexualisation évidente de la relation et du corps de Marc Hall: « the principal reason that interaction at a Prom between romantic partners is a form of sexual activity and that, if permission were granted to M. Hall to attend the Prom with his boyfriend as a same-sex couple, this would be seen both as an endorsement and condemnation of conduct which is contrary to Catholic Church teachings. »² Or, selon le juge, lorsqu'une école publique financée sur des fonds publics met en place une politique générale, cette dernière n'est pas protégée par l'article 93, mais sujette au contrôle de la Charte³. L'Église ne pourrait, de ce fait, fonder sa politique sur une vision stéréotypée du corps homosexuel normalisé : « stigmatization of gay men rests largely on acceptance of inaccurate stereotypes – that gay men are mentally ill, emotionally unstable, incapable of enduring or committed relationships, incapable of working effectively and prone to abuse children. » Or, « scientific studies in the last 50 years have discredited these stereotypes. »⁴ Le juge procède, partant, à une lecture normalisatrice du « corps homosexuel » sur le modèle de « l'hétéronormativité. »

1023. L'événement est typique d'une société occidentale « avancée » et le corps homosexuel reproduit les caractéristiques du corps hétérosexuel ; il n'y aurait aucune raison, dès lors, de discriminer. Le juge souligne la très grande diversité des opinions religieuses sur ce qui constitue un acte homosexuel réprimé, et sur ce que l'on qualifie d'acte *sexuel*. Comment qualifier les rendez-vous amoureux (dating) ? En effet, « Mr. Hall is clear that he and Mr.

¹ Hall (*Litigation Guardian of*) v. Powers, précitée, au §15.

² Hall (*Litigation Guardian of*) v. Powers, précitée, au §4.

³ Hall (*Litigation Guardian of*) v. Powers, précitée, au §16.

⁴ Hall (*Litigation Guardian of*) v. Powers, précitée, au §18.

Dumong are partners in a relationship of some duration »¹ : l'événement n'a pas pour but de et ne doit pas conduire à des actes sexuels. Leur relation est déssexualisée : c'est, ainsi, qu'ils peuvent être dans « l'espace religieux privé. » La capacité du corps homosexuel religieux est liée à sa « déssexualisation » et sa « régulation hétéronormée, » comme il doit être évident. Cet événement n'est qu'une célébration culturelle, qui n'a rien de *sexuel*. Il n'y a aucune raison pour que la doctrine religieuse n'accepte pas ce qui n'est pas un acte *sexuel*. Le juge rejette la défense tirée de l'article 93 et souligne l'absence de preuve qu'une telle injonction déstabiliserait la doctrine religieuse de l'école confessionnelle. Il ne s'agit que de « chaste behaviour, » le juge précisant, « Nowhere in the materials do I find documentary evidence that establishes that same-sex dancing is sinful or sexual under Catholic dogma, » partant « it cannot be fairly equated as having sex. »² Si l'homosexuel religieux est, ce n'est qu'en étant déssexualisé, traduisant une réinterprétation de la doctrine religieuse du *sodomite*.

1024. La mobilisation d'un cadre hétéronormatif, afin de relire la conception religieuse du sodomite, contribue à perpétuer l'altérité du corps homosexuel, qui demeure toujours *Autre* à la religion, d'une manière cependant distincte ici puisqu'il s'agissait de redéfinir les frontières de *la capacité affective* du corps. Sur ce point, on s'accordera aisément avec H.E. Shipley, « *Hall* démontre l'usage d'une conception normative de la sexualité, soutenue par une défense religieuse, au service du maintien d'un standard hétéronormatif hégémonique relatif à l'acceptation ou la différence de l'identité sexuelle. »³ La conciliation n'est possible qu'en se réappropriant l'altérité de principe du corps homosexuel, pour la doctrine religieuse, dans un cadre orienté vers la protection de l'hétéronormativité. D. Brown note à juste titre que ce qui est privilégié n'est pas l'orientation sexuelle au détriment de la liberté de religion. En effet, l'article 93 en vient à jouer un rôle similaire à celui de l'article 1^{er} de la Charte : il permet de démontrer le champ des « croyances immunisées » du contrôle des Chartes. Partant, dans le contexte de communautés privées, les cours protégeraient les désaccords sur l'interprétation de la nature et du contenu des textes religieux, au détriment d'une orthodoxie religieuse⁴.

1025. Partant, il ne s'agit pas de protéger le corps homosexuel : la déssexualisation permet, au contraire, de réinscrire ce débat dans la régulation des relations entre « majorité et minorité, » quant à l'interprétation des croyances. C'est une question religieuse, et l'on devrait protéger

¹ *Hall (Litigation Guardian of) v. Powers*, précitée, au §24.

² *Hall (Litigation Guardian of) v. Powers*, précitée, au §49.

³ SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship*, *op. cit.*, p. 179, (nous traduisons).

⁴ BROWN (D.M.), « Reconciling Equality and Other Rights », *op. cit.*, p. 14.

non contre les discriminations, mais le respect du pluralisme des opinions religieuses dans ces communautés privées. Le contrôle du juge canadien s'inscrit dans une conception particulière de *l'identité religieuse* s'exprimant dans un contexte fermé. Dès lors, si un courant dissident religieux adopte une interprétation qui est compatible avec l'orientation hétéronormative de l'espace public, la liberté de religion n'empêche pas de protéger cette expression dissidente, qui, par ricochet, peut protéger les droits d'accès à la communauté d'individus comme Hall.

1026. Ce n'est pas une réhabilitation de l'homosexuel religieux, réduit à l'expression d'une interprétation dissidente du dogme religieux. Il peut s'exprimer, car en *concordance* avec des valeurs publiques plus larges. L'événement que le juge considère comme *fondamental* traduit un événement limité à ceux qui ont eu la possibilité d'avoir des études privilégiées. Le *fondamental* est directement lié à une appropriation blanche et néo-libérale de l'espace public. Sans doute le juge aurait-il du s'interroger sur la nature identitaire de cet *événement social fondamental* ; sans doute faut-il rappeler que cette décision a conduit Marc Hall à écarter toute identité religieuse et qu'il pouvait assumer *in fine* le coût de ces choix *obligatoires*. Il avait l'agentivité suffisante : il faut, donc, être prudent et nous n'irons pas jusqu'à dire, loin s'en faut, avec B. MacDougall que l'affaire *Hall* constitue une déstabilisation des normes étatiques relatives à l'intimité et la sexualité, fondées sur des croyances religieuses¹. Il s'agit davantage de deux conclusions : l'homosexuel religieux est plus encore relayé dans les limbes du possible ; *surtout* s'il ne respecte pas les orientations identitaires de l'hétéronormativité obligatoire, comme opérateur de ce que peut faire un corps dans l'espace public (ou privé). Cela implique non seulement de déterminer ce *qu'est* le corps, mais aussi ce qu'il *peut* faire.

1027. Aussi, s'agissant de la construction du *réfugié constitutionnel* qui naît dans le contexte identitaire de la liberté de religion, lorsque cette dernière est envisagée dans un contexte public/privé de communautés civiques : le réfugié constitutionnel est construit par une double rhétorique politique. *La première* assure la frontière entre les communautés, par des conflits visant à garantir la cohérence identitaire, et politique, entre des communautés : l'unité des communautés religieuses « vers l'extérieur. » *La seconde* vise un processus identitaire disciplinaire à l'intérieur des communautés, dans un espace public qui n'est pas totalement privatisé. Ce qui est problématique n'est pas le conflit de droits en tant que tel, mais ses frontières identitaires. Partant, le réfugié constitutionnel semble apparaître par l'effacement du

¹ MacDOUGALL (B.), « The Separation of Church and State: Destabilizing Traditional Religion-Based Legal Norms on Sexuality », *U.B.C. L.Rev.*, 2003, vol. 36, pp. 1-27.

conflit : l'évitement du conflit de droit conduit à une invisibilisation du corps homosexuel et religieux. Cette discipline identitaire du conflit conduit les cours à réguler ce qu'est un corps homosexuel religieux, en fonction du contexte communautaire et spatial (*les frontières du corps*), et à réguler ce que peut faire ce corps homosexuel (*les frontières de la capacité*).

1028. En conclusion, le réfugié est le produit d'une *discipline identitaire* représentée devant les cours : une double rhétorique politique produisant les frontières du corps et les frontières de ses capacités. Il y a bien une réelle *production corporelle de l'exclusion* : il faut se détacher d'une analyse formelle, pour faire le *choix* d'une analyse identitaire du conflit. L'idéologie du constitutionnalisme est liée, en définitive, au degré d'agentivité de ces corps, ainsi produits et régulés : plus le « corps » de l'homosexuel religieux est éloigné des normes identitaires de l'espace public, plus sa « vulnérabilité pluraliste » est importante. L'identité religieuse est toujours déjà hétérosexuelle, de même que l'identité homosexuelle est toujours déjà blanche et masculine : s'ajoute, en effet, l'effacement du corps lesbien et religieux. En ce sens Marc est notre « réfugié constitutionnel. » L'enjeu, pour la doctrine constitutionnelle, est d'orienter l'analyse vers l'existence de ces *corps exclus* : leur audibilité et leur visibilité dépendent de la capacité de la doctrine constitutionnelle à écouter et à voir ces expériences. Trouve-t-on, ici, une forme de responsabilité sociale, liée au maintien de l'idéologie du constitutionnalisme.

C- *Leïla ou « apatride constitutionnelle » : les communautés religieuses primordialistes*

1029. L'on s'intéresse ici aux conflits de droits / d'identités dans le cadre des communautés religieuses qualifiées *supra* de *primordialistes*. Dans le contexte de ces communautés, la survie de la culture communautaire est définie comme *l'existence continuée* de communautés données comme déjà existantes¹. La sphère est exclusivement *privée*, et l'on se souviendra que le juge canadien n'interviendra pas dans les conflits intra communautaires, laissant libre cours aux mécanismes internes de disciplines, sauf si les droits civils et droits de propriétés sont violés ; ou dans certains cas substantiels particuliers comme l'égalité de genre. Le juge protégera ici très strictement les *pratiques* religieuses, au titre de la liberté de religion. Ces communautés sont reconnues *politiquement* à travers les mécanismes juridiques des droits ou des accommodements et, d'un point de vue axiologique, comme des « biens communs. » Ces communautés présentent, donc, une forme d'homogénéité culturelle qui restreint le champ des

¹ TEMPELMAN (S.), « Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism And Exclusion », *op. cit.*, p. 19.

options disponibles pour les individus, ainsi que leurs capacité à construire leur identité. La reconnaissance de ces communautés conduit à une fausse unité vis-à-vis de l'extérieur et une fausse cohérence interne, assurant l'unité par l'effacement des mécanismes de discipline.

1030. L'État de droit produit ces communautés ou protège strictement ce que l'on considère, de l'extérieur, comme un mode de vie communal, laissant libre des espaces d'expressions de normes religieuses¹. Ces communautés vivent en dehors de la société dominante – parfois cette distance se marque géographiquement – et s'organisent à travers un « comprehensive body of norms, »² *i.e.* la production de *nomos* propres. Le droit étatique va concevoir cette problématique sur le mode libéral du *choix* : dès lors que les individus ont consenti à ces normes identitaires, alors elles s'appliquent ; dès lors que les individus ont la possibilité de retirer leur consentement, alors le juge étatique n'intervient pas³. La question semble résolue par l'image du *choix*. Or, comment penser la condition *d'apatride du constitutionnalisme* lorsque le sentiment d'appartenance à une communauté est défini politiquement ? En effet, les sujets homosexuels religieux sont « rejetés » et « régulés » par ces deux communautés « politiques » (dans les relations internes et externes), de sorte que la notion de *choix* est malheureuse, au mieux. Au total, ils sont définis comme un « non sens, » et extrémistes, par la communauté étatique, et ils sont définis comme pêcheurs et occidentaux par les communautés religieuses. Excommuniés d'un côté, exclus de l'autre : c'est aller de *Charybde* en *Scylla*.

1031. La question est *éthique* : ces individus peuvent-ils appartenir – avoir le droit d'avoir des droits – et disposent-ils de capacités de résistance et d'agentivité ? Dans ces conditions identitaires, aucune des options n'est envisageable et leur agentivité est diminuée : ce n'est plus un effacement de ces corps, pour des raisons politiques, c'est un anéantissement de l'être. Plus que d'appartenir quelque part, dans une communauté, l'enjeu est de les faire appartenir « avec nous, » c'est-à-dire dans le cadre d'une *cohabitation pluraliste*. Certains ont qualifié ces individus de *Aliens* – parle-t-on des individus exclus de ces communautés, ou des individus membres de ces communautés, mais vivant en marge de la société étatique – en ce qu'ils sont stratégiquement constitués comme les « ennemis transitifs » des communautés, orientées vers leur non-sens⁴. Ils sont un trope négatif démontrant les conditions identitaires de l'appartenance à l'État-nation ; nous les qualifierons *d'apatrides constitutionnels*. Il s'agit

¹ ESAU (A.), « *Living by different law* », *op. cit.*, p. 110.

² ESAU (A.), « *Living by different law* », *op. cit.*, p. 110.

³ *Hofer v. Waldner*, [1921] 1 W.W.R. 177 (Alta. S. C.); *Hofer v. Hofer*, [1970] 73 W.W.R. 644 (S.C.C.); *Lakeside v. Hofer*, [1992] 97 D.L.R. (4th) 17 (S.C.C.), voir *supra*.

⁴ ISIN (E. F.), *Being Political*, *op. cit.*, p. 31.

d'un terme disruptif : « contrairement aux réfugiés, ils ne peuvent être connus comme sujet porteur de droits spécifiques à leur condition. »¹ De sorte que la notion libérale de « minorités dans les minorités » ne semble pas appropriée pour comprendre la vulnérabilité pluraliste de ces individus, c'est-à-dire lorsqu'ils font l'objet de processus disciplinaires (identités) de part et d'autre de la « frontière. » La question est d'autant plus délicate lorsque l'on s'intéresse aux groupes illibéraux². Les homosexuels religieux sont, alors, des *contradictions performatives*.

1032. *Leïla* sera notre *apatride constitutionnelle* : elle peut être identifiée comme une musulmane lesbienne de 28 ans. Elle a grandi dans une communauté ultra religieuse et a choisi de vivre selon les préceptes religieux de l'Islam : elle réalise corporellement sa foi, ce qui l'a conduit, notamment, à porter le *niqab*. En tant que femme musulmane et lesbienne, elle fait face à de nombreux préjugés. De la part de l'État tout d'abord : elle demeure un corps oriental et exotique qui doit toujours être disponible à la possession. Elle est identifiée par l'État comme appartenant à une communauté religieuse archaïque et patriarcale. Elle doit donc non seulement réconcilier ses identités religieuses et sexuelles, à travers la régulation juridique et culturelle de l'Islam et de l'homosexualité, mais elle doit faire face, en plus aux préjugés liés aux conditions de visibilité de l'Islam dans l'espace public occidental³.

1033. Elle doit organiser ses relations avec les normes religieuses internes à sa communauté. Elle est définie comme corps « dangereux, » et aurait, très certainement, été exclue des codes culturels dominants, de ce que l'on identifie comme « communauté homosexuelle. » Lorsqu'elle a révélé cette orientation au sein de sa communauté, d'une part cela n'a pas été compris, car l'homosexualité est « masculine » et, d'autre part, cela a été regardé comme contraire à l'interprétation spécifique du Coran, produite par sa communauté : une violation des règles sociales du genre. Au total, aucune des deux solutions n'était concevable, dans les deux cas, réduite au silence. La seule stratégie de résistance qui lui était disponible a été le « suicide » : anéantir ce corps que personne ne savait voir ou entendre, pour se faire entendre.

1034. Cependant, personne n'a réellement fait le deuil de cette disparition, dans la mesure où *Leïla* n'a jamais été considérée comme un corps de valeur : elle n'appartenait pas aux cadres de ce qui fait *la valeur d'une vie*. Le paradigme libéral des minorités est dans l'incapacité à

¹ MACKLING (A.), « Who is the Citizen's Other? », *op. cit.*, p. 351, (nous traduisons).

² BRUDNER (A.), « The liberal duty to recognize cultures », *op. cit.*, p. 129.

³ MAHMOOD (S.), *Politics of Piety*, *op. cit.*, 2012. LYONS (J.), *Islam Through Western Eyes. From the Crusades to the War on Terrorism*, Columbia U.P., New York, 2012, pour une reconstruction des agencements occidentaux vis-à-vis de l'islam.

saisir l'expérience de la vulnérabilité pluraliste de ces corps « continuellement apatrides. » Assurer l'appartenance pluraliste des « apatrides constitutionnels » au constitutionnalisme est l'objectif pressant de la vulnérabilité pluraliste, produite par les mécanismes disciplinaires du système constitutionnel lui-même. Leïla est la figure humaine de notre apatride. Ce champ d'étude demeure en friche, tant du côté des études juridiques, que des sciences humaines.

1035. Deux explications principales : d'une part, par un manque de jurisprudences ; d'autre part, par l'attraction du « paradigme libéral » des minorités. Toutefois, l'examen de la jurisprudence canadienne du conflit de la religion et de l'homosexualité dans le contexte des communautés religieuses primordialistes permet de dresser trois conclusions. En premier lieu, le juge canadien se montre plus prompt à assurer la *cohérence* de la communauté primordialiste, avant « l'appartenance pluraliste » des corps homosexuels religieux : le juge confirme d'ailleurs, que par principe l'homosexualité est blanche et la religion hétérosexuelle. En second lieu, il appert que face à cette volonté de cohérence de la communauté, le corps homosexuel religieux est *une menace* pour ces communautés. En troisième lieu, il appert que le corps homosexuel religieux dans ces communautés est un corps *morbide* et un corps *effacé*.

1- Le corps homosexuel et la « cohérence » de la communauté primordialiste

1036. Il est possible de démontrer que ce qui importe pour le juge est la *cohérence* de la *communauté primordialiste*, avant la vulnérabilité du sujet de droit, en examinant une affaire relative à un conflit de propriété au sein de l'Église Anglicane. En juin 2002, l'évêque Ingham accepte les recommandations du Synode Diocésain visant à autoriser la célébration de mariages religieux homosexuels. Le requérant – une partie du Clergé Anglican – vit cela comme l'abandon des Écritures chrétiennes, et leurs congrégations respectives quittèrent le Diocèse. Les propriétés du Diocèse étaient détenues sous forme de *Trust*, et les requérants insistent sur le fait que la célébration de mariages homosexuels irait à l'encontre de la doctrine et des pratiques anglicanes. La Cour suprême de Colombie Britannique rappelle à ce titre que l'Église Anglicane est organisée autour d'un ensemble de règles religieuses internes et autonomes¹. Il s'agit d'un conflit interne de doctrines, relativement à l'homosexualité : « to reject or overturn the clear teaching of Scripture on a matter as fundamental as marriage and

¹ *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, [2009] B.C.J. No. 2336 (BC. S.C.), au §8.

sexuality is to radically alter the very nature of Anglican faith.»¹ En effet, « Orthodox Anglicans committed to the truth and authority of Scripture consider the blessing of such unions to be a gospel issue **that engages the deepest realities of their faith.** »² Cette controverse viendrait fracturer l'unité de base même de la communauté. Conformément à une jurisprudence établie, les cours canadiennes doivent faire preuve de déférence envers les « autorités ecclésiastiques » lorsqu'une question de « doctrine religieuse » est soulevée.

1037. Il appert selon le juge canadien que le Synode avait toute autorité pour modifier cette doctrine de l'Église en faveur du mariage homosexuel. Partant, la Cour suprême de Colombie Britannique ne sanctionnera que le retrait unilatéral des Paroisses du Diocèse : le changement de doctrine religieuse, exprimé par les autorités religieuses, était suffisant pour que le juge n'intervienne pas, et confirme la pérennité du *Trust*. Une telle conclusion avait déjà été atteinte par le juge Gauthier, pour un tribunal ontarien en 1991, dans une affaire qui concernait, aussi, le partage d'un patrimoine immobilier et terrien, à la suite du départ unilatéral de congrégations religieuses de l'Église Unifiée du Canada, en raison des prises de position relatives à l'homosexualité. Même si le résultat judiciaire pouvait paraître inéquitable, le juge rappelle d'une part qu'en tant qu'organe privé la Charte canadienne ne s'y applique pas, et que d'autre part, le juge devait faire preuve de déférence envers les autorités religieuses et la liberté d'association ayant présidé à la rédaction des termes du *Trust*.

1038. De sorte qu'en s'appuyant strictement sur les termes du *Trust*, le juge rejette la demande des congrégations dissidentes, même si « it is not difficult to imagine that the case is of significance to all the parties ; **it involves the very structure of the church and the very hearts of the congregations.** »³ Au total, les cours canadiennes n'interviendront pas dans l'espace privé de la congrégation religieuse, relativement à un conflit de biens immobiliers et terriens, visant une supposée dislocation du *Trust* initial. Cependant, la Cour d'appel de Colombie Britannique modifie en substance la motivation de la Cour suprême. En effet, l'application de la doctrine du *cy-près* ne doit pas conduire le juge à évaluer le changement de doctrine au sein de la congrégation religieuse, elle doit le conduire à évaluer si le changement de doctrine rend impraticable la formule du *Trust*. De sorte que la Cour ne peut se baser sur l'autorité de la doctrine religieuse, mais bien sur la preuve du *lien de causalité* apportée par le requérant entre le changement et le caractère impraticable. Comme le note la Cour d'appel,

¹ *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, précitée, au §181.

² *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, précitée, au §193, (nous soulignons).

³ *United Church of Canada v. Anderson*, [1991] 2 O.R. (2d) 304 (Prov. Ct.), (nous soulignons).

« the plaintiff's argument, while commendably creative, fails to create a bridge between the opposition in the Anglican Church of Canada that has resulted from the action of the Bishop and Diocesan Synods, and the issue of whether the continued performance of the trusts has become impracticable. »¹ En l'espèce, le requérant n'a pas apporté une preuve suffisante de ce lien de causalité, de sorte que l'appel est refusé, comme par la Cour suprême du Canada².

1039. Cela étant, adéquatement démontré, le changement de la doctrine religieuse relative à l'homosexualité au sein de la congrégation religieuse, aurait pu mener à la dissolution du *Trust* : tout est question de l'étendue de la recevabilité de la preuve relevant de la causalité religieuse. La Cour d'appel réaffirme, ce faisant, une incompatibilité potentielle de principe, de l'homosexualité et de la religion, comme cette cour l'avait déjà fait dans une affaire relativement similaire, en 2008³. Une demande d'injonction avait été enregistrée par d'anciens membres du Synode Anglican du Diocèse de Colombie Britannique, exclus suite à leur volonté de pérenniser un enseignement orthodoxe de la religion anglicane, opposé à l'homosexualité : le J.A. Rowles note que ce qui importe est une balance des intérêts dans l'octroi d'une injonction, dans le cadre d'un conflit à l'intérieur d'une communauté religieuse. Cette balance des « intérêts » est en réalité une balance des « inconvénients » ayant en ligne d'horizon la volonté d'assurer la *cohérence primordialiste* de la communauté religieuse. Bien avant de s'interroger quant à la vulnérabilité pluraliste des corps homosexuels dans les communautés religieuses primordialistes, ce qui importe aux juges canadiens est d'assurer la *cohérence* de ces communautés, ce qui se marquera par un refus d'intervention judiciaire.

1040. Dans cette affaire, s'ajoutait à la première action, une seconde relative à l'exécution testamentaire du Dr. Chun qui avait légué une partie de son patrimoine immobilier au Diocèse afin d'assurer la pérennité de l'enseignement religieux anglican orthodoxe traditionnel. Or, deux problèmes se posaient : d'une part, ce changement de doctrine ne mettait plus en conformité la destination du legs testamentaire avec la doctrine religieuse ; et, d'autre part, le changement de doctrine au sein de la congrégation avait provoqué le départ de la majorité de la communauté asiatique anglicane, à laquelle appartenait Mme. Chun. En effet, « they say that it is clear from both the will and surrounding circumstances that Dr. Chun intended the funds to be applied to the building fund of Good Shepherd, in the character as she knew it, in order to purchase or construct a new Church to continue the parish's ministry to the ethnic

¹ *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, [2010] B.C.J. No. 2201 (BC. C.A.), au §73.

² *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, [2011] C.S.C.R. No. 26.

³ *Rand v. Anglican Synod of the Diocese of British Columbia*, [2008] B.C.J. No. 1302 (BC. C.A.).

Chinese community in Vancouver. »¹ L'application de la doctrine du *cy-près* conduit à une conclusion différente de la part de la Cour suprême de Colombie Britannique relativement à la première question. Deux éléments ont joué, dans la décision de la Cour. Tout d'abord, le legs du Dr. Chun ne peut rester vain et il doit être respecté : son testament visait la protection des intérêts de la communauté religieuse et, plus spécifiquement, de la communauté chinoise. Ensuite, dès lors que le Dr. Chun « intended the proceeds to be applied to the building needs of the parish that served the Chinese community, »² la Cour suprême accepte *a contrario* l'argument soulevé par la défense selon lequel accepter la demande des requérants reviendrait à attribuer des stéréotypes culturels à la communauté chinoise³. En acceptant de rediriger la légation testamentaire vers les intérêts de la communauté chinoise, la Cour suprême accepte un argument culturaliste en ce que le *corps homosexuel* est profondément différent du *corps chinois*. D'un point de vue identitaire, la motivation de la Cour acceptant la doctrine du *cy-près* conduit à inscrire dans l'ordre de la naturalité l'incompatibilité d'une supposée *communauté chinoise* avec *l'homosexualité*. En somme, dans le cadre de communautés religieuses *primordialistes*, l'homosexualité est blanche et le corps religieux est hétérosexuel.

2- L'homosexuel religieux : corps « menaçant »

1041. Dans son *Renvoi* paradigmatique de 2004 relatif au mariage entre personnes de même sexe, la Cour suprême du Canada a réglé la question des conflits entre l'orientation sexuelle et la liberté de religion lorsque l'on se trouve dans le cadre de communautés *primordialistes* : aucune obligation constitutionnelle ne doit peser sur les célébrants *religieux* pour célébrer des mariages homosexuels *religieux*, en raison du bouclier représenté par la liberté de religion. Aux termes de la Cour, « la liberté de religion garantie par la Charte protège les autorités religieuses de la contrainte d'avoir à marier deux personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses. »⁴ Tout dépend du contexte réel et communautaire, dans lequel émerge le conflit. Partant, il s'agit ici d'une sphère privée, et ce n'est pas *l'expression religieuse* qui est protégée, mais bien *les pratiques religieuses* : « l'accomplissement de rites religieux représente un aspect fondamental de la pratique religieuse. »⁵

¹ *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, [2009] B.C.J. No. 2336 (BC. S.C.), au §310.

² *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, précitée, au §329.

³ *Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster*, précitée, au §317.

⁴ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, au §6.

⁵ *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, précitée, au §57.

1042. Sans que le moyen ne soit fondé en l'espèce, il en irait de même contre une loi qui viendrait obliger les autorités religieuses à collaborer à l'accomplissement de tels mariages : il ne pourrait être obligé sous peine d'inconstitutionnalité « l'utilisation forcée de lieux sacrés pour la célébration. »¹ Il y a une conception spatiale de l'identité religieuse qui est protégée. En ce sens, l'incompatibilité produite des identités se pense ici spatialement, sur le *territoire* d'une communauté religieuse primordialiste. L'homosexualité est dès lors (re)présentée comme une *menace* pour les communautés religieuses. Ainsi qu'en conclut H.E. Shipley, « la **menace** à laquelle les groupes religieux soutiennent qu'ils font face lorsque confrontés à la différence sexuelle démontre toutefois la tendance du droit canadien à **fournir un espace de privilège et de protection** pour la religion en tant que catégorie à laquelle l'homosexualité pourrait poser une menace. »² En somme, le corps homosexuel religieux est une « menace, » dans l'espace social accordé aux communautés religieuses, par le truchement de la liberté de religion. Que faut-il conclure lorsqu'un sujet, en raison de son identité, est considéré comme une menace devant le droit à la fois pour sa communauté religieuse et pour l'espace public étatique ? Sans doute est-ce à ce type de situation que conduit cette affaire de 2004 associée à la représentation de *l'Islam* : l'on retrouve, partant, « une échelle de vulnérabilité pluraliste. »

3- L'homosexuel religieux : corps « morbide » et/ou corps « effacé »

1043. Il est possible de citer un certain nombre d'affaires relatives au droit de la famille dans lesquelles le juge devait trancher un conflit entre l'orientation sexuelle et la liberté de religion. Ces conflits se manifestent, notamment, de deux manières : il peut s'agir, tout d'abord, de la conception religieuse du mariage lorsqu'un des deux époux se trouve être homosexuel(le). Ainsi, dans une affaire de 1960, *Partland v. Partland*, un juge ontarien accepta la construction religieuse du mariage soulevée par l'épouse : l'époux lui révéla peu après leur mariage religieux, ses tendances homosexuelles. Le juge McRuer décrivit, ainsi, le comportement déviant de l'époux : « the appellant has adopted a persistent course of sexual conduct that would be loathsome and offensive to any woman of refinement. »³ Cela étant, ce comportement va à l'encontre de la dimension profondément religieuse de leur union : « this course of conduct strikes at the very foundation of their marital life which to the respondent is a relationship of **profound religious significance**, » ce qui s'est, notamment, manifesté par

¹ Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, précitée, au §59.

² SHIPLEY (H.E.), *The Religious Construction of Sexual Citizenship*, op. cit., p. 124, (nous soulignons et nous traduisons).

³ *Partland v. Partland*, [1960] O.J. No. 242, au §17, (nous soulignons).

tout refus de soin ou de thérapies de conversion de la part de l'époux – « perverted associations. » Or, les croyances religieuses de l'épouse l'empêchaient de demander le divorce : un comportement intolérable qui plaçait l'épouse dans une situation de vulnérabilité. Le juge accepte d'intervenir dans le conflit marital afin de confirmer l'obligation pécuniaire de soutien de la part de l'époux, en raison de la « cruauté » (*cruelty*) de son comportement.

1044. Il peut s'agir de conflits relatifs à la garde d'enfants, lorsque la religion de l'un des parents entre en conflit avec l'homosexualité de l'autre parent. Dans une affaire de 1988 – *P.-B. (D.) v. P.-B. (T.)* – la cour canadienne acceptera, au titre de preuve, les témoignages d'autorités religieuses, afin de déterminer ce qui doit ou non être considéré comme un comportement indécent. Dans cette affaire, le divorce fut prononcé après 6 ans de vie maritale commune et la naissance de deux enfants, lorsque le mari révélât son orientation sexuelle : tout en acceptant la construction religieuse de l'homosexualité produite par l'épouse, le juge confirma la possibilité de garde de nuit, dès lors, que l'époux était engagé dans une relation émotive hétéronormée¹. Dans ce contexte, l'homosexualité du parent, ou du conjoint, ne peut être, rien de plus, que de l'homosexualité, face à l'identité religieuse de l'autre parent. Ce sera, alors, le degré d'acceptabilité religieuse qui déterminera l'issue judiciaire du procès.

1045. Dans une affaire jugée en 2008 par la chambre de la jeunesse de la Cour du Québec, l'honorable L. Gosselin avait à répondre d'une demande en révision de la part d'un père de, religion musulmane, retenu en centre de détention². La demande de révision visait l'ordonnance de placement en famille d'accueil de ses enfants et la fréquence et la nature des contacts entre les enfants et leur père. Ce dernier alléguait que l'orientation sexuelle homosexuelle du père de la famille d'accueil était contraire à la religion musulmane : de sorte que les enfants devaient être retirés de cette famille conformément aux croyances religieuses du demandeur. Il faut noter, cependant, que le tribunal n'a pas de juridiction sur le choix de la famille d'accueil, de sorte qu'une demande en révision ne peut être pareillement fondée³. Ainsi noté par le tribunal, ce qui dérange le père n'est pas tant le fait que les enfants n'aient pas accès à une éducation musulmane, mais l'orientation sexuelle du père de la famille d'accueil, qui élève seul les enfants, dont l'homosexualité supposée serait contraire en soi à la religion musulmane, dans un contexte familial. Le tribunal prend, toutefois, la peine d'écarter cette demande en révision avec une motivation pour le moins étrange : « bien que cela n'ait

¹ *P.-B. (D.) v. P.-B. (T.)*, [1988] O.J. No. 2398.

² *Protection de la jeunesse – 082692*, [2008] J.Q. No. 19742.

³ *Protection de la jeunesse – 082692, précitée*, au §14.

rien à voir avec la réponse adéquate aux besoins des enfants **que le père se sente rassuré, car des vérifications ont été faites et monsieur B. n'est pas un homosexuel.** »¹ Doit-on aller jusqu'à faire une lecture *a contrario* et conclure que si la conclusion avait été différente, cette seule constatation aurait pu justifier en raison de l'intérêt supérieur de l'enfant, de faire droit à la demande de révision du père ? Le motif est très clairement superfétatoire ; il n'en demeure pas moins révélateur de l'état d'esprit identitaire du juge lorsqu'il aura à trancher des conflits entre la religion et l'homosexualité. Une nouvelle fois, le corps homosexuel est représenté comme naturellement blanc, et le corps religieux comme naturellement hétérosexuel. Il appert parfaitement dans ces affaires que le corps homosexuel religieux fait face à une alternative dans le contexte des communautés primordialistes : soit il est *morbide*, soit il est *effacé*.

¹ *Protection de la jeunesse – 082692, précitée*, au §17, (nous soulignons).

CONCLUSION DU CHAPITRE 6 - TROISIÈME PARTIE

1046. Au total, l'impossibilité identitaire de l'homosexuel religieux est associée à plusieurs normes disciplinaires régulant la capacité ou intensité à être des citoyens, et donc l'expérience de l'espace public : l'exclusion du corps homosexuel religieux contribue à assurer la cohérence de la communauté religieuse dans la mesure où ce corps est menaçant. Il est, dès lors, un corps morbide, et un corps effacé. La transition de l'analyse formelle du conflit de droits à l'analyse matérielle des hiérarchies d'identités, a permis d'approfondir la problématique de la phénoménologie de l'exclusion, présidant à la structure même ainsi qu'à l'organisation du constitutionnalisme canadien. L'espace public est foncièrement orienté par des normes identitaires, rendant substantiellement inégalitaire, l'expérience de l'espace public pour chacun des « citoyens identifiés. » Leur éloignement vis-à-vis des normes identitaires attendues de l'espace public a été qualifié de *vulnérabilité pluraliste*. Cette phénoménologie de l'exclusion, en tant que dehors constitutif du constitutionnalisme, a permis de mettre en évidence une *typologie* de l'exclusion, en droit constitutionnel canadien, à travers l'étude de cas du conflit de l'orientation sexuelle et de la liberté de religion : les citoyens de second rang, les réfugiés constitutionnels, et les apatrides constitutionnels. Selon leur appartenance à l'une de ces situations, leurs capacités à être sont très clairement variables dans l'espace public. Ces capacités disciplinaires, dans la théorie de Foucault, sont régulées par plusieurs normes identitaires : une homosocialité blanche, un patriarcalisme et une forme d'hétéronormativité, ou « structure identitaire de la souveraineté. » De sorte que le corps religieux est un corps « hétérosexuel » et le corps homosexuel est un corps essentiellement « blanc et masculin. »

CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE

1047. La transition de l'analyse formelle du conflit de droits à l'analyse matérielle des hiérarchies d'identités, a permis d'approfondir la problématique de la phénoménologie de l'exclusion, présidant à la structure même ainsi qu'à l'organisation du constitutionnalisme canadien. L'espace public est foncièrement orienté par des normes identitaires, rendant substantiellement inégalitaire, l'expérience de l'espace public pour chacun des « citoyens identifiés. » Leur éloignement vis-à-vis des normes identitaires attendues de l'espace public a été qualifié de *vulnérabilité pluraliste*. Cette phénoménologie de l'exclusion, en tant que dehors constitutif du constitutionnalisme, a permis de mettre en évidence une *typologie* de l'exclusion, en droit constitutionnel canadien, à travers l'étude de cas du conflit de l'orientation sexuelle et de la liberté de religion : les citoyens de second rang, les réfugiés constitutionnels, et les apatrides constitutionnels. Selon leur appartenance à l'une de ces situations, leurs capacités à être sont très clairement variables dans l'espace public. Une telle typologie des étrangers a permis de conclure quant à cette phénoménologie de l'exclusion en droit canadien et de déplacer ce regard français sur un modèle canadien de pluralisme. Cette analyse de la vulnérabilité, fondée sur l'analyse identitaire des vecteurs de pluralisme, a permis de proposer une méthode alternative d'analyse du droit positif, pour un comparatiste critique orienté vers la déconstruction éthique de la production *d'étrangers constitutionnels*.

1048. Cette méthode d'analyse permet de conclure la comparaison à travers un ultime déplacement du regard comparatiste français et parachever notre analyse de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme, à travers une phénoménologie. Elle saisit la vie identitaire du droit et les « transactions identitaires » qui se jouent, lors des continues modifications des frontières identitaires de la citoyenneté constitutionnelle. Dès lors que le comparatiste prend conscience de sa propre localisation et des effets de pouvoir liés à ce positionnement, alors la comparaison permet de déconstruire la production continue de l'Autre du constitutionnalisme, et plus largement, la production de « l'Autre de l'Occident. » Une finalité critique de la comparaison pluraliste réside, précisément, dans cette « phénoménologie de l'exclusion » régulant ce que peut faire un corps dans l'espace public « occidental » du constitutionnalisme. L'identité d'une science constitutionnelle est liée à l'identité perceptive d'un réel constitutionnel, à l'identité d'un ordre juridique, à l'identité du corps du sujet de droit, ainsi qu'à la production d'une identité nationale. En conclusion, cette dernière partie a permis de donner toute sa substance à l'identité nationale canadienne à travers une analyse de

l'orientation pluraliste du constitutionnalisme canadien comme gouvernementalité : une « phénoménologie identitaire de l'*Autre* du constitutionnalisme. »

CONCLUSION GÉNÉRALE

« L'espace public est en partie constitué par ce qui ne peut être dit et ce qui ne peut être montré. Les limites du dicible, les limites de ce qui peut apparaître, circonscrivent le domaine dans lequel opère le discours politique et dans lequel certains sujets apparaissent comme des acteurs viables. »¹

1049. La construction de la comparatibilité devait s'orienter vers la mise en évidence d'une triple dialectique, comme structure de la comparaison : *positivisme c. pluralisme*, sur le plan de l'épistémologie du droit, *universalisme c. différentialisme*, sur le plan de l'ontologie et, *républicanisme c. multiculturalisme*, sur le plan de l'axiologie juridique. La mise en garde de Marcel Détienne vaut, en réalité, quant aux *silences* ou présupposés, de la construction de la comparatibilité. S'interroger sur les silences de la comparaison différentielle a permis de tenir compte de l'obstacle épistémologique représenté par la loi de la bipolarité des erreurs, ce que F. Ost et M. Van de Kerchove qualifient de présentation dialectique des paradigmes du droit.

1050. Il s'agissait, en définitive, de *déplacer* ces trois dialectiques à partir de leurs impensés, ou de leurs silences. Il est apparu que ces impensés résidaient dans la notion « d'identité, » s'agissait-il de la France ou du Canada. Aussi, s'intéresser à l'identité donnait une toute autre image de la comparaison différentielle tout en faisant naître la problématique de « l'exclusion, » en réarticulant la notion d'orientation identitaire du constitutionnalisme. Ainsi la critique méthodologique, du regard français sur le modèle canadien de pluralisme, a permis de proposer de nouvelles perspectives de recherche pour le comparatisme critique.

1051. Le déplacement des dialectiques de la comparaison a été opéré à partir du complexe « identité – orientation. » La notion d'identité a permis de critiquer la première dialectique du positivisme et du pluralisme, qui soutenait, du point de vue de l'épistémologie, le regard français sur le modèle canadien. Il appert que l'opposition paradigmatique des deux est largement artificielle et qu'à la question d'une transition devait être substituée la critique de « l'identité » de la présentation en paradigmes, *i.e.* de ce « regard. » L'un comme l'autre, même en supposant qu'ils s'opposent, sont un choix de nature identitaire sur les frontières de la perception scientifique en droit constitutionnel. Aussi, l'identité a été définie avec Merleau-

¹ BUTLER (J.), *Vie précaire. Les pouvoirs du deuil et de la violence après le 11 septembre 2001*, Éditions Amsterdam, Paris, 2005, p. 20.

Ponty, comme l'orientation vers certains phénomènes à « l'exclusion » des autres. Cette orientation est une action proprement corporelle. Alors, « l'obstacle épistémologique » n'est plus le pluralisme *per se* que proprement « l'identité, » relativement clair pour le cas français.

1052. La première dialectique, déplacée à travers la notion d'identité, il convenait d'opérer un déplacement similaire, quant à la seconde. Pour cela, nous avons formé l'hypothèse que le constitutionnalisme était une forme de « gouvernementalité, » *i.e.* régulant, dans les termes de Foucault, la capacité des sujets, identifiés, à être dans l'espace public. Quels sont les « dehors constitutifs » ou, dit autrement, quelles sont les « identités » du constitutionnalisme? De sorte que, nous avons émis l'hypothèse que le constitutionnalisme présente une « orientation » vers certains corps. Si l'on oppose l'universalisme juridique français, au différentialisme juridique canadien, la difficulté résidait dans le déplacement de la dialectique par la démonstration de la commune *orientation* de ces ontologies du constitutionnalisme, vers une structure identitaire. Ce déplacement a nécessité une recherche généalogique, matérielle et formelle, qui démontre, ce que nous avons qualifié de vie psychique du pouvoir juridique, qu'au-delà de l'effacement ou de la valorisation respective, et de principe, du pluralisme, les deux constitutionnalismes sont orientés par une certaine « phénoménologie identitaire, » implicite ou plus explicite. La République est « identifiée » dans la naturalité de l'abstraction identitaire, ou pluralisme par concaténations, et le pluralisme est classificatoire, au Canada. Le cas français démontre que le problème n'est plus le pluralisme, mais bien l'identité. Les *orientations* sont, donc, similaires.

1053. La seconde dialectique déplacée, par la mise en évidence d'une orientation pluraliste des constitutionnalismes français et canadien, le comparatiste devait faire face à une nouvelle double, autre, difficulté du regard français sur le modèle canadien. La première avait trait à ce que l'on qualifie d'axiologie du droit, ou réserves de justifications pratiques, opposant alors le républicanisme français au libéralisme pluraliste canadien. La seconde avait trait à la présence en droit positif de vecteurs « spécifiques » de pluralisme, en droit canadien, rejetés en France. Deux vecteurs existaient : « l'égalité rhétorique » et « l'égalité substantielle. » Or, un double déplacement fut, alors, nécessaire. D'une part, en revenant sur la construction historique du républicanisme, l'on a pu dresser, et démontrer, l'hypothèse subversive que l'un et l'autre des systèmes étaient une forme de républicanisme (*de combat* ou *critique*); même, le Canada est apparu bien plus républicain que la France. Cette dernière ne serait pas républicaine du point de vue de la théorie politique en écartant sous couvert d'identité, la relation de *domination*. Et, d'autre part, appliquant la généalogie dressée *supra*, en mettant en évidence l'orientation des

Conclusion générale

deux systèmes constitutionnels vers une commune structure identitaire du constitutionnalisme qu'il convenait d'identifier. Au-delà de la présence ou de l'absence, de vecteurs spécifiques de pluralisme en droit positif, de l'effacement ou la spécification de la différence, l'obstacle demeurait celui de l'identité, en France comme au Canada. Cette *structure identitaire* pouvait être décrite comme tripartite : homosocialité et ascendant blanc, patriarcale et hétéronormée.

1054. La troisième dialectique déplacée, il convenait, à travers les outils phénoménologiques de l'identité, de l'orientation et de structure identitaire, de déplacer le dernier trope du regard français sur le modèle canadien : la qualification de « modèle » de protection du pluralisme. Pour ce faire, a été étudié le cas du conflit de droits, démontrant que ce conflit se transformait en conflit d'identités, conformément à l'effet identitaire de l'égalité, en droit canadien. Aussi, la construction biopolitique des identités religieuses et homosexuelles, attachées à la liberté de religion et à l'égalité substantielle, respectivement, conduit à des exclusions disciplinaires lors du conflit de droits / d'identités, révélant une typologie des *étrangers du constitutionnalisme*. Alors, le conflit de droits révèle l'impossibilité à être, de l'homosexuel religieux : l'identité de la religion est l'hétérosexualité et l'identité de l'homosexualité est un corps blanc et masculin. Le « modèle » canadien de pluralisme est lié à une structure de l'exclusion par le jeu juridique même du principe de pluralisme, cette dialectique de l'identité et de la différence associée aux effets juridiques de l'égalité réelle. Cette analyse renouvelle les enjeux du conflit de droits et, ainsi, permet de faire, substantiellement, progresser l'analyse *constitutionnelle* de l'exclusion.

1055. En outre, la problématique de l'exclusion, en droit constitutionnel, est née des *silences* du « regard » français sur le modèle canadien de pluralisme soutenu par une triple dialectique. Ces silences ont permis de tirer toute l'importance qu'il y a à interroger l'identité en droit, et particulièrement en droit constitutionnel, lorsque le constitutionnalisme est chargé de protéger une certaine identité constitutionnelle. Le comparatiste de droit constitutionnel ne peut plus, dorénavant, faire l'économie d'une analyse relative à l'identité. Trois perspectives, au moins, pourraient être explorées, dans ce cadre. Tout d'abord, il s'agirait d'approfondir l'idée que la difficulté de l'État républicain français n'est pas le pluralisme, mais l'identité. Il est pressant, désormais, d'interroger l'identité de la République : l'on ne peut s'en tenir au rejet républicain ou révolutionnaire de l'identité, pour écarter les difficultés d'un modèle français d'intégration, en échecs. L'identité *doit* être interrogée, en droit constitutionnel français : l'écarter, l'effacer ou l'universaliser, ne la fait pas disparaître, bien au contraire. Il empêche, simplement et très paradoxalement, toute interrogation critique sur « l'exclusion » organisant l'espace public. Le

modèle français de l'universalisme est tout sauf un modèle lorsqu'il *naturalise* des exclusions. Ce jeu de l'identité se loge dans les *transitions* du droit administratif au droit constitutionnel.

1056. Ceci permet de conduire à deux autres perspectives critiques. D'une part, il est devenu évident qu'il faille faire une distinction entre deux types de pluralisme, révélant ce vœu pieux de la protection constitutionnelle de la diversité. Il y aurait un *pluralisme constitutif* lié à une cohabitation pluraliste, et non désiré, de l'espace et un pluralisme qui est saisi et constitué par le discours juridique et, déjà, un choix quant aux limites de cette pluralité. Cette perspective passe sous silence les effets de pouvoir et d'exclusions qui structurent le référentiel de *celui* qui saisit la diversité. Le pluralisme, en droit constitutionnel, n'est jamais, et toujours, que la projection de l'identité *dominante* qui désire, plus ou moins, une certaine différence. Aussi, il devient impérieux d'interroger ces mécanismes d'exclusions constitutionnelles, liées aux *orientations identitaires* du droit, champs en friche, en France particulièrement. En effet, l'exclusion est le « dehors constitutif » de la « citoyenneté identitaire » du constitutionalisme. L'analyse de l'exclusion se fait en trois étapes : « l'orientation, » « l'identité, » « l'étranger. »

1057. D'autre part, il convient d'interroger le rôle de l'identité dans la démarche de la comparaison, spécialement différentielle, comme il a été possible de le voir relativement à la structure identitaire du constitutionnalisme. On observe, en effet, une circulation des corps et des identités, entre les cours suprêmes, au-delà des cultures juridiques, instruments offerts par le droit positif, ou *ratio decidendi* des décisions (*niqab*, mariage homosexuel, etc.). En citant leurs jurisprudences respectives, ou, plus simplement, en se prononçant sur des questions de société similaires par référence à l'auditoire universel des démocraties, ces cours suprêmes ou constitutionnelles, en viennent à déterminer l'identité du constitutionnalisme occidental. Alors il devient déterminant d'interroger la *circulation affective* des corps entre cours occidentales : la détermination substantielle de « l'identité de l'Occident » participe de la construction d'une *Constitution occidentale*, matérielle et identitaire, au-delà des tropes de l'État Nation. Le pari est risqué pour le juriste qui doit se détacher de la sécurité offerte par les règles de droit positif pour s'aventurer sur les sentiers sinueux de l'interdisciplinarité, en dehors du positivisme, qui est devenu dominant dans sa version normativiste. C'est le pari de l'identité, dont la présente recherche a jeté les premières pierres. Une question « éthique » se pose, donc, aux chercheurs.

1058. Faire le « récit de nous, » c'est être arrêté par notre origine sociale et rendre compte de ce qui nous précède, ces normes qui maintiennent notre statut de sujet, sans être exonéré de

Conclusion générale

notre responsabilité à l'égard de la vulnérabilité plurielle de « l'exposition » à l'Autre. Ceci traduit la nécessité d'adopter une éthique pluraliste, dans le cadre de la méthode comparative, qui rend toute autre, la question du pluralisme en droit constitutionnel. En effet, la question qui importe, dès lors, n'est plus la valorisation *per se*, de la diversité, que celle de la diversité qui est protégée. En somme, cette éthique pluraliste *justifie* une autre question : quelles sont les frontières identitaires de la différence – universalisée ou spécifiée – traduisant, ainsi, les orientations de la citoyenneté et la capacité des corps dans l'espace public? Quels sont, en somme, les *phénomènes* juridiques d'exclusions ? La perspective est, partant, renversée et propose, pour l'avenir, de modifier en ce sens les *silences* des comparaisons différentielles.

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

I. Ouvrages généraux, manuels, et dictionnaires

Le Coran, nrf, Bibliothèque de la Pléiade, Paris, 1967.

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003.

ATIAS (C.), *Épistémologie juridique*, Dalloz, Précis, 1^{ère} édition, Paris, 2002.

BACHELARD (G.),

- *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, Paris, 2004.
- *Le nouvel esprit scientifique*, P.U.F., coll. Quadrige, 7^{ème} édition, 2008.
- *Épistémologie. Textes choisis*, P.U.F., 8^{ème} édition, 2010.

BALDWIN (J.), *La chambre de Giovanni*, Rivages, Paris, 1998.

BIOY (X.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Montchrestien, lextenson éditions, coll. Cours LMD, Paris, 2011.

BOUDON (R.),

- *L'art de se persuader des idées fausses, fragiles ou douteuses*, Fayard, Paris, 1990.
- *Le juste et le vrai. Études sur l'objectivité des valeurs et de la connaissance*, Fayard, coll. Pluriel, Paris, 1995.

BIGOT (G.), *Introduction Historique au Droit Administratif Français depuis 1789*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, Paris, 2002.

BROUILLET (E.), BRUN (H.), TREMBLAY (G.), *Droit constitutionnel : 5^{ème} Édition*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2008.

CANTO-SPERBER (M.) (dir.), *Dictionnaire d'Éthique et de Philosophie Morale, T.2*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2004.

CARRÉ DE MALBERG (R.),

- *Contribution à une théorie générale de l'État*, Siery, tome 1, Paris, 1920.
- *La loi, expression de la volonté générale*, Sirey, Paris, 1931.

CHALMERS (A.F.), *Qu'est-ce que la science? Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend*, Le livre de Poche, Paris, 1987.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. Quadrige, 9^{ème} édition, Paris, 2011.

DELEUZE (G.), *Spinoza et le problème de l'expression*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1969.

DELEUZE (G.) et GUATTARI (F.),

- *Capitalisme et Schizophrénie. L'anti-Œdipe*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1972.

- *Capitalisme et Schizophrénie 2. Mille Plateaux*, Les Éditions de Minuit, Paris, 1980.

DÉTIENNE (M.), *Comparer l'incomparable*, Seuil, coll. Essais, 2^{ème} édition, Paris, 2009.

DE TOCQUEVILLE (A.), *L'Ancien régime et la Révolution*, Gallimard, Paris, 1967.

DRYZEK (J.S.), HONIG (B.), PHILLIPS (A.) (eds.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2006.

DUBOUCHET (P.), *Droit et épistémologie. L'Organon du droit*, L'Harmattan, coll. Ouverture Philosophique, Paris, 2008.

DUGUIT (L.),

- *Études de droit public. I. L'État, le droit objectif et la loi positive*, Bibliothèque de l'histoire du droit et des institutions, Édition Albert Fontemoing, Paris, 1901.
- *Les transformations du droit public*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 1999.
- *Leçons de droit public général*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 2000.
- *Souveraineté et liberté*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 2002.
- *Manuel de droit constitutionnel*, Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, Paris, 2007.
- *Les transformations générales du droit privé*, L.G.D.J., coll. La Mémoire du Droit, Paris, 2008.

ESMEIN (A.), *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, tome 1, Éditions du Recueil Sirey, 8^{ème} édition, Paris, 1927.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Précis, 12^{ème} édition, Paris, 2009.

FAVOREU (L.), PHILIP (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), ROUX (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, coll. Grandes Décisions, 17^{ème} édition, Paris, 2013.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.), MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA-SOLER (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.) TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} édition, Paris, 2009.

FEYERABEND (P.), *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, Seuil, coll. Scienc. Ouv., Paris, 1979.

FOUCAULT (M.),

- *L'ordre du discours*, Gallimard, coll. Blanche, Paris, 1971.
- *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 1976.
- *Les mots et les choses*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 1990.
- *Histoire de la sexualité, tome 1 : La volonté de savoir*, Gallimard, Tel, Paris, 1994.
- « Il faut défendre la société ». *Cours au Collège de France (1975-1976)*, Gallimard, coll. Hautes Études, Paris, 1997.
- *Dits et Écrits I, 1954-1975*, Gallimard, coll. Quarto, Paris, 2001.
- *Dits et Écrits II, 1976-1988*, Gallimard, coll. Quarto, Paris, 2001.
- *L'archéologie du savoir*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 2008.

Bibliographie générale

- FRIER (P.-L.) et PETIT (J.),** *Droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat Droit public, 7^{ème} édition, Paris, 2012.
- FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.),** *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007.
- GAGNON (M.) et HÉBERT (D.),** *En quête de Science. Introduction à l'épistémologie*, Fides, Montréal, 2000.
- GIL (F.),** *La conviction*, Flammarion, Essais, Paris, 2000.
- GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.),** *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2011.
- GOOCH (J.),** *Manual of the Constitution of Canada*, Coll. Chapleau, Ottawa, 1867.
- GREWE (C.) et RUIZ-FABRI (H.),** *Droits constitutionnels européens*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, 2^{ème} édition, Paris, 1999.
- GUASTINI (R.),** *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par CHAMPEIL-DESPLATS (V.), Dalloz, coll. Rivages du droit, Paris, 2010.
- HAMON (F.) et TROPER (M.),** *Droit constitutionnel*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Manuel, 31^{ème} édition, Paris, 2009.
- HAURIOU (M.),** *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} édition, 1933, réédition DELVOLVÉ (P.) et MODERNE (F.), Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, Paris, 2002.
- HEIDEGGER (M.),** *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Gallimard, coll. Tel, Paris, 1988.
- HOGG (P. W.),** *Constitutional Law of Canada*, 2007 Student Edition, Thompson/Carswell, Toronto, 2007.
- HUSSERL (E.),** *Méditations Cartésiennes. Introduction à la phénoménologie*, Vrin, coll. Les Philosophiques, Paris, 1992.
- KELSEN (H.),**
- *Théorie pure du droit*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Paris, 1999, traduit par EISENMANN (C.).
 - *Théorie générale des normes*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1996.
- LAUVAUX (P.),** *Les grandes démocraties contemporaines*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, 3^{ème} édition, Paris, 2004.
- LEGENDRE (P.),** *Histoire de l'Administration. De 1750 à nos jours*, Paris, P.U.F., 1^{ère} édition, Paris, 1968.
- LEGRAND (P.),** *Le droit comparé*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2^{ème} édition, Paris, 1999.
- LEGRAND (P.) et SAMUEL (G.),** *Introduction au common law*, La Découverte, coll. Repères, Paris, 2008.

- LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.),** *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 19^{ème} édition, Paris, 2013.
- MACGREGOR DAWSON (R.),** *The Government of Canada*, U. of Toronto P., 5^{ème} édition, Toronto, 1970.
- MACPHERSON (C.B.),** *La théorie politique de l'individualisme possessif. De Hobbes à Locke*, Folio, coll. Essais, Paris, 2004.
- MARSHALL (G.),** *Constitutional Conventions: The Rules and Forms of Political Accountability*, Clarendon P., Oxford, 1984.
- MATHIEU (B.) et VERPEAUX (M.),** *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, L.G.D.J., Paris, 2002.
- MERLEAU-PONTY (M.),**
- *Signes*, Gallimard, Paris, 1960.
 - *Phenomenology of Perception*, Routledge, London and New-York, 1962.
- OGILVIE (M.),** *Religious Institutions and the Law in Canada*, Irwin Law, 3^{ème} édition, Toronto, 2010.
- PACTET (P.) et MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.),** *Droit constitutionnel*, Dalloz, coll. Sirey université, 32^{ème} édition, Paris, 2013.
- PECES BARBA MARTINEZ (G.),** *Théorie générale des droits fondamentaux*, L.G.D.J. Paris, 2004.
- PELLETIER (B.),** *La Modification Constitutionnelle au Canada*, Carswell, Toronto, 1996.
- PONTHOREAU (M.-C.),** *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, coll. Corpus Droit public, 2010.
- POPPER (K.),** *La connaissance objective. Une approche évolutionniste*, Champs, coll. Essais, Paris, 1998.
- RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (dir.),** *Dictionnaire de philosophie politique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, 3^{ème} édition, Paris, 2003.
- ROULAND (N.),** *L'anthropologie juridique*, P.U.F., coll. Que sais-je ?, 2^{ème} édition, Paris, 1995.
- ROULAND (N.), PIERRÉ-CAPS (S.), POUMARÈDE (J.),** *Droit des minorités et des peuples autochtones*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, Paris, 1996.
- SÈVE (R.),** *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, coll. Cours, Paris, 2007.
- SKINNER (Q.),** *Les fondements de la pensée politique moderne*, Albin Michel, coll. Bibliothèque de l'évolution de l'humanité, Paris, 2009.
- SUDRE (F.),** *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, 11^{ème} édition, Paris, 2002.

- TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.)**, *Traité International de Droit Constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2012.
- TURPIN (D.)**, *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. Quadrige Manuels, 2^{ème} édition, Paris, 2007.
- VEDEL (G.)**, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, 1^{ère} édition, 1949, rééditée et présentée par CARCASSONNE (G.) et DUHAMEL (O.), Dalloz, Paris, 2002.
- VIALA (A.)**, *Philosophie du droit*, Ellipses, coll. Cours Magistral, Paris, 2010.
- VILLEY (M.)**, *La formation de la pensée juridique moderne*, P.U.F., coll. Quadrige, Manuels, 1^{ère} édition, Paris, 2009.
- ZIMAN (J.)**, *Reliable knowledge. An exploration of the grounds for belief in science*, Cambridge U. P., Cambridge, 1978.
- ZOLLER (E.)**, *Droit constitutionnel*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, 2^{ème} édition, Paris, 1999.

II. Ouvrages spéciaux

- AARNIO (A.)**, *Le rationnel comme raisonnable. La justification en droit*, L.G.D.J., coll. La pensée juridique moderne, Paris, 1992.
- AHMED (L.)**, *A Quiet Revolution. The Veil's Resurgence from the Middle East to America*, Yale U.P., New Haven and London, 2011.
- AHMED (S.)**,
- *Strange Encounters. Embodied Others in Post-Coloniality*, Routledge, London and New-York, 2000.
 - *Queer Phenomenology. Orientations, Objects, Others*, Duke U.P., Durham and London, 2007.
- AMSELEK (P.)**,
- *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, EISENMANN (C.) (préf.), vol. II, L.G.D.J., Paris, 1964.
 - *Science et déterminisme. Éthique et liberté*, VEDEL (G.) (préf.), P.U.F., coll. Questions, Paris, 1988.
- ANDERSON (G.W.)**, *Constitutional Rights After Globalization*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2005.
- ANGUS (I.)**, *A Border Within. National Identity, Cultural Plurality, and Wilderness*, McGill-Queen's U.P., Montréal, 1997.
- ARENDT (H.)**, *Le concept d'amour chez Augustin*, Rivages, Paris, 1999.

- ARTHURS (H.W.),** *'Without the Law'. Administrative Justice and Legal Pluralism in Nineteenth Century England*, U. of Toronto P., Toronto, 1985.
- AYWARD (C.A.),** *Canadian Critical Race Theory. Racism and the Law*, Fernwood Publ., Halifax, 1999.
- BAKAN (J.),** *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs*, U. of Toronto P., Toronto, 1997.
- BANNERJI (H.),** *The Dark Side of the Nation. Essays on Multiculturalism, Nationalism and Gender*, Canadian Scholars' Press, Toronto, 2000.
- BARANGER (D.),** *Écrire la Constitution non écrite. Introduction au droit politique britannique*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 2008.
- BASTID (P.),** *L'idée de Constitution*, Economica, Paris, 1985.
- BARRY (B.),** *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Harvard U.P., Cambridge and London, 2001.
- BAUME (S.),** *Carl Schmitt, penseur de l'État. Genèse d'une doctrine*, Sciences Po, Les Presses, Paris, 2008.
- BEAUD (O.),**
- *La puissance de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994.
 - *Théorie de la Fédération*, P.U.F., coll. Léviathan, 2ème édition, Paris, 2009.
- BENELBAZ (C.),** *Le principe de laïcité en droit public français*, PACTEAU (B.) (préf.), L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2011.
- BENHABIB (S.),** *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton U.P., Princeton, 2002.
- BERLANT (L.),** *Desire/Love*, Puncton Books, coll. Dead Letter Office, Brooklyn, 2012.
- BERNS (T.),** *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique moderne à partir de Bodin*, Éditions Léo Scheer, Paris, 2005.
- BERSANI (L.),** *Homos : Repenser l'identité*, Fayart, Paris, 1998.
- BERTILE (V.),** *Langues régionales ou minoritaires et Constitution. France, Espagne et Italie*, Bruylant, Bruxelles, 2008.
- BHAMRA (M.K.),** *The Challenges of Justice in Diverse Societies. Constitutionalism and Pluralism*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2011.
- BIOY (X.),** *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, Dalloz, coll. Nlle Bibl. de Thèses, Paris, 2003.
- BISSONNETTE (B.),** *Essais sur la Constitution du Canada*, BEAUDOIN (L.) (préf.), Les Éditions du Jour, Montréal, 1963.
- BISSOONDATH (N.),** *Le Marché aux illusions. La méprise du multiculturalisme*, Boréal, Liber, Montréal, 1995.

Bibliographie générale

- BLACK (E. R.),** *Divided Loyalties. Canadian Concepts of Federalism*, McGill-Queen's U.P., Montréal, 1975.
- BLANC (A.),** *La langue du Roi est le français. Essai sur la construction juridique d'un principe d'unicité de langue de l'État royal (842-1789)*, L'Harmattan, Paris, 2010.
- BOBBIO (N.),** *Essais de Théorie du droit*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 1998.
- BOCKENFORDE (E.W.),** *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, traduction et présentation par JOUANJAN (O.), Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 2000.
- BOSWELL (J.),** *Christianity, Social Tolerance and Homosexuality: Gay People in Western Europe from the Beginning of the Christian Era to the Fourteenth Century*, U. of Chicago P., Chicago, 2005.
- BORGETTO (M.),** *La notion de fraternité en droit public français. Le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, ARDANT (P.) (préf.), T. 170, L.G.D.J., Paris, 1993.
- BOURINOT (J. G.),** *Federal Government in Canada*, John Hopkins U. P., Baltimore, 1889.
- BOWEN (J.R.),** *Why the French Don't Like Headscarves: Islam, the State, and Public Space*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2007.
- BROWN (W.),**
- *Edgework. Critical Essays on Knowledge and Politics*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2005.
 - *Regulating Aversion. Tolerance in the Age of Identity and Empire*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2006.
 - *Walled State, Waning Sovereignty*, Zone Books, New York, 2010.
- BRUNET (P.),** *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, TROPER (M.) (préf.), Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 2004.
- BÜCHLER (A.),** *Islamic Law in Europe? Legal pluralism and its limits in European family laws*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2011.
- BUI-XIAN (O.),** *Le droit public Français entre universalisme et différencialisme*, CHEVALLIER (J.) (préf.), Economica, coll. Corpus Essais, Paris, 2004.
- BULLOCK (K.),** *Rethinking Muslim Women and the Veil. Challenging Historical and Modern Stereotypes*, The International Institute of Islamic Thought, Herndon and Richmond, 2002.
- BUMILLER (K.),** *The Civil Rights Society. The Social Construction of Victims*, The Johns Hopkins U.P., Baltimore, 1988.
- BUTLER (J.),**
- *La vie psychique du pouvoir : l'assujettissement en théories*, Éditions Léo Scheer, Paris, 2002.
 - *Le Récit de Soi*, P.U.F., coll. Pratiques Théoriques, Paris, 2005.

- *Vie précaire. Les pouvoirs du deuil et de la violence après le 11 septembre*, Éditions Amsterdam, Paris, 2005.
- *Ces corps qui comptent. De la matérialité et des limites discursives du 'sexe'*, Éditions Amsterdam, Paris, 2009.
- *Ce qui fait une vie. Essai sur la violence, la guerre et le deuil*, Zones, Paris, 2010.
- *Sujets du désir. Réflexions hégéliennes en France au XXe siècle*, P.U.F., coll. Pratiques Théoriques, Paris, 2011.
- *Parting Ways: Jewishness and the Critique of Zionism*, Columbia U.P., New York, 2012.

BUTLER (J.) et MALABOU (C.), *Sois mon Corps. Une lecture contemporaine de la domination et de la servitude chez Hegel*, Bayard, Paris, 2010.

BUTLER (J.) et SPIVAK (G.C.), *L'État Global*, Payot, Paris, 2009.

CAMERON (D.) and KULICK (D.), *Language and Sexuality*, Cambridge U.P., Cambridge, 2003.

CAPITANT (D.), *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, FROMONT (M.) (préf.), L.G.D.J., coll. Thèses, Paris, 2001.

CATALDI (S.L.), *Emotion, Depth, and Flesh: A Study of Sensitive Space. Reflections on Merleau-Ponty's Philosophy of Embodiment*, State U. of N.Y. P., Albany, 1993.

CHARLIER-DAGRAS (M.-D.), *La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne. Pluralisme et Convergences*, LOCHAK (D.) (préf.), L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2002.

CHIBA (M.), *Legal Pluralism: Toward a General Theory through Japanese Legal Culture*, Tokai U.P., Tokyo, 1989.

CHOW (R.), *The Protestant Ethnic and the Spirit of Capitalism*, Columbia U.P., New York, 2002.

CLAM (J.), *Droit et Société chez Niklas Luhmann. La contingence des normes*, P.U.F., coll. Droit Éthique Société, Paris, 1997.

COBB (M.), *God Hates Fags: The Rhetorics of Religious Violence*, New York U.P., New York, 2006.

CONKLIN (W. E.), *Images of a constitution*, U. of Toronto P., Toronto, 1989.

CONNOLLY (W. E.),

- *Identity/Difference. Democratic Negotiations of Political Paradox*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 2002.
- *The ethos of pluralization*, U. of Minnesota P., coll. Borderlines, vol. 1, 4^{ème} édition, Minneapolis, 2004.

COOPER (D.), *Governing Out of Order. Space, Law, and the Politics of Belonging*, Rivers Oran P., London and New York, 1998.

CORRIVEAU (P.), *Judging Homosexuals. A History of Gay Persecution in Quebec and France*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2011.

Bibliographie générale

- COSTA (D.),** *Les fictions juridiques en droit administratif*, PICARD (É.) (préf.), t. 210, L.G.D.J., Bibl. de droit public, Paris, 2000.
- COSSMAN (B.),** *Sexual Citizens. The Legal and Cultural Regulation of Sex and Belonging*, Stanford U.P., Stanford, 2007.
- COTTERRELL (R.),**
- *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Clarendon P., Oxford, 1995.
 - *Law, Culture, and Sociology. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Farnham, 2006.
 - *Living Law: Studies in Law and Social Theory*, Ashgate, Farnham, 2008.
- CRAIG (E.),** *Troubling Sex. Towards a Legal Theory of Sexual Integrity*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2011.
- DAHL (R.A.),** *Democracy and its Critics*, Yale U.P., New Haven and London, 1989.
- DE BÉCHILLON (D.),** *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1997.
- DE GAIL (H.),** *Les États à forme fédérative*, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, Paris, 1901.
- DE LAGASNERIE (G.),** *La dernière leçon de Michel Foucault. Sur le néolibéralisme, la théorie et la politique*, Fayart, coll. à venir, Paris, 2012.
- DE MONTALIVET (P.),** *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, Paris, 2006.
- DEAN (M.),** *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, Sage, 2^{ème} édition, London, 2010.
- DELMAS-MARTY (M.),** *Les forces imaginantes du droit (II). Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2011.
- DEBBASCH (R.),** *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République. Essai d'Histoire Politique*, DEBRÉ (M.) (préf.), Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris et Aix-en-Provence, 1988.
- DESWARTE (M.-P.),** *Essai sur la nature juridique de la République. Constitution, institution ?*, FAVOREU (L.) (préf.), L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2003.
- DICEY (A.C.),** *Introduction to the study of the law of the Constitution*, New York-St Martin's P., London, 1960.
- DUBY (G.),** *Le chevalier, la femme et le prêtre*, Hachette, Pluriel, Paris, 2010.
- DUCLOS (P.),** *L'Être Fédéraliste*, PELLOUX (R.) et BURDEAU (G.) (préf.), L.G.D.J., Paris, 1968.
- DUGGAN (L.),** *The Twilight of Equality ? Neoliberalism, Cultural Politics, and the Attack on Democracy*, Beacon P., Boston, 2004.
- EISENMANN (C.),** *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, KELSEN (H.) (préf.), P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1986.

- EL-ROUAYHEB (K.),** *Before Homosexuality in the Arab-Islamic World, 1500-1800*, Chicago U.P., Chicago, 2005.
- ESAU (A.),** *The Courts and the Colonies. The Litigation of Hutterite Church Disputes*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2004.
- FITZPATRICK (P.),** *The mythology of modern law*, Routledge, London, 2002.
- FOREY (E.),** *État et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, P.U. Strasbourg, coll. Société, Droit et Religion en Europe, Strasbourg, 2007.
- FOULQUIER (N.),** *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit administratif français du XIX^e au XX^e siècle*, Dalloz, coll. Nlle Bibl. de Thèses, vol. 25, Paris, 2003.
- FOURNIÉ (F.),** *Recherches sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice Hauriou*, MAZERES (J.-A.) (préf.), t. 245, L.G.D.J., Paris, 2005.
- FOURNIER (P.),** *Muslim Marriage in Western Courts. Lost in Transplantation*, Ashage, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2010.
- FRIEDRICH (C.),** *La démocratie constitutionnelle*, P.U.F., Bibl. Sc. Pol., Paris, 1958.
- GAILLET (A.),** *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, JOUANJAN (O.) (préf.), Dalloz, coll. Nlle Bibl. de Thèses, vol. 117, Paris, 2012.
- GALSTON (W.A.),** *Liberal Pluralism. The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, Cambridge U.P., Cambridge, 2002.
- GAUDREAULT-DESBIENS (J.-F.),**
- *La liberté d'expression entre l'art et le droit*, Presses de l'Université Laval et Liber, Québec et Montréal, 1996.
 - *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Éditions Liber et Yvon Blais, Montréal, 2001.
 - *Les solitudes du bijuridisme au Canada*, Éditions Thémis, Montréal, 2005.
- GAUDREAULT-DESBIENS (J.-F.) et LABRÈCHE (D.),** *Le contexte social du droit dans le Québec contemporain. L'intelligence culturelle dans la pratique des juristes*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2009.
- GAY (L.),** *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- GEERTZ (C.),** *Savoir local. Savoir global. Les lieux du savoir*, P.U.F., coll. Sociologie d'aujourd'hui, 3^{ème} édition, Paris, 2006.
- GENTILE (P.) and KINSMAN (G.),** *The Canadian War on Queers. National Security as Sexual Regulation*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2010.
- GIRARD (C.),** *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexions sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, PICARD (É.) (préf.), Publ. de la Sorbonne, Paris, 2010.

Bibliographie générale

- GOYARD-FABRE (S.)**, *Essai de critique phénoménologique du droit*, Klincksieck, Paris, 1972.
- GRAMMOND (S.)**, *Aménager la Coexistence. Les peuples autochtones et le droit canadien*, Bruyland et Yvon Blais, Bruxelles et Cowansville, 2003.
- GUTMAN (D.)**, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, TERRÉ (F.) (préf.), L.G.D.J., coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327, Paris, 2000.
- GWYN (R.)**, *Nationalism Without Walls. The Unbearable Lightness of Being Canadian*, McClelland and Stewart, 1995.
- HÄBERLE (P.)**, *L'État Constitutionnel*, Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris et Aix-en-Provence, 2004.
- HALBERSTAM (J.)**,
- *In a Queer Time and Place. Transgender Bodies, Subcultural Lives*, New York U. P., New York and London, 2005.
 - *The Queer Art of Failure*, Duke U.P., London and Durham, 2011.
- HALL (S.)**, *Identités et Cultures. Politiques des Cultural Studies*, Éditions Amsterdam, Paris, 2008.
- HAMRICK (W.)**, *An Existential Phenomenology of Law: Maurice Merleau-Ponty*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987.
- HAYWARD (J.)**, *Fragmented France: Two Centuries of Disputed Identity*, Oxford U.P., Oxford, 2007.
- HEGER (H.)**, *The Men With The Pink Triangle. The True Life-and-Death Story of Homosexuals in the Nazi Death Camps*, Alyson Books, Los Angeles, 1994.
- HELLMAN (D.)**, *When is Discrimination Wrong?*, Harvard U.P., Cambridge and London, 2008.
- HENNETTE-VAUCHEZ (S.)**, *Disposer de soi? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, PICARD (É.) (préf.), L'Harmattan, coll. Logiques Juridiques, Paris, 2004.
- HERMAN (D.)**, *Rights of Passage. Struggles for Gay and Lesbian Legal Equality*, U. of Toronto P., Toronto, 1994.
- HIEBERT (J.L.)**, *Charter Conflicts. What is Parliament's Role?*, McGill-Queen's U.P., Montréal, 2002.
- HIRST (P.Q.)**, *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994.
- HUFFER (L.)**, *Mad for Foucault. Rethinking the Foundations of Queer Theory*, Columbia U.P., New York, 2010.
- HUTCHINSON (A.C.)**, *Waiting for Coraf. A critique of law and rights*, U. of Toronto P., Toronto, 1995.

ISIN (E.F.), *Being Political. Genealogies of Citizenship*, U. of Minnesota P., Minneapolis and London, 2002.

JACKSON (J.), *Living in Arcadia. Homosexuality, politics and morality in France from the Liberation to AIDS*, The U. of Chicago P., Chicago and London, 2009.

JAUME (L.),

- *Le discours Jacobin et la démocratie*, Fayart, Paris, 1989.
- *Les origines philosophiques du libéralisme*, Champs, coll. Essais, Paris, 2010.
- *Qu'est-ce que l'esprit Européen?*, Champs, coll. Essais, Paris, 2010.

JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit*, T. 1, Éditions Panthéon-Assas Paris II, coll. Les Introuvables, Paris, 2004.

JENNINGS (W.I.), *The Law and the Constitution*, U. of London P., 3^{ème} édition, London, 1948.

JONES (H.S.), *The French State in Question: Public Law and Political Argument in the Third Republic*, Cambridge U.P., Cambridge, 2002.

JORDAN (M.D.),

- *The Invention of Sodomy in Christian Theology*, Chicago U.P., Chicago, 1997.
- *Recruiting Young Love. How Christians Talk About Homosexuality*, Chicago U.P., Chicago and London, 2011.

JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F. coll. Léviathan, Paris, 2005.

KENDALL (C.N.), *Gay Male Pornography. An Issue of Sex Discrimination*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2004.

KENNEDY (W.P.M.),

- *The Nature of Canadian Federalism*, Toronto U.P., Toronto, 1921.
- *Theories of Law and the Constitutional Law of the British Empire*, Can. Bar Assoc., Québec, 1929.
- *Some Aspects of the Theories and Workings of Constitutional Law*, MacMillan, New York, 1932.

KERVÉGAN (J.-F.),

- *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, P.U.F., Quadrige, Paris, 2005.
- *Que faire de Carl Schmitt?*, Gallimard, coll. tel, Paris, 2011.

KINSMAN (G.) and GENTILE (P.), *The Canadian War on Queers. National Security as Sexual Regulation*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2010.

KOSOVSKY-SEDGWICK (E.), *Épistémologie du placard*, Éditions Amsterdam, Paris, 2008.

KRIEGEL (B.),

Bibliographie générale

- *Philosophie de la République*, Plon, Paris, 1998.
- *État de droit ou empire ?*, Bayard, coll. Le temps d'une question, Paris, 2002.

KRISTEVA (J.), *Powers of Horror. An essay on Abjection*, Columbia U.P., New York, 1982.

KYMLICKA (W.),

- *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, Boréal, Montréal, 2001.
- *La voie Canadienne. Repenser le multiculturalisme*, Boréal, Montréal, 2003.

LE BLANC (G.), *Dedans, dehors. La condition d'étranger*, Seuil, La couleur des idées, Paris, 2010.

LA SELVA (S.V.), *The Moral Foundations of Canadian Federalism. Paradoxes, Achievements, and Tragedies of Nationhood*, McGill – Queen's U.P., Montréal, 1996.

LABORDE (C.),

- *Pluralist Thought and the State in Britain and France, 1900-25*, Macmillan, London, 2000.
- *Critical Republicanism. The Hijab Controversy and political philosophy*, Oxford U.P., Oxford, 2008.

LAHEY (K.A.), *Are We 'Persons' Yet? Law and Sexuality in Canada*, U. of Toronto P., Toronto, 1999.

LAJOIE (A.),

- *Jugements de Valeurs*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 1997.
- *Quand les minorités font la loi*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 2002.

LAMBERT (E.), *Les effets des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

LAMONTAGNE (M.), *Le fédéralisme canadien. Évolutions et problèmes*, Les Presses Universitaires Laval, Québec, 1954.

LENOBLE (J.) et OST (F.), *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, P.U. S.-L., Bruxelles, 1980.

LEVY (J.), *The Multiculturalism of Fear*, Oxford U.P., Oxford, 2000.

LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, MAZÈRES (J.-A.) (préf.), t. 176, L.G.D.J., Paris, 1997.

LOCHAK (D.), *Le droit et les paradoxes de l'universalité*, P.U.F., coll. Les Voies du Droit, Paris, 2011.

LYONS (J.), *Islam Through Western Eyes. From the Crusades to the War on Terrorism*, Columbia U.P., New York, 2012.

- MACDOUGALL (B.)**, *Queer Judgments: Homosexuality, Expression and the Courts in Canada*, U. of Toronto P., Toronto, 2000.
- MACLURE (J.) et TAYLOR (C.)**, *Laïcité et liberté de conscience*, Boréal, Montréal, 2010.
- MAHMOOD (S.)**, *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject*, Princeton U.P., 2^{ème} édition, Princeton and Oxford, 2012.
- MAIRET (G.)**, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Folio, coll. Essais, Paris, 1997.
- MAULIN (É.)**, *La théorie générale de l'État de Carré de Malberg*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 2003.
- MCCAFFREY (E.)**, *The Gay Republic. Sexuality, Citizenship and Subversion in France*, Ashgate, Farnham, 2005.
- MCCORMICK (N.)**, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 1996, pp. 277-280.
- MCLEOD (D.W.)**, *Lesbian and Gay Liberation in Canada : A Selected Anoted Chronology (1964-1975)*, ECW Press/Homewood Books, Toronto, 1996.
- MEINDL (T.)**, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, ROUSSEAU (D.) (préf.), L.G.D.J., coll. Bibl. Clle et de Sc. P., Paris, 2003.
- MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.)**, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, VEDEL (G.) (préf.), P.U. A.-M., Economica, Collection droit public positif, Paris et Aix-en-Provence, 1997.
- MICHAELSON (J.)**, *God vs. Gay? The Religious Case for Equality*, Beacon P., Boston, 2011.
- MICHON-TRAVERSAC (A.-S.)**, *La citoyenneté en droit public français*, DRAGO (G.) (préf.), GICQUEL (J.) (avant-propos), L.G.D.J., coll. Varenne, Paris, 2009.
- MINOW (M.)**, *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion, and American Law*, Cornell U.P., Ithaca, 1990.
- MOGI (S.)**, *The problem of Federalism. A Study in the History of Political Theory*, LASKI (H.J.) (pref.), George Allen & Unwin Ltd, London, 1931.
- MOHR (R.D.)**, *Gays / Justice. A Study of Ethics, Society, and Law*, Columbia U.P., New York, 1988.
- MONÉRA (F.)**, *L'idée de République et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ASSO (B.) (préf.), ROBERT (J.) (avant-propos), L.G.D.J., coll. Bibl. Clle et de Sc. P., T. 117, Paris, 2004.
- MORIN (A.)**, *Le droit à l'égalité au Canada*, LexisNexis, Montréal, 2008.
- MORIN (M.)**, *L'usurpation de la souveraineté autochtone. Le cas des peuples de la Nouvelle-France et des colonies anglaises de l'Amérique du Nord*, Boréal, Montréal, 1997.

- MORRIS (D.)**, *The Sense of Space*, State U. of N.Y. P., Albany, 2004.
- MOUFFE (C.)**, *The Return of the Political*, Verso, coll. Radical Thinkers, London, 2005.
- MRÉJEN (A.)**, *La figure de l'homme. Hannah Arendt et Emmanuel Lévinas*, Éd. du Palio, coll. Courants de Pensée, Paris, 2012.
- MUNIZ-FRATICELLI (V.M.)**, *The Structure of Pluralism*, Oxford U.P., Oxford, 2014.
- NATHAN (C.N.)**, *The Changing Face of Religion and Human Rights. A Personal Reflection*, Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- NOONAN Jr. (J.T.)**, *Persons and Masks of the Law. Cardozo, Holmes, Jefferson, and Whyte as Makers of Masks*, U. of California P., Berkeley, 2002.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.)**,
- *Jalons pour une théorie critique du droit*, P.U. S.-L., Bruxelles, 1987.
 - *Le système juridique entre ordre et désordre*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 1988.
- OZOUF (M.)**, *L'École de la France. Essais sur la Révolution, l'utopie et l'enseignement*, Gallimard, Paris, 1984.
- PIERCESON (J.)**, *Courts, Liberalism, and Rights. Gay Law and Politics in the United States and Canada*, Temple U.P., Philadelphia, 2005.
- PLATON (S.)**, *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, GAUTRON (J.-C.) (préf.), L.G.D.J., coll. Varenne, Paris, 2008.
- PONTHOREAU (M.-C.)**, *La reconnaissance des droits non-écrits par les Cours constitutionnelles italienne et française. Essai sur le pouvoir créateur du juge constitutionnel*, PIZZORUSSO (A.) (préf.), Economica, P.U.A.-M., Coll. Droit Public Positif, Paris et Aix-en-Provence, 1994.
- POSTORELLO (T.)**, *Sodome à Paris. Fin XVIIIème-milieu XIXème siècle : L'homosexualité masculine en construction*, Creaphis Éditions, Paris, 2011.
- PRÉMONT (M.-C.)**, *Tropismes du droit. Logique métonymique et logique métaphorique du langage juridique*, Thémis, Liber, Montréal, 2003.
- PUAR (J.K.)**, *Terrorist Assemblages. Homonationalism in Queer Times*, Duke U.P., Durham and London, 2007.
- RAYNAUD (J.)**, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, GARAUD (É.) (préf.), P.U.A.-M., Paris et Aix-en-Provence, 2003.
- RAZ (J.)**, *The Morality of Freedom*, Clarendon P., Oxford, 1986.
- RINGELHEIM (J.)**, *Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. U.C.L., Bruxelles, 2006.
- ROCHER (G.)**, *Études de Sociologie du Droit et de l'Éthique*, Thémis, Montréal, 1996.

- ROMANO (S.)**, *L'ordre juridique*, Dalloz-Sirey, Paris, 2002.
- ROSE (N.)**, *Powers of Freedom. Reframing Political Thought*, Cambridge U.P., Cambridge, 1999.
- ROSENFELD (M.)**, *The Identity of the Constitutional Subject. Selfhood, Citizenship, Culture, and Community*, Routledge, New York, 2010.
- ROULAND (N.)**, *L'État français et le pluralisme. Histoire politique des institutions publiques de 476 à 1792*, Éditions Odile Jacob, Paris, 1995.
- RUBIN (G.)**, *Surveiller et Jouir. Anthropologie politique du sexe*, Éditions Epel, Paris, 2010.
- RUBIN (G.S.) et BUTLER (J.)**, *Marché au sexe*, Éditions Epel, Paris, 2001.
- RUNCIMAN (D.)**, *Pluralism and the personality of the State*, Cambridge U.P., Cambridge, 1997.
- SAID (E.W.)**, *L'Orientalisme. L'Orient créé par l'Occident*, Seuil, coll. La Couleur des idées, Paris, 2005.
- SAYWELL (J. T.)**, *The lawmakers. Judicial power and the shaping of Canadian Federalism*, The Osgoode Society, U. of Toronto P., Toronto, 2002.
- SCARPELLI (U.)**, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Bruylant/L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Paris, 1996.
- SCHMITT (C.)**,
- *Théologie Politique (1922-1968)*, Gallimard, nrf, Paris, 1969.
 - *Parlementarisme et Démocratie*, Seuil, Paris, 1988.
 - *Le nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 2001.
 - *Théorie du partisan. La notion de politique*, Flammarion/Champs, Paris, 2009.
- SCHMITZ (J.)**, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, MAZÈRES (J.-A.) (préf.), L'Harmattan, Paris, 2013.
- SCHNAPPER (D.)**, *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de Nation*, Folio, coll. Essais, Paris, 2003.
- SCOTT (F. R.)**, *Essays on the Constitution. Aspects of Canadian law and politics*, U. of Toronto P., Toronto and Buffalo, 1977.
- SCOTT (J.W.)**,
- *Only Paradoxes to Offer. French Feminists and the Rights of Man*, Harvard U.P., Cambridge and London, 1996.
 - *The Politics of the Veil*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2007.
 - *Théorie critique de l'histoire. Identités, expériences, politiques*, Fayard, coll. à venir, Paris, 2009.
 - *The Fantasy of Feminist History*, Duke U.P., coll. Next Wave Provocations, Durham and London, 2011.

Bibliographie générale

SEHELLART (M.), *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Seuil, coll. Des Travaux, Paris, 1995.

SHACHAR (A.), *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge U.P., Cambridge, 2001.

SIMMONS (H.P.), *Human Rights Law and the Marginalized Other*, Cambridge U.P., Cambridge, 2011.

SIRAJ al-HAQQ KUGLE (S.), *Homosexuality in Islam. Critical Reflection on Gay, Lesbian, and Transgender Muslims*, Oneworld, Oxford, 2010.

SMITH (M.), *Lesbian and Gay Rights in Canada. Social Movements and Equality-seeking 1971-1995*, U. of Toronto P., Toronto, 1999.

SPINNER-HALEV (J.), *Surviving Diversity. Religion and Democratic Citizenship*, The Johns Hopkins U.P., Baltimore, 2000.

SPIVAK (G.C.), *Les subalternes peuvent-elles parler ?*, Éditions Amsterdam, Paris, 2006.

STEVENSON (G.),

- *Ex Uno Plures. Federal-Provincial relations in Canada (1867-1896)*, McGill-Queen's U. P., Montréal, 1993.
- *Unfulfilled Union. Canadian Federalism and Unity*, McGill-Queen's U.P., 5^{ème} édition, Montréal, 2009.

SZYMCZAK (D.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Juge Constitutionnel National*, Bruylant, coll. des « Publications de l'Institut International des droits de l'homme » n°7, Bruxelles, 2007.

TAMAHANA (B.Z.), *Realistic Socio-Legal Theory. Pragmatism and a Social Theory of Law*, Clarendon P., Oxford, 1997.

TAWIL (E.), *Norme religieuse et droit français*, VENTURA (M.) (préf.), P.U.A.-M., coll. Droit et Religion, Paris et Aix-en-Provence, 2001.

TAYLOR (C.),

- *Les sources du moi. La formation de l'identité moderne*, Boréal, Compact, Montréal, 2003
- *Multiculturalisme. Différence et démocratie*, Champs, Essais, Paris, 2009.

TIERNEY (S.), *Constitutional Law and National Pluralism*, Oxford U.P., Oxford, 2006.

TIMSIT (G.), *Thèmes et systèmes de droit*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 1986.

TRAKMAN (L.E.), *Reasoning with the Charter*, Butterworths, Toronto, 1991.

TROPER (M.),

- *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, L.G.D.J., 2^{ème} édition, Paris, 1980.
- *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994.

TULLY (J.), *Une étrange multiplicité. Le constitutionnalisme à une époque de diversité*, Les Presses de l'Université de Bordeaux – Laval, Bordeaux, 1999.

VALVERDE (M.), *Law's Dream of Common Knowledge*, Princeton U.P., Princeton, 2003.

VIMBERT (C.), *La jurisprudence française et la « tradition républicaine »*, L'Harmattan, Paris, 2014.

VIOLA (A.), *La notion de République dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, ROUSSILLON (préf.), t. 105, L.G.D.J., Paris, 2002.

WEBBER (J.), *Reimagining Canada. Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution*, McGill – Queen's U.P., Montréal, 1991.

WESTON (K.), *Families We Choose. Lesbians, Gays, Kinship*, Columbia U.P., 2^{ème} édition, New York, 1997.

WHEARE (K. C.),

- *The Statute of Westminster and Dominion Status*, Oxford U.P., 3^{ème} édition, Oxford, 1947.
- *Modern Constitutions*, Oxford U.P., Oxford, 1951.
- *Modern Constitutions*, Oxford U.P., Oxford, 1964.
- *Federal government*, New York U. P., 4^{ème} édition, New York, 1964.

WITTIG (M.), *La pensée straight*, Éditions Amsterdam, Paris, 2007.

III. Ouvrages collectifs

La compétence, Association Française pour la Recherche en Droit Administratif, Lexis Nexis/Litec, coll. Colloques et Débats, Paris, 2008.

La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968, Pédone, Paris, 1969.

La souveraineté aujourd'hui, A.T.D.C., Centre de Publication Universitaire, Tunis, 1996.

Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Dalloz-Sirey, Paris, 2009.

Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, Paris, 2007

Les droits publics subjectifs des administrés, Association Française pour la Recherche en Droit Administratif, Lexis Nexis/Litec, coll. Colloques et Débats, Paris, 2011.

Mélanges Carré de Malberg, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933.

Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, Librairies Dalloz et Sirey, t.1, Paris, 1961.

AHDAR (R.) and ARONEY (N.) (eds.), *Shari'a in the West*, Oxford U.P., Oxford, 2009.

Bibliographie générale

- AHMED (S.) and STACEY (J.) (eds.)**, *Thinking Through the Skin*, Routledge, coll. Transformations, London, 2001.
- ALVAREZ-PEREYRE (F.) et PANAFIT (L.) (dir.)**, *Le droit interne Hébraïque*, P.U. de Strasbourg, Strasbourg, 2004.
- AMSELEK (P.) (dir.)**, *Théorie du droit et science*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994.
- ASAD (T.), BROWN (W.), BUTLER (J.), MAHMOOD (S.) (eds.)**, *Is Critique Secular? Blasphemy, Injury and Free Speech*, U. of California P., The Townsend Papers in the Humanities No. 2, Berkeley, 2009.
- BAKVIS (H.), BAIER (G.), BROWN (D.) (eds.)**, *Contested Federalism. Certainty and Ambiguity in the Canadian Federation*, Oxford U. P., Oxford, 2009.
- BARUCH (M.O.) et DUCLERT (V.) (dir.)**, *Serviteurs de l'État*, La découverte, Paris, 2000.
- BEAUDOIN (G.-A.) and MENDES (E.) (eds.)**, *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Lexis Nexis, Butterworths, Toronto, 2005.
- BECK (J. M.) (ed.)**, *The Shaping of Canadian Federalism: Central Authority or Provincial Right? Issues in Canadian History*, The Copp Clark Publishing Company, Toronto, 1971.
- BELLEY (J.-G.) (dir.)**, *Le Droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, n°16, Paris, 1996.
- BERGEL (J.L.) (dir.)**, *Le Plurijuridisme*, L.G.D.J., P.U.A.-M., Paris et Aix-en-Provence, 2005.
- BOISNEAU (J.) (dir.)**, *Personne et Res Publica*, L'Harmattan, Paris, 2008.
- BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.)**, *Queer Religions. Vol. I: Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012.
- BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.)**, *Queer Religions. Vol. II: LGBT Movements and Queering Religion*, Praeger, Santa Barbara, 2012.
- BORILLO (D.) et LOCHAK (D.) (dir.)**, *La liberté sexuelle*, P.U.F., Paris, 2005.
- BOTTINI (E.), BRUNET (P.) et ZEVOUNOU (L.) (dir.)**, *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2014.
- BROWN (W.) and HALLEY (J.) (eds.)**, *Left Legalism / Left Critique*, Duke U.P., Durham and London, 2002.
- BURGESS (M.) and GAGNON (A.-G.) (eds.)**, *Comparative Federalism and Federation. Competing Traditions and Future Directions*, U. of Toronto P., Toronto, 1993.
- CAIRNS (A.C.) and WILLIAMS (C.) (eds.)**, *Constitutionalism, Citizenship and Society in Canada*, U. of Toronto P., Toronto, 1983.
- CARR (D.) and CHEUNG (C.-F.) (eds.)**, *Space, Time, and Culture*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2004.

- CORKER (M.) and SHAKESPEARE (T.) (eds.)**, *Disability/Postmodernity. Embodying Disability Theory*, Continuum, London, 2002.
- COUTU (M.), BOSSET (P.), GENDREAU (C.), VILLENEUVE (D.) (dir.)**, *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Éditions Thémis, Montréal, 1999.
- DE BÉCHILLON (D.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), BRUNET (P.), MILLARD (É.) (dir.)**, *L'Architecture du Droit: Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006.
- DOBNER (P.) and LOUGHLIN (M.) (eds.)**, *The Twilight of Constitutionnalism ?*, Oxford U.P., Oxford, 2010.
- DUBOUT (E.) et TOUZÉ (S.) (dir.)**, *Les droits fondamentaux: charnières entres ordres et systèmes juridiques*, Éditions Pédone, Paris, 2009.
- EISENBERG (A.) (ed.)**, *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2006.
- EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.)**, *Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005.
- FARADAY (F.), DENIKE (M.), STEPHENSON (M.K.) (eds.)**, *Making Equality Rights Real. Securing Substantive Equality Under the Charter*, Irwin Law, Toronto, 2009.
- FOBLETS (M.-C.), GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), DUNDES RENTELM (A.) (eds.)**, *Cultural Diversity and Law. State Responses from Around the World*, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- FONTAINE (L.) (dir.)**, *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007.
- FRÉGOSI (F.) (dir.)**, *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et Monde Arabe*, P.U. de Strasbourg, Strasbourg, 2004.
- GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) (dir.)**, *Le droit, la religion et le 'raisonnable'. Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Éditions Thémis, Montréal, 2009.
- GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.)**, *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant et Éditions Yvon Blais, Bruxelles, 2005.
- GENDREAU (I.) (ed.)**, *La doctrine et le développement du droit/Developing law with doctrine*, Éditions Thémis, Montréal, 2005.
- GOLDSWORTHY (J.) (ed.)**, *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford U.P., Oxford, 2006.
- GORDON (A.F.) and NEWFIELD (C.) (eds.)**, *Mapping Multiculturalism*, U. of Minnesota P., Minneapolis and London, 1996.
- GRILLO (R.), BALLARD (R.), FERRARI (A.), HOEKEMA (A.), MAUSSEN (M.), SHAH (P.) (eds.)**, *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2009.

Bibliographie générale

- HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.),** *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2009.
- HERRERA (C.-M.) (dir.),** *L'actualité de Kelsen en France*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Paris, 2001.
- HIRST (P.Q.) (ed.),** *The Pluralist Theory of the State. Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, London and New York, 2005.
- IVISON (D.), PATTON (P.), SANDERS (W.) (eds.),** *Political Theory and the Rights of Indigenous People*, Cambridge U.P., Cambridge, 2000.
- JAMES (P.), ABELSON (D. E.), LUSZTIG (M.) (eds.),** *The Myth of the Sacred. The Charter, the Courts, and the Politics of the Constitution in Canada*, McGill-Queen's U. P., Montréal, 2002.
- JOERGES (C.), SAND (I.-J.), TEUBNER (G.) (eds.),** *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, coll. International Studies in the Theory of Private Law, Portland, 2004.
- JOHNSON (G.A.) and SMITH (M.B.) (eds.),** *Ontology and Alterity in Merleau-Ponty*, Northwestern U.P., Evanston, 1990.
- KERNERMAN (G.) and RESNICK (P.) (eds.),** *Insiders and Outsiders. Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2004.
- KNOP (K.), OSTRY (S.), SIMEON (R.), SWINTON (K.) (eds.),** *Rethinking Federalism: Citizens, Markets, and Governments in a Changing World*, U. of British-Columbia P., Vancouver, 1995.
- KOUBI (G.) (dir.),** *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, P.U.F., Paris, 1996.
- LABORDE (C.) and MAYNOR (J.) (eds.),** *Republicanism and Political Theory*, Blackwells, Oxford, 2008.
- LADEN (A.S.) and OWEN (D.) (eds.),** *Multiculturalism and Political Theory*, Cambridge U.P., Cambridge, 2007.
- LEGRAND (P.) (dir.),** *Comparer les droits, résolument*, P.U.F., coll. Les voies du droit, Paris, 2009.
- LE POURHIET (A.-M.) (dir.),** *Liberté et égalité locale*, Economica, P.U.A.-M., Paris et Aix-en-Provence, 1999.
- LEVERD (S.) (dir.),** *Les nouveaux territoires du droit*, L'Harmattan, Paris, 2013.
- LEVINET (M.) (dir.),** *Pluralisme et Juges Européens des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2010.
- MATHIEU (B.) (dir.),** *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution Française*, Dalloz, Paris, 2008.

- MCLAREN (J.), BUCK (A.R.), WRIGHT (N.E.) (eds.)**, *Despotic Dominion: Property Rights in British Settler Societies*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2005.
- MELLERAY (F.) (dir.)**, *Autour de Duguit*, Bruylant, Bruxelles, 2011.
- MERRICK (J.) and SIBALIS (M.) (eds.)**, *Homosexuality in French History and Culture*, Journal of Homosexuality, n°41:3-4, 2001.
- MOON (R.) (ed.)**, *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008.
- OTIS (G.) (dir.)**,
- *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2004.
 - *Méthodologie du pluralisme juridique*, Karthala, Paris, 2012.
- PEACH (I.), MITCHELL (G.), SMITH (D.), WHITE (J.) (eds.)**, *A Living Tree: The legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, LexisNexis, Markham, 2007.
- RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.)**, *Faith, Politics and Sexual Diversity in Canada and the United States*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2011.
- RODEN (F.S.) (ed.)**, *Jewish/Christian/Queer. Crossroads and Identities*, Ashgate, coll. Queer Interventions, Farnham and Burlington, 2009.
- ROSENBLUM (N.L.) (ed.)**, *Obligation of Citizenship and Demands of Faith. Religious Accommodation in Pluralist Democracies*, Princeton U.P., Princeton, 2000.
- ROSENFELD (M.) and MANCINI (S.) (eds.)**, *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford U.P., Oxford, 2014.
- SHABANI (O.-A.) (ed.)**, *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, U. of Wales P., Cardiff, 2007.
- SUNSTEIN (C.R.) (ed.)**, *Feminism and Political Theory*, The U. of Chicago P., Chicago, 1990.
- TIERNEY (S.) (ed.)**, *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007.
- TOADVINE (T.) (ed.)**, *Merleau-Ponty. Critical Assessments of Leading Philosophers*, Routledge, London, 2006.
- TREMBLAY (L.B.) et WEBBER (G.C.N.) (dir.)**, *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes*, Éditions Thémis, Montréal, 2009.
- VIBERT (S.) (dir.)**, *Pluralisme et Démocratie, entre culture, droit et politique*, Éditions Québec Amérique, C.R.É.Q.C., Montréal, 2007.
- WALKER (N.) (ed.)**, *Sovereignty in Transition*, Hart Publishing, coll. Essays in European Law, Portland, 2006.

- WALLACE (R.J.), PETTIT (P.), SCHEFFLER (S.), SMITH (M.) (eds.)**, *Reason and Value. Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Clarendon P., Oxford, 2004.
- WARNER (M.) (ed.)**, *Fear of a Queer Planet. Queer Politics and Social Theory*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 1993.
- WEBB (L.C.) (ed.)**, *Legal Personality and Political Pluralism*, Melbourne U.P., Melbourne, 1958.
- WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.)**, *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012.
- YOUNÈS (C.) et LE ROY (É.) (dir.)**, *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société?*, Karthala, Paris, 2002.
- KELLERHALS (J.), MANAIÏ (D.), ROTH (R.) (dir.)**, *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur J.-F. Perrin*, Lichtenhan, Genève, 2002.
- LAMBERT (N.C.G.) (ed.)**, *At the Forefront of Duality. Essays in Honour of Michel Bastarache*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2011.
- CORRY (J.A.), MOXON (A.) (eds.)**, *Legal Essays in Honour of Arthur Moxon*, University of Saskatchewan, U. of Toronto P., Toronto, 1953.

IV. Thèses et mémoires

- BOUDOT-RICOEUR (M.)**, *Le refus du pluralisme juridique dans la doctrine française*, Mémoire de DEA, Aix-en-Provence, 1992.
- BRINK (P.A.)**, *The Idea of a Pluralist Politics: Pluralism and Consensus in John Rawls's Political Liberalism*, Doct. Of Phil., Notre Dame, Indiana, 2005.
- DABBY (D.)**, *Triangulation of Rights, Balancing of Interests : Exploring the Tensions between Freedom of Conscience and Freedom of Religion in Comparative Constitutional Law*, LL.M., faculté de droit, Université de Montréal, 2010.
- DÉSY (M.)**, *Culture, autonomie et vulnérabilité : l'accommodement raisonnable comme outil de santé publique*, Ph. D., Philosophie, Université de Montréal, 2007.
- FARGUES (A.)**, *Universalisme républicain, particularismes et évolutions du droit public*, CATTOIR-JOINVILLE (dir.), dactyl., Lille II, déc. 2011.
- FOURNIER (P.)**, *The Canadian Landscape: Universalism, Cultural Relativism, or How and Why difference matters*, LL.M., faculty of law, U. of Toronto, 2000.
- GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.)**, *La critique identitaire, la liberté d'expression, ou, la pensée juridique à l'ère de l'angoisse: un essai critique d'épistémologie de la pensée juridique*, LL.D., faculté de droit, Université d'Ottawa, 1997.

- GIORGI (L.),** *La contribution du pluralisme constitutionnel à la constitutionnalisation de l'Union européenne, plaidoyer pour un nouveau théorique*, Thèse, dactyl., Luxembourg, 2009.
- HICKS (B.M.),** *The Transition to Constitutional Democracy: Judging the Supreme Court on Gay Rights*, M.A., McGill University, 2005.
- IACUB (M.),** *Le corps de la personne : enquête juridique*, LYON-CAHEN (A.) (dir.), dactyl., Droit, E.H.E.S.S., Paris, 1993.
- IDING (L.A.),** *Freedom of Religion vs. Substantive Equality: Value-Based Resolution of Conflicts in the Context of the Ontario Sharia Law Debate*, LL.M., faculty of law, U. of Toronto, 2008.
- KISLOWICZ (H.),** *Freedom of Religion and Canada's Commitment to Multiculturalism : A Critical Analysis of the Rights-Based Approach*, LL.M., faculty of law, U. of Toronto, 2009.
- LAVOREL (S.),** *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, BIAYS (J.-P.) (dir.), dactyl., Grenoble II, 2007.
- LEBEL-GRENIER (S.),** *Pour un pluralisme juridique radical*, Ph.D., faculté de droit, McGill University, 2002.
- LI XIU WOO (G.),** *Ghost Dancing at the Supreme Court of Canada. Indigenous Rights During the First Quarter Century of s.35 of Canada's Constitution Act, 1982*, LL.D., faculté de droit, Université de Montréal, 2007.
- MILLARD (E.),** *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet juridique*, COHENDET (M.-A.) (dir.), dactyl., Lyon III, 1994.
- MORRIS (D.),** *The Sense of Space. An Essay on Spatial Perception and Embodiment in the Spirit of Merleau-Ponty's Phenomenology of Perception*, Ph.D., Philosophy, U. of Toronto, 1997.
- NAPOLEON (V.),** *Ayook : Gitksan Legal Order, Law, and Legal Theory*, D. Ph., faculty of Law, U. of Victoria, 2009.
- NIEMI (H.A.),** *Between cultural rights of minorities and Human Rights of Women: State obligation in the context of delegated jurisdiction*, LL.M., faculty of law, U. of Toronto, 2003.
- PAUL (F.),** *Mariage et divorce : harmonisation des normes civiles et religieuses dans une perspective de droit préventif*, LL.M., faculté de droit, Université de Montréal, 2010.
- PINTO (M.),** *Equality of Cultural Identity*, LL.D., faculty of law, U. of Toronto, 2009.
- SHIPLEY (H.E.),** *The Religious Construction of Sexual Citizenship: The Role of Religious Ideologies in Canadian Law*, Ph.D., Religious Studies, U. of Ottawa, 2009.
- SUGRUE (S.C.),** *The Somatic State: The Dialectic of Law's Morality*, Ph.D., faculty of law, McGill University, 1999.

SUHAS (M.), *L'accommodement raisonnable et la diversité religieuse à l'école publique : Approche comparative Québec-France*, Mémoire de Master 2, Droit Public Fondamental, Université Bordeaux IV, 2008.

YOUNES (C.), *Le Droit et la Différence*, LE ROY (É.) (dir.), dactyl., Paris I, 2004.

V. Documents de travail et rapports

BANTING (K.) et al. (eds.), *The Art of the State, vol. III, Belonging ? Diversity, recognition, and shared citizenship in Canada*, Institut de recherche en politiques publiques, 2007.

BROWN (D. M.) and HIEBERT (J.) (eds.), *Canada: The state of the Federation, 1994*, Institute of Intergovernmental Relations, Toronto, 1994.

BYERS (R. B.) and REFORD (R. W.) (eds.), *Canada Challenged: the Viability of Confederation*, Canadian Institute of International Affairs, Toronto, 1979.

CAIRNS (A.) and WILLIAMS (C.), *Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada*, Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1983.

Conseil de l'Europe, Division de la Recherche, *Les droits culturels dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, 2011, disponible en ligne : www.echr.coe.int (Jurisprudence / Analyse jurisprudentielle / Rapports de recherche sur la jurisprudence de la Cour).

Ontario Human Rights Commission, *L'Ombre de la loi : Survol de la Jurisprudence relative à la Conciliation des droits contradictoires* (en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/lombre-de-la-loi-survol-de-la-jurisprudence-relative-%C3%A0-la-conciliation-de-droits-contradictoires>).

Ontario Human Rights Commission, *Examen de la jurisprudence relative à la croyance*, (en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/fr/examen-de-la-jurisprudence-relative-%C3%A0-la-croyance>).

Ontario Human Rights Commission, *Policy on Competing Human Rights*, (en ligne : <http://www.ohrc.on.ca/en/policy-competing-human-rights>).

Multiculturalism and the Charter. A Legal Perspective, Canadian Human Rights Foundation, Carswell, Toronto, 1987.

« Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile, » Rapport adopté par l'Assemblée plénière du Conseil d'État le 25 mars 2010, Section du rapport et des études.

Rapport d'information au nom de la « mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, » déposé devant l'Assemblée Nationale le 26 janvier 2010.

VI. Articles de revues et contributions

A

ABRAMS (K.),

- « Afterword: Critical Strategy and the Judicial Evasion of Difference », *Cornell L. Rev.*, 1999-2000, vol. 85, pp. 1426-1445.
- « Performing Interdependence: Judith Butler and Sunaura Taylor in the Examined Life », *Colum. J. Gender & L.*, 2011, vol. 21, n°2, pp. 72-89.

ADAM (M.-A.), « The Constitution Act, 1982 and the Dilemma of Canadian Duality since 1760 », in PEACH (I.), MITCHELL (G.), SMITH (D.), WHITE (J.) (eds.), *A Living Tree: The legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, LexisNexis, Markham, 2007, pp. 625-648.

AHMED (S.), « A Phenomenology of Whiteness », *Fem. Theory*, 2007, vol. 8, n°2, pp. 149-168.

ALEINIKOFF (T.A.), « Constitutional Law in the Age of Balancing », *Yale L.J.*, 1987, vol. 96, n°5, pp. 943-1005.

ALVAZZI DEL FRATE (P.), « L'institutionnalisme juridique dans la doctrine italienne du XXe siècle : considérations sur l'institutionnalisme de Santi Romano », *R.H.F.D.*, 2012, pp. 389-396.

AMSELEK (P.),

- « L'étonnement devant le droit », *A.P.D.*, 1968, vol.13, pp. 163-183.
- « Éléments pour une définition de la recherche juridique », *A.P.D.*, 1979, vol. 24, pp. 297-305.
- « L'étrangeté ontologique du droit », *Droits. Revue Française de Théorie*, 1990, n°11, pp. 85-92.
- « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz*, 1997, chron. 337, p. 337.
- « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *R.J.T.*, vol. 33, 1999, pp. 185-223.

ANSEUR (Z.), « Le couple laïcité – liberté religieuse : de l'union à la rupture ? Réflexions à partir de l'affaire Ait Ahmad », *R.T.D.H.*, 2001, pp. 77-94.

ASAD (T.), « Free Speech, Blasphemy, and Secular Criticism », in ASAD (T.), BROWN (W.), BUTLER (J.), MAHMOOD (S.) (eds.), *Is Critique Secular ? Blasphemy, Injury and Free Speech*, U. of California P., The Townsend Papers in the Humanities No. 2, Berkeley, 2009, pp. 20-63.

ASCH (M.), « The Judicial Conceptualization of Culture after Delgamuukw and Van der Peet », *Rev. of Const. Stud.*, 2000, vol. 5, no. 2, pp. 119-137

B

BADER (V.), « *Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari'a in Ontario?* », in GRILLO (R.), BALLARD (R.), FERRARI (A.), HOEKEMA (A.), MAUSSEN (M.), SHAH (P.) (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2009, pp. 49-72.

BAINES (B.),

- « Law v. Canada: Formatting Equality », *Const. Forum*, 2000, vol. 11, n°3, pp. 65-73.
- « Is substantive equality a constitutional doctrine? », in GENDREAU (I.) (ed.), *La doctrine et le développement du droit/Developing Law with Doctrine*, Éditions Thémis, Montréal, 2005, pp. 59-101.

BARANGER (D.), « Le 'piège du droit constitutionnel'. I- L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *Jus Politicum*, 2009, vol. III (disponible en ligne).

BARBERIS (M.), « Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2012, pp. 113-141.

BARSH (R.L.) and HENDERSON (J.L.), « The Supreme Court's Van der Peet Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand », *McGill L.J.*, 1997, vol. 42, pp. 993-1009.

BARTON (B.), « 'Abomination' – Life as a Bible Belt Gay », *J. of Hom.*, 2010, vol. 57, n°4, pp. 465-484.

BEAMAN (L.G.),

- « Sexual Orientation and Legal Discourse: Legal Construction of the 'Normal' Family », *Can. J. L. & Soc.*, 1999, vol. 14, n°2, pp. 173-201.
- « Defining Religion: The Promise and the Peril of Legal Interpretation », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 192-216.
- « Overdressed and Underexposed or Underdressed and Overexposed? », *Social Identities*, 2013, vol. 19, no. 6, pp. 723-742.

BEAUD (O.),

- « La notion d'État », *A.P.D.*, 1990, vol. 35, pp. 119-141.
- « Le souverain », *Pouvoirs*, 1993, no. 67, 1993, pp. 33-45.
- « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *R.D.P.*, 1998, no. 1, pp. 83-122.
- « Joseph Barthélémy ou la fin de la doctrine constitutionnelle classique », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2000, no. 32, pp. 89-108.
- « Découvrir un grand juriste : le 'premier' René Capitant (1928-1940) », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2002, no. 35, pp. 163-193.
- « Constitution et constitutionnalisme », in RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadriges, 3^{ème} édition, 2003, pp. 133-142.

- « Constitution et droit constitutionnel », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 257-266.
- « Compétence et souveraineté », in *La compétence*, Association Française pour la Recherche en Droit Administratif, Lexis Nexis/Litec, coll. Colloques et Débats, Paris, 2008, pp. 5-32.
- « L'Histoire du concept de Constitution en France. De la Constitution politique à la Constitution comme statut juridique de l'État », *Jus Politicum*, 2009, vol. III (disponible en ligne).
- « Duguit, l'État et la reconstruction du droit constitutionnel français », in MELLERAY (F.) (dir.), *Autour de Duguit*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 29-55.
- « L'État », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2011, pp. 1-68.
- « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique », *Jus Politicum*, 2013, vol. XI, (disponible en ligne).

BEAUDOIN (G.-A.), « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *McGill L.J.*, 2003, vol. 48, pp. 325-344.

BECKTON (C.F.), « Section 27 and Section 15 of the Charter », in *Multiculturalism and the Charter. A Legal Perspective*, Canadian Human Rights Foundation, Carswell, Vancouver, 1987, pp. 1-13.

BEHIERY (V.), « Bans on Muslim Facial Veiling in Europe and Canada: A Cultural History of Vision Perspective », *Social Identities*, 2013, vol. 19, no. 6, pp. 775-793.

BELDA (B.), « Pluralisme et relativisme des valeurs », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et Juges Européens des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2010, pp. 255-276.

BELL (J.), « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, 1993, vol. 67, pp. 107-116.

BELLEY (J.-G.),

- « Le droit comme terra incognita: conquérir et construire le pluralisme juridique », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, no. 2, pp. 11-14.
- « Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit », in KELLERHALS (J.), MANAÏ (D.), ROTH (R.) (dir.), *Pour un droit pluriel. Études offertes au professeur J.-F. Perrin*, Lichtenhan, Genève, 2002, pp. 135-165.
- « La protection de la dignité humaine dans le pluralisme juridique contemporain », *C.R.D.F.*, 2010, no. 8, pp. 117-134.
- « Le Juge Bastarache et le pluralisme juridique », in LAMBERT (N.C.G.) (ed.), *At the forefront of duality. Essays in Honour of Michel Bastarache*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 2011, pp. 3-38.
- « Le pluralisme comme orthodoxie de la science du droit », *Can. J. of L. & Soc.*, 2011, vol. 26, no. 2, pp. 257-276.

BERGER (B.L.),

- « Law's Religion: Rendering Culture », *Osgoode Hall L.J.*, 2007, vol. 45, no. 2, pp. 277-314.

- « Law's Religion: Rendering Culture », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 264-296.

BERLANT (L.), « '68, or Something », *Critical Inquiry*, 1994, vol. 21, no. 1, pp. 124-155.

BERLANT (L.) and WARNER (M.),

- « What Does Queer Theory Teach Us about X? », *Proceedings of the Modern Language Association*, 1995, vol. 110, pp. 343-349.
- « Sex in Public », *Critical Inquiry*, 1998, vol. 24, no. 2, pp. 547-566.

BERNATCHEZ (S.),

- « L'évolution continue de la Constitution Canadienne par les tribunaux: Arbre vivant ou dialogue? », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2007, vol. 37, pp. 47-86.
- « L'évolution continue de la Constitution Canadienne par les tribunaux: Arbre vivant ou dialogue? », in PEACH (I.), MITCHELL (G.), SMITH (D.), WHITE (J.) (eds.), *A Living Tree: The legacy of 1982 in Canada's Political Evolution*, LexisNexis, Markham, 2007, pp. 411 et suivantes.
- « Quand appliquer les Chartes, c'est hiérarchiser les droits », *Rev. Québ. D. Const.*, 2012, vol. 4, pp. 61-85.

BERSANI (L.),

- « The Gay Outlaw », *Diacritics*, 1994, vol. 24, no. 2-3, pp. 4-18.
- « Sociality and Sexuality », *Critical Inquiry*, 2000, vol. 26, no. 4, pp. 641-656.

BÉRUBÉ (A.), « The History of Gay Bathhouses », *J. of Hom.*, 2003, vol. 44, no. 3-4, pp. 33-53.

BHABHA (F.), « Between Exclusion and Assimilation: Experimentalizing Multiculturalism », *McGill L.J.*, vol. 54, 2009, pp. 45-90.

BIGOT (G.), « Henri Berthélemy ou la tradition du libéral-étatisme », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2009, pp. 199-213.

BILGE (S.) et ROY (O.), « La discrimination intersectionnelle : La naissance et le développement d'un concept et les paradoxes de sa mise en application en droit antidiscriminatoire », *Can. J. of L. & Soc.*, vol. 25, no. 1, 2010, pp. 51-74.

BISSONNETTE (B.),

- « Introduction : le conflit constitutionnel », in BISSONNETTE (B.), *Essais sur la Constitution du Canada*, BEAUDOIN (L.) (préf.), Les Éd. du Jour, Montréal, 1963, p. XIV.
- « L'Acte de l'Amérique du Nord Britannique », in BISSONNETTE (B.), *Essais sur la Constitution du Canada*, BEAUDOIN (L.) (préf.), Les Éd. du Jour, Montréal, 1963, p. 46.
- « Origines de nos lois politiques », in BISSONNETTE (B.), *Essais sur la Constitution du Canada*, BEAUDOIN (L.) (préf.), Les Éd. du Jour, Montréal, 1963, p. 24.

BIZEAU (J.-P.), « Pluralisme et Démocratie », *R.D.P.*, 1993, pp. 513-542.

BLACHE (P.), « Le droit à l'égalité : interface entre droits individuels et droits collectifs », *Can. Bar Rev.*, 2000, vol. 79, no. 2, pp. 1-26.

BLANC (N.),

- « Pluralisme identitaire et gouvernance autochtone : le Nunavut, un modèle ? », *Éthique Publique*, 2012, vol. 14, no. 1, pp. 105-140.
- « Image(s) et Constitution(s). Un regard français sur le savoir constitutionnel canadien », *Essais*, 2012, vol. 1, no. 1, pp. 82-105.
- « Le recours à l'interdisciplinarité doit-il être normatif ? Recherche sur la notion de contextes épistémologiques », in BOTTINI (E.), BRUNET (P.) et ZEVOUNOU (L.) (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Presses Universitaires de Paris Ouest, Paris, 2014, pp. 53-78.
- « Living on the Edge of Queer Theory and Canada's Uncanny Pluralism: Queer Religious Bodies as Constitutional Strangers », *Global Jurist*, 2014, DOI 10.1515/gj-2014-0007, 28 pages.

BOBBIO (N.),

- « Sur le Positivisme Juridique », in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Librairies Dalloz et Sirey, t.1, Paris, 1961, pp. 53-74, reproduit in BOBBIO (N.), *Essais de théorie du droit*, L.G.D.J., Bruylant, Paris, 2000, p. 26.
- « Pour un lexique de théorie générale du droit », in BOBBIO (N.), *Essais de Théorie du droit*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 1998, pp. 56-64
- « Être et devoir être dans la science du droit », in BOBBIO (N.), *Essais de Théorie du droit*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 1998, pp. 185-206.
- « Perelman et Kelsen », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2001, no. 33, pp. 165-180

BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.), « Introducing Queer Religion », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *Queer Religions. Vol. 1. Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012, pp. IX-XIX.

BONNARD (R.), « La conception juridique de l'État », *R.D.P.*, 1922, pp. 5-62.

BORROWS (J.),

- « With or Without You: First Nations Law (in Canada) », *McGill L.J.*, 1996, vol. 41, pp. 629-665.
- « Indigenous Legal traditions in Canada », *J. of L. & Pol.*, 2005, vol. 19, pp. 167-223.

BOSNIAK (L.), « Citizenship Denationalized », *Ind. J. of Gl. L. Stud.*, 2000, vol. 7, no. 2, pp. 447-509.

BOUCHARD (G.), « Qu'est-ce que l'interculturalisme ? », *McGill L.J.*, 2011, vol. 56, no. 1 pp. 395-433.

BOUDON (J.), « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2009, pp. 263-279.

BRÉCHOT (X.), « La constitutionnalité du mariage pour tous en question », *J.C.P. G.*, no. 51 du 17décembre 2012, doct. 1388.

BRETON (R.), « Le multiculturalisme et le développement national au Canada », in CAIRNS (A.) and WILLIAMS (C.), *Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada*, Commission Royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1983, p. 31.

BROUILLET (E.),

- « The Federal principle and the 2005 Balance of Powers in Canada », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2006, vol. 34, no. 2, pp. 307-333.
- « Le principe fédératif et l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour Suprême du Canada », *Rev. B. de D. Const.*, 2007, no. 1, pp. 39-60.

BROWN (D.M.),

- « Freedom From of Freedom For?: Religion as a Case Study in Defining the Content of Charter Rights », *U.B.C. L.Rev.*, 1999-2000, vol. 33, no. 3, pp. 551-615.
- « Reconciling Equality and Other Rights: Paradigm Lost? », *N.J.C.L.*, 2004, vol. 15, pp. 1-33.

BROWN (W.),

- « At the Edge: The future of Political Theory », in BROWN (W.), *Edgework. Critical Essays on Knowledge and Politics*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2005, pp. 60-82.
- « Freedom's Silences », in BROWN (W.), *Edgework. Critical Essays on Knowledge and Politics*, Princeton U.P., Princeton and Oxford, 2005, pp. 83-97.
- « Neo-Liberalism and the End of Liberal Democracy », *Theory and Event*, 2003, vol. 7, no. 1, (disponible en ligne).
- « Power after Foucault », in DRYZEK (J.S.), HONIG (B.), PHILLIPS (A.) (eds.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 65-84.
- « Suffering the Paradoxes of Rights », in BROWN (W.) and HALLEY (J.) (eds.), *Left Legalism / Left Critique*, Duke U.P., Durham and London, 2002, pp. 420-434.

BRUDNER (A.), « The Liberal Duty to Recognize Cultures », *Rev. of Const. Stud.*, 2003, vol. 8, no. 2, pp. 129-168.

BRUGÈRE (F.), « Le Féminisme et le Libéralisme. En marge des Lumières », *Esprit*, 2009, vol. 8, pp. 171-188.

BRUNET (P.),

- « Michel Troper et la « théorie » générale de l'État. État général d'une théorie », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2003, no. 37, pp. 87-109.
- « Le concept de République dans le droit public français », disponible sur <http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00323341>, 25 pages.

BRUNET (P.), **CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**, **HENNETTE-VAUCHEZ (S.)**, **MILLARD (É.)**, « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », 20 mars 2013, raison-publique.fr.

BURGESS (M.), « Federalism and Federation: a Reappraisal », in BURGESS (M.) and GAGNON (A.-G.) (eds.), *Comparative Federalism and Federation. Competing Traditions and Future Directions*, U. of Toronto P., Toronto, 1993, pp. 3-14.

BUSBY (K.), « The Queer Sensitive Intervenors in the Little Sisters Case: A Response to Dr. Kendall », *J. of Hom.*, 2004, vol. 47, no. 3-4, pp. 129-150.

BUTLER (J.),

- « Critically Queer », *G.L.Q.*, 1993, vol. 1, pp. 17-32.
- « Is Kinship always already heterosexual ? », in BROWN (W.) and HALLEY (J.) (eds.), *Left Legalism / Left Critique*, Duke U.P., Durham and London, 2002, pp. 229-258.
- « The Sensibility of Critique: Response to Asad and Mahmood », in ASAD (T.), BROWN (W.), BUTLER (J.), MAHMOOD (S.) (eds.), *Is Critique Secular ? Blasphemy, Injury and Free Speech*, U. of California P., The Townsend Papers in the Humanities No. 2, Berkeley, 2009, pp. 101-136.

C

CAIRNS (A.C.), « Why is it so difficult to talk to each other? », *McGill L.J.*, 1997, vol. 42, no. 1, pp. 63-90.

CANDIDE (L.), « Le sexe, le mariage, la filiation et les principes supérieurs du droit français », *Gaz. Pal.*, 4 Octobre 2012, no. 278, p. 7.

CARBADO (D.W.), « Black Rights, Gay Rights, Civil Rights », *U.C.L.A. L. Rev.*, 2000, vol. 47, pp. 1467-1519.

CARTER (M.), « An analysis of the 'No Hierarchy of Constitutional Rights' Doctrine », *Rev. of Const. Stud.*, 2006, vol. 12, no. 1, pp. 19-61.

CAYLA (O.), « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahit par la sincérité des circulaires ? », *Recueil Dalloz*, 2011, p. 1166.

CHAMBERS (S.), « Pierre Elliott Trudeau and Bill C-150: A Rational Approach to Homosexual Acts, 1968-69 », *J. of Hom.*, 2010, vol. 57, no. 2, pp. 249-266.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.),

- « La théorie générale de l'État est aussi une théorie des libertés fondamentales », *Jus Politicum*, 2012, vol. VIII, (disponible en ligne).
- « Les grandes lois de la République (édito) », *Rev. D. H.*, juin 2013, no. 3, (disponible en ligne).

CHARRETTE (F.), « Des usages intempestifs de l'expression 'droits collectifs' », *C. de D.*, 1997, vol. 38, no. 3, pp. 691-711.

CHARTIER (C.), « Indian: An Analysis of the Term as Used in Section 91(24) of the *British North America Act, 1867* », *Sask. L. Rev.*, 1978-1979, vol. 43, pp. 37-80.

CHEMLA (D.), « Conseil constitutionnel et mariage gay : service minimum. (Note sous Conseil constit., 28 janvier 2011, n°2010-92 QPC) », *Gaz. Pal.*, 6-7 avril 2011, Jurisprudence, pp. 870-872.

CHEVALLIER (J.),

- « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, vol. 50, pp. 103-119.
- « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'Architecture du Droit, Mélanges Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 281-297.

CHEVRIER (M.),

- « Federalism in Canada: A World of Competing Definitions and Views », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 108-127.
- « Trois visions de la Constitution et du constitutionnalisme contemporain », *Rev. Québ. D. Const.*, 2008, vol. 2, pp. 72-129.

CHOUDHRY (S.),

- « So What is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian Charter's Section 1 », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2006, vol. 34, pp. 501-535
- « Does the World need more Canada?: The politics of the Canadian Model in Constitutional Politics and Political Theory », *I-CON*, 2007, vol. 5, pp. 606-638.
- « Rights Adjudication in a Plurinational State: the Supreme Court of Canada, Freedom of Religion, and the Politics of Reasonable Accommodation », *Osgoode Hall L.J.*, 2013, vol. 50, pp. 575-608.

CHOUDHRY (S.) and HOWSE (R.), « Constitutional Theory and the Quebec Secession Reference », *Can. J. of L. & J.*, 2000, vol. 13, no. 2, pp. 143-169.

CHRESTIA (P.), « La Burqa est incompatible avec la nationalité française », *A.J.D.A.*, 2008, p. 2013.

COBB (M.L.), « Pulpitic Publicity: James Baldwin and the Queer Uses of Religious Worlds », *G.L.Q.*, 2001, vol. 7, no. 2, pp. 285-312.

COHEN (M.S.), « The Biblical Prohibition of Homosexual Intercourse », *J. of Hom.*, 1990, vol. 19, no. 4, pp. 3-20.

COHENDET (M.-A.), « Synthèse et conclusion. Pluralisme et Démocratie », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 371-396.

COLE (G.D.H.), « Democracy and Representation », in HIRST (P.Q.), *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994, pp. 83-92.

COMANDUCCI (P.), « Épistémologie », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2012, pp. 7-37.

COOPER (A.), « No Longer Invisible: Gay and Lesbian Jews Build a Movement », *J. of Hom.*, 1989, vol. 18, no. 3-4, pp. 83-94.

COOPER (D.), « ‘And You cant’ find it nowhere’: Relocating Identity and Structure within Equality Jurisprudence », *J. of L. & Soc.*, 2000, vol. 27, no. 2, pp. 249-272.

CORRIVEAU (P.),

- « Discours religieux et médical au cœur du processus de légitimation du droit pénal. La gestion des mœurs homoérotiques au Québec (1892-1969) », *Champ Pénal/ Penal Field*, 2007, vol. IV (disponible en ligne).
- « L'évolution de la gestion juridique des individus aux mœurs homoérotiques au Québec : l'influence des discours dominants », *Bull. Hist. Pol.*, 2008, vol. 16, no. 3, pp. 33-42.

COSSMAN (B.),

- « Turning the Gaze back on itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project », *Utah L. Rev.*, 1997, no. 2, pp. 525-544.
- « Disciplining the Unruly: Sexual Outlaws, Little Sisters and the Legacy of Butler », *U.B.C. L.Rev.*, 2002, vol. 36, pp. 77-99.
- « Lesbians, Gay men, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode Hall L.J.*, 2002, vol. 40, no. 3-4, pp. 223-248.
- « Sexuality, Queer Theory, and ‘Feminism After’: Reading and Rereading the Sexual Subject », *McGill L.J.*, 2004, vol. 49, pp. 847-876.
- « Dresser les indisciplinés : Les hors-la-loi sexuels et la Cour suprême du Canada », in BORILLO (D.) et LOCHAK (D.) (dir.), *La liberté sexuelle*, P.U.F., Paris, 2005, pp. 187-217.

COSSMAN (B.) and RYDER (B.), « Custom Censorship and the Charter: The Little Sisters Case », *Const. Forum*, 1996, vol. 7, no. 4, pp. 103-112.

COTTERRELL (R.),

- « Law's Images of Society », in COTTERRELL (R.), *Law's Community. Legal Theory in Sociological Perspective*, Clarendon P., Oxford, 1995, pp. 220-248.
- « A Legal Concept of Community », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, n°2, pp. 75-91.
- « Introduction : Approaching Law », in COTTERRELL (R.), *Law, Culture, and Sociology. Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate, Farnham, 2006, pp. 1-13.
- « Community as a Legal Concept? Some Uses of a Law-and-Community Approach in Legal Theory », in COTTERRELL (R.), *Living Law: Studies in Law and Social Theory*, Ashgate, Farnham, 2008, pp. 17-28.

COULMONT (B.), « Jeux Interdits ? Religion et Homosexualité », *Arch. Sc. Soc.*, 2006, no. 136, pp. 103-114.

COULTHARD (G.S.), « Subjects of Empire: Indigenous people and the 'politics of recognition' in Canada », *Cont. Pol. Th.*, 2007, vol. 6, pp. 437-460.

COUTU (M.),

- « Le pluralisme juridique chez Gunther Teubner: la nouvelle guerre des dieux? », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, no. 2, pp. 93-113.
- « Introduction : Droits fondamentaux et citoyenneté », in COUTU (M.), BOSSET (P.), GENDREAU (C.), VILLENEUVE (D.) (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Thémis, Montréal, 1999, pp. 1-20.

CROWDER (G.), « Two Concepts of Liberal Pluralism », *Pol. Theory*, 2007, vol. 35, no. 2, pp. 121-146.

CUTHBERTSON (K.L.), « Coming Out/Conversion: An Exploration of Gay Religious Experience », *J. of Men's Stud.*, 1996, vol. 4, no. 3, pp. 193-207.

D

DANIEL-HUGHES (C.), « Same-Sex Desire in Early Christianity », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *Queer Religions. Vol. 1. Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012, pp. 91-112.

DANIELSEN (D.), « Representing Identities: Legal Treatment of Pregnancy and Homosexuality », *New England L.Rev.*, 1992, vol. 26, pp. 1453-1508.

DAUGERON (B.),

- « Un référendum d'initiative partagée sur le 'mariage homosexuel' est-il possible ? », *Recueil Dalloz*, 15 Novembre 2012, p. 2613.
- « Mariage 'pour tous' : retour sur la constitutionnalité du référendum », *Recueil Dalloz*, 7 Février 2013, pp. 320-323.

DAUVERGNE (C.), « Citizenship as a Vengeance », *Th'l Inq. In L.*, 2007, vol. 8, no. 2, pp. 489-508.

DAVIS (A.F.), « Gender, Class, and Multiculturalism. Rethinking 'Race' Politics », in GORDON (A.F.) and NEWFIELD (C.) (eds.), *Mapping Multiculturalism*, U. of Minnesota P., Minneapolis and London, 1996, pp. 40-48.

DE ARANJO (C.), « Le général et le particulier dans le droit constitutionnel moderne », *R.F.D.C.*, 2008, vol. 74, pp. 239-261.

DE BÉCHILLON (D.), « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *R.T.D. Civ.*, janvier – mars 2002, pp. 47-69.

- DE MONTALIVET (P.),** « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *Cah.C.C.*, no. 20, juin 2006.
- DE WITTE (B.),** « Minorités nationales : reconnaissance et protection », *Pouvoirs*, 1991, no. 57, p. 116.
- DELLA SUDDA (M.),** « Associations and Political Pluralism. The Effets of the Law of 1901 », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012, pp. 161-178.
- DELMAS-MARTY (M.),** « Avant-Propos », in DUBOUT (E.) et TOUZÉ (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux: charnières entres ordres et systèmes juridiques*, Éditions Pédone, Paris, 2009, pp. 5-10.
- DELVOLVÉ (P.),**
- « Propos introductifs : Droits publics subjectifs des administrés et subjectivisation du droit administratif », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Association Française pour la Recherche en Droit Administratif, Lexis Nexis/Litec, coll. Colloques et Débats, Paris, 2011, pp. 3-19
 - « Mariage : un homme, une femme », *Le Figaro*, 8 novembre 2012.
- DENNING (A.),** « The spirit of the British Constitution », *Can. Bar. Rev.*, 1951, vol. 29, pp. 1180-1195.
- DENQUIN (J.-M.),**
- « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Jus Politicum*, 2008, vol. I, (disponible en ligne).
 - « L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ? », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2012, pp. 39-65.
- DIEU (F.),** « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *J.C.P. A.*, 2010, no. 48, pp. 35-42.
- DODEK (A.M.),** « Canada as Constitutional Exportator. The Rise of the Canadian Model of Constitutionalism », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2007, vol. 26, pp. 309-336.
- DOIG (J.W.),** « New Constitutions and Vulnerable Groups: Brian Dickson's Strategies in Interpreting the 1982 Charter », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 164-181.
- DREYFUS (F.),** « Le pluralisme culturel », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 195-210.
- DUGUIT (L.),** « Le droit constitutionnel et la sociologie », *Rev. I. Ens.*, 1889, t. XVIII, pp. 484-505.
- DUPRÉ DE BOULOIS (X.),** « Le mariage homosexuel, la Constitution et l'agrégée des facultés de droit », *R.D.L.F.*, 2013, chron. n°23.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.) et ROMAN (D.), « Le Mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 19 novembre 2012.

E

EATON (M.),

- « Lesbians, Gays, and the Struggle for Equality Rights: Reversing the Progressive Hypothesis », *Dalh. L.J.*, 1994, vol. 17, pp. 130-186.
- « Patently Confused: Complex Inequality and Canada v. Mossop », *Rev. of Const. Stud.*, 1994, vol. 1, no. 2, pp. 203-245.

EHRlich (S.), « Le problème du pluralisme », *L'Homme et la Société*, 1967, vol. 5, pp. 113-118.

ELBAZ (M.) et MURBACH (U.R.), « Des préférences, des différences et des sacrifices : l'action positive et le pluralisme juridique au Canada », dans BELLEY (J.-G.) (dir.), *Le Droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, L.G.D.J., coll. Droit et Société, n°16, Paris, 1996, pp. 69-94.

EMENS (E.F.), « Intimate Discrimination: The State's Role in the Accidents of Sex and Love », *Harv. L.Rev.*, 2009, vol. 122, pp. 1307-1402.

ÉMOND (A.), « Les mutations de la 'découverte' ou l'émergence des droits des peuples autochtones en droit colonial britannique », in OTIS (G.) (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2004, pp. 13-30.

ENG (D.L.), HALBERSTAM (J.) and MUNOZ (J.E.), « What's Queer about Queer Studies now ? », *Social Text*, 2005, vol. 23, no. 3-4, pp. 1-17.

ERDMAN (J.), ESSERT (C.), YACHNIN (M.), « An Interview With Justice Frank Iacobucci and Professor Dieter Grimm », *J. L. & Equal.*, 2003, vol. 2, no. 2, pp. 197-209.

ESAU (A.),

- « 'Islands of Exclusivity': Religious Organizations and Employment Discrimination », *U.B.C. L.Rev.*, 1999-2000, vol. 33, pp. 719-827.
- « The Judicial Resolution of Church Property Disputes: Canadian and American Models », *Alta L.Rev.*, 2002-2003, vol. 40, no. 4, pp. 767-816.
- « The Establishment, Preservation and Legality of Mennonite Semi-Communalism in Manitoba », *Man. L.J.*, 2005, vol. 31, no. 1, pp. 81-110.
- « The Establishment and Preservation of Hutterite Communalism in North America, 1870-1925 », in MCLAREN (J.) et al. (eds.), *Despotic Dominion : Property Rights in British Settler Societies*, U.B.C. Press, Vancouver and Toronto, 2005, pp. 207-221.

- « Living by Different Law: Legal Pluralism, Freedom of Religion, and Illiberal Religious Groups », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 110-139.
- « ‘Islands of Exclusivity’ Revisited: Religious Organizations, Employment Discrimination and Heintz v. Christian Horizons », *Cdn Lab. & Emp. L.J.*, 2009-2010, vol. 15, no. 3, pp. 389-434.

ESKRIDGE (W.N.Jr.),

- « Gay Legal Narratives », *Stanford L.Rev.*, 1994, vol. 46, pp. 607-646.
- « A Jurisprudence of ‘Coming Out’: Religion, Homosexuality, and Collisions of Liberty and Equality in American Public Law », *Yale L.J.*, 1996-1997, vol. 106, pp. 2411-2474.

ETIEN (R.), « *Le pluralisme : objectif de valeur constitutionnelle* », *R. A.*, 1986, vol. 39, no. 233, pp. 458-462.

F

FAVOREU (L.),

- « Avant-Propos », in DEBBASCH (R.), *Le principe révolutionnaire d’unité et d’indivisibilité de la République*, DEBRÉ (M.) (préf.), Economica, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris, 1988.
- « La décision Statut de la Corse du 9 mai 1991 », *R.F.D.C.*, 1991, p. 306.

FEIT (M.), « Extinction Anxieties: Same-Sex Marriage and Modes of Citizenship », *Theory and Event*, 2005, vol. 8, no. 3, (disponible en ligne).

FINEMAN (M.A.), « The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition », *Y. J. L. & Fem.*, 2008-2009, vol. 20, pp. 1-23.

FIGGIS (J.N.), « The Great Leviathan », in HIRST (P.Q.), *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994, pp. 115-130.

FISCHEL (J.J.), « Transcendent Homosexuals and Dangerous Sex Offenders: Sexual Harm and Freedom in the Judicial Imaginary », *Duke J. of G., L. & P.*, 2010, vol. 17, pp. 277-311.

FISHER (T.), « Nomos Without Narrative », *Th’l Inq. In L.*, 2008, vol. 9, no. 2, pp. 473-502.

FONSECA (D.), « De l’effacement des figures aux figures de l’effacement. Plaidoyer pour une généalogie philosophique des décisions du Conseil constitutionnel. L’exemple de l’interdiction de la dissimulation intégrale du voile dans l’espace public », *Droits*, 2012, no. 52, pp. 165-185.

FONTAINE (L.), « Le Pluralisme comme théorie des normes », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 125-160.

FOULQUIER (N.), « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », in in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2009, pp. 281-306.

FOURNIER (P.),

- « The Erasure of Islamic Difference in Canadian and American Family Law Adjudication », *J. of L. & Pol.*, vol. 10, 2001, pp. 51-95.
- « The Ghettoisation of Difference in Canada: « Rape by Culture » and the Danger of a « Cultural Defence » in Criminal Law Trials », *Man. L.J.*, vol. 29, no. 1, 2002-2003, pp. 1-40.
- « In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Transplanting Mahr as a Bargaining Endowment », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 140-160.
- « Calculating Claims: Jewish and Muslim Women Navigating Religion, Economics, and Law in Canada », *It'l J. of L. in Context*, vol. 8, no. 1, 2012, pp. 47-72.
- « Headscarf and Burqa Controversies at the Crossroads of Politics, Society and Law », *Social Identities*, vol. 19, no. 6, 2013, pp. 689-703.

FRIEDES (J.), « Can Same-Sex Marriages Coexist with Religion ? », *New England L.Rev.*, 2004, vol. 38, no. 3, pp. 533-540.

FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *Recueil Dalloz*, 17 janvier 2013, pp. 100-109.

G

GAILLET (A.), « La loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public et les limites du contrôle pratiqué par le Conseil constitutionnel », *Société, Droit et Religion*, 2011, no. 2, pp. 47-71.

GALSTON (W.A.),

- « Value Pluralism and Liberal Political Theory », *Am. Pol. Sc. Rev.*, 1999, vol. 93, no. 4, pp. 769-778.
- « Two Concepts of Liberal Pluralism », *Pol. Theory*, 2007, vol. 35, no. 2, pp. 121-146.
- « Families, Associations, and Political Pluralism », *Fordham L.Rev.*, 2006, vol. 75, no. 2, pp. 815-831.

GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.),

- « Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression », *Cah. de D.*, 1998, vol. 39, no. 4, pp. 717-752.

- « The Quebec Secession Reference and the Judicial Arbitration of Conflicting Narratives about Law, Democracy, and Identity », *Vt. L.Rev.*, 1999, vol. 24, pp. 792-843.
- « Angoisse identitaire et critique du droit. La ‘critique juridique identitaire américaine’ comme objet et source de réflexion théorique », *R.I.E.J.*, 2003, vol. 50, pp. 1-80.
- « Religious challenges to the secularized identity of insecure polity : A tentative of sociology of Québec’s ‘reasonable accommodation’ debate’ », in GRILLO (R.), BALLARD (R.), FERRARI (A.), HOEKEMA (A.), MAUSSEN (M.), SHAH (P.) (eds.), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Ashgate, coll. Cultural Diversity and Law, Farnham and Burlington, 2009, pp. 151-174.
- « Religious Courts, Personal Federalism, and Legal Transplants », in AHDAR (R.) and ARONEY (N.) (eds.), *Shari’a in the West*, Oxford U.P., Oxford, 2009, pp. 159-180.
- « The State Management of Legal and Cultural Diversity in Canada », in FOGLETS (M.-C.), GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.), DUNDES RENTELM (A.) (eds.), *Cultural Diversity and Law. State Responses from Around the World*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 195-234.
- « The ‘Principle of Federalism’ and the Legacy of the Patriation and Quebec Veto References », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2011, vol. 54, pp. 78-115.
- « Les hiérarchies passagères, ou de la contingence dans l’équilibrage entre droits fondamentaux », *Rev. Québ. Dr. Const.*, 2012, vol. 4, pp. 7-41.

GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et BEAUDOIN (M.-H.), « Changer la société par le droit ? Les vingt-cinq ans du droit constitutionnel et l’égalité des sexes au Canada », *R.D.P.*, 2010, vol. 6, pp. 1751-1787.

GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et PINARD (D.), « Les minorités en droit public Canadien », *R.D.U.S.*, 2003-2004, vol. 34, pp. 197-228.

GAY (L.), « La notion de « droits-créances » à l’épreuve du contrôle de constitutionnalité », *Cah.C.C.*, 2004, vol. 16, (disponible en ligne).

GEISSENGER (A.), « Islam and Discourse of Same-Sex Desire », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *Queer Religions. Vol. 1. Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012, pp. 69-90.

GÉLINAS (F.), « La Cour suprême du Canada et le droit politique », *Cah.C.C.*, 2008, no. 24, (disponible en ligne).

GÉLY (M.-L.), « La Cour suprême du Canada, arbitre confirmé de l’évolution du fédéralisme : la décision du 20 août 1998 relative au droit de sécession unilatéral du Québec », *R.D.P.*, 1999, no. 6, pp. 1645-1668.

GENEVOIS (B.), « Le contrôle de la constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse. (À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 91-290 DC du 9 mai 1991), » *R.F.D.A.*, 1991, p. 407.

GENTILE (P.) et KINSMAN (G.), « ‘Fiabilité’, ‘Risque’, ‘Résistance’ : surveillance au Canada des homosexuels durant la guerre froide », *Bull. Hist. Pol.*, 2008, vol. 16, no. 3, pp. 43-58, (disponible en ligne).

GILBERT (A.N.), « Conceptions of Homosexuality and Sodomy in Western History », *J. of Hom.*, 1981, vol. 6, no. 1-2, pp. 57-68.

GILBERT (D.),

- « Time to Regroup: Rethinking Section 15 of the Charter », *McGill L.J.*, 2003, vol. 48, pp. 627-649.
- « The Silence of Section 15: Searching for Equality at the Supreme Court of Canada in 2007 », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2008, vol. 42, pp. 497-516.

GILBERT (D.) and MAJURY (D.), « Critical Comparisons: The Supreme Court of Canada Doooms Section 15 », *Windsor Y.B. Access Just.*, 2006, vol. 24, no. 1, pp. 111-142.

GLENN (H.P.), « Penser le plurijuridisme », in BERGEL (J.L.) (dir.), *Le Plurijuridisme*, L.G.D.J., P.U.A.-M., Paris et Aix-en-Provence, 2005, pp. 25-35.

GOODRICH (M.),

- « Sodomy in Medieval Secular Law », *J. of Hom.*, 1976, vol. 1, no. 3, pp. 295-302.
- « Sodomy in Ecclesiastical Law and Theory », *J. of Hom.*, 1976, vol. 1, no. 4, pp. 427-434.

GOTELL (L.), « Queering Law: Not by Vriend », *Can. J. of L. & J.*, 2002, vol. 17, no. 1, pp. 89-113.

GRAMMOND (S.),

- « La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones et l'arrêt Sparrow », *McGill L.J.*, 1991, vol. 36, no. 4, pp. 1382-1415.
- « L'appartenance aux communautés inuit du Nunavik. Un cas de réception de l'ordre juridique Inuit ? », *Can. J. of L. & Soc.*, 2008, vol. 23, no. 1-2, pp. 93-119.
- « L'identité autochtone saisie par le droit, » in *Mélanges Andrée Lajoie*, Éditions Thémis, Montréal, 2008, pp. 285-329

GREEN (L.), « Two Views of Collective Rights », *Can. J. of L. & J.*, 1991, vol. 4, no. 2, pp. 315-325.

GRESCHNER (D.),

- « The Right to Belong: The Promise of Vriend », *Nat'l J.C.L.*, 1997-1998, vol. 9, pp. 417- 440.
- « Does Law Advance the Cause of Equality? », *Queen's L.J.*, 2001, vol. 27, no. 1, pp. 299-318.
- « The Purpose of Canadian Equality Rights », *Rev. of Const. Stud.*, 2001-2002, vol. 6, no. 2, pp. 291-323.

GREWE (C.),

- « L'unité de l'État : entre indivisibilité et pluralisme », *R.D.P.*, 1998, vol. 5-6, pp. 1349-1360.
- « La circulation des droits fondamentaux ou l'impact du pluralisme culturel en Europe », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Dalloz-Sirey, Paris, 2009, pp. 505-518.

GRIFFITHS (J.), « What is legal pluralism? », *J.L.P.*, 1986, vol. 24, pp. 1-55.

GRZEGORCZYK (C.), « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit », *A.P.D.*, 1977, t. 22, pp. 177-211.

GUEYDAN (C.), « La constitutionnalisation du droit local d'Alsace-Moselle et la question prioritaire de constitutionnalité », *R.F.D.C.*, 2013, no. 96, pp. 857-878.

GUIEU (J.-M.), « State Sovereignty in Question: The French Jurists between the Reorganization of the International System and European Regionalism, 1920-1950 », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012, pp. 215-230.

H

HALL (S.), « La question multiculturelle », in HALL (S.), *Identités et Cultures. Politiques des Cultural Studies*, Éditions Amsterdam, Paris, 2008, pp. 373-411.

HALLEY (J.E.),

- « Reasoning About Sodomy: Acts and Identity In and After Bowers v. Hardwick », *Va. L.Rev.*, 1993, vol. 79, pp. 1721-1780.
- « Sexual Orientation and the Politics of Biology: A Critique of the Argument From Immutability », *Stan. L.Rev.*, 1993-1994, vol. 46, no. 3, pp. 503-568.

HAQUET (A.), « Existe-t-il des critères scientifiques d'évaluation des théories du droit ? », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2000, vol. 30, pp. 163-182.

HARLOW (C.), « The Influence of Léon Duguit on Anglo-American Legal Thought », in MELLERAY (F.) (dir.), *Autour de Duguit*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 227-254.

HART (K.P.R.), « We're Here, We're Queer – and We're better than You: The Representational Superiority of Gay men to Heterosexuals on Queer Eye for the Straight Guy », *J. of Men's St.*, 2004, vol. 12, no. 3, pp. 241-243.

HAURIOU (M.), « Théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, no. 4, Paris, 1925, p. 2.

HERMAN (D.), « Are We Family?: Lesbian Rights and Women's Liberation », *Osgoode Hall L.J.*, 1990, vol. 28, no. 4, pp. 789-815.

HEUSCHLING (L.), « La structure de la légitimité démocratique en droit français: entre monisme et pluralisme, entre symbolique du sujet et ingénierie des pouvoirs », *R.U.D.H.*, 2004, vol. 16, no. 9-12, pp. 331-344.

HICKS (B.M.), « *The Transition to Constitutional Democracy: Judging the Supreme Court on Gay Rights* », *Rev. of Const. Stud.*, 2003, vol. 8, no. 2, pp. 203-227.

HIEBERT (J.), « The Charter and Federalism: Revisiting the Nation Building Thesis », in BROWN (D. M.) and HIEBERT (J.) (eds.), *Canada: The state of the Federation, 1994*, Institute of Intergovernmental Relations, 1994, pp. 153-178.

HIGGINS (T.E.) and ROSENBURY (L.A.), « Agency, Equality, and Antidiscrimination Law », *Cornell L Rev.*, 2000, vol. 85, pp. 1194-1220.

HIRSCHL (R.) and SHACHAR (A.), « The New Walls of Separation: Permitting Diversity, Restricting Competition », *Cardozo L.Rev.*, 2009, vol. 30, no. 6, pp. 2535- 2560.

HIRST (P.Q.), « Introduction », in HIRST (P.Q.) (ed.), *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994, pp. 1-45.

HOGG (P.W.),

- « The legacy of the Privy Council in Canadian Federalism », in KERNERMAN (G.) and RESNICK (P.) (eds.), *Insiders and Outsiders. Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2004, pp. 65-70.
- « Canada: From Privy Council to Supreme Court », in GOLDSWORTHY (J.) (ed.), *Interpreting Constitutions: A Comparative Study*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 55-105.

HOGG (P.W.) and WRIGHT (W.K.), « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections On the Debates About Canadian Federalism », *U.B.C. L.Rev.*, 2005, vol. 38, no. 2, pp. 329-352.

HOUTEER (C.), « Le Conseil constitutionnel et la notion de peuple corse, » *L.P.A.*, 21 juin 1991, no. 74, p. 17.

HUTCHINSON (A.C.), « Identity Crisis: The Politics of Interpretation », *New Eng. L.Rev.*, 1992, vol. 26, pp. 1173-1219.

HUTCHINSON (D.L.),

- « ‘Gay Rights’ for ‘Gay Whites’?: Race, Sexual Identity, and Equal Protection Discourse », *Cornell L.Rev.*, 1999-2000, vol. 85, pp. 1358-1391.
- « Ignoring the Sexualization of Race: Heteronormativity, Critical Race Theory and Anti-Racist Politics », *Buff. L.Rev.*, 1999, vol. 47, no. 1, pp. 1-116.

I

IACOBUCCI (F.), « ‘Reconciling Rights’. The Supreme Court of Canada’s Approach to Competing Charter Rights », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2003, vol. 20, pp. 137-165.

ISMAÏL (M.), « Les normes juridiques en Islam : le ‘urf comme source de législation », in FRÉGOSI (F.) (dir.), *Lectures contemporaines du droit islamique. Europe et Monde Arabe*, P.U. de Strasbourg, Strasbourg, 2004, pp. 27-52.

IWAKUMA (M.), « The Body as Embodiment: An Investigation of the Body by Merleau-Ponty », in CORKER (M.) and SHAKESPEARE (T.) (eds.), *Disability/Postmodernity. Embodying Disability Theory*, Continuum, London, 2002, pp. 76-86.

IYER (N.), « Categorical Denials: Equality Rights and the Shaping of Social Identity », *Queen's L.J.*, 1993, vol. 12, pp. 179-207.

J

JACQUETT (W. R.), « Section 91 and Section 92 of the B.N.A.A. and the Privy Council », in CORRY (J.A.), MOXON (A.) (eds.), *Legal essays in honour of Arthur Moxon*, University of Saskatchewan, U. of Toronto P., Toronto, 1953, p. 156.

JAMES (M.), « The Politics of Honourable Constitutional Inclusion and the Citizens' Constitution Theory », in KERNERMAN (G.) and RESNICK (P.) (eds.), *Insiders and Outsiders. Alan Cairns and the Reshaping of Canadian Citizenship*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2004, pp. 132-147.

JAMIN (C.), « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur un modèle original à l'aune de son anti-modèle », in BÉCHILLON de (D.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.), BRUNET (P.), MILLARD (É.) (dir.), *L'Architecture du Droit: Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, Paris, 2006, pp. 501-517.

JENNINGS (J.), « Citizenship, Republicanism and Multiculturalism in Contemporary France », *B.J. Pol. S.*, 2000, vol. 30, pp. 575-598.

JONES (H.S.), « Vision and Reality: Joseph-Paul Boncour and Third Republic Pluralism », in in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012, pp. 179-197.

JORDAN (M.D.), « Religion Trouble », *G.L.Q.*, 2007, vol. 13, no. 4, pp. 563-575.

JOUANJAN (O.),

- « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État? Point de vue Français », *R.U.D.H.*, 2003, vol. 15, no. 3-6, pp. 99-107.
- « Préface : Georg Jellinek ou le juriste philosophe », in JELLINEK (G.), *L'État moderne et son droit*, T. 1, Éditions Panthéon-Assas Paris II, coll. Les Introuvables, Paris, 2004, pp. 6-84.
- « Avant propos » à JOUANJAN (O.), *Une Histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, P.U.F. coll. Léviathan, Paris, 2005, pp. 1-8.
- « Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918): Un essai d'explication », *Droits. Revue française de théorie*, 2006, vol. 46, pp. 153-162.
- « Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France : un bilan critique », *Jus Politicum*, 2009, vol. II, (disponible en ligne).

Bibliographie générale

- « Duguit et les Allemands », in MELLERAY (F.) (dir.), *Autour de Duguit*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 195-226.
- « L'émergence de la notion de droits publics subjectifs dans la doctrine de langue allemande », in *Les droits publics subjectifs des administrés*, Association Française pour la Recherche en Droit Administratif, Lexis Nexis/Litec, coll. Colloques et Débats, Paris, 2011, pp. 25-32.
- « Préface » à GAILLET (A.), *L'individu contre l'État. Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, coll. Dalloz, Nlle Bibl. de Thèses, Vol. 117, Paris, 2012, pp. XIII.
- « Histoire de la science du droit constitutionnel », in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité International de Droit Constitutionnel. Tome 1 : Théorie de la Constitution*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2012, pp. 69-111.

JUTRAS (D.),

- « Énoncer l'indicible: Le droit entre langues et traditions », *R.I.D.C.*, 2000, vol. 52, no. 4, pp. 781-796.
- « Le rôle constitutionnel de la Cour suprême du Canada : un autoportrait », *Cah.C.C.*, 2008, vol. 24, pp. 65-71.

K

KATYAL (S.K.), « Sexuality and Sovereignty: The Global Limits and Possibilities of a Lawrence », *Wm. & Mary Bill of Rts J.*, 2006, vol. 14, no. 4, pp. 1429-1492.

KELLY (J. B.) and MURPHY (M.), « Shaping the Constitutional Dialogue on Federalism : Canada's Supreme Court as a Meta-Political Actor », *Publius: The J. of F.*, 2005, vol. 35, no. 2, pp. 217-243.

KELSEN (H.), « Préface » à EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, P.U.A.-M., coll. Droit public positif, Paris et Aix-en-Provence, 1986, pp.VII.

KENDALL (C.N.), « Educating Gay Male Youth: Since When Is Pornography a Path Towards Self-Respect? », *J. of Hom.*, 2004, vol. 47, no. 3-4, pp. 83-128.

KIMMEL (D.) and ROBINSON (D.J.), « Sex, Crime, Pathology: Homosexuality and Criminal Code Reform in Canada, 1949-1969 », *Can. J. L. & Soc.*, 2001, vol. 16, no. 1, pp. 147-165.

KISLOWICZ (H.), « Judging the Rules of Belonging », *U.B.C. L.Rev.*, 2011, vol. 44, no. 2, pp. 287-329.

KOUBI (G.), « Pluralisme et libertés fondamentales au sens de l'article L.512-2 C.J.A. », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 313-370.

KRIEGEL (B.), « Centralisation », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007, pp. 67-85.

KROPP (D.), « ‘Categorical’ Failure: Canada’s Equality Jurisprudence – Changing Notions of Identity and the Legal Subject », *Queen’s L.J.*, vol. 23, no. 1, 1997, pp. 201-230.

KYMLICKA (W.), « Ethnocultural Diversity in a Liberal State: Making Sense of the Canadian Model(s) », in BANTING (K.) et alii (eds.), *The Art of the State, vol. III, Belonging? Diversity, recognition, and shared citizenship in Canada*, Institut de recherche en politiques publiques, 2007, pp. 1-48.

L

LABORDE (C.), « Penser l’État en Grande-Bretagne », in BARUCH (M.O.) et DUCLERT (V.), *Serviteurs de l’État*, La découverte, Paris, 2000, pp. 71-83.

LAFFERTY (L.P.), « Religion, Sexual Orientation and the State: Can Public Officials Refuse to Perform Same-Sex Marriage? », *Can. Bar Rev.*, 2006, vol. 85, no. 2, pp. 287-316.

LAJOIE (A.),

- « Égalité et Asymétrie dans le fédéralisme Canadien », in LE POURHIET (A.-M.) *Liberté et égalité locale*, P.U.A.-M., Paris et Aix-en-Provence, 1999, pp. 325-340.
- « La primauté du droit et la légitimité démocratique comme enjeux du Renvoi sur la Sécession du Québec », *Politique et Sociétés*, 2000, vol. 19, no. 2-3, pp. 31-41.
- « Garantir l’intégration des valeurs minoritaires dans le droit : une entreprise irréalisable par la voie structurelle », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.), *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant et Éditions Yvon Blais, Bruxelles, 2005, pp. 365-381.
- « Le fédéralisme canadien : science politique fiction pour l’Europe », *Lex Electronica*, 2005, vol. 10, no. 1, (23 pages, disponible en ligne).

LAJOIE (A.), GÉLINEAU (E.), DUPLESSIS (I.), ROCHER (G.), « L’intégration des valeurs et des intérêts autochtones dans le discours judiciaire et normatif canadiens », *Osgoode Hall L.J.*, 2000, vol. 38, no. 1, pp. 143-194.

LAJOIE (A.), GÉLINEAU (E.), JANDA (R.), « When Silence is No Longer Acquiescence: Gays and Lesbians Under Canadian Law », *Can. J. of L. & Soc.*, 1999, vol. 14, no. 1, pp. 101-126.

LAMPRON (L.-P.) et BROUILLET (E.), « Le principe de non-hiérarchie entre droits et libertés fondamentaux : l’inaccessible étoile ? », *R.G.D.*, 2011, vol. 41, pp. 93-141.

LANDHEER-CIESLAK (C.) et SARIS (A.), « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois : Étude du contentieux concernant le choix de

Bibliographie générale

la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants », *McGill L.J.*, 2003, vol. 48, pp. 671-745.

LARRALDE (J.-M.), « Le pluralisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 287-312.

LASKI (H.J.),

- « The Personality of Associations, » in HIRST (P.Q.), *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994, pp. 165-184.
- « The Pluralistic State », in HIRST (P.Q.), *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994, pp. 185-196
- « Law and the State, » in HIRST (P.Q.), *The Pluralist Theory of the State: Selected Writings of G.D.H. Cole, J.N. Figgis, and H.J. Laski*, Routledge, New York, 1994, pp. 199-226.

LASKIN (B.), « « Peace, Order and Good Government » re-examined », *Can. Bar Rev.*, 1947, vol. 25, no. 10, pp. 1054-1087.

LAU (K.), « Intersubjectivity and Phenomenology of the Other: Merleau-Ponty's Contribution », in CARR (D.) and CHEUNG (C.-F.) (eds.), *Space, Time, and Culture*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2004, pp. 135-158.

LAUBADÈRE de (A.), « Le doyen Maurice Hauriou et Léon Duguit », in *La pensée du doyen Maurice Hauriou et son influence : Journées Hauriou, Toulouse, mars 1968*, Pédone, Paris, 1969, pp. 209-228.

LAW (S.A.), « Homosexuality and the Social Meaning of Gender », *Wis. L.Rev.*, 1988, pp. 187-235.

LE POURHIET (A.-M.), « Un PFRLR contre le mariage gay ? Réponse à Alexandre Viala », *R.D.L.F.*, 2013, chron. no. 5, (disponible en ligne).

LEBEN (C.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits. Revue française de théorie*, 2001, no. 33, pp. 19-40.

LECLAIR (J.),

- « Les silences de Polybe et le Renvoi sur la Sécession du Québec », dans BOISNEAU (J.) *Personne et Res Publica*, L'Harmattan, Paris, 2008, pp. 135-150.
- « The Secession Reference: A Ruling in Search of a Nation », *R.J.T.*, 2002, vol. 34, pp. 885-890.
- « The Supreme Court's understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », *Queen's L.J.*, 2003, vol. 28, pp. 411-453.
- « The Supreme Court's understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.), *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant et Éditions Yvon Blais, Bruxelles, 2005, pp. 383-414.

LEDERMAN (W. R.), « Unity and Diversity in Canadian Federalism: Ideals and Methods of Moderation », *Alta L.Rev.*, 1976, vol. 14, no. 1, pp. 34-49.

LEFORT (C.), « Flesh and Otherness », in TOADVINE (T.) (ed.), *Merleau-Ponty. Critical Assessments of Leading Philosophers*, Routledge, London, 2006, pp. 234-244.

LENOBLE (J.), « Au-delà du Juge : Des Approches Herméneutique et Pragmatiste à une Approche Génétique du Concept de Droit », *E.J.L.S.*, 2008, vol. 1, no. 2, (67 pages, disponible en ligne)

LENON (S.J.),

- « Marrying Citizens! Raced Subjects? Re-Thinking the Terrain of Equal Marriage Discourse », *Can. J. Women & L.*, 2005, vol. 17, no. 2, pp. 405-421.
- « What's So Civil About Marriage? The Racial Pedagogy of Same-Sex Marriage in Canada », *Darkmatter J.*, 2008, vol. 3, pp. 26-36.
- « 'Why is our Love an Issue?': Same-sex Marriage and the Racial Politics of the Ordinary », *Social Identities*, 2011, vol. 17, no. 3, pp. 351-372.

LÉPINARD (É.),

- « « Malaise dans le concept ». Différence, Identité et Théorie féministe », *Cah. du Genre*, 2005, vol. 39, no. 2, pp. 107-135.
- « Faire la loi, faire le genre : Conflits d'interprétations juridiques sur la parité », *Droit et Société*, 2006, vol. 62, no. 1, pp. 45-66.

LEVADE (A.), « Discrimination positive et principe d'égalité en droit français », *Pouvoirs*, 2004, no. 111, pp. 55-71, p. 58.

LEVINE (R.J.) and PENNEY (J.W.), « The Evolving Approach to Section 15(1): Diminished Rights or Bolder Communities? », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2005, vol. 29, pp.137-168.

LEVINET (M.), « Propos Introductifs », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et Juges Européens des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2010, pp. 1-13.

LEVY (J.T.), « Sexual Orientation, Exit and Refuge », in EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.), *Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005, pp. 173-188.

LEYDET (D.) et POURTOIS (H.), « Pluralisme et conflits dans la théorie contemporaine de la démocratie », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 71-92.

LOCKE (K.A.), « The Bible on Homosexuality: Exploring its Meaning and Authority », *J. of Hom.*, 2004, vol. 48, no. 2, pp. 125-156.

LOUGHLIN (M.), « What is Constitutionalization? », in DOBNER (P.) and LOUGHLIN (M.) (eds.), *The Twilight of Constitutionnalism?*, Oxford U.P., Oxford, 2010, pp. 47-71.

LOUNGNARATH (V.), « Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la Fédération Canadienne », *La Rev. du Barreau*, 1997, vol. 57, no. 4, p. 1103.

LUBIANO (W.), « Like Being Mugged by a Metaphor. Multiculturalism and State Narratives », in GORDON (A.F.) and NEWFIELD (C.) (eds.), *Mapping Multiculturalism*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 1996, pp. 64-75.

LUSZTIG (M.), « Deeper and Deeper: Deep Diversity, Federalism and Redistributive Politics in Canada », in JAMES (P.), ABELSON (D. E.), LUSZTIG (M.) (eds.) *The Myth of the Sacred. The Charter, the Courts, and the Politics of the Constitution in Canada*, McGill-Queen's U. P., Montréal, 2002, pp. 207-218.

M

MACDONALD (R.A.),

- « Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes, and Legal Pluralism », *Ariz. J. Int'l. & Comp. L.*, 1998, vol. 15, pp. 69-91.
- « L'hypothèse du pluralisme dans les sociétés démocratiques avancées », *R.D.U.S.*, 2002, vol. 33, pp. 133-152.
- « Normativité, pluralisme et sociétés démocratiques avancées : l'hypothèse du pluralisme pour penser le droit », in YOUNÈS (C.) et LE ROY (É.) (dir.), *Médiation et diversité culturelle. Pour quelle société?*, Karthala, Paris, 2002, pp. 21-38.
- « Kaleidoscopic Federalism », in GAUDREAULT-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.), *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant et Éditions Yvon Blais, Bruxelles, 2005, pp. 261-283.
- « L'identité en deux temps: le républicanisme et le pluralisme: deux points de vue juridiques sur la diversité », in VIBERT (S.) (dir.), *Pluralisme et Démocratie, entre culture, droit et politique*, Éditions Québec Amérique, C.R.É.Q.C., Montréal, 2007, pp. 273-308.

MACDONALD (R.A.) and KLEINHANS (M.-M.), « What is a Critical Legal Pluralism? », *Can. J. of L. & Soc.*, 1997, vol. 12, pp. 25-46.

MACDONALD (V. C.), « The Privy Council and the Canadian Constitution », *Can. Bar Rev.*, 1951, vol. 29, no. 10, pp. 1021-1037.

MACDOUGALL (B.),

- « A Respectful Distance : Appellate Courts Consider Religious Motivation of Public Figures in Homosexual Equality Discourse – The Cases of Chamberlain and Trinity Western University », *U.B.C. L.Rev.*, 2001-2002, vol. 35, no. 2, pp. 511-538.
- « The Separation of Church and State: Destabilizing Traditional Religion-Based Legal Norms on Sexuality », *U.B.C. L.Rev.*, 2003, vol. 36, pp. 1-27.
- « The Legally Queer Child », *McGill L.J.*, 2004, vol. 49, pp. 1057-1091.
- « Refusing to Officiate at Same-Sex Civil Marriages », *Sask. L.Rev.*, 2006, vol. 69, pp. 351-373.

MACDOUGALL (B.) and SHORT (D.), « Religion-Based Claims for Impinging on Queer Citizenship », *Dal. L.J.*, 2010, vol. 32, no. 2, pp. 133-160.

MACKLEM (P.), « What's law got to do with it? The protection of Aboriginal Title in Canada », *Osgoode Hall L.J.*, 1997, vol. 35, no. 1, pp. 125-137.

MACKLING (A.), « Who is the Citizen's Other? Considering the Heft of Citizenship », *Th'l Inq. In L.*, 2007, vol. 8, no. 2, pp. 333-366.

MADISON (G.B.), « Flesh as Otherness », in JOHNSON (G.A.) and SMITH (M.B.) (eds.), *Ontology and Alterity in Merleau-Ponty*, Northwestern U.P., Evanston, 1990, pp. 27-34.

MAGNET (J.E.),

- « Multiculturalism and Collective Rights: Approach to Section 27 », in BEAUDOIN (G.-A.) and MENDES (E.) (eds.), *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, LexisNexis, Butterworths, Toronto, 2005, pp. 1261-1316.
- « Multiculturalism and Collective Rights », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2005, vol. 27, pp. 431-497.

MAHAJAN (G.), « Can Intra-Group Equality Coexist with Cultural Diversity? Re-examining Multicultural Frameworks of Accommodation », in EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.), *Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005, pp. 90-112.

MAHER (M.J.), « A Voice in the Wilderness: Gay and Lesbian Religious Groups in the Western United States », *J. of Hom.*, 2006, vol. 51, no. 4, pp. 91-117.

MAHL (Rabbi J.H.K.), « Judaism and Homosexuality: The Traditional/Progressive Debate », *J. of Hom.*, 1989, vol. 18, no. 3-4, pp. 47-82.

MAHMOOD (S.),

- « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide ? », in ASAD (T.), BROWN (W.), BUTLER (J.), MAHMOOD (S.) (eds.), *Is Critique Secular? Blasphemy, Injury and Free Speech*, U. of California P., The Townsend Papers in the Humanities No. 2, Berkeley, 2009, pp. 64-100.
- « Religious Reason and Secular Affect: An Incommensurable Divide ? », *Critical Inquiry*, 2009, vol. 35, no. 4, pp. 836-862.

MALABOU (C.), « 'Détache-moi' », in BUTLER (J.) et MALABOU (C.), *Sois mon Corps. Une lecture contemporaine de la domination et de la servitude chez Hegel*, Bayard, Paris, 2010, pp. 16-54.

MARTIN (S.), « Balancing Individual Rights to Equality and Social Goals », *Can. Bar Rev.*, 2001, vol. 80, pp. 299-373.

MASLARSKI (D.), « La conception de l'État de Gaston Jèze », *Jus Politicum*, 2009, vol. III, (disponible en ligne).

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), « Pluralisme et Unité », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 105-124.

MAULIN (E.), « Positivism », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, P.U.F., Paris, 2003, pp. 1171-1177

MAZÈRES (J.-A.), « Préface, » à LINDITCH (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, t. 176, L.G.D.J., Paris, 1997, pp. XI-XXVII.

MBEMBE (A.), « Necropolitics », *Public Culture*, 2003, vol. 15, no. 1, pp. 11-40.

MCALLISTER (D.M.), « Section 15 – The Unpredictability of the Law Test », *Nat'l J.C.L.*, 2003-2004, vol. 15, pp. 35-106.

MCCORMICK (N.), « Le raisonnement juridique », *A.P.D.*, 1988, t. 33, pp. 104-109

MCNEIL (K.),

- « First Nations Self-Government and the Borders of the Canadian Legal Imagination », *McGill L.J.*, 1991, vol. 36, pp. 382-456.
- « The Decolonization of Canada: Moving Toward Recognition of Aboriginal Governments », *Western Legal Hist.*, 1994, vol. 7, no. 1, pp. 113-141.
- « Aboriginal Governments and the Canadian Charter of Rights and Freedoms », *Osgoode Hall L.J.*, 1996, vol. 34, no. 1, pp. 61-99.
- « Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening ? », *Sask. L.Rev.*, 2006, vol. 69, pp. 281-308

MCRAE (K.D.), « The Plural Society and the Western Political Tradition », *Can. J. of Pol. Sc.*, 1979, vol. 12, no. 4, pp. 675-688.

MCWHINNEY (E.), « Constitutional Particularism and the New Pluralistic Federalism », in BYERS (R. B.) and REFORD (R. W.) (eds.), *Canada Challenged: the Viability of Confederation*, Canadian Institute of International Affairs, Toronto, 1979, pp. 38-56.

MELLERAY (F.), « Léon Duguit. L'État détrôné », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2009, pp. 217-262.

MELLINI (L.), « Entre normalisation et hétéronormativité : la construction de l'identité homosexuelle », *Déviance et Société*, 2009, vol. 33, no. 1, pp. 3-26.

MENDES (E.P.), « The Charter and its Constitutional Lineage ; An Evolving Template of Distributive Justice for Reconciling Diversity, Collective Rights of National Minorities and Individual Rights? », *Nat'l J.C.L.*, 2007, vol. 22, pp. 61-92.

MERLEAU-PONTY (M.),

- « La philosophie et le « dehors » », in MERLEAU-PONTY (M.), *Signes*, Gallimard, Paris, 1960, pp. 158-167.
- « Le philosophe et son ombre », in MERLEAU-PONTY (M.), *Signes*, Gallimard, Paris, 1960, pp. 201-228.

MICHAELSON (J.),

- « How Can You Be Gay and Jewish ? », Zeek.com, 2012, (disponible en ligne).
- « I'm Just Not That Kind of God. Queering Kabbalistic Gender Play », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *Queer Religions. Vol. 1. Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012, pp. 51-68.

MILLARD (E.),

- « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, 1995, vol. 30-31, pp. 381-412.
- « Le juge et le genre », *Jurisprudence. Revue Critique*, 2011, vol. 2, pp. 59-62.
- « Droit et genre », in LEVERD (S.) (dir.), *Les nouveaux territoires du droit*, L'Harmattan, Paris, 2013, pp. 87-104.

MINOW (M.), « Identities », *Yale J. of L. & Hum.*, 1991, vol. 3, no. 1, pp. 97-130.

MIRKOVIC (A.), « Le mariage, c'est un homme et une femme », *J.C.P. G.*, 7 Février 2011, no. 6, pp. 250-252.

MOHANTY (S.P.), « Us and Them. On the Philosophical Bases of Political Criticism », *Yale J. of Crit.*, 1989, vol. 8, pp. 55-80.

MOLLER OKIN (S.), « Multiculturalism and Feminism: No Simple Question, No Simple Answers », in EISENBERG (A.) and SPINNER-HALEV (J.) (eds.), *Minorities Within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge U.P., Cambridge, 2005, pp. 67-89.

MOON (R.),

- « Sexual Orientation Equality and Religious Freedom in the Public Schools: A Comment on TWU v. BCCT and Chamberlain v. Surrey », *Rev. of Const. Stud.*, 2003, vol. 8, no. 2, pp. 228-284.
- « Introduction: Law and Religious Pluralism in Canada », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 1-20.
- « The Supreme Court of Canada's Attempt to Reconcile Freedom of Religion and Sexual Orientation Equality in the Public Schools », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *Faith, Politics and Sexual Diversity in Canada and the United States*, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2011, pp. 321-338.
- « Freedom of Religion Under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality », *U.B.C. L.Rev.*, 2012, vol. 45, no. 2, pp. 497-550.

MOORE (M.), « The Ethics of Secession and a Normative Theory of Nationalism », *Can. J. of L. & J.*, 2000, vol. 13, no. 2, pp. 225-250.

MORET-BAILLY (J.), « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2000, vol. 32, pp. 170-182.

MORIN (M.), « De la reconnaissance officielle à la tolérance des religions : l'état civil et les empêchements de mariage de 1628 à nos jours », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'. Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Éditions Thémis, Montréal, 2009, pp. 53-92.

MORISSETTE (Y.-M.), « Quelques points de repères sur l'égalité dans une société diversifiée », *Can. Bar Rev.*, 2000, vol. 79, no. 2, pp. 81-98.

MORTON (F. L.), « The Effect of the Charter of Rights on Canadian Federalism », *Publius : The J. of Federalism*, 1994-1995, vol. 25, no. 3, pp. 173-188.

MÖSCHEL (M.), « *Race Judicata: The Ban on the Use of Ethnic and Racial Statistics in France* », *Eur. Const. L.Rev.*, 2009, vol. 5, no. 2, pp. 197-217.

MOUTOUH (H.),

- « Le pluralisme juridique », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 1158-1162.
- « Contribution à l'étude juridique du droit des groupes », *R.D.P.*, 2007, no. 2, pp. 479-493.

N

NAPOLEON (V.),

- « Raven's Garden: A Discussion About Aboriginal Sexual Orientation and Transgender Issues », *Can. J. of L. & Soc.*, 2002, vol. 17, no. 2, pp. 149-171.
- « Delgamuukw – A Legal Straightjacket for Oral Histories? », *Can. J. of L. & Soc.*, 2005, vol. 20, no. 2, pp.123-155.

NEDELSKY (J.), « Embodied Diversity and the Challenges to Law », *McGill L.J.*, 1997, vol. 42, no. 1, pp. 91-117.

NEDELSKY (J.) and HUTCHINSON (R.), « Clashes of Principles and the Possibility of Dialogue: A Case Study of Same-sex Marriage in the United Church of Canada », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 41-64.

NEJAIME (D.),

- « Marriage, Cruising, and Life in Between: Clarifying Organizational Positionalities in Pursuit of Polyvocal Gay-Based Advocacy », *Harv. C.R.-C.L. L.Rev.*, 2003, vol. 38, pp. 511-562.
- « Inclusion, Accommodation and Recognition: Accounting for Differences Based on Religion and Sexual Orientation », *Harv. J. of L. & G.*, 2009, vol. 32, pp. 303-381.

NORA (P.),

- « Ancien Régime », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007, pp. 25-43.
- « Nation », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007, pp. 339-358.

O

OLTHUIS (B.), « The Constitution's Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the Constitution Act, 1982 », *McGill L.J.*, 2009, vol. 54, pp. 1-43.

ORTIS (D.R.), « Creating Controversy: Essentialism and Constructivism and the Politics of Gay Identity », *Va. L.Rev.*, 1993, vol. 79, no. 7, pp. 1833-1857.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « De la « bipolarité des erreurs » ou de quelques paradigmes de la science du droit », *A.P.D.*, 1988, vol. 33, pp. 177-206.

OTIS (G.),

- « Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones », *C. de D.*, 1999, vol. 40, no. 3, pp. 591-620.
- « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne ? », in OTIS (G.) (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2004, pp. 127-197.
- « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne ? », *Ottawa L.Rev.*, 2004-2005, vol. 36, pp. 207-257.
- « L'autonomie personnelle au cœur des droits ancestraux : Sub qua lege vivis ? », *McGill L.J.*, 2007, vol. 52, pp. 657-679.

OTIS (G.) et ÉMOND (A.), « L'identité autochtone dans les traités contemporains : De l'extinction à l'affirmation du titre ancestral », *McGill L.J.*, 1996, vol. 41, pp. 543-570.

OUEDRAOGO (R.), « Le Conseil constitutionnel face aux enjeux du mariage homosexuel », *D. Fam.*, 1^{er} Mars 2011, no. 3, pp. 24-25.

OUELLET (R.), « C'est une révolte? Non, Sire, c'est une Révolution. Tentative de métaphore sur la transition paradigmatique du droit », *R.D.U.S.*, 1999, vol. 30, pp. 205-223.

OZOUF (M.),

- « 'Jacobin' : Fortune et infortune d'un mot », in OZOUF (M.), *L'École de la France. Essais sur la Révolution, l'utopie et l'enseignement*, Gallimard, Paris, 1984, pp. 75-90.
- « Égalité », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007, pp. 139-163.

P

PALLARD (H.), « La Phénoménologie et le droit : Méthode et théorie en philosophie du droit », *R.R.J.*, 1988, vol. 3, pp. 677-727.

PANAFIT (L.), « La Halakha comme problématique de la connaissance », in ALVAREZ-PEREYRE (F.) et PANAFIT (L.) (dir.), *Le droit interne Hébraïque*, P.U. de Strasbourg, Strasbourg, 2004, pp. 7-56.

PARAT (C.), « La répression chez l'analyste », *Rev. Fr. de Psychanalyse*, 2001, vol. 65, no. 1, pp. 141-143.

PAREKH (B.),

- « Discourses on National Identity », *Political Studies*, 1994, vol. XLII, pp. 492-504.
- « Cultural Pluralism and The Limits of Diversity », *Alternatives: Global, Local, Political*, 1995, vol. 20, no. 4, pp. 431-457.
- « Minority Practices and Principles of Toleration », *It'l Migration Rev.*, 1996, vol. 30, no. 1, pp. 251-284.

PASTOREL (J.-C.), « Le principe d'égalité en Outre-Mer », *Nv. Cah.C.C.*, 2012, vol. 35, no. 2, pp. 73-93.

PAYNOT-ROUVILLOIS (A.), « Personne morale », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 1153-1157.

PETTIT (P.),

- « Freedom as Antipower », *Ethics*, 1996, vol. 106, no. 3, pp. 576-604.
- « Minority Claims Under Two Conceptions of Democracy, Chapter 11 », in IVISON (D.), PATTON (P.), SANDERS (W.) (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous People*, Cambridge U.P., Cambridge, 2000, pp. 199-215.
- « Libéralisme », in CANTO-SPERBER (M.) (dir.), *Dictionnaire d'Éthique et de Philosophie Morale, T.2*, P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2004, pp. 1078-1087.
- « Republican Freedom: 3 Axioms, 4 Theorems », in LABORDE (C.) & MAYNOR (J.) (eds.), *Republicanism and Political Theory*, Oxford, Blackwells, 2008, pp. 102-130.

PFERSMANN (O.), « Relativité de l'autonomie ontologique, confirmation de l'autonomie disciplinaire institutionnelle, paradoxe de l'hétéronomie épistémologique », in MATHIEU (B.) (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution Française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 527-544.

PICHERAL (C.), « Pluralisme et droits des minorités dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et Juges Européens des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2010, pp. 295-316.

PIERRÉ-CAPS (S.),

- « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'identité française », *R.S.A.M.O.*, 1990, no. 31, pp. 141-151
- « Karl Renner et l'État multinational. Contribution juridique à la solution d'imbroglios politiques contemporains », *Droit et Société*, 1994, no. 27, pp. 421-441
- « Les minorités et la notion de représentation », *Cah.C.C.*, 2008, vol. 23, (disponible en ligne).
- « Généalogie de la participation de tous aux affaires communes », *R.D.P.*, 2009, no. 1, pp. 151-170.

PIGEON (L.-P.), « The Meaning of Provincial Autonomy », *Can. Bar. Rev.*, 1951, vol. 29, pp. 1126-1135.

- PIMENTEL (C.-M.)**, « Quelques remarques sur les origines intellectuelles du pluralisme politique », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 29-52.
- PINARD (D.)**, « La ‘méthode contextuelle’ », *Can. Bar Rev.*, 2002, vol. 81, pp. 323-368.
- PITT (R.N.)**, « ‘Still Looking for My Jonathan’: Gay Black Men’s Management of Religious and Sexual Identity Conflicts », *J. of Hom.*, 2009, vol. 57, no. 1, pp. 39-53.
- PLESSIX (B.)**, « Léon Michoud », in HAKIM (N.) et MELLERAY (F.) (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, Méthodes du droit, Paris, 2009, pp. 306-330.
- PORTELLI (C.J.)**, « Economic Analysis of Same-Sex Marriage », *J. of Hom.*, 2004, vol. 47, no. 1, pp. 95-109.
- PRANDINI (R.)**, « The Morphogenesis of Constitutionalism », in DOBNER (P.) and LOUGHLIN (M.) (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford U.P., Oxford, 2010, pp. 309-326.
- PREUSS (U.K.)**, « Disconnecting Constitution From Statehood. Is Global Constitutionalism a Viable Concept? », in DOBNER (P.) and LOUGHLIN (M.) (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford U.P., Oxford, 2010, pp. 23-46.
- PROVENCHER (D.M.)**, « Coming Out à l’Oriental: Maghrebi-French Performances of Gender, Sexuality, and Religion », *J. of Hom.*, 2011, vol. 58, no. 6-7, pp. 812-833.

R

- RAHMAN (M.) and HUSSAIN (A.)**, « Muslims and Sexual Diversity in North America », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *Faith, Politics and Sexual Diversity in Canada and the United States*, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2011, pp. 255-274.
- RANGEON (F.)**, « Droits-libertés et droits-créances : les contradictions du préambule de la Constitution de 1946 », in KOUBI (G.) (dir.), *Le préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, P.U.F., Paris, 1996, pp. 169-186.
- RAYNAUD (P.)**,
- « Le constitutionnalisme », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 266-271.
 - « Démocratie », in FURET (F.) et OZOUF (M.) (dir.), *Dictionnaire critique de la Révolution française. Idées*, Champs/Flammarion, Paris, 2007, pp. 104-120.
- RAYSIDE (D.)**, « Cross-Border Parallels at the Political Intersection of Sexuality and Religion », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *Faith, Politics and Sexual*

Diversity in Canada and the United States, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2011, pp. 357-373.

READ (J. E.), « The Early Provincial Constitutions », *Can. Bar Rev.*, 1948, vol. 26, no. 4, pp. 621-637.

RÉAUME (D.),

- « Indignities: Making a Place for Dignity in Modern Legal Thought », *Queen's L.J.*, vol. 28, 2002, pp. 61-94.
- « Discrimination and Dignity », *Louisiana L. Rev.*, 2003, vol. 63, pp. 645-695.
- « Limitations on Constitutional Rights: The Logic of Proportionality », 2009, Paper no. 26 U. of Oxford L. R. P. S. : <http://www.ssrn.com/link/oxford-legal-studies.html>.

REBER (B.), « Pluralisme moral : les valeurs, les croyances et les théories morales », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 21-46.

REDOR-FICHOT (M.-J.), « Universalisme et Pluralisme », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 163-194.

REIMER (S.), « 'Civility without Compromise'. Evangelical Attitudes Towards Same-Sex Issues in Comparative Context », in RAYSIDE (D.) and WILCOX (C.) (eds.), *Faith, Politics and Sexual Diversity in Canada and the United States*, U.B.C. P., Vancouver and Toronto, 2011, pp. 71-86.

RENARD (G.), « Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution », in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 485-503.

RIFKIN (M.), « Indigenizing Agamben. Rethinking Sovereignty in Light of the 'Peculiar' Status of Native Peoples », *Cultural Critique*, 2009, vol. 73, pp. 88-124.

ROBERTS (S.), « Against Legal Pluralism. Some Reflections on the Contemporary Enlargement of the Legal Domain », *J.L.P.*, 1998, no. 42, pp. 95-106.

ROCHER (G.),

- « Les fondements de la société libérale, les relations industrielles et les Chartes », in ROCHER (G.), *Études de Sociologie du Droit et de l'Éthique*, Thémis, Montréal, 1996, pp. 67-82.
- « Tensions et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs », in ROCHER (G.), *Études de Sociologie du Droit et de l'Éthique*, Thémis, Montréal, 1996, pp. 99-108.
- « Droit, pouvoir et domination », in ROCHER (G.), *Études de Sociologie du Droit et de l'Éthique*, Thémis, Montréal, 1996, pp. 235-258.
- « Droits fondamentaux, citoyens minoritaires, citoyens majoritaires », in COUTU (M.), BOSSET (P.), GENDREAU (C.), VILLENEUVE (D.) (dir.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, Éditions Thémis, Montréal, 1999, pp. 25-41.

RODEN (F.S.), « Introduction », in RODEN (F.S.) (ed.), *Jewish/Christian/Queer. Crossroads and Identities*, Ashgate, coll. Queer Interventions, Farnham and Burlington, 2009, pp. 1-18.

ROGERS Jr. (E.F.), « Paul on Exceeding Nature: Queer Gentiles and the Giddy Gardener », in RODEN (F.S.) (ed.), *Jewish/Christian/Queer. Crossroads and Identities*, Ashgate, coll. Queer Interventions, Farnham and Burlington, 2009, pp. 19-34.

ROSENBLUM (N.L.), « Introduction. Pluralism, Integralism, and Political Theories of Religious Accommodation », in ROSENBLUM (N.L.) (ed.), *Obligation of Citizenship and Demands of Faith. Religious Accommodation in Pluralist Democracies*, Princeton U.P., Princeton, 2000, pp. 3-31.

ROSENFELD (M.),

- « L'égalité et la tension dialectique entre l'identité et la différence », *Constitutions*, 2010, pp. 177-194.
- « Recasting Secularism as One Conception of the Good Among Many in a Post-Secular Constitutional Polity », in ROSENFELD (M.) and MANCINI (S.) (eds.), *Constitutional Secularism in an Age of Religious Revival*, Oxford U.P., Oxford, 2014, pp. 79-108.

ROSENTHAL (R.S.), « Of Pearls and Fish: An Analysis of Jewish Legal Texts on Sexuality and Their Significance for Contemporary American Jewish Movements », *Colum. J. Gender & L.*, 2006, vol. 15, no. 2, pp. 485-541.

ROULAND (N.),

- « Le pluralisme juridique en anthropologie », *R.R.J.*, 1993, vol. 2, pp. 567-571.
- « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et Société*, 1994, vol. 27, pp. 380-418.

ROUSSEAU (D.),

- « Le nouvel horizon du droit constitutionnel », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 887-894.
- « Le 'mariage pour tous' relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, 13 Décembre 2012, no. 348, pp. 5-6.

ROUSSEL (J.-F.), « Roman Catholic Religious Discourse About Manhood in Québec : From 1900 to the Quiet Revolution (1960-1980) », *J. of Men's Stud.*, 2003, vol. 11, no. 2, pp. 145-155.

ROUX (A.), « Le principe constitutionnel de la libre administration des collectivités territoriales », *R.F.D.A.*, 1992, p. 435.

ROUX (J.),

- « La QPC sur le 'mariage homosexuel' : une question plus nouvelle que sérieuse », *Recueil Dalloz*, 20 Janvier 2011, no. 3, pp. 209-213.
- « Le 'mariage pour tous' et la Constitution : la méthode et le fond (réponse à Alexandre Viala) », *R.D.L.F.*, 2013, chron. no. 6, (disponible en ligne).

ROUYERE (A.), « Les personnes publiques spécialisées », in GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, coll. Traités, Paris, 2011, T. II, pp. 333-379.

RUBIN (E. L.) and FEELEY (M. M.), « Federalism and Interpretation », *Publius : The J. of Federalism*, 2008, vol. 38, no. 2, pp. 167-191.

RUBIN (G.S.),

- « Le Marché aux femmes. 'Économie politique' du sexe et systèmes de sexe/genre », in RUBIN (G.S.), *Surveiller et Jouir. Anthropologie politique du sexe*, Éditions Epel, Paris, 2010, pp. 23-82.
- « Penser le sexe. Pour une théorie radicale de la politique de la sexualité », in RUBIN (G.S.), *Surveiller et Jouir. Anthropologie politique du sexe*, Éditions Epel, Paris, 2010, pp. 128-135.

RUÉDA (F.), « L'État institutionnel chez Maurice Hauriou : manifestations d'une souveraineté indivisible », in *La souveraineté aujourd'hui*, A.T.D.C., Centre de Publication Universitaire, Tunis, 1996, pp. 237-251.

RYDER (B.),

- « Equality Rights and Sexual Orientation: Confronting Heterosexual Family Privilege », *Can. J. of Fam. L.*, 1990, vol. 9, pp. 39-97.
- « The Little Sisters Case, Administrative Censorship, and Obscenity Law », *Osgoode Hall L.J.*, 2001, vol. 39, no. 1, pp. 207-227.
- « The Canadian Conception of Equal Religious Citizenship », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 87-109.

RYDER (B.), FARIA (C.C.), LAWRENCE (E.), « What's Law Good For? An Empirical Overview of Charter Equality Rights Decisions », *S.C.L.Rev. (2d)*, 2004, vol. 24, pp. 103-136.

S

SABSAY (L.), « The Emergence of the Other Sexual Citizen: Orientalism and the Modernization of Sexuality », *Citizenship Studies*, 2012, vol. 16, no. 5-6, pp. 605-623.

SAINT-BONNET (F.),

- « Un droit constitutionnel avant le droit constitutionnel ? », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2000, vol. 32, pp. 7-20.
- « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-Burqa. Réflexions sur la mort au monde et l'incarcération volontaire », *Jus Politicum*, 2012, vol. VII, (disponible en ligne).

SAKARIA (A.), « Worshipping Substantive Equality over Formal Neutrality: Applying the Endorsement Test to Sect-Specific Legislative Accommodations », *Harv. C.R.-C.L. L.Rev.*, 2002, vol. 37, pp. 483-502.

SAMUEL (G.), « Legal Pluralism: Law and Equity in the English Legal System », *E. J. of Comp. L. & Gov.*, 2010, vol. 11, pp. 117-131.

SCELLE (G.), « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 501-515.

SCHEPPELE (K.L.), « Aspirational and Aversive Constitutionalism: The Case For Studying Cross-constitutional Influence Through Negative Models », *I-CON*, 2003, vol. 1, no. 2, pp. 296-324.

SCHLOSBERG (D.), « The Pluralist Imagination », in DRYZEK (J.S.), HONIG (B.) and PHILLIPS (A.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford U.P., Oxford, 2006, pp. 142-160.

SCHNEIDERMAN (D.), « Associational Rights, Religion, and the Charter », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 65-86.

SCOTT (F. R.),

- « Political Nationalism and Confederation », *Can. J. of Eco. & Pol. Sc.*, 1942, vol. 8, no. 3, pp. 386-415.
- « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism », in SCOTT (F. R.), *Essays on the Constitution. Aspects of Canadian Law and Politics*, U. of Toronto P., Toronto and Buffalo, 1977, pp. 251.

SCOTT (J.W.), « Multiculturalism and the Politics of Identity », *October: The Identity in Question*, 1992, vol. 61, pp. 12-19.

SFEZ (L.), « Institution (doctrine) », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la Culture Juridique*, Lamy-P.U.F., coll. Quadrige, Paris, 2003, pp. 835-837.

SHACHAR (A.),

- « Two Critiques of Multiculturalism », *Card. L.Rev.*, 2001-2002, vol. 23, no. 1, pp. 253-297.
- « Religion, State, and the Problem of Gender: New Modes of Citizenship and Governance in Diverse Societies », *McGill L.J.*, 2005, vol. 50, pp. 49-88.
- « Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law », *Th'l Inq. L.*, 2008, vol. 9, no. 2, pp. 573-607.
- « State, Religion, and the Family: The New Dilemmas of Multicultural Accommodation », in AHDAR (R.) and ARONEY (N.) (eds.), *Shari'a in the West*, Oxford U.P., Oxford, 2009, pp. 115-133.

SHARPE (R.J.), « The Constitutional Legacy of Chief Justice Brian Dickson », *Osgoode Hall L.J.*, 2000, vol. 38, no. 1, pp. 189-224.

SHEPPARD (C.), « Grounds of Discrimination: Towards an Inclusive and Contextual Approach », *Can. Bar Rev.*, 2001, vol. 80, pp. 893-916.

SHIFFRIN (S.V.), « Egalitarianism, Choice-Sensitivity, and Accommodation », in WALLACE (R.J.), PETTIT (P.), SCHEFFLER (S.), SMITH (M.) (eds.), *Reason and Value. Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz*, Clarendon P., Oxford, 2004, pp. 270-302.

SHOMURA (C.), « 'These are Bad People'. Enemy Combatants and the Homopolitics of the 'War on Terror' », *Theory and Event*, 2010, vol. 13, no. 1, (disponible en ligne).

SLATTERY (B.),

- « Understanding Aboriginal Rights », *Can. Bar Rev.*, 1987, vol. 66, pp. 727-783.
- « The Organic Constitution: Aboriginal Peoples and the Evolution of Canada », *Osgoode Hall L.J.*, 1999, vol. 34, no. 1, pp. 101-112.
- « Making Sense of Aboriginal and Treaty Rights », *Can. Bar Rev.*, 2000, vol. 79, pp. 196-224.

SMALL (J.), « Multiculturalism, Equality, and Canadian Constitutionalism: Cohesion and Difference », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 196-211.

SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in FONTAINE (L.) (dir.), *Droit et Pluralisme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2007, pp. 73-99.

SOULIER (G.), « Droit des minorités et pluralisme juridique », *R.R.J.*, 1993, vol. 2, pp. 625-638.

SOUVIGNET (X.), « Éditorial : le juriste (enfin) dans la Cité », *Jurisdoctoria*, 2013, no. 9, (disponible en ligne).

SPADE (D.), « Law as Tactics », *Colum. J. G. & L.*, 2011, vol. 21, pp. 442-473.

SPINNER-HALEV (J.), « Liberalism and Religion: Against Congruence », *Th'l Inq. In L.*, 2008, vol. 9, pp. 553-572.

SPONCHIADO (L.), « De l'usage des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République dans le débat sur le mariage des personnes de même sexe », *R.F.D.C.*, 2013, no. 96, pp. 951-974.

STEIN (E.), « Evaluating the Sex Discrimination Argument for Lesbian and Gay Rights », *U.C.L.A. L.Rev.*, 2001-2002, vol. 49, pp. 471-518.

STRINGFELLOW (R.), « Soul Work. Developing a Black LGBT Liberation Theology », in BOISVERT (D.L.) and EMERSON JOHNSON (J.) (eds.), *Queer Religions. Vol. 1. Homosexuality in Modern Religious History*, Praeger, Santa Barbara, 2012, pp. 113-125.

STYCHIN (C.),

- « A Postmodern Constitutionalism: Equality Rights, Identity Politics, and the Canadian National Imagination », *Dalh. L.J.*, 1994, vol. 17, no. 1, pp. 61-82.
- « Essential Rights and Contested Identities: Sexual Orientation and Equality Rights Jurisprudence in Canada », *Can. J. of L. & Soc.*, 1995, vol. 8, no. 1, pp. 49-66.

SUDRE (F.), « Le pluralisme saisi par le juge européen », in LEVINET (M.) (dir.), *Pluralisme et Juges Européens des Droits de l'Homme*, Bruylant, coll. Droit et Justice, Bruxelles, 2010, pp. 33-59.

SWINTON (K.), « Federalism, the Charter, and the Courts: Rethinking Constitutional Dialogue in Canada », in KNOP (K.), OSTRY (S.), SIMEON (R.), SWINTON (K.) (eds.), *Rethinking Federalism: Citizens, Markets, and Governments in a Changing World*, U. of British Columbia P., Vancouver, 1995, pp. 294-315.

T

TAMAHANA (B.Z.), « Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global », *Sydney L.Rev.*, 2008, vol. 30, pp. 375-411.

TARLTON (C. D.), « Symmetry and Asymmetry as Elements of Federalism : A Theoretical Speculation », *J. of Pol.*, 1965, vol. 27, no. 4, pp. 861-874.

TEHRANIAN (J.), « Performing Whiteness: Naturalization Litigation and the Construction of Racial Identity in America », *Yale L.J.*, 2000, vol. 109, no. 4, pp. 817-848.

TELFORD (H.), « The Federal Spending Power in Canada: Nation-building or Nation-destroying? », *Publius: The J. of Federalism*, 2003, vol. 33, no. 1, pp. 23-44.

TEMELINI (S.), « Multicultural Rights, Multicultural Virtues: A History of Multiculturalism in Canada », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 43-60.

TEMPELMAN (C.), « Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism And Exclusion », *Political Studies*, 1999, vol. XLVII, pp. 17-31.

TERRÉ (F.), « Le pluralisme et le droit », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 69-83.

TEUBNER (G.), « Societal Constitutionalism: Alternatives to State-centred Constitutional Theory? », in JOERGES (C.), SAND (I.-J.), TEUBNER (G.) (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, coll. International Studies in the Theory of Private Law, Portland, 2004, pp. 3-28.

THÉRET (B.), « Du principe fédéral à une typologie des fédérations : quelques propositions », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) et GÉLINAS (F.) (dir.), *Le Fédéralisme dans tous ses états. Gouvernance, identité et méthodologie*, Bruylant et Éditions Yvon Blais, Bruxelles, 2005, pp. 99-133.

TIERNEY (S.), « Introduction: Constitution Building in a Multicultural State », in TIERNEY (S.) (ed.), *Multiculturalism and the Canadian Constitution*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2007, pp. 3-26.

TIMSIT (P.), « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2000, vol. 33, pp. 3-18.

TREMBLAY (L.B.),

- « La théorie constitutionnelle canadienne et la primauté du droit », *McGill L.J.*, 1994, vol. 39, pp. 101-143.

Bibliographie générale

- « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels », *R.J.T.*, 1995, vol. 29, no. 2, pp. 460-525.
- « La justification des restrictions aux droits constitutionnels : Une affaire de rationalité ou de légitimité ? », *Nat'l J.C.L.*, 1998, vol. 10, pp. 41-67.
- « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », *R.D.U.S.*, 2002, vol. 33, pp. 69-95.
- « Marbury v. Madison and Canadian Constitutionalism: Rhetoric and Practice », *The Geo. Wash. Int'l L.Rev.*, 2004, vol. 36, pp. 515-541.
- « Two Models of Constitutionalism and the Legitimacy of Law: Dicey or Marshall? », *Oxf. Univ. Comm. L.J.*, 2006, vol. 6, no. 1, pp. 77-101.
- « Religion, tolérance et laïcité : le tournant multiculturel de la Cour suprême », in GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) (dir.), *Le droit, la religion et le 'raisonnable'. Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Éditions Thémis, Montréal, 2009, pp. 213-259.
- « Le fondement normatif du principe de proportionnalité en théorie du droit », in TREMBLAY (L.B.) et WEBBER (G.C.N.) (dir.), *La limitation des droits de la Charte : Essais critiques sur l'arrêt R. c. Oakes / The limitation of Charter Rights: Critical Essays on R. v. Oakes*, Éditions Thémis, Montréal, 2009, pp. 77-114.
- « Deux thèses sur la démocratie et le constitutionnalisme : la souveraineté du peuple et l'engagement préalable », *R.D.U.S.*, 2011, vol. 41, pp. 583-605.
- « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », *McGill L.J.*, 2012, vol. 57, no. 3, pp. 429-471.

TROIANIELLO (A.), « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionnalisme ? », *Le Débat*, 2003, vol. 124, no. 2, pp. 58-72.

TROPER (M.),

- « Pour une définition stipulative du droit », *Droits. Revue française de théorie*, 1989, no. 10, pp. 101-104.
- « Justice constitutionnelle et démocratie », *R.F.D.C.*, 1990, vol. 1, pp. 31-48.
- « Préface: Sur la théorie juridique de l'État », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 5-22.
- « Le positivisme juridique », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 27-44.
- « Autorité et raison en droit public français », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 106-126.
- « Réflexions autour de la théorie kelsenienne de l'État », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 143-160.
- « La théorie dans l'enseignement du droit constitutionnel », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 239-250.
- « Le problème de l'interprétation et la supralégalité constitutionnelle », in TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'État*, P.U.F., coll. Léviathan, Paris, 1994, pp. 293-315.
- « Kelsen et l'idéologie des constitutionnalistes français », in HERRERA (C.-M.) (dir.), *L'actualité de Kelsen en France*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Paris, 2001, pp. 29-46.
- « La constitution comme système juridique autonome », *Droits. Revue Française de Théorie*, 2002, vol. 35, pp. 63-78.
- « Préface », in BRUNET (P.), *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Bruylant, L.G.D.J., coll. La pensée juridique, Bruxelles, 2004, pp. III-VII.

- « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cah.C.C.*, 2010, vol. 28, (disponible en ligne).

TROTTER (G.), « The Right to Decline Performance of Same-Sex Civil Marriages: The Duty to Accommodate Public Servants – A Response to Professor Bruce MacDougall », *Sask. L.Rev.*, 2007, vol. 70, no. 1, pp. 365-392.

TULLY (J.),

- « Défi constitutionnel et art de la résistance : la question des peuples autochtones au Canada », in VIBERT (S.) (dir.), *Pluralisme et Démocratie, entre culture, droit et politique*, Éditions Québec Amérique, C.R.É.Q.C., Montréal, 2007, pp. 309-354.
- « Modern Constitutional Democracy and Imperialism », *Osgoode Hall L.J.*, 2008, vol. 46, pp. 461-493.

V

VALDES (F.), « Queers, Sissies, Dykes and Tomboys: Deconstructing the Conflation of ‘Sex’, ‘Gender’ and ‘Sexual Orientation’ in Euro-american Law and Society », *Cal. L.Rev.*, 1995, vol. 83, no. 1, pp. 1-378.

VALVERDE (M.), « ‘The Honour of the Crown is at Stake’: Aboriginal Land Claims Litigation and the Epistemology of Sovereignty », *U.C. Irvine L.Rev.*, 2011, vol. 1, no. 3, pp. 955-974.

VAN PRAAGH (S.),

- « Identity’s Importance: Reflections of – and on – Diversity », *Can. Bar Rev.*, 2001, vol. 80, pp. 604-619.
- « View from the Succah: Religion and Neighbourly Relations », in MOON (R.) (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, U. of British Columbia P., Vancouver and Toronto, 2008, pp. 21-40.

VANDERLINDEN (J.), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *R.R.J.*, 1993, vol. 2, pp. 573-583.

VERPEAUX (M.), « Dissimulation du visage, la délicate conciliation entre la liberté et un nouvel ordre public », *A.J.D.A.*, 2010, p. 2373.

VIALA (A.),

- « De la promotion d’une règle à la normalisation d’une discipline », in MATHIEU (B.) (dir.), *1958-2008. Cinquantième anniversaire de la Constitution Française*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 519-526.
- « Un PFRLR contre le mariage gay ? : Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu’elle veut qu’il dise », *R.D.L.F.*, 2013, chron. no. 4, (disponible en ligne).

VIBERT (S.), « Le pluralisme culturel comme réponse politique au fait de la diversité culturelle ? », *Mouvements*, 2005, vol. 37, no. 1, pp. 15-21.

VOLPP (L.), « The Culture of Citizenship », *Th'l Inq. L.*, 2007, vol. 8, no. 2, pp. 570-601.

VULLIERME (J.-L.), « Descriptions systématiques du droit », *A.P.D.*, 1988, t. 33, pp. 155-167.

W

WALDRON (J.), « Status v. Equality: The Accommodation of Difference », in SHABANI (O.-A.) (ed.), *Multiculturalism and Law: A Critical Debate*, U. of Wales P., Cardiff, 2007, pp. 129-155.

WALINE (M.), « Positivisme philosophique, juridique et sociologique », in *Mélanges Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, pp. 519-534.

WALKER (N.), « The Idea of Constitutional Pluralism », *Modern L.Rev.*, 2002, vol. 54, no. 3, pp. 317-355.

WALTERS (M.D.), « The 'Golden Thread' of Continuity: Aboriginal Customs at Common Law and Under the Constitution Act, 1982 », *McGill L.J.*, 1999, vol. 44, pp. 711-752.

WALTON (G.), « 'Fag Church': Men Who Integrate Gay and Christian Identities », *J. of Hom.*, 2006, vol. 51, no. 2, pp. 1-17.

WARNER (M.),

- « Introduction: Fear of a Queer Planet », *Social Text*, 1991, vol. 9, pp. 3-17.
- « Introduction », in WARNER (M.) (ed.), *Fear of a Queer Planet. Queer Politics and Social Theory*, U. of Minnesota P., Minneapolis, 1993, pp. VII-XXI.

WEBBER (J.), « The Irreducibly Religious Content of Freedom of Religion », in EISENBERG (A.) (ed.), *Diversity and Equality: The Changing Framework of Freedom in Canada*, U. of British-Columbia P., Vancouver and Toronto, 2006, pp. 178-200.

WEINRIB (L.), « Canada's Charter of Rights: Paradigm Lost? », *Rev. of Const. Stud.*, 2002, vol. 6, no. 2, pp. 119-178.

WEISS (J.T.), « The Gender Caste System: Identity, Privacy, and Heteronormativity », *Law & Sexuality*, 2001, vol. 10, pp. 123-186.

WHITEHEAD (A.I.), « Sacred Rites and Civil Rites: Religion's Effect on Attitudes Toward Same-Sex Unions and the Perceived Cause of Homosexuality », *Soc. Sc. Quat.*, 2010, vol. 90, no. 1, pp. 63-79.

WILCOX (M.M.), « Outlaws or Inlaws? Queer Theory, LGBT Studies, Religious Studies », *J. of Hom.*, 2007, vol. 52, no. 1-2, pp. 73-100.

WOEHLING (J.),

- « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *McGill L.J.*, 1998, vol. 43, pp. 325-401.
- « L'avis de la Cour suprême du Canada sur l'éventuelle sécession du Québec », *R.F.D.C.*, 1999, vol. 37, pp. 3-27.
- « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada », *McGill L.J.*, 2000, vol. 46, pp. 21-68.
- « Les trois dimensions de la protection des minorités en droit constitutionnel comparé », *R.D.U.S.*, 2003-2004, vol. 34, pp. 93-155.

WRIGHT (J.) and JONES (H.S.), « A Pluralist History of France? », in WRIGHT (J.) and JONES (H.S.) (eds.), *Pluralism and the Idea of the Republic in France*, Palgrave, Macmillan, London, 2012, pp. 1-22.

Y

YIP (A.K.T.), « The Politics of Counter-Rejection: Gay Christians and the Church », *J. of Hom.*, 1999, vol. 37, no. 2, pp. 47-63.

YOSHINO (K), « The New Equal Protection », *Harv. L.Rev.*, 2011, vol. 124, no. 1, pp. 747-803.

YOUNG (I.M.), « Polity and Group Difference: A Critique of the Idea of Universal Citizenship », in SUNSTEIN (C.R.) (ed.), *Feminism and Political Theory*, The U. of Chicago P., Chicago, 1990, p. 117.

Z

ZOLLER (É.), « Le pluralisme, fondement de la conception américaine de l'État », *A.P.D.*, 2005, vol. 49, pp. 109-122.

INDEX DE JURISPRUDENCE

*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes
dans lesquels les décisions, arrêts et jugements sont cités*

Décisions Canadiennes

Décisions de la Cour Suprême du Canada et du Conseil Privé de la Reine

Campbell v. Hall (1774), 1 Cowp. 204, 98 E.R. 1045 (K.B.) : **356**.

Brassard c. Langevin, [1877] 1 R.C.S. 145 : **723, 751**.

Johnson c. Minister and Trustees of St Andrew's Church Montreal, [1878] 1 R.C.S. 235 : **751**.

Mercer c. Ontario (P.-G.), [1881] 5 S.C.R. 538 : **391**.

Bank of Toronto v. Lambe, [1887] 12 A.C. 575 : **376**.

Jones v. Dorland, [1887] 14 S.C.R. 39 : **769**.

Ste. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen, [1888] 14 A.C. 46 : **454**.

Ontario (A.-G.) v. Dominion (A.-G.) (Local prohibition Case), [1896] A.C. 348 : **359**.

Ash v. The Methodist Church, [1901] 31 S.C.R. 497 : **769**.

Polushie v. Zacklynski, [1905] 37 S.C.R. 177 : **769**.

Wharton, [1915] A.C. 330 ; 18 D.L.R. 353 : **358**.

MacKell, [1917] A.C. 62 : **20**.

Cameron v. The Church of Christ, [1918] 57 S.C.R. 298 : **769**.

Re the Board of Commerce Act, [1922] 1 A.C. 191 : **359**.

Edwards c. Canada (A.-G.), [1930] A.C. 124 : **375, 378, 391**.

Les Syndics d'écoles dissidentes de St. Romuald v. Shannon, [1930] S.C.R. 599 : **770**.

Re : La réglementation et le contrôle de l'aéronautique au Canada, [1932] A.C. 54 : **346**.

- Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100 : **391, 487**.
- Barickman Hutterian Mutual Corporation v. Nault*, [1939] S.C.R. 223 : **767**.
- Boucher c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 265 : **728, 751**.
- Saumur c. Ville de Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299 : **728, 751**.
- Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834 : **728, 751**.
- Henry Birks and Sons (Montreal) Ltd. v. Montreal (The City of)*, [1955] S.C.R. 799 : **756**.
- Switzman c. Elbing et P.G. du Québec*, [1957] R.C.S. 285 : **346, 487**.
- Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121 : **728, 751**.
- Lamb v. Forget*, [1959] S.C.R. 321 : **751**.
- The Lord's Day Alliance of Canada v. British Columbia (A.G.)*, [1959] S.C.R. 497 : **753**.
- Vandekerckhove v. The Corporation of the Township of Middleton*, [1962] S.C.R. 75 : **770**.
- Lieberman v. R.*, [1963] S.C.R. 643 : **757**.
- Robertson and Rosetanni v. R.*, [1963] S.C.R. 651 : **756**.
- Re Offshore Mineral Rights of B. C.*, [1967] R.C.S. 792 : **349**.
- Klippert c. La Reine*, [1967] R.C.S. 822 : **785, 812-813**.
- Walters et alii v. Alberta (A.G.)*, [1969] S.C.R. 383.
- Walter et al. v. Alberta (A.G.) et al.*, [1969] S.C.R. 383 : **769**.
- Hofer v. Interlake Colony of Hutterian Brethren*, [1970] S.C.R. 958, 13 D.L.R. (3d) 1 : **766**.
- Hofer v. Hofer*, (1970) 73 W.W.R. 644 (S.C.C.) : **1030**.
- R. c. Lupien*, [1970] R.C.S. 263 : **804-806, 813**.
- Calder c. Colombie Britannique (P.G.)*, [1973] R.C.S. 313 : **432**.
- Lavell c. Canada (P.G.)*, [1974] R.C.S. 1349 : **585**.
- Retzer c. Retzer*, [1975] 2 R.C.S. 881 : **773**.
- Re : Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373 : **360**.
- P.G. Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770 : **756**.
- Re : Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198 : **359**.
- Guay c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 18 : **802**.
- G.A.T.E. c. Vancouver Sun*, [1979] 2 R.C.S. 435 : **826**.

Index de jurisprudence

Québec (P.G.) c. Blaikie et autres, [1979] 2 R.C.S. 1016 : **352**.

Renvoi : Compétence du Parlement relativement à la Chambre Haute, [1980] 1 R.C.S. 54 : **346**.

Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution, [1981] 1 R.C.S. 753 : **344, 351, 368, 371**.

Renvoi sur l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution, [1982] 2 R.C.S. 793 : **338, 344, 351**.

Law Society of Upper Canada c. Skapinker, [1984] 1 R.C.S. 357 : **377**.

Guérin c. R., [1984] 2 R.C.S. 335.

Caldwell c. Thomas Aquinas High School, [1984] 2 R.C.S. 603 : **739**.

Hunter et autres c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145 : **12, 331, 378, 391**.

Bhinder c. CN, [1985] 2 R.C.S. 561 : **762**.

Commission Ontarienne des droits de la personne c. Simpson Sears, [1985] 2 R.C.S. 536 : **515, 762**.

R. c. Big M Drug Mart Ltd, [1985] 1 R.C.S. 295 : **334, 364, 379, 403-404, 502-509, 751, 866**.

Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba, [1985] 1 R.C.S. 721 : **339, 364, 368**.

Renvoi : Motor Vehicle Act de C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486 : **12, 378, 391**.

Skoke-Graham v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 106 : **761**.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103 : **183, 334, 496-499, 869**.

R. c. Jones, [1986] 2 R.C.S. 284 : **770**.

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd, [1986] 2 R.C.S. 573 : **426**.

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713 : **13, 334, 404, 494, 510, 751, 866**.

Renvoi relatif au projet de loi 30 (Ont.), [1987] 1 R.C.S. 1148 : **346**.

Ontario (P.G.) c. SEFPO, [1987] 2 R.C.S. 2 : **346, 374**.

R. c. Holmes, [1988] 1 R.C.S. 914 : **378, 485**.

Ford c. Québec (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 712 : **183, 364, 488**.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143 : **584-595**.

C.É.P.S.M. c. Québec (P.G.), [1989] 1 R.C.S. 377 : **760**.

Irwin Toy Ltd c. Québec (P.G.), [1989] 1 R.C.S. 927 : **487-490**.

R. c. Turpin, [1989] 1 R.C.S. 1296 : **592**.

R. c. Tutton, [1989] 1 R.C.S. 1392 : **773**.

- Edmonton Journal c. Alberta (P.-G.)*, [1989] 2 R.C.S. 1326 : **860, 487**.
- R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 : **433-434**.
- Alta (H.C.R.) c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489 : **762**.
- McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 : **426**.
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 : **487, 874, 973**.
- Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892 : **12, 331, 495, 874**.
- Osborne c. Canada*, [1991] 2 R.C.S. 69 : **393**.
- R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.
- Renvoi relatif aux circonscriptions électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158 : **346**.
- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452 : **813**.
- Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 : **491**.
- R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731 : **13, 21, 331, 486**.
- Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, [1992] 2 R.C.S. 970 : **762**.
- Lakeside Colony of Hutterian Brethren c. Hofer*, [1992] 3 R.C.S. 165 : **767, 1030**.
- Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813 : **402, 629**.
- New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319 : **17, 368, 372**.
- Canada (P.G.) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554 : **406, 668-685**.
- Renvoi relatif à la loi sur l'instruction publique*, [1993] 2 R.C.S. 511 : **20, 346**.
- Hy and Zel's Inc. c. Ontario (P.G.)*, [1993] 3 R.C.S. 675 : **757**.
- P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141 : **773**.
- Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695 : **596**.
- Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 : **725, 773**.
- Colombie-Britannique (P.-G.) c. Canada (P.-G.)*, [1994] 2 R.C.S. 41 : **17**.
- Colombie-Britannique (P.G.) c. Canada ; Acte concernant le chemin de fer de l'île de Vancouver (Re)*, [1994] 2 R.C.S. 41 : **373**.
- Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525 : **514, 759**.
- Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835 : **498, 858, 861, 864, 865, 871**.

- B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 : **725, 772**.
- Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418 : **586, 593**.
- Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513 : **364, 402, 406, 629, 669, 837, 930**.
- Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627 : **586**.
- Large c. Stratford (Ville)*, [1995] 3 R.C.S. 733 : **515**.
- R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 : **862, 872**.
- Ross c. Conseil scolaire du district No. 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825 : **725, 755**.
- R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507 : **420, 432, 434**.
- R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723 : **435**.
- R. c. Côté*, [1996] 3 R.C.S. 139 : **442**.
- Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609 : **770**.
- R. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157 : **860, 872**.
- Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241 : **594**.
- Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 : **584**.
- Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 : **368**.
- Renvoi relatif à l'indépendance des juges de la Cour provinciale de l'I.P.E.*, [1997] 3 R.C.S. 3 : **374**.
- R. c. Hydro-Québec* [1997] 3 R.C.S. 213 : **360**.
- R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484 : **629-630**.
- Eldridge c. Colombie-Britannique (P.G.)*, [1997] 3 R.C.S. 624 : **594**.
- Delgamuukw c. Colombie Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 : **420, 434, 454-463**.
- Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 : **335, 669, 831, 931-940**.
- Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 : **11, 13, 330, 331, 332, 344, 345, 347, 355, 357, 358, 493**.
- R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393 : **434**.
- Law c. Canada (Ministre de l'emploi et de l'immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 : **406, 596-601**.
- M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3 : **843-845**.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. B.C.G.S.E.U., [1999] 3 R.C.S. 3 : **525, 595**.

Wells c. Terre-Neuve, [1999] 3 R.C.S. 199 : **359**.

Première nation de Westbank c. British Columbia Hydro and Power Authority [1999] 3 R.C.S. 134 : **355**.

R. c. Marshall, [1999] 3 R.C.S. 456 : **445**.

R. c. Mills, [1999] 3 R.C.S. 668 : **857-858, 860, 867, 872**.

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120 : **838-842**.

Mitchell c. M.R.N., [2001] 1 R.C.S. 911 : **342**.

R. c. Mentuck, [2001] 3 R.C.S. 442 : **860-861, 865, 871**.

Trinity Western University c. British Columbia College of Teachers, [2001] 1 R.C.S. 772 : **760, 862, 863, 864, 1011-1018**.

Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances), [2002] 2 R.C.S. 522 : **862, 871**.

Chamberlain c. Surrey School District No. 36, [2002] 4 R.C.S. 710 : **1001-1010**.

Figueroa c. Canada (P. G.), [2003] 1 R.C.S. 912 : **355**.

R. c. Powley, [2003] 2 R.C.S. 207 : **434**.

Paul c. Colombie Britannique (Forrest Appeals Commission), [2003] 2 R.C.S. 585 : **434**.

Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (P.G.), [2004] 1 R.C.S. 76 : **614**.

R. c. Demers, [2004] 2 R.C.S. 489 : **355**.

Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551 : **500, 517-519, 863, 866**.

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), [2004] 2 R.C.S. 650 : **763**.

Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E., [2004] 3 R.C.S. 381 : **614**.

Hodge c. Canada (Ministre du développement et des Ressources Naturelles), [2004] 3 R.C.S. 357 : **613**.

Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie Britannique (P.G.), [2004] 3 R.C.S. 657 : **614**.

Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe, [2004] 3 R.C.S. 698 : **378, 730, 847, 860, 861, 864, 1041-1042**.

Renvoi relatif à la loi sur l'assurance-emploi (Can.), [2005] 2 R.C.S. 669 : **357, 378**.

Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, [2006] 1 R.C.S. 256 : **520-522**.

R. c. Sappier, R. c. Gray, [2006] 2 R.C.S. 686 : **434**.

Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta, [2007] 2 R.C.S. 3 : **355, 357**.

Bruker c. Marcovitz, [2007] 3 R.C.S. 607 : **511-512, 771**.

R. c. Kapp, [2008] 2 R.C.S. 483 : **406, 602-604**.

A.C. c. Manitoba (Directeurs des services à l'enfant et à la famille), [2009] 2 R.C.S. 181 : **772, 873**.

Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, [2009] 2 R.C.S. 567 : **19, 335, 523-525, 869**.

Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters [2009] 3 R.C.S. 407 : **355**.

Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster, [2011] C.S.C.R. No. 26 : **1038**.

Renvoi relatif à la loi sur les valeurs mobilières, [2011] 3 R.C.S. 837 : **355, 360**.

S.L. c. Commission scolaire des Chênes, [2012] 1 R.C.S. 235 : **740**.

R. c. N.S., [2012] 3 R.C.S. 726 : **474, 547-557, 752, 865-870**.

Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott, [2013] 1 R.C.S. 467 : **972-978**.

Renvoi relatif à la loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6, (2014) C.S.C. 21 : **337, 353**.

Renvoi relatif à la réforme du Sénat, (2014) C.S.C. 32 : **337, 353**.

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, (2014) C.S.C. 44: **420, 455, 457, 460**.

Décisions de Tribunaux ou Cours de la province de l'Ontario

Ottawa Valley Power v. Ontario (A.G.), [1936] 4 D.L.R. 594 (Ont. C.A.) : **359**.

Partland v. Partland (1960), 24 DLR (2d) 576 (Ont. H.C.) : **801, 1043**.

R. v. Glynn (1971), 5 C.C.C. (2d) 364 (Ont. C.A.) : **813**.

R. v. Roestad (1971), 19 C.R. (N.S.) 190 (Ont. Co. Ct) : **802**.

Damien v. Ontario Racing Commission (1975), 11 O.R. (2d) 489 (H.C.J.) : **826**.

R. c. McMillan (1975), 23 C.C.C. (2d) 160 (Ont. C.A.) : **804**.

R. v. White (1975), 25 C.C.C. (2d) 172 (Ont. C.A.) : **813**.

Re Damien and Human Rights Commission (1976), 12 O.R. (2d) 262 (H.C.J.) : **826**.

D. v. D. (1978), 88 D.L.R. (3d) 578 (Ont. Co. Ct) : **820**.

- Singh v. Workmen's Compensation Board Hospital*, (1981), 2 C.H.R.R. D/549 (Ont. Bd. Inq.) : **752**.
- Re L. (R.)*, [1981] O.J. No. 382 (Co. Ct) (Q.L.) : **807**.
- R. v. Taylor* (1982), 66 C.C.C. (2d) 437 (Ont. C.A.) : **813**.
- Roosma v. Ford Motor Co. of Canada No. 4* (1985), 24 C.H.R.R. D/89 (Ont. Bd. Inq.) : **762**.
- R. v. Kluge*, [1987] O.J. No. 766 (C.A.) (Q.L.) : **808**.
- P-B. (D.) v. P-B. (T.)*, [1988] O.J. No. 2398 (Prov. Ct.) (Q.L.) : **1044**.
- R. v. LeBeau* (1988) 41 C.C.C. (3d) 163 (Ont. CA) : **813**.
- Re Andrews and Minister of Health for Ontario* (1988), 64 O.R. (2d) 258 (Ont. H.C.) : **816**.
- Zylberger et al. v. Sudbury Board of Education* (1988), 65 O.R. (2d) 641 (C.A.) : **760**.
- R. v. Veysey*, [1989] OJ No. 1015 (C.A.) (Q.L.) : **801**.
- United Church of Canada v. Anderson*, [1991] 2 O.R. (2d) 304 (Prov. Ct.) : **1038**.
- Peel Board of Education v. Pandori*, (1991) 3 O.R. (3d) 531 (Div. Ct.) : **752, 759**.
- Children's Aid Society of the District of Thunder Bay c. T.T.*, [1992] O.J. No. 2975 (Prov. Div.) (Q.L.) : **802**.
- Haig and Birch v. Canada* (1992), 9 O.R. (3d) 495 (Ont. C.A.) : **669, 831**.
- Leshner v. Ontario (Ministry of the A.-G.)* (1992), 16 C.H.R.R. D/184 (Ont. Bd. Inq.) : **831**.
- Layland v. Ontario (Minister of Consumer and Commercial Relations)* (1993), 104 D.L.R. (4th) 214 (Ont. Div. Ct) : **819, 834**.
- Application in Islamic Schools Federation of Ontario v. Ottawa Board of Education*, (1994), O. C. (G. Div.), Ct. File No. 84372/94 : **759**.
- Y.J. v. N.J.*, (1994) O.J. No. 2359 : **228**.
- Re C.E.G. (No.2)*, [1995] O.J. No. 4073 (Ont. Ct) : **846**.
- R. v. Carmen M.* (1995), 23 O.R. (3d) 629 (Ont. CA) : **813, 832**.
- Re K. and B.* (1995), 23 O.R. (3d) 679 (Ont. Prov. Ct) : **817, 846**.
- Rosenberg v. Canada* (1995), 25 O.R. (3d) 612 (Ont. Ct. Gen. Div.) : **834**.
- Rosenberg v. Canada (A.-G.)*, [1998] O.J. No. 1627 (Ont. C.A.) : **845**.
- Kaddoura v. Hammoud*, (1998) 44 R.F.L. (4th) 228, 168 (D.L.R.) (4th) 503 (Ont. S.C.) : **228**.
- Freitag v. Penetanguishene* (1999), 47 O.R. (3d) 301, 179 D.L.R. (4th) 150 (Ont. C.A.) : **733, 753**.
- Brillinger v. Brockie (No. 3)* (2000), 37 C.H.R.R.D./15 (Ont. Bd. Inq.) : **739**.

Index de jurisprudence

Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission), (2001) 54 O.R. (3d) 595 (C.A.) : **733, 753**.

Brockie v. Brillinger (No. 2), (2002), 43 C.H.R.R. D/90 (Ont. S.C.) : **756**.

Hall (Litigation Guardian of) v. Powers, [2002] O.J. No. 1803 : **1019-1028**.

Brockie v. Brillinger, [2002] O.J. No. 2375 : **954-957**.

Halpern v. Canada (P.G.) (2003), 65 O.R. (3d) 201 (Ont. C.A.) : **847**.

Allen v. Corporation of the County of Renfrew, 2004 CanLII 13978 (Ont. S.C.) : **753**.

Heintz v. Christian Horizons (2008), H.R.T.O. 22, File numb. : HR-0837-04 : **739, 761, 950-952**.

Ontario Human Rights Commission et al. v. Christian Horizons (2010), O.N.S.C. 2105, 102 O.R. (3d) 267 : **950, 952-953**.

R. v. Veysey, 2010 O.N.S.C. 3704 : **801**.

R. v. N.S., 2010 O.N.C.A. 670 (CanLII) : **474, 540-546**.

Dallaire v. Les Chevaliers de Colomb, 2011 H.R.T.O. 639 : **752**.

Huang v. 1233065 Ontario, 2011 H.R.T.O. 825 (CanLII) : **751**.

Décisions de Tribunaux ou Cours de la province de Colombie-Britannique

Re Vancouver Sun and G.A.T.E. (1977) 77 D.L.R. (3d) 487 (BC. C.A.) : **826**.

Anderson v. Luoma (1986), 50 R.F.L. (2d) 127 (BC. S.C.) : **802**.

R. v. Noyes (1986), 6 B.C.L.R. (2d) 306 (S.C.) : **815**.

Elliott v. Elliott, [1987] B.C.J. No. 43 (SC) (QL) : **820**.

Russow v. British Columbia (A.G.) (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 29 (S.C.) : **760**.

Saunders v. Saunders (1989), 20 RFL (3d) 368 (BC. Co. Ct) : **815**.

Brown v. B.C. (Minister of Health) (1990), 66 D.L.R. (4th) 444 (BC. S.C.) : **830**.

Knodel v. B.C. (Medical Service Committee) (1991), 58 B.C.L.R. (2d) 356 (BC. S.C.) : **830**.

Moore v. British Columbia (Ministry of Social Services) (1992), 17 C.H.R.R. D/426 (B.C.C.H.R.) : **762**.

R. v. Caskenette (1993), 80 C.C.C. (3d) 439 (BC. C.A.) : **808**.

Little Sisters Book and Art Emporium v. Minister of Justice (1996), 131 DLR (4th) 486 (BC. S.C.) : **813**.

Chamberlain c. Surrey School District No. 36, [1998] B.C.J. No. 2923 : **1007**.

Dhillon v. British Columbia (Ministry of Transportation and Highways) (1999), 35 C.H.R.R. D/293 (B.C.H.R.T.) : **752**.

Chamberlain c. Surrey School District No. 36, 2000 B.C.C.A. 519 : **1008-1009**.

EGALE Canada Inc. v. Canada (A.-G.) (2003), 225 D.L.R. (4th) 472 (BC. C.A.) : **847**.

Kempling v. B.C.C.T., 2004 B.C.S.C. 133 : **755, 992-993**.

Kempling v. British Columbia Board of Teachers, 2005 B.C.C.A. 327 : **992-994**.

P. (S.E.) v. P. (D.D.), 2005 B.C.S.C. 1290 : **806**.

Smith and Chymyshyn v. Knights of Columbus, Sandra Hauser and Elmer Lazar, 2005 B.C.H.R.T. 544 : **756, 942-949**.

Rand v. Anglican Synod of the Diocese of British Columbia, [2008] B.C.J. No. 1302 (BC. C.A.) : **1039-1040**.

Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster, [2009] B.C.J. No. 2336 (BC. S.C.) : **1036-1040**.

Chiang v. Vancouver Board of Education, 2009 B.C.H.R.T. 319 : **863, 995-997**.

Bentley v. Anglican Synod of the Diocese of New Westminster, [2010] B.C.J. No. 2201 (BC. C.A.) : **1038**.

William v. British Columbia, 2012 B.C.C.A. 285 (BC. C.A.) : **420**.

Décisions de Tribunaux ou Cours de la province du Québec

Connolly v. Woolrich and Jonhston and al. (1867), 17 R.J.R.Q. 75 (C.S.Q.) : **443-444**.

L'association A.D.G.Q. v. Catholic School Commission of Montreal (1979), 112 D.L.R. (3d) 230 (QC. Sup. Ct) : **829**.

Re Priape Enrg. And the Deputy Minister of National Revenue, (1979), 52 C.C.C. (2d) 44 (QC. S.C.) : **813**.

R. v. Ammar Nouasria (13 janvier 1994), 500-01-003139-927 (Cour du Québec) : **229**.

R. v. Mailhot (1996), 108 C.C.C. (3d) 376 (QC. CA) : **813**.

The Gazette c. Valiquette, [1997] R.J.Q. 30 : **815**.

Commission des droits de la personne c. Commission des affaires sociales, [1999] R.J.Q. 180 : **845**.

Forget c. Outremont (Ville d'), [2001] R.J.Q. 1565 (QC. C.S.) : **764**.

Index de jurisprudence

Rosenberg c. Outremont (City), [2001] R.J.Q. 1556, 84 C.R.R. (2d) 331 : **764**.

Hendricks c. Québec (P.G.), [2002] R.J.Q. 2506 (QC. C.S.) : **847**.

Québec (Commission des droits de la personne) c. Laval (Ville), 2006 CanLII 33156 (QC. T.D.P.) : **753**.

Congregation of the Followers of the Rabbis of Belz to Strengthen Torah c. Val-Morin (Municipalité de), 2008 Q.C.C.A. 577 : **763**.

Protection de la jeunesse – 082692, [2008] J.Q. No. 19742 : **1045**.

Simoneau c. Tremblay, 2011 Q.C.T.D.P. 1 (CanLII) : **753**.

Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois, 2013 Q.C.C.A. 936 (CanLII) : **753**.

Décisions de Tribunaux ou Cours de la province du Manitoba

Re North and Matheson (1974), 2 D.L.R. (3d) 280 (Man. Co. Ct) : **827**.

T. v. T. and W. (1975), 24 R.F.L. 57 (Man. Q.B.) : **818**.

Vogel v. Manitoba, [1983] 4 C.H.R.R. D/1654 : **793, 827**.

Hothi v. R., [1985] 3 W.W.R. 256 (Man. Q.B.) : **752**.

R. v. Hothi, [1986] 3 W.W.R. 671 (Man. C.A.) : **752**.

R. v. Ryznar (1986), 43 Man. R. (2d) 143 (C.A.) : **808**.

Lakeside Colony of Hutterian Brethren v. Hofer, [1989] 63 D.L.R. (4th) 473 (Man Q.B.) : **767**.

Vogel v. Government of Manitoba (1995), 126 D.L.R. (4th) 72 (Man. CA) : **845**.

Schroen v. Steinbach Biblical College (1999), 35 C.H.R.R. D/1 (Man. Bd. Adj.) : **761**.

Décisions de Tribunaux ou Cours de la province de la Saskatchewan

Gaveronski v. Gaveronski (1974), 45 D.L.R. (3d) 317 (Sask. Q.B.) : **817**.

Board of Governors of the U. of Saskatchewan v. Sask. U.R. Commission, [1976] 3 W.W.R. 385 (Sask. Q.B.) : **792**.

Re Board of Governors of the University of Saskatchewan and Saskatchewan Human Rights Commission (1976), 66 D.L.R. (3d) 561 (Sask. Q.B.) : **805, 826**.

Worby v. Worby (1985), 48 R.F.L. (2d) 369 (Sask. Q.B.) : **820**.

(Re) In the Matter of Marriage Commissioners Appointed Under The Marriage Act, 1995, S.S. 1995, c. M-4.1, 2011 S.K.C.A. 3 : 990.

Fancy v. Saskatoon School Div. No 13 (1999), 35 C.H.R.R. D/9 : 760.

Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission) (2001), 40 C.H.R.R. D/197 (Bd. Inq.) : 959.

Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission), 2002 S.K.Q.B. 506 : 959-961.

Brendan Wallace et alii v. William Whatcott, 2005 Sask. H.R.T. (2 mai) : 966-968.

Owens v. Saskatchewan (Human Rights Commission), 2006 S.K.C.A. 41 : 755, 962-965.

Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal), 2007 S.K.Q.B. 450 : 969.

Nichols v. M.J., 2009 S.K.Q.B. 299 : 762, 985-990.

Whatcott v. Saskatchewan (Human Rights Tribunal), 2010 S.K.C.A. 26 : 970.

Décisions de Tribunaux ou Cours de la province de l'Alberta

Hofer v. Waldner, [1921] 1 W.W.R. 177 (Alta S.C.) : 768, 1030.

R. v. K. & H. (1957), 26 CR 186 (Alta. S.C.) : 807.

K. v. K. [1976] 2 W.W.R. 462 (Alta. Prov. Ct) : 820.

R. v. Fraser (1980), 55 C.C.C. (2d) 503 (Alta. C.A.) : 805.

Tuli v. St Albert Protestant Separate School District No. 6 (1985), 8 C.H.R.R.D./3906 (Alta Q.B.) : 739.

Tuli v. St. Albert Protestant Separate School (1986) 8 C.H.R.R. D/3736 (Alta Bd. Inq.) : 759.

R. v. Hansford (1987), 33 C.C.C. (3d) 74 (Alta. C.A.) : 808.

Vriend v. Alberta, (1994) 18 Alta. L. R. (3d) 286 (Alta. Q.B.) : 935.

Vriend v. Alberta, (1996) 37 Alta. L. R. (3d) 364 : 936-938.

R. v. Weston, [1997] A.J. 263 (Q.B.) (Q.L.) : 808.

R. v. Lucien (1998), A.Q. no 8 : 229.

R. v. Durocher (2007), 413 A.R. 117 (Alta. Q.B.) : 808.

Décisions de Tribunaux ou Cours Fédéraux et Tribunal Canadien des Droits de la Personne

Stiles v. The Queen (1986), 13 F.T.R. 234 (F.C.T.D.) : **829**.

Bordeleau v. Canada, [1989] F.C.J. No. 553 (F.C.T.D.) : **830**.

Veysey v. Correctional Service of Canada (1989), 29 F.T.R. 74 (F.C.A.) : **830**.

Re A.-G. of Canada and Mossop (1990), 71 D.L.R. (4th) 661 (F.C.A.) : **814**.

Kurvits v. Canada (The Treasury Board) (1991), 14 C.H.R.R. D/469 (C.H.R.T.) : **762**.

Nielsen v. Canada, [1992] F.C.J. No. 227 (F.C. T.D.) : **834**.

Douglas v. The Queen, [1993] 1 F.C. 264 : **832**.

Roach c. Canada (Ministre d'État au Multiculturalisme et à la Citoyenneté), [1994] 2 C.F. 406 : **494**.

Grant v. Canada, [1995] 1 C.F. 158 : **752**.

Halm v. Canada (Minister of Employment and Immigration) [1995], 2 F.C. 331 (F.C. T.D.) : **813, 832**.

Nijjar c. Canada 3000 Airlines Ltd. (1999), 36 C.H.R.R. D/76 : **752**.

Pannu v. B.C. (Workers' Council Compensation Board) (No2) (2000), 38 C.H.R.R.D./494 : **739**.

Décisions de Tribunaux ou Cours de la province du Nouveau-Brunswick, de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, de Nouvelle-Écosse et des Territoires du Nord-Ouest

White v. The Queen (1964), 44 C.R. 75 (NB. S.C. App. Div.) : **818**.

Morrison v. Morrison (1972), 2 Nfld. & P.E.I.R. 465 (PEI S.C.) : **806, 817**.

R. v. Ruby, [1986] N.J. No. 154 (Nfld. C.A.) (Q.L.) : **807**.

R. v. H. (E.), [1987] N.W.T.R. 168 (S.C.), 174 : **802**.

Newfoundland and Labrador (H.R.C.) v. Nolan and Barry, [1995] N.J. No. 283 (Nfld. S.C.) (Q.L.) : **831**.

Nova Scotia (Minister of Finance) v. Hodder, [1998] N.S.J. No. 125 (NS. C.A.) : **845**.

R. v. W.J.M. (2000), 194 Nfld. & P.E.I.R. 38 (Nfld. S.C.) : **808**.

Index des décisions françaises

Décisions du Conseil Constitutionnel

Décision n° 59-2 D.C. du 24 juin 1959, *Règlement de l'Assemblée nationale*, Rec. p. 58 : **265**.

Décision n° 71-42 D.C. du 18 mai 1971, *Dispositions tendant à modifier le règlement du Sénat*, Rec. p. 19 : **265**.

Décision n° 71-44 D.C. du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. p. 29 : **28**.

Décision n° 73-51 D.C. du 27 décembre 1973, *Lois de finances pour 1974*, Rec. p. 25 : **579**.

Décision n° 77-87 D.C. du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, Rec. p. 42 : **316**.

Décision n° 81-129 D.C. du 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion*, Rec. p. 35 : **262**.

Décision n° 82-141 D.C. du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. p. 48, cons. 5 : **262**.

Décision n° 82-146 D.C. du 18 novembre 1982, *Loi modifiant le code électoral et le code des communes*, Rec. p. 66 : **471**.

Décision n° 84-181 D.C. du 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. p. 78 : **262**.

Décision n° 84-184 D.C. du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*, Rec. p. 949 : **316**.

Décision n° 84-185 D.C. du 18 janvier 1985, *Loi portant dispositions diverses relatives aux rapports entre l'État et les collectivités territoriales*, Rec. p. 36 : **470**.

Décision n° 86-210 D.C. du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, Rec. p. 110 : **262**.

Décision n° 86-217 D.C. du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. p. 141 : **262**.

Décision n° 88-244 D.C. du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, Rec. p. 119 : **270**.

Décision n° 88-248 D.C. du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 18 : **263**.

Décision n° 89-257 D.C. du 25 juillet 1989, *Loi modifiant le code du travail*, Rec. p. 59 : **270**.

Décision n° 89-271 D.C. du 11 janvier 1990, *Loi relative à la limitation des dépenses électorales*, Rec. p. 21 : **263, 264**.

Décision n° 91-290 D.C. du 9 mai 1991, *Statut de la Corse*, Rec. p. 50 : **256, 421, 464-473**.

Index de jurisprudence

Décision n° 91-294 D.C. du 25 juillet 1991, *Loi autorisant l'approbation de la ratification de l'accord de Schengen*, Rec. p. 91 : **270**.

Décision n° 92-316 D.C. du 20 janvier 1993, *Loi relative à la prévention de la corruption*, Rec. p. 14 : **270**.

Décision n° 93-321 D.C. du 20 juillet 1993, *Loi réformant le code de la nationalité*, Rec. p. 196 : **465**.

Décision n° 93-325 D.C. du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. p. 224 : **691**.

Décision n° 93-329 D.C. du 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, Rec. p. 9 : **316**.

Décision n° 93-333 D.C. du 21 janvier 1994, *Loi modifiant la loi n°86-1067 relative à la liberté de communication*, Rec. p. 32 : **263**.

Décision n° 96-373 D.C. du 09 avril 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*, Rec. p. 43 : **465**.

Décision n° 96-375 D.C. du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, Rec. p. 60 : **579**.

Décision n° 99-412 D.C. du 15 juin 1999, *Charte Européenne des langues régionales ou minoritaires*, Rec. p. 71 : **28, 256, 421, 465**.

Décision n° 99-416 D.C. du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. p. 100 : **270**.

Décision n° 99-419 D.C. du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. p. 116 : **270, 694-695**.

Décision n° 2000-428 D.C. du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*, Rec. p. 70 : **468**.

Décision n° 2000-441 D.C. du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificatives pour 2000*, Rec. p. 201 : **262**.

Décision n° 2001-454 D.C. du 17 janvier 2001, *Loi relative à la Corse*, Rec. p. 70 : **465**.

Décision n° 2001-456 D.C. du 27 décembre 2001, *Loi de finances pour 2002*, Rec. p. 180 : **262**.

Décision n° 2003-468 D.C. du 03 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux*, Rec. p. 325 : **263**.

Décision n° 2003-484 D.C. du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Rec. p. 438 : **691**.

Décision n° 2004-490 D.C. du 12 février 2004, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française*, Rec. p. 41 : **263**.

Décision n° 2004-496 D.C. du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Rec. p. 101 : **327**.

Décision n° 2004-497 D.C. du 01 juillet 2004, *Loi relative aux communications électroniques*, Rec. p. 107 : **263**.

Décision n° 2004-505 D.C. du 19 nov. 2004, *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe*, Rec. p. 173 : **257, 327, 421, 470, 526**.

Décision n° 2006-540 D.C. du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88 : **327**.

Décision n°2006-543 du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, Rec. p. 120 : **327**.

Décision n° 2007-557 D.C. du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, Rec. p. 360 : **257, 471**.

Décision n° 2008-564 D.C. du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Rec. p. 313 : **327**.

Décision n° 2010-605 D.C. du 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence*, Rec. p. 78 : **327**.

Décision n° 2010-39 Q.P.C. du 6 octobre 2010, *Mmes Isabelle D. et Isabelle B.*, Rec. p. 264 : **693**.

Décision n° 2010-613 D.C. du 7 Oct. 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, Rec. p. 276 : **257, 474, 565-572**.

Décision n° 2010-92 Q.P.C. du 28 janvier 2011, *Mme. Corinne C et autres*, Rec. p. 87 : **257, 686-704**.

Décision n° 2011-157 Q.P.C. du 5 août 2011, *Société Somodia*, Rec. p. 430 : **266**.

Décision n° 2013-669 D.C. du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe*, Rec. p. 721 : **699-704**.

Décision n° 2013-353 Q.P.C. du 18 octobre 2013, *M. Franck M. et autres*, J.O.R.F. du 20 octobre 2013, p. 17219 : **704**.

Arrêts du Conseil d'État

C.E., 2 novembre 1992, *Kherouaa et autres*, Lebon p. 389, req. n°130394 : **319**.

C.E., 14 mars 1994, *Yilmaz*, req. n°145656 : **321**.

C.E., 10 mars 1995, *Aoukili*, Lebon p. 122, req. n°159981 : **322**.

C.E. Ass., 14 avril 1995, *Koen*, req. n° 157653 : **322**.

Index de jurisprudence

C.E. Ass., 14 avril 1995, *Consistoire central des Israélites de France et autres*, *Lebon* p. 168, req. n°125148 : **319, 322**.

C.E., 26 juillet 1996, *Université de Lille II*, req. n°170106 : **322**.

C.E., 27 novembre 1996, *Ligue Islamique du Nord*, *Lebon* p. 461, req. n°170207 et 170208 : **322**.

C.E., 20 octobre 1999, *Époux Ait Ahmad*, req. 181486 : **322**.

C.E., 6 avril 2001, *S.N.E.S.*, *Lebon* p. 171, req. n°219379 : **318**.

C.E., 27 juillet 2001, *Fonds de défense des musulmans en justice*, *Lebon* p. 400, req. n° 216903 : **326**.

C.E., 29 juillet 2002, *Bouaffad* : **325**.

C.E., Ordonnance du 25 octobre 2002, *Mme Renault*, req. n°251261 : **323**.

C.E., 24 octobre 2003, *Mme Benchemackh*, req. n°250084 : **326**.

C.E., 8 octobre 2004, *Union Française pour la Cohésion Nationale*, *Lebon* p. 367, req. n°269077 : **327**.

C.E., 15 décembre 2006, *Association United Sikhs*, *Lebon* p. 565 : **326**.

C.E., 14 février 2007, *Farid A.*, req. n°279704 : **325**.

C.E., 5 décembre 2007, *Ranjit A.*, *Lebon* p. 463, req. n°385394 : **327**.

C.E., 5 décembre 2007, *M. et Mme. Ghazal*, *Lebon* p. 465, req. n°295671 : **327**.

C.E., 21 décembre 2007, *Naïmi* : **325**.

C.E., 13 février 2008, *Lyes-Hacène* : **325**.

C.E., 27 juin 2008, *Mme Mabchour*, req. n°286798 : **326**.

Jugements de Tribunaux Administratifs

T.A. Bordeaux, 20 octobre 1994, *Lekfif c. C.H.U. de Bordeaux* : **322**.

T.A. Clermont-Ferrand, 6 avril 1995, *Époux Naderan*, req. n°941321-9590 : **322**.

T.A. Lille, 13 avril 1995, *El Massi Kannouh et Achouch*, req. n°95-282, 95-283, 95-284 : **322**.

Arrêt de Cour d'Appel

C.A. Paris, 25 mai 1990, *Brami c. Arbib* : **321**.

Arrêt de la Cour de Cassation

C.Cass., Ass. Plén., arrêt n°612, 25 juin 2014 : **327, 421, 474.**

Arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

C.E.D.H., *Handyside c/ Royaume Uni*, 7 décembre 1976, req. 5493/72 : **271.**

C.E.D.H., *Kjeldsen et autres c/ Danemark*, 7 décembre 1976, req. n° 5926/72 : **271.**

C.E.D.H., *Sunday Times c/ Royaume Uni*, 26 avril 1979, req. n° 6538/74 : **271.**

C.E.D.H., *Informationsverein Lentia et autres c/ Autriche*, 24 novembre 1993, req. n° 13914/88 : **271.**

C.E.D.H., *P.C.U. de Turquie c/ Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 133/1996/752/951 : **271.**

C.E.D.H., *Hassan et Tchaouch c/ Bulgarie*, 26 octobre 2000, [GC], req. n° 30985/96 : **273.**

C.E.D.H., *Gorzelik et autres c/ Pologne*, 17 février 2004, [GC], req. n°44158/98 : **272.**

C.E.D.H., *Vallianatos and others c/ Greece*, 7 novembre 2013, req. n° 29381/ 09 et 32684/09 : **705.**

C.E.D.H., *S.A.S. c/ France*, 1^{er} juillet 2014, [GC], req. n° 43835/11 : **327, 474, 565.**

Arrêts de la Cour Suprême des États-Unis

Bowers v. Hardwick (478 U.S. 186 (1986)) : **778.**

Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003) : **778.**

United-States v. Windsor, 570 U.S. (2013) : **705.**

INDEX DES AUTEURS

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes

A

AARNIO (A.) : 6, 412.

ABRAMS (K.) : 8, 218, 637.

ADAM (M.-A.) : 173, 336.

AHMED (L.) : 533, 534.

AHMED (S.) : 61, 63, 64, 415, 416, 452, 527, 655, 656, 657, 715-716.

AMSELEK (P.) : 48, 56, 58, 89, 113.

ANDERSON (G.W.) : 70, 185, 186, 187, 188, 189.

ANGUS (I.) : 16, 217, 365.

B

BAINES (B.) : 586, 607, 608, 609, 610.

BAKAN (J.) : 407, 418, 426, 427.

BARANGER (D.) : 99, 128, 386, 390, 391.

BARSH (R.L.) : 442, 446, 463.

BEAMAN (L.G.) : 557, 724, 837.

BEAUD (O.) : 1, 92, 98, 106, 107, 108, 117, 118, 119, 123, 124, 163, 164, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309.

BELLEY (J.-G.) : 3, 4, 5, 36, 45, 51, 52, 53.

BERNATCHEZ (S.) : 18, 391, 886, 887, 888.

BERNS (T.) : 105, 149.

BHABHA (F.) : 204, 492.

BHAMRA (M.K.) : 11, 74, 188, 189, 190, 191, 192, 193.

BIGOT (G.) : 119, 301.

BIOY (X.) : 30, 266, 270, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 580.

BLACHE (P.) : 196, 585, 586, 587.

BOBBIO (N.) : 1, 92, 93, 94, 110, 111, 112, 115, 128.

BORROWS (J.) : 438, 439.

BRETON (R.) : 173, 216.

BROUILLET (E.) : 306, 359, 880, 881, 882.

BROWN (D.M.) : 727, 728, 729, 730, 876, 877, 878, 879, 1024.

BROWN (W.) : 32, 65, 67, 236, 237, 398, 642.

BRUNET (P.) : 27, 91, 98, 99, 100, 101, 104, 114, 251, 697.

BUI-XIAN (O.) : 82, 88, 246, 323.

BUTLER (J.) : 2, 4, 8, 84, 86, 225, 286, 529, 531, 532, 645, 646, 647, 652, 654, 714, 1049.

C

CAMERON (D.) : 415, 449, 528, 674.

CARTER (M.) : 877, 878, 879.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) : 75, 97, 697, 699.

CHARLIER-DAGRAS (M-D.) : 313, 314, 315, 316, 317, 318, 321, 322.

CHEVRIER (M.) : 110, 132, 135, 360, 361, 402.

CHOUDHRY (S.) : 12, 177, 329, 399, 498, 514.

CHOW (R.) : 237, 450, 452, 453, 711.

CONKLIN (W. E.) : 46, 47, 357.

CONNOLLY (W.E.) : 8, 65.

COOPER (D.) : 222, 237, 637, 638, 643.

CORRIVEAU (P.) : 779, 780, 781, 782, 783, 784.

COSSMAN (B.) : 64, 234, 644, 651, 652, 655, 670, 671, 716, 822, 827, 833, 834, 835, 838, 839, 841, 842, 843, 928.

COTTERRELL (R.) : 113, 747, 748, 749.

D

DANIEL-HUGHES (C.) : 895, 897, 900, 901.

DE BÉCHILLON (D.) : 98, 688, 689, 690.

DE LAGASNERIE (G.) : 87, 88.

DEBBASCH (R.) : 27, 103, 251.

DELEUZE (G.) : 9, 416, 528.

DICEY (A.V.) : 17, 380, 381, 382, 383, 384.

DODEK (A.M.) : 12, 329, 363.

DOIG (J.W.) : 334, 625.

DUGGAN (L.) : 398, 660, 661.

DUGUIT (L.) : 94, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167.

E

EATON (M.) : 672, 676, 685, 822, 825, 829.

EISENMANN (C.) : 55, 56, 113, 114.

EL-ROUAYHEB (K.) : 913, 914, 915, 916, 917.

ÉMOND (A.) : 440, 446.

ESAU (A.) : 501, 761, 765, 767, 768, 769, 953, 1030.

ESKRIDGE Jr. (W.N.) : 778, 923, 924.

F

FARGUES (A.) : 29, 245, 246, 258.

FINEMAN (M.A.) : 625, 626, 627, 628.

FISHER (T.) : 212, 741, 742.

FOUCAULT (M.) : 2, 66, 67, 68.

FOURNIER (P.) : 64, 196, 230, 231, 232, 233, 422, 527, 581, 771, 925.

G

GALSTON (W.A.) : 140, 414.

GAUDREAU-DESBIENS (J.-F.) : 13, 14, 16, 65, 78, 82, 178, 196, 199, 219, 230, 343, 344, 355, 360, 396, 397, 401, 402, 403, 412, 426, 438, 477, 485, 489, 490, 494, 500, 501, 513, 514, 529, 583, 611, 631, 632, 713, 738, 883, 884, 885.

GEISSENGER (A.) : 909, 911, 912.

GENTILE (P.) : 229, 786, 787, 787, 789.

GILBERT (D.) : 222, 593, 613, 615, 617, 641.

GOTELL (L.) : 229, 650, 651, 822, 836, 934.

GRAMMOND (S.) : 420, 432, 434, 436, 437.

GRESCHNER (D.) : 601, 618, 635, 636.

GRIFFITHS (J.) : 32, 34, 35.

H

HÄBERLE (P.) : 69, 478, 479.

HALBERSTAM (J.) : 646, 658, 659.

HAURIOU (M.) : 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174.

HERMAN (D.) : 790, 791, 792, 793, 794, 822.

HEUSCHLING (L.) : 27, 87, 106, 251.

HOGG (P. W.) : 17, 18, 340, 359, 372, 391, 392, 394, 724.

HUTCHINSON (A.C.) : 222, 400, 411, 418, 426, 643.

I

IACOBUCCI (F.) : 857, 859, 860, 862, 871.

ISIN (E.F.) : 215, 927, 929.

IYER (N.) : 221, 229, 639, 640, 641, 676, 822, 828.

J

JAUME (L.) : 3, 26, 149, 150, 249, 250.

JENNINGS (J.) : 85, 242, 245.

JORDAN (M.D.) : 891, 901, 902, 903.

JOUANJAN (O.) : 85, 100, 107, 119, 120, 121, 122, 131, 134, 136, 137, 144, 145, 146, 147, 162, 165, 166.

K

KELSEN (H.) : 1, 95, 101, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 134, 137, 139, 143.

KENNEDY (W.P.) : 17, 356, 359, 385, 386, 387, 388.

KISLOWICZ (H.) : 203, 204, 205, 209, 736, 737, 765, 766, 767, 768, 771.

KROPP (D.) : 222, 640.

KYMLICKA (W.) : 11, 201, 206, 333, 334, 338, 340, 750.

L

LABORDE (C.) : 96, 156, 158, 311, 312, 317, 414, 564.

LAHEY (K.A.) : 797, 823.

LAJOIE (A.) : 18, 21, 331, 333, 334, 336, 359, 360, 391, 398, 399, 400, 822.

LEBEL-GRENIER (S.) : 33, 51, 385.

LECLAIR (J.) : 360, 395, 396.

LENOBLE (J.) : 48, 50, 86, 89, 90, 93, 102, 105, 111, 115, 117, 241.

M

MACDONALD (R.A.) : 1, 53, 57, 106, 411.

MACDOUGALL (B.) : 798, 799, 802, 805, 806, 807, 808, 815, 890, 928, 931, 982, 999, 1026.

MAGNET (J.E.) : 13, 219, 363, 486, 494.

MAHMOOD (S.) : 530, 535, 536, 537, 1032.

MARSHALL (G.) : 18, 350, 371, 392, 393, 394.

MARTIN (S.) : 616, 630.

MAULIN (É.) : 54, 107, 122, 123, 124.

MCNEIL (K.) : 405, 435, 437, 438, 446, 455.

MENDES (E.P.) : 198, 205, 333.

MERLEAU-PONTY (M.) : 58, 59, 60, 61, 62, 63.

MICHAELSON (J.) : 890, 892, 896, 901, 904, 907, 908.

MILLARD (É.) : 170, 571, 687, 697.

MINOW (M.) : 175, 227, 228, 234, 637.

MOHR (R.D.) : 775, 776, 890.

MONÉRA (F.) : 28, 97, 246, 258.

MOON (R.) : 209, 501, 720, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 998, 999, 1016, 1017, 1018.

MORIN (A.) : 588, 592, 593, 594, 595, 598.

MORISSETTE (Y.-M.) : 198, 584.

MOUTOUH (H.) : 34, 245, 424, 425.

N

NAPOLEON (V.) : 433, 461.

NEDELSKY (J.) : 177, 923.

O

OST (F.) : 7, 47, 48, 49, 50, 86, 89, 93, 102, 104, 109, 117, 118, 131, 681.

OTIS (G.) : 433, 434, 436, 437, 439, 440, 442, 446.

P

PAREKH (B.) : 202, 758.

PELLETIER (B.) : 349, 350, 352, 371.

PONTHOREAU (M.-C.) : 10, 28, 31, 54, 55, 74, 95, 96, 99, 105, 256, 425, 880.

R

RAZ (J.) : 428, 429, 430, 480, 481, 482, 483, 484.

RÉAUME (D.G.) : 222, 620, 621, 622, 623, 624, 886, 887, 888.

ROCHER (G.) : 57, 423, 431.

ROSENTHAL (R.S.) : 904, 905, 906.

ROULAND (N.) : 3, 23, 25, 40, 82, 247, 248, 270, 468.

RUBIN (G.S.) : 647, 648, 649.

RYDER (B.) : 209, 501, 514, 582, 611, 612, 720, 737, 832, 838, 839.

S

SAID (E.W.) : 650, 651.

SCHLOSBERG (D.) : 42, 43.

SCHMITT (C.) : 48, 71, 72, 73, 74, 161.

SCOTT (J.W.) : 88, 242, 243, 285, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 559, 560, 561, 562, 563, 564.

SHACHAR (A.) : 207, 208, 212, 475, 526, 528, 538, 569, 743, 744, 745, 746, 765, 774.

SHIPLEY (H.E.) : 890, 923, 928, 999, 1010, 1024, 1042.

SLATTERY (B.) : 443, 444, 445, 446.

SMITH (M.) : 668, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 826.

STYCHIN (C.) : 221, 618, 824.

T

TEMPELMAN (C.) : 200, 201, 202, 203, 213, 214, 750, 758.

TIERNEY (S.) : 176, 329, 351, 356.

TREMBLAY (L.B.) : 3, 19, 22, 39, 204, 369, 370, 376, 377, 378, 379, 380, 501, 525.

TROPER (M.) : 27, 54, 95, 96, 98, 100, 101, 103, 111, 113, 127, 251.

TULLY (J.) : 70, 92, 180, 181, 182, 183, 184, 446.

V-W-Y-Z

VIOLA (A.) : 3, 28, 256, 260, 266, 310, 311, 316, 318, 320, 467, 469, 470.

WESTON (K.) : 662, 663, 664, 665, 666.

WOEHLING (J.) : 11, 199, 329, 513, 515.

YOUNG (I.M.) : 177, 208.

ZOLLER (É.) : 94, 264.

INDEX THÉMATIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

Accommodements raisonnables :

Voir *Liberté culturelle de religion, et droit à l'égalité religieuse.*

- **Notion** : 513-516.
- - **des soucahs** : 517-519.
- - **du kirpan** : 520-522.
- - **des Huttérites** : 523-525.
- Voir *Niqab.*

Altérité :

- Voir *Exclusion.*
- - **et phénoménologie** : 59-64.
- - **et citoyenneté** : 313-218.
- - **et discrimination** : 223-228.
- - **et étrangers** : 714-716.

Autochtonité : Voir *Droit collectifs.*

C

Charte canadienne des droits et libertés :

- Voir *droits de groupe, liberté culturelle, et égalité.*
- **Liberté d'expression** : 485-490.
- - **et limitations** : 495-499.
- - **et interprétation** : 491-494.
- - **et minorités** : 13-21.
- - **et identités** : 219-238, 633-643.
- - **et classification** : 361-367.
- - **et constitutionnalisme** : 398-407.
- Voir *conflits de droits.*
- - **et liberté et égalité** : 480-484.

Citoyenneté :

- - **et personnalité** : 275-299.
- - **abstraction** : 284-287.

- - **et concaténations** : 276-283.
- - **et féminisme** : 288-299.
- - **culturelle** : 196-218.
- - **sexuelle** : 219-238.
- **Variations de la -** : 190-195.
- - **et exclusions** : 213-218,

Conflit de droits : 711-713, 855-856.

- **Principes d'interprétation** : 857-864.
- **Systématisation du -** : 865-870.
- **Exemples de -** : 871-874.
- **Critiques du -** : 875-889.
- - **et hiérarchie de droit** : 880-882.
- - **et hiérarchie d'identités** : 883-885. Voir *étrangers.*
- - **et proportionnalité** : 886-889.
- **Constitutionnalité renforcée** : 876-979.
- **Identités du -** : Voir *étrangers et structure identitaire.*

Constitution du Canada :

- Voir *constitutionnalisme.*
- **Histoire constitutionnelle** : 333-367.
- - **et Common Law** : 385-391.
- **Conventions de la -** : 392-397.
- - **et Dicey** : 380-384.
- **Modification de la -** : 349-354.
- **Pluralisme constitutionnel** : 368-397.
- **Préambule de la -** : 374-375.
- **Principes non écrits** : 374, 375.
- **Structure de la -** : 371-379.

Constitutionnalisme :

- **Notion** : 69-73, 84.
- - **et État** : 94-101.

- - **canadien** : 368-407.
- - **pluraliste** : 179-195.
- - **et identités** : 69-73,
- - **normatif** : 368-370.
- **Dualité de -** : 371-379.
- - **et exclusions** : 69-73, 190-195.
- Voir *Structure identitaire*.
- **Orientation pluraliste du -** : 2, 82-85.

Communautés identitaires : 718-850.

- Voir *identités et exclusion*.
- **Notion** : 744-749.
- - **de la liberté de religion** : 719-774.
 - **Universaliste** : 750-757.
 - **Civique** : 758-764.
 - **Primordialiste** : 765-773.
- - **de l'orientation sexuelle** : 796-850.
 - Voir *homosexualité*.
 - **Sexualisation** : 811-821.
 - **Orientation sexuelle** : 822-835.
 - **Désexualisation** : 836-842.
 - **Hétéro-normativisation** : 843-851.

Comparaison différentielle :

- **Dialectiques de la -** : 5-8.
 - **Positivisme et Pluralisme** : 30-57.
 - **Universalisme** et **Différentialisme** : 82-88.
 - **Républicanisme** et **Libéralisme pluraliste** : 411-417.
- **Critiques de la -** : 58-64.
- **Définition de la -** : 5, 10.
- **Idéaux-types de la -** :
 - **Canada** : 11-22.
 - **France** : 23-30.

Corps : Voir *Exclusion*.

D

Dehors constitutif :

- - **et phénoménologie** : 58-63.
- - **et altérité** : Voir *altérité*.

- - **et étrangers** : 714-716.

Dignité :

- - **et personnalité juridique** : 276-283.
- **Texture de la -** : 620-624.
- - **et égalité substantielle** : 602-604.

Discrimination :

- - **et exclusion** : 221-228.
- - **et identification** : 220-233.
- - **et communautés** : 633-643.
- - **et égalité substantielle** : 584-585.
- **Fardeau de la preuve** : 610-617.
- - **comme principe** : 606-609.
- - **et orientation sexuelle** : 822-835.
- - **et conception française** : 579-580.

Droits ancestraux : Voir *droits de groupe*.

Droits de groupe : 420-463.

- **Définition** : 423-425.
- **Justifications** : 426-431.
- - **et droits ancestraux** : 432-446.
 - - **et pluralisme personnel** : 432-437.
 - **sources et preuves des -** : 438-446.
 - - **et titre ancestral** : 454-463.
 - - **et postcolonialisme** : 448-453.
 - - **c. peuple corse** : 464-473.
 - - **rejetés en France** : 421, 465.

Droits fondamentaux :

- Voir *charte canadienne des droits, liberté culturelle, droits de groupe, égalité*.
- **Notion** : 74-78.
- - **comme vecteurs d'exclusion** : 69-78.
- - **et pluralisme classificatoire** : 361-367.
- - **et constitutionnalisme** : 398-407.
- - **et minorités** : 13-21.

E- F

Égalité :

- - **substantielle** : 582-583.
 - **Vecteur de pluralisme** : 582-
 - - **et discrimination** : 584-595.
 - - **et comparaison** : 596-601.
 - - **et dignité** : 602-604.
- - **rhétorique** :
 - **Notion** :
 - **Vecteur de pluralisme** :
 - Voir *liberté culturelle*.
- **Critiques de l'-** : 605-617.
 - **Autonomie normative** : 606-610.
 - **Fardeau de la preuve** : 611-617.
- **Texture de l'-** : 618.
 - **Dignité et vulnérabilité** : 619-628.
 - - **et contextualisation** : 629-632.
- - **et identités** : 633-643.
 - **Groupes identitaires** : 634-636.
 - **Régulation de l'identité** : 637-643.
- - **et exclusions** : 213-218.
- **Conception française** : 579-580.
- - **et citoyenneté** :
 - **Culturelle** : 196-218.
 - **Sexuelle** : 219-238.

Épistémologie : voir *comparaison différentielle*.

État :

- - **et universalisme** : 82.
- - **comme hypostase** : 92-101.
- - **et souveraineté** : 107-109.
- - **et constitution** : 110.
- - **et paradigme moniste** : 102-106.
- - **et positivisme** : 111-118.
- - **et pluralisme institutionnel** : 259-274.

- **Personnalités de -** : 134-174.
- **Identité de -** : 148-155.
- **État pluraliste** : 156-174.
 - **Notion** : 156-160.
 - **État collaboration** : 161-167.
 - **État institutionnel** : 168-174.
- **État administratif** : 300-309.
- **Souveraineté et compétence** : 303-305.
- **Dualité de l'-** : 306-309.

Étrangers :

- Voir *altérité, exclusion, identité et vulnérabilité*.
- **Notion** : 923-928.
- **Typologie des -** : 929-1045.
 - **Citoyens de second-rang** : 929-978.
 - **Réfugiés constitutionnels** : 979-1028.
 - **Apatrides constitutionnels** : 1029-1045.

Exclusion :

- Voir *identité et structure identitaire*.
- **Notion** : 1, 74,
- **Discrimination et -** : 221-228.
- **Identification et -** : 220-233.
- **Phénoménologie et -** : 58-63.
- - **et droits fondamentaux** : 69-78.
- - **et gouvernementalité** : 64-68.

Féminisme : 288-299.

G-H

Gouvernementalité : 8-9, 64-74, 78, 87-88, 310, 717.

- **Définition** : 64-68.
- **Biopolitique et discipline** : 66-67, 717.

Hétéronormativité : Voir *structure identitaire*.

Homosocialité : Voir *Structure identitaire*.

Homosexualité :

- Voir *identité* et *structure identitaire*.
- **Mariage homosexuel** : 667-704.
 - **Canada** : 668-685, 847-851.
 - **France** : 686-704.
- **Parenté Homosexuelle** : 655-666.
- **Identité de l'-** : 775-778.
 - **Moralisation** : 779-785.
 - **Sécurité publique** : 786-788.
 - **Juridicisation** : 789-795.
- **Régularisation de l'-** : 810.
 - **Sexualisation** : 811-821.
 - **Normalisation** : 822-835.
 - **Déssexualisation** : 836-842.
 - **hétéro-normativisation** : 843-851.
- **Caractères de l'-** : 796-800.
 - **Contingente** : 801-804.
 - **Identité de genre** : 805-806.
 - **Distinctive** : 807-809.
- **Homonormativité** : 660-661.
- **Homonationalisme** : 787-788, 848-851, 909-921.

Homosexualité et religion : 890-1045.

- Voir *étrangers, communautés*.
- **Conflits de droits** :
 - **Licenciements** : 942-946, 950-953, 991-994.
 - **Discours de haine** : 959-965, 966-978.
 - **Célébration du mariage** : 982-990, 1041-1042.
 - **Discriminations** : 942-946, 942-949, 954-957, 992-994, 995-997.
 - **Contexte scolaire** : 998-1000, 1001-1010, 1011-1018, 1019-1028.
 - **Propriété** : 1036-1040.
 - **Droit de la famille** : 1043-1045.
- **Conflits d'identités** :
 - **Sodomite** : 931-940.

- **Approche en spectre** : 942-946.
- **Transsubstantiation** : 941-957.
- **Performatif** : 958-978.
- **Discipline externe** : 981-997.
- **Discipline interne** : 998-1028.
- **Cohérence** : 1036-1040.
- **Menace** : 1041-1042.
- **Morbide** : 1043-1045.
- **Approche interdisciplinaire** : 890-922.
 - **Christianisme** : 894-903.
 - **Judaïsme** : 904-908.
 - **Islam** : 909-917.
 - **Race** : 918-921.

I

Idéal-type : voir *comparaison différentielle*.

Identités :

- Voir *étrangers, exclusion, structure identitaire* et *vulnérabilité*.
- **Notion** : 1-5, 8-9, 87-88, 415-417, 714-716.
- **et phénoménologie** :
 - **Notion** : 2, 58-63.
 - **Implicite** : 134-174, 288-299.
 - **Explicite** : 220-233.
 - **Concaténations** : 275-299.
 - **Classifications** : 361-367.
- **et identifications** : 196-218.
- **Frontières identitaires** : 633-643.

L

Laïcité :

- **Notion** : 311-317.
- **et juge administratif** : 318-324.
- **et juge constitutionnel** : 325-328.

Liberté culturelle :

- **liberté collective et culturelle** : 478-479.
- **Égalité rhétorique** : 480-484.

- **Interprétation** : 491-495.
- **Limitation** : 496-499.
- **Liberté d'expression** : 485-490.
- **Liberté de religion** : 500-501.
 - **Liberté culturelle de religion** : 502-512.
 - **Droit à l'égalité religieuse** : 513-525.
- **Niqab** : 526-572
 - **Interdisciplinaire** : 527-538.
 - **Canada** : 539-557.
 - **France** : 558-572.
- **Sécularité** : 311-317, 529-532, 559-564, 731-735.
- **Champ juridique et identitaire** : 719-740.
- **Freedom for / freedom from** : 729-740.
- Voir *communautés identitaires*.

M-N

Minorités : 13-21.

Modèle canadien : voir *comparaison différentielle et constitutionnalisme*.

Multiculturalisme : 196-218.

Niqab : 526-572.

- **comme agencement** : 527-528.
- **Historique du –** : 533-534.
- **Charge identitaire du séculier** : 311-317, 529-532, 559-564.
- **Agentivité et égalité de genre** : 535-538.
- **Canada** : 539-557.
 - **Cour d'appel de l'Ontario** : 540-546.
 - **Cour suprême du Canada** : 547-557.
- **France** : 558-572.
 - **Contexte identitaire** : 559-564.
 - **Conseil constitutionnel** : 565-572.

P

Personnalité :

- **de l'État** : 136-147.
- **du sujet de droit** : 275-299.
- **et concaténations** : 276-283.
- **et abstraction** : 284-287.
- **Naturalisations et féminisme** : 288-299.

Phénoménologie : 2, 58-63.

Pluralisme :

- **Définition et histoire du –** : 33-43.
- **Vecteurs de –** : 411-414
 - **Droits collectifs** : 422-446.
 - **Liberté culturelle** : 477-499.
 - **Égalité substantielle** : 582-604.
- **et positivisme** : 44-57.
- **comme gouvernementalité** : 8-9, 64-74, 78.
- **comme orientation** : 59-64, 82-88.
- **critique** : 52-53.
- **France** :
 - **Répression du –** : 94-133.
 - **et État** : 134-174.
 - **Forclusion du –** : 245-258.
 - **institutionnel** : 259-268.
 - **comme O.V.C.** : 261-263.
 - **par les droits** : 269-273.
 - **par concaténation** : 275-299.
 - **administratif** : 300-328.
- **Canada** :
 - **Modèle de –** : 179-195.
 - **et citoyennetés** : 175-178. Voir *citoyenneté*.
 - **et exclusions** : 190-195, 221-233.
 - **Critiques du –** : 206-218.
 - **Lignage du –** : 333-338.
 - **conditionnel** : 340-343.
 - **constitutif** : 344-347.
 - **régulatoire** : 348-360.
 - **et fédéralisme** : 355-360.
 - **classificatoire** : 361-367.
 - Voir *constitutionnalisme*.

- - **religieux** : 311-324, 500-525, 721-740.

Positivisme :

- - **et pluralisme** : 31-57.
- **Forclusion positiviste** : 111-118.
- **Forclusions françaises** : 119-132.
- - **sociologique et pluralisme** : 161-174.
- - **et identités du souverain** : 148-155.

Postcolonialisme : Voir *Structure identitaire*.

Q-R-S-T-U

Queer : Voir *Structure identitaire*.

Républicanisme : 411-417.

Structure identitaire :

- - **comme orientation** : 2, 8-9, 58-63, 415-417, 714-716.
- **Devenir une identité** : 229-233.
- **Postcolonialisme** : 450-453.
- **Homosocialité** : 449.
- **Hétéronormativité** : 645-654.
- **Hétéropatriarcalisme** : 527-538.

Universalisme :

- Voir *comparaison différentielle*.
- **Notion** : 82.
- **Rejet du pluralisme** : 252-258.
- **Figure de la République** : 241-251.

Vulnérabilité :

- - **et dignité** : 620-628.
- **Texture de la -** : 625-628.
- - **pluraliste** : 711-717, 741-749

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	7
<i>Liste des principales abréviations</i>	9
<i>Note de traduction</i>	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
I - CANADA C. FRANCE : LES IDÉAUX-TYPES DE LA COMPARAISON DIFFÉRENTIELLE	19
A - Idéal-type 1 : Un Canada (supposément) pluraliste	20
B - Idéaltype 2 : Une France (supposément) républicaine	26
II - PLURALISME JURIDIQUE C. POSITIVISME JURIDIQUE : UNE « FAUSSE » BONNE IDÉE	31
A - Difficulté 1 : le pluralisme comme « supplément » au monisme étatique	32
B - Difficulté 2 : un paradigme pluraliste pour une phénoménologie positiviste	38
III - DÉPLACER LA COMPARAISON DIFFÉRENTIELLE	45
A - Le pluralisme comme hypothèse critique : déplacer la comparaison	45
B - Les droits fondamentaux, vecteurs d'orientations et d'exclusions identitaires	49
<u>PREMIÈRE PARTIE</u>	57
<u>L'ORIENTATION PLURALISTE DU CONSTITUTIONNALISME</u>	57
CHAPITRE 1 – Généalogie formelle de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme: Forclusion française c. Promotion canadienne	63
§ 1 - GÉNÉALOGIE FORMELLE DE LA FORCLUSION FRANÇAISE DU PLURALISME: UNE PHÉNOMÉNOLOGIE IMPLICITE DE L'EXCLUSION	65
A- Forclusions françaises du pluralisme : un objet étatique, une science positive	65
1- Forclusions françaises du phénomène constitutionnel : le monisme étatique	66
a- <u>La pensée hypostasiée de l'État : limiter l'objet du droit constitutionnel</u>	66
b- <u>Un paradigme moniste généralisé : la réduction du phénomène constitutionnel</u>	72
c- <u>Le Triptyque « État – souveraineté – Constitution » de l'objet constitutionnel</u>	75
2- La forclusion française de la science constitutionnelle : le positivisme juridique	78
a- <u>Forclusions positivistes (kelséniennes) progressive de la science constitutionnelle</u>	78
b- <u>Forclusion progressive de la doctrine scientifique française constitutionnelle</u>	82
B- Tensions pluralistes de la rationalité juridique et personnalité(s) de l'État	88
1- De la personnalité juridique aux personnalités de l'État : identités du souverain	89
a- <u>Tensions pluralistes et pôle objectif de l'État-personne</u>	89
b- <u>Tensions identitaires et pôle subjectif de l'État-souverain</u>	96
2- Tensions pluralistes, positivisme sociologique et personnalité de l'État chez Duguit et Hauriou	101
a- <u>La proposition (britannique) d'un État pluraliste : une origine doctrinale française</u>	101
b- <u>Positivisme sociologique et État pluraliste chez Duguit : la pensée de l'État collaboration</u>	104
c- <u>Positivisme sociologique et État pluraliste chez Hauriou : la pensée de l'État institutionnel</u>	108

Constitutionnalisme et Exclusion

§ 2 - GÉNÉALOGIE FORMELLE DE LA PROMOTION CANADIENNE DU PLURALISME: UNE PHÉNOMÉNOLOGIE EXPLICITE DE L'EXCLUSION	113
A- Un modèle de constitutionnalisme pluraliste canadien et ses effets d'exclusion	115
1- Une pluralité saisie par le constitutionnalisme pluraliste canadien	115
2- Le constitutionnalisme entre transition épistémologique et discours structural	118
3- Le constitutionnalisme pluraliste et les variations exclusives de citoyenneté	120
B- Critiques de la citoyenneté culturelle canadienne : le multiculturalisme	124
1- Le différentialisme pluraliste canadien : entre égalité, socialité, et normativité	125
2- Critiques des frontières identitaires du différentialisme canadien	129
a- <u>Le différentialisme comme régulation de la différence</u>	130
b- <u>Le différentialisme comme citoyenneté exclusive</u>	134
c- <u>Le différentialisme comme identité nationale exclusive</u>	136
C- Critiques de la citoyenneté sexuelle canadienne : identification et exclusion	138
1- Le jeu exclusif de l'égalité morale : identifications et exclusions	138
a- <u>Égalité et Identification(s) : la dialectique de l'exclusion et de la discrimination</u>	139
b- <u>Exclusions et orientations identitaires : « devenir » une certaine identité</u>	143
2- Différentialisme canadien et citoyenneté sexuelle	146
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	149
CHAPITRE 2 – Généalogie matérielle de l'orientation pluraliste du constitutionnalisme: Répression française c. Parenté canadienne	151
§ 1 - GÉNÉALOGIE MATÉRIELLE DE LA RÉPRESSION FRANÇAISE DU PLURALISME: LA RÉPUBLIQUE IDENTIFIÉE	152
A- Le fantasme républicain ou le pluralisme institutionnel : situer le sujet de droit	153
1- La figure de la République en droit public français et le refoulement du pluralisme	154
a- <u>La répétition-justification de la République : universalisme juridique et identitaire</u>	155
b- <u>Le rejet constitutionnel justifié du pluralisme : inscriptions en droit positif</u>	158
2- Le pluralisme institutionnel: un refoulement râté du pluralisme en France	162
a- <u>Le pluralisme institutionnel de la République: situer le sujet de droit</u>	162
b- <u>Le pluralisme institutionnel : la tension démocratique de la République</u>	165
c- <u>Le pluralisme par les droits fondamentaux : une potentialité pluraliste (administrative)</u>	169
B- La personnalité juridique et le pluralisme par concaténations : identifier le sujet	173
1- Identification et personnalité juridique du sujet : concaténations identitaires	174
a- <u>La personnalité juridique comme fiction</u>	174
b- <u>La personne humaine comme concaténations identitaires</u>	177
2- Identification et abstraction de l'identité du citoyen : naturalisations françaises	179
a- <u>La dialectique identité / différence au fondement de l'abstraction : naturaliser</u>	179
b- <u>Féminisme et République : l'ontologie masculine de la citoyenneté française</u>	181
C- État pluraliste et pluralisme administratif : une particularité française	187
1- Le pluralisme et l'État administratif en France : vers un État pluraliste (?)	188
a- <u>Souveraineté et compétence</u>	188
b- <u>État en droit constitutionnel et État en droit administratif</u>	190

Table des matières

2-	La gouvernementalité administrative du pluralisme en France : l'exemple du juge administratif français face à la liberté de religion	192
a-	<u>La gestion administrative du pluralisme : l'exemple de la laïcité</u>	192
b-	<u>La constitutionnalisation et la laïcité comme ordre public identitaire</u>	200
§ 2 -	GÉNÉALOGIE MATÉRIELLE DE LA PARENTÉ PLURALISTE AU CANADA : VERS UN « PLURALISME CLASSIFICATEUR »	205
A-	Un lignage pluraliste : du pluralisme conditionnel au pluralisme classificatoire	207
1-	Un lignage pluraliste du constitutionnalisme canadien : une parenté pluraliste	207
2-	Du pluralisme conditionnel au pluralisme régulateur	210
a-	<u>Le XVIIIème siècle et le « pluralisme conditionnel »</u>	211
b-	<u>Le XIXème siècle et le « pluralisme constitutif »</u>	213
c-	<u>Le XXIème siècle et le « pluralisme régulateur »</u>	216
d-	<u>La Charte canadienne et le « pluralisme classificatoire »</u>	225
B-	Un constitutionnalisme normatif à texture pluraliste : un pluralisme constitutionnel	229
1-	Les spécificités canadiennes d'un constitutionnalisme de <i>Common Law</i>	230
a-	<u>Une dualité du constitutionnalisme et l'importance de la théorie diceyenne</u>	231
b-	<u>Le <i>Common Law</i> constitutionnel et le constitutionnalisme pluraliste canadien</u>	239
c-	<u>Le constitutionnalisme canadien et les conventions constitutionnelles</u>	244
2-	Une transformation matérielle et néo-libérale avec la Charte	248
	CONCLUSION DU CHAPITRE 2	255
	CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	257
	<u>DEUXIÈME PARTIE</u>	259
	<u>LA STRUCTURE IDENTITAIRE DU CONSTITUTIONNALISME</u>	259
	CHAPITRE 3 – Les orientations identitaires de l'égalité rhétorique : l'Homosocialité et le Patriarcalisme du constitutionnalisme	265
§ 1 -	« DELGAMUUKW C. 91-290 DC » : DROITS COLLECTIFS ET « ASCENDANT BLANC » DU CONSTITUTIONNALISME	266
A-	Les « droits collectifs » comme vecteur canadien de pluralisme juridique	267
1-	« Droits collectifs » et « libéralisme juridique » : quelles conciliations ?	267
a-	<u>Droits collectifs et Droits de groupe : quelles distinctions?</u>	268
b-	<u>Individualisme et narration nationale : une justification normative</u>	269
2-	Les droits ancestraux comme vecteurs de pluralisme juridique	273
a-	<u>Les droits ancestraux et la protection d'un pluralisme juridique personnel</u>	273
b-	<u>Sources et preuves des droits ancestraux : une territorialisation culturelle</u>	277
B-	Titre ancestral c. peuple corse : l'ascendant blanc du constitutionnalisme	284
1-	Orientation identitaire : homosocialité et libéralisme blanc	284
2-	La définition du « titre ancestral » dans <i>Delgamuukw</i>	288
3-	Le rejet du « peuple Corse » par le Conseil : l'homosocialité « à la française »	295

§ 2 - « R. C. N.S C. 2010-613 DC » : LIBERTÉ CULTURELLE DE RELIGION ET « PATRIARCALISME » DU CONSTITUTIONNALISME	302
A- La « liberté culturelle » comme vecteur canadien de pluralisme juridique	303
1- « Liberté culturelle » et « libéralisme juridique » : quelle(s) conciliation(s) ?	303
a- <u>La liberté collective/culturelle et le libéralisme : une justification égalitariste</u>	303
b- <u>La liberté culturelle : « interprétation » et « limitation » pluralistes</u>	306
2- La liberté de religion comme exemple topique de liberté culturelle	314
a- <u>La liberté culturelle de religion : de la liberté de religion à l'identité religieuse</u>	315
b- <u>Les accommodements raisonnables : le droit à l'égalité religieuse</u>	322
B- Controverses autour du niqab : un constitutionnalisme « patriarcal »	330
1- Orientation hétéropatriarcale et sécularité identitaire de l'espace public	331
a- <u>Le corps féminin et le niqab comme « agencements morbides »</u>	331
b- <u>La charge identitaire de la sécularité : les normes de la sécularité</u>	332
c- <u>Patriarcalisme et construction occidentale du niqab</u>	334
d- <u>L'agentivité de la femme portant le niqab : que peut-faire un corps?</u>	336
2- La non-dominance canadienne : l'autorisation sous condition du niqab	338
a- <u>La Cour d'appel de l'Ontario</u>	338
b- <u>La Cour suprême du Canada</u>	342
3- La vulnérabilité française de la femme : refus du niqab comme « corps terroriste »	348
a- <u>Le contexte français : politique française du niqab et républicanisme(s)</u>	348
b- <u>Le refus français du niqab dans l'espace public</u>	352
CONCLUSION DU CHAPITRE 3	359
 CHAPITRE 4 – Les orientations identitaires de l'égalité substantielle : « l'hétéronormativité » du constitutionnalisme	
§ 1 - L'ÉGALITÉ SUBSTANTIELLE COMME VECTEUR SPÉCIFIQUEMENT CANADIEN DE PLURALISME JURIDIQUE	365
A- L'égalité substantielle comme « interface pluraliste » au Canada	365
1- <i>Andrews</i> et l'égalité substantielle : l'analyse de la discrimination	367
2- <i>Law</i> et la dignité humaine : l'analyse comparative	373
3- <i>R. c. Kapp</i> : retour à <i>Andrews</i> ?	377
B- L'égalité substantielle comme « performance identitaire » au Canada	379
1- Trouver le « substantiel » dans l'égalité substantielle	379
a- <u>Une « réitération rhétorique » au détriment d'une « autonomie normative »</u>	379
b- <u>Un alourdissement du fardeau de la preuve</u>	382
2- La contextualisation du rapport de droit	386
a- <u>La prise en compte du contexte et les normes à « texture ouverte » de l'égalité</u>	387
b- <u>L'égalité substantielle et la régulation des frontières de l'identité</u>	394
§ 2 - MOSSOP C. 2010-92 Q.P.C. : UNE COMMUNE RÉGULATION HÉTÉRONORMÉE DE LA PARENTÉ PAR LES JUGES CONSTITUTIONNELS	402
A- Une orientation identitaire commune : « l'hétéronormativité » de la parenté	402
1- L'hétéronormativité comme orientation	403

Table des matières

2-	La question de la <i>parenté</i> : <i>queer</i> ou pas <i>queer</i> ?	407
B-	La régulation hétéronormative de la parenté : <i>Mossop c. Mme. Corinne C</i>	412
1-	La parenté homosexuelle <i>redéfinie</i> au Canada : <i>Canada c. Mossop</i>	413
2-	La parenté homosexuelle <i>rejetée</i> en France : <i>Mme. Corinne C et autres</i>	421
	CONCLUSION DU CHAPITRE 4	433
	CONCLUSIONS DE LA DEUXIÈME PARTIE	437
	<u>TROISIÈME PARTIE</u>	441
	<u>LES ÉTRANGERS DU CONSTITUTIONNALISME</u>	441
	CHAPITRE 5 – Régulations biopolitiques : Les « communautés identitaires » des droits fondamentaux	447
§ 1 -	LES COMMUNAUTÉS IDENTITAIRES DE LA LIBERTÉ DE RELIGION	448
A-	Le champ juridique et identitaire de la liberté de religion : un spectre identitaire	449
B-	Trois « communautés religieuses nomiques » : vers la vulnérabilité pluraliste	460
1-	Communautés « traditionnelles – axiologiques » : l'identité religieuse universaliste	464
2-	Communautés « instrumentales – religieuses » : l'identité religieuse civique	469
3-	Communautés « procédurales – substantielles » : l'identité religieuse primordialiste	473
§ 2 -	LA RÉGULARISATION DE L'HOMOSEXUEL : LA COMMUNAUTÉ IDENTITAIRE DE L'ORIENTATION SEXUELLE	480
A-	De la moralisation à la juridicisation du corps homosexuel canadien	482
B-	L'identité homosexuelle devant les cours : du sodomite à la famille déssexualisée	491
1-	La construction de la caractéristique <i>homosexualité</i> par les cours canadiennes	494
a-	L'homosexualité est un état contingent : réarticuler la notion de choix de l'identité	494
b-	L'homosexualité est un problème d'identité de genre : réarticuler « l'inversion »	496
c-	L'homosexualité est un trait identitaire distinctif : l'homosexualité <i>fait</i> la différence	498
2-	L'évolution de la représentation juridique du <i>corps homosexuel</i>	500
a-	<u>La sexualisation du corps : du sodomite déviant à l'hétéro-sexualisation</u>	501
b-	<u>Le corps entre sexualisation et hétéro-normativisation : l'orientation sexuelle</u>	506
c-	<u>L'hétéro-normativisation de la parenté homosexuelle</u>	513
(α)	Première stratégie : la déssexualisation de la parenté homosexuelle et déviance sexuelle	514
(β)	Deuxième stratégie : l'hétéro-normativisation de la parenté homosexuelle et la famille	517
	CONCLUSION DU CHAPITRE 5	523

CHAPITRE 6 – Régulations disciplinaires : Conflits de droits et phénoménologie de l'exclusion en droit constitutionnel	527
§ 1 - DES HIÉRARCHIES PASSAGÈRES DE DROITS FONDAMENTAUX AUX EXCLUSIONS IDENTITAIRES	528
A- Les limites de l'analyse formelle du conflit de droits fondamentaux : des hiérarchies passagères de droits aux hiérarchies identitaires des droits fondamentaux	528
1- Les principes interprétatifs de la conciliation des droits fondamentaux	529
2- La systématisation de la conciliation des droits fondamentaux	533
3- Des hiérarchies matérielles passagères aux hiérarchies identitaires	540
B- Perspective interdisciplinaire sur l'existence spectrale de l'homosexuel religieux	547
1- Christianisme	549
2- Judaïsme	556
3- Islam	560
4- Race(s) et religion(s) : le corps homosexuel est-il blanc ?	564
§ 2 - « IMAGES IDENTITAIRES » DES CONFLITS CONSTITUTIONNELS DE DROITS : TYPOLOGIE DES ÉTRANGERS DU CONSTITUTIONNALISME	567
A- Delwin ou « citoyen de second rang » : les communautés religieuses universalistes	571
1- Le citoyen <i>moral</i> de second rang	572
2- Le citoyen <i>spectral</i> de second rang : <i>transsubstantiation</i> et <i>capacité</i> du corps	576
3- Citoyen <i>performatif</i> de second rang : dépasser l'infirmité du <i>sodomite</i>	586
B- Marc ou « réfugié constitutionnel » : les communautés religieuses civiques	596
1- Assurer l'unité politique de la communauté face à <i>l'extérieur</i>	597
2- Assurer la discipline politique à <i>l'intérieur</i> de la communauté	604
C- Leïla ou « apatride constitutionnelle » : les communautés religieuses primordialistes	620
1- Le corps homosexuel et la « cohérence » de la communauté primordialiste	623
2- L'homosexuel religieux : corps « menaçant »	626
3- L'homosexuel religieux : corps « morbide » et/ou corps « effacé »	627
CONCLUSION DU CHAPITRE 6	631
CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE	633
CONCLUSION GÉNÉRALE	637
<i>Bibliographie générale</i>	643
<i>Index de jurisprudence</i>	709
<i>Index des auteurs</i>	727
<i>Index thématique</i>	731
<i>Table des matières</i>	737

Table des matières

Constitutionnalisme et Exclusion

La recherche vise à mettre en évidence les relations entre constitutionnalisme et exclusion dans le cadre d'une critique du regard français sur le modèle canadien de pluralisme. La problématique de l'exclusion, être altéré en raison de l'identité du droit, naît des silences de la comparaison différentielle France – Canada. Une critique identitaire permet de déplacer la triple dialectique de la comparaison : positivisme c. pluralisme, universalisme c. différentialisme et républicanisme c. libéralisme pluraliste. La problématique de l'orientation identitaire du droit est commune aux deux systèmes juridiques. Aussi, la recherche est relative à l'identité du constitutionnalisme. L'exclusion se définit comme le décalage entre l'orientation identitaire du constitutionnalisme et l'identité du corps du sujet. La méthode d'analyse proposée, afin de traiter de l'exclusion en droit, et déplacer la comparaison, est tripartite : mettre en évidence l'orientation identitaire du constitutionnalisme, en identifier la structure identitaire, pour, enfin, en déterminer les étrangers ou « Autres. » La recherche vise à déplacer la comparaison en produisant une phénoménologie de l'exclusion constitutionnelle, ou « dehors constitutifs, » avec une typologie des étrangers du droit. La démonstration sera faite dans le cadre des conflits de la religion et de l'orientation sexuelle démontrant l'orientation blanche, hétéropatriarcale et hétéronormative du droit constitutionnel.

Accommodements, Canada, communautés, comparaison différentielle, conflits de droits, constitutionalisme, différentialisme, dignité, discrimination, droits autochtones, droits collectifs, égalité rhétorique, égalité substantielle, étrangers constitutionnels, exclusion, fédéralisme, France, gouvernementalité, hétéronormativité, homosexualité, identités, liberté de religion, Michel Foucault, multiculturalisme, niqab, orientation sexuelle, patriarcalisme, personnalité juridique, phénoménologie, pluralisme, positivisme, postcolonialisme, républicanisme, titre ancestral, universalisme, vulnérabilité.

Constitutionalism and Exclusion

This research intends on proving how constitutionalism and exclusion collide one against the other through a critique of the french gaze on a supposedly canadian model of pluralism. The negative comparison's silences between France and Canada gave birth to this question of how one is being excluded and othered based on the identity of constitutional law. This critique, that focuses on identities, is shifting those three dialectics supporting the aforementioned negative comparison : positivism v. pluralism, universalism v. differentialism, republicanism v. liberal pluralism. France and Canada share the issue of how legal reality is oriented toward specific identities. This research, then, is a critique of constitutionalism identities. Exclusion is defined as the gap between the orientation of law's identities and the bodily reality of its subjects. The analytical tool developed here to tackle exclusion in law has three steps : shedding light on the orientations of constitutionalism, its identity structure, and its constitutional Others. This research purports on turning scholars' critical gaze towards this phenomenology of constitutional exclusion, its «constitutive outside,» by deciphering a typology of constitutional Others. This will be so through the collisions of freedom of religion and sexual orientation. Constitutionalism is per se oriented towards the ascendancy of whiteness, patriarchalism and heteronormativity.

Aboriginal rights, aboriginal tittle, accommodations, Canada, collective rights, communities, conflict of rights, constitutional others, constitutionalism, differentialism, dignity, discrimination, exclusion, federalism, France, freedom of religion, governmentality, heteronormativity, homosexuality, identities, legal personality, Michel Foucault, multiculturalism, negative comparison, niqab, patriarchalism, pluralism, positivism, postcolonialism, republicanism, rhetorical equality, sexual orientation, substantial equality, vulnerability, universalism.

Centre d'Études et de Recherches Comparatives sur les Constitutions, les Libertés et l'État
Équipe membre du Groupement de recherches comparatives en droit constitutionnel, administratif et politique
E.A.4192

Pôle juridique et judiciaire – 4 rue du Maréchal Joffre – CS 61752 – 33075 Bordeaux Cedex