

HEINONLINE

Citation: 21 R.J.T. n.s. 25 1987



Content downloaded/printed from
HeinOnline (<http://heinonline.org>)
Tue Mar 11 07:50:01 2014

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance
of HeinOnline's Terms and Conditions of the license
agreement available at <http://heinonline.org/HOL/License>

-- The search text of this PDF is generated from
uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope
of your HeinOnline license, please use:

[https://www.copyright.com/cc/basicSearch.do?
&operation=go&searchType=0
&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0556-7963](https://www.copyright.com/cc/basicSearch.do?&operation=go&searchType=0&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0556-7963)

La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne

Jacques-Yvan MORIN *

INTRODUCTION	27
I. LA SUPÉRIORITÉ DE LA CHARTE	32
A. La supériorité constitutionnelle en droit comparé	32
B. Extension de la supériorité de la Charte	35
C. La sanction : invalidité ou prépondérance ?	37
D. Faut-il étendre la constitutionnalisation à d'autres droits ?	42
1. <i>Les droits économiques et sociaux</i>	42
2. <i>Les droits linguistiques</i>	45
3. <i>Les droits des Autochtones</i>	47
II. L'INTÉGRITÉ DE LA CHARTE	49
A. Les limitations et dérogations prévues dans la Charte	50
1. <i>La clause limitative de l'article 9.1</i>	50
2. <i>Limites particulières énoncées dans certains articles de la Charte</i>	52
3. <i>Les dérogations expresses</i>	54
B. La modification de la Charte	56
1. <i>Les procédures restrictives et la « souveraineté » des parlements</i>	57
2. <i>L'expérience des pays du Commonwealth</i>	59
3. <i>La protection de l'intégrité par la majorité renforcée</i>	64
4. <i>La protection par le référendum</i>	65
CONCLUSION	66

* Professeur de droit public à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, membre correspondant de l'Institut (Académie des Sciences morales et politiques).

INTRODUCTION

Dès le moment où fut débattu devant l'Assemblée nationale le projet de loi¹ qui devint en 1975 la *Charte des droits et libertés de la personne*², fut soulevée la question de sa constitutionnalisation, tant en ce qui concernait sa place dans la hiérarchie des lois que sa protection à l'encontre des modifications futures. La nouvelle Charte serait-elle considérée comme une loi ordinaire, jouissant tout au plus d'une certaine priorité dans l'interprétation de l'ensemble de la législation, et modifiable à la majorité simple des députés ou, au contraire, devrait-on établir sa supériorité par rapport à la législation, celle-ci étant soumise aux principes « enchâssés » dans une loi de nature fondamentale? Serait-elle aisément modifiable ou assurerait-on l'intégrité de ses dispositions par un mode d'amendement spécial, comme une majorité renforcée de l'Assemblée ou une consultation populaire?

Ce débat, qui n'a cessé d'accompagner la démarche par laquelle, depuis dix ans, le législateur québécois a progressivement étendu la portée de la Charte, est fondamental, non seulement en raison de l'importance de la solution retenue pour l'efficacité de la protection accordée aux droits et libertés, mais parce qu'il est lié à la nature même du régime parlementaire dont le Québec a hérité de la Grande-Bretagne et au fonctionnement du système fédéral dont il fait partie. En effet, la constitutionnalisation d'une loi ne paraît guère conforme au principe de la « souveraineté » du parlement, selon lequel celui-ci peut défaire les lois tout aussi aisément qu'il les a adoptées³, ni facile à concilier avec la place qu'occupe un État membre dans une fédération soumise elle-même à une constitution écrite.

Le projet de loi initial ne contenait pas la moindre allusion à la supériorité de la future Charte, ni aucune procédure spéciale de modification ; tout au plus y trouvait-on des dispositions selon lesquelles tout doute surgissant dans l'interprétation des lois devait être tranché dans le sens indiqué par la Charte, sans pour autant aller jusqu'à « augmenter, restreindre ou modifier » la portée des dispositions législatives interprétées⁴. Le débat qui ne tarda pas à s'engager à ce sujet entre les deux côtés de l'Assemblée, à l'occasion de la deuxième lecture et en Commission parlementaire, illustre les choix auxquels le législateur

-
1. Assemblée nationale, *Journal des Débats* [ci-après : *Débats*], 30^e législature, 2^e session, projet de loi 50, déposé le 29 oct. 1974 (1^{re} lecture), p. 2395 ; 2^e lecture le 12 nov. 1974, pp. 2741-2757.
 2. L.Q. 1975, c. 6 ; L.R.Q., c. C-12, telle que modifiée par la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61 [ci-après : *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, *Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec* [ci-après : *Texte annoté*], par Jean-Maurice BRISSON, Montréal, Soquij, 1986.
 3. Cf. Albert Venn DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, pp. 39, 61, 70, 87 et 91 ; voir également Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, p. 47.
 4. Projet de loi 50, précité, note 1, art. 45, devenu les articles 51 et 53 de la *Charte des droits et libertés*, précitée, note 2.

se trouvait confronté. L'Opposition officielle, favorable à la constitutionnalisation de la Charte, fit valoir les arguments suivants :

*[L]e projet [...] ne constitue pas une véritable charte ou loi fondamentale qui l'emporterait sur toutes les autres lois et pourrait servir de cadre général de référence pour la législation. C'est une loi parmi d'autres [...]. Pourtant, [...] la nécessité d'une loi [...] dont les principes primeraient [l]es lois ordinaires et qui ne pourrait être modifiée que par une majorité spéciale ou qualifiée de cette Assemblée n'est plus à démontrer. Il nous aurait fallu — il nous faudra un jour ou l'autre — une loi cadre [...], nous qui, à vrai dire, n'avons même pas de constitution écrite du Québec.*⁵

[O]n pourrait prévoir que [la Charte doit] prévaloir sur les lois antérieures, en [y] ajoutant des dispositions transitoires qui donneront au gouvernement [...] un certain nombre de mois ou d'années au besoin pour aligner [s]es lois antérieures sur la nouvelle [Charte].

*Le Parlement ne peut se lier pour l'avenir [quant au] fond des lois, mais il peut [le faire quant à] la façon dont il [devra] s'y prendre pour modifier une loi.*⁶

Le législateur québécois pourrait se prévaloir de cette méthode [...] en vue d'assurer la prépondérance et le caractère permanent du [...] projet de loi. Ce serait une protection très précieuse [...] contre les fluctuations de la conjoncture politique.

*Il ne pourrait y avoir de modification, par exemple, sans un vote des deux tiers ou des trois quarts des députés de cette Chambre [...] et] le mode d'amendement lui-même serait protégé par la même règle de majorité.*⁷

À ces arguments, le ministre de la Justice, proposeur du projet de loi, répondait qu'il n'avait d'autre but que de faire la synthèse de droits déjà reconnus dans les lois et institutions existantes et non d'en rendre les principes intangibles. La Charte était destinée à servir de guide pour le législateur futur et de moyen d'éducation plutôt que d'instrument constitutionnel. Invoquant la nature du système fédéral et les contraintes du régime parlementaire, il défendait la solution retenue dans ces termes :

[I]l était extrêmement difficile, sinon impossible, de donner à tous [...] [l]es [articles] de la loi une portée absolue, contraignante, transcendante [par rapport à] toute autre législation [...]

*[L]a charte ne viendra pas, du jour au lendemain, supprimer d'autres lois [...], ne remplacera pas d'autres lois.*⁸

5. *Débats*, 30^e législature, 2^e sess., 12 nov. 1974, p. 2750 (J.-Y. Morin, chef de l'Opposition). Les sources de cette intervention se trouvent, pour une part, dans Jacques-Yvan MORIN, « Une Charte des droits de l'homme pour le Québec », (1963) 9 *McGill L.J.* 273, 303.

6. *Id.*, Commission permanente de la Justice, 25 juin 1975, p. B-5131 (même intervenant).

7. *Débats*, précités, note 5, 12 nov. 1974, p. 2756 (même intervenant).

8. *Id.*, p. 2746 (J. Choquette, ministre de la Justice).

[I]l serait audacieux, sinon présomptueux[,] d'aller radicalement trancher dans toute la législation antérieure, en vertu de l'adoption de tous les principes [énumérés] dans la charte. ⁹

[L]es chartes qui énoncent des principes absolus se prêtent beaucoup plus à la tradition des régimes présidentiels qu'à celle des systèmes parlementaires [...]. En vertu du principe de la suprématie du Parlement [...], l'Angleterre a préféré mettre sa confiance dans les élus du peuple plutôt que dans un texte constitutionnel [...] que voudrait nous donner le chef de l'Opposition. ¹⁰

Je crois à la majorité simple, je pense que c'est le fondement de la démocratie parlementaire [...] Il faut laisser [...] la latitude [aux] Parlements de déterminer les besoins au fur et à mesure [...], de régler [l]es situations contentieuses [...] avec une certaine liberté d'action et [...] ne pas les enfermer dans une formule trop étroite, telle que celle qui nous est proposée. ¹¹

Les plaidoyers entendus en Commission parlementaire de la part de la Ligue des droits de l'homme, du Barreau du Québec ainsi que des milieux patronaux et syndicaux, tous favorables à diverses formes de constitutionnalisation de la Charte, devaient par la suite infléchir l'attitude du ministre de la Justice. Le Barreau, notamment, plaida en faveur de « la prédominance de la charte » et de sa protection « par un processus où tout amendement ou abrogation requerrait un vote des deux tiers de l'Assemblée »¹². L'un de ses représentants ajoutait :

Si nous proposons la règle des deux tiers dans le cas de cette [Charte], c'est justement parce que nous ne la considérons pas comme une loi ordinaire. C'est vraiment une loi [...] qui est à la base du contrat social et qui fait respecter la démocratie, qui n'est pas uniquement le gouvernement par la majorité, mais le gouvernement [...] dans le respect des minorités, puis [...] des individus [...]. C'est parce que le Barreau a compris que la charte des droits de la personne serait une de ces deux ou trois lois fondamentales de la législation du Québec qu'il aimerait y voir cette disposition [...]

Nous espérons [...] qu'un de ces jours, quand il y aura une constitution du Québec [...], cette charte [...] sera portée dans cette constitution. ¹³

L'ensemble de ces représentations exerça une influence considérable. Entre ces séances de la Commission permanente de la Justice, qui eurent lieu en

9. *Débats*, précités, note 6, 26 juin 1975, p. B-5132 (même intervenant).

10. *Débats*, précités, note 5, 12 nov. 1974, p. 2748 (même intervenant).

11. *Débats*, précités, note 6, 26 juin 1975, p. B-5132 (même intervenant).

12. *Id.*, 22 janvier 1975, p. B-304 (M^e O. Prat).

13. *Id.*, p. B-316 (M^e S. Ménard). Voir également les représentations de la Ligue des droits de l'homme, p. B-175, du Conseil du patronat du Québec, p. B-192, et de la Fédération des travailleurs du Québec, p. B-200.

janvier 1975, et le mois de juin, le projet de loi fut en effet modifié par le gouvernement, de sorte que la Charte contenait, dès son adoption par l'Assemblée, la règle suivante :

*Les articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte.*¹⁴

Ce n'était là, de toute évidence, qu'une affirmation mitigée de la supériorité de la nouvelle loi par rapport aux autres puisqu'aussi bien cette préséance était inapplicable aux lois antérieures et sujette à dérogation par le législateur. En outre, elle ne s'étendait, *ratione materiae*, qu'aux dispositions protégeant le secret professionnel (article 9) et interdisant la discrimination (articles 10 à 20), aux droits politiques (articles 21 et 22) et aux droits judiciaires (articles 23 à 38) ; les libertés et droits fondamentaux (articles 1 à 8) ainsi que les droits économiques et sociaux (articles 39 à 48) en étaient donc exclus, le gouvernement estimant que, sur ces points, l'Assemblée devait conserver « une certaine liberté d'action »¹⁵.

Néanmoins, comme la suite allait le confirmer, le processus de constitutionnalisation de la Charte se trouvait de la sorte amorcé. Aussi fut-elle adoptée à l'unanimité de la Chambre¹⁶, l'Opposition estimant pour sa part que l'acceptation du principe de la supériorité, toute partielle qu'elle fût, constituait « un pas dans la bonne direction »¹⁷, d'autant que la Charte établissait également une Commission des droits de la personne¹⁸ à laquelle était confiée la tâche de « procéder à l'analyse des lois du Québec qui pourraient être contraires à la Charte et [de] faire au gouvernement les recommandations appropriées »¹⁹.

Depuis dix ans, cette démarche de constitutionnalisation s'est poursuivie. L'objet de l'exposé qui suit est à la fois de mesurer le chemin parcouru dans cette direction et d'explorer les conditions auxquelles la Charte québécoise pourrait être plus fermement constitutionnalisée, c'est-à-dire dotée d'une supériorité d'autorité plus complète et d'une protection mieux assurée.

Le système de la constitution formelle, tel qu'il s'est développé depuis le XVIII^e siècle, est pour ainsi dire inséparable de l'idée de supériorité des normes constitutionnelles par rapport aux « lois ordinaires » et de la protection, plus ou moins étendue selon les États, dont sont entourées ces règles contre les modifications, au moyen d'obstacles organiques ou procédurales. Il y aurait en effet quelque inconséquence, dans un système fondé sur la primauté des règles

14. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 2, art. 52. La Charte est entrée en vigueur le 28 juin 1976. La modification apparaît dans la réimpression du projet (1^{re} lecture), art. 50.

15. *Débats*, précités, note 6, p. B-5132.

16. *Débats*, précités, note 5, 27 juin 1975, p. 1620.

17. *Débats*, précités, note 6, 25 juin 1975, p. B-4999 (J.-Y. Morin).

18. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 2, art. 57-86.

19. *Id.*, art. 67(d), modifié par L.Q. 1982, c. 61, art. 17.

fondamentales, à ne pas leur subordonner la législation, ou à reconnaître aux organes législatifs des pouvoirs constituants : l'ordre constitutionnel ne serait plus alors qu'un ensemble de lois ordinaires, comme en Grande-Bretagne, où les *statutes* fixent d'importants aspects des institutions, à côté de nombreuses règles issues de la *Common Law* et des conventions, formant une « constitution non écrite »²⁰ dont, à vrai dire, on ne trouve plus guère d'exemple dans le monde contemporain.

De fait, comme l'a fait observer P. Bastid dans son introduction au *Corpus constitutionnel*, presque tous les pays « sont régis par un corps bien défini de lois fondamentales placées hors de pair et revêtues d'une force impérative spéciale »²¹. C'est assurément le cas du Canada²², de la France²³ et des États-Unis²⁴, pour ne mentionner que les États avec lesquels nous sommes les plus familiers, et le fait que le Royaume-Uni, dont le Québec tire la plupart de ses traditions dans le domaine constitutionnel, fasse exception à la règle, n'est pas sans susciter de nombreuses difficultés à l'Assemblée nationale dans sa démarche de constitutionnalisation des droits et libertés de la personne, comme on le verra.

Dans la plupart des États démocratiques, la constitution est donc « supérieure à la législation ordinaire » et « ne peut être modifiée qu'en suivant une procédure spéciale »²⁵. Cette même idée est exprimée en des termes analogues par F. Chevrette et H. Marx qui écrivent qu'une norme est dite constitutionnelle lorsqu'elle se situe au sommet de la hiérarchie juridique :

[M]ême la loi du Parlement ne peut, sous peine d'invalidité, la changer [...] et elle n'est modifiable que suivant une procédure souvent exigeante qui est la procédure d'amendement constitutionnel.²⁶

-
20. Voir William Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 65.
 21. Paul BASTID, « Introduction », dans *Corpus constitutionnel*, t. I, fasc. I, Leiden, E.J. Brill, 1968, p. 5.
 22. *Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée en tant qu'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982 (R.-U.)*, c. 11, dont l'article 52(2) renvoie à un ensemble de lois et décrets britanniques ou canadiens formant « la Constitution du Canada ». La supériorité y prend la forme de la *supremacy clause* de l'article 52(1) et la protection, la forme de la *entrenchment clause* de l'article 52(3). Voir P.W. HOGG, *op. cit.*, note 3, pp. 6 et 7.
 23. Constitution du 4 octobre 1958, art. 89 reproduit dans Maurice DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, 7^e éd., 1974, pp. 9 et 235.
 24. *Constitution of the United States of America*, du 17 sept. 1787, entrée en vigueur le 13 sept. 1788, art. V, dans U.S. Senate, 92^d Congress, 2^d Session, doc. n°92-82, p. 853.
 25. Pierre WIGNY, *Droit constitutionnel*, t. I, 1952, pp. 168, 170 (au sujet de la Constitution de la Belgique). Voir également Georges VEDEL, *Droit constitutionnel*, Paris, 1949, p. 5 (au sujet de la Constitution française de 1946), et W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 20, pp. 36 et 62 à 65 (au sujet des constitutions écrites).
 26. François CHEVRETTE et Herbert MARX, *Droit constitutionnel*, Montréal, P.U.M., 1982, p. 17.

Dans ce contexte, qui est celui du Québec si l'on n'oublie pas d'y ajouter les traditions britanniques, on entendra par constitutionnalisation la double démarche par laquelle l'Assemblée nationale veut (ou peut) assurer la préséance de règles juridiques qui lui paraissent fondamentales — en l'occurrence les droits et libertés de la personne — par rapport aux autres règles de droit, qu'elle entend leur subordonner, et la protection de ces règles supérieures contre les fluctuations de la conjoncture politique.

On examinera donc en premier lieu le degré de supériorité atteint par la Charte québécoise et les nouvelles étapes qui pourraient être franchies en vue de cet objectif (I), ensuite les moyens qui s'offrent au législateur d'assurer cette loi fondamentale contre les changements intempestifs ou peu réfléchis, au gré des majorités changeantes de l'Assemblée (II).

I. LA SUPÉRIORITÉ DE LA CHARTE

La force juridique particulière qui caractérise les lois constitutionnelles est exprimée de façons très diverses dans les textes fondamentaux, la jurisprudence et la doctrine des quelques centaines d'États souverains ou autonomes qui en sont dotées. Il suffira pour nos fins de noter les mots supériorité, préséance, primauté, suprématie, parfois même « transcendance » (en anglais, *supremacy*, *paramountcy*), en ayant soin de considérer à part le mot prépondérance, souvent utilisé dans le même sens, mais qui, dans le contexte canadien et québécois, désigne plutôt l'une des techniques par lesquelles est assurée la supériorité des règles constitutionnelles.

A. La supériorité constitutionnelle en droit comparé

L'importance de ce principe est bien connue dans les fédérations, où la coexistence de deux ordres législatifs et la répartition des compétences entre eux exigent des règles fondamentales stables et hiérarchisées, mais la supériorité constitutionnelle est également reconnue de façon très générale dans les constitutions d'États membres, par exemple aux États-Unis²⁷, en Allemagne

27. Voir C. KETTLEBOROUGH, *The State Constitutions and the Federal Constitution and Organic Laws of the Territories and Other Colonial Dependencies of the United States of America* (1918). Ce répertoire a vieilli, cependant, et on consultera avec profit les monographies et répertoires consacrés à la Constitution de chaque État, par exemple : *Constitution of the Commonwealth of Massachusetts*, dans *Massachusetts General Laws Annotated*, vol. 1 et 2 (1976) ; *Constitution of New York* dans *McKinney's Consolidated Laws of New York Annotated*, Book 2 (1982), p. 43 ; *Constitution of the State of California* dans *West's Annotated California Code*, vol. 1, 2 et 3 (1954) ; R.F. KARSCH and P. ELZEA, *The Living Constitution : Missouri* (1974).

fédérale²⁸, en Suisse²⁹ et ailleurs dans le monde³⁰, où l'on ne compte pas moins de cent cinquante de ces instruments³¹. Parfois, il y est expressément prévu que les lois sont valides seulement dans la mesure où elles sont conformes³²; ailleurs, comme dans certains États de l'Union américaine, c'est la jurisprudence qui a dicté cette solution³³.

Or, les libertés et droits fondamentaux de la personne sont souvent énoncés solennellement dans ces constitutions, comme on le voit notamment aux États-Unis, où certains États se sont d'ailleurs inspirés directement de la Constitution fédérale³⁴, dont le *Bill of Rights* reflétait à son tour l'influence des déclarations de droits de la Virginie et des premiers États membres, qui lui sont antérieures³⁵. De même, les lois fondamentales des *Länder* de l'Allemagne fédérale font-elles une place importante, depuis le lendemain de la Première Guerre mondiale, aux droits et devoirs des citoyens³⁶. Par exemple, la Constitution de la Bavière consacre la dignité de la personne humaine et la liberté individuelle, de même que certains droits socio-économiques³⁷.

-
28. Voir *Deutsche Verfassungen, Grundgesetz und Deutsche Landverfassungen*, 1959 et Boris MIRKINE-GUETZÉVITCH, *Les Constitutions européennes*, t. 1, Paris, P.U.F., 1951, p. 219 (État libre de Bavière) et p. 245 (Rhénanie-Palatinat).
29. Voir *Armoiries, sceaux, constitutions de la Confédération [helvétique] et des cantons, 1848-1948* (1948).
30. Pour le Mexique, voir M. DE LA V. DE HELGUERA, *Constituciones vigentes en la Republica Mexicana con las leyes organicas de los territorios federales y del departamento del distrito federal* (1962), t. 2, pp. 69 et ss.; pour l'Argentine, voir J.P. RAMOS, *El derecho publico de las provincias argentinas con el texto de las constituciones sancionadas entre los años 1819 e 1913*, t. 2 et 3, 1914.
31. Sur l'ensemble de cette question, voir Jacques-Yvan MORIN, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *R. de d. McGill* 171, 181-183.
32. V.g., *Constitution de la Bavière*, dans B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *op. cit.*, note 28, art. 65, 76 et 182(2); *Constitution du Land de Rhénanie-Palatinat*, *id.*, art. 130, 135(a) et 137.
33. Pour le Massachusetts, voir *In re Opinion of the Justices*, 9 N.E. 2^d, 186, 297 Mass. 577 (1937); pour l'État de New York, *Rathbone c. Wirth*, 150 N.Y. 459, 45 N.E. 15, 34 L.R.A. 408 (1896): « Une constitution écrite doit être interprétée comme la loi suprême (*paramount law*) du pays, selon son esprit et l'intention de ses rédacteurs [...]. En ce sens, elle est aussi obligatoire pour la législature que pour tous les autres services du gouvernement ou pour les citoyens individuels » (150 N.Y. 459, à la p. 484).
34. Voir O.N.U., *Annuaire des droits de l'homme pour 1946* (1948 XIV.1), p. 140 (relevé partiel).
35. Voir B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *op. cit.*, note 28, p. 127.
36. Voir *Annuaire, supra*, note 34, pp. 16 et 21 (Hesse et Bade-Wurtemberg), *Annuaire [...] pour 1947* (1949.XIV.1), pp. 4 et 18 (Brême et Rhénanie-Palatinat), *Annuaire [...] pour 1950* (1952.XIV.1), pp. 28, 32 et 35 (Rhénanie du Nord, Schleswig-Holstein, Berlin).
37. Voir B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *op. cit.*, note 28, p. 219, art. 48(3) et 98 à 174. Les articles 124 à 174 portent sur l'organisation économique, destinée à élever progressivement le niveau de vie de toutes les couches de la société, la propriété (considérée dans sa fonction sociale), la protection des terres agricoles, la rémunération du travail, la protection de la santé des travailleurs, voire leur participation à la gestion des entreprises, la protection de la famille et le droit à l'instruction.

La Constitution de la Grande-Bretagne, dont l'influence a été si déterminante dans les pays de l'Empire et du *Commonwealth*, n'est pas du tout conforme aux modèles américain ou européen. Toutes les lois, avons-nous dit — celles qui traitent du Parlement lui-même comme celles qui portent sur les droits des citoyens — y sont en principe sur le même pied; même la *Grande Charte* de 1215, la *Petition of Rights* de 1628 et le *Bill of Rights* de 1689³⁸, qui forment en quelque sorte une constitution écrite dans un État qui, selon W.I. Jennings, n'a, à proprement parler, aucun droit constitutionnel³⁹, doivent le respect dont elles sont l'objet à l'œuvre du temps, à la tradition, et non aux vertus de normes enchâssées dans une constitution formelle⁴⁰. Aussi les provinces canadiennes, comme les États australiens, qui ont hérité du régime britannique, n'ont-ils pas de loi fondamentale comme telle, ni de *Bill of Rights* constitutionnalisé⁴¹. Certes, il existe dans les deux cas une Constitution fédérale, fondée sur la hiérarchie des normes dictée par l'ancien système colonial et l'établissement du fédéralisme, mais les *Constitution Acts* dont se sont dotés certains États et provinces ne sont en réalité que des lois ordinaires, dépourvues de toute supériorité⁴²; les exceptions dont nous ferons état plus loin ne font que confirmer cette règle générale⁴³.

Dès lors, on comprend les choix difficiles auxquels a dû faire face le législateur québécois lorsqu'il a entrepris d'établir, fût-ce partiellement, la supériorité de sa *Charte des droits et libertés de la personne*. N'était-il pas coincé, pour ainsi dire, entre, d'une part, la tradition britannique et, d'autre part, les idées issues des Révolutions américaine et française, dont le *Bill of Rights* (1791) et la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) ne sont, en définitive, que l'expression philosophique? À moins qu'on ne considère, comme cela semble plus exact, que le Québec tente de la sorte de concilier la souveraineté du peuple, que lui enseignent les traditions française et américaine, et la suprématie du parlement, qui demeure l'un des fondements de ses institutions d'origine britannique; ces deux principes sont peut-être, on le verra, moins exclusifs l'un de l'autre qu'il n'y paraît à première vue.

38. Ces documents sont reproduits en français dans M. DUVERGER, *op. cit.*, note 23, pp. 440, 442 et 445.

39. *Op. cit.*, note 20, p. 65.

40. Voir P. BASTID, *loc. cit.*, note 21, p. 3.

41. À l'exception toutefois du *Human Rights Act* de l'Île-du-Prince-Édouard, S.P.E.I. 1975, c. 72, art. 1(2), aux termes duquel cette loi « est réputée l'emporter sur toutes les autres lois de cette province » (« *deemed to prevail over all other laws of this province* »).

42. Pour l'Australie, voir R.D. LUMB, *The Constitutions of the Australian States*, 2^e éd., 1965, pp. 49, 106 et 108. Au Canada, la seule province qui se soit dotée nommément d'un *Constitution Act* est la Colombie-Britannique: R.S.B.C. 1979, c. 62, tel que modifié par *Miscellaneous Statutes Amendment Act*, S.B.C. 1980, c. 35, art. 3. Cette loi ne contient aucune disposition affirmant sa supériorité par rapport au reste de la législation.

43. Il s'agit des « procédures restrictives » par lesquelles certains États australiens protègent quelques dispositions de leur Constitution et qui seront commentées plus loin.

B. Extension de la supériorité de la Charte

Au cours des premières années qui suivirent le changement de gouvernement survenu le 15 novembre 1976, les modifications apportées à la Charte furent de portée restreinte, bien qu'elles eussent pour effet d'étendre la supériorité de ses règles à de nouveaux motifs de discrimination. En 1977, le législateur ajouta aux motifs déjà interdits (distinctions, exclusions ou préférences fondées sur la race, la couleur, le sexe, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale et la condition sociale) l'orientation sexuelle⁴⁴, puis, en 1978, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour le pallier⁴⁵. La *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, adoptée en 1979, prit soin d'ajouter à la Charte le droit des travailleurs à la santé, à la sécurité et à l'intégrité physique, mais le principe de la supériorité ne s'y applique pas⁴⁶. Enfin, en 1980, à l'occasion de la réforme du droit de la famille, la Charte fut modifiée à nouveau en vue de préciser les droits de l'enfant⁴⁷. Ce n'étaient là que des retouches qui n'étendaient en rien le principe même de la supériorité limitée reconnue à certains articles dans la Charte initiale ; le chapitre I^{er} en particulier, consacré aux libertés et droits fondamentaux, demeurait au sein de cette loi fondamentale une « loi ordinaire », tandis que les lois antérieures continuaient d'échapper à la supériorité de l'ensemble de ses normes.

Cependant, la Charte avait eu un impact profond dans la société québécoise et des groupes sociaux, économiques et politiques de tous ordres s'y intéressaient de plus en plus. Aussi les séances de la Commission parlementaire de la Justice, convoquée en octobre 1981 à la suite de l'annonce par le gouvernement de son intention de réviser la Charte, furent-elles déterminantes pour son évolution⁴⁸. Des représentants de tous les secteurs de la collectivité présentèrent des mémoires à la Commission, dont certains demandaient au législateur de pousser plus avant la constitutionnalisation des libertés et droits fondamentaux, en plus de recommander l'addition à la Charte d'un certain nombre de droits.

44. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1977, c. 6, art. 1 ; L.R.Q., c. C-12, art. 10.

45. *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 7, art. 112 ; L.R.Q., c. C-12, art. 10. L'article 113 modifiait également l'article 48 de la Charte (droits économiques et sociaux des personnes handicapées), mais la supériorité ne s'étend pas à cet article.

46. *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.Q. 1979, c. 63, art. 275, modifiant l'article 46 de la Charte : L.R.Q., c. C-12, art. 46.

47. *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39, art. 61, modifiant l'article 39 de la Charte : L.R.Q., c. C-12, art. 39.

48. *Débats*, 32^e législature, intersession II, Commission permanente de la Justice, 6, 7, 13, 14, 21 et 22 octobre 1981, « Présentation de mémoires en regard des modifications à apporter à la Charte des droits et libertés de la personne », pp. B-1283, B-1375, B-1613, B-1765, B-1915 et B-1995.

La Ligue des droits et libertés revendiqua pour la Charte la préséance sur l'ensemble des lois et règlements, tant antérieurs que postérieurs⁴⁹, tandis que la Chambre de Commerce du Québec recommanda « que soit déclarée nulle et *ultra vires* toute mesure législative portant atteinte [aux] droits »⁵⁰. De son côté, la Chambre des notaires fit observer que le Code civil avait été doté par une disposition législative de 1868 d'une certaine « primauté législative »⁵¹; aussi opinait-elle que les règles fondamentales de la Charte devaient être également intégrées au Code civil, les deux lois étant ainsi assurées de la préséance législative.

Le projet de loi n° 86, présenté à l'Assemblée l'année suivante par le gouvernement⁵², franchissait une étape importante dans la démarche souhaitée par les intervenants en Commission parlementaire, mais le ministre de la Justice entendait de toute évidence procéder avec prudence et graduellement à la constitutionnalisation de la Charte⁵³. La supériorité ou « prépondérance » s'appliquerait désormais aux articles 1 à 8, consacrant les libertés et droits fondamentaux⁵⁴: droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne, droit à la personnalité juridique; droit au secours en cas de péril pour la vie et devoir concomitant de porter secours; libertés fondamentales (de conscience, de religion, d'opinion, d'expression, de réunion pacifique et d'association); droits à la sauvegarde de la dignité, de l'honneur et de la réputation, au respect de la vie privée, à la jouissance paisible et à la libre disposition des biens; inviolabilité de la demeure et respect de la propriété d'autrui.

En outre, la préséance des dispositions de la Charte était étendue aux lois antérieures⁵⁵, sous réserve cependant d'un mode d'entrée en vigueur « plus souple » que le mécanisme ordinaire⁵⁶: la supériorité des droits fondamentaux (articles 1 à 8) par rapport aux lois *postérieures* ferait l'objet d'une proclamation du gouvernement dans un délai assez court, tandis que la préséance sur les lois *antérieures* ferait l'objet d'une seconde proclamation ou entrerait en vigueur

49. *Id.*, p. B-1835 (autrefois *Ligue des droits de l'homme*).

50. *Id.*, p. B-1408. Voir également les interventions de l'Office des droits des détenus, p. B-1979 (J.-C. Bernheim) et du Congrès juif canadien, région de Québec, p. B-1386.

51. *Id.*, p. 1648 (J.-M. Audet). Voir *Loi concernant l'interprétation des Statuts de cette Province*, S.Q. 1868, c. 7, art. 10: « [...] nul acte ou nulle disposition de la législature en aucune manière aura force à l'encontre de quelqu[e] article [du Code civil du Bas-Canada ou du Code de procédure civile], à moins que tel article n'ait été spécialement désigné dans tel acte ». Il s'agit d'une clause de désignation expresse.

52. *Débats*, 32^e législature, 3^e sess., projet de loi n° 86 déposé le 22 juin 1982 (1^{re} lecture), p. 5355; 2^e lecture le 6 déc. 1982, pp. 6292 à 6306 et 6464; 3^e lecture le 18 déc. 1982, pp. 7503 à 7514; sanction le 18 déc. 1982.

53. *Id.*, p. 6293 (discours de 2^e lecture de M.-A. Bédard).

54. *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 16.

55. *Id.*

56. *Débats*, précités, note 52, p. 6293 (discours de 2^e lecture).

au plus tard le 1^{er} janvier 1986⁵⁷, de façon à permettre au gouvernement de vérifier la conformité de la législation existante à la Charte. Les droits fondamentaux reçurent donc la préséance effective sur la législation postérieure le 1^{er} octobre 1983⁵⁸ et l'ensemble des articles 1 à 38 (droits fondamentaux, droit à l'égalité, droits politiques et droits judiciaires) vit sa supériorité par rapport aux lois antérieures entrer en vigueur le 1^{er} janvier 1986⁵⁹.

Depuis cette date, comme l'a souligné la Commission des droits de la personne, « la volonté du législateur » a fait d'une partie de la Charte québécoise « une loi qui est au-dessus de toutes les autres lois » et, de la sorte, « accentué son caractère fondamental »⁶⁰. Cependant, les droits économiques et sociaux (articles 39 à 48) échappent à cette supériorité et la Charte ne traite pas de certaines questions qui soulèvent des difficultés au Québec : droits linguistiques majoritaires et minoritaires, droits des Autochtones, par exemple. Avant d'aborder ces lacunes, il convient toutefois d'examiner la sanction prévue par le législateur pour assurer la préséance de la Charte.

C. La sanction : invalidité ou prépondérance ?

L'article 52 de la Charte québécoise, dans sa version antérieure à 1982, établissait la supériorité des articles 9 à 38 en les faisant « prévaloir » sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire⁶¹ ; la Charte révisée n'a pas retenu cette formulation, mais a énoncé la même règle dans les termes suivants :

*Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.*⁶²

Pas plus que la précédente, cette rédaction ne précise la sanction qui frappe les dispositions législatives non conformes aux droits fondamentaux, contrairement, par exemple, à la *Charte canadienne des droits et libertés*, dont les principes sont contenus dans la *Loi constitutionnelle de 1982*, laquelle rend expressément « inopérantes » les dispositions incompatibles de toute règle de

57. L.Q. 1982, c. 61, art. 34.

58. Proclamation du 1^{er} sept. 1983, (1983) 115 G.O. II, 4139. Certains articles (86.1 à 86.7, 24, 26 et 27) étaient exceptés et firent l'objet d'une proclamation subséquente.

59. En l'absence de proclamation, l'article 34, *supra*, note 57, s'est appliqué.

60. Commission des droits de la personne du Québec, ci-après : [C.D.P.], *Mémoire concernant le projet de Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, 15 fév. 1985, n°412-53, pp. 3 et 15. Voir également C.D.P., *Rapport d'activités 1981-1982*, p. 61 et *Rapport annuel 1983*, p. 8.

61. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 2, art. 52.

62. L.Q. 1982, c. 61, art. 16 ; L.R.Q., c. C-12, art. 52.

droit⁶³. La Charte québécoise ne précise pas davantage si l'incompatibilité entraîne l'invalidité de la règle subordonnée ou ne fait que la rendre inopérante, c'est-à-dire privée d'effets quoique possiblement valide par ailleurs.

Les tribunaux n'ont pas hésité, cependant, à déclarer inopérantes les dispositions législatives ou réglementaires qui leur paraissaient contraires à la Charte québécoise⁶⁴ et il est clair que cette sanction découle implicitement du texte de l'article 52, mais ils n'ont pas tranché définitivement la question de savoir si l'inefficacité qui frappe la règle incompatible résulte de son invalidité ou de la simple prépondérance de la Charte. Cette distinction, qui pourrait paraître byzantine dans d'autres contextes constitutionnels, est bien ancrée dans le droit de ce pays : les tribunaux y déclarent invalides les lois non conformes à la répartition des compétences dictée par les lois constitutionnelles, comme étant *ultra vires*, mais font appel plutôt à la prépondérance (en anglais, *paramountcy*) lorsque surgit un conflit entre deux lois, l'une fédérale et l'autre provinciale, par ailleurs valides, en raison du « double aspect » que présentent certains objets de législation, qui ressortissent, pour certaines fins, au Parlement fédéral et, pour d'autres, à la compétence des provinces⁶⁵.

C'est à cette technique de la prépondérance que les tribunaux ont eu recours en vue de faire prévaloir la *Déclaration canadienne des droits* (1960)⁶⁶, loi ordinaire du Parlement, sur les lois fédérales incompatibles. L'article 2 de la Déclaration énonçait le principe que « toute loi du Canada [...] doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits et libertés reconnus et déclarés aux présentes ». Ce texte sybillin, que les tribunaux eurent beaucoup de mal à interpréter, n'apportait aucune sanction précise au conflit entre la Déclaration et une autre loi. Dans la célèbre affaire *Drybones*, la Cour suprême décida à la majorité que si une disposition législative fédérale ne pouvait être raisonnablement interprétée sans restreindre ou supprimer l'un des droits reconnus par la Déclaration, cette disposition était *inopérante*, de la même façon qu'une loi provinciale qui entrait en conflit avec une loi fédérale⁶⁷. De même, dans l'arrêt *Singh*, le juge Beetz se

63. *Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée en tant qu'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982 (R.-U.), c. 11, art. 52.

64. Voir *Johnson c. Commission des affaires sociales et Procureur général du Québec*, [1984] C.A. 61; *Ford c. Procureur général du Québec*, [1985] C.S. 147, confirmé par la Cour d'appel du Québec, le 22 déc. 1986, *Sub nom. Procureur général du Québec c. Chaussures Brown's Inc.*, J.E. 87-83.

65. La prépondérance joue en faveur de la compétence fédérale : *Attorney General for Ontario c. Attorney General for the Dominion* (affaire de la prohibition locale), [1896] A.C. 348 et les nombreux arrêts en découlant ; pour l'application récente de la règle, voir *Procureur général du Québec c. Lechasseur*, [1981] 2 R.C.S. 253.

66. S.R.C. 1970, App. II, reproduite dans Maurice TORELLI et Renée BAUDOIN, *Les droits de l'homme et les libertés publiques par les textes*, Montréal, P.U.Q., 1972, p. 103.

67. *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282. Cette décision, à la page 294, n'a guère été suivie par la Cour elle-même jusqu'à l'arrêt *Singh*, *infra*, note 68. Voir notamment *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

fonda sur la Déclaration pour déclarer inopérants un certain nombre de mots contenus dans la *Loi sur l'immigration de 1976*, tandis que le juge Wilson invoqua la Charte canadienne pour en arriver aux mêmes conclusions⁶⁸.

Peut-on soutenir, cependant, que cette privation d'effet, qui laisse intacte la validité de la loi incompatible, tient au caractère non strictement constitutionnel de la Déclaration canadienne? Transposé dans le contexte québécois, cette façon de voir tendrait à frapper d'ineffectivité, mais non d'invalidité, les lois incompatibles avec la *Charte des droits et libertés de la personne*; comme l'écrit C. Coulombe, « dans la mesure où la Charte québécoise n'est pas une loi constitutionnelle, elle n'entraîne que l'inopérabilité (*sic*) de la loi incompatible »⁶⁹. Quoique cette sanction ne limite guère la portée pratique de la Charte, puisque la disposition jugée incompatible est privée d'effet, la distinction entre les notions d'invalidité et de prépondérance n'est pas dénuée d'importance, dans la mesure où la disposition privée d'effet survit « virtuellement » et peut s'appliquer dans d'autres cas, les circonstances étant différentes ou certaines conditions étant respectées qui ne l'étaient pas dans le premier. La loi inopérante se trouve pour ainsi dire neutralisée, « en sommeil », mais peut à nouveau sortir ses effets sans avoir à être réadoptée, advenant que la Charte soit modifiée de façon que l'incompatibilité disparaisse; quoique théorique, cette possibilité fait ressortir la différence entre les deux notions.

Cependant l'explication selon laquelle l'absence de sanction d'invalidité résultant d'une violation de la Charte québécoise tiendrait au caractère non strictement constitutionnel de cette loi ne rend pas compte de toutes les données de cette question; plusieurs arguments et certaines décisions contradictoires des tribunaux appellent en effet une analyse plus nuancée.

Tout d'abord, la Charte canadienne, qui est indubitablement de nature constitutionnelle puisqu'elle est partie intégrante de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne fait pas appel non plus à la notion d'invalidité comme sanction de la violation des droits fondamentaux qui y sont garantis. L'article 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* rend plutôt « inopérantes » (ou ineffectives — en anglais, *of no force or effect*) les règles de droit qui lui sont contraires et cette sanction générale est applicable aussi bien aux lois non conformes à la répartition des compétences, liée au système fédéral, qu'aux lois incompatibles avec les droits constitutionnels fondamentaux. Dans le premier cas le constituant n'a sûrement pas voulu modifier la sanction qui frappe traditionnellement les lois *ultra vires* et l'ineffectivité n'est que la conséquence de l'invalidité; cependant les mêmes considérations ne s'appliquent pas nécessairement dans le second puisque les droits fondamentaux constituent un apport nouveau à la constitution écrite. Peut-être est-ce même en raison de cette addition à la *Loi*

68. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 223 et 239.

69. Christiane COULOMBE, « La prépondérance de la Charte des droits et libertés de la personne : son impact sur la législation provinciale », dans *L'interaction des Chartes canadienne et québécoise*, Barreau du Québec, Formation permanente, cours n° 83, 1983-1984, p. 151, à la page 180.

constitutionnelle de 1982 que le constituant a préféré s'exprimer en termes d'ineffectivité, sanction souple qui peut résulter aussi bien de l'invalidité que de la prépondérance⁷⁰.

En second lieu, les tribunaux, sans doute en raison de l'ambiguïté de la règle que nous venons de décrire, semblent partagés quant aux conséquences qu'il convient d'attacher au constat d'incompatibilité entre une règle de droit subordonnée et la Charte canadienne. La Cour d'appel de l'Ontario a penché tantôt pour l'invalidité, tantôt pour la prépondérance⁷¹, tandis que la Cour du banc de la Reine de la Saskatchewan s'est prononcée, de façon très nette, en faveur de la prépondérance⁷². En Cour suprême, le juge Wilson, dans l'affaire *Singh*, opte pour la prépondérance en déclarant une disposition législative contraire aux principes de justice fondamentale « inopérante dans la mesure de son incompatibilité »⁷³. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, cependant, le juge Dickson, parlant pour la majorité, raisonne en termes de validité plutôt que de simple conflit, tandis que le juge Wilson maintient ses positions et établit clairement la distinction entre les lois *ultra vires* et celles qui portent atteinte à la Charte canadienne⁷⁴.

Au Québec, dans les quelques affaires où les tribunaux ont eu à se poser la question, ils paraissent pencher vers la prépondérance, tant pour les lois incompatibles avec la Charte canadienne que pour celles qui vont à l'encontre de la Charte québécoise. Dans la décision *Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec*, le juge Deschênes, de la Cour supérieure, utilise le raisonnement propre aux conflits de lois plutôt que le vocabulaire de l'invalidité à propos de l'incompatibilité du chapitre VIII de la *Charte de la langue française* du Québec avec la Charte canadienne⁷⁵.

Dans l'arrêt *Ford*⁷⁶, les dispositions de la *Charte de la langue française* relatives à l'affichage public et à la publicité commerciale sont déclarées « inopérant[es] dans la seule mesure de [leur] incompatibilité avec la liberté

70. Voir Pierre-André CÔTÉ, « La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés », (1984) 18 R.J.T. 105, et dans *La Charte canadienne des droits et libertés : concepts et impacts*, Montréal, Éditions Thémis, 1985, p. 107, à la page 114, où l'auteur examine une version antérieure de la Charte canadienne et en vient à la conclusion que c'est la privation d'effet qui avait été voulue comme sanction du conflit loi-Charte.

71. R. c. Oakes, (1983) 32 C.R. (3d) 193, 220 (Ont. C.A.) ; *Ontario Film and Video Appreciation Society, c. Ontario Board of Censors*, (1984) 38 C.R. (3d) 271, 274 (Ont. C.A.) ; en faveur de la prépondérance, voir : R. c. Rao, (1984) 12 C.C.C. (3d) 97, 126 (Ont. C.A.).

72. *Re Gandam and Minister of Employment and Immigration*, (1983) 140 D.L.R. (3d) 363, 368 (Sask. Q.B.). Le juge estime qu'il n'y a inconstitutionnalité que dans les cas où une loi est *ultra vires* ; une loi qui va à l'encontre de la Charte canadienne est inopérante parce qu'il y a conflit et non parce qu'elle est invalide ou inconstitutionnelle.

73. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, note 68, 223.

74. R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 313 et 334 (j. Dickson) et 359 (j. Wilson).

75. [1982] C.S. 673, 682 et 709.

76. *Ford c. Procureur général du Québec*, précité, note 64, 160.

d'expression» consacrée par la Charte québécoise. Enfin, la Cour d'appel, dans l'affaire *Johnson c. Commission des affaires sociales et Procureur général du Québec*, estime nécessaire de maintenir la validité d'un article de la *Loi sur l'aide sociale*⁷⁷ tout en le déclarant « sans effet et inopposable » aux intéressés dans le cas particulier qui lui est soumis⁷⁸.

Quelques notes discordantes viennent cependant troubler cette interprétation judiciaire de la sanction applicable aux violations des Chartes. Dans *Pelletier c. Léger*⁷⁹, la cour juge discriminatoire un « plan d'action » gouvernemental destiné à favoriser l'emploi des femmes et examine sa « légalité » au regard de la Charte québécoise, la loi en vertu de laquelle il avait été adopté ne comportant pas de clause dérogatoire ; de même, dans l'affaire *Forget*, la Cour d'appel a déclaré « illégaux » certains articles d'un règlement adopté en vertu de la *Charte de la langue française* au motif qu'ils étaient discriminatoires⁸⁰. Peut-on expliquer ces décisions en invoquant le fait qu'il s'agit dans les deux cas de législation déléguée ? Pourtant, l'article 52 de la Charte québécoise, pas davantage que l'article 52 de la Charte canadienne, ne font de distinction entre lois, règlements, décrets ou ordonnances lorsque vient le moment de leur appliquer la sanction de l'incompatibilité⁸¹ ; la Charte canadienne précise même qu'elle rend inopérante « toute règle de droit ».

Cette hésitation des tribunaux entre l'ineffectivité pour cause d'invalidité et l'ineffectivité pour cause de prépondérance tient sans doute à la nouveauté du phénomène de la constitutionnalisation des droits fondamentaux et, comme l'a fait observer le P^r P.-A. Côté, au fait que la question n'a pas encore été analysée de façon approfondie dans la jurisprudence ou la doctrine⁸². À notre avis, la réponse doit être cherchée dans la distinction proposée par cet auteur entre l'incompatibilité de type excès de pouvoir (*ultra vires*), qui entraîne l'invalidité, et l'incompatibilité de type conflit de loi, alors que s'applique la prépondérance⁸³. Dans le premier cas, pourrions-nous commenter, la loi est nulle parce qu'elle est contraire à la *répartition* des compétences, donc à la source même qui fonde le pouvoir du législateur, tandis que dans le second, la loi incompatible tire sa validité néanmoins de la « souveraineté » législative dévolue à l'Assemblée par la Constitution, mais est frappée d'ineffectivité parce qu'elle contrevient à la *limitation* du pouvoir législatif par les Chartes. Il reste à savoir, cependant, si les tribunaux opteront clairement pour l'une ou l'autre de ces techniques.

77. L.Q. 1969, c. 63, art. 8, modifié par la *Loi modifiant la Loi de l'aide sociale*, L.Q. 1978, c. 71, art. 9.

78. *Johnson c. Commission des affaires sociales*, précité, note 64, 71.

79. C.S. Québec, n° 200-05-001809-826, 4 mai 1982, j. Philippon, p. 7.

80. *Forget c. Procureur général du Québec*, [1984] C.A. 492, 496.

81. Cf. Charte québécoise, précitée, note 2, art. 56(3).

82. *Loc. cit.*, note 70, 117.

83. *Id.*, 115.

Nous sommes devant deux sortes de normes constitutionnelles et, si les lois incompatibles sont privées d'effet dans un cas comme dans l'autre, c'est parce qu'elles doivent, dans le premier, être invalidées par manque de fondement et, dans le second, neutralisées ou rendues inopérantes parce que attentatoires aux libertés et droits fondamentaux de la personne. Toutefois, pour les fins de la Charte québécoise, il n'est pas absolument essentiel que les tribunaux adoptent cette distinction : ce qui fait la norme constitutionnelle, c'est sa supériorité, peu importe que celle-ci soit assurée par l'invalidité ou par la prépondérance. La constitutionnalité résulte du fait que la règle subordonnée doit céder le pas.

D. Faut-il étendre la constitutionnalisation à d'autres droits ?

Jusqu'ici, le législateur québécois n'a pas jugé opportun de soumettre à la règle de la préséance le chapitre de la Charte consacré aux droits économiques et sociaux (articles 39 à 48), ni les droits consacrés par la *Charte de la langue française*⁸⁴, ni les droits des Autochtones, en dépit des représentations qui lui ont été faites à diverses reprises en faveur de leur constitutionnalisation. Convient-il d'étendre de la sorte la portée de la Charte ?

1. Les droits économiques et sociaux

Si les droits socio-économiques ont fait leur apparition dans plusieurs constitutions européennes après la Première Guerre mondiale, comme en témoignent les lois fondamentales des *Länder* allemands, auxquelles il a été fait allusion plus haut⁸⁵, l'Amérique du Nord est demeurée largement étrangère à ce mouvement, bien qu'on puisse relever ici et là dans les constitutions des États membres de l'Union américaine quelques traces de préoccupations sociales, portant notamment sur l'instruction publique, l'aide sociale, l'habitation et l'environnement⁸⁶. Au Canada, la législation sociale ne manque pas, mais ses principes n'ont pu s'élever jusqu'au niveau constitutionnel⁸⁷. Le Québec, seul,

84. L.Q. 1977, c. 5 ; L.R.Q., c. C-11.

85. Voir *supra*, notes 36 et 37.

86. V.g., *Constitution of New York*, précitée, note 27, art. 11, 17 et 18 ; *Constitution of Massachusetts*, précitée, note 27, 97^e amendement (1972), remplaçant le 49^e amendement (1918), qui proclame le droit du peuple à la propreté de l'air et de l'eau ainsi qu'à la protection contre les bruits excessifs.

87. Voir Pierre Elliott TRUDEAU, « Economic Rights », (1962) 8 *McGill L.J.* 121. L'auteur y soutenait que l'idée libérale de la propriété privée entravait la marche vers la démocratie économique ; il fallait désormais élargir les droits humains jusqu'à leur plein développement, non seulement en insérant les dispositions nécessaires dans un *Bill of Rights*, mais en travaillant à changer les mentalités. La *Loi constitutionnelle de 1982* ne porte pas la trace de ces préoccupations.

a tenté, mais bien modestement, de regrouper un certain nombre de droits économiques et sociaux au chapitre III de la *Charte des droits et libertés* : protection de l'enfance et de la famille, instruction gratuite, assistance financière aux personnes dans le besoin, conditions de travail justes, protection des personnes âgées ou handicapées. Ces droits ne font l'objet d'aucune préséance et l'énoncé même en restreint souvent la portée en précisant qu'ils ne peuvent être exercés que « dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi »⁸⁸. Doit-on penser que ce chapitre est inutile ou n'a pas sa place dans une Charte par ailleurs constitutionnalisée ?

Contrairement aux libertés fondamentales, les droits socio-économiques ont fait l'objet de peu d'observations de la part des organismes intéressés devant la Commission parlementaire chargée de préparer la révision de la Charte en 1981⁸⁹. De son côté, la Commission des droits de la personne a tenu à souligner la complémentarité de ces droits par rapport aux droits civils et politiques dès son premier rapport (1976)⁹⁰ et elle a, par la suite, fait diverses recommandations au gouvernement en vue de préciser les droits au travail et à la santé et d'ajouter le droit « à un environnement sain »⁹¹, mais elle n'est pas allée jusqu'à en proposer la constitutionnalisation.

La doctrine juridique québécoise, bien que reconnaissant l'importance des droits socio-économiques, se montre réservée devant la possibilité de leur reconnaître un caractère constitutionnel. H. Brun et G. Tremblay, par exemple, estiment qu'ils ne sont pas « de la nature véritable des droits fondamentaux », mais résultent plutôt « d'ensembles législatifs élaborés et améliorés au fil de l'évolution » ; ils ne sauraient donc être vus « comme des paramètres du droit plus ou moins intouchables » et il conviendrait d'en laisser la détermination aux organes législatifs ordinaires⁹². Pourtant, s'il faut reconnaître que les droits économiques et sociaux sont nécessairement moins abstraits et plus mouvants que les droits issus de deux siècles de libéralisme occidental, ils n'en sont pas moins propres à des énoncés généraux de principes qui assurent un minimum de garanties, comme le démontrent le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* de 1966⁹³, ratifié et mis en œuvre par le Québec⁹⁴, de même que les nombreuses Conventions adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale du Travail⁹⁵.

88. C'est le cas de l'article 40 (droit à l'instruction publique gratuite). Voir *Doré c. Commission scolaire de Drummondville*, [1981] C.S. 160, conf. par J.E. 82-896 (C.A.), qui applique cette disposition à la lettre. Voir également les articles 41, 44, 45 et 46.

89. Un seul organisme recommanda d'appliquer la préséance de l'article 52 aux droits économiques et sociaux : *Débats*, précités, note 48, p. B-1389 (Congrès juif, région de Québec).

90. C.D.P., *Un défi de justice pour tous* (1976), p. 19.

91. Mémoire de la C.D.P. à la Commission permanente de la Justice, séances des 6, 7 et 8 octobre 1981, p. 15 ; *Rapport annuel 1979*, p. 104.

92. Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel, Supplément*, 1985, p. 67.

93. On en trouvera le texte dans M. TORELLI et R. BAUDOIN, *op. cit.*, note 66, p. 231.

94. Arrêté en Conseil n°1438-76 concernant la ratification du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [...] ainsi que la signature par Ottawa d'une

Particulièrement pertinents à cet égard sont les deux instruments internationaux qui paraissent les plus avancés à l'heure actuelle : la *Charte sociale européenne* de 1961 et le *Code européen de sécurité sociale* de 1964, qui sont en réalité des accords multilatéraux engageant les parties contractantes⁹⁶. Ces conventions sont rédigées de telle sorte qu'elles fixent des objectifs à atteindre « par tous les moyens utiles », en vue de réaliser les conditions propres à assurer « l'exercice effectif » des droits et principes qui y sont établis. Les obligations ainsi assumées par les États portent davantage sur leur comportement que sur le résultat de leurs politiques, qui ne saurait être garanti de façon absolue. Par exemple, les parties *reconnaissent comme objectif* que « toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris », puis s'engagent 1° à reconnaître comme l'une de leurs principales responsabilités « la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi » ; 2° à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ; 3° « à établir [et] à maintenir des services gratuits de l'emploi pour tous les travailleurs » et 4° « à assurer ou à favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelles appropriées »⁹⁷.

La Charte québécoise n'aborde le droit au travail qu'avec d'infinies précautions : elle n'énonce aucun objectif de cet ordre et se contente de prescrire que « toute personne qui travaille a droit, conformément à la loi, à des conditions de travail justes et raisonnables [...] »⁹⁸ et prend soin d'ajouter que « toute personne dans le besoin a droit [...] à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent »⁹⁹. Pour un État développé, dans lequel nous savons qu'il ne saurait exister de véritable démocratie politique sans démocratie économique, de tels principes ne sont guère contraignants.

Néanmoins, ils peuvent être utiles, comme le démontre l'arrêt *Johnson*, où la Cour d'appel, après avoir constaté que le requérant n'avait pas droit, en vertu de la loi, aux prestations d'aide sociale, le déclare cependant admissible, compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'article de la Charte relatif aux mesures sociales¹⁰⁰. Cela semble indiquer que la supériorité applicable aux

entente concernant les modalités et les mécanismes de participation de ces derniers à la mise en œuvre de [cet] instrument internationa[l], 21 avril 1976 (non publié).

95. V.g., Convention concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948), Convention concernant la norme minimum de la sécurité sociale (1952), Convention concernant les objectifs et les normes de base de la politique sociale (1962) et Convention concernant la politique de l'emploi (1964) : textes dans M. TORRELLI et R. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 66, pp. 264–291.

96. Les textes sont reproduits dans M. TORRELLI et R. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 66, pp. 306 et 318.

97. *Charte sociale européenne*, précitée, note 96, p. 306, Partie I et art. 1.

98. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 2, art. 46.

99. *Id.*, art. 45.

100. *Johnson c. Commission des affaires sociales*, précité, note 64, 70.

articles 1 à 38 peut déteindre, en quelque sorte, sur les articles 39 à 48 ! On pourrait voir là un exemple de l'attitude observée dans certains arrêts récents de la Cour suprême envers les lois destinées à protéger les droits de la personne, qu'elles soient ou non dotées de la préséance : même si la loi ne l'est pas, elle n'en est pas moins « d'une nature telle que seule une déclaration législative claire peut permettre [...] de créer des exceptions à ses dispositions » ; toute interprétation fondée sur la théorie de l'abrogation implicite de la loi antérieure par la postérieure aurait pour effet, estime la Cour, de dépouiller la loi protégeant les personnes de « sa nature spéciale »¹⁰¹.

Les droits économiques et sociaux ne paraissent pas, à nos yeux, se prêter moins à la constitutionnalisation que les droits civils ou politiques ; comme ceux-ci, ils sont tributaires de l'évolution sociale et du progrès des mentalités. Sans doute doivent-ils être formulés avec soin, en termes de moyens plutôt que d'objectifs catégoriques, et en fonction des besoins, mais aussi des possibilités du Québec ; on ne saurait toutefois, dans une perspective d'avenir, leur refuser le rang de principes fondamentaux.

2. Les droits linguistiques

L'absence des droits linguistiques dans la *Charte des droits et libertés* et leur définition par une autre « Charte » non investie de la préséance, peuvent entraîner d'importantes difficultés lorsque vient le moment de concilier les deux instruments, comme le démontre une partie de la jurisprudence, qui a fait prévaloir la liberté d'expression, énoncée à l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, sur les dispositions de la *Charte de la langue française* relatives à l'affichage commercial¹⁰².

La recherche du point d'équilibre entre les droits individuels et les droits « collectifs »¹⁰³ est l'une des questions les plus délicates qui soient, « débat vital mais jamais achevé », selon l'expression de la Commission des droits de la personne¹⁰⁴. Il n'existe aucune solution toute faite qui permette de pondérer

101. *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, 156 ; voir également l'arrêt *Singh*, précité, note 68, 224 (j. Beetz) et *Texte annoté, supra*, note 2, p. VI.

102. L.R.Q., c. C-11, art. 58 ; voir l'arrêt *Ford*, précité, note 64, à la page 156 du jugement de la Cour supérieure.

103. L'expression « droits collectifs » n'est pas sans ambiguïté. Ces droits sont destinés, en définitive, à protéger l'individu en tant que membre d'un groupe humain. Les droits fondamentaux inscrits dans la *Charte de la langue française* — droit de s'exprimer en français, droit d'être servi dans cette langue — ont le bien de chacun pour finalité ultime. Pour protéger les individus membres d'un groupe dont la langue est menacée, le législateur peut être amené, au nom de l'intérêt public, à créer des situations favorables à l'emploi de cette langue ou destinées à empêcher l'assimilation. Voir Michel SPARER, « Droits collectifs : la méprise », dans *Le Devoir* [de Montréal], 29 mai 1985.

104. *Mémoire concernant le projet de loi n° 1 sur la langue française au Québec*, 6 juin 1977, n° 412-1, p. 66.

les libertés des personnes et les droits reconnus aux individus en tant que membres d'un groupe, mais lorsque la question prend l'ampleur d'un débat de société, elle ne saurait être éludée et gagne à être traitée au niveau des lois fondamentales au même titre que les droits et libertés de la personne.

Dans le mémoire que la Commission remit au gouvernement en 1977, au sujet du projet de loi qui allait devenir la *Charte de la langue française*, les commissaires déclaraient que « les intérêts légitimes de la majorité devaient être affirmés et respectés », mais ils ajoutaient qu'il était « tout aussi important dans un régime démocratique où l'on est respectueux des droits [...] de la personne, de ne pas aller au-delà de ce qui est requis pour assurer ce respect »¹⁰⁵. L'équilibre résultant de cette démarche du législateur paraissait si important à la Commission qu'elle lui recommandait « d'insérer dans la *Charte des droits et libertés de la personne* les grands principes de la politique linguistique concernant aussi bien la majorité que les minorités et les individus membres de ces groupes, reconnaissant par là à ces principes le caractère de droits fondamentaux »¹⁰⁶.

Cette recommandation n'a rien perdu de son actualité depuis dix ans. Le juste équilibre entre les droits individuels et la désignation d'une langue commune ne peut être obtenu que si tous les droits fondamentaux sont placés constitutionnellement sur le même pied, sans que les uns soient *en principe* subordonnés aux autres. Cela paraît d'autant plus important pour l'avenir que le législateur a accepté, à la suite de l'intervention de la Commission, de renoncer au projet d'article par lequel aurait été soustrait à la *Charte des droits et libertés* l'ensemble des dispositions de la *Charte de la langue française*. Il n'a pas jugé opportun de suivre la Commission jusqu'au bout et de constitutionnaliser les droits linguistiques, estimant sans doute que les tribunaux assureraient l'équilibre requis entre ces droits et les libertés fondamentales, qui n'étaient pas davantage constitutionnalisées à l'époque.

La situation juridique n'est plus la même depuis que la préséance des libertés fondamentales par rapport aux lois postérieures et antérieures est entrée en vigueur. Peut-être les rédacteurs des modifications apportées à la *Charte des droits* ont-ils pensé que l'article 9.1, ajouté par la même occasion en vue de préciser que les libertés et droits fondamentaux « s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec », permettrait aux tribunaux de « fixer la portée et [...] aménager l'exercice » des libertés par rapport aux droits linguistiques, mais le Procureur général a négligé d'invoquer cet argument dans l'affaire de la langue d'affichage devant la Cour supérieure dont l'arrêt, défavorable à la *Charte* linguistique, vient d'être confirmé par la Cour d'appel¹⁰⁷. Peut-être la Cour

105. Mémoire, précité, note 103, p. 67. Voir également C.D.P., *Rapport annuel 1980*, p. 62.

106. Mémoire, précité, note 103, p. 68.

107. La protection de la *Charte des droits et libertés de la personne* pourrait être étendue également aux droits « minoritaires » ; elle traite déjà, à l'article 43 (non constitutionnalisé) des droits culturels des « minorités ethniques ». La minorité anglophone du Québec, dont les droits sont fort anciens, devrait également être protégée : *Ford c. Procureur général du Québec*, précité, note 64.

suprême examinera-t-elle la question, mais on peut estimer qu'en l'absence de constitutionnalisation des principes de la *Charte de la langue française*, les tribunaux pourront faire prévaloir mécaniquement la *Charte des droits et libertés de la personne*, rompant ainsi l'équilibre au détriment de la protection des droits linguistiques.

3. Les droits des Autochtones

Les droits des Amérindiens et Inuit du Québec, tant civils et politiques que socio-économiques et culturels, sont à l'ordre du jour depuis quelques années. Au niveau fédéral-provincial, ils ont fait l'objet de conférences constitutionnelles depuis 1982, grâce auxquelles leurs droits ancestraux ou issus de traités ont été constitutionnalisés et l'emportent désormais sur les lois fédérales ou provinciales incompatibles¹⁰⁸. Les peuples autochtones ont également obtenu d'avoir accès directement au processus de modification de la Constitution canadienne, droit que ne possède aucun autre groupe en dehors des gouvernements. Ce mécanisme particulier de changement fait voir que la démarche constitutionnelle ne fait que commencer en ce qui les concerne. Cependant, nombreux sont les droits individuels et collectifs — territoire, instruction publique, santé, chasse et pêche, gouvernement local — qui relèvent de la compétence de l'Assemblée nationale. Aussi le Groupe de travail sur les peuples autochtones du Québec a-t-il voulu ouvrir le dialogue avec le gouvernement au sujet de leurs revendications, particulièrement depuis la fin de 1982¹⁰⁹. Ce dialogue a comporté plusieurs rencontres, dont la Commission parlementaire de la présidence du Conseil et de la Constitution a été le théâtre le plus important, en novembre 1983¹¹⁰. Le gouvernement a déclaré au cours de ces échanges qu'il reconnaissait aux peuples autochtones le caractère de nations distinctes ayant droit à leur culture, à leur langue, à leurs coutumes et traditions ainsi que la faculté d'orienter elles-mêmes le développement de leur identité.

Soucieux de s'appuyer sur le plus large consensus possible, le gouvernement a proposé à l'Assemblée nationale une résolution, adoptée le 20 mars 1985, dans laquelle sont tirées les conséquences découlant des « quinze principes » de 1983¹¹¹, sous la forme notamment de droits étendus sur les territoires dont les nations amérindiennes et inuit ont ou auront convenu avec le

108. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 63, partie II, art. 35 et 35.1 ; partie IV.1, ajoutée par la Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, du 21 juin 1984, TR/84-102 (11 juil. 1984), art. 37.1.

109. Lettre du Chef B. Diamond au Premier ministre, M. R. Lévesque, 30 nov. 1982. Les revendications exposées dans cette lettre et la réponse du gouvernement ont été rendues publiques en novembre 1983 et sont reproduites dans (1985) 1 R.Q.D.I. 369.

110. *Débats*, 32^e législature, 4^e session, *Commissions parlementaires*, 22 nov. 1983, pp. B-9226-9229, et 24 nov. 1983, pp. B-9449-9450.

111. *Débats*, 32^e légis., 5^e session, 20 mars 1985, p. 2570, reproduite dans (1985) 1 R.Q.D.I. 372.

gouvernement¹¹², le Québec se montrant disposé à reconnaître leur droit à l'autonomie, en même temps que celui de participer au développement économique du Québec et d'en bénéficier. Sur ces territoires, les Autochtones peuvent se gouverner et se donner, dans le cadre d'ententes à intervenir, les institutions qui correspondent à leurs besoins en matière de culture, de langue, d'éducation, de santé, de services sociaux et de développement économique. Enfin, l'Assemblée affirme sa volonté de « protéger dans ses lois fondamentales les droits inscrits dans les ententes conclues avec les nations autochtones du Québec ».

La Commission des droits de la personne faisait valoir en 1981 que l'article 43 de la Charte, destiné à protéger la vie culturelle des minorités, était bien insuffisant pour répondre aux besoins des Autochtones¹¹³. Aussi propose-t-elle de modifier la Charte pour y inclure leur droit d'exister en tant que groupe distinct, de décider de leur mode de vie, de leur développement et, à ces fins, de procéder aux choix économiques qui leur conviennent ; enfin, elle souhaite que la Charte reconnaisse leur « droit à l'autodétermination et au choix du statut politique qui leur convient ».

Au plan constitutionnel, la question de l'avenir des Autochtones n'est posée que depuis quelques années et il est sans doute trop tôt pour qu'ils adoptent une attitude définitive au sujet des offres du gouvernement ou de la constitutionnalisation de leurs droits. Il n'est pas trop tôt, cependant, pour étudier attentivement cette question en vue des prochaines étapes de l'évolution de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Tôt ou tard devront être garantis les droits fondamentaux des groupes autochtones du Québec et les principes essentiels de leur autonomie.

L'évolution que la Charte a connue depuis son adoption en 1975 la fait déjà considérer par la doctrine comme un « instrument constitutionnel ou quasi constitutionnel »¹¹⁴. Celle-ci peut invoquer à l'appui quelques observations judiciaires : le Tribunal du travail déclare que la Charte québécoise « est, par sa nature, une loi constitutionnelle »¹¹⁵ et le juge Beetz, dans l'affaire *Singh*, parlant de la *Déclaration canadienne des droits* et des chartes que l'on trouve dans certaines provinces, dit :

Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et libertés [...].

112. Cf. Gouvernement du Québec, *La Convention de la Baie James et du Nord québécois* (1976), chapitres 4, 9, 11A, 12 et 13. On trouvera la carte montrant la répartition des territoires à la page 5.

113. *Débats*, précités, note 48, 6 oct. 1981, p. B-1295.

114. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 92, p. 67.

115. *Association des employés(es) de bureau de la Compagnie canadienne d'oxygène à Montréal (Div. Canox) c. Canox*, D.T.E. 84T-503.

*Cela est particulièrement vrai dans le cas où ils contiennent des dispositions [qui ne se trouvent] pas dans la Charte canadienne des droits et libertés et qui paraissent avoir été spécialement conçues pour répondre à certaines situations [...].*¹¹⁶

Ce sont les instruments auxquels le législateur a conféré la supériorité ou auxquels les tribunaux choisissent de reconnaître une certaine préséance¹¹⁷ qui sont qualifiés de « constitutionnels » ou « quasi constitutionnels ». Les droits ainsi protégés, écrit J.-M. Brisson, jouissent « d'une supériorité de principe semblable à celle dont profitent les normes garanties par un texte constitutionnel »¹¹⁸.

Cependant, le législateur peut déroger à la Charte, voire en modifier les règles les plus fondamentales à la majorité simple de l'Assemblée nationale ; ses principes ne sont pas protégés contre les fluctuations du pouvoir législatif. C'est vers cet autre aspect de la constitutionnalité que nous nous tournons maintenant.

II. L'INTÉGRITÉ DE LA CHARTE

Si la « souveraineté » parlementaire a été quelque peu ébréchée au Québec par la supériorité de la Charte, le vieux principe britannique reprend ses droits lorsque l'Assemblée décide de déroger aux droits fondamentaux ou de réviser la Charte elle-même. Comme l'écrivent les P^{rs} H. Brun et G. Tremblay, celle-ci « n'échappe pas en bout de ligne au Parlement du Québec »¹¹⁹.

Sans doute l'Assemblée, surveillée par l'opinion publique et soucieuse d'assurer constamment la légitimité de ses actes, peut-elle estimer qu'elle utilise à bon escient ce pouvoir ultime de « faire et défaire » toutes les lois. Toutefois dans la mesure où le mouvement de constitutionnalisation des droits et libertés vise leur protection non seulement à l'encontre de l'Exécutif et de l'Administration, mais contre les abus toujours possibles du législateur lui-même, il n'y a pas lieu de s'étonner de l'inquiétude que suscite cette absence de garantie. Dès son premier rapport en 1976, la Commission des droits de la personne souligne le fait que « le principe de la souveraineté de l'Assemblée nationale est sauvegardé » dans la Charte et attire l'attention du législateur sur les dérogations dont celle-ci vient d'être l'objet dans la *Loi sur les jurés*¹²⁰, lesquelles « ont alarmé les commissaires »¹²¹. De même, le Barreau exprime ses réserves devant

116. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, note 68, 224.

117. La Cour suprême semble vouloir reconnaître une certaine préséance aux lois de « nature spéciale » destinées à protéger les droits des personnes, même en l'absence d'une disposition conférant expressément la supériorité à ces lois. Voir *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, précité, note 101.

118. *Texte annoté*, précité, note 2, p. IV.

119. *Op. cit.*, note 92, p. 67.

120. L.Q. 1976, c. 9, art. 58 ; L.R.Q., c. J-2, art. 52.

121. *Rapport, op. cit.*, note 90, p. 25.

la Commission parlementaire, en octobre 1981, au sujet de la facilité avec laquelle le législateur peut déroger aux droits fondamentaux ou modifier la Charte¹²².

Qu'il s'agisse de la faculté de dérogation ou du pouvoir de modification, ces interventions mettent le législateur devant le même dilemme : un parlement de tradition britannique, dont le pouvoir de faire des lois est en principe illimité, du moins dans sa sphère de compétence, peut-il restreindre son propre pouvoir sans du même coup saper les fondements de sa « souveraineté » ? Sur un plan moins abstrait, les inquiétudes exprimées par la Commission et le Barreau sont-elles suffisamment graves pour que le législateur s'expose aux inconvénients d'une limitation de ses propres pouvoirs ? Et par quelles techniques juridiques peut-il obtenir un tel résultat ? Il convient, pour répondre à ces questions, de distinguer le cas des dérogations et limites prévues dans la Charte et celui des modifications que l'Assemblée pourrait souhaiter apporter à la loi fondamentale elle-même.

A. Les limitations et dérogations prévues dans la Charte

Trois techniques différentes de limitation des droits par le législateur ressortent du texte même de la Charte : 1^o la clause limitative de l'article 9.1 ; 2^o les limites particulières énoncées dans une douzaine d'articles ; enfin, 3^o les dérogations expresses prévues à l'article 52. Ces techniques forment en quelque sorte une triple enceinte autour du bastion de la suprématie parlementaire. En les examinant successivement, nous nous demanderons si les craintes exprimées à l'endroit de ce pouvoir limitatif sont justifiées : affaiblit-il au point de la rendre illusoire la supériorité que le législateur a voulu accorder aux libertés et droits fondamentaux ?

1. La clause limitative de l'article 9.1

Cet article a été ajouté à la Charte en 1982, en même temps qu'était établie la préséance des libertés et droits fondamentaux (articles 1 à 8) par rapport à toutes les lois québécoises¹²³. Dans son discours de 2^e lecture, le ministre de la Justice le décrivait comme le « corollaire » de l'ampleur des droits que le projet de loi rendait prépondérants et une « clause soupape » destinée à rappeler que « les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec »¹²⁴. Et pour mieux faire comprendre la portée de ce principe

122. *Débats*, précités, note 48, 13 oct. 1981, pp. B-1614 (le bâtonnier, M^eJ. Allard) et B-1622 (le P^r A. Tremblay).

123. L.Q. 1982, c. 61, art. 2.

124. *Débats*, précités, note 52, 1^{er} déc. 1982, p. 6293.

limitatif, le second alinéa de l'article 9.1 précisait que « la loi » (*i.e.* le législateur) pouvait « fixer la portée » et « aménager l'exercice » des droits et libertés. On a évité d'utiliser les mots « restreindre » ou « limiter », mais c'est de cela qu'il s'agit puisque, comme le fait observer C. Coulombe, les droits protégés par la Charte étant fort étendus, on ne peut, en définitive, que les restreindre ¹²⁵.

Il s'agit là d'un pouvoir de dérogation très général et qui, à la différence de celui qu'établit l'article 52 — dont on traitera plus loin — n'a pas à prendre la forme d'une déclaration *expresse* ; en revanche, alors que ce même article ne fixe aucune limite de fond à la faculté de déroger du législateur, elle est ici circonscrite par les critères des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général, grâce auxquels les tribunaux peuvent évaluer la dérogation et, le cas échéant, la priver d'effet. Dans deux arrêts récents, ils ont estimé que l'obligation de porter la ceinture de sécurité, imposée par le *Code de la sécurité routière*, ne porte atteinte ni à la liberté ni à l'intégrité physique de la personne ¹²⁶, et que l'accréditation syndicale, qui a pour effet d'imposer des obligations à tous les travailleurs de l'unité de négociation visée, n'est pas contraire à la liberté d'association ¹²⁷ ; dans les deux cas, les limites à l'exercice des droits individuels sont jugées conformes aux critères de l'article 9.1.

L'idée que les libertés et droits fondamentaux ne sont pas des absolus et que les droits des uns trouvent leur limite dans les droits des autres ou dans l'intérêt public n'est pas neuve. Déjà la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 énonçait les principes que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui » et que l'exercice des droits de chaque personne « n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » ¹²⁸. De même, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée en 1948 dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, situe les droits et libertés dans leur contexte social et emploie à cet effet un énoncé dont la fin paraît avoir influencé la rédaction de l'article 9.1 :

Dans l'exercice de ses droits, et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique. ¹²⁹

125. C. COULOMBE, *loc. cit.*, note 69, 164.

126. *Léger c. Ville de Montréal*, [1985] C.S. 460, 463.

127. *Restaurant Bou-Bou et Syndicat démocratique des employés d'hôtellerie et de restauration du Saguenay (C.S.D.)*, [1985] T.A. 63, 65.

128. Déclaration de l'Assemblée nationale française, du 26 août 1789, placée en tête de la Constitution de 1791, reproduite dans M. TORRELLI et R. BAUDOIN, *op. cit.*, note 66, p. 10 (art. 4).

129. Assemblée générale, Résolution 217 (III) du 10 déc. 1948, art. 29(2), reproduite dans M. TORRELLI et R. BAUDOIN, *op. cit.*, note 66, p. 225.

Ces dispositions ont été élaborées davantage dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966, où l'exercice des libertés d'expression, de réunion pacifique et d'association peut être limité par la loi, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale et de l'ordre public ou pour protéger la santé, la moralité publique et les droits d'autrui, toujours dans le contexte d'une société démocratique¹³⁰.

À la lumière de ces textes fondamentaux, l'article 9.1 de la Charte québécoise paraît plus simple et montre que le législateur n'a voulu y retenir que les limitations les plus essentielles, dans l'espoir que les tribunaux sauront inclure dans les « valeurs démocratiques » les grands principes qui fondent la société québécoise, tels que le règne de la légalité et l'égalité de tous devant la loi, en même temps qu'ils interpréteront les critères de l'ordre public et du bien-être général en tenant compte de l'évolution de cette société¹³¹. On peut seulement s'étonner que l'intention apparente du législateur soit de restreindre l'application de l'article 9.1 aux libertés et droits fondamentaux, c'est-à-dire au premier chapitre de la Charte, alors qu'il eût pu légitimement l'étendre à tous les droits et libertés garantis par celle-ci. Une telle solution, nous le verrons, eût été préférable au pouvoir de dérogation illimité de l'article 52.

2. *Limites particulières énoncées dans certains articles de la Charte*

Une douzaine d'articles de la Charte, portant sur le droit de propriété, le secret professionnel, la discrimination fondée sur l'âge, le droit de vote, la privation de liberté, les saisies, le droit à l'information, l'aide sociale, entre autres¹³², comportent des restrictions dans leur texte même, comme si le législateur eût voulu se réserver le dernier mot coûte que coûte. La manière d'exprimer ces restrictions varie d'un article à l'autre, les principales formules retenues étant les suivantes : « sauf dans la mesure prévue par la loi », « à moins d'une disposition expresse de la loi », « à moins d'être légalement habilitée et qualifiée », « sauf pour les motifs prévus par la loi », « suivant les normes prévues par la loi », « conformément à la loi », notamment.

130. ONU, Assemblée générale, Résolution 220.O.A. (XXI), du 16 déc. 1966, articles 19, 21 et 22, reproduits dans M. TORRELLI et R. BAUDOUIN, *op. cit.*, note 66, p. 229. Voir également le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, du 16 déc. 1966, art. 4, *id.*, p. 231, et la Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 nov. 1950, art. 6 et 8 à 11, *id.*, pp. 302-303, dont la rédaction a influencé celle des Pactes ci-dessus.

131. Pour une étude des critères de l'article 9.1, voir C. COULOMBE, *loc. cit.*, note 69, 167-169.

132. *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 2, art. 6, 9, 10, 22, 24, 24.1, 31, 40, 41, 44, 45 et 46.

Les droits limités de la sorte sont donc sujets à des restrictions absolues, en ce sens qu'aucun critère de « raisonabilité » ne permet de circonscrire la discrétion, voire l'arbitraire, du législateur. Ce n'est pas que les articles ainsi visés soient inutiles, puisqu'ils énoncent néanmoins des règles de portée générale, mais il y a lieu de se demander si, dans le cas du droit de propriété et du secret professionnel (articles 6 et 9), par exemple, nous sommes encore devant des « droits fondamentaux ». Ce n'est pas non plus que ces droits ne comportent aucune limite, mais la question est de savoir si le législateur, qui a estimé opportun de les consacrer solennellement, peut en quelque sorte reprendre ce qu'il a accordé, sans autre forme de procès. Il semble bien, en effet, que les restrictions des articles 6 et 9 ne soient pas soumises aux critères de l'article 9.1 (valeurs démocratiques, ordre public, bien-être général), puisque ces restrictions sont spécifiques et que le législateur n'est pas censé parler pour ne rien dire¹³³. Or, il en est ainsi, essentiellement, parce que ces restrictions, inscrites dans la Charte de 1975, étaient nécessaires en l'absence de l'article 9.1, qui date de 1982 ; elles paraissent beaucoup moins nécessaires aujourd'hui et il n'existe vraiment aucune raison pour ne pas soumettre le droit de propriété et le secret professionnel aux critères du nouvel article¹³⁴.

Un raisonnement analogue peut être fait à propos des restrictions aux droits judiciaires, notamment celles prévues à l'article 24 (privation de la liberté ou des droits), qu'il conviendrait d'assujettir à des critères faisant appel au caractère raisonnable ou non arbitraire des mesures d'arrestation ou de détention ; c'est d'ailleurs ce que font trois autres articles du même chapitre, le premier interdisant les saisies, perquisitions ou fouilles *abusives*¹³⁵, le second protégeant le droit de toute personne de recouvrer sa liberté sur engagement et de n'en être point privé « sans juste cause »¹³⁶, le troisième enfin, garantissant le droit de tout accusé d'être jugé dans un délai raisonnable¹³⁷. On dit parfois que ces critères sont flous et confèrent aux tribunaux une très grande discrétion, mais dans le domaine des « droits judiciaires », justement, il n'existe guère d'autre façon d'harmoniser les droits individuels et ceux de la société, comme le démontrent amplement les instruments internationaux¹³⁸.

133. Sur ce point, voir C. COULOMBE, *loc. cit.*, note 69, 170.

134. Le résultat atteint dans l'arrêt *Commission de protection du territoire agricole du Québec c. Rhéaume*, [1984] C.A. 542, qui maintient l'application de la *Loi sur la protection du territoire agricole*, L.Q. 1978, c. 10, en se fondant sur les restrictions « prévues par la loi » de l'article 6, eût pu être obtenu tout aussi bien en invoquant le « bien-être général » et les autres critères de l'article 9.1.

135. Art. 24.1 (ajouté en 1982).

136. Art. 31.

137. Art. 32.1 (ajouté en 1982).

138. *Déclaration universelle des droits de l'homme*, précitée, note 129, art. 5, 9, 10 et 11 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, du 16 déc. 1966, art. 9, 10, 14, 15 et 17 ; *Convention [européenne] de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, précitée, note 130, art. 5 et 6.

Pour les raisons indiquées plus haut, la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels, se prête moins bien que les libertés et droits fondamentaux aux garanties rigides. Aussi ne faut-il pas s'étonner de retrouver aux articles 40, 41, 44, 45 et 46 de la Charte la restriction selon laquelle ces droits n'existent que dans la mesure prévue par la loi. Cette formulation offre l'inconvénient de déprécier les droits que la Charte prétend assurer, en les relativisant complètement. Sans doute conviendra-t-il, lorsque viendra le moment de reconnaître la supériorité de ces droits, de les exprimer en termes d'objectifs, comme le font les conventions internationales, et de mettre l'accent, dans un article de portée générale, sur le comportement des gouvernants, qui doivent « agir [...] au maximum [des] ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits [...] par tous les moyens appropriés »¹³⁹. Moins ronflante que les énoncés actuels, cette formulation est plus conforme à la valeur pédagogique que doit présenter un tel projet de société ; de surcroît, elle attire moins les restrictions qui ressemblent parfois à la négation des droits.

3. Les dérogations expresses

Depuis que la supériorité a été étendue aux libertés et droits fondamentaux, en 1982, le pouvoir de dérogation que le législateur s'est réservé à l'article 52 s'étend aux articles 1 à 38, c'est-à-dire à l'ensemble des droits protégés par la Charte, à l'exception des droits économiques et sociaux, lesquels font l'objet, on l'a vu, de restrictions spécifiques. La seule condition à laquelle est soumis l'exercice de ce pouvoir est de nature purement formelle : la dérogation doit être énoncée expressément dans la loi. Le juge confronté à une telle disposition ne peut donc « étudier le mérite de la dérogation »¹⁴⁰.

L'Assemblée a usé de sa faculté de dérogation à dix-sept reprises depuis 1976¹⁴¹. Dans la plupart des cas, ces dérogations n'ont guère suscité de difficulté puisqu'il s'agissait de mieux protéger certains groupes, comme les personnes handicapées ou les détenus, en faisant exception à des dispositions particulières de la Charte¹⁴². Cependant, il est arrivé, en période de tension résultant de grèves prolongées, que le législateur opte pour des mesures de contrainte comportant une clause de dérogation globale à la Charte, ce qui n'a pas manqué de susciter l'inquiétude de la Commission des droits de la personne.

139. Cf. *Pacte*, précité, note 130, art. 2(1).

140. C. COULOMBE, *loc. cit.*, note 69, 174.

141. On trouvera la liste des lois comportant des clauses dérogatoires dans *Texte annoté*, précité, note 2, pp. 85-87.

142. V.g., *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 7, art. 70, 71 et 72 ; *Loi favorisant la libération conditionnelle des détenus et modifiant la Loi de la probation et des établissements de détention*, L.Q. 1978, c. 22, art. 44 ; *Loi sur les jurés*, L.Q. 1976, c. 9, art. 58. Il s'agissait de faciliter l'accès des personnes handicapées aux transports et aux édifices publics ou encore d'assurer une présence autochtone dans les jurys chargés de juger des Autochtones.

Dans son avis sur la *Loi assurant la reprise des services dans les collèges et les écoles du secteur public*¹⁴³, la Commission opine que l'article 52 impose au législateur l'obligation d'identifier de façon précise les dispositions auxquelles il entend se soustraire car la dérogation expresse « existe précisément pour que s'instaure un débat sur ce qui justifierait la suspension de certains droits »¹⁴⁴. Rappelant que la Charte est une loi fondamentale qui a précisément pour but d'assurer le respect des droits en toutes circonstances et particulièrement en temps de crise, les commissaires se fondent sur le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, auquel le Québec a adhéré, pour affirmer que les mesures dérogatoires ne peuvent être prises qu'en cas de danger public exceptionnel et seulement « dans la stricte mesure où la situation l'exige »¹⁴⁵.

Si les temps de crise mettent particulièrement en relief les risques d'arbitraire qui guettent le législateur, le pouvoir de dérogation absolu ne constitue pas, de toute façon, une solution satisfaisante au problème à résoudre, qui est de rendre compatible une certaine liberté d'action du législateur et la protection du citoyen contre les excès toujours possibles de cette « souveraineté ». L'expérience des juristes qui ont tenté de résoudre ce dilemme se ramène à deux réponses : ou bien le législateur accepte l'arbitrage d'un tiers — en l'occurrence les tribunaux — et insère dans la loi fondamentale une clause générale de dérogation qui définit les situations où elle peut être utilisée et fournit des critères permettant de juger de la pertinence de son application, ou bien il traite la dérogation comme une modification à la loi fondamentale et se soumet à une procédure spéciale pour son adoption.

La première réponse est celle que l'on trouve dans les instruments internationaux. Elle est schématiquement énoncée dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, selon lequel les mesures dérogatoires sont limitées aux cas de « danger public exceptionnel [menaçant] l'existence de la nation » et appliquées « dans la stricte mesure où la situation l'exige »¹⁴⁶ et fait l'objet de dispositions plus nuancées dans la Convention européenne, aux termes de laquelle les libertés et droits ne peuvent « faire l'objet d'autres restrictions que celle qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »¹⁴⁷. Dans le cas du

143. C.D.P., 3 mars 1983, n° 412-49.

144. *Id.*, p. 2. La Commission rappelle qu'un seul autre projet de loi, la *Charte de la langue française*, précitée, note 102, avait prévu une clause de dérogation générale, qui fut retirée à la suite de son intervention.

145. *Id.*, p. 6 et communiqué du 16 fév. 1983, p. 2.

146. Précité, note 138, art. 4(1). En outre, aucune dérogation n'est admise à certains articles (droit de ne pas être arbitrairement privé de la vie, droit de ne pas être soumis à des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants, etc.).

147. Précitée, note 130, art. 11(2). Voir également les articles 9 et 10. L'article 15(1) rappelle davantage la rédaction du *Pacte international*, *supra*, note 146.

Québec, cette solution exigerait que le législateur étendît la portée de l'article 9.1 à l'ensemble de la Charte et y précisât davantage les « balises » et critères dont il conviendrait d'entourer son pouvoir de dérogation.

La seconde réponse a été apportée par le Barreau du Québec et la Commission des droits de la personne. Devant la Commission parlementaire d'octobre 1981, après avoir rappelé la pérennité des valeurs consignées dans la Charte, le Barreau demandait qu'on ne pût y déroger, dans ses aspects fondamentaux, sans que la majorité des deux tiers de l'Assemblée nationale y concourût¹⁴⁸. De même, la Commission des droits de la personne, dans ses commentaires de novembre 1982 sur le projet de modification de la Charte, après avoir rappelé les idées émises par l'Opposition en 1975, recommande qu'aucune dérogation expresse ne puisse être adoptée sans l'accord des deux tiers de l'Assemblée¹⁴⁹. Sans doute cette solution est-elle plus conforme que la première aux traditions héritées du parlementarisme britannique, en ce sens qu'elle fait appel à l'autodiscipline du législateur plutôt qu'au contrôle de ses actes par les tribunaux. À ce titre, elle est voisine des procédures spéciales ou restrictives souvent proposées pour protéger les lois fondamentales elles-mêmes contre les modifications intempestives ; elle soulève donc les difficultés classiques liées à ces propositions, vers lesquelles nous nous tournons maintenant.

B. La modification de la Charte

En plus de la faculté de dérogation, le législateur québécois possède, de toute façon, celle de procéder de manière encore plus directe en modifiant les dispositions mêmes de la *Charte des droits et libertés de la personne* ; il l'a d'ailleurs fait à plusieurs reprises en vue de la compléter ou d'en renforcer la portée. Ce pouvoir demeure juridiquement absolu et, à la limite, l'ensemble de la Charte peut être abrogé par un vote à la majorité simple de l'Assemblée nationale. Le législateur n'est donc « de toute manière lié que dans la mesure où il l'estimera nécessaire »¹⁵⁰.

Cette liberté d'action, héritée du système constitutionnel anglais, est fondée sur la règle fondamentale selon laquelle le parlement est « souverain », c'est-à-dire doté d'un pouvoir illimité en droit de faire et défaire les lois. Bien que distincte conceptuellement de la souveraineté de l'État britannique, au sens du droit international, celle du parlement est dérivée d'une même règle de la *Common Law*, suivant laquelle les tribunaux ne se reconnaissent pas le pouvoir

148. *Débats*, précités, note 48, 13 oct. 1981, pp. B-1614 (le bâtonnier) et B-1622 (le Pr A. Tremblay).

149. Commentaires sur le projet de loi 86, *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, 18 nov. 1982, n°412-15, p. 33.

150. C. COULOMBE, *loc. cit.*, note 69, 174.

de déclarer ineffective l'une de ses lois sous le prétexte que celle-ci irait à l'encontre d'une règle supérieure, interne ou internationale¹⁵¹.

On a pu écrire que ce principe « s'exerce absolument » en droit constitutionnel canadien et québécois — sous réserve, il va sans dire, de la répartition des compétences — et qu'il « empêchera toujours une législature de lier définitivement les législatures subséquentes »¹⁵². Prise à la lettre, cette affirmation semble exclure complètement toute possibilité de protéger la *Charte des droits et libertés de la personne* contre les fluctuations de la vie politique ou la volonté changeante de l'Assemblée et l'argument n'a pas manqué d'être avancé, avec celui du « gouvernement des juges », pour expliquer la décision du législateur québécois de n'en pas faire une loi absolument fondamentale¹⁵³.

Néanmoins, comme on l'a vu, des voix n'ont cessé de s'élever depuis 1975 en faveur d'une protection plus étendue de la Charte à l'encontre du législateur lui-même. Selon le Barreau du Québec, comparissant devant la Commission parlementaire en 1981, la pérennité et la stabilité des valeurs consignées dans la Charte imposent « pour tout changement des procédures et peut-être des formalités extraordinaires »¹⁵⁴. La Commission des droits de la personne abonde dans le même sens en recommandant au gouvernement qu'aucune modification ne soit possible sans un vote des deux tiers de l'Assemblée nationale¹⁵⁵. De même, l'Opposition de 1981 estime que la Charte ne devrait pas être abrogée ou modifiée « à moins que 75% du nombre total des députés à l'Assemblée nationale [ne] votent en faveur »¹⁵⁶.

1. Les procédures restrictives et la « souveraineté » des parlements

Pour qu'une telle « autolimitation » de sa suprématie soit possible, non seulement faut-il que l'Assemblée en accepte l'idée, mais encore qu'elle

151. Aucune décision n'énonce nommément cette règle de la souveraineté, mais elle ressort de l'attitude des tribunaux : voir, par exemple, *Pickin c. British Railways Board*, [1974] A.C. 764, 793 (Lord Wilberforce) et 798 (Lord Simon).

152. Marie-José LONGTIN et Daniel JACOBY, « La Charte vue sous l'angle du législateur », dans « La nouvelle *Charte sur les droits et libertés de la personne* » (Barreau du Québec, Formation permanente, cours n° 21, 1976-1977), p. 28. Les auteurs observent que le principe est inscrit dans la *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16, art. 11 : « Une loi est censée réserver au Parlement, lorsque le bien public l'exige, le pouvoir de l'abroger, et également de révoquer, restreindre ou modifier tout pouvoir, privilège ou avantage que cette loi confère à une personne. » Cependant, il ne faut pas faire dire à cet article plus qu'il ne dit ; il n'interdit pas à l'Assemblée de soumettre les modifications éventuelles à des règles de procédure spéciales.

153. *Id.*, p. 27.

154. *Débats*, précités, note 48, 13 oct. 1981, p. B-1614 (le bâtonnier).

155. Commentaires, précités, note 149, p. 33.

156. *Débats*, précités, note 48, 6 oct. 1981, p. B-1287 (H. Marx).

emploi pour ce faire les moyens techniques propres à convaincre les tribunaux qu'ils doivent assurer le respect des procédures spéciales et, le cas échéant, refuser d'appliquer une loi modifiant la Charte qui n'aurait pas été adoptée conformément aux règles prévues. Il ne manque pas d'auteurs pour penser, à la suite de Dicey, qu'un parlement ne peut agir de la sorte. Pour H.W.R. Wade, par exemple, aucune loi ne peut modifier — ni d'ailleurs établir — cette source ultime du système juridique qu'est la suprématie parlementaire¹⁵⁷. Il en découle, non pas qu'une législature ne puisse modifier les lois de nature constitutionnelle ou son propre fonctionnement, mais qu'elle ne saurait renoncer à la possibilité de changer à nouveau ces lois selon les règles habituelles de la majorité simple. Par exemple, si le Parlement britannique décidait que la Chambre des Lords ne pouvait désormais être abolie sans que la population ne fût consultée par voie de référendum, cette doctrine soutient que le législateur conserverait néanmoins le pouvoir d'y procéder seul¹⁵⁸. Ce n'est que depuis quelques décennies que des auteurs comme W.I. Jennings ont remis en question ce raisonnement¹⁵⁹; nous y reviendrons après avoir examiné la jurisprudence des tribunaux britanniques et celle des pays de l'Empire ou du *Commonwealth* sur la question.

En Grande-Bretagne même, le Parlement n'a tenté que très rarement de modifier les exigences de la procédure de modification des lois. D'ailleurs, dans le cas le plus connu, il s'agissait plutôt pour la Chambre des communes de réduire les pouvoirs des Lords que de protéger cette institution contre le changement. En effet, le *Parliament Act* de 1911 remplaçait le droit de veto que la Chambre haute pouvait exercer à l'encontre de la volonté de la Chambre basse par la simple faculté de refuser trois fois un *bill*, au cours de trois sessions successives, après quoi celui-ci pouvait être présenté au Roi et entrer en vigueur sans le consentement des Lords; si un tel cas se présentait, il était prévu que la formule consacrée, selon laquelle toute loi était adoptée « de l'avis et du consentement des Lords spirituels et temporels », pouvait être omise dans la nouvelle loi¹⁶⁰. C'est effectivement ce qui arriva en 1949, alors que la Chambre des communes réduisit derechef les pouvoirs des Lords, sans leur consentement, ne leur laissant le droit de refuser les *bills* que deux fois, à un an d'intervalle¹⁶¹. La Chambre basse suivit alors à la lettre la forme qu'elle s'était dictée dans la loi de 1911¹⁶² et, malgré la controverse qui entoura l'événement, la validité de la loi de 1949 n'a pas été mise en doute par la suite.

Ce rare précédent tend à démontrer que le Parlement britannique respecte les règles de procédure établies par ses prédécesseurs, mais en irait-il

157. « The Basis of Legal Sovereignty », [1955] *Cam. L.J.* 172, 189; voir également Stanley A. SMITH, *Constitutional and Administrative Law*, 4^e éd., Londres, Penguin Education, 1981, p. 83.

158. *Id.*, p. 181.

159. W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 20, pp. 154 et 156.

160. 1 & 2 *Geo. V*, c. 13, art. 2(1).

161. *An Act to amend the Parliament Act, 1911, 1949*, 12, 13 & 14 *Geo. VI*, c. 103, art. 4.

162. *Id.*, préambule.

de même dans le cas où la procédure imposée aurait pour but de restreindre la liberté d'action de la Chambre basse elle-même ? Les *Parliaments Acts* de 1911 et 1949 ne peuvent-ils pas être invoqués tout aussi bien à l'appui de la doctrine de la « souveraineté », celle-ci n'appartenant en définitive qu'à la Chambre des communes, qui refuse de partager sa suprématie avec l'autre Chambre lorsque surgit un conflit ?

Si nous ne pouvons que spéculer sur le comportement de la Chambre basse devant une loi antérieure qui prétendrait lui dicter une procédure spéciale ou une majorité renforcée pour la modification d'une loi, en revanche, nous connaissons la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Ellen Street Estates c. Minister of Health*¹⁶³, où le tribunal avait à juger si le Parlement pouvait déclarer dans une loi que toute loi subséquente portant sur le même objet ne pourrait avoir d'effet dans la mesure où elle serait incompatible avec la première, liant ainsi, en quelque sorte, les mains de ses successeurs. Il fut décidé que, selon le droit constitutionnel britannique, il ne le pouvait pas ; il était « impossible » qu'il pût s'empêcher de modifier, fût-ce implicitement, l'une de ses propres lois et les tribunaux n'avaient d'autre choix que de s'incliner devant la plus récente, « simplement parce que c'est la volonté de la législation »¹⁶⁴.

2. L'expérience des pays du Commonwealth

Si la solution retenue jusqu'ici en Grande-Bretagne paraît liée à l'absence de constitution formelle et au fait que la suprématie parlementaire lui en tient lieu, la situation est quelque peu différente dans certains pays du *Commonwealth*, plus familiers, dès l'époque coloniale, avec la notion qu'il peut exister une norme supérieure à la volonté de leur législature. Le meilleur exemple est celui des États australiens, mais il existe également de la jurisprudence en provenance d'Afrique du Sud et du Ceylan — devenu le Sri Lanka. Bien qu'aucun de ces exemples n'apporte une réponse définitive à la question de savoir si le Parlement québécois peut s'imposer à lui-même des conditions dans la procédure d'adoption de ses lois futures, l'expérience de ces pays, héritiers comme lui des traditions britanniques, qu'ils ont dû adapter à leur propre situation, fournit des éléments de comparaison et de raisonnement dont la pertinence ne peut être niée.

En Australie, la colonie de Victoria inséra en 1855 dans sa loi fondamentale une disposition suivant laquelle le gouverneur ne pouvait désormais approuver

163. [1934] 1 K.B. 590.

164. *Id.*, 597 (j. Maugham) : « *The legislature cannot, according to our Constitution, bind itself as to the form of subsequent legislation, and it is impossible for Parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject matter there can be no implied repeal. If in a subsequent Act Parliament chooses to make it plain that the earlier statute is being to some extent repealed, effect must be given to that intention just because it is the will of the Legislature.* »

un *bill* modifiant la constitution du Conseil législatif ou de l'Assemblée à moins que le changement n'ait été approuvé par la majorité absolue dans chacune des Chambres¹⁶⁵. Ce modèle fut suivi, avec des variantes, dans la majorité des États australiens, dont les Constitutions exigent que les modifications à certaines dispositions jugées fondamentales soient soumises à l'approbation des électeurs avant d'être approuvées par le gouverneur, cette règle étant elle-même protégée par la même procédure¹⁶⁶; ailleurs, des majorités absolues sont requises, étant elles-mêmes protégées par la même règle¹⁶⁷ ou par un référendum¹⁶⁸.

L'exemple le plus connu est celui de l'article 7A de la Constitution de l'État de New South Wales, adopté en 1929, suivant lequel la Chambre haute (Conseil législatif) ne peut être abolie à moins que le projet de loi n'ait été approuvé par les électeurs, cette procédure restrictive ne pouvant elle-même être modifiée que de la même façon¹⁶⁹. Le nouveau gouvernement, élu peu après, ayant décidé de passer outre au référendum, les tribunaux furent appelés à dire si oui ou non il devait se conformer à la procédure prescrite. Dans l'affaire *Trethowan*, le plus haut tribunal d'Australie (*High Court*) et le Comité judiciaire du Conseil privé furent d'avis qu'une législature ne pouvait aller à l'encontre des conditions d'exercice de son pouvoir législatif qu'elle s'était elle-même dictées par une loi¹⁷⁰. Cette décision repose, dans une large mesure, sur les restrictions imposées aux États australiens — et, à l'époque, aux provinces canadiennes — par une loi impériale, le *Colonial Laws Validity Act* de 1865, suivant lequel une législature pouvait modifier sa constitution, ses pouvoirs et sa procédure à condition de respecter « la manière et la forme » prescrites dans ses propres lois¹⁷¹. Le résultat eût-il été le même en l'absence de cette disposition constitutionnelle impériale, compte tenu du principe de la souveraineté parlementaire? Les discussions doctrinales ne manquent pas sur ce point. Les uns citent l'*obiter dictum* du juge Dixon, de la *High Court*¹⁷², selon qui la procédure restrictive a force de loi jusqu'à ce que son abrogation reçoive l'assentiment

165. *Constitution Act*, 1855 (Vic.), art. 60; cette majorité était exigée pour les deuxième et troisième lectures.

166. V.g., *Constitution Act*, 1867 (Queensland), art. 53 (charge et pouvoirs du gouverneur); *Constitution Act Amendment Act*, 1934 (Queensland), art. 3 (rétablissement du Conseil législatif, qui avait été aboli); *Constitution Act*, 1899 (Western Australia), art. 73 (charge du gouverneur, abolition du Conseil législatif ou de l'Assemblée); *Constitution Act*, 1934 (South Australia), art. 10a (abolition de l'Assemblée ou du Conseil, modification des pouvoirs du Conseil, etc.). Voir R.D. LUMB, *Australian Constitutionalism* (1983), pp. 130, 134.

167. V.g., *Constitution Act*, 1975 (Vic.), art. 18(2) (constitution du Conseil ou de l'Assemblée, Cour suprême, etc.).

168. V.g., *Constitution Act*, 1934 (S.A.), art. 8 (constitution du Conseil ou de l'Assemblée) et art. 10a(2)(d) (référendum).

169. *Constitution Act*, 1902 (N.S.W.).

170. *Attorney General for New South Wales c. Trethowan* [ci-après : *Trethowan*], (1931) 44 C.L.R. 394 (H.C.), conf. par [1932] A.C. 526 (C. privé). Voir également l'*obiter dictum* du Conseil privé dans *McCawley c. R.*, [1920] A.C. 691, 712, 714.

171. 28 & 29 Vict., c. 63 (R.-U.), art. 5.

172. *Trethowan*, précité, note 170, 426.

royal ; un tribunal invité à se prononcer sur la question avant cet assentiment — comme c'était le cas dans cette affaire — ne pouvait que conclure à l'illégalité du projet de modification¹⁷³. D'autres estiment que la *ratio decidendi* de l'arrêt est fondée essentiellement sur le *Colonial Laws Validity Act* (article 5) et que la règle de la souveraineté parlementaire demeure intacte lorsque cette loi impériale n'est pas applicable¹⁷⁴ : une législature ne saurait donc, *en principe*, se lier pour l'avenir¹⁷⁵. Ce débat n'est pas clos, mais la jurisprudence récente, dans les affaires *Commonwealth Aluminium*¹⁷⁶ et *West Lakes*¹⁷⁷, tend à restreindre la portée de l'arrêt *Trethowan* aux cas où les procédures restrictives s'appliquent clairement à des dispositions constitutionnelles fondamentales et non à des lois ordinaires ; les tribunaux australiens refusent notamment de reconnaître les dispositions par lesquelles le législateur tente parfois de rendre intangibles les avantages accordés par le gouvernement à des intérêts privés.

Sommes-nous témoins d'un retour, en Australie, à une conception plus traditionnelle de la souveraineté parlementaire, comme le pense le P^rP. Hanks ? En tout cas, il semble que les tribunaux hésitent à réduire la liberté d'action des législatures et à permettre que leur procédure ne devienne indûment rigide. Des restrictions destinées à protéger un *Bill of Rights* — majorité renforcée ou référendum — trouveraient-elles grâce à leurs yeux ? Les arrêts récents mentionnés ci-dessus ne permettent pas de répondre de façon définitive à cette question car ils portent sur des tentatives de protéger des intérêts très particuliers et non sur les libertés et droits fondamentaux de la personne. Néanmoins, l'un des rares auteurs qui se soit penché sur la question, R.D. Lumb, estime qu'une disposition restrictive destinée à protéger un *Bill of Rights* ne serait pas appliquée par les tribunaux parce que ne portant pas, aux termes du *Colonial Laws Validity Act*, sur la constitution, les pouvoirs ou la procédure de la législature¹⁷⁸.

Peut-être la présence de la vieille loi impériale, toujours applicable en Australie, a-t-elle fourni aux tribunaux une réponse toute faite — et trop facile — à la question de savoir si un parlement peut restreindre sa propre souveraineté. À cet égard, les arrêts en provenance de l'Afrique du Sud et du Ceylan sont sans doute plus instructifs, le second émanant du Conseil privé.

173. Voir Peter HANKS, *Australian Constitutional Law*, 3^e éd., Sydney, Butterworths, 1985, p. 117.

174. Voir R.D. LUMB, *The Constitutions of the Australian States*, 4^e éd., 1976, p. 100.

175. Si l'on s'en tient à l'explication fondée sur l'article 5 du *Colonial Laws Validity Act*, cette disposition ne porte que sur la constitution, les pouvoirs et la procédure de la législature. Une loi visant à fixer la « manière et la forme » de sa modification doit donc porter sur l'un de ces sujets. Voir *South Eastern Drainage Board c. Savings Bank of South Australia*, (1939) 62 C.L.R. 603, 617, 625 et 633.

176. *Commonwealth Aluminium Corp. Pty Ltd. c. Attorney General of Queensland*, [1976] Qd R. 231, 237 et 239, ainsi que 248 (dissidence du juge Hoare).

177. *West Lakes Ltd. c. South Australia*, (1980) 25 S.A.S.R. 389.

178. *Op. cit.*, note 174, p. 100.

Dans l'affaire *Harris* (1952)¹⁷⁹, il s'agissait de savoir si le Parlement de l'Afrique du Sud, pouvait établir la représentation électorale séparée des Européens et des non-Européens de la province du Cap sans se conformer aux dispositions du *South Africa Act*, loi constitutionnelle britannique adoptée en 1909, voulant qu'aucune modification de ce genre ne pût être acquise sans le vote affirmatif de la majorité des deux tiers des membres des deux Chambres siégeant en séance commune. La Cour d'appel sud-africaine a décidé que la nouvelle disposition électorale ne pouvait être adoptée que suivant la procédure prévue : elle était donc invalide. Quoique cet arrêt ait été fondé sur l'existence d'une règle constitutionnelle supérieure, il importe de noter que, à la différence de la situation décrite dans les arrêts australiens, le Parlement sud-africain avait le pouvoir, depuis le *Statut de Westminster* (1931) de modifier le *South Africa Act* tout comme s'il se fût agi de l'une de ses propres lois. Sa souveraineté législative était donc entière, mais il devait se conformer à la procédure restrictive, qu'il eût pu abolir ou modifier au préalable¹⁸⁰.

Les conclusions de l'arrêt *Ranasinghe* (1965)¹⁸¹ sont au même effet, mais le raisonnement en est plus explicite. La Constitution du Ceylan, établie par le gouvernement britannique en 1946, confiait la nomination des juges à une commission judiciaire et protégeait ce dispositif en soumettant toute modification à l'obtention d'une majorité des deux tiers de la Chambre basse, y compris les membres absents¹⁸². En 1958, le Parlement créa des tribunaux spéciaux pour juger les cas de corruption et, sans s'arrêter aux exigences de la Constitution, le gouvernement en nomma les juges. L'appelant fut condamné par l'un de ces tribunaux, mais la Cour suprême du Ceylan annula ce jugement au motif que les juges avaient été nommés illégalement ; le ministère public en appela alors au Conseil privé. S'appuyant sur les arrêts *Trethowan* et *Harris*, celui-ci confirma l'invalidité de la loi au regard de la Constitution, mais Lord Pearce voulut également traiter de l'argument selon lequel ces contraintes et le devoir des tribunaux d'en assumer le respect étaient contraires au principe de la souveraineté parlementaire :

La question de la souveraineté ne se pose pas. Un parlement ne cesse pas d'être souverain lorsque ses membres ne peuvent rallier entre eux la majorité nécessaire si, par exemple, dans le cas d'une loi ordinaire, le vote se divise à égalité, ou, dans le cas d'une loi modifiant la Constitution, il ne peut obtenir que la majorité simple alors que la Constitution exige davantage. La minorité peut exiger, en vertu de la Constitution du Ceylan, qu'aucun amendement ne soit adopté sans la majorité des deux tiers. La limitation imposée de la sorte [...] ne restreint pas les pouvoirs

179. *Harris c. Minister of Interior*, [1952] 2 S.A.L.R. (A.D.) 428.

180. *Id.*, 468 (juge en chef Centlivres).

181. *Bribery Commissioner c. Ranasinghe* [ci-après : *Ranasinghe*], [1965] A.C. 172.

182. *Ceylon (Constitution) Order-in-Council*, 1946, art. 29(1) et 55.

*souverains du parlement lui-même, qui peut toujours, lorsqu'il le désire, adopter l'amendement à la majorité requise.*¹⁸³

Ce raisonnement indique que le plus haut tribunal du *Commonwealth* établit une distinction nette entre le principe de la souveraineté parlementaire (*i.e.* le pouvoir de décision suprême) et les exigences de la procédure par laquelle ce pouvoir s'exprime. On peut en tirer tout au moins la conclusion qu'une condition comme la majorité des deux tiers ne constitue pas une contrainte telle que la liberté d'action du parlement s'en trouve niée. Cependant, qu'en serait-il de la majorité des trois quarts de la Chambre ou d'une disposition exigeant une majorité favorable de 80% des électeurs exprimée par le moyen d'un référendum ? En outre, dans la mesure où le raisonnement de Lord Pearce est lié aux contraintes dictées par la Constitution écrite du Ceylan, on peut se demander s'il l'eût appliqué de la même façon au Parlement britannique, dans le cas où celui-ci se serait imposé à lui-même des règles de procédure de cet ordre. En définitive, l'arrêt *Ranasinghe* ouvre de nouvelles perspectives sur le vieux dogme de la souveraineté, mais ne résoud pas le dilemme classique suivant lequel un parlement n'est vraiment souverain que s'il a le pouvoir de se lier pour l'avenir, auquel cas il ne sera plus souverain¹⁸⁴.

Sans doute la solution ne se trouve-t-elle pas dans la pure logique juridique, mais dans les principes de légitimité qui sous-tendent les institutions. Comme le fait observer W. Friedmann, en l'absence de constitution écrite, le test ultime de la validité des contraintes que peut s'imposer un parlement se trouve dans l'opinion publique¹⁸⁵. Un législateur qui tenterait d'empêcher toute évolution ultérieure de certaines règles en soumettant leur modification à des règles trop contraignantes, de l'ordre de celles qui ont été mentionnées plus tôt, ne serait vraisemblablement suivi ni par l'opinion ni par les tribunaux ; ceux-ci ne manqueraient pas de scruter une telle tentative et pourraient décider, par exemple, que le but réel du législateur n'était pas de protéger des dispositions fondamentales, mais d'entraver les fonctions essentielles du parlement¹⁸⁶. La « souveraineté » ou liberté d'action parlementaire ne serait plus, dans cette perspective, un « dogme » à la Dicey, mais un instrument de

183. *Ranasinghe*, précité, note 181, 199 : « *No question of sovereignty arises. A parliament does not cease to be sovereign whenever its component members fail to produce among themselves a requisite majority, e.g. when in the case of ordinary legislation the voting is evenly divided or when in the case of legislation to amend the Constitution there is only a bare majority if the Constitution requires something more. The minority are entitled under the Constitution of Ceylon to have no amendment of it which is not passed by a two-thirds majority. The limitation thus imposed on some lesser majority of members does not limit the sovereign powers of parliament itself which can always, whenever it chooses, pass the amendment with the requisite majority.* »

184. Voir H.R. GRAY, « *The Sovereignty of Parliament today* », (1953) 10 *U.T.L.J.* 54.

185. « *Trethowan's Case, Parliamentary Sovereignty, and the Limits of Legal Change* », (1950) 24 *Australian L.J.* 103, 105.

186. *Id.*, 106.

changement social susceptible de contraintes raisonnables lorsqu'il s'agit de protéger des règles fondamentales.

3. La protection de l'intégrité par la majorité renforcée

Si nous examinons maintenant, à la lumière de ces considérations, la possibilité pour l'Assemblée nationale du Québec de protéger la *Charte des droits et libertés de la personne* contre les fluctuations de la vie parlementaire, nous pouvons constater que la pratique de plusieurs États, souverains ou autonomes, qui ont hérité du système britannique, recèle des exemples de pratiques restrictives imposées soit par le parlement lui-même (États australiens) soit en vertu d'une règle constitutionnelle (*arrêt Ranasinghe*) soit encore par une règle de cet ordre, mais que le parlement est à même de modifier (*arrêt Harris*). D'ailleurs, le Québec ne connaît-il pas déjà les procédures restrictives ? Les anciennes circonscriptions électorales anglophones intangibles — les « comtés protégés » — n'ont pu être abolies qu'en respectant à la lettre la majorité qualifiée imposée par le *British North America Act* de 1867¹⁸⁷. La Charte elle-même exige la majorité des deux tiers de l'Assemblée pour l'approbation des nominations des membres de la Commission des droits de la personne¹⁸⁸. Enfin, nous l'avons vu, c'est également la Charte qui n'autorise les dérogations que dans la mesure où elles sont énoncées expressément¹⁸⁹ ; c'est là encore une procédure restrictive à laquelle l'Assemblée s'est pliée à plusieurs reprises.

Les tribunaux jugeraient-ils valide une disposition exigeant une majorité renforcée — les deux tiers, par exemple — pour la modification de la Charte ou les dérogations ? En d'autres termes, refuseraient-ils d'appliquer la loi modificatrice ou dérogoire ? On peut le penser, à la lumière de la jurisprudence des pays dont les institutions s'inspirent de la tradition britannique : le raisonnement des arrêts *Harris* et *Ranasinghe* ne manquerait pas d'influencer la décision, tandis que l'expérience australienne pourrait persuader les juges de ne reconnaître la validité des procédures restrictives que dans le cas où des principes fondamentaux sont en jeu, appelant légitimement la protection constitutionnelle. Compte tenu de l'importance que prennent depuis quelques années les préoccupations liées aux droits de la personne et du fait que le Québec s'est déjà engagé dans une démarche de constitutionnalisation de ces droits en leur accordant la supériorité législative, les tribunaux inclineraient sans doute à voir dans la protection de la Charte l'aboutissement normal de cette démarche.

187. Art. 80. Pour se conformer à cette disposition constitutionnelle, l'Assemblée nationale dut obtenir le concours de la majorité absolue des députés représentant les 17 circonscriptions protégées, en plus de la majorité habituelle : *Loi concernant les districts électoraux*, L.Q. 1970, c. 7.

188. Précitée, note 2, art. 58. Des majorités semblables sont exigées pour la nomination de certains hauts fonctionnaires par l'Assemblée : *Loi sur le Protecteur du citoyen*, L.R.Q., c. P-32, art. 1 ; *Loi sur le vérificateur général*, L.R.Q., c. V-5.01, art. 7.

189. Précitée, note 2, art. 52.

4. La protection par le référendum

La conclusion serait-elle la même si l'Assemblée choisissait de soumettre toute modification de la Charte — ou de certains articles particulièrement importants — à l'approbation des électeurs? Paradoxalement, en raison de traditions propres aux provinces de l'Ouest canadien et de l'expérience du Québec, cette technique pourrait soulever moins de problèmes juridiques que les procédures parlementaires restrictives étudiées plus haut.

Certes, le référendum, et davantage encore le droit d'initiative des citoyens, paraissent étrangers à la démocratie parlementaire de tradition britannique, mais l'évolution des mentalités en Grande-Bretagne même et la consultation populaire qui eut lieu il y a quelques années sur l'intégration du pays à la Communauté économique européenne¹⁹⁰ donnent à penser, en dépit des âpres débats qui entourèrent ce référendum¹⁹¹, que la souveraineté du parlement peut, jusqu'à un certain point, s'accommoder des méthodes de la démocratie « directe ».

L'expérience des provinces de l'Ouest, Manitoba et Alberta, montre à la fois les limites et les possibilités de la protection des lois par le référendum. La législation manitobaine de 1916, par laquelle les électeurs se voyaient reconnaître le pouvoir de défaire les lois de la législature, fut déclarée invalide par le Conseil privé parce qu'elle avait créé un processus législatif dans lequel le Roi, à titre de chef de l'Exécutif, représenté ici par le lieutenant-gouverneur, ne jouait plus aucun rôle¹⁹². Cependant, une loi albertaine de 1913, *The Direct Legislation Act*¹⁹³, qui autorisait les électeurs à obtenir, par voie de pétition, que l'Assemblée adoptât un projet de loi par eux proposé ou appuyé, fut jugée valide par le Conseil privé, même si le législateur se voyait contraint, après consultation du peuple, à l'adopter sans en modifier le sens, l'effet ou l'intention¹⁹⁴. Lord Summer constata en effet que la loi adoptée à la suite de cette procédure, même si la Législature n'avait eu d'autre choix que de l'adopter, l'avait été selon la méthode habituelle et soumise à l'approbation du lieutenant-gouverneur ; il lui était donc impossible de conclure que ce n'était pas là une loi en bonne et due forme¹⁹⁵.

190. *The Referendum Act, 1975 (R.-U.)*, 1975, c. 33.

191. Voir P. GOODHARD, *Referendum*, 1971, pp. 14, 17, 33, 49 et 63.

192. *In re Initiative and Referendum Act*, [1919] A.C. 935, 48 D.L.R. 18 (C. privé) portant sur *An Act to Enable Electors to Initiate Laws, and Relating to the Submission to the Electors of Acts of the Legislative Assembly*, S.M. 1916, c. 59, art. 11. Cet article était rédigé de telle sorte que le refus d'approbation par les électeurs était appelé *repeal*, paraissant conférer ainsi à l'électorat des pouvoirs législatifs exclusifs. Sur l'ensemble de la question, voir Jacques-Yvan MORIN, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 *R. de d. McGill* 171, 212–216.

193. *An Act to Provide for the Initiation or Approval of Legislation by the Electors*, S.A. 1913, 1^{re} sess., c. 3, art. 6, 7 et 24.

194. *The King c. Nat Bell Liquors Ltd.*, [1922] 2 A.C. 128, 65 D.L.R. 1 (C. privé).

195. *Id.*, 135.

Cette jurisprudence établit que toute loi adoptée conformément à la procédure parlementaire habituelle, à la suite d'un référendum, est valide ; elle ne répond pas à la question de savoir si une loi adoptée par une législature qui refuserait de tenir un référendum, alors qu'elle est tenue d'y procéder par sa propre législation, serait également valide. Par exemple, si l'Assemblée nationale décidait que toute modification apportée à certains chapitres de la *Charte des droits et libertés de la personne* dût être soumise à la consultation populaire et qu'elle procédait par la suite sans tenir compte de cette restriction, la modification serait-elle jugée valide ou contraire au principe de la souveraineté parlementaire ? Nous retrouvons ici la problématique des arrêts australiens, où le référendum a été considéré comme une procédure restrictive valide au même titre que les majorités renforcées, parce que relevant également des « *manner and form* » de la législation¹⁹⁶, en même temps que les perplexités résultant des arrêts *Harris* et *Ranasinghe*¹⁹⁷. En définitive, le test de la validité de ces contraintes réside dans le caractère raisonnable et la légitimité du geste posé par l'Assemblée.

Sur ce plan, l'expérience québécoise, qui fait du référendum un instrument purement consultatif¹⁹⁸, montre que néanmoins son effet va bien au-delà des considérations purement juridiques. Il serait bien étonnant que l'Assemblée nationale, si elle jugeait à propos de protéger certaines dispositions de la Charte avec un soin particulier, ne respectât point par la suite les limitations qu'elle se fût elle-même imposées. Si elle devait y manquer, les indications de la jurisprudence, sans être absolument sûres, conduiraient sans doute les tribunaux à lui rappeler l'obligation de se conformer à ses propres règles.

CONCLUSION

Au seuil de cette étude, nous constatons que le législateur québécois a voulu, dès l'adoption de la *Charte des droits et libertés de la personne*, en 1975, donner un caractère fondamental à cette loi en lui conférant une certaine supériorité par rapport aux lois postérieures et nous nous sommes demandé s'il était possible de pousser plus avant ce début de constitutionnalisation, c'est-à-dire d'étendre la supériorité de la loi et de la protéger contre les fluctuations des majorités parlementaires, en vue d'affermir davantage les droits et libertés.

Dans la première partie de l'exposé ont été analysés l'extension graduelle de la supériorité de la Charte et le degré de préséance atteint à la suite des modifications adoptées par l'Assemblée nationale en 1982 : prépondérance par rapport aux lois antérieures et constitutionnalisation du chapitre consacré aux libertés et droits fondamentaux. Au début, la démarche du législateur a été

196. *Trethowan*, précité, note 170.

197. Précités, notes 179 et 181.

198. *Loi sur la consultation populaire*, L.Q. 1978, c. 6 ; L.R.Q., c. C-64.1.

hésitante et s'est soldée par un compromis entre son intention première, qui était « de faire de la Charte une loi ordinaire », en raison de « l'incertitude législative qui pourrait résulter d'une disposition qui donnerait une primauté absolue à la Charte sur les lois antérieures »¹⁹⁹, et les représentations qui lui furent faites à l'Assemblée et en Commission parlementaire, notamment par la Ligue des droits de l'homme et le Barreau du Québec, en faveur du caractère fondamental de la nouvelle législation.

La prudence de la démarche n'étonnera pas si l'on tient compte de sa nouveauté en 1975. Certes, il existe de nombreuses constitutions d'États souverains ou autonomes qui garantissent les droits de la personne, mais, outre le fait que la Fédération canadienne n'avait pas encore constitutionnalisé ces droits à l'époque, les traditions héritées du Parlement britannique plaidaient plutôt en faveur d'une loi ordinaire, qui eût respecté à la lettre la suprématie de l'Assemblée. Le législateur québécois s'avancait pour ainsi dire en terre inconnue. De surcroît, il importait de rallier autour du projet la plus grande unanimité possible, non seulement à la Chambre, mais dans l'opinion publique.

Que cet objectif ait été atteint ne fait pas de doute, comme l'atteste le fait que la constitutionnalisation ait pu être poursuivie après le changement de gouvernement, qui eut lieu quelques mois après l'entrée en vigueur de la Charte. La procédure suivie de 1980 à 1982 pour l'extension de sa supériorité aux libertés et droits fondamentaux ainsi que son application aux lois antérieures ne fut pas moins circonspecte que celle de 1975. Fort attentive à l'opinion des groupes qui veillent à la défense des droits et libertés, telle qu'elle s'exprime notamment en commission parlementaire, soucieuse de trouver le juste équilibre entre une meilleure protection des droits et la liberté d'action de l'Assemblée en même temps que de ménager les étapes ultérieures, la démarche parlementaire se fait presque empirique. Elle s'affermi, cependant, au fur et à mesure que l'expérience de la constitutionnalisation porte ses fruits et que les tribunaux se familiarisent avec ses conséquences.

Faut-il maintenant songer à franchir d'autres étapes, empreintes sans doute de la même prudence ? À condition d'être formulés en termes de moyens permettant d'atteindre un certain nombre d'objectifs, à la manière par exemple des instruments internationaux européens, les droits socio-économiques devraient être constitutionnalisés. Même s'ils sont d'un autre ordre que les droits politiques ou judiciaires, qui se prêtent davantage aux impératifs catégoriques, ils n'en forment pas moins une partie essentielle de tout projet de société. Or, l'un des intérêts majeurs que présente la Charte pour la société québécoise est précisément d'avoir commencé à énoncer un tel projet. Comme la Charte canadienne, de son côté, ne traite pas des droits socio-économiques et ne s'y étendra probablement pas dans l'avenir prévisible, il y a là pour le Québec une occasion, pour ne pas dire une responsabilité, de faire progresser les droits de la personne dans un domaine qui tend à être négligé en Amérique du Nord.

199. M.-J. LONGTIN et D. JACOBY, *loc. cit.*, note 152, 29-31.

Les grands principes de la politique linguistique, tels qu'ils sont en partie énoncés dans la *Charte de la langue française*, devront tôt ou tard être constitutionnalisés, si l'on veut qu'un juste équilibre s'instaure entre les droits des individus, ceux des groupes minoritaires et ceux de la majorité. Cet équilibre ne saurait être atteint que si l'arbitrage permanent qu'il requiert s'effectue entre droits de même rang constitutionnel ; les tribunaux sont déjà appelés à pondérer les libertés et droits fondamentaux des uns par rapport à ceux des autres et les difficultés que peut soulever la constitutionnalisation des droits linguistiques ne sont pas d'ordre juridique.

On peut en dire autant des droits des Autochtones du Québec, dont l'autonomie est déjà consacrée par des ententes et dans la législation ordinaire. Toutefois, cette importante et délicate question n'est à l'ordre du jour que depuis quelques années et les progrès dans la reconnaissance des droits des Amérindiens et Inuit seront sûrement liés à l'évolution de cette problématique au plan canadien et, de plus en plus, dans les forums internationaux. Aussi l'Assemblée nationale et le gouvernement doivent-ils poursuivre activement le dialogue avec les Autochtones et préparer la constitutionnalisation de leurs droits, dans une perspective qui dépasse les frontières du Québec.

L'extension progressive de la supériorité de la Charte ne suffit pas, cependant, à en faire une loi pleinement constitutionnelle. Dans la mesure où les citoyens prennent conscience de cette supériorité et des nouveaux droits qu'elle est appelée à protéger, ils ne manquent pas, nous l'avons vu, de s'inquiéter de la facilité avec laquelle le législateur peut y déroger, voire modifier les dispositions les plus fondamentales de la Charte. Aussi, dans la seconde partie de l'exposé, a-t-on étudié les moyens qui s'offrent au législateur québécois de garantir les droits et libertés contre les fluctuations de la conjoncture politique.

L'héritage des traditions parlementaires britanniques, telles qu'elles s'expriment dans le principe de la souveraineté du Parlement, ne facilite guère la tâche de l'Assemblée nationale. D'un autre côté, pour peu qu'on ne se laisse pas enfermer dans la logique juridique purement abstraite de Dicey et de ses disciples, cette tâche peut au contraire paraître moins difficile que celle que doit affronter le pouvoir constituant de nombreux pays. En effet, puisque les divers éléments de la Constitution du Québec qui définissent la composition et les pouvoirs des organes de l'État — dans le cadre de la Constitution canadienne — peuvent être modifiés à la majorité simple par l'Assemblée nationale, dans les domaines qui relèvent de sa compétence²⁰⁰, c'est à celle-ci qu'il appartient de choisir les règles qui méritent d'être constitutionnalisées. En d'autres termes, le législateur québécois peut se faire constituant avec un minimum de formalités. Il l'a fait, d'ailleurs, en accordant la supériorité aux principes fondamentaux de la Charte par rapport aux autres lois, mais la question est de savoir s'il peut

200. *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 63, art. 45 : « [U]ne législature a compétence exclusive pour modifier la constitution de sa province. » Sur le contenu de la notion de « Constitution de la province », voir J.-Y. MORIN, *loc. cit.*, note 192, 176, note 19.

apporter aux droits et libertés la protection additionnelle qui les garantirait contre les modifications ou dérogations adoptées à la simple majorité.

L'expérience australienne, à défaut d'être entièrement concluante, montre les techniques auxquelles un parlement d'inspiration britannique peut avoir recours pour « enchâsser » certaines dispositions particulièrement importantes de sa législation : majorité renforcée de la Chambre ou recours à la consultation populaire. La jurisprudence du Conseil privé au sujet des référendums auxquels les provinces de l'Ouest canadien ont eu recours dans le passé, vient renforcer la possibilité pour le législateur québécois d'avoir recours à ces techniques ; paradoxalement, cette jurisprudence fait en sorte que le référendum soulève peut-être moins de difficulté que la majorité renforcée de l'Assemblée. Quelle que soit la technique retenue, cependant — on peut penser que l'une et l'autre seraient utiles, la majorité qualifiée s'appliquant, par exemple, aux dérogations (si elles sont retenues) et le référendum, aux modifications — on pourra encore s'appuyer sur le remarquable arrêt *Harris* et sur le raisonnement de l'arrêt *Ranasinghe*, auxquels les tribunaux ne pourraient manquer de se référer.

Revenons, en terminant, aux difficultés de principe qui font peut-être hésiter le législateur québécois à s'engager dans une démarche de pleine constitutionnalisation de la Charte : la démocratie représentative de type britannique serait peu conciliable avec la démocratie plus « directe » qui fait appel au référendum et la souveraineté du parlement ne s'accommoderait guère de la souveraineté populaire, ni de procédures restrictives qui entraveraient sa liberté d'action. Cette philosophie politique, dont Dicey ne fut qu'un représentant parmi d'autres, a quelque peu vieilli, même en Grande-Bretagne, où elle a reflété pendant longtemps les origines du parlementarisme et l'état des mentalités. Cependant, même sur le plan du raisonnement juridique, elle ne pouvait convaincre que si les prémisses en étaient acceptées d'emblée. Une partie de la doctrine la remet carrément en question. W.I. Jennings, par exemple, montre que la « souveraineté légale » n'est qu'une expression commode pour désigner le pouvoir du parlement de faire des lois de toute nature, *mais selon la manière prévue par le droit* ²⁰¹. Et la faculté de modifier la loi inclut le pouvoir de changer les règles qui régissent la manière de les adopter. Les limites de ce pouvoir se trouvent dans le sens de ce qui est raisonnable et légitime, tant chez les juges que dans la population.

Il devient de plus en plus difficile, aujourd'hui, d'opposer suprématie parlementaire et souveraineté du peuple ; l'une est l'expression de l'autre. La constitutionnalisation progressive des libertés et droits fondamentaux par le législateur québécois reflète cette réalité et témoigne du remarquable effort qu'il a entrepris d'adapter en conséquence les vénérables traditions reçues de la Grande-Bretagne.

201. W.I. JENNINGS, *op. cit.*, note 20, p. 152.

